

302809

8
24

UNIVERSIDAD

MOTOLINIA



ESCUELA DE DERECHO

CLAVE 302809

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

"LA VIOLACION DENTRO DEL VINCULO MA-
TRIMONIAL DESDE UN PUNTO DE
VISTA POSITIVISTA"

T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ADDY CECILIA RUIZ JOAQUIN

DIRECTOR DE TESIS
DOCTOR EN DERECHO
JORGE ALBERTO MANCILLA OVANDO



MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I

"EL DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO"

- A) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOCIALES SOBRE EL DELITO.
- B) NOCION DE DELITO.
- C) CONCEPTO LEGALISTA DEL DELITO.
- D) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA CLASICA Y LA POSITIVA.
- E) DEFINICION DE DELITO DESDE UN PUNTO DE VISTA DOGMATICO.

CAPITULO II

"LA SEXUALIDAD"

- A) INSTINTO SEXUAL.
- B) PROBLEMAS PSICOLOGICOS Y PSICOPATOLOGICOS DE LA SEXUALIDAD.
- C) DIVERSAS CONDUCTAS SEXUALES.

CAPITULO III

"EL DELITO DE VIOLACION"

- A) EL DELITO DE VIOLACION SEGUN LA LEY.
- B) ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION.
- C) OPINION PERSONAL.

CAPITULO IV

"EL MATRIMONIO"

- A) EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY.
- B) ALGUNAS DEFINICIONES DOCTRINARIAS ACERCA DEL MATRIMONIO.
- C) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.
- D) EL DELITO DE VIOLACION DENTRO DEL VINCULO MATRIMONIAL.
- E) OPINION PERSONAL.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

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

El matrimonio es la institución jurídica que crea a la familia.

El estudio de los derechos y obligaciones de los cónyuges resulta trascendental para conocer el grado de estabilidad de la familia.

Examinar que actos constituyen delito de violación entre cónyuges nos permite poner a salvo el matrimonio de los actos que no son constitutivos de delito.

Nuestra tesis desentraña lo que el Derecho es Ley, describiendo nuestra realidad jurídica.

CAPITULO I

"EL DELITO DESDE UN PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO"

A) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOCIALES DEL DELITO.- B) NOCION DE DELITO.- C) CONCEPTO LEGALISTA DEL DELITO.- D) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA CLASICA Y LA POSITIVA.- E) DEFINICION DE DELITO DESDE UN PUNTO DE VISTA DOGMATICO.

A) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOCIALES DEL DELITO.-

Para iniciar este primer capitulo, vamos a tratar al delito desde un punto de vista meramente social, tomando ideas de algunos autores como César Augusto Osorio y Nieto, quien en su libro "Síntesis de Derecho Penal", nos señala algunas formas de agrupamiento de los seres humanos, de esta manera dice que:

"El hombre es un ser eminentemente gregario, es decir, posee un tendencia natural hacia el agrupamiento con otros seres de su misma especie, lo cual da lugar a la integración de la sociedad, desde sus formas más primitivas y simples, hasta sus manifestaciones más desarrolladas y complejas, como las que actualmente conocemos". (1).

El hombre por su propia naturaleza no puede vivir aislado, necesita estar agrupado con seres de su misma especie.

La manera en la que el hombre se ha ido agrupando desde los primeros tiempos hasta nuestros días ha evolucionado.

En la actualidad, este agrupamiento se encuentra dentro de una sociedad organizada.

Como lo señala el Doctor Juan Pérez Abreu, en sus apuntes de Sociología, la sociedad se encuentra formada por hombres y éstos, aún cuando nacen en la naturaleza, la desbordan. Los hombres tienen conciencia y además fines, los cuales los impulsan a utilizar los medios necesarios para alcanzar aquéllos y así poder satisfacer

sus necesidades materiales y espirituales mediante satisfactores, los cuales tienen que ser elegidos o creados. Pero como la necesidad no está hecha, el fin que el hombre persigue de satisfacerla por ser fin, no presente, está en el futuro de modo que hacia ese fin, no presente, que es su futuro tiene que ejecutar los medios para alcanzarla". (2).

Así, en la obra de "Sociología", su autor Leandro Azuara Pérez, nos define a la sociedad diciendo que es:

"Un sistema de relaciones recíprocas entre los hombres". (3)

Estas relaciones recíprocas, para que funcionen adecuadamente necesitan de normas, reglas de conducta que los seres humanos tienen que seguir, para un mejor desarrollo de la sociedad.

Osorio y Nieto, en su libro "Síntesis de Derecho Penal", manifiesta:

"La interrelación de los seres humanos, no siempre se desarrolla armónica y ordenadamente, por el contrario, en múltiples ocasiones se generan conflictos, antagonismos,

pugnas o conductas antisociales que van en contra del bien común y que de alguna manera se deben evitar". (4)

Así, sigue señalando el autor:

"Para resolver o evitar dichos conflictos y posibilitar un desarrollo adecuado de la sociedad, surgen las normas de conducta, que son reglas, directrices que indican al ser humano cual es la forma adecuada de comportamiento que permita la convivencia social". (5).

Estas normas que regulan el comportamiento humano, pueden ser de varios tipos, así hay normas religiosas, morales, sociales y jurídicas (Derecho).

Las normas jurídicas son la base para el buen funcionamiento de la vida en sociedad.

Leandro Azuara, en su libro "Sociología nos dice que:

"La sociedad entendida como un sistema de relaciones entre los hombres es el lugar donde se produce la cultura: el lenguaje, el arte, la ciencia, la moral, la religión y el Derecho. En todas las sociedades humanas se ha presentado el fenómeno jurídico, de ahí que se haya

afirmado frecuentemente que: donde existe la sociedad hay Derecho". (6)

Sigue diciendo el autor:

El Derecho una vez creado ejerce una influencia sobre la sociedad modelándola, señalándole los cauces que debe recorrer". (7).

Osorio y Nieto en su obra "Síntesis del Derecho Penal" nos dice:

"La norma jurídica aparte de resolver los conflictos en forma razonable, protege los bienes jurídicos elementales y esenciales del ser humano, tales como la vida, la integridad corporal, la libertad, la propiedad, la organización familiar y un sinnúmero de bienes que son objeto de la tutela jurídica; si no existieran estas normas jurídicas la vida individual y social sería punto menos que imposible, sólo encontraríamos caos, anarquía y desorden". (8).

De esta manera, sigue diciendo el autor, "hay conductas del hombre que van en contra de las normas dictadas por la sociedad". (9)

Esas conductas que van en contra de las normas marcadas por la sociedad, podemos decir que son conductas desviadas como lo indica Leandro Azuara en su libro de Sociología diciendo que es una conducta diferente de la generalidad, y puede ser parasocial, antisocial o en algunos casos simplemente asocial; asume diversas manifestaciones, que van desde el incumplimiento de un deber de cortesía, hasta la comisión de delitos considerados graves por la sociedad; así podemos encontrar el desafío a las costumbres sociales y la delincuencia en todas sus formas. (10).

Por lo que podemos decir que el delincuente es un individuo resentido con la sociedad, que por su misma naturaleza es rebelde y por lo tanto su posición va en contra de lo que marca el Derecho.

Como dice Leandro Azuara, en su obra de Sociología "si se analiza esa conducta desviada desde un punto de vista sociológico se puede concluir que esas violaciones a la ley tienen su origen en las características de la cultura y de la organización social en que se llevan a cabo". (11).

Así se puede señalar, manifiesta Azuara, "que la

conducta criminal puede ser causada por diversos factores como son: el sexo, en el que se puede apreciar que la criminalidad de los hombres es mayor que la de las mujeres". (12)

Sigue diciendo el autor:

"Esta diferencia numérica hay que atribuirla al papel que a la mujer le ha hecho jugar la tradición cultural, así como la situación social; el primero, porque en la mujer se condensan las virtudes principalmente las del hogar; y el segundo, porque su posición dentro de la sociedad no la obliga todavía a desarrollar la agresividad necesaria para tener éxito en la vida, sobretodo en el factor económico, lo cual no la presiona en ciertos casos a delinquir". (13)

La necesidad económica, dice el autor, "empuja a muchos miembros de las clases indigentes a cometer delitos contra la propiedad, específicamente el robo. (14)

Pero como en ocasiones para llevar a cabo un delito contra la propiedad es necesario el uso de la violencia, entonces también cometen delitos contra la vida y la integridad corporal". (15)

Azuara considera también importante el nivel educacional, ya que "las personas que se ocupan de actividades tales como las de mozo, vendedor ambulante, sirviente, barrendero, etc., frecuentemente cambian de trabajo y su nivel de aspiración no corresponde a aquello que puedan alcanzar, en virtud de que carecen de preparación". (16).

