

159
24

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.
PLANTEL ACATLÁN.**

TRABAJO DE TESIS.

**Que para la obtención del Título Profesional de:
LICENCIADO EN DERECHO.**

**Desarrolla:
HIDALGO CORONILLA JOSE ANTONIO.**

**Tema:
"A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES NO SE TIPIFICA EL
DELITO DE VIOLACIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE CÓNYUGES".**

**Asesor:
LIC. JESÚS FLORES TAVARES.**

México, D.F., Marzo de 1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

25973



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA:

A quienes creyeron en mí y de alguna manera me han apoyado. Pero muy especialmente a mi Familia.

TÍTULO.

A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES NO SE TIPIFICA EL DELITO DE VIOLACIÓN EN LAS RELACIONES ENTRE CÓNYUGES.

OBJETIVO

DEMOSTRAR, QUE DEL ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES AL MATRIMONIO Y LAS QUE REGLAMENTAN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN Y EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, SE DESPRENDE QUE DEL DELITO DE VIOLACIÓN PROPIA, POR VASO IDÓNEO PARA LA CÓPULA, NO SE PUEDE TIPIFICAR EN LAS RELACIONES ENTRE CÓNYUGES.

INDICE.

	PAG.
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO I	
FAMILIA Y DERECHO DE FAMILIA	
1.1. Concepto de Familia	13
1.2. Evolución de la Familia	14
1.2.1. Promiscuidad Original	15
1.2.2. Poligamia	15
1.2.3. Monogamia	15
1.3. La Familia en Roma	16
1.3.1. Modos de entrar en la Familia	17
1.3.2. Parentesco	18
1.4. Fines de la Familia	18
1.4.1. Fines biológicos	18
1.4.2. Fines Psicológicos	19
1.4.3. Fines Económicos	19
1.5. Constitución de la Familia	20
1.6. Concepto de Derecho de Familia	20

1.7. Instituciones de Derecho de Familia	22
CAPITULO II	
GENERALIDADES DEL MATRIMONIO	
2.1. Concepto de Matrimonio	30
2.2. Evolución del Matrimonio	33
2.2.1. Promiscuidad Primitiva	34
2.2.2. Matrimonio por Grupos	34
2.2.3. Matrimonio por Rapto	35
2.2.4. Matrimonio por Compra	35
2.2.5. Matrimonio Consensual	36
2.3. El Matrimonio en Roma	36
2.3.1. Concepto	36
2.3.2. Elementos Esenciales	37
2.3.3. Requisitos e Impedimentos	38
2.3.4. Tipos de Matrimonio en Roma	39
2.4. Naturaleza Jurídica del Matrimonio	40
2.4.1. Matrimonio como Contrato	40
2.4.2. Matrimonio como Contrato de Adhesión	42

2.4.3. Matrimonio como Acto Jurídico	43
2.4.4. Matrimonio como Acto Jurídico Condición	43
2.4.5. Matrimonio como Acto Jurídico Mixto	44
2.4.6. Matrimonio como Institución	44
2.4.7. Matrimonio como Estado Jurídico	45

CAPITULO III

EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

3.1. Elementos de Existencia del Matrimonio	49
3.1.1. Consentimiento	49
3.1.2. Objeto	49
3.1.3. Solemnidades	50
3.2. Elementos de Validez del Matrimonio	50
3.2.1. Capacidad	50
3.2.2. Voluntad Libre de Vicios	51
3.2.3. Formalidades	51
3.3. Impedimentos para la Celebración del Matrimonio	56
3.3.1. Impedimentos Dirimentes e Impedientes	56
3.3.2. Impedimentos Temporales y Perpetuos	57

3.3.3. Impedimentos Absolutos y Relativos	57
3.3.4. Impedimentos Dispensables y no Dispensables	57
3.4. Impedimentos señalados por el Código Civil vigente	58
3.5. Efectos que se Producen con Motivo de la Celebración del Matrimonio	69
3.5.1. Efectos entre Consortes	69
3.5.1.1. Deberes Jurídicos Conyugales	70
3.5.1.1.1. Deber de Cohabitación	70
3.5.1.1.2. Débito Carnal	72
3.5.1.1.3. Deber de Fidelidad	72
3.5.1.1.4. Deber de Asistencia	74
3.5.1.2. Obligaciones Familiares	76
3.5.1.2.1. Obligación Alimenticia	76
3.5.1.2.2. Sucesión Legítima	77
3.5.1.2.3. Servicios Personales	77
3.5.2. Efectos en relación a los Hijos	78
3.5.3. Efectos en relación a los Bienes	78
3.5.3.1. Las Donaciones Antenuptiales	79
3.5.3.2. Las Donaciones entre Consortes	80

3.5.3.3. Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio	80
3.6. Fines del Matrimonio	81
CAPITULO IV	
MATRIMONIOS NULOS E ILÍCITOS	
4.1. Nulidad de Matrimonio	86
4.2. Matrimonio Putativo	89
4.3. Características de la Acción de Nulidad	90
4.4. Causas de Nulidad	90
4.4.1. Error en la Persona	91
4.4.2. Existencia de Impedimentos	91
4.4.3. Falta de Formalidades	97
4.5. Efectos de la Declaración de Nulidad de Matrimonio	98
4.5.1. En la persona de los Cónyuges	98
4.5.2. Respecto de los Hijos	98
4.5.3. En Relación a los Bienes	99
4.6. Matrimonios Ilícitos	100
4.7. Causas de Ilícitud del Matrimonio	100
4.8. Consecuencias que derivan de la Ilícitud del Matrimonio	102

CAPITULO V

DELITO DE VIOLACIÓN PROPIA

5.1. Historia	104
5.2. Definición	109
5.3. Tipo Legal	109
5.4. Clasificación	110
5.5. Bien Juridico Tutelado	111
5.6. Elementos del Delito	113
5.6.1. Cópula	114
5.6.2. Sujeto Activo	117
5.6.3. Sujeto Pasivo	119
5.6.4. Ausencia de Voluntad del Pasivo	120
5.6.5. Fuerza Fisica	121
5.6.6. Fuerza Moral	123
5.7. Violación en Grado de Tentativa	129
5.8. Violación entre Cónyuges	130

CAPITULO VI

EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO 144

CONCLUSIONES 148

BIBLIOGRAFÍA 151

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo que pongo a consideración del Honorable Sínodo designado para evaluar los conocimientos que he adquirido al cursar los estudios relativos a la Licenciatura, para la obtención del Título Profesional de Licenciado en Derecho, tiene por objeto, demostrar que el delito de violación, el más grave de los delitos sexuales, no se tipifica en las relaciones entre cónyuges. Con ello no pretendo que la mujer sufra una especie de *CAPITIS DEMINUTIO* con el matrimonio, sino que, en virtud de las disposiciones legales relativas al matrimonio, principalmente las relativas a los impedimentos para su celebración y a los efectos que produce entre los cónyuges, así como la evolución de la familia en la historia y la aceptación del matrimonio como forma legal de constitución monogámica de la misma, con el efecto de regular las relaciones sexuales y evitar la promiscuidad en las mismas; se debe entender la existencia del débito carnal entre los cónyuges, así como de, por llamarlo de alguna forma, la existencia entre ellos de un monopolio de su actividad sexual del uno para con el otro, al encontrarse sancionado por el orden legal la actividad sexual de alguno de los cónyuges fuera del matrimonio. Por lo que al tener recíprocamente los cónyuges la obligación y derecho al débito carnal, la obtención de éste (la imposición) en forma violenta por el hombre, no tipificaría el ilícito de violación. Tampoco defiendo que la misma sería lícita y permitida, en su

caso configuraría diverso ilícito, pero no el de violación, en virtud de que tal conducta encuadraría, más correctamente en otro tipo legal, pero no configuraría violación y también daría lugar al nacimiento de una causal de divorcio.

La forma de tratar éste tema será la siguiente: Primero se dará una definición de familia, de Derecho de Familia, y se realizará un estudio histórico de las diversas formas de matrimonio que han existido, y cómo fué considerado como la forma legal de constituir la familia, evitando con ello la promiscuidad primitiva, regulando así de forma responsable las relaciones paterno-filiales y la actividad sexual. Se estudiarán las disposiciones legales vigentes, referentes al matrimonio, poniendo especial énfasis en la impotencia incurable para la cópula como impedimento para su celebración; los efectos que surgen entre los cónyuges con motivo de su celebración, y la imposibilidad de hacer cumplir por la vía judicial los deberes jurídicos a que da lugar; los fines que, de acuerdo con la legislación vigente, se persiguen con el matrimonio, y los efectos que producen los matrimonios que son declarados nulos, dejando en claro por qué el mismo no puede ser considerado un contrato. Se analizará el Delito de Violación; los elementos que lo integran; el bien jurídico que tutela el tipo legal; las formas de comisión del delito. Realizaremos breves comentarios referentes a la figura delictiva del Ejercicio Indebido del Propio Derecho. Para finalizar compaginaremos las disposiciones relativas al matrimonio y a la violación, exponiendo claramente, que de los preceptos legales que son aplicables

al matrimonio y la violación se desprende que éste delito no puede ser tipificado en las relaciones entre cónyuges.

CAPITULO I

FAMILIA Y DERECHO DE FAMILIA

1.1. Concepto de Familia

1.2. Evolución de la Familia

1.2.1. Promiscuidad Original

1.2.2. Poligamia

1.2.3. Monogamia

1.3. La Familia en Roma

1.3.1. Modos de entrar en la Familia

1.3.2. Parentesco

1.4. Fines de la Familia

1.4.1. Fines biológicos

1.4.2. Fines Psicológicos

1.4.3. Fines Económicos

1.5. Constitución de la Familia

1.6. Concepto de Derecho de Familia

1.7. Instituciones de Derecho de Familia

1.1 CONCEPTO DE FAMILIA.

Para Ulpiano “Por derecho propio llamamos familia al conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho, están bajo una misma potestad... (y) ...Por derecho común llamamos familia a la formada por todos los agnados, porque, aunque al morir el cabeza de familia, cada uno tiene familia propia, todos los que estuvieron sometidos a la misma potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de la misma casa y estirpe.”¹

“La familia es un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la generación”²

“La familia es un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco...”³

“La familia es la célula social, es decir, el grupo humano más elemental, sobre el que descansa la organización de las sociedades modernas...”⁴

“La familia es el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre-mujer.

¹IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Historia e Instituciones. Ed. Ariel, S.A. Barcelona 1993. Pag. 467.

²GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1990. Pag. 427.

³PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia. Volumen I. Ed. Porrúa, S.A. México 1989. Pag. 303.

⁴MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Pag. 161.

“...Los humanos, como seres vivos y bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello a la familia, la célula social. De la unión sexual de hombre-mujer surge la procreación, los hijos.

“Consecuentemente, son dos los factores de carácter biológico que crean la familia, a saber: la unión sexual y la procreación”.⁵

De las anteriores definiciones de familia podemos apreciar que se da tal carácter a la pareja hombre-mujer y a la relación derivada de los vínculos de parentesco que existen entre dos o más personas, ya sea esta la línea recta o colateral, sin que el grado de parentesco tenga un plano de importancia.

Partiendo de ello podemos decir, que la legislación vigente reconoce como familia de una persona a los ascendientes y los descendientes en línea recta sin limitación de grado, a los colaterales hasta el cuarto grado, y a su pareja, de sexo opuesto al suyo, ya que son a los que la codificación civil concede derechos y obligaciones alimentarios y sucesorios.

1.2 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.

En este apartado seguiremos principalmente los lineamientos de la Doctora Sara Montero Duhalt.

⁵MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 2

1.2.1 PROMISCUIDAD ORIGINAL.

Se dice que en un principio se satisfacían los naturales instintos de supervivencia y procreación en la misma forma que los demás miembros del género animal, guiándose más por instinto que por el raciocinio que debe distinguir al ser humano. Que en ésta forma de organización familiar se entablaban, exclusivamente relaciones materno-filiales, al ignorarse la función del macho en la procreación.

1.2.2 POLIGAMIA.

Que asume dos formas : La poliandria, en que la mujer cohabitaba con varios hombres, y la misma se atribuye a causas de carácter económico derivadas de la escasez de satisfactores, que hacían necesario el control del crecimiento de la población; y la poligenia, en que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre, cuyas principales causas fueron, el predominio del poder masculino y los periodos de restricción sexual para la mujer.

1.2.3 MONOGAMIA

Forma de constituirse la familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer.

“...Los órdenes jurídicos en la mayor parte de los países del mundo contemporáneo registran a la monogamia como la única forma legal y moral de constitución de la familia, de manera tal, que el matrimonio que contraiga un sujeto

sin haber extinguido un matrimonio anterior, es nulo absoluto, constituye conducta ilícita, y puede ser, incluso sancionada penalmente.”⁶

1.3 LA FAMILIA EN ROMA.

Debido a la gran influencia que en nuestra legislación ha tenido el derecho romano realizaré un breve estudio de la estructura familiar en la Roma antigua:

“En Roma la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro de la cual se colocaba la autoridad del marido, fundada en el culto a los muertos.

“El paterfamilias, era a la vez, sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia. El jefe de la familia era el único dueño del patrimonio familiar. En virtud de la manus, ejercía potestad absoluta sobre su mujer, los hijos, los hijos adoptivos y aún sobre los servidores domésticos.”⁷

“La manus, el poder unitario del paterfamilias, comprende en sí diversas potestades: sobre la mujer -manus maritalis o potestas maritalis-; sobre los hijos -potestas o patria potestas-; sobre los esclavos -dominica potestas-, y sobre los hijos de otros entregados en venta al paterfamilias -mancipium.”⁸

⁶MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pags. 6 y 7.

⁷GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pags. 431 y 432.

⁸IGLESIAS. Juan. Op. cit. Pags. 468 y 469.

1.3.1 MODOS DE ENTRAR EN LA FAMILIA.

NACIMIENTO.- El nacimiento fue la forma normal de ingresar en la familia, haciéndose miembro el procreado en *iustae nuptiae* por individuo varón de la familia.

ADOPCIÓN.- Constituía un acto jurídico mediante el cual un extraño ingresa en una familia. Si el adoptado era un *alieni-iuris* se trataba de la figura de la *adoptio*, y si se trataba de un *sui-iuris* se hablaba de *adrogatio*, implicando ésta última la absorción de una familia por otra, con sus miembros y su patrimonio.

CONVENTIO IN MANU.- Que es el acto por el cual la mujer ingresa en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria. Este acto puede tener lugar en tres formas:

- a) *Confarreatio*;
- b) *Coemptio*; y
- c) *Usus*.

La primera era una ceremonia religiosa que se celebraba ante diez testigos y el sacerdote o el Pontífice Máximo, con el pronunciamiento de palabras solemnes y la ofrenda de un pan de trigo (*panis farreus*). La segunda era una compra fingida de la mujer, en la forma de la *mancipatio*. Por el *usus* el marido adquiere la *manus* sobre la mujer cuando ejerce de hecho esta potestad a lo largo de un año; con la

posibilidad a la mujer de evitar la figura permaneciendo alejada de la casa del marido por tres noches consecutivas.

1.3.2 PARENTESCO

Las relaciones de familia creaban el parentesco por:

AGNACIÓN.- Era el vínculo jurídico que unía a todas las personas que se encontraban bajo la patria potestad de un mismo paterfamilias, o que se encontrarían si éste no hubiese fallecido.

COGNACIÓN.- Vínculo consanguíneo que une a las personas descendientes de un mismo tronco común.

AFINIDAD.- Relación que une a un cónyuge con los cognados del otro cónyuge.

1.4 FINES DE LA FAMILIA.

La familia como célula social cumple con una serie de finalidades de índole biológico, psicológico y económico.

1.4.1 FINES BIOLÓGICOS.

Que son:

La regulación de las relaciones sexuales, ya que “la familia (tiene) carácter de ser la reguladora por excelencia de éstas relaciones”⁹; que aún cuando éstas pueden ser habidas fuera del núcleo familiar, ésta pretende regularlas de una forma

⁹MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pag. 10

responsable, entre pareja, procurando evitar con ello la promiscuidad en las mismas.

La procreación, como consecuencia directa de la relación sexual es el fundamento de la familia.

La procreación tiene como fin de la familia, imponer a la pareja el deber de elegir en forma libre y responsable el número y espaciamiento de sus descendientes, en la medida en que puedan satisfacer sus necesidades, tanto somáticas como anímicas.

1.4.2 FINES PSICOLÓGICOS.

Porque se requiere de la solidaridad del grupo doméstico, para la formación integral del individuo, tanto en lo educativo como socializador, ya que dentro de la familia es donde el individuo moldea su carácter y adquiere normas éticas básicas.

1.4.3 FINES ECONÓMICOS.

En el seno familiar se desarrollan relaciones de índole jurídico patrimonial entre sus miembros, tales como la ministración de alimentos que se deben, surgidas de los vínculos de parentesco, en la medida de las necesidades de quien los requiere y las posibilidades de quien está obligado a proporcionarlos.

1.5 CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA.

La familia surge de la unión de la pareja humana, y de la procreación que trae como consecuencia. “La familia, en su forma evolucionada, se ha presentado unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia del apareamiento del hombre y la mujer, aunque no se niega la posibilidad de que como un hecho existe y ha existido la familia fuera del matrimonio”¹⁰. Pero uniformemente se ha aceptado la figura del matrimonio, como la forma legal de constitución de la familia.

1.6 CONCEPTO DE DERECHO DE FAMILIA,

“Llámase derecho de familia a aquella parte del derecho civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros.”¹¹

“El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, creando las relaciones conyugales y constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes y parientes.”¹²

¹⁰GALINDO GARFIAS, Ignacio. Familia. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo II. Pag. 1430.

¹¹PINA, Rafael de. Op. cit. Pag. 300.

¹²GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1990. Pag. 439.