Lo expuesto, es lógico si se tiene en cuenta que el individuo al carecer de preparación, no puede llevar una vida decorosa que cubra sus necesidades más elementales, por lo que su misma desesperación lo hace aproximarse a delitos tales como el robo, el que muchas veces se puede convertir incluso en homicidio al oponer resistencia la víctima.

Por su misma falta de preparación, no puede conseguir un trabajo remunerado lo que los orilla a realizar cualquier acto que se les haga más fácil, sin pensar en la consecuencia posterior.

B) NOCIÓN DE DELITO

Debido a que como dice Osorio y Nieto, en su libro Síntesis de Derecho Penal que "la noción de delito ha

variado conforme a los momentos históricos y a las áreas geográficas, así como la ideología de cada pueblo, siendo de manera difícil establecer un concepto de honda raíz filosófica, que tenga validez en cualquier momento y lugar". (17).

Rafael Márquez Piñero, en su obra "Derecho Penal" afirma que "son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito, y que ha sido una tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general, ya que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo". (18).

Por tal motivo, expondré primeramente lo que es delito desde un punto de vista meramente jurídico, posteriormente trataré al delito dentro de la escuela clásica y positiva para terminar después con las consideraciones de lo que es delito expuestas por algunos autores.

C) CONCEPTO LEGALISTA DEL DELITO.

La Constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las legislaciones; dentro de sus

artículos 14 y 16, encontramos consagrado el principio de legalidad.

Esta garantía individual, ordena que en la República Mexicana, las atribuciones de los órganos del Estado sólo tienen validez si se encuentran establecidos en la ley.

Por lo que se deduce que nuestro sistema de derecho es legalista, pues los preceptos antes citados ordenan que para que se afecte la esfera jurídica de los gobernados debe de existir la ley, la que a su vez debe estar en vigencia con anterioridad a la conducta para poder encuadrar materialmente el contenido de la norma jurídica.

Para que los actos legislativos tengan carácter de ley, tienen que cumplir con el procedimiento que establece el artículo 72 de la Constitución General de la República y además tiene que ser promulgada por el representante del Poder Ejecutivo.

Según lo señala el Doctor Mancilla Ovando, en su obra "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Derecho Penal", la libertad de los gobernados se puede estudiar en tres aspectos que son:

1).- Desde el punto de vista de los alcances de las esferas de competencia de los poderes federales y estatales.

Se integra con aquello que en forma expresa no se brinda como facultad para los poderes federales y que se encuentra prohibido como atribución para los poderes estatales. (19)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretando la organización de régimen federal como gobierno de jurisprudencia firme ha dicho:

Constitución Federal.- Las Constituciones particulares y las leyes de los Estados, no podrán nunca contravenir las prescripciones de la Constitución Federal, ésta es, por consecuencia la que debe determinar el límite de acción de los Poderes Federales, como en efecto lo determina, y las facultades expresamente reservadas a ellos, no pueden ser mergadas o desconocidas por las que pretenden arrogarse a los Estados. (20).

Sigue manifestando el Doctor Mancilla:

2).- Examinando lo no legislado.-

Cuando no existe norma legislativa, toda conducta realizada por los particulares, es lícita y válida, pues

de conformidad por el principio de legalidad, no se trata de actos prohibidos ni sancionados por la ley, y lo que no constituye obligación les es permitido. (21).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación desentrañando los efectos jurídicos en aquello no legislado, ha dictado jurisprudencia que dice:

"Retroactividad. No solamente puede presentarse como conflicto de leyes en el tiempo. Circulares. En aquellos casos en que la conducta del gobernado no haya sido normada en forma alguna por el Poder Legislativo, de manera que no pueda ser considerada prohibida ni válida únicamente cuando se ciña a determinadas restricciones, su realización constituirá el ejercicio de un derecho, emanado precisamente de la ausencia de una ley reguladora y tutelado por lo mismo, por el orden jurídico, en cuanto éste, al dejar intacto el ámbito de libertad en que tal conducta es factible, tácitamente ha otorgado facultades para obrar discrecionalmente dentro del mismo. Por consiguiente, la ausencia de normas limitativas de la actividad del individuo, configuran un derecho respetado por las autoridades, aún por el propio legislador, cuya vigencia desaparecerá hasta que surja una norma legislativa al respecto. Es decir, antes de la prevención legislativa, el derecho estriba en poder obrar sin taxativas; después de ella, el derecho está en obrar conforme a tal prevención, pues mientras las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta el gobernado puede hacer todo lo que dicha ley no le prohíbe. Estableciendo que la ausencia de las normas legislativas configura para el gobernado el derecho de obrar libremente, y que tal derecho también es tutelado por el orden jurídico, porque todo lo no prohibido por las normas legales ni sujeto a determinadas modalidades le están por ellas permitido, tiene que admitirse que el surgimiento de una ley que regule una

situación hasta entonces imprevista legislativamente, sólo puede obrar hacia el futuro, ya que de lo contrario estaría vulnerado el artículo 14 Constitucional, que estatuye que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Ahora bien, si en el caso no existía ley alguna anterior a unas circulares reclamadas, que fijara el precio oficial de un producto para los efectos de la cuantificación del impuesto de exportación, los quejosos tuvieron el derecho de exportar tal producto al precio que estimaron pertinente, tomando en cuenta para su fijación exclusivamente los costos de producción y un margen de utilidad. En consecuencia, las circulares que rigen situaciones anteriores a la fecha de su publicación, vulnera el derecho de los quejosos, derivado precisamente de la ausencia de disposiciones legales que lo limitarán o reglamentarán". (22).

Y, dice el autor:

3) Estudiando el contenido de la norma legislativa, que consagra derechos a favor de los particulares.-

"Los derechos concedidos por la ley son prerrogativas de los gobernados que se encuentran bajo su potestad; de tal forma que libremente al encontrarse con la expectativa del derecho que la norma jurídica brinda, pueden si es su voluntad, materializarlo o no, mediante actos materiales sin que ello constituya un hacer o dejar de hacer sancionado por la ley.

Lo prohibido por la norma jurídica es la actividad restringida a los particulares por el imperio público; se impone como obligación por la ley y se sanciona su

incumplimiento. De tal forma que la voluntad del particular no puede alterar el contenido de la disposición pública y su actividad debe constreñirse a lo mandado por la ley y si cumple se le reprimirá con la sanción prevista". (23).

Del Derecho Romano, como manifiesta el mismo autor, surgieron los siguientes principios jurídicos:

"Nullum crimen sine previa lege poenalli" y
"nulla poena sine praevia lege poenalli". (24).

Que significa: No hay delito sin ley ni pena aplicable, sino se contiene en la ley. (25)

Afirma el Doctor Mancilla Ovando:

"Estos principios establecen la disposición de legalidad tratándose de la creación de delitos y de la pena con la que se le imprime". (26).

El párrafo cuarto del artículo 14 de la Constitución prohíbe la integración de la Ley Penal, ordenando que no se juzgará por analogía o mayoría de razón a los gobernados que sean presuntos responsables de la comisión de un delito.

Sigue diciendo el autor:

"Juzgar por analogía significa integrar la Ley Penal pretendiendo adecuar una conducta no exactamente prevista en la ley como delito, equiparándolo a una figura delictiva semejante en los hechos que integran el tipo.

Juzgar por mayoría de razón, significa integrar la Ley Penal, al intentar imponer una sanción menor que la mínima o mayor que la máxima que prevé la norma jurídica para castigar el delito por el que se juzgue". (27).