“Es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público.”¹³

“Se llama Derecho de Familia al conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones que se establecen entre los miembros del grupo familiar. Dichas normas no solo rigen las relaciones entre parientes, sino que protegen a la familia como tal, otorgándole las prerrogativas a que es acreedora.”¹⁴

Encontramos al Derecho de Familia, como una rama del Derecho Civil, aún cuando las instituciones que regula son de interés público, ya que no puede renunciarse el derecho a recibir alimentos, ni transigir sobre nulidad de matrimonio. Por lo que el interés manifiesto del Estado en la solidez y permanencia de las relaciones familiares ha hecho pensar que el Derecho de Familia ha dejado de pertenecer al Derecho Privado. “Sin embargo de ello, sigue considerándose al Derecho de Familia como parte muy importante del Derecho Privado y si algunos tratadistas han pretendido segregarlo de ésta rama del derecho, ha sido porque se confunde el interés público que tienen la mayor parte de las relaciones familiares, con el concepto de Derecho Público que atañe a las relaciones del Estado con sus súbditos.”¹⁵

¹³MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pag. 24.

¹⁴MOTO SALAZAR, Efraín. Op. cit. Pag. 161.

¹⁵GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pag. 437.

El Derecho de Familia, por tanto, es una disciplina de Derecho Privado, específicamente una rama del Derecho Civil, ya que éste último “determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.). Esta rama suele ser dividida en cinco partes, a saber:

“I. Derecho de las Personas (personalidad jurídica, capacidad, estado civil, domicilio);

“II. Derecho Familiar (matrimonio, divorcio, legitimación, adopción, patria potestad, tutela, curatela, etc.);

“III. Derecho de los Bienes (clasificación de los bienes, posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, servidumbre, etc.);

“IV. Derecho Sucesorio (sucesiones testamentaria y legítima);

V. Derecho de las Obligaciones.”¹⁶

1.7 INSTITUCIONES DE DERECHO DE FAMILIA.

El Derecho de Familia regula instituciones de interés público, tales como:

¹⁶GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pags. 146 y 147.

MATRIMONIO.- “Es la unión de dos personas de sexo distinto con la intención de ser marido y mujer...”¹⁷

REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.- “Es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges surgidas del matrimonio.”¹⁸Que puede establecerse como:

SOCIEDAD CONYUGAL.- Que “es el régimen patrimonial del matrimonio formado por una comunidad de bienes aportados por los consortes y por los frutos y productos de estos bienes”¹⁹; o bien como,

SEPARACIÓN DE BIENES.- Que “es el régimen patrimonial del matrimonio por virtud del cual los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, así como los frutos y accesorios de dichos bienes y los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias que cada uno reciba por servicios personales en su oficio, empleo, profesión, industria o comercio.”²⁰

NULIDAD DEL MATRIMONIO.- Opera cuando se celebra el matrimonio, existiendo alguno de los impedimentos para su celebración, que no sean

¹⁷IGLESIAS, Juan. Op. cit. Pag. 482.

¹⁸BRENA, Ingrid. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag. 2738.

¹⁹BRENA, Ingrid. Sociedad Conyugal. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag. 2945.

²⁰PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Separación de Bienes. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag. 2896.

susceptibles de dispensa. Y sobre éste, los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros.

DIVORCIO.- “(De las voces latinas *divortium* y *divertere*, separarse lo que estaba unido, tomar líneas divergentes).

“Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.”²¹

CONCUBINATO.- “(Del latín *concubinatus*, comunicación o trato de un hombre con su concubina). Se refiere a la cohabitación más o menos prolongada y permanente entre un hombre y una mujer solteros, hecho lícito que produce efectos jurídicos...”²²

FILIACIÓN.- “(Del latín *filatio-onis*, de *filius*, hijo.) La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole...”²³

²¹ MONTERO DUHALT, Sara. Divorcio. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo II. Pag. 1184

²² PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Concubinato. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo I. Pag. 573

²³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Filiación. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo II. Pag 1447.

PATRIA POTESTAD.- “Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para con sus descendientes”²⁴

INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.- Que para los hijos habidos fuera del matrimonio, está permitida en los siguientes casos:

a) En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

b) Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

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

d) Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre (art. 382 Código Civil).

La investigación de la paternidad solo puede intentarse en vida de los padres, salvo que éstos hayan fallecido durante la menor edad de los hijos, supuesto en el que podrá intentarse hasta antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad (art. 388 Código Civil).

²⁴PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Patria Potestad. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag. 2351.

ADOPCIÓN.- “Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo.”²⁵

PARENTESCO.- “...Es la relación jurídica que se establece entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción. Derivadas del concepto jurídico de parentesco surgen tres especies: el parentesco por consanguinidad, el parentesco por afinidad y el parentesco civil o por adopción.

“Parentesco por consanguinidad: es el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común...

“Parentesco por afinidad: es la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro...

“Parentesco por adopción civil: es la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado. A este parentesco se le llama civil porque surge con independencia de la consanguinidad, es creado exclusivamente por el derecho...”²⁶

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.- “La deuda alimentaria es un deber derivado del derecho a la vida que tiene el acreedor alimentario y gravita sobre el grupo familiar.”²⁷

²⁵MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 320.

²⁶MONTERO DUHALT, Sara. Parentesco. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993, Tomo IV. Pag. 2323.

²⁷PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Alimentos. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo I. Pag 139.

TUTELA LEGÍTIMA.- “(Tutela del latín tutela, que a su vez deriva del verbo tueor que significa preservar, sostener, defender o socorrer. En consecuencia da una idea de protección).

“La tutela legítima se confiere por orden de inmediato parentesco a los colaterales hasta el cuarto grado, únicamente cuando no se haya prevenido la testamentaria...”²⁸

PATRIMONIO DE FAMILIA.- “El patrimonio de familia es un bien o un conjunto de bienes que la ley señala como temporalmente inalienables o inembargables para que respondan a la seguridad de los acreedores alimentarios familiares...”²⁹

SUCESIÓN LEGÍTIMA.- “Es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, de una persona física, a los herederos que determine la ley.”³⁰

²⁸LAGUNES PÉREZ, Iván. Tutela. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pags. 3187 y 3188.

²⁹MONTERO DUHALT, Sara. Patrimonio Familiar. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag. 2360.

³⁰BRENA, Ingrid. Sucesión Legítima. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag. 3008.

CAPITULO II

GENERALIDADES DEL MATRIMONIO

2.1. Concepto de Matrimonio

2.2. Evolución del Matrimonio

2.2.1. Promiscuidad Primitiva

2.2.2. Matrimonio por Grupos

2.2.3. Matrimonio por Rapto

2.2.4. Matrimonio por Compra

2.2.5. Matrimonio Consensual

2.3. El Matrimonio en Roma

2.3.1. Concepto

2.3.2. Elementos Esenciales

2.3.3. Requisitos e Impedimentos

2.3.4. Tipos de Matrimonio en Roma

2.4. Naturaleza Jurídica del Matrimonio

2.4.1. Matrimonio como Contrato

2.4.2. Matrimonio como Contrato de Adhesión

2.4.3. Matrimonio como Acto Jurídico

2.4.4. Matrimonio como Acto Jurídico Condición

2.4.5. Matrimonio como Acto Jurídico Mixto

2.4.6. Matrimonio como Institución

2.4.7. Matrimonio como Estado Jurídico

2.1 CONCEPTO

“Es opinión corriente la de derivar la palabra castellana matrimonio, por conducto de la latina “matrimonium”, de las voces “matris munium”, carga, gravamen o cuidado de la madre. La Decretales de Gregorio IX decían, comentando ésta derivación, que “para la madre, el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto y después del parto gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio.””¹

“...Es preciso dejar sentado que el matrimonio es la forma regular de la constitución de la familia.

“El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la iglesia católica, es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que, en términos 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

¹ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1987. Pag. 200.

voluntariamente aceptada por los contrayentes. La palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer.”²

Los tratadistas proporcionan las siguientes definiciones de matrimonio.

“De Diego: El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos.

“Carlos José Alvarez: Unión legítima indisoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida.

“Rodolfo de Ibarrola: Unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el Oficial del Registro Civil.

“Prayones: Institución social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad.

“Juan Carlos Loza: Institución jurídica, formal de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo, en que dos personas de diferente sexo unen

²PINA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia. Volumen I. Ed. Porrúa, S.A. México 1989. Pag. 314.

permanentemente sus destinos para los fines de la procreación de la prole, la educación de los hijos y la asistencia mutua sometida al estatuto legal que regula sus relaciones.

“Spota: Acto jurídico complejo que surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima siguiendo a éstas declaraciones la del oficial público hecha en nombre de la ley y por la cual los declara marido y mujer.”³

“Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión, y la tercera, a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.”⁴

“Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.”⁵

³Citados por CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Ed. Porrúa, S.A. México 1990. Pags. 70 y 71.

⁴PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Matrimonio. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo III. Pag. 2085

⁵MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 97.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 definieron al matrimonio en sus artículos 159 y 155 respectivamente, diciendo que: "...el matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida..."⁶

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 en su artículo 13 lo definía diciendo que: "el matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."⁷

El Código Civil vigente, no proporciona definición alguna de matrimonio.

Intentando una definición de matrimonio, diremos que éste es la unión legítima de la pareja hombre-mujer, sancionada por la ley, con el fin de evitar la promiscuidad de la actividad sexual de la pareja y, con ello establecer la certeza en la filiación de la descendencia de dicha unión.

2.2 EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

La figura del matrimonio, a través del tiempo, en atención a la diversidad de culturas existentes a todo lo largo y ancho del planeta, ha revestido un sin fin de características para su celebración, por lo que, apegándonos en lo plasmado en sus

⁶SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato, Contratos en Especial, Registro Público de la Propiedad. Ed. Porrúa, S.A. México 1994. Pag. 393.

⁷SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. Pag. 393.

obras por los Maestros Sara Montero Duhalt y Rafael Rojina Villegas, señalaremos como etapas en la evolución del matrimonio las siguientes:

2.2.1 PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

Se dice que ésta tuvo lugar en los albores de la humanidad en que solo se buscaba el satisfacer un instinto sexual, y al ser ignorado el proceso biológico de procreación, se dio lugar al matriarcado. También se defiende la postura de que la promiscuidad no pudo ser absoluta, sino solo relativa, ya que el hombre, atendiendo a ciertos instintos y sentimientos naturales, debió permanecer al lado de la mujer hasta el nacimiento del hijo

2.2.2 MATRIMONIO POR GRUPOS.

Surge de la creencia mítica del totemismo, ya que el tótem era el antepasado común representado por una figura inanimada, del cual derivan todos los miembros de una tribu y por tanto estaban unidos por lazos de sangre. Como entre ellos estaba estrictamente prohibido el ayuntamiento sexual, un grupo de hombres celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta; en la relación sexual así establecida todos (el grupo de hombres y mujeres) son cónyuges en común.

“...Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre...”⁸

2.2.3 MATRIMONIO POR RAPTO

Tiene lugar debido, principalmente, a la guerra; en la que al igual que los bienes y animales arrebatados por los vencedores al enemigo, son consideradas como botín de guerra las mujeres.

“Derivado de la exclusividad sexual que tiene el hombre sobre la esposa raptada, los hijos de ésta tendrán paternidad cierta, el hombre se siente seguro de su paternidad y en base a ella, sus hijos serán sus herederos legítimos. El parentesco se establece por la línea paterna y el régimen patriarcal ha sentado ya sus bases.”⁹

2.2.4 MATRIMONIO POR COMPRA.

“En el matrimonio por compra se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues ésta es conocida...”¹⁰

⁸ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pag. 201.

⁹MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pag. 103.

¹⁰ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pag. 202.

2.2.5 MATRIMONIO CONSENSUAL.

Es la forma más evolucionada del matrimonio, que sustenta como base para su celebración la voluntad libre de los contrayentes, reflejada en su consentimiento expreso para unirse en matrimonio.

“...Es tan reciente en la historia humana el matrimonio plenamente consensual entre ambos cónyuges que apenas en 1962 surgió un tratado internacional mediante el cual las naciones firmantes se comprometen a que el matrimonio será únicamente producto del consentimiento de los consortes. México recién ratificó ese tratado (Diario Oficial 19 de abril de 1983) aunque nuestra tradición jurídica desde siempre ha admitido solamente este tipo de matrimonio.”¹¹

2.3 EL MATRIMONIO EN ROMA.

Debido a la gran influencia que ha tenido en el Derecho Mexicano, dedicaremos éste apartado al estudio del matrimonio en el Derecho Romano.

2.3.1 CONCEPTO.

“Las fuentes nos suministran dos definiciones del matrimonio. La primera es la de Modestino, según el cual *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (el matrimonio es la unión de hombre y mujer en consorcio de toda la vida y comunicación de derecho divino y humano). Guarda relación con ella la que se lee en las Instituciones de

¹¹MONTERO DUHALT, Sara.Op. cit. Pag. 105.

Justiniano, y que es de éste tenor: *Matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (Matrimonio es la unión de hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble).¹²

“...El matrimonio, tal como lo entienden los romanos, es una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la *affectio maritalis*... el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos -*honor matrimonii*. Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en casa de éste -*deductio in domum mariti*- y dando así comienzo a la vida en común...”¹³

2.3.2 ELEMENTOS ESENCIALES.

Los elementos que debía reunir el matrimonio para ser considerado como tal por la sociedad romana antigua eran: LA DEDUCTIO, que es “...la comunidad de vida (que) fija el instante en que se inicia el matrimonio y consiste en la unión física de ambos cónyuges que va a establecer entre ellos un estado de vida conyugal...”¹⁴

¹²IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Ed. Ariel, S.A. Barcelona 1993. Pag 484.

¹³IGLESIAS, Juan. *Op. cit.* Pags. 482 y 483.

¹⁴MONTERO DUHALT, Sara. *Op. cit.* Pag. 106.

LA AFFECTIO MARITALIS, que para Ruggiero es "...el elemento intelectual o psíquico y es el factor espiritual que vivifica el material o corporal... Este elemento espiritual, es la affectio maritalis, o sea, la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento en momento, porque sin esto la relación física pierde su valor."¹⁵ "...Tal resulta claramente de lo que dicen dos conocidos aforismos: nuptias non concubitus, sed consensus facit (el matrimonio no nace de la cohabitación, sino del consentimiento); non coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio (no es la unión carnal la que determina el matrimonio, sino la afección matrimonial)."¹⁶

2.3.3 REQUISITOS E IMPEDIMENTOS.

"Hay matrimonio válido -iustae o legitimae nuptiae, iustum o legitimum matrimonium- cuando se dan los siguientes requisitos."¹⁷

- Capacidad natural, ya que no pueden contraer matrimonio los impúberes y los eunucos.

¹⁵Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pags. 203 y 204.

¹⁶IGLESIAS, Juan. Op. cit. Pag. 483.

¹⁷IGLESIAS, Juan. Op. cit. Pag. 485.

- Conubium, que es la capacidad jurídica, ya que para contraer matrimonio se requiere ser libre y ciudadano.

- Consentimiento de los esposos.

- Consentimiento del Paterfamilias, cuando los contrayentes no son sui iuris.

Los impedimentos se subdividen en: absolutos y relativos.

Son impedimentos absolutos.

- El matrimonio anterior que no ha sido disuelto.

- La esclavitud de alguno de los cónyuges.

- El voto de castidad.

Son impedimentos relativos.

- El parentesco consanguíneo o cognación, en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el tercer grado.

- El parentesco de adopción (adoptiva cognatio).

- El parentesco espiritual, ya que se prohibía el matrimonio entre padrino y ahijado.

- La afinidad.

- El adulterio y el rapto.

2.3.4 TIPOS DE MATRIMONIO EN ROMA.

El Derecho Romano conoció cuatro clases de uniones matrimoniales.

1.- Las *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* que solo podían celebrar los ciudadanos romanos, pues solo ellos poseían el *ius connubium*.

2.- El *concubinatus*, simple unión entre hombre y mujer, que podían casarse por no existir impedimentos, al que se le reconocían los efectos de una unión legal si después se convertía en matrimonio.

3.- El matrimonio *sine connubio*, unión entre un ciudadano romano y un peregrino y aunque se calificaba de *matrimonium non legitimum* surtía prácticamente los mismos efectos que el *iustum matrimonium*.

4.- El *contubernium* o matrimonio entre esclavos o entre un esclavo y uno libre, que era considerado como una situación sin efectos jurídicos.

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

En torno a la naturaleza jurídica del matrimonio, existen diversas posiciones doctrinales, de las cuales a continuación realizaré un breve análisis:

2.4.1 MATRIMONIO COMO CONTRATO.

“La concepción contractual civil se remonta a la opinión de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento. Esta concepción fue elaborada en Francia y constituyó la base de la secularización del matrimonio producida tras la revolución de 1789. Alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, la que consideró al

matrimonio como un contrato civil...”¹⁸De donde se desprende “...que tal punto de vista solo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 1917, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fué únicamente negar a la iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio, en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto...”¹⁹

El matrimonio, no puede ser de la misma naturaleza jurídica que los contratos por muchas causas, entre ellas:

Los contratos pueden disolverse por acuerdo de los contratantes (artículo 1792 del Código Civil), en cambio el matrimonio para su disolución, aún en caso de ser voluntaria, requiere la intervención de un funcionario estatal. (artículo 272 del Código Civil).

¹⁸CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. Op. cit. Pags. 44 y 45.

¹⁹ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pag. 223.

En el matrimonio, los deberes, derechos y obligaciones son privativos de los cónyuges, y no pueden ser realizados por un tercero y reclamar el pago por ello al otro cónyuge (artículo 2027 del Código Civil). Como ejemplo de ello, pondremos el débito carnal, que en caso de negativa no puede ser solicitado a una sexo-servidora, a costa de la cónyuge, o bien reclamando después el pago de su obligación de hacer prestada por otra.

El matrimonio celebrado, existiendo algún impedimento que no sea susceptible de dispensa, como el consistente a la existencia de un matrimonio anterior no disuelto, tendría aparejada la nulidad absoluta, ya que no desaparece por confirmación o por prescripción; y una vez decretada judicialmente su nulidad, los efectos producidos deberán ser “destruidos retroactivamente” (artículo 2226 del Código Civil), caso poco menos que imposible cuando de esa unión se han procreado hijos.

Por todo ello, el matrimonio no puede participar de la misma naturaleza jurídica que los contratos.

2.4.2 MATRIMONIO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN.

De acuerdo a la Ley Federal de Protección al Consumidor “...se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho

documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato...” (artículo 85 de la Ley Federal de Protección al Consumidor); por un lado el matrimonio no puede celebrarse existiendo uno anterior que no haya sido disuelto, y por otro las condiciones no son fijadas por los contrayentes, sino por la ley; motivo por el cual el matrimonio no puede ser considerado como un contrato de adhesión.

2.4.3 MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO.

Se defiende esta teoría diciendo que el matrimonio solo puede tener lugar dando carácter solemne al concierto de voluntades de los contrayentes.

2.4.4 MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO CONDICIÓN.

Se debe esta teoría a León Dugüit, quien lo define “como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan en la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua.”²⁰

²⁰CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. Op. cit. Pag. 56 y ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pag. 214.

“Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar, subordinada a la celebración de ese acto; en este caso el matrimonio.”²¹

2.4.5 MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO MIXTO.

Quienes defienden esta teoría hacen una distinción entre los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos privados, siendo éstos en los que concurren a su celebración exclusivamente particulares y, aquellos los realizados entre órganos estatales en ejercicio de su función pública. Siendo que en el matrimonio intervienen, tanto particulares (contrayentes), así como un representante estatal (Juez del Registro Civil), con la intervención que la ley les concede a cada cual de los participantes, debido a la solemnidad que reviste el acto, se califica al matrimonio como acto jurídico mixto.

2.4.6 MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN

“...Institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público...”²²

“El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de

²¹GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. Ed. Porrúa, México 1990. Pag. 478.

²²MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pag. 113.

los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

“Desde este punto de vista se estudia el matrimonio tomando en cuenta solo su aspecto de sistema normativo y se prescinde del acto jurídico que le da origen, así como del estado que crea entre los consortes. Exclusivamente se atiende al aspecto normativo externo que organiza el derecho objetivo en razón de las finalidades del matrimonio. Es decir, se toma en cuenta solo la estructura legal que en forma destacada viene a determinar el conjunto de derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonio.”²³

2.4.7 MATRIMONIO COMO ESTADO JURÍDICO.

“Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos en virtud de que constituyen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los miembros una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se

²³ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pag 212.

presenta como un estado de Derecho en oposición a los simples estados de hecho...²⁴

“...Resulta evidente que el matrimonio no puede definirse como acto jurídico simplemente, es decir, no se agota en el solo acto de su celebración, pues sería un matrimonio incompleto. La plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su fin, y sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer y en la relación con los hijos, dependen fundamentalmente del estado matrimonial...²⁵

Del estudio realizado, podemos colegir, que el matrimonio participa, necesariamente, de una naturaleza jurídica mixta, a saber: es un acto jurídico solemne (por tanto mixto) al momento de su celebración; es una institución en cuanto al conjunto de normas que regulan los requisitos para su celebración, los derechos y obligaciones que surgen entre los contrayentes entre si y para con su progenitura y, es un estado jurídico creado entre la pareja hombre-mujer desde el momento de su celebración, hasta que el mismo se disuelva por cualquiera de las formas legales permitidas (muerte, declaración de nulidad o divorcio).

²⁴CHÁVEZ ASECNCIO, Manuel F. Op. cit. Pag. 55

²⁵ROJINA VILLEGAS, Rafacl. Op. cit. Pag. 228.

CAPITULO III

EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

3.1. Elementos de Existencia del Matrimonio

3.1.1. Consentimiento

3.1.2. Objeto

3.1.3. Solemnidades

3.2. Elementos de Validez del Matrimonio

3.2.1. Capacidad

3.2.2. Voluntad Libre de Vicios

3.2.3. Formalidades

3.3. Impedimentos para la Celebración del Matrimonio

3.3.1. Impedimentos Dirimentes e Impedientes

3.3.2. Impedimentos Temporales y Perpetuos

3.3.3. Impedimentos Absolutos y Relativos

3.3.4. Impedimentos Dispensables y no Dispensables

3.4 Impedimentos señalados por el Código Civil vigente

3.5. Efectos que se Producen con Motivo de la Celebración del Matrimonio

3.5.1. Efectos entre Consortes

3.5.1.1. Deberes Jurídicos Conyugales

- 3.5.1.1.1. Deber de Cohabitación
- 3.5.1.1.2. Débito Carnal
- 3.5.1.1.3. Deber de Fidelidad
- 3.5.1.1.4. Deber de Asistencia
- 3.5.1.2. Obligaciones Familiares
 - 3.5.1.2.1. Obligación Alimenticia
 - 3.5.1.2.2. Sucesión Legítima
 - 3.5.1.2.3. Servicios Personales
- 3.5.2. Efectos en relación a los Hijos
- 3.5.3. Efectos en relación a los Bienes
 - 3.5.3.1. Las Donaciones Antenupticiales
 - 3.5.3.2. Las Donaciones entre Consortes
 - 3.5.3.3. Los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio
- 3.6. Fines del Matrimonio

El capítulo que se desarrolla tiene por objeto analizar las disposiciones legales vigentes en torno al matrimonio, desde los impedimentos para su celebración, con especial énfasis en el consistente en la impotencia incurable para la cópula y la edad requerida en los contrayentes, poniendo de manifiesto el carácter sexológico, y no jurídico propiamente, que con mala técnica se encuentra en nuestra codificación civil vigente; los efectos que produce la celebración del matrimonio, así como los deberes jurídicos que nacen entre los cónyuges y la imposibilidad de exigir el cumplimiento de éstos por vía judicial.

3.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

Son los requisitos indispensables que deben cubrirse para la celebración del matrimonio, y éstos son: El consentimiento, el objeto y las solemnidades.

3.1.1 CONSENTIMIENTO.

Consiste en la declaración expresa de los contrayentes, en el concierto de sus voluntades de unirse en matrimonio; en dos momentos, que son: al momento de presentar la solicitud al Juez del Registro Civil, y al momento de la celebración de la ceremonia en que quedaran unidos por el vínculo del matrimonio.

3.1.2 OBJETO.

Que debe ser, como en todo acto jurídico, posible y lícito, esto es, que no debe ser contrario a las leyes naturales o a las buenas costumbres y aplicado al matrimonio, se traduce en que éste debe ser celebrado entre personas de distinto

sexo, con un debido desarrollo de sus órganos reproductores, para que exista la posibilidad de la unión sexual por vaso idóneo.

3.1.3 SOLEMNIDADES.

El acto jurídico por el cual se celebra el matrimonio debe ser sancionado por un representante estatal, en específico por un Juez del Registro Civil, ante el cual los contrayentes deben manifestar su voluntad expresa de unirse en matrimonio (artículo 102 del Código Civil).

3.2 ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Son los requeridos para que el acto surta efectos plenos y no se vea afectado de nulidad, y éstos son: capacidad de las partes, voluntad que no se encuentre viciada, y las formalidades propias del acto.

3.2.1 CAPACIDAD DE LAS PARTES.

Que en especial para el matrimonio, a diferencia de los demás actos jurídicos para los cuales la ley exige la mayor edad, son capaces para celebrarlo los hombres que hayan cumplido dieciséis años y las mujeres que hayan cumplido catorce, pero en casos especiales, por causas graves y justificadas puede ser concedida dispensa de edad en los contrayentes, por lo que la capacidad que señala la ley para poder contraer matrimonio, se refiere al desarrollo sexual de las personas, a la edad núbil. Pasando por alto la legislación vigente, que el hecho de la llegada de la pubertad en una persona, y como consecuencia de ello, su potencial reproductivo, no trae

aparejada la madurez requerida para ser padre o madre de familia, por lo que me atrevo a decir que el matrimonio es visto por nuestra legislación, como regulador de la actividad sexual de la pareja, y no en función de una responsable fuente constitutiva de la familia.

3.2.2 VOLUNTAD LIBRE DE VICIOS.

Que tratándose de matrimonio solo se admiten como vicios de la voluntad el ERROR, que necesariamente, para ser considerado como vicio de la voluntad, debe recaer sobre la persona con quien se contrae, es decir, cuando entendiéndose celebrarse el matrimonio con persona determinada se contrae con otra; y la VIOLENCIA, que consiste en el empleo de “fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes”, ya sea propios o de algún pariente cercano (artículo 1819 de Código Civil).

3.2.3 FORMALIDADES.

Que para la celebración del matrimonio se presentan, tanto en el momento previo (solicitud), como en el momento de su celebración (acta de matrimonio).

Para celebrar el matrimonio, las personas que pretendan contraerlo, “presentarán un escrito al Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos, que exprese:

“I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebó el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta.

“II. Que no tienen impedimento legal para casarse, y

“III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

“Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiere o no supiere escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar” (artículo 97 del Código Civil).

Al escrito que presenten los futuros contrayentes se acompañarán necesariamente los siguientes documentos:

“I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciséis años y la mujer mayor de catorce;

“II. La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151;

“III. La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;

“IV. Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable, que sea, además, contagiosa y hereditaria.

“Para los indigentes tienen obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial.

“V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el juez del

Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

“Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

“VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y

“VII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.” (artículo 98 del Código Civil).

En la ceremonia de celebración del matrimonio, que se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la presentación de la solicitud, una vez cumplidas las solemnidades del acto, se procederá inmediatamente al levantamiento del acta de matrimonio, en la que se hará constar:

“I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;

“II. Si son mayores o menores de edad;

“III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;

“IV. El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo;

“V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;

“VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la ley y de la sociedad;

“VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;

“VIII. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes, y si lo son, en qué grado y en qué línea;

“IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.

“El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos, y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo.

“En el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.” (artículo 103 del Código Civil).

3.3 IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

“...Este concepto abarca determinadas cualidades personales y circunstancias materiales que, conforme a derecho, se oponen a la celebración del matrimonio de aquél a quien afectan...”¹, y se pueden clasificar en: impedimentos dirimentes e impedientes; impedimentos temporales y perpetuos; impedimentos absolutos y relativos; e impedimentos dispensables y no dispensables.

3.3.1 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES E IMPEDIENTES.

Los impedimentos dirimentes, son aquellos cuya existencia no permite la realización de un matrimonio, y en caso de haber sido celebrado obligan a disolverlo, como por ejemplo la existencia de un matrimonio anterior, que no haya sido disuelto.

Impedimentos impedientes, “son impedimentos simplemente prohibitivos o impedimentos menos graves, que no llegan a producir la nulidad del vínculo, pero que se consideran ilícitos...”², como sería el caso del matrimonio celebrado antes de que transcurran los plazos que la ley ordena deben guardar las personas que han disuelto un vínculo matrimonial anterior.

¹IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1978. Pag. 156.

²BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla. México 1994. Pag. 60.

3.3.2 IMPEDIMENTOS TEMPORALES Y PERPETUOS.

Los impedimentos temporales, son aquellos que se extinguen por el solo hecho del transcurso del tiempo, en cuyo supuesto se encuentra el impedimento por la falta de edad requerida por la ley para la celebración del matrimonio.

Impedimentos perpetuos, son aquellos que no dependen del transcurso del tiempo o algún acto del hombre para su existencia, ya que siempre estarán presentes, como las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas y hereditarias.

3.3.3 IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS.

Son impedimentos absolutos, los que obstaculizan el matrimonio con cualquier persona, mientras subsista el impedimento, tal es el caso del matrimonio anterior no disuelto.

Impedimentos relativos, estos obstaculizan se contraiga matrimonio con personas determinadas, aún cuando se esté en aptitud de contraer matrimonio válido con otra persona, como sería el caso de la existencia de los vínculos de parentesco por consanguinidad o afinidad.

3.3.4 IMPEDIMENTOS DISPENSABLES Y NO DISPENSABLES.

Son impedimentos dispensables, aquellos que obstaculizan la celebración del matrimonio, hasta que una tercera persona, o una autoridad, en su caso, otorguen

su consentimiento para la celebración del acto, tales como la falta de edad requerida por la ley o el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual.

Impedimentos no dispensables, que son todos los que establece el artículo 156 del Código Civil vigente, en sus diez fracciones, con excepción de los casos que expresamente admiten dispensa.

3.4 IMPEDIMENTOS SEÑALADOS POR EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

Son prohibiciones para la celebración del matrimonio, cuya violación lleva aparejada la nulidad del matrimonio o que éste sea calificado como ilícito, y estos son:

- LA FALTA DE EDAD REQUERIDA POR LA LEY, CUANDO NO HAYA SIDO DISPENSADA (artículo 156 fracción I del Código Civil). Ya que el propio Código Civil fija como edad mínima para la celebración del matrimonio, 16 años cumplidos en el hombre, y 14 años cumplidos en la mujer; impedimento que se refiere más a la falta de capacidad física para el ayuntamiento carnal y para la procreación que necesariamente deriva de aquel, ya que el “...Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados, según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas” (artículo 148 del Código Civil), siendo que la causa grave y justificada a que se alude debe consistir

necesariamente en la futura procreación de la pareja, con motivo del embarazo de la mujer.

- LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL QUE, O LOS QUE, EJERZAN LA PATRIA POTESTAD, EL TUTOR O EL JUEZ EN SUS RESPECTIVOS CASOS (artículo 156 fracción II del Código Civil). Impedimento que se funda en que quien no ha cumplido 18 años no puede contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, o del que sobreviva, y a falta o por imposibilidad de éstos, de los abuelos paternos o maternos. Faltando las personas señaladas se requiere el consentimiento del tutor y a falta de éste, debe suplir el consentimiento, en caso de ser procedente, el Juez de lo Familiar que ejerza jurisdicción en el ámbito territorial de residencia del menor. Para el caso que los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hayan concedido, los interesados podrán acudir ante el JEFE DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL, o a los Delegados, quienes después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento. (artículos 149, 150 y 151 del Código Civil).

- EL PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD LEGITIMA O NATURAL, SIN LIMITACIÓN DE GRADO EN LÍNEA RECTA, ASCENDENTE O DESCENDENTE. EN LA LÍNEA COLATERAL IGUAL, EL IMPEDIMENTO SE EXTIENDE A LOS HERMANOS Y MEDIOS HERMANOS. EN LA

COLATERAL DESIGUAL, EL IMPEDIMENTO SE EXTIENDE SOLAMENTE A LOS TÍOS Y SOBRINOS, SIEMPRE QUE ESTÉN EN EL TERCER GRADO Y NO HAYAN OBTENIDO DISPENSA (artículo 156 fracción III del Código Civil). El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, o que tienen un ascendiente común (artículo 293 del Código Civil), por lo que los fines de éste impedimento son eugenésicos, porque mediante este se pretende evitar posibles deformaciones en la especie humana, que podrían presentarse en los descendientes de matrimonios que contravenga esta disposición.

- EL PARENTESCO DE AFINIDAD EN LÍNEA RECTA, SIN LIMITACIÓN ALGUNA (artículo 156 fracción IV del Código Civil). El parentesco por afinidad es el que surge entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón, con motivo de la celebración del matrimonio (artículo 294 Código Civil), este impedimento se presenta en nuestra legislación por razones de orden moral.

- EL ADULTERIO HABIDO ENTRE LAS PERSONAS QUE PRETENDAN CONTRAER MATRIMONIO, CUANDO ESE ADULTERIO HAYA SIDO JUDICIALMENTE COMPROBADO (artículo 156 fracción V del Código Civil). “En lenguaje común se entiende (por adulterio) la relación sexual de

una persona casada con otra que no es su cónyuge³³, que en el caso en estudio debe haber sido declarado judicialmente. Siendo que en nuestro país solo se admite el matrimonio monogámico, como forma legal de constitución de la familia y que dentro de aquél, existe un monopolio de la actividad sexual entre la pareja, todo ayuntamiento carnal de cualquiera de los consortes sería, además de ilícito, un atentado grave contra la solidez de la familia, por lo que el impedimento en estudio atiende a razones de orden moral y social, al prohibir la constitución de la familia derivada de un acto que atentó en un pasado contra la solidez de otra familia.

- EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE ALGUNO DE LOS CASADOS PARA CONTRAER MATRIMONIO CON EL QUE QUEDE LIBRE (artículo 156 fracción VI del Código Civil). “No se requiere la consumación del delito de homicidio. Para que subsista el impedimento, es suficiente la realización de los actos previos a la consumación, encaminados directamente a causar la muerte de uno de los cónyuges; pero sí es necesario que se compruebe en el autor del delito, el propósito de privar de la vida a uno de los cónyuges para que en esta forma, si queda después disuelto por otras causas el vínculo matrimonial, el autor del atentado no se encuentra en aptitud de contraer matrimonio con el otro cónyuge³⁴.”

³PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena; y SANTÉS MAGAÑA, Graciela Rocio. Adulterio. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo I. Pag. 115.

⁴GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1990. Pag. 497

Impedimento que se encuentra previsto en la ley atendiendo a salvaguardar la moralidad y seguridad social.