El mismo autor señala: "el principio de legalidad en materia penal restringe la existencia de los delitos y las penas al contenido exacto de la norma jurídica; sólo puede ser delito lo que la ley de esa calidad y la sanción correspondiente será exclusivamente la prevista como pena en la disposición legal". (28).

Basándonos estrictamente en la ley podemos afirmar que:

Delito es: "Todo acto u omisión que sancionan las leyes penales" (artículo 7 del Código Penal).

Con esto llegamos a la conclusión de que únicamente puede ser delito todo aquel que esté contemplado en la ley.

De este precepto, encontramos varios elementos como son:

La acción en el sentido positivo o estricto sensu, que es denominada por el Código Penal acto, de actus, hecho ejecutado u obrado y en el aspecto negativo omisión, la acción latu sensu, se entiende para los efectos penales, como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción, en sentido estricto (acto) o de una omisión.

De tal manera que, en el acto se realiza una actividad positiva, que se hace lo que no se debe hacer, lo que está prohibido, violando de esta manera una norma que le prohíbe; en la omisión, se realiza una conducta negativa es decir, se deja de hacer lo que se debe hacer o sea para entenderlo mejor, se omite la obediencia a una norma que impone el deber de hacer algo.

La conducta - acto u omisión- para que constituya delito ha de estar sancionada mediante la amenaza de una pena.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado:

DELITO.- No puede haber delito sin que concurren el elemento objetivo con el subjetivo, o sea la intención de ejecutar el acto sancionado por la Ley, la voluntad consciente, libre de toda coacción, de infringir la ley penal.

DELITO.- El delito consiste en un acto antisocial y antijurídico, que es una negación del derecho y está sancionado con una pena y causa una perturbación social.

DELITO CLASIFICACION DEL.- El artículo 19 Constitucional, al hablar de que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, se refiere a los hechos tipificados en la ley penal como delictuosos por infracción de la norma y no a la denominación que les da el Código penal. (29).

Para el Doctor Mancilla Ovando, "los elementos constitutivos del delito son los supuestos previstos en la norma jurídica. Satisfecha la hipótesis legal por actos materiales que le configuren producen la obligación (delito) y la pena para sancionarle". (30).

Dice el autor: "La ley va a determinar que actos de los seres humanos tienen la categoría de delito, contemplándolos como una acción o una omisión y en caso especial una comisión por omisión. (31).

D) EL DELITO SEGUN LA ESCUELA CLASICA Y LA POSITIVA

EL DELITO SEGUN LA ESCUELA CLASICA.-

Juan Federico Arriola en su obra "La Pena de Muerte en México", precisa que, Francesco Carrara es el fundador y principal exponente de la escuela clásica, busca la definición nominal de delito y dice:

"...se deriva comúnmente de delinquire, abandonar y equivale a abandono de una ley". (32)

Asimismo, dice el autor, proporciona una definición real de delito que es la siguiente:

"Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso". (33).

Carrara señalaba que: "El delito como hecho tiene origen en las pasiones humanas... y el delito como ente jurídico tiene origen en la naturaleza de la sociedad civil". (34).

Carrara, dentro de la escuela clásica señala una característica:

"La igualdad intrínseca para todos los hombres. Todos nacemos con igualdad de derechos, reafirmada por la esencia humana: animal racional". (35).

Resumiendo las direcciones de la escuela clásica, podemos citar la obra de Radl Carrancá y Trujillo: Derecho Penal Mexicano, el cual nos dice que son las siguientes:

- 1) El punto cardinal de la justicia penal es el delito, hecho objetivo y no el delincuente, hecho subjetivo.
- 2) Sólo puede ser castigado aquel que realice una acción prevista por la ley como delito y sancionada con una pena.
- 3) La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables (libre albedrío).
- 4) La represión penal pertenece al Estado exclusivamente; pero en el ejercicio de su función, el Estado debe repelar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente.
- 5) La pena deber ser estrictamente proporcional al delito retribución y señalada en forma fija.

6) El juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito (36).

EL DELITO SEGUN LA ESCUELA POSITIVA.-

Como manifiesta Juan Federico Arriola, la escuela positiva reaccionó contra la escuela clásica, cuyos máximos exponentes fueron Enrico Ferri, Cesare Lombroso y Rafaelo Garófalo. (37).

Así, César Lombroso, estableció "que antes de estudiar el delito como entidad jurídica o como infracción a la ley penal, habría que estudiarlo como una acción humana, como un fenómeno humano natural y social, teniendo en cuenta la biología del delincuente. (38).

De aquí, la fase sociológica representada por Enrico Ferri.

"El delito es producto de factores antropológicos, físicos y sociales". (39).

Juan Federico Arriola, señala los elementos del delito según Ferri:

"Sujeto activo en la técnica de Ferri es el delincuente; sujeto pasivo, la víctima del delito, el ofendido cuyos derechos son violados; el objeto material es la cosa sobre la cual se ejecuta el delito; el objeto jurídico es el derecho o bien jurídico violado; la acción psíquica es la actividad espiritual que determina el delito, en la relación de causa a efecto; la acción física es el movimiento corporal que produce la violación de derechos o bienes ajenos; el daño privado lo sufre la víctima directa del delito; y el daño público lo resiente toda la sociedad con la ejecución de cualquier delito". (40).

Para Ferri, sigue diciendo el autor: "No hay delitos sino delincuentes". (41).

Manifestaba el positivismo que los factores sociales son una determinante real para la existencia de la delincuencia. La edad, la instrucción del individuo, la zona donde habita y el sexo influyen necesariamente en la conducta del individuo, que muchas veces lo compele a delinquir". (42).

El maestro Carrancá y Trujillo afirma que Rafaelo Garófalo, es otro de los exponentes de la escuela positiva

y toma de la distinción romana entre delicta mala in se y delicta mala quia prohibita, que atiende a los hechos intrínsecamente inmorales o a los que sólo están prohibidos por la ley, el delito natural y el legal". (43)

Determina el positivista que el delito natural existe por el hecho de la violación de los sentimientos medios de piedad y probidad: "es el delito natural o social la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida media en que se encuentran es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad", los sentimientos altruistas de piedad (humanidad) resienten ofensas por las agresiones a la vida, por cualquier mal físico (heridas, mutilaciones, malos tratamientos, enfermedades voluntariamente causadas, excesivo trabajo impuesto a los niños, por actos físicos que producen dolor físico y moral como la violación, el rapto, la privación ilegal de la libertad, o que lo producen sólo moral como la calumnia y la difamación); los sentimientos altruistas de probidad resienten las agresiones violentas (abusos, insolvencia voluntaria, violación de secreto, plagio, falso testimonio, sustitución del Estado Civil). En cuanto al delito legal,

es toda acción que amenaza al Estado, que ataca al poder social sin un fin político, o que lesiona la tranquilidad pública, los derechos políticos, el culto, la moral pública o la legislación particular de un país. (44).

Según el maestro Carrancá y Trujillo, las Direcciones de la escuela positiva son:

- 1) El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente, autor de la infracción, puesta ésta no es otra cosa que un síntoma revelador de su "estado peligroso".
- 2) La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al "estado peligroso" y no a la gravedad objetiva de la infracción. El método filosófico jurídico es el inductivo experimental.
- 3) Todo infractor, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal si cae bajo el campo de la ley penal.
- 4) La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas

mismas.

5) El juez tiene facultad para establecer la sanción en forma indeterminada, según sea el infractor.

6) El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles; por tanto, el régimen celular absoluto y las penas cortas de privación de libertad son contraproducentes; la pena es, pues, defensa y reeducación. (45).

E) DEFINICION DE DELITO DESDE UN PUNTO DE VISTA DOGMATICO.

Dentro de este inciso voy a señalar el concepto de delito proporcionado por algunos autores. Así mismo, señalaré lo que considera cada autor como elementos del delito y daré un concepto genérico de cada uno de ellos.

Para Jiménez de Asúa:

"Delito es el acto típicamente, antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (46).

Considera como elementos del delito:

- A) Acción
- B) Tipicidad
- C) Antijuricidad
- D) Culpabilidad,
- E) Penalidad y
- F) Condiciones objetivas de penalidad (47)

El maestro Fernando Castellanos Tena indica:

"Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable". (48).

Considera elementos del delito:

- A) Conducta
 - B) Tipicidad
 - C) Antijuricidad
 - D) Culpabilidad
- (49)

Francisco Pavón Vasconcelos señala:

"Delito es la conducta o hecho típico, antijurídico,

culpable y punible". (50).

Elementos del delito:

- A) Conducta
- B) Tipicidad
- C) Antijuricidad
- D) Culpabilidad
- E) Punibilidad (51)

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo define:

"Delito es la acción antijurídica, típica y culpable". (52).

Considera elementos del delito a:

- A) Conducta
 - B) Antijuricidad
 - C) Tipicidad
 - D) Culpabilidad
- (53)

Celestino Forte Petit Candaudap señala:

"Delito es la conducta punible". (54).

Elementos:

- A) Conducta o hecho
 - B) Tipicidad
 - C) Imputabilidad
 - D) Antijuricidad
 - E) Culpabilidad
 - F) Punibilidad
- (55)

De manera general podemos expresar que los autores antes señalados consideran a los diversos elementos del delito como sigue:

A) Conducta.- Es el elemento básico del delito. Es todo comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito.

Ese comportamiento humano puede ser de acción y de omisión, dividiéndose este último en omisión simple y en comisión por omisión.

La acción consiste en una conducta corporal positiva

y voluntaria con violación de una norma prohibitiva.

La omisión es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (comisión por omisión).

B) Tipicidad.- Es la adecuación de una conducta con la descripción hecha en ley.

C) Antijuricidad.- Es la contravención a una norma de derecho, radica en la violación del bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

D) Culpabilidad.- Es el nexo intelectual que liga al sujeto con el acto.

Es una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma.

E) Punibilidad.- Es la sanción del delito impuesta por el Estado, en el orden jurídico penal.

F) Imputabilidad.- Es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente.

Hace incriminable todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstractas e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente.

Describe quienes son sujetos de la ley penal.

Algunos autores positivistas no están de acuerdo en las definiciones del delito y sus elementos proporcionados por los dogmáticos por considerarlas con falta de utilidad, tal es el caso del Doctor Jorge Alberto Mancilla Ovando quien en su obra "Teoría Legalista del Delito" afirma que:

"El delito no es la conducta típica, antijurídica, culpable, imputable y punible", sino que delito es: (56).

"Toda aquella conducta que la ley le brinda esa categoría". (57)

Y señala el mismo autor:

"Los elementos constitutivos del delito son los supuestos previstos en la norma jurídica". (58)

"Satisfecha la hipótesis legal por actos materiales que le configuren, producen la obligación (delito y la pena para sancionarle)". (59).

Para este autor los elementos del delito que proponen los autores dogmáticos significa:

A) Conducta.- Sólo la conducta humana puede ser delito y reviste las características que la ley establece. (60).

De esta manera dice el autor:

"Habrà ausencia de conducta cuando los sujetos de la ley penal no han realizado la acción u omisión que la ley penal establece como delito". (61).

B) Antijuricidad.- Es el efecto, la consecuencia de la ley.

"Toda conducta que se realice en la forma que la ley cataloga la figura delictiva, es antijurídica por contravenir una norma de derecho". (62)

Así, enuncia que la ausencia de antijuricidad significan que la conducta no es contraria a los dictados de las normas de Derecho Penal. (63)

C) Culpabilidad.- La culpabilidad precisa quien es el autor de la conducta que constituye delito en términos de Ley.

Permite determinar la responsabilidad penal que puede corresponder al autor del delito, según el tipo de conducta que realizó. (64).

Consecuentemente, sigue diciendo el autor, la culpabilidad es el instrumento que precisa el grado de responsabilidad penal que corresponde al delincuente, cuando se determina la existencia del delito. (65).

Y por el contrario, señala el autor, la inculpabilidad significa que el acusado no es el autor de la conducta que constituye delito en la ley. (66)

D) Tipicidad.- Es el contenido de la norma jurídica; es la hipótesis legislativa. No es elemento constitutivo del delito por ser descripción del delito. (67)

E) Imputabilidad.- Ya que afirma que esta figura jurídica únicamente describe quienes son los sujetos de la Ley Penal. (68).

Y dice el autor:

"La imputabilidad, nos permite conocer que la ley le resulta aplicable al autor de la conducta cuando estos actos materiales constituyen delitos por así ordenarlo las normas de derecho". (69).

Sobre la inimputabilidad, el Dr. Mancilla expone:

"La inimputabilidad, es una figura jurídica que no existe en el Derecho Penal. Para la ley penal, todos somos sujetos, desde los menores hasta los que la codificación denomina inimputables. (70)

Los menores son sujetos de la ley que crea el Consejo de Menores Infractores. (71)

Los adultos, en ejercicio de sus facultades mentales y aquellos que no poseen estas aptitudes, son sujetos del Código Penal Federal. Los primeros se rigen por los dictados generales de esa legislación, los segundos,

están regulados por el libro primero, título tercero, capítulo V, de ese cuerpo de leyes". (72).

C) Punibilidad.- "La punibilidad no es elemento constitutivo del delito porque el delito existe cuando se consagra en la ley, con independencia de que se señale o no responsabilidad penal. (73).

De esta forma, la ausencia de punibilidad significa la ausencia de responsabilidad penal en el delito, que deja subsistente el carácter de delito de la conducta e impiden la aplicación de la pena por no existir sanción en ley". (74).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO I

(1) Osorio y Nieto César Augusto.- "Síntesis de Derecho Penal".- Parte General.- Segunda Edición.- Editorial Trillas.- México, 1986.- Pág. 13.

(2) Pérez Abreu Juan.- Citado por: Priego Poucel Moisés.- Tesis Profesional: "Sociología del Derecho de Familia y Especialmente en México.- Facultad de Derecho.- Universidad Nacional Autónoma de México.- México 1964.- Pág. 19.

(3) Azuara Pérez Leandro.- "Sociología".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1979.- Pág. 285.

(4) Osorio y Nieto César Augusto.- "Síntesis de Derecho Penal".- Parte General.- Segunda Edición.- Editorial Trillas.- México 1986.- Pág. 13.

(5) Idem.

(6) Azuara Pérez Leandro.- "Sociología".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1979.- Pág. 285.

(7) Ob. Cit.- Pág. 286.

(8) Osorio y Nieto César Augusto.- "Síntesis de Derecho Penal".- Parte General.- Segunda Edición.- Editorial Trillas.- México 1986.- Pág. 17.

(9) Idem.

(10) Azuara Pérez Leandro.- "Sociología".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1979.- Pág. 298.

(11) Ob. Cit. pág. 300

(12) Ob. Cit. pág. 302

(13) Ob. Cit. pág. 304.

(14) Idem

(15) Idem

(16) Idem

(17) Osorio Nieto César Augusto.- "Síntesis de Derecho Penal".- Parte General.- Segunda Edición.- Editorial Trillas.- México 1986.- Pág. 43.

(18) Márquez Piñero Rafael.- "Derecho Penal".- Parte General.- Editorial Trillas.- Primera Edición.- México 1986.- Pág. 131.

(19) Mancilla Ovando Jorge Alberto.- "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal": Estudio Constitucional del Proceso Penal".- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México 1988.- Pág. 20.

(20) Jurisprudencia 78, pág. 147, Apéndice 1917-1965.- 5a. Epoca.- Sexta Parte.-

(21) Mancilla Ovando Jorge Alberto.- "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal": Estudio Constitucional del Proceso Penal".- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México 1988.- Pág. 21.

(22) Jurisprudencia visible en el apéndice 1975.- Tercera Parte.- Segunda Sala.- Tesis 514.- Págs. 852 y 853.

(23) Mancilla Ovando Jorge Alberto.- "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal": Estudio Constitucional del Proceso Penal".- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México 1988.- Pág. 23.

(24) Ob. Cit. Pág. 34

(25) Idem

(26) Ob. Cit. Pág. 35

(27) Idem

(28) Ob. Cit. Pág. 45

(29) A.J., t.V, Pág. 344.- A.J., t.II, Pág. 695.- A.J.,
t.XX, Pág. 100. Ob. Cit. Pág.45

(30) Mancilla Ovando Jorge Alberto.- "Las Garantías
Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal": Estudio
Constitucional del Proceso Penal".- Editorial Porrúa.-
Primera Edición.- México 1986.- Pág. 48.