- LA FUERZA O MIEDO GRAVES. EN CASO DE RAPTO, SUBSISTE EL IMPEDIMENTO ENTRE EL RAPTOR Y LA RAPTADA, MIENTRAS ÉSTA NO SEA RESTITUIDA A LUGAR SEGURO, DONDE LIBREMENTE PUEDA MANIFESTAR SU VOLUNTAD (artículo 156 fracción VII del Código Civil). El miedo o la violencia deben ser razonablemente fundados y contemporáneos a la fecha de celebración del matrimonio, que se originen en la amenaza de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes, no solo sobre el cónyuge, ya que también puede recaer sobre las personas que la tienen bajo su patria potestad o tutela (artículo 245 Código Civil). Con lo que se pretende, al establecerlo como impedimento para celebrar el matrimonio, que el consentimiento que han de prestar los contrayentes sea libre y espontáneo.

- LA IMPOTENCIA INCURABLE PARA LA CÓPULA; Y LAS ENFERMEDADES CRÓNICAS E INCURABLES QUE SEAN, ADEMÁS, CONTAGIOSAS O HEREDITARIAS (artículo 156 fracción VIII del Código Civil).

La impotencia. “Este impedimento es de Derecho Natural... La impotencia debe ser incurable y se refiere a la cópula. Esto significa que la esterilidad no hace nulo al matrimonio, ni aún sabiendo que alguno de los contrayentes es estéril; no hay impedimento por esterilidad... en el matrimonio se unen el hombre y la mujer con el interés puesto en la unión sexual... Por lo tanto, el hombre y la mujer deben ser potentes para el matrimonio, es decir, debe ser posible la cópula. El matrimonio es la unión sexual y debe ser posible esa unión y diálogo sexual.”⁵

Para Francesco Messineo. “Es motivo de impugnación la impotencia para la cópula (la llamada impotentia coeundi), tanto si es absoluta (es decir, respecto de cualquiera), como si es relativa (esto es, en relación solamente a la persona del otro cónyuge), cuando sea perpetua y anterior al matrimonio...”

“Esta figura es amplia comprensión lógica, e incluye tanto la falta del órgano necesario para el acoplamiento (impotencia denominada instrumental), como la imperfección del órgano, que se da cuando éste, aún existiendo, no es idóneo para la función sexual o coito...”

⁵CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Ed. Porrúa, S.A. México 1990. Pag. 117.

“Diversa es la impotencia para engendrar (impotentia generandi); ésta supone la existencia y perfección del órgano necesario para el acto sexual (coito) y, además, la idoneidad del mismo, de manera que el acoplamiento sea posible y no existe impotentia coeundi. Dicha impotencia consiste en el hecho de que, por otras causas, o por defecto o vicio de un órgano diverso, especialmente en el caso de la mujer (útero, ovario), no es posible la generación, o sea, la fecundación o la reproducción, no obstante la posibilidad de acoplamiento.”⁶

La impotencia para la cópula a que se alude como impedimento para la celebración del matrimonio es distinta de la esterilidad, y así ha sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis que a continuación me permito citar:

Quinta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: LXII

Página: 3304

ESTERILIDAD E IMPOTENCIA, NULIDAD DEL MATRIMONIO EN CASO DE.

⁶Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1987. Pag. 281.

Como la esterilidad constituye, de hecho y de derecho, un estado diverso a la impotencia, no puede incluirse a aquella en la fórmula legal que rige la causa de divorcio, por impotencia, establecida en la Fracción VI del Artículo 267 del Código Civil, por lo que se queda demostrada sólo la esterilidad de uno de los cónyuges, no procede declarar que hay causa por el divorcio.

Herrera Ricardo. Pag. 3304. Tomo LXII O De Diciembre De 1939.

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XL, Cuarta Parte

Página: 112

DIVORCIO, IMPOTENCIA COMO CAUSAL DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

El Código Civil del Estado de Jalisco en su artículo 322, fracción VI, se refiere a la impotencia para la cópula, para el acto carnal, sin que repute como tal, a la esterilidad, que en el hombre, incapacidad para engendrar, y en la mujer, incapacidad para concebir, de modo que no por ser estéril, se es impotente, ni se tiene impedimento legal para el matrimonio, ni se incurre en causa de nulidad de éste, ni tampoco se da causa para su disolución por divorcio.

Amparo directo 101/60. Gabriela Mercedes Gallardo Cabrero de Aguilera. 14 de octubre de 1960. Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

Y asimismo nuestro más alto Tribunal jurisdiccional ha resuelto que la impotencia para copular puede presentarse tanto en el hombre como en la mujer.

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLVIII, Cuarta Parte

Página: 165

DIVORCIO, IMPOTENCIA COMO CAUSAL DE.

Es un error expresar que la causal de impotencia sólo la concede la ley a la mujer, por no ser posible que ésta sea impotente para la cópula; puesto que la existencia de obstáculos vulvares o vaginales, puede ocasionar esta impotencia en el agente femenino de la cópula.

Amparo directo 4663/59. Dámaso Parra. 5 votos. 8 de junio de 1961.

Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

El impedimento de esta fracción se refiere a la ineptitud para la cópula, por lo que uno de los fines del matrimonio no puede ser la perpetuación de la especie, ya que sería perfectamente válido un matrimonio que fuera contraído por personas

estériles, y en base a ello me atrevo a afirmar que de acuerdo a nuestra legislación el matrimonio es visto más como un medio de evitar la promiscuidad sexual, creando un monopolio en la actividad sexual de la pareja, que como institución creada para la perpetuación de la especie.

Por lo que hace a la segunda parte de este impedimento, respecto de las enfermedades incurables y contagiosas, se ve marcadamente el fin eugenésico que se persigue, buscando evitar con ello la proliferación de enfermedades entre los miembros de la sociedad.

- PADECER ALGUNO DE LOS ESTADOS DE INCAPACIDAD A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN II DEL ARTICULO 450 (artículo 156 fracción IX del Código Civil). Que se refiere a los mayores de edad perturbados en su inteligencia aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotropicos o los estupefacientes (artículo 450 fracción II del Código Civil); ya que una persona en estas condiciones no podría externar su consentimiento en forma libre y espontánea, al no poder comprender la naturaleza y alcances del acto, ni las obligaciones que emanan de su celebración.

- EL MATRIMONIO SUBSISTENTE CON PERSONA DISTINTA DE AQUELLA CON QUIEN SE PRETENDA CONTRAER (artículo 156 fracción X del Código Civil). “La existencia de este impedimento, protege la organización de la familia monogámica y la esencia misma del matrimonio que sólo se concibe, se autoriza y se sanciona por la ley entre un solo hombre y una sola mujer. La subsistencia de un matrimonio anterior con persona distinta... constituye el delito de bigamia, cuya ejecución es punible, de acuerdo con las leyes penales.”⁷

- LA EXISTENCIA DEL PARENTESCO CIVIL ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO, COMO ENTRE LOS DESCENDIENTES DE ESTE Y AQUEL (artículo 157 del Código Civil). El parentesco civil, que nace exclusivamente entre adoptante y adoptado crea entre ellos los mismos derechos y obligaciones que nacen de la filiación, por lo tanto mientras este lazo de parentesco subsista, por razones de índole moral y social, no pueden contraer matrimonio. Y refiero claramente, mientras subsista el lazo de parentesco, ya que este es revocable por voluntad de las partes (artículo 405 fracción II del Código Civil).

- LA FALTA DE TRANSCURSO DEL PLAZO DE 300 DÍAS QUE DEBE GUARDAR LA MUJER DESPUÉS DE DISUELTO SU MATRIMONIO ANTERIOR (artículo 158 del Código Civil). Impedimento que protege la certeza de la filiación de los hijos del matrimonio.

⁷GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pag. 498.

- EL TUTOR Y EL CURADOR, ASÍ COMO LOS DESCENDIENTES DE ESTE Y AQUEL, NO PUEDEN CONTRAER MATRIMONIO CON LA PERSONA QUE HA ESTADO O ESTÁ BAJO SU GUARDA, MIENTRAS NO HAYAN SIDO APROBADAS LAS CUENTAS DE LA TUTELA (artículo 159 del Código Civil). Con lo que se pretende evitar el uso de la influencia, que a través de la celebración del matrimonio se obtendría, para eludir la responsabilidad que sobre tutor y curador pesa por la administración de los bienes del pupilo.

3.5 EFECTOS QUE SE PRODUCEN CON MOTIVO DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

Los efectos que produce la celebración del matrimonio son de tres tipos, a saber: entre consortes; en relación a los hijos y, en relación a los bienes.

3.5.1 EFECTOS ENTRE CONSORTES.

“...El matrimonio forma un estado entre los consortes constituido por un conjunto de vínculos que imponen deberes y derechos, que no pueden ser renunciados por la sola voluntad de las partes, permanentes, recíprocos, y que establecen un conjunto de relaciones de contenido ético jurídico.”⁸ Los efectos producidos, con motivo del matrimonio, entre consortes pueden a su vez subclasificarse en: deberes jurídicos conyugales y obligaciones familiares.

⁸GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pag. 545.

3.5.1.1 DEBERES JURÍDICOS CONYUGALES.

Los cuales tienen como características fundamentales: que no tienen carácter económico; presentan una marcada influencia moral; no son coercibles, esto es, no puede exigirse su cumplimiento acudiendo a los órganos jurisdiccionales, y al estudiar, por separado cada uno de estos deberes serán citadas resoluciones que nuestro mas alto Tribunal Jurisdiccional ha dictado en este sentido. Los deberes jurídicos conyugales son: deber de cohabitación; débito carnal; deber de fidelidad; deber de asistencia.

3.5.1.1.1 DEBER DE COHABITACIÓN.

Los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal, entendiéndose por éste, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales (artículo 163 párrafo primero del Código Civil).

Este es un deber jurídico cuya inobservancia trae aparejada, como sanción, la configuración de una causal de divorcio, que puede ser: “ la separación de la casa conyugal por mas de seis meses sin causa justificada”, “la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por mas de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio” y, “la separación de los cónyuges por más de dos años,

independientemente del motivo que haya originado la separación” (artículo 267 fracciones VIII, IX, XIII del Código Civil).

Pero aún cuando la inobservancia de éste deber jurídico trae aparejada la configuración de una causal de divorcio, no es posible imponer coactivamente la incorporación al domicilio conyugal, a los consortes contra su voluntad, y así fue resuelto por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DOMICILIO CONYUGAL, EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE HABITAR EN EL, NO PUEDE IMPONERSE A LOS CONSORTES COACTIVAMENTE.

La incorporación de los cónyuges, al domicilio conyugal, puede simplemente declararse como obligación, pero no puede imponerse por la fuerza, por respeto a la dignidad humana; porque en efecto el contrato de matrimonio, no podría restringir la libertad de cualquiera de los cónyuges, a tal punto que, con base en él, se pudiera coactivamente obligar, a cualquiera de ellos, a vivir al lado del otro.

Amparo Directo 5764/77. Juan Gálvez González. 18 de febrero de 1981. 5 votos.

Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: José Guillermo Iriarte y Gómez. Tercera Sala. Informe de 1981. Mayo Ediciones, pag. 43.

3.5.1.1.2 DÉBITO CARNAL.

De acuerdo a la legislación civil vigente, “los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio” (artículo 162 párrafo primero del Código Civil) y “...uno de los fines del matrimonio, naturalmente aceptado en forma universal, es la relación sexual lícita entre los cónyuges...”⁹; que aún cuando “desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio”¹⁰, no puede exigirse el cumplimiento de este deber acudiendo ante los tribunales jurisdiccionales, ya que sería antijurídico que un Juez de lo Familiar impusiera y constatará la prestación del débito carnal de un cónyuge que se niegue a la relación sexual con su consorte.

3.5.1.1.3 DEBER DE FIDELIDAD.

Con este deber jurídico, que pesa sobre ambos cónyuges, se protege la monogamia como única forma legal de constitución de la familia, puesto que, según Busso, pasar por alto este deber “... (en) la falta de la mujer puede traer como consecuencia la incertidumbre respecto a la legitimidad de los hijos y la introducción de descendencia adulterina en la familia.”¹¹

⁹MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 142.

¹⁰ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pag. 315.

¹¹Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pag. 319.

“...En el matrimonio... tal deber no depende de la voluntad de los consortes... Se funda exclusivamente en la naturaleza misma de la institución que exige seguridad, orden público y buenas costumbres, independientemente de los propósitos personales de cada consorte y de la mayor o menor fuerza con que el ordenamiento jurídico pueda imponer la observancia de esa obligación.”¹²

“Al deber de fidelidad corresponde el derecho recíproco de los cónyuges de exigir del otro, la prestación del débito conyugal.

“...El deber de fidelidad no se agota en la sola abstención impuesta a los cónyuges de tener relaciones carnales con otra persona distinta de su consorte... no solo implica la abstención de contactos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista civil y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos que aun cuando no lleguen a la consumación del adulterio y aun no conduzcan a relaciones eróticas entre un cónyuge y una tercera persona, pueden constituir una violación al deber de fidelidad (de allí su contenido moral) en tanto esos hechos o actos, revelen que se ha roto o que se ha lesionado gravemente la unidad de vida que debe existir entre los consortes.”¹³

¹²ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. Pags. 319 y 320.

¹³GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pag. 550.

Deber jurídico que en caso de quebrantamiento, daría lugar al nacimiento de alguna causal de divorcio, que podría ser: “el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges”, y “las injurias graves de un cónyuge para el otro” (artículo 267 fracción I y XI del Código Civil), pero al igual que los demás presenta la imposibilidad de hacerlo cumplir coactivamente, ya que en caso contrario sería menester remontarnos a las inhumanas prácticas de la utilización del cinturón de castidad.

3.5.1.1.4 DEBER DE ASISTENCIA.

Deber jurídico, que tiene su origen y fundamento en los artículos 147 y 162 del Código Civil vigente, de los cuales se desprende que los cónyuges se deben ayuda mutua y están obligados a socorrerse mutuamente; lo cual se traduce en la asistencia en caso de enfermedad, ayuda en la vejez, consejo y apoyo moral en las adversidades que la vida les presente.

Podemos inferir, de los deberes jurídicos que nacen del matrimonio, que existe un verdadero monopolio de la actividad sexual de los cónyuges para con su pareja, cuya infracción trae aparejada como consecuencia la configuración de alguna causal de divorcio; esto por un lado, y por otro, que el deber de cohabitación, el débito carnal, el deber de fidelidad y el deber de asistencia, no presentan carácter económico alguno, y que no es posible exigir su cumplimiento

coactivamente, siendo éste último el criterio adoptado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 157-162 Cuarta Parte

Página: 93

**MATRIMONIO, INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL.
CUMPLIMIENTO FORZOSO INEXIGIBLE.**

No obstante que los efectos que origina el matrimonio entre los cónyuges, como lo son la vida en común, el débito carnal, la fidelidad y la asistencia y la ayuda mutua, son derechos y obligaciones que deben prestarse los cónyuges atendiendo a la finalidad y las características del matrimonio, debe decirse que reclamar judicialmente su cumplimiento no es la forma adecuada, toda vez que desde el punto de vista de la realidad, este procedimiento resulta impracticable, dado que sería necesario aplicar en forma continua la intervención coactiva del Estado, lo cual no es factible, y por ello debe seguirse el criterio doctrinal de considerar el incumplimiento de tales deberes como una injuria grave que se sanciona con el divorcio y que únicamente puede reclamarse judicialmente a través del ejercicio de la acción relativa a éste.

Amparo directo 977/81. Carlos Posada Amador. 21 de abril de 1982.

Unanimidad de 4 votos.

Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

3.5.1.2 OBLIGACIONES FAMILIARES.

A diferencia de los deberes jurídicos, estas si son de carácter económico, tienen su fundamento en el ordenamiento legal, y si pueden ser exigidas coactivamente. Las obligaciones familiares son: La obligación alimenticia; sucesión legítima; servicios personales.

3.5.1.2.1 OBLIGACIÓN ALIMENTICIA.

“Los cónyuges deben darse alimentos” (artículo 302 del Código Civil). “Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad” (artículo 308 del Código Civil). El derecho de recibir alimentos es irrenunciable (artículo 321 del Código Civil), y el acreedor alimentario tiene acción para pedir el aseguramiento de los alimentos (artículo 315 fracción I del Código Civil). De esta obligación se deriva también la del sostenimiento del hogar, ya que previene la ley que: “los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos” (artículo 164 del Código Civil).

Esta es una obligación de carácter preponderantemente económico, cuya inobservancia, da lugar al nacimiento de una causal de divorcio, específicamente la consagrada por el artículo 267 fracción XII del Código Civil y puede tipificar el delito de abandono de cónyuge, previsto y sancionado por el artículo 336 del Código Penal en vigor.

3.5.1.2.2 SUCESIÓN LEGÍTIMA.

La propia ley llama a suceder al cónyuge supérstite en la masa hereditaria del cónyuge fallecido, si éste no dejó testamento legalmente válido, y en caso de que haya dejado testamento, debe en éste fijar una cantidad a modo de pensión alimenticia al cónyuge supérstite, cuando este carezca de bienes; so pena de ser inoficioso el testamento (artículos 1368 fracción III, 1374, y 1624 del Código Civil).

De donde claramente se desprenden las características de las obligaciones familiares, de ser de carácter económico, tienen su fundamento en la ley, y pueden ser exigidas coactivamente.

3.5.1.2.3 SERVICIOS PERSONALES.

“Ni el marido podrá cobrar a la mujer ni ésta a aquél retribución u honorario alguno por los servicios personales que le prestare, o por los consejos y asistencia que le diere” (artículo 216 del Código Civil). “...Esta disposición... hace referencia al aspecto económico y establece la obligación entre consortes de darse servicios

personales, consejos y asistencia en el área de sus bienes y derechos. Aún cuando son gratuitas las gestiones, consejos y recomendaciones que se dieren, no deja de tener un contenido económico que involucra derechos y obligaciones entre ellos.”¹⁴

3.5.2 EFECTOS EN RELACIÓN A LOS HIJOS.

Estos efectos son: facilitar la prueba de filiación de los hijos de matrimonio, considerándose como tales aquellos que nazcan 180 días después de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días que sigan a su disolución, independientemente de la causa que lo origine; pero en caso de divorcio o nulidad, el plazo se contara a partir de que los cónyuges quedaron separados de hecho por orden judicial (artículos 324 y 340 del Código Civil) y, legitimar a los hijos habidos antes del matrimonio, cuando fueron reconocidos por los padres antes de la celebración del matrimonio, en el acto de celebración del matrimonio, o bien mientras dure el matrimonio (artículos 354 y 355 del Código Civil).

3.5.3 EFECTOS EN RELACIÓN A LOS BIENES.

Efectos que comprenden tres aspectos a saber: las donaciones antenuptiales; las donaciones entre consortes y, los regímenes patrimoniales del matrimonio.

¹⁴CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. cit. Pag. 154.

3.5.3.1 LAS DONACIONES ANTENUPCIALES.

La “donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes” (artículo 2332 del Código Civil)

Se llaman donaciones antenupciales aquellas “que antes del matrimonio hace un esposo al otro”, y “las que un extraño hace a alguno de los esposos, o a ambos, en consideración al matrimonio” (artículos 219 y 220 del Código Civil).

Las donaciones que un esposo haga al otro no deben exceder de una sexta parte de los bienes del donante, y las que haga un extraño se sujeta a las disposiciones generales del contrato de donación (artículos 221 y 222 del Código Civil).

Respecto a la revocación de las donaciones antenupciales, estas no se revocan por sobrevenir hijos al donante, y para que sea revocable por ingratitud se deben actualizar tres supuestos a saber: que el donante sea un extraño, que la donación se haya hecho a ambos esposos, y por último que los dos esposos sean ingratos. Cuando el donante es uno de los cónyuges, son revocables por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario (artículos 226, 227 y 228 del Código Civil).

Las donaciones antenupticiales, presentan la particularidad de quedar “sin efecto si el matrimonio deja de efectuarse” (artículo 230 del Código Civil).

3.5.3.2 LAS DONACIONES ENTRE CONSORTES.

Las donaciones entre consortes son aquellas que un cónyuge hace al otro durante la vigencia del matrimonio.

Las donaciones entre consortes solo pueden tener lugar cuando se ha adoptado, con motivo del matrimonio, el régimen patrimonial de separación de bienes y cuando no se afecte con ellas los derechos de los acreedores alimentarios del donante (artículo 232 del Código Civil).

Los cónyuges pueden revocar las donaciones hechas a su consorte solo mientras subsista el matrimonio, y “exista causa justificada para ello, a juicio del Juez” (artículo 233 del Código Civil).

3.5.3.3 LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

“Régimen patrimonial del matrimonio es el sistema jurídico que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges surgidas del matrimonio.”¹⁵

En nuestro derecho estos regímenes son dos: sociedad conyugal y separación de bienes. El régimen que se adopte debe de constar en las capitulaciones matrimoniales, que deben otorgarse antes de la celebración del matrimonio, y que

¹⁵BRENA, Ingrid. Regímenes Patrimoniales del Matrimonio. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag. 2738.

pueden ser variadas mientras subsista el matrimonio, para cambiar el régimen patrimonial.

SOCIEDAD CONYUGAL.- “Se entiende por tal el régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal. La misma puede ser total o parcial. Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos. Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad, segregando algunos de ellos, igual con respecto a los productos.”¹⁶

SEPARACIÓN DE BIENES.- “Régimen patrimonial del matrimonio por virtud del cual, los cónyuges conservan la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen, así como los frutos y accesorios de dichos bienes y los sueldos, salarios, emolumentos y ganancias que cada uno reciba por servicios personales en su oficio, empleo, profesión, industria o comercio.”¹⁷

3.6 FINES DEL MATRIMONIO.

La doctrina ha sido uniforme al señalar como fines del matrimonio, la perpetuación de la especie y la ayuda mutua que se deben los cónyuges ante las cargas de la vida; atento al contenido de los artículos 147 y 182 del Código Civil, lo

¹⁶MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. Pag. 151.

¹⁷PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Separación de Bienes. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo IV. Pag 2896.

cual resulta inexacto, pero antes de exponer nuestros razonamientos al respecto, haremos un recorrido religioso e histórico respecto a los fines del matrimonio.

“(Para) el derecho canónico en cuyo código a partir del Concilio de Trento y hasta antes de la reestructuración de 1983 encontrábamos un canon que especificaba: “La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario.”

“Y aún ahora el numeral I del canon 1096 especifica que “Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual.””¹⁸

“Los padres de la iglesia católica sustentaron... (como) consecuencias del vínculo establecido entre los cónyuges:

“1.- Los legítimamente casados se unen mutuamente de un modo indisoluble, de modo que solo por la muerte puede disolverse el vínculo (bonum sacramenti)

“2.- Están facultados y obligados para el comercio carnal entre ellos y exclusivamente entre sí, es decir, que cada cónyuge recibe el derecho sobre el cuerpo del otro, en orden al acto adecuado para la procreación y satisfacción de la

¹⁸PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Los fines del matrimonio. Anuario Jurídico. Volumen XIII. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. MÉXICO 1986. Pag. 284.

concupiscencia de la carne. Con este derecho se corresponde el mutuo deber de ambos cónyuges de acceder a la mencionada pretensión, caso que no exista alguna causa importante para su negativa (bonum fidei).

“3.- Los cónyuges deben desear tener prole; y están obligados a dar a sus hijos una educación correspondiente a su estado tanto corporal como moral y religioso (bonum prolis).”¹⁹

De donde claramente se desprende que para el derecho canónico sí constituye un fin del matrimonio la perpetuación de la especie.

Para los Códigos Civiles del siglo pasado, así como para la Ley de Relaciones Familiares, en la definición que proporciona del matrimonio, si se establece como un fin de éste la perpetuación de la especie. El artículo 159 del Código Civil de 1870 y 155 del Código Civil de 1884, establecían que: “El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”²⁰, y a su vez el artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares preceptuaba: “El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen

¹⁹PÉREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena. Los Fines del Matrimonio. Anuario Jurídico. Volumen XIII. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 1986. Pag. 285.

²⁰SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato, Contratos en Especial. Registro Público de la Propiedad. Ed. Porrúa, S.A. México 1994. Pag. 393.

con vinculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.²¹

El Código Civil en vigor no proporciona definición alguna del matrimonio, y respecto de los fines del matrimonio solo se establece que: “Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta” (artículo 147 del Código Civil) y que “son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio” (artículo 182 del Código Civil); sin que de ello se infiera que la perpetuación de la especie sea un fin del matrimonio, ya que, como se analizo líneas arriba, perfectamente válido sería un matrimonio que se celebre entre personas que no puedan procrear, y es una Garantía suprema de todo gobernado decidir sobre el número y espaciamento de sus hijos (artículo 4o. párrafo tercero de la Constitución), que también encontramos en el artículo 162 párrafo segundo del Código Civil. Por lo que podemos establecer que para la legislación vigente la perpetuación de la especie no constituye un fin del matrimonio.

²¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. Pag. 393.

CAPITULO IV

MATRIMONIOS NULOS E ILÍCITOS

4.1. Nulidad de Matrimonio

4.2. Matrimonio Putativo

4.3. Características de la Acción de Nulidad

4.4. Causas de Nulidad

4.4.1. Error en la Persona

4.4.2. Existencia de Impedimentos

4.4.3. Falta de Formalidades

4.5. Efectos de la Declaración de Nulidad del Matrimonio

4.5.1. En la persona de los Cónyuges

4.5.2. Respecto de los Hijos

4.5.3. En Relación a los Bienes

4.6. Matrimonios Ilícitos

4.7. Causas de Ilícitud del Matrimonio

4.8. Consecuencias que derivan de la Ilícitud del Matrimonio

4.1 NULIDAD DE MATRIMONIO.

“Nulidad de matrimonio es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del mismo, o por faltar formalidades en el acto de celebración.”¹

Todo “matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido. Solo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria” (artículo 253 del Código Civil); existe una presunción juris tantum en la buena fé de los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio, y aún cuando sea declarado nulo el matrimonio, siempre serán legítimos los hijos nacidos 180 días después de su celebración, durante el tiempo que dure y dentro de los 300 días que sigan a su terminación por la declaratoria de nulidad (artículos 253, 257 y 256 párrafo segundo y 255 del Código Civil).

Para que un matrimonio se sancione con la declaración de nulidad, esta debe tener su fundamento en una causa a la que la propia ley establezca dicha sanción, ya que el matrimonio tiene en su favor la presunción de ser válido y en tal sentido se ha pronunciado nuestro más alto Tribunal de Constitucionalidad.

¹MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 174

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 181-186 Cuarta Parte

Página: 179

MATRIMONIO, NULIDAD DE. LAS CAUSALES SON DE ESTRICTO DERECHO.

Tratándose de nulidad de matrimonio, las causales señaladas por la ley son de estricto derecho y la relación de ellas formulada por el legislador no es simplemente enunciativa, sino limitativa, de tal manera que solamente puede declararse la nulidad de un matrimonio por uno de los motivos expresamente previstos por el ordenamiento jurídico, sin que puedan presumirse ni aplicarse por analogía. Por tanto, no podría considerarse excepcionalmente como causal de nulidad de un matrimonio el incumplimiento a un precepto legal, en el que no se estableciera, en forma destacada, tal consecuencia jurídica, pues si las causas de nulidad sólo pueden aplicarse a los casos de excepción expresamente establecidos por el legislador, resultaría aberrante sacar una excepción de otra excepción.

Amparo directo 5159/83. Armando Magaña Hernández. 17 de marzo de 1984. Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

NOTA: Esta tesis también aparece en:

Informe de 1984, Tercera Sala, tesis 105, pag. 88 (apareció con el rubro: "MATRIMONIO. LAS CAUSALES DE NULIDAD, SON DE ESTRICTO DERECHO.")

Séptima Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 127-132 Cuarta Parte

Página: 105

MATRIMONIO, NULIDAD DEL. LAS CAUSALES SON DE ESTRICTO DERECHO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ZACATECAS).

El artículo 325 del Código Civil para el Estado de Zacatecas, previene que son causas de nulidad de matrimonio: I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra; II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 247, y, III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 188, 189, 191 y 194. Por tanto, tratándose de nulidad de matrimonio, las causales señaladas por la ley son de estricto derecho y la relación de ellas formulada por el legislador

no es simplemente enunciativa, sino limitativa, de lo que se deduce que para que la acción de nulidad de matrimonio proceda, los hechos en que se funde tienen que encuadrar exactamente en alguno de los supuestos que se han precisado.

Amparo directo 6989/77. J. Reyes Rentería Espinosa. 28 de noviembre de 1979. Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Gloria León Orantes.

Amparo directo 964/78. Felipe Delgado Ruiz. 26 de julio de 1979. Unanimidad de 4 votos.

Séptima Época, Cuarta Parte.

Volumen 33, Pág. 27. Amparo directo 4816/70. Armando Pérez Mancera. 20 de septiembre de 1971. 5 votos.

Ponente: Ernesto Solís López.

4.2 MATRIMONIO PUTATIVO.

“El matrimonio putativo es aquel celebrado de buena fé por ambos consortes, pese a que el acto es nulo, se producen todos los efectos del mismo, en favor de los hijos o en favor del cónyuge de buena fé, como si se hubieran reunido todas las condiciones establecidas por la ley para la validez del acto.”²

²GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. Ed. Porrúa, S.A. México 1990. Pag. 478.

“El matrimonio produce sus efectos hasta que haya sentencia que lo declare nulo, y los efectos de la misma no son retroactivos cuando haya buena fe.”³

Para que los efectos del matrimonio nulo no se retrotraigan es necesaria la buena fé de los cónyuges, esto es, que ignoren el obstáculo que los limita para celebrar matrimonio válido.

4.3 CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.

- Las causas que producen la nulidad de matrimonio son limitadas, y deben estar establecidas en la ley en forma expresa.

- Solo puede ser ejercitada por las personas a quienes la ley concede expresamente ese derecho (artículo 251 supra del Código Civil).

- No es transmisible el derecho de ejercer la acción de nulidad. “Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan” (artículo 251 in fine del Código Civil).

- “Los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros acerca de la nulidad del matrimonio” (artículo 254 del Código Civil).

4.4 CAUSAS DE NULIDAD.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 235 del Código Civil, son causas de nulidad de un matrimonio: el error acerca de la persona con quien se contrae; la

³BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla. México 1994. Pag. 132.

existencia de impedimentos y, la falta de formalidades que deben observarse en la celebración del acto.

4.4.1 ERROR EN LA PERSONA.

“...El error es definido como una creencia no conforme con la verdad y puesto que la verdad fué definida como lo que es, el error sería lo contrario a la realidad objetiva. Puede decirse que el error es una dirección de la voluntad contraria al evento.”⁴

Para que el error sea causa de nulidad del matrimonio, debe, necesariamente, recaer sobre la identidad “de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra” (artículo 235 fracción I del Código Civil).

La ley reserva la acción de nulidad que nace del error, al cónyuge engañado, quien debe denunciar el error inmediatamente que lo advierta, ya que en caso contrario se tendrá por ratificado el consentimiento (artículo 236 del Código Civil).

4.4.2 EXISTENCIA DE IMPEDIMENTOS.

Como el estudio de los impedimentos para la celebración del matrimonio, ya fue realizada en el capítulo anterior, en este apartado me ocuparé exclusivamente

⁴LÓPEZ MONROY, José de Jesús. Error Civil. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Tomo II. Pag. 1297.

de especificar a quien o quienes se concede la acción de nulidad y si la causa que la origina puede desaparecer y bajo qué condiciones.

LA FALTA DE EDAD NO DISPENSADA.

En este caso solo puede ser ejercitada la acción de nulidad por los cónyuges (artículo 237 fracción II del Código Civil a contrario sensu), y deja de ser causal de nulidad “cuando haya habido hijos”, o bien cuando el menor cumpla la mayor edad (artículo 237 del Código Civil).

LA FALTA DE AUTORIZACIÓN.

Cuando debe ser otorgada por los ascendientes, solo podrá ser intentada por aquel o aquellos cuyo consentimiento era necesario, y dentro de los treinta días que sigan a la fecha en que tengan conocimiento del matrimonio (artículo 238 del Código Civil). Esta causa de nulidad se extingue: Por no haber sido intentada en el plazo que la ley establece para tal efecto; cuando el o los ascendientes han consentido expresamente en el matrimonio; o tácitamente, haciendo donaciones a los cónyuges en consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, o presentando a la prole como legítima al Registro Civil (artículo 239 del Código Civil).

Cuando la nulidad nace de la falta de autorización del tutor o el Juez, pueden intentarla cualquiera de los cónyuges o el tutor, dentro del plazo de treinta días, y si

esta no se intenta o se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial, se confirma el matrimonio.

EL PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD.

Cuando la acción de nulidad nace de la celebración del matrimonio, existiendo parentesco por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, o en línea colateral igual, puede ser intentada por cualquier persona interesada o por el Ministerio Público, y esta no desaparece por el transcurso del tiempo o por convalidación.

El parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual dentro del tercer grado, puede intentar la acción de nulidad: cualquiera de los cónyuges, sus ascendientes y el Ministerio Público, esta causa no desaparece, pero si después se obtiene la dispensa y ambos cónyuges reiteran su consentimiento, ante el Juez del Registro Civil, el matrimonio surtirá sus efectos desde el día en que primeramente se contrajo (artículos 242, 241 del Código Civil).

EL PARENTESCO POR AFINIDAD EN LÍNEA RECTA SIN LIMITACIÓN DE GRADO.

El matrimonio celebrado existiendo este lazo de parentesco no puede ser convalidado y pueden pedir su nulidad, tanto cualquiera de los cónyuges, sus ascendientes y el Ministerio Público (artículo 242 del Código Civil).

ADULTERIO.

“Es presupuesto de esta causa de nulidad, la disolución del matrimonio anterior durante el cual, el cónyuge que violó el deber de fidelidad, contrae nuevas nupcias precisamente con quien coparticipó en el adulterio.”⁵

En este caso pueden deducir la acción de nulidad tanto el Ministerio Público, como el cónyuge ofendido por el quebrantamiento del deber de fidelidad en el matrimonio previo, y habiendo muerto éste último, solo podrá intentarse por aquél. La acción de nulidad debe ser intentada dentro de los seis meses que sigan al matrimonio de los adúlteros (artículo 243 del Código Civil).

EL ATENTADO CONTRA LA VIDA DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

La acción de nulidad que nace de esta causa, “puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio” (artículo 244 del Código Civil).

LA FUERZA O MIEDO GRAVES.

La acción de nulidad, por coacción física o moral, debe ser intentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que cesó ésta y solo podrá ser intentada por el cónyuge agraviado (artículo 245 del Código Civil).

⁵GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pag. 530

LA IMPOTENCIA INCURABLE PARA LA CÓPULA, O PADECER ALGUNA ENFERMEDAD CRÓNICA E INCURABLE QUE ADEMÁS SEA CONTAGIOSA O HEREDITARIA.

La ley reserva el ejercicio de esta acción de nulidad a los cónyuges, quienes deberán intentarla dentro del término de sesenta días contados a partir de que celebraron el matrimonio (artículo 246 del Código Civil).

EL ESTADO DE INTERDICCIÓN POR ALGUNA DE LAS CAUSAS SEÑALADAS POR EL ARTÍCULO 450 fracción II del CÓDIGO CIVIL.

Tiene acción para intentar la nulidad por ésta causa el tutor del incapacitado y el otro cónyuge y esta causa es imprescriptible (artículo 247 del Código Civil).

LA BIGAMIA.