(31) Idem

(32) Arriola Juan Federico.- "La Pena de Muerte en
México".- Editorial Trillas.- Primera Edición.- México
1989.- Pág. 47.

(33) Idem

(34) Ob. Cit. Pág. 49.

(35) Idem

(36) Carrancá y Trujillo Raúl.- "Derecho Penal Mexicano".- Parte General.- Editorial Porrúa.- Décimosegunda Edición.- México 1977.- Pág. 153.

(37) Arriola Juan Federico.- "La Pena de Muerte en México".- Editorial Trillas.- Primera Edición.- Pág. 50.

(38) Carrancá y Trujillo Raúl.- "Derecho Penal Mexicano".- Parte General.- Editorial Porrúa.- Décimosegunda Edición.- Pág. 153-154.

(39) Ob. Cit. Pág. 154.

(40) Arriola Juan Federico.- "La Pena de Muerte en México".- Editorial Trillas.- Primera Edición.- Pág. 50.

(41) Ob. Cit. Pág. 51

(42) Idem

(43) Carrancá y Trujillo Raúl.- "Derecho Penal

Mexicano".- Parte General.- Editorial Porrúa.-
Décimosegunda Edición.- Pág. 211.

(44) Idem

(45) Ob. Cit. Pág. 154.

(46) Ocorio y Nieto César Augusto.- "Síntesis de Derecho
Penal".- Parte General.- Segunda Edición.- Editorial
Trillas.- México, 1986.- Pág. 43.

(47) Idem

(48) Mancilla Ovando Jorge Alberto.- "Teoría Legalista del
Delito".- Propuesta Método de Estudio.- Editorial
Porrúa.- Primera Edición.- Pág. 35.

(49) Idem

(50) Ob. Cit. Pág. 39

(51) Ob. Cit. Pág. 40, 41, 42 y 43

(52) Ob. Cit. Pág. 43

(53) Ob. Cit. Pág. 43, 44, 45.

(54) Ob. Cit. Pág. 45

(55) Ob. Cit. Pág. 45, 46, 47.

(56) Ob. Cit. Pág. 35

(57) Idem

(58) Idem

(59) Ob. Cit. Pág. 45

(60) Idem

(61) Ob. Cit. Pág. 51

(62) Ob. Cit. Pág. 48

(63) Ob. Cit. Pág. 52

(64) Ob. Cit. Pág. 49

(65) Idem

(66) Ob. Cit. Pág. 53

(67) Ob. Cit. Pág. 48

(68) Ob. Cit. Pág. 49

(69) Ob. Cit. Pág. 50

(70) Ob. Cit. Pág. 54

(71) Idem

(72) Idem

(73) Ob. Cit. Pág. 50 y 51

(74) Ob. Cit. Pág. 54

CAPITULO II

"LA SEXUALIDAD"

A) EL INSTINTO SEXUAL.- B) PROBLEMAS PSICOLOGICOS Y PSICOPATOLOGICOS DE LA SEXUALIDAD.- C) DIVERSAS CONDUCTAS SEXUALES.

A) EL INSTINTO SEXUAL.

Los instintos son tendencias innatas que presentan todos los animales, incluyendo al género humano a ejecutar determinados actos sin un aprendizaje previo.

Dentro de los instintos más importantes, encontramos al instinto sexual, que es la atracción que siente un

individuo por otro del sexo opuesto que conlleva intrínsecamente por la misma naturaleza, la reproducción y la perpetuación de la especie.

Sin embargo, afirma el Licenciado Ortiz Cardín en su tesis "Reformas a los artículos 306 del Código de Defensa Social del Estado de Yucatán y 203 del Código Penal de Quintana Roo", el instinto sexual, no es posible considerarlo, como simple apetito sexual; su esfera de acción es muchísimo más amplia y comprende numerosos instintos parciales y manifestaciones varias del sujeto vivo. (1).

Desde luego, dice el autor, en los humanos se divide el instinto sexual en celo, en relación con la atracción puramente física y libido, refiriéndose a su significado psíquico. (2).

Sigue expresando el autor:

Desde el punto de vista psíquico, la diferenciación sexual se manifiesta desde la primera infancia, cuando vemos que los niños gustan de juegos que denotan masculinidad; las niñas, por el contrario, generalmente son sumisas y faltas de audacia. (3).

Continúa el autor:

Al respecto hay que notar las diferencias cuantitativas y cualitativas del instinto sexual en el hombre y en la mujer. (4).

En aquél, alcanzando su afirmación rotunda, casi su máximo desarrollo en la pubertad; en la mujer en cambio, no necesariamente, y más aún, lo frecuente es que ello acontezca posteriormente, al contraer matrimonio, con las prácticas sexuales periódicas, y cabe aclarar que ni así podríamos hablar en un 100%, pues hay que recordar que cuantitativamente el instinto sexual es más fuerte y constante en el hombre, y en la mujer en cambio, es menos diferenciado, podríamos decir pasivo, y además es periódico; es más fácil para la mujer reprimirlo y en muchos casos hasta se ve sustituido por el instinto maternal. (5).

Por otra parte, otro dato importante respecto al instinto sexual es que en el hombre tiende a disminuir con la andropausia; en la mujer, por el contrario, aumenta en intensidad y diferenciación y en la menopausia generalmente está exaltado. (6).

Este antagonismo cuantitativo, pudiéramos decir, el instinto sexual entre mujer y hombre produce frecuentemente desajustes sexuales. (7).

Por otra parte podemos decir como lo hace el Doctor Gilbert Fordjaan, en su obra "Realidades y Problemas de la Vida Sexual", que:

"En el hombre, la relación sexual no puede reducirse a un mecanismo fisiológico instintivo, regulado, como en ciertas especies animales, en sus premisas, su curso y finalidad. Pone en acción toda nuestra personalidad; cada uno deposita en ella sus necesidades biológicas y sus aspiraciones psíquicas, sus valores culturales y su experiencia vivida, inextricable mezcla de excitaciones y defensas elaboradas en los primeros años de la infancia y durante la adolescencia. (8).

La relación sexual, para que justifique su vocablo de relación y no se limite a un contacto de dos mucosas, debe alcanzar su plenitud en el triple aspecto de la sensación, de la afectividad e incluso de la espiritualidad. Tampoco puede estar aislada de su contexto cultural. (9).

Así mismo, sigue afirmando el autor:

"El amor pone en juego, en el consciente de un hombre y de una mujer, la armonización de una relación en el doble plano de la sexualidad y de la psicoafectividad. (10).

La inmadurez afectiva de numerosas parejas, o de uno de sus integrantes, y las estructuras de la sociedad actual tienden a disociar del placer erótico su componente afectivo. (11).

Tras algunos años de vida en común, una pareja puede encontrar dificultades en el plano de la sensualidad, en tanto que el primitivo impulso de la atracción sexual se ha transformado, a través de un largo proceso de mutación, en una inmensa ternura. El amor ha perdido su componente cautivador para convertirse en total devoción, total ofrenda y sacrificio. (12).

La relación sexual y afectiva entre el hombre y la mujer no puede tener lugar en un clima de temor, de agresividad, de culpabilidad o de angustia. Cada uno debe asumirse a sí mismo en su virilidad y su feminidad, porque esta actitud es la condición previa e indispensable para un buen equilibrio personal y un entendimiento duradero entre ambos miembros de la pareja". (13).

B) PROBLEMAS PSICOLOGICOS Y PSICOPATOLOGICOS DE LA SEXUALIDAD.

Como afirma el Doctor Gilbert Tordjman, en la obra titulada "Enciclopedia de la Vida Sexual":

"La sexualidad afecta a todos los aspectos de nuestra personalidad, solicita la colaboración de nuestros sentidos, nuestra imaginación y nuestra afectividad. (14)

Pero sobre todo, como un medio singular y privilegiado de comunicación, pone al descubierto nuestro inconsciente, nuestros deseos, nuestras reticencias, nuestros temores y nuestra agresividad se manifiestan en el abrazo sexual. (15)

En este sentido cabe decir que la sexualidad es incapaz de mentir". (16).