Pueden deducir la acción de nulidad por esta causa: el cónyuge del primer matrimonio, sus hijos o herederos, los cónyuges que celebraron el segundo matrimonio y el Ministerio Público (artículo 248 del Código Civil); pero debe ser intentada en vida del cónyuge inocente del primer matrimonio, ya que la declaración de nulidad del segundo matrimonio tiene por objeto que el anterior adquiera firmeza.

NULIDAD DEL MATRIMONIO, LEGITIMACIÓN ACTIVA.

No es verdad que baste que la legitimación exista al tiempo de la celebración del segundo matrimonio, para hacer procedente la acción de nulidad, y que ésta no se pierda al quedar disuelto el primer vínculo matrimonial, porque lo cierto es que la titularidad del derecho que se ejercite debe gozarse al tiempo de entablar la demanda, ya que el artículo 248 del Código Civil para el Distrito Federal, es expreso al legitimar para el ejercicio de la acción “al cónyuge del primero”, dicho en otras palabras: sólo está legitimado en el proceso, quien lo está en la causa, y dejándolo de estar en esta, termina también el derecho de la acción ipso iure, por lo que es inexacto que no haya ley que así lo disponga, ya que la extinción de la legitimación en el proceso es consecuencia directa e inevitable de la extinción del derecho subjetivo. Además, la falta de legitimación tiene como consecuencia que no establezca la relación procesal, por falta de parte actora, no obstante el allanamiento de la demanda; y por otra parte, la solicitud del Ministerio Público no puede suplir la carencia de una de las partes en el juicio, pues su pedimento no tiene carácter de demanda. Máxime que uno de los fines principales de la declaración de nulidad del segundo matrimonio consiste en que el primero adquiriera firmeza, por lo que al no subsistir éste, es obvio que ya no puede adquirir firmeza algo que no existe y en tal caso, la acción es inútil y carece de objeto.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Informe de 1986, Segunda Parte, Tercera Sala, Tesis 104, pag. 78.

4.4.3 FALTA DE FORMALIDADES.

El matrimonio es nulo, si no se observan en su celebración los requisitos formales a que aluden los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del Código Civil (artículo 235 fracción III del Código Civil).

Pero esta causa se extingue existiendo el acta matrimonial y el estado de casados, atento a lo dispuesto por el artículo 250 del Código Civil: “No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial”.

“La posesión de estado consiste en la conducta conyugal que guardan los consortes entre sí; en que ambos se ostenten en la sociedad como esposos y en que a su vez el grupo social los haya tenido y considerado con tal categoría. Deberán reunirse los tres elementos, nomen tractatus y fama.

“Aunque dicho precepto se refiere a la falta de “solemnidades” debemos entender que alude a simples formalidades, porque las solemnidades en el acta de matrimonio, son: a) Su redacción en los Registros del Estado Civil. Toda acta que se levantara fuera de esos registros, no es acta de matrimonio; b) Los nombres y

firmas de los contrayentes, y c) Las declaraciones de voluntad de éstos y la declaración y firma del Juez del Registro Civil.”⁶

4.5 EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE MATRIMONIO.

La sentencia que se dicte en un juicio de nulidad de matrimonio, tiene efectos declarativos, y sus efectos son de tres clases: en la persona de los cónyuges; respecto de los hijos y, en relación a sus bienes.

4.5.1 EN LA PERSONA DE LOS CÓNYUGES.

La declaración de nulidad desvincula a los cónyuges, y sus efectos se retrotraen a la fecha de celebración del matrimonio, salvo que haya habido buena fé de parte de los cónyuges, porque entonces produce todos sus efectos civiles (en favor de los cónyuges), mientras dure, y si solo uno de los cónyuges se hubiere conducido de buena fé el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él (artículos 255 y 256 del Código Civil).

4.5.2 RESPECTO DE LOS HIJOS.

Aun cuando el matrimonio sea declarado nulo, son legítimos los hijos habidos dentro de los plazos legales, esto es, 180 días después de su celebración, mientras dure el matrimonio, y 300 días después de su disolución, independientemente de

⁶GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. Pag. 535.

que haya habido buena o mala fé de parte de los cónyuges (artículos 255 y 256 párrafo segundo del Código Civil).

Como la declaración de nulidad desvincula a los padres, estos “propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el Juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso” (artículos 259 del Código Civil).

4.5.3 EN RELACIÓN A LOS BIENES.

Una vez declarada la nulidad del matrimonio, cada cónyuge recobrará los bienes que llevó al celebrar el acto, y respecto de los bienes comunes se observará lo siguiente: Si ambos cónyuges procedieron de “buena fé, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales, si solo hubiere habido buena fé por parte de uno de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente esos productos. Si ha habido mala fé de parte de ambos cónyuges, los productos se aplicarán a favor de los hijos”; si no hubiere hijos y mala fé de ambos se repartirán equitativamente entre ellos los productos (artículo 261 del Código Civil).

Respecto de las donaciones antenuptiales se aplicarán las siguientes reglas: Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas; las que hizo el cónyuge que haya obrado de buena fé, quedarán sin efecto y se devolverá al donante con todos sus productos; las hechas por el cónyuge que obró de mala fé quedarán subsistentes; si los dos cónyuges procedieron de mala fé, las donaciones

que se hayan hecho quedarán en favor de sus hijos, y si no hay hijos subsistirán las donaciones (artículo 262 del Código Civil).

4.6 MATRIMONIOS ILÍCITOS.

La calificación de ilicitud del matrimonio, encierra la idea de reprobación del acto celebrado pasando por alto disposiciones prohibitivas. El aparato legislativo ha considerado que es menos nocivo a la sociedad que estos matrimonios subsistan y, por tanto, no les resta eficacia, pero por ser irregulares los califica de ilícitos.

Y en la calificación de ilicitud del matrimonio encontramos la única excepción al artículo 80. del Código Civil, que establece: “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”; ya que el artículo 264 del Código Civil, establece claramente: “Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio...” cuando en su celebración se infringen las prohibiciones que a continuación enunciaré.

4.7 CAUSAS DE ILICITUD DEL MATRIMONIO.

El matrimonio es calificado como ilícito cuando se celebra:

- Estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa (artículo 264 fracción I y 265 del Código Civil). Los únicos impedimentos dispensables son: La falta de edad requerida por la ley (16 años en el hombre y 14 años en la mujer) y el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual dentro del tercer grado.

- Existiendo la relación de tutela o curatela con el pupilo, y los descendientes de aquellos con el pupilo, sin la previa dispensa, la cual solo será concedida cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela (artículo 264 fracción II en relación con el artículo 159 del Código Civil).

- Sin que la mujer haya esperado el término de 300 días a partir de la disolución de su matrimonio anterior (artículo 264 fracción II en relación con el artículo 158 del Código Civil).

- Cuando habiéndose disuelto un matrimonio anterior por divorcio necesario, el cónyuge culpable no deje transcurrir 2 años a partir de que se decretó el divorcio (artículo 264 fracción II en relación con el artículo 289 párrafo segundo del Código Civil).

- Cuando habiéndose disuelto un matrimonio anterior por divorcio voluntario, los cónyuges divorciantes no esperen el transcurso de un año, contado a partir de que obtuvieron el divorcio (artículo 264 fracción II en relación con el artículo 289 párrafo tercero del Código Civil).

4.8 CONSECUENCIAS QUE DERIVAN DE LA ILICITUD DEL MATRIMONIO.

Quienes celebren un matrimonio ilícito, y quien lo autorice incurren en las penas que señale el Código de la materia (artículo 265 del Código Civil), siendo que la codificación encargada de reprochar conductas ilícitas es la legislación penal, y que en ésta no existe tipo penal alguno que describa los elementos de la celebración y autorización de un matrimonio ilícito, podemos decir que tal conducta carece de sanción.

CAPITULO V

DELITO DE VIOLACIÓN PROPIA

5.1. Historia

5.2. Definición

5.3. Tipo Legal

5.4. Clasificación

5.5. Bien Jurídico Tutelado

5.6. Elementos del Delito

5.6.1. Cópula

5.6.2. Sujeto Activo

5.6.3. Sujeto Pasivo

5.6.4. Ausencia de Voluntad del Pasivo

5.6.5. Fuerza Física

5.6.6. Fuerza Moral

5.7. Violación en Grado de Tentativa

5.8. Violación entre Cónyuges

5.1 HISTORIA.

El delito de violación, históricamente se ha visto severamente sancionado: “En Egipto con la castración; entre los Hebreos con la pena de muerte o multa, según que la mujer fuera casada o soltera; (Deuteronomio 25, XXII); en el Código de Manú, se aplicaba al violador pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase social, ni prestara su consentimiento, pues si se surtían esas condiciones, el infractor no era sancionado; en Grecia, se castigaba al violador, con el pago de una multa y se le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima, si ésta consentía y en caso contrario se le condenaba a muerte; la Ley de los Sajones, la castigaba con una multa que era disminuida si la víctima concebía; el Edicto de Teodorico impuso la obligación al culpable de casarse con la mujer y además si era noble y rico, tenía que hacerle entrega de la mitad de sus bienes; en Inglaterra, Guillermo el Conquistador, impuso la pena de ceguera y la de castración; y la Constitución Carolina (Capítulo CXXV) la de muerte.”¹

“El derecho romano no estableció una categoría diferenciada para la violación, sancionándola como una especie de los delitos de coacción y, a veces, de injuria. Según Mommsen, vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un

¹GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Ed. Aloma, s/f. Pag. 132.

acto contra su propia voluntad, ora cohibe esa voluntad mediante la amenaza de un mal, o, lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción. Dentro de estos delitos de coacción se sancionaba precisamente con pena capital el stuprum violentum. La Lex Julia de Vis Publica igualmente le reservaba la penalidad de muerte...”²

“...El derecho canónico consideró el stuprum violentum tan solo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad, en mujer ya desflorada no podía cometerse este delito; en cuanto a las penalidades canónicas, que eran las prescritas para la fornicatio, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.”³

En la legislación medieval española:

“FUERO JUZGO. Libro III, Título V. De los adulterios e de los fornicos.

“Ley XIV: Si el omne libre o siervo fiziere fornizio o adulterio por fuerza con la mujer libre.

“Si algún omne fiziere fornizio o adulterio con la mujer libre, si el omne es libre reciba cien azotes, é sea dado por siervo á la mujer que fizo fuerza; é si es siervo, sea quemado en fuego y el omne libre que por malfecho fuere metido en

²GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 383.

³CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, parte especial. Bosch Casa Editorial, S.A. Tomo II. Barcelona 1980. Pags. 584 y 585.

poder de la mujer, en ningún tiempo non pueda casar con ella. E si por aventura ella se casar con él en alguna manera, pues aquel recibiere por siervo, por pena desde fecha sea sierva con todas sus cosas de los herederos más propinquos.

“FUERO VIEJO DE CASTILLA. Libro segundo -Títol II- los que fuerzan a las Mugerres

Ley III: Este es fuero de Castilla.

“Que si alguno fuerza muger, e la muger dier querella al merino del rey, por tal racon como esta, o por quebrantamiento de camino, o de Ygresia, puede entrar el Merino a las behetrias, o en los solares de los Fijosdalgo em pos del malfechor para facer justicia, é tomar condicho, mas develo pagar luego: e aquella muger, que dier la querella, que es forcada, si fuer el facjo en yermo, a la primera Viella, que llegare, deve echar las tocas, e en tierra arrastrarse, e dar apellido diciendo: Fulan me forco, si le conoscier; si nol conoscier, deiga la señal de él; e si fuer muger virgen, deve mostrar su corrompimiento a bonas mugeres, las mejores que fallare, e ellas probando esto, devel responder aquel, a que demanda; e si ella ansi no lo ficiere, non es la querella entera; e el otro puedese defender, e si lo conoscier el facedor, o ella lo provare con dos varones, o con un varon, e dos mugeres de buelta, cumple sua prueba en tal racon. E si el fecho fuer e logar poblado, deve ella dar voces, e apellido, alli do fuer el fecho e arrastrarse diciendo: Fulan me forco, e

cumplir esta querrela enteramente, ansi como sobredicho es, e si non fuer muger, que non sea virgen, deve cumplir todas estas cosas fuera de la muestra de catarla, que deve ser de otra guisa; e si este que la forco se pudiere auer, deve morir por ello, e si non lo podieren auer, deve dar a la querellosa trescientos sueldos, e dar a él por malfechor, e por enemigo de los parientes della; e quando l'podieren auer los de la justicia del Rey, matarle por ello.”⁴

“ En el FUERO REAL, las cuatro primeras leyes del Libro IV Título X, hacen referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en la mujer soltera y con la cooperación de varias personas, cualquiera que fuera su condición social, o en religiosa profesas: igual pena se estableció en las leyes de Estilo...”⁵

EN LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALFONSO X EL SABIO.

“En la Partida Setena (Ley III, Título XX), se decía: Robando algún omne alguna mujer viuda de buena forma, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con alguna de ellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, debe morir por ende: é demás deven ser todos sus bienes de la mujer que assi oviesse robada o forzada... E la pena que diximos de suso que debe aver el que forzase alguna de las mujeres sobredichas, essa misma deven aver los que ayudaron a sabiendas a robarla o a

⁴KVITKO, Luis Alberto. *La Violación. Peritación Médico-Legal en las presuntas victimas del delito*. Ed. Trillas. México 1995. Pags. 15 y 16.

⁵GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. *Op. cit.* Pag. 134.

forzarla: más si alguno forzase alguna mujer otra, que no fuese ninguna de estas sobredichas, deve aver pena por ende, según alvedrio del juzgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza, e la mujer que forzón, e el tiempo, e el lugar en que lo fizo.”⁶

“(En el) ORDENAMIENTO DE ALCALÁ. Del Rey Alfonso XI dado en Alcalá de Fenares el 8 - 2- 1386.

“Titulo XXI. Ley II. De los que facen yerros con alguna mugier de casa de su Sennor, que pena debe aver.

“...que los que viven con otros se atreven facer mal de fornicio con las barraganas o con las parientas, ó con las sirvientas de aquellos, con quien viven...que maten por ello...”⁷

“Este delito en la antigüedad fué consecuencia de la salvaguarda que una mujer honesta necesitaba para su integridad o virginidad hasta el matrimonio y su ulterior y exclusiva actividad sexual en él, con la característica de su sometimiento conyugal.”⁸

⁶GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit. Pag. 383.

⁷KVITKO, Luis Alberto. Op. cit. Pag. 16.

⁸ACHÁVAL, Alfredo. Delito de Violación. Estudio Sexológico, Médico-Legal y Jurídico. Ed. Abclodo-Perrot. Buenos Aires 1992. Pag. 15.

5.2 DEFINICIÓN.

“Escriche define la violación como “la violencia que se hace a una mujer para abusar de ella contra su voluntad.”

“...Carrara... define la violación como “el conocimiento carnal de una persona ejercido contra su voluntad mediante el uso de la violencia verdadera o presunta.””⁹

“El delito de violación carnal, nos dice Maggiore, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias o amenazas. Fontán Balestra considera... a la violación como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima. Para Soler el delito de violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta.”¹⁰

5.3 TIPO LEGAL.

Los Códigos Penales Mexicanos de 1871 y 1929 en sus artículos 795 y 860 respectivamente, establecían el tipo del delito de violación diciendo: “Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta sea cual fuere su sexo.”

“...En la redacción original del Código (Penal de 1931), antes de su segunda reforma, con gran propiedad se describía el tipo del delito en la siguiente forma: “al

⁹GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Op. cit. Pag. 135.

¹⁰PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. Ed. Jurídica Mexicana. México 1973. Pags. 11 y 12.

que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de...”¹¹

Actualmente el artículo 265 del Código Penal establece el tipo legal del delito de violación previniendo: “Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se el impondrá prisión de ocho a catorce años.”

La disposición contenida en el tipo legal del delito de violación, es una norma prohibitiva, por lo que la hipótesis normativa contenida en dicho precepto es la abstención de copular por medio de la violencia física o moral, contra la voluntad del pasivo y la inobservancia de la norma lleva aparejada una sanción privativa de libertad.

5.4 CLASIFICACIÓN.

Se trata de un tipo básico, puesto que es autónomo, esto es, no depende de ningún otro. En orden a la conducta es un delito de acción, ya que requiere un acto positivo del sujeto activo, y no puede cometerse por meras omisiones. Es un delito instantáneo puesto que se consuma al verificarse la cópula, aunque no se agote el acto fisiológicamente. Y por último se trata de un delito de daño, puesto que lesiona el bien jurídico que tutela el tipo penal. Solo puede ser cometido en forma dolosa.

¹¹GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit. Pag. 384.

5.5 BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Para diversos autores, como: Porte Petit, González de la Vega, Marcela Martínez Roaro, González Roura, Antonio de P. Moreno, Etcheberry, Sebastián Soler, Puig Peña, Saltelli y Romano Di Falco, entre otros, el bien jurídico que tutela el delito de violación es la libertad sexual.

Para Fontan Balestra, el bien jurídico lesionado es la libertad individual, y Quintano Ripollés, considera que es la libertad personal.

Eusebio Gómez señala como bien jurídico tutelado la honestidad; en el mismo sentido se pronuncia Cuello Calón; sobre el particular cabe mencionar que “González Roura, sostiene, con razón, que no puede considerarse deshonesto, a la mujer que ha sido víctima de una violación, ya que su voluntad no ha concurrido al acto, y por lo mismo que no hay razón para incluir a la violación en el grupo de los “delitos contra la honestidad”, ni tampoco dentro de los “delitos contra la libertad”, en atención a que la intención del sujeto activo se encamina a obtener la cópula y no a atacar la libertad.”¹²

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el bien jurídico que tutela el delito de violación es la libertad sexual, como se aprecia en la siguiente ejecutoria.

¹²GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Op. cit. Pags. 138 y 139.

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 61 Segunda Parte

Página: 51

VIOLACIÓN, BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE.

El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación está constituido por la libertad sexual y no por la honestidad o castidad.