Kinsey, en la misma obra señala que:

"Otro agente que impera en la sexualidad es la sociedad, que regula incluso en mayor medida que nuestro legado genético el ritmo de las relaciones sexuales y el grado de tecnicismo del propio acto sexual, factores que

alcanzan un exquisito refinamiento en las sociedades de la más alta civilización y establece las diferencias entre la norma y la perversión.

Sin duda es la sociedad, y hoy más que nunca, la que, a través de los medios de comunicación, dicta al individuo sus imágenes normativas y le culpabiliza si se aparta de ellos". (17).

El mismo Kinsey dice que la sexualidad puede ser estudiada bajo tres puntos de vista, que le sitúan ante otras perspectivas diferentes, pero complementarias:

1) Científico.- Recurre al conocimiento objetivo de los fenómenos anatómicos, fisiológicos, endócrinos y de obstetricia que condicionan y regulan la relación sexual o derivan de ella. (18)

2) Explora las vivencias personales de cada individuo, es decir, sus primeras relaciones con los padres y, muy particularmente, la relación madre-hijo, que en numerosos casos deja una huella indeleble, hasta el punto de condicionar su ulterior comportamiento y de dar a nuestra sexualidad su tonalidad específica. (19)

3) Tiene en cuenta los factores socio-culturales. (20)

Esta investigación constituye la única posibilidad de establecer, basándose en el estudio de diversos comportamientos, estructuras capaces de aprehender al ser sexuado en su relación con los demás y con su entorno". (21).

La interpretación freudiana sitúa a la sexualidad en su relación directa con el individuo íntegramente considerado y con respecto a su contexto social. (22).

Y esta es la única teoría que, al margen de toda premisa metafísica, explica por qué el hombre es un animal inquieto e insatisfecho. (23).

Los deseos humanos, en razón de su propia naturaleza, nunca podrán ser totalmente satisfechos, siempre tropezarán con una fundamental contradicción biológica y cultural. (24).

La interpretación freudiana permite, finalmente aprender el insensible paso de lo normal a lo anormal. (25).

Las disposiciones perversas polimorfas del niño son el germen potencial de todas las desviaciones. Un desarrollo anárquico de los diferentes estudios del instinto, una libido demasiado precoz, un trauma infantil demasiado violento pueden exteriorizarlas en sus modalidades definitivas". (26).

Hilda Marchiori, en su obra "Personalidad del Delincuente" afirma que:

"La historia de los delincuentes sexuales muestra hogares deshechos, falta de supervisión, carencia de afecto y cuidados, rodeados durante la infancia de condiciones poco favorables. A consecuencia de las condiciones soportadas durante la primera infancia se sentían confundidos en relación al papel sexual que debían desempeñar". (27).

Para Abrahamsen, todos los delincuentes sexuales exteriorizan hostilidad y resentimiento frente a la autoridad, todos han sufrido por carencias emocionales en la infancia, todos han sido afectados por la conducta de uno o de ambos padres, de características sádicas y dominantes. (28).

Hilda Marchiori, indica que:

"La continuación interrumpida de experiencias emocionales son en gran medida responsables de la tendencia a cometer delitos. La imagen masculina, limitadora, el padre débil, ineficaz, con tendencias femeninas latentes. Así mismo, los traumas psíquicos, las consecuencias de las experiencias sexuales de la infancia, el hecho de que un niño pequeño quede expuesto a los efectos de la conducta anormal de algunos compañeros mayores puede resultar grave. (29).

La problemática sexual en este delincuente es solamente la proyección de una conducta que la realiza un individuo con una profunda conflictiva patológica, especialmente en agresiones sexuales con los niños. (30).

La personalidad del delincuente sexual, se caracteriza por una acentuada inmadurez emocional, existiendo un desequilibrio afectivo que se proyecta en las conductas repetitivas. (31).

La inseguridad básica que presentan, hace que su comportamiento sea tímido, retraído, inhibido. Este comportamiento, resulta paradójal con el ataque sexual,

pero debe comprenderse que las fallas en la comunicación interpersonal del delincuente sexual como consecuencia de su historia personal, la desconfianza, la falta de afecto y posibilidades de un desarrollo normal, lo han llevado a disociar ambas situaciones, de ahí que él puede manifestar una sádica agresividad frente a sus víctimas. (32).

El pensamiento del delincuente sexual, es un pensamiento con ideas obsesivas en relación a los aspectos sexuales, tiende a ser ilógico debido a su personalidad inmadura, con un grave trastorno base de su conflictiva sexual, es una persona que presenta sentimientos de inferioridad, existe una búsqueda de dependencia y afecto distorsionado, la angustia que proyecta el delincuente sexual está manifestada por la necesidad de controlar sus impulsos sexuales y no poder hacerlo". (33)

Sigue afirmando Hilda Marchiori:

"El deterioro de los valores morales y sociales es progresivo y se acentúa a mayor edad, lo que señala a nuestra consideración, los aspectos de peligrosidad del individuo. (34)

Se trata de delitos que pueden ser cometidos por individuos que por su conducta habitual (exhibicionismo o conductas de violencia de naturaleza ocasional) pueden considerarse "adaptados", y la dinámica de esa conducta está ligada a una momentánea exaltación erótica que viene a desarrollarse generalmente bajo la influencia de condiciones ambientales particulares, de leves estados de intoxicación (alcohol) o por medio de la lectura de impresos pornográficos. (35).

En la dinámica de las conductas sexuales, se encuentran dos elementos de importancia: la particular sexualidad individual y el comportamiento de la víctima". (36).

Marcela Martínez Roaro, en su obra "Delitos Sexuales", dice que diversas autoridades insisten en que un acto sexualmente aberrante o pervertido será aquél que:

- A) Sea estadísticamente anormal o practicado raramente por las personas que constituyen la población de un país.
- B) Sea inadecuado bajo el punto de vista biológico o reproductor.

- C) Sea malsano o poco maduro psicológicamente; o bien,
- D) Sea "malo" o equivocado bajo el punto de vista ético o moral. (37).

La misma autora afirma que:

"Todas estas consideraciones dependen principalmente de normas sociales o ideas culturales aceptadas; y estas normas y estas ideas difieren enormemente de una comunidad a otra. (38)

Aunque las definiciones en uso de las aberraciones sexuales pueden parecer basadas en prejuicios y de miras estrechas y ninguna de ellas pueda sustentarse de manera absoluta, puede existir una que, en efecto, sea válida tanto para las personas de nuestra sociedad, como para casi todos los individuos pertenecientes a otras sociedades; esta sería donde se efectúe un enfoque psicosocial de tal aberración". (39).

Sigue diciendo la autora:

"Cuando un individuo de nuestra sociedad se limita completamente y en cualquier circunstancia solamente a una

forma de conducta sexual muy especializada, haciéndolo no por simple preferencia, después de haber realizado considerables pruebas, y no a causa de una anomalía física poco corriente, sino impulsado por un sentimiento arbitrario, ilógico o inducido por el temor, entonces diremos que es un aberrante sexual". (40).

Se debe a Freud el haber hecho notar que el origen de las perversiones sexuales debe buscarse en la infancia y la juventud del sujeto. (41).

Para Freud las desviaciones son regresiones del sujeto a una fijación infantil. (42)

Es también opinión de Freud que:

"No se puede trazar estrictamente una línea entre lo sano y lo enfermo en cuestiones sexuales. Incluso, en el hombre normal, desde el punto de vista psíquico, se debe descubrir tendencias que, con cierta discreción, podrían calificarse como perversiones". (43).

Marcela Martínez Roaro, nos dice que casi todos los autores coinciden en que las perversiones sexuales no se deben a trastornos físicos causados por factores

hormonales, constitucionales o genéticos, sino más bien a hechos acaecidos en la infancia o adolescencia del sujeto, a una errónea educación o a factores de naturaleza psíquica, que han motivado en él, un comportamiento sexual diferente al de la generalidad. (44).

La misma autora indica: "Los estudiosos de la sexualidad humana ante la dificultad de generalizar, desde que punto de vista sexual, lo que es bueno, sano o normal o lo que es malo, enfermizo o anormal y por consiguiente determinar que es lo que se debe aceptar y que es lo que se debe rechazar, han optado por afirmar que toda conducta sexual debe ser sino aceptada, si tolerada social e individualmente -y judicialmente, agregamos- siempre y cuando no viole los siguientes principios:"

- 1) Libertad.- Que quienes realicen una actividad sexual lo hagan voluntariamente, sin ninguna coacción.
- 2) Respeto.- Que el ejercicio de la sexualidad no lesiona a terceras personas bajo ningún aspecto.
- 3) Responsabilidad.- Que sea entre adultos, por personas capaces de prever las consecuencias de su conducta sexual y evitarlas o afrontarlas. (45).

Freud dice:

"Puede ocurrir que no todos los instintos parciales se sometan a la dominación de las "zonas genitales", entonces, un instinto permanece independiente forma lo que se llama una perversión y sustituye la finalidad sexual normal por su finalidad particular". (46).

C) DIVERSAS CONDUCTAS SEXUALES

La conducta sexual normal, tiene una amplia gama de acción, y es difícil decir cuando converge hacia la conducta anormal.

Mucho depende de las normas morales, sociales y legales de una cultura o comunidad determinadas, y aunque estas sean constantemente reevaluadas, pueden seguir siendo contradictorias; por ejemplo: en la mayoría de las sociedades modernas, la cópula sexual premarital es considerada como moralmente errónea, pero a menudo se considera como aceptable desde el punto de vista social y sin embargo, puede no ser legal, según los estatutos legales.

El licenciado Ortiz Cardín en su Tesis titulada;

"Reformas a los artículos 306 del Código de Defensa Social del Estado de Yucatán y 203 del Código Penal de Quintana Roo, nos dice:

"Las ideas acerca de lo que constituye una actividad sexual normal, se están volviendo gradualmente menos rígidas, bajo la influencia de la educación; sin embargo, algunos individuos necesitan todavía ser tranquilizados en que no existe nada degradante o malsano en entregarse a ciertas prácticas sexuales, tales como el juego sexual para promover un ajuste sexual más armónico entre los compañeros de sexo, sin esta afirmación, pueden encontrarse atormentados por pensamientos de que son pervertidos o enfermos sexuales. (47)

Las principales miras de la conducta sexual, deben ser la reproducción, la demostración del amor hacia el cónyuge y el alivio de la tensión sexual, de esta manera, se halla involucrado una secuencia muy constante de procesos fisiológicos que culminan con el orgasmo. (48)

Martínez Roaro, en su obra "Delitos Sexuales", dice que "el funcionamiento sexual normal, es un indicador sensitivo de la salud física y emocional, por lo tanto, la enfermedad en zonas extragenitales, pueden causar

alteraciones transitorias o prolongadas que repercuten en la función sexual. Por otra parte, la conducta sexual anormal es aquella que en un momento y lugar determinado choca o se contrapone a lo que la moral imperante considera normal, sano y correcto". (49)

Cabe aclarar señala la autora, que se habla de moral imperante, porque algunas conductas sexuales que en la antigüedad eran consideradas como normales, en la actualidad no lo son, verbigracia: el homosexualismo en Grecia, ya que la historia refiere, que grandes hombres como Aristóteles, Sócrates y Platón, practicaban este tipo de relaciones, sin que esto en su época fuese criticado o mal visto. (50).

En la obra "Enciclopedia de la Vida Sexual", el Doctor Gilbert Tordjman escribe:

Cada vez que un individuo no tiene posibilidad de expresar y satisfacer sus pulsiones sexuales en un coito completo y con un coparticipe del sexo opuesto, se expone a buscar compromisos entre sus tendencias biológicas y las normas impuestas por la sociedad en que vive". (51).

Normalmente, dice el autor, cada una de estas

tendencias se integra en la armonía general del coito. No obstante, puede ocurrir que, a causa de una disposición constitucional o de errores de educación, cada una de estas tendencias se desarrolle por su propia cuenta. Y, como consecuencia, el comportamiento sexual sufre una perturbación deja de ser el privilegiado encuentro entre dos seres libres que tienden a fundir todos los sectores de sus respectivas personalidades -corazón, espíritu y sentidos-, para convertirse tan sólo en una tentativa de expresar una tendencia parcial con exclusión de todas las demás". (52).

Voy a señalar a continuación algunas de las conductas sexuales consideradas como perversiones sexuales por Doctores como Gilbert Tordjman:

Autoerotismo.- Conducta sexual que deliberadamente ignora al coparticipe. (53).

Sadomasoquismo.- En esta perversión se erotiza el dolor, el que se causa a otro o a uno mismo. (54).

El componente agresivo del instinto sexual es el único que actúa, y se basta a sí mismo. (55)

El coito, lo mismo en el animal que en el hombre, va acompañado por una agresividad bajo la forma de abrazos, arañazos o mordiscos. Pero en los casos habituales, esta agresividad es neutralizada por un componente sexual y afectivo. (56).

El sádico no accede al orgasmo sino a través de representaciones o de actos que le den seguridades acerca del dolor ajeno, lo mismo que ocurre con su propio dolor al masoquista. (57).

Fetichismo.- Es, por definición una relación de objeto parcial. (58)

La relación sexual se establece, en efecto, con alguna de las zonas físicas o con alguna prenda vestimentaria del copartícipe. (59)

Lo que caracteriza esta perversión es la imposibilidad en que se encuentra el afectado de experimentar el orgasmo sin la presencia del fetiche. (60)

Entre las normas clínicas de esta perversión destacaremos aquellas en que el interés sexual se orienta hacia las materias fecales o la orina (coprofilia y

urofilia). (61).

En estas personas las relaciones afectivas carecen de importancia o no existen, sus relaciones sexuales son exclusivamente con objetos. (62).

Necrofilia.- Constituye una forma de fetichismo en la cual el objeto sexual es un cadáver o un pseudo cadáver. (63)

Zoofilia.- Es la tendencia a mantener relaciones sexuales con los animales. (64)

Se ha podido observar esta tendencia en personas débiles que habitan en zonas rurales y en soldados de campaña. (65).

Voyeurismo o Escopofilia.- La escopofilia es una perversión que consiste en presenciar el espectáculo del acto sexual o de la desnudez ajena. (66)

En todos los casos, su practicante concentra la atención sobre el acontecimiento y no sobre la personalidad de los individuos sorprendidos mientras se desnudan mientras satisfacen sus necesidades naturales o

durante el acto sexual. (67).

En estas personas encuentra la pornografía sus más fieles consumidores. (68)

Se dice que el exhibicionismo y la escopofilia son aspectos activo y pasivo, respectivamente de una misma conducta. (69).

Exhibicionismo.- La persona afectada por esta perversión siente la necesidad irreprimible de exponer sus órganos genitales a la mirada de desconocidos, especialmente de muchachitos o muchachitas. (70)

Satisface así, la tendencia infantil al placer de ser visto, pero también intenta que los espectadores sean testigos de una virilidad que se siente desfallecer. (71).

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO II

(1) Ortin Cardín Miguel Angel.- "tesis con opción a título de Licenciado en Derecho.- "Reformas a los artículos 306 del Código de Defensa Social del Estado de Yucatán y 203 del Código Penal de Quintana Roo.- Hoja 2.

(2) Idem

(3) Idem

(4) Ob. Cit. Hoja 2

(5) Idem

(6) Idem

(7) Idem

(8) Tordjman Gilbert.- Cohen Jean.- Nathan Jacqueline.- "Realidades y Problemas de la Vida Sexual": De la Fisiología a la Psicología.- Tomo adultos.- Editorial Argos Vergara.- Sexta Edición.- Marzo 1980.- Pág. 153.

(9) Idem

(10) Tordjman Gilbert.- "Enciclopedia de la Vida Sexual":
De la Fisiología a la Psicología.- Tomo Adultos.-
Editorial Argos Vergara.- Sexta Edición.- Marzo 1980.-
Pág. 153.