Amparo directo 2957/73. Otilio Moreno Puga. 28 de enero de 1974.

Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

El Libro Segundo del Código Penal Mexicano, en su Título Decimoquinto, bajo el rubro de “Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”, agrupa cuatro capítulos, de los cuales el Capítulo I corresponde a los delitos de “hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación”; de donde se desprende que para nuestra legislación vigente el bien jurídico que tutela el delito de violación es la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual, en ese orden, precisamente, ya sea que se trate de persona púber o impúber, puesto que “...debe considerarse que no es la libertad sexual el bien jurídico protegido, en el caso de violación sobre

persona impúber, pues resulta lógico pensar que, en tal persona, no es este bien el que se protege, debido a que, por su corta edad y falta de experiencia, aún no tiene libertad sexual”¹³y, en tal caso el bien jurídico tutelado por la norma es “...el normal desarrollo psicosexual del impúber.”¹⁴

Por lo que, para el objeto del trabajo que se desarrolla es correcto sostener que el bien jurídico tutelado por el delito de violación es la libertad sexual, ya que para poder celebrar matrimonio es menester la pubertad en los contrayentes.

5.6 ELEMENTOS DEL DELITO.

Los elementos que integran esta conducta delictiva son:

Sexta Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XLIII, Segunda Parte

Página 95

VIOLACIÓN, ELEMENTOS DEL DELITO DE.

Para la integración de delito de violación no es necesario probar la castidad y honestidad de la ofendida, elemento que corresponde al delito de estupro, sino por el contrario, acreditar: a) Violencia física y moral del sujeto activo; b) Para tener

¹³PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. Pag. 37.

¹⁴GÓMEZ BELTRAN, Lilia Irma. Análisis Lógico de la Violación. Revista Mexicana de Justicia. Número 4. Volumen IV. México, Octubre-Diciembre de 1986. Pag. 125.

cópula con una persona; y c) Que sea sin la voluntad de ésta, cualquiera que sea su sexo; en la inteligencia de que si el sujeto ofendido fuere menor de catorce años se entenderá por existente la violación, aún cuando aparezca que prestó su voluntad para la cópula.

Amparo directo 7095/60. Guillermo Prince Meza. 19 de enero de 1961.

Unanimidad de 4 votos.

Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Que como se desprende de la ejecutoria citada, aún cuando en el tipo legal ya no se menciona la falta de voluntad del pasivo, ésta sigue siendo la razón de la reprochabilidad al actuar contra la prohibición de la norma.

A continuación analizaré los elementos del delito en la siguiente forma: cópula; sujeto activo; sujeto pasivo; voluntad del pasivo; fuerza física; fuerza moral.

5.6.1 CÓPULA.

“El verbo copular, proviene de “copulare”, que en latín significa juntar o unir una cosa con otra.”¹⁵

Respecto a este elemento del delito de violación, algunos autores defienden que sólo podrá considerarse realizado en las conjunciones por vaso idóneo, y otros que defienden lo contrario.

¹⁵GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Op. cit. Pag. 143.

Para Antolisei "...por conjunción carnal se entiende el acoplamiento normal o fisiológico entre dos personas de sexo diverso, es decir el coito vaginal."¹⁶

Alfredo Achával expresa que: "Ni el "fellatio" ni la sodomía asumen el acceso carnal, y la honestidad de la soltera seguía demostrándose con el himen intacto, y de la casada se salvaguardaba con el cinturón de castidad que protegía la vagina del intruso, pero no el ano ni la boca y es que acceder a la carne de la mujer es acceder al útero, donde el hijo es carne de su carne o encarnó. Nada tiene que ver la carne recto o la carne orofaringe; carecen de relevancia del mandato creced y multiplicaos."¹⁷

Ure sostiene que: "debe interpretarse el término acceso carnal en su más amplia extensión, sin referirlo exclusivamente a las dos formas más comunes en que se manifiesta, es decir, la vaginal y la anal."¹⁸

Para Jiménez Huerta: "La cópula que constituye la violación es 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."¹⁹

Por su parte González Blanco encuentra "correctas las opiniones de los tratadistas que sostienen que en el caso de la "fellatio in ore", si se configura la

¹⁶Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. Pag. 17.

¹⁷Citado por KVIKTO, Alberto. Op. cit. Pag. 19.

¹⁸Citado por GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Op. cit. Pag. 148.

¹⁹Citado por MARTÍNEZ ROARO, Marcela. Delitos Sexuales. Sexualidad y Derecho. Ed. Porrúa, S.A. México 1991. Pág. 233.

violación, supuesto que nuestro legislador al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece ninguna restricción al respecto.”²⁰

El legislador mexicano, puso fin a las debatidas opiniones de la doctrina al establecer en el párrafo segundo del artículo 265 del Código Penal que: “Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.”

Elemento que para efectos del delito se tiene por consumado aún cuando no se agote el acto fisiológicamente, por lo que en particular no es lo mismo consumación del delito que del acto, y en este sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis jurisprudencial que a continuación cito.

VOLACIÓN, EXISTENCIA DEL DELITO DE.

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

Sexta Época, Segunda Parte:

Volumen XVI, pag. 263. A.D. 4512/57. Melquiades Chaires Tovar.

Unanimidad de 4 votos.

²⁰GONZÁLEZ BLANCO; Alberto. Op. cit. Pag. 148.

Volumen XL, pag. 92. A.D. 6939/60. Rubén Legaria Zaragoza.

Unanimidad de 4 votos.

Volumen XLII, pag. 36. A.D. 6854/60 Miguel Sarmiento Gómez.

Unanimidad de 4 votos

Volumen LXXIII, pag. 40. A.D. 8740/62. Anselmo Cardona Chávez.

5 votos.

Volumen LXXVII, pag. 39. A.D. 4956/55. J. Guadalupe Pérez Murillo y
Guillermo González Chávez.

Unanimidad de 4 votos.

Tesis 300; visible a fojas 662 del Apéndice al Semanario Judicial de la
Federación 1917-1985 Segunda Parte. Primera Sala. Mayo Ediciones.

5.6.2 SUJETO ACTIVO.

Sobre el particular únicamente analizare la autoría material del delito y no la
coparticipación.

Existen dos corrientes doctrinales, una que establece que tanto hombre como
mujer pueden ser sujeto activo del delito de violación, y otra que defiende que solo
puede serlo el hombre.

Entre los tratadistas que sostienen que solo el hombre puede ser autor
material del delito de violación, se encuentran: Sebastián Soler, Ure, Garcia

Zavalía, González Blanco, Jiménez Huerta, José Ignacio Gorona, Francisco González de la Vega, Etcheberry, Peña Cabrera, Quintano Ripollés, Puig Peña, René González de la Vega, entre otros.

Y entre lo tratadistas que defienden que tanto hombre como mujer pueden ser autores materiales del delito, están: Antolisei, Eusebio Gómez, Manfredini, Manzini, Porte Petit, Pacheco Osorio, Maggiore, Vannini, entre otros.

Sobre la cuestión debatida, cabe mencionar que: “Para el caso de que la mujer imponga al hombre la fornicación... en el varón es menester el fenómeno fisiológico de la erección, y si éste no se da, no podrá haber cópula... en caso de que el fenómeno de la erección se diera, habría en la víctima, un principio de aceptación, que destruiría el tipo legal en cuestión.”²¹

Además de que “...el acceso carnal, es decir, la penetración, es realizada por quien penetra en la cavidad de alguien y partiendo de la suposición de que un acto carnal lo hace activamente el que tiene pene, que prejuiciosamente, es quien penetra en la cavidad... sin admitir que ésta por su condición de continente pueda realizar la acción de penetrar. Sólo el pene puede penetrar en una cavidad... y nunca ésta en acción recíproca. El delito sólo podría ser cometido por quien tiene pene para penetrar.

²¹GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Comentarios al Código Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1981. Pag. 409.

“...Se admite la posibilidad de que una de las partes sea de uno u otro sexo. Si también se hubiera querido señalar tal interpretación para el sujeto activo del delito con más razón habría expresado que podría ser de uno u otro sexo, ya que es un código de represión de delitos y no victimológico.”²²

De lo que podemos concluir diciendo que el autor material del delito solo puede ser un hombre, y una mujer podrá ser copartícipe, pero nunca autor material del delito de violación propia.

5.6.3 SUJETO PASIVO.

Respecto de quien puede ser sujeto pasivo del delito en estudio, no hay mayor problema, ya que el propio artículo 265 en sus párrafos primero y segundo establece que puede serlo persona de cualquier sexo.

“Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo...

“Para los efectos de éste artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima... independientemente de su sexo.”

Y para la configuración del ilícito, no se requiere calidad específica en el sujeto pasivo, sino exclusivamente que se vulnere su libertad de elección en materia sexual mediante el empleo de fuerza física o moral, y tal es el criterio de nuestro Tribunal de Constitucionalidad en la siguiente ejecutoria:

²²ACHÁVAL, Alfredo. Op. cit. Pag. 14.

VIOLACIÓN, CONDUCTA IRRELEVANTE DE LA OFENDIDA PARA LA COMISIÓN DEL DELITO DE.

La conducta supuestamente provocativa de la ofendida o su mala reputación, en modo alguno puede desvirtuar la responsabilidad tratándose del delito de violación, ya que basta que la cópula se efectúe mediante la fuerza física o moral, para que quien la ejecuta se haga acreedor a la sanción correspondiente, puesto que el bien jurídico que tutela el delito de violación es la libertad sexual.

Séptima Época, Segunda Parte: volúmenes 133-138. pag. 212. A.D. 7101/79.
Nemorio Cruz Prudencio Portillo.

Unanimidad de 4 votos.

Por ello el objeto material del ilícito de violación es el cuerpo del sujeto pasivo, sea hombre o mujer.

5.6.4 AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL PASIVO.

Este elemento constituye la razón de la existencia del delito, porque aún cuando existiera violencia en el acto sexual, si concurre la voluntad de las partes en ello, no se encuadraría la conducta en el tipo legal descrito por el artículo 265 del Código Penal, que aún cuando de este "...se suprimió la exigencia de que la cópula violenta (física o moral), se realizase "sin voluntad del ofendido"; probablemente por simple error, los noveles legisladores omitieron ese indispensable elemento, o

quizá pensaron que la utilización de la violencia física o moral suponía necesariamente la ausencia de voluntad del ofendido, por realizarse el acto siempre en forma impositiva. Pero esto no siempre es verdad, ya que puede existir en el acto sexual la aplicación de la violencia con el pleno consentimiento del que la sufre...”²³

“Es importante resaltar que a pesar de que el delito es instantáneo en su consumación, y que éste momento se da con la introducción viril, la resistencia... ha de durar tanto como el ataque, pues si al principio hubiere oposición y después no, éste consentimiento de la víctima, deja invulnerada su libertad sexual.”²⁴

La ausencia de voluntad del pasivo es el requisito “sine qua non” para la adecuación de la conducta desplegada por el activo, al tipo penal descrito por la ley.

5.6.5 FUERZA FÍSICA (VIS ABSOLUTA).

La violencia física es la fuerza material que para cometer un delito se hace a una persona (artículo 373 párrafo segundo del Código Penal).

Groizard define la violencia diciendo que: “La violencia en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad,

²³GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op cit. Pag. 384.

²⁴GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Op. cit. Pag. 411.

compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar.”²⁵

“La violencia física es una fuerza material irresistible que el sujeto activo despliega sobre el cuerpo... del pasivo, a efecto de someterlo a la realización de una cópula contraria a su voluntad. Material significa que la fuerza es una energía muscular. Irresistible quiere decir que el cuerpo... del pasivo, queda sometido a pesar de la resistencia que el propio pasivo opone a la violencia.”²⁶

Los requisitos para considerar a la fuerza física como medio para la comisión del delito de violación son:

“a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.

“b) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia y

“c) La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria, es decir, no rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente contrario y constante o continuada, o sea, mantenida hasta el último momento, sin que exista al comienzo y luego se abandone para dar lugar a un concurso en el mutuo goce.

“En otros términos, tiene que estar comprobado que el sujeto pasivo realmente se opuso a la realización de la cópula, y que la oposición o resistencia

²⁵GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francico. Op. cit. Pag. 394.

²⁶GÓMEZ BELTRAN, Lilia Irma. Análisis Lógico de la violación. Revista Mexicana de Justicia. Número 4. Volumen IV. México, Octubre-Diciembre de 1986. Pag. 163.

permaneció viva durante todo el tiempo en que el sujeto activo desplegó la fuerza material.”²⁷

Debe existir, necesariamente, una relación de causa-efecto entre la fuerza física empleada por el activo y la obtención de la cópula contra la voluntad del pasivo.

“La dificultad de probar la violencia, así como la resistencia de la mujer, determino a los antiguos jurisconsultos a formular una serie de presunciones legales de las que se deducía la existencia de éste delito. Para que fuera admitida una acusación por violación se exigía: 1.- Una resistencia constante y siempre igual por la pretendida violada. 2.- Evidente desigualdad entre la fuerza del agresor y de la agredida. 3.- Que ésta hubiere gritado, pedido auxilio. 4.- La existencia de huellas y señales sobre la mujer que atestigüen la fuerza empleada.”²⁸

La fuerza que ejercite el activo deber ser suficiente para sujetar o inutilizar a la persona que sufre en su cuerpo la conducta antijurídica.

5.6.6 FUERZA MORAL (VIS COMPULSIVA - METUS).

Hay violencia moral cuando el activo amaga o amenaza al pasivo con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo (artículo 373 párrafo tercero del Código Penal).

²⁷PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. Pags. 22 y 23.

²⁸CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit Pag. 590

Sobre el particular existe un pasaje que pone de manifiesto la naturaleza de la violencia moral, en el caso de la violación de Lucrecia, que expone Tito Livio en la obra *Décadas de la Historia Romana*, con el siguiente relato: “Pocos días después volvió Sexto Tarquinio a Colacia, ocultándose de Colatino y acompañado por un hombre solo. Como nadie suponía sus designios, recibieronlo benévolutamente, llevándolo después de cenar a su habitación. Allí, ardiendo en deseos, y juzgando por el silencio que todos dormían en el palacio, empuñó la espada, marchó al lecho de Lucrecia, dormida ya, y apoyando una mano en el pecho de aquella mujer: “Silencio Lucrecia -dijo-; soy Sexto; tengo a la mano la espada; si gritas mueres”. Al despertar sobresaltada y muda de espanto, Lucrecia, sin defensa, ve la muerte que la amenaza; Tarquinio le declara su amor; insiste, amenaza y ruega a la vez, sin omitir nada de lo que pueda quebrantar el corazón de la mujer. Pero viéndola firme en su resistencia y que no la doblega ni el temor de la muerte, intenta asustarla con la pérdida de su reputación, diciéndole que después de matarla colocará a su lado el cuerpo desnudo de un esclavo degollado para hacer creer que había recibido la muerte cuando estaba consumando el más repugnante adulterio. Vencida por éste temor, la inflexible castidad de Lucrecia cede a la lujuria del joven, alejándose enseguida éste, orgulloso con su triunfo sobre el honor de una mujer.”²⁹

²⁹Citado por GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit. Pag. 398.

“La intimidación supone una relación causal entre la amenaza hecha por el agente (causa) y el temor surgido en la víctima (efecto). Es claro que dadas las circunstancias de cada caso concreto, la conminación que haga el ofensor debe ser creíble y seria, sin necesidad de llegar a la descripción concreta del daño futuro en todos los supuestos, lo que dependerá de las circunstancias particulares de la escena y de las cualidades individuales de la víctima. Lo que interesa en todo caso es su eficacia para la afectación psíquica de la víctima. El temor ante la amenaza es lo que realmente configura la intimidación, por lo que la discusión no debe gravitar en el contenido de la conminación sino en el efecto que produjo en el sujeto pasivo según las circunstancias del caso.”³⁰

La diferencia existente entre la fuerza física y la fuerza moral es que aquella es fuerza en acto y ésta es fuerza en potencia, cuya realización depende del agente activo.

El daño con el que se amenaza al pasivo debe ser posible, futuro y, su realización debe depender de la voluntad del activo, y debe ser proyectado sobre la persona de la víctima o de alguien ligado a ésta por lazos de parentesco o afecto.

³⁰SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia. La violación dentro del matrimonio. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 7. Número 10. ABC Ediciones San José Costa Rica. Septiembre de 1995. Pág. 99.

Requisitos que se requieren para la comprobación del elemento violencia moral, como se aprecia en la ejecutoria dictada por un Tribunal Federal que a continuación cito.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: VIII-Noviembre

Página: 334

VIOLACIÓN, FORMA DE COMPROBAR EL ELEMENTO VIOLENCIA MORAL EN EL DELITO DE.

Es cierto que en el delito de violación la imputación de la ofendida es de relevancia singular, pues por naturaleza su consumación es privada o secreta, pero siendo que la violencia moral no es fácilmente comprobable, como la violencia física, por otros medios cognoscibles, tales como la fe de lesiones o el certificado médico ginecológico, la declaración de la ofendida aduciendo que fue objeto de violencia moral por el agresor para lograr la cópula sin su consentimiento, debe ser verosímil y estar apoyada con elementos suficientes que de manera indudable hagan manifiesto el peligro actual e inminente a que se vio sujeta la agraviada por virtud de los amagos y amenazas graves que le infirieron, y que la intimidó de tal forma que le imposibilitó resistirse a la cópula; debiendo entenderse como peligro actual e

inminente el estado presente que amenaza con un riesgo cercano de manera tan grave, que se sienta descargarse irremediabilmente sobre la víctima, mas no puede ser el peligro que se presiente, el conjeturar que puede o no acaecer, sino el cierto indubitable que llena de temor y desquicia psíquicamente.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos.

Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

En conclusión como ha sido resuelto en Tesis definida por los Tribunales Federales, los elementos integrantes del delito de violación son:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Enero de 1997

Tesis: VI.2o. J/86

Página 397

VIOLACIÓN, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE.

Los elementos que constituyen el delito de violación lo son: a) La cópula, que es cualquier forma de ayuntamiento carnal o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, y sin importar el sexo; b) Empleo de violencia física que es la fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, tales como golpes, heridas, ataduras o sujeción por terceros u otras acciones de tal ímpetu material que obligan a la víctima, contra su voluntad, a dejar copularse; o bien de violencia moral, que no es otra cosa más que el empleo de amagos o amenazas de males graves que, por la intimidación que produce, impiden resistir el ayuntamiento; y, c) Ausencia de voluntad del ofendido, es decir, la falta de consentimiento del agraviado para el ayuntamiento carnal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 457/90.- Ismael González Hernández (Recurrente: Juez Séptimo de lo Penal en Puebla, Puebla).- 6 de febrero de 1991.- Unanimidad de votos.- Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.- Secretario Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 648/93.- Adolfo Arenas Flores.- 13 de enero de 1994.- Unanimidad de votos.- Ponente: Clementina Ramirez Moguel Goyzueta.- Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo en revisión 74/94.- Claudio Morales Méndez.- 24 de marzo de 1994.- Unanimidad de votos.- Ponente Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.- Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo en revisión 193/96.- Abel Santos Rendón.- 15 de mayo de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.- Secretario: Justino Gallegos Escobar.

Amparo directo 648/96.- Samuel Calvario Mena.- 4 de diciembre de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.- Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

5.7 VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA.

Ha sido materia de discusión el establecer si el delito de violación solo admite la consumación, o puede presentarse en grado de tentativa, al referir que ésta última lo que constituiría sería el delito consumado de Abuso Sexual. Es menester analizar las disposiciones de los artículos 12 y 260 del Código Penal, ya que el tipo de violación fué analizado líneas arriba.

Artículo 12.- “Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.”

Artículo 260.- “Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual o la obligue a ejecutarlo, se le impondrá...”

De las anteriores disposiciones y de la del artículo 265 que contiene le tipo de violación se desprende que ambas tienen, en común que debe ser realizado sin la voluntad del pasivo, pero se diferencian en que en el abuso sexual no existe el propósito de llegar a la cópula, mientras que la imposición de ésta sin la voluntad del pasivo es el “quid” del delito de violación, por lo que aunque no se llegara a consumir la cópula por causas ajenas a la voluntad del activo, si se estaría en presencia del delito de violación, pero en grado de tentativa. Y por ello la diferencia específica, entre el delito de abuso sexual consumado y la violación en grado de tentativa, radica en el “animus” del activo.

5.8 VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.

La doctrina no es uniforme al respecto, existen dos corrientes opuestas; una que expresa que no existe delito de violación aún cuando el marido (ya que como quedó asentado solo el hombre puede ser sujeto activo de éste delito), imponga a su cónyuge la cópula por medio de la fuerza; y otra que expresa que al imponerse la cópula contra la voluntad del pasivo, aún cuando ocurre entre consortes, sí se tipifica el delito de violación.

Entre los tratadistas que niegan la posibilidad de que exista violación entre cónyuges, cuando el coito se impone por vaso idóneo y en condiciones normales se encuentran: Abarca, Carrara, Carrancá y Trujillo, José Vicente Concha, Cuello Calón, Etcheberry, Garraud, González Roura, Groizard, Maggiore, Manzini, Pannain, Peña Cabrera, Pacheco Osorio, Porte Petit, Quintano Ripollés, Soler y Vannini.

Quienes afirman que si es configurable la violación entre cónyuges son: Eusebio Gómez, José Ignacio Garona, Francisco González de la Vega, Jorge R. Moras, entre otros.

El delito de violación propia, por vaso idóneo, no es configurable en las relaciones entre consortes, como lo demostraré con citas doctrinales y jurisprudenciales, porque una vez celebrado el matrimonio, ya no hay libertad sexual en los cónyuges, para elegir pareja sexual; lo anterior aún cuando si son tipificables el delito de violación equiparada, violación propia por vaso inidóneo y aún por vaso idóneo pero en circunstancias específicamente determinadas, cuando se ataque la seguridad o la intimidad.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: Ia./J. 7/94

Página: 17

VIOLACIÓN EQUIPARADA ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

El artículo 266 del Código Penal del Distrito Federal, establece las hipótesis del delito de violación equiparada, previéndose en una de ellas, que se incurre en ésta, cuando se impone la cópula a persona que por cualquier causa no pueda resistirlo; por lo que si se tratara de una mujer imposibilitada para sostener relaciones sexuales, como sería el caso de quien sufra parálisis, a la que se someta con ese fin en contra de su voluntad, indudablemente se integraría el tipo precisado, no obstante que fuera su propio cónyuge el sujeto activo, en virtud de que la disposición penal citada protege ampliamente a los que se encuentran en las hipótesis señaladas.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 7/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Para Eugenio Cuello Calón: “El acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella o para la prole (en el caso de marido sifilitico, ebrio, etc.), o cuando constituyere un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (v.g., si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas).³¹

En tal sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debido a que en dichos supuestos el artículo 277, en relación al 267 fracciones VI y VII, ambos del Código Civil, permiten al cónyuge sano el derecho a demandar se declare judicialmente se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 11/94

³¹CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. cit. Pag. 587.

Página: 19

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES HABIENDO SUSPENDIDO EL DERECHO A COHABITAR, DELITO DE.

A virtud de que uno de los cónyuges padezca sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, el artículo 267 en relación al 277 del Código Civil para el Distrito Federal, permite a su pareja que no desee divorciarse, el solicitar se suspenda judicialmente su obligación de cohabitar; por lo que si estando decretada, el cónyuge enfermo le impusiese violentamente la cópula aunque fuera normal, se integraría el delito de violación, porque ya no tiene derecho al débito carnal, además de poner en peligro la salud del cónyuge inocente y de la descendencia que pudiera procrearse en esas circunstancias.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 11/94. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro,

por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Y aún se podría tipificar el delito, cuando no se haya declarado judicialmente la suspensión de la obligación de cohabitar, en virtud de que, lo que se estaría protegiendo sería la salud del pasivo y de la descendencia que pudiera engendrarse en dichos casos.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 6/94

Página: 16

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

El derecho a la relación carnal existente entre aquellos que se han unido en matrimonio, no es ilimitado, pues en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, como sería el caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, pues no sólo se advierte el natural rechazo para quien actúe en esas condiciones, sino que reviste mayor trascendencia el peligro que

implica la posibilidad de engendrar un ser en esos momentos; lo que funda la oposición del pasivo, quien protege la sanidad de su estirpe, por lo que si es sometido a realizar la cópula violentamente; aunque ésta sea normal, sin duda estaremos en presencia del ilícito de violación.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 6/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

También sería posible la tipificación del delito en estudio en las relaciones entre cónyuges, cuando la cópula fuera impuesta en público, contra la voluntad del pasivo, ya que en tal caso se atentaría contra el derecho a la intimidad.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 8/94

Página: 17

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

Al haber contraído matrimonio, los cónyuges adquieren el derecho al mutuo débito carnal, pero si el acto sexual se lleva a cabo en público, en contra de la voluntad del pasivo, ofendiendo gravemente su moral y el derecho a la intimidad, se integra el delito de violación, pues no hay duda de que el cónyuge ofendido, puede negarse a la práctica de la relación en tales condiciones.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clemencia Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramirez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 8/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro,

por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

La cópula para que no sea ilícita debe ser obtenida por vía natural, ya que como se vió el débito carnal existente entre los cónyuges, lo es precisamente en las relaciones genitales (artículo 156 fracción VIII del Código Civil), no así la relación buco-genital ni el llamado “cunnilingus”, ya que la obtención de la cópula por vaso indóneo contra la voluntad del pasivo sí daría lugar al nacimiento del delito de violación, aún tratándose de relaciones conyugales.

Maggiore expresa que: “No existe delito en el hecho del cónyuge que obligue al coito al otro cónyuge, a menos que se trate de un “desahogo indebido y de manera ilícita”, como dice Carrara, esto es, de una cópula contraria a la naturaleza...”³²

Para Sebastián Soler “...el matrimonio no excluye la posibilidad de violación, ya que ésta puede producirse por actos contra natura, que no son debidos...”³³

Criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

³²Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. Pag. 52.

³³Citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. cit. Pag. 54.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 9/94

Página: 18

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.

La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manea que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 9/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro,

por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Lus Fernández Doblado

Para el Maestro Francisco González de la Vega “...La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho (artículo 17 de la Constitución). Proclamar el derecho marital a la cópula aún por medios violentos no consentidos por la esposa, nos parece rabioso, bárbaro o de tipo medieval.”³⁴

Aún cuando me permito compartir el razonamiento del Maestro González de la Vega, no es el delito de violación al que daría lugar la cópula impuesta contra la voluntad de la mujer, en las relaciones entre cónyuges, ya que el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordena una exacta aplicación de la ley tratándose de materia penal, y considerando, que el débito carnal es un derecho nacido del matrimonio, y que, “ninguna persona podrá... ejercer violencia para reclamar su derecho”, resulta que en tal supuesto nos encontraríamos en presencia de un ejercitar indebidamente un derecho de que se es titular, y por tanto la conducta observada encuadraría perfectamente en el tipo penal previsto y sancionado por el artículo 226 del Código Penal.

³⁴GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit. Pag. 405.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 10/94

Página: 18

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 ejercitar 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, padeciendo enfermedad venérea, Síndrome de Inmuno 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 tiene carácter ejemplificativo, más no limitativo.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramirez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

***** NOTA: Por decreto de fecha 13 de Diciembre de 1997, publicado el día 30 del mismo mes y año, se adicionó un artículo 265 bis al Código Penal, en el cual ya queda comprendida la violación entre cónyuges, al establecerse que:**

“Artículo 265 bis.- Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

“Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.”

Con lo cual se realizó el acto legislativo indispensable para que el delito de violación pudiera tipificarse en las relaciones entre cónyuges, esto es, se incorporó el tipo específico en el Código Penal.

Cabe hacer mención que de acuerdo al artículo primero transitorio del Decreto en comento, éste entrará en vigor treinta días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. Por lo que estimo se puede tener por reforzado el criterio de quien desarrolla el presente trabajo, puesto que legislativamente se consideró que el delito de violación no podía encuadrarse al tratarse de relaciones conyugales y, por ello se tuvo la necesidad de señalar como posible víctima del ilícito a la cónyuge.

Como se puede apreciar el Decreto es de fecha posterior a la conclusión y presentación de mi trabajo escrito, y por ello es de tomarse en cuenta que al momento de iniciarlo y terminarlo efectivamente no se tipificaba el delito de violación en las relaciones entre cónyuges.

Delito previsto por el artículo 226 del Código Penal. “Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos solo se procederá por querrela de la parte ofendida.”

Es un delito básico, de acción, instantáneo, de daño y solo puede ser cometido dolosamente.

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, ya que “derecho... es la facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establecen en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.”¹

Sujeto pasivo del ilícito puede ser cualquier persona.

El bien jurídico que tutela el dispositivo penal es la seguridad jurídica de las personas.

Como condición objetiva de punibilidad, presenta este tipo penal, la querrela, requisito que debe reunirse para la procedibilidad del delito.

Con la creación de este tipo penal “...se ha dado respuesta a una demanda generalizada de sancionar a aquellos que siendo titulares de un derecho u ostentándose como derechosos, lo ejercen haciendo uso de la violencia, sin someterse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión. Con ésta

¹CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl; y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Ed. Porrúa, S.A. México 1993. Pag. 579.

reforma, se ha puesto coto a la autojusticia, pero por ningún motivo trata de determinar el derecho que se tiene o que pretende tener el sujeto activo, sino únicamente se trata de sancionar a quien en forma ilícita pretende ejercitar tal derecho.”²

Y en caso de que el débito carnal fuese obtenido en forma violenta contra la voluntad de la cónyuge, sería este delito el que se tipificaría y no el de violación.

Octava Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: 1a./J. 12/94

Página: 19

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN,
DELITO DE.

La cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del de ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentara en una diversa entidad

²GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. Ed. Porrúa, S.A. México 1992. Pag. 352.

federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podría sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular.

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 12/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

CONCLUSIONES.

El matrimonio es universalmente considerado como la forma legal de constitución de la familia, y en nuestro país, dados los requisitos para su celebración y los efectos que de ello resultan entre los cónyuges, tiene como finalidad crear un monopolio en la actividad sexual de la pareja que lo celebra, con el fin de tener una certeza en la filiación de la progenitura, y para el caso de que éste se celebre entre personas que no pueden tener o no quieren tener descendencia, sus fines primordiales son el evitar la promiscuidad de su actividad sexual y el ayudarse a soportar las cargas de la vida. Las personas que celebran matrimonio están obligadas a prestar el mutuo débito carnal, exclusivamente entre ellos y en las relaciones de acoplamiento de sus órganos genitales, salvo la voluntad expresa de ambos para sostener relaciones en forma diversa.

La violación es el más grave de los delitos sexuales, cuyo fin es proteger la libertad de las personas en la elección de su pareja y forma de actividad sexual, que en el matrimonio se ha perdido, relativamente, ya que al celebrarlo se obligan a ejercer su actividad sexual solo con su pareja conyugal, por acoplamiento de sus órganos reproductores, salvo mutuo concierto en la forma.

El débito carnal a que están obligados los cónyuges no implica el exhibicionismo, y también puede ser negado por fines eugenésicos, cuando se ponga en peligro la salud, ya propia o bien de la posible descendencia de tal unión.

Aún cuando se impusiera la cópula en forma violenta contra la voluntad de la mujer, no se cometería el ilícito de violación, porque al no existir ya entre los cónyuges la libertad de elegir pareja sexual, y por el contrario existir entre ellos el débito carnal, se estaría ejercitando indebidamente un derecho de que se es titular, por medios violentos, lo cual haría que la conducta desplegada se adecuara al tipo penal previsto por el artículo 226 del Código Penal (Ejercicio indebido del propio derecho), y no al previsto por el artículo 265 del citado ordenamiento legal (violación). Con lo que han sido alcanzados, los objetivos buscados con la realización del presente trabajo.

Y para el caso que el legislador mexicano estimare procedente la tipificación del delito de violación en las relaciones entre cónyuges, será necesario incorporar el tipo específico en el Código Penal.

***** NOTA: Tomando en consideración que con posterioridad a la terminación de éste trabajo escrito se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de Diciembre de 1997 un Decreto por el cual se adicionó al Código Penal el artículo 265 bis, que en esencia prevé la posibilidad de que la víctima del delito de violación pueda ser la esposa o la concubina, estimo**

que queda acreditado el objetivo buscado con el desarrollo de éste trabajo, ya que al incorporarse éste precepto a la ley penal, se puede apreciar la voluntad del legislador en el sentido de que también entre cónyuges pueda tipificarse el delito de violación, y al interpretar tal adición a ‘contrario sensu’, podemos colegir que antes de ésta no se tipificaba el delito en las relaciones entre cónyuges, y con ello que el trabajo escrito desarrollado por el que suscribe cumplió con los objetivos buscados.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- ACHÁVAL, Alfredo. DELITO DE VIOLACIÓN. Estudio sexológico, médico-legal y jurídico. 2a. Edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992.
- 2.- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México 1994.
- 3.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S.A. México 1993.
- 4.- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Relaciones Jurídicas Conyugales. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.
- 5.- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, parte especial. 14a. Edición. Bosch Casa Editorial, S.A. Tomo II. Barcelona 1980. Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández.
- 6.- Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 6a. Edición. México 1993. Tomos I, II, III, y IV.
- 7.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. DERECHO CIVIL. Primer Curso. Parte General. Personas, Familia. 10a. Edición puesta al día. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.

- 8.- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 43a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1992.
- 9.- GONZÁLEZ BLANCO, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Editorial Aloma s/f.
- 10.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. 25a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1992. Edición actualizada por el Lic. Raúl Gurrola Hernández.
- 11.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Comentado. 10a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1992.
- 12.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Comentarios al Código Penal. 2a. Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1981.
- 13.- IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. 1a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1978.
- 14.- IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Historia e Instituciones. 11a. Edición. Editorial Ariel, S.A. Barcelona 1993.
- 15.- KVITKO, Luis Alberto. LA VIOLACIÓN. Peritación médico-legal en las presuntas víctimas del delito. 2a. Edición, segunda reimpresión. Editorial Trillas. México 1995.
- 16.- MARTÍNEZ ROARO, Marcela. DELITOS SEXUALES. Sexualidad y Derecho. 4a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1991.

- 17.- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 5a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1992.
- 18.- MOTO SALAZAR, Efraín. Elementos de Derecho. 39a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993.
- 19.- PINA, Rafael de. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO. Introducción, personas y familia. Volumen I. 16a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1989. Revisada y Puesta la día por Rafael de Pina Vara.
- 20.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación. 2a. Edición. Editorial Jurídica Mexicana. México 1973.
- 21.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. 7a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1987.
- 22.- ROSAS B. María Isabel. Violación Sexual: un crimen silenciado. Asociación Gráfica Educativa Tarea. Lima Perú 1990.
- 23.- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES: Teoría General del Contrato, Contratos en Especial, Registro Público de la Propiedad. 13a. Edición actualizada. Editorial Porrúa, S.A. México 1994.
- 24.- SANSORES Y SÁNCHEZ, Juan José. Apuntes actualizados para el curso de Derecho Penal II. 1995.

REVISTAS.

- 1.- ANUARIO JURÍDICO. Volumen XIII. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1986.
- 2.- REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA. Año 7. Número 10. ABC Ediciones San José Costa Rica. Septiembre de 1995.
- 3.- REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA. Número 4. Volumen IV. México Octubre-Diciembre de 1986.