(11) Idem

(12) Ob. Cit. Pág. 154

(13) Ob. Cit. Pág. 155

(14) Ob. Cit. Pág. 95

(15) Idem

(16) Idem

(17) Ob. Cit. Pág. 95

(18) Idem

(19) Idem

(20) Ob. Cit. Pág. 96

(21) Idem

(22) Idem

(23) Idem

(24) Idem

(25) Idem

(26) Idem

(27) Marchiori Hilda.- Personalidad del Delincuente.-
Editorial Porrúa.- México 1982.- Segunda Edición.- Pág. 38.

(28) Abrahamsen.- Delito y Psique.- Fondo de Cultura
Económica.- México 1964.- Citado por: Marchiori Hilda.-
Personalidad del Delincuente.- Editorial Porrúa.- Segunda
Edición.- México 1982.- Págs. 38-39

(29) Marchiori Hilda.- Personalidad del Delincuente.-
Editorial Porrúa.- México 1982.- Segunda Edición.- Pág. 39.

(30) Idem

(31) Idem

(32) Idem

(33) Idem

(34) Ob. Cit. Pág. 40

(35) Idem

(36) Idem

(37) Martínez Roaro Marcela.- "Delitos Sexuales.-
Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1985.- Pág. 31.

(38) Idem

(39) Idem

(40) Ob. Cit. Pág. 32

(41) Ob. Cit. Pág. 33

(42) Idem

(43) Idem

(44) Ob. Cit. Págs. 33-34

(45) Ob. Cit. Págs. 46-47

(46) Tordjman Gilbert.- Realidades y Problemas de la Vida Sexual.- Editorial Argos Vergara.- Tercera Edición. Marzo 1980.- Barcelona España.- Pág. 117

(47) Ortiz Cardin Miguel Angel.- Tesis con opción a Título de Licenciado en Derecho.- Reformas a los artículos 306 del Código de Defensa Social del Estado de Yucatán y 203 del Código Penal de Quintana Roo.- Hoja 4

(48) Idem

(49) Martínez Roaro Marcela.- Delitos Sexuales.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1985.- Pág. 29

(50) Idem

(51) Tordjman Gilbert.- Enciclopedia de la Vida Sexual.- de la Fisiología a la Psicología.- Tomo Adultos.- Editorial Argos Vergara, S.A.- Sexta Edición.- Marzo 1980.- Pág. 156.

(52) Ob. Cit. Pág. 157

(53) Idem

(54) Ob. Cit. Pág. 158

(55) Idem

(56) Idem

(57) Idem

(58) Idem

(59) Idem

(60) Idem

(61) Idem

(62) Martínez Roaro Marcela.- Delitos Sexuales.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1985.- Pág. 39

(63) Idem

(64) Tordjman Gilbert.- Enciclopedia de la Vida Sexual.- De la Fisiología a la Psicología.- Tomo Adultos.- Editorial Argos Vergara, S.A.- Sexta Edición.- Págs. 158.

(65) Ob. Cit. Pág. 159

(66) Idem

(67) Idem

(68) Martínez Roaro Marcela.- Delitos Sexuales.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1985.- Pág. 39.

(69) Idem

(70) Tordjman Gilbert.- Enciclopedia de la Vida Sexual.- De la Fisiología a la Psicología.- Tomo Adultos.- Editorial Argos Vergara, S.A.- Sexta Edición.- Págs. 160.

(71) Idem

CAPITULO III.

EL DELITO DE VIOLACION.

A) EL DELITO DE VIOLACION SEGUN LA LEY.- B) ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE VIOLACION.- C) OPINION PERSONAL.

A) EL DELITO DE VIOLACION SEGUN LA LEY.

El delito de violación se encuentra contemplado, en el Título Décimoquinto, Capítulo I, dentro de los Delitos Sexuales, así en el artículo 265 del Código Penal se señala:

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

Como elementos de este delito encontramos: la cópula, con persona de cualquier sexo, en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo y con la concurrencia de la violencia física o moral.

Encontramos un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

VIOLACION.- "Las constitutivas de este delito, son: el ayuntamiento; que éste se verifique por medio de la violencia física o moral y que el agente pasivo no presta su voluntad; las señales de violencia que presente dicho agente pasivo, sino se comprueba que fueron el resultado de actos para vencer su falta de voluntad, ni pueden ser elemento para considerar que existe el delito. El dictamen pericial no puede comprobar, en manera alguna, la falta de voluntad del ofendido; por otra parte, es evidente que la definición del delito requiere la falta de voluntad cuando principia el acto, aún cuando después venga el arrepentimiento pues de no darse esta interpretación a los preceptos legales relativos, éstos resultarían antijurídicos y contrarios a la naturaleza, porque se castigaría a la víctima de un engaño o, cuando menos, de un arrepentimiento, del cual no es culpable, y porque la naturaleza del acto debilita el libre albedrío, y hace posible suspender aquél, cuando el paciente manifiesta su falta de voluntad o arrepentimiento".(1)

Otro criterio de la Corte dice:

VIOLACION DELITO DE (LEGISLACION DE SINALOA).- "Los elementos constitutivos del delito de violación consisten en: la cópula, entendiéndose ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella;

con persona de cualquier sexo; en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción y con la concurrencia de la violencia física o moral, es decir, ya sea que el sujeto activo recurra a la fuerza material para anular la resistencia de la parte ofendida, "vis absoluta", que la amenace de males que la intimiden, "vis compulsiva", logrando así realizar el ultraje".(2)

Según nuestra ley, y lo marcado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pasará a hacer un estudio de cada uno de los elementos que componen el delito en mención.

Primer Elemento:

La Cópula.-

La cópula es cualquier forma de ayuntamiento carnal, normal o anormal, pudiendo ser con eyacuación o sin ella.

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia ha manifestado:

VIOLACION, COPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.-
Tratándose del delito de violación, el elemento cópula debe ser tomado en su más amplia acepción, o sea, cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal normal o anormal, con eyacuación o sin ella, y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aún cuando no haya llegado a realizarse completamente.(3)

La cópula que la ley contempla dentro del delito de

violación, no requiere la consumación fisiológica de esta.

Así lo manifiesta un criterio de la Corte:

VIOLACION, 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 sólo ayuntamiento carnal aún cuando no haya eyaculación.(4).

Así mismo, la ley no requiere el desfloramiento de la ofendida para que se tipifique el delito.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia dice:

VIOLACION, DELITO DE.- Para la integración del delito de violación no se requiere el desfloramiento de la mujer violada, ya que ésta puede ser o no doncella y, en caso afirmativo, puede tener himen complaciente, sino que sólo se requiere la realización de la cópula con una persona, por medio de la violencia física o moral.(5)

VIOLACION.- El cuerpo del delito de violación no requiere el desfloramiento, pero sí la cópula con persona de cualquier sexo; y la cópula se tiene por realizada aún cuando no se agote fisiológicamente el acto sexual, si se comprobó: ligera herida del himen de la víctima, así como otros signos en sus órganos genitales". (6)

El delito de violación para que se tipifique, no requiere que la penetración sexual sea total o que haya

habido orgasmo, basta con que sea una penetración sexual parcial, aunque no se haya consumado el acto.

La Corte señala:

VIOLACION, EXISTENCIA DEL DELITO DE.- Para los efectos de dar por integrado el tipo de violación, basta que se acredite que hubo penetración sexual independientemente de que sea o no total e incluso no es indispensable el orgasmo del activo. Una interpretación sistemático-teológica del tipo de la violación lleva a sostener que por tratarse de una figura que tutela la libertad sexual, cualquier penetración entraña la ejecución delictiva. No es una cuestión de medir si la penetración llegó hasta tales o cuales dimensiones. En el atentado al pudor no hay voluntad alguna de penetración sexual; en la tentativa de violación no hay penetración pero existe el ejercicio de la violencia como medio para la penetración y se produce ésta, total o parcial, habrá la integración del tipo, puesto que tutela es precisamente la libertad sexual en cuanto que ella comprende lo que por autonomía es la relación de tal naturaleza: la penetración. (7)

VIOLACION, EXISTENCIA DEL DELITO DE.- En el delito de violación la cópula se tiene por realizada aún cuando no se agote fisiológicamente el acto sexual, ya que el instante consumativo de dicha violación es precisamente el momento del acceso carnal, sobre todo si queda comprobada la existencia de escoriaciones en el cuerpo de la agraviada y desgarres en su órgano genital. (8)

Segundo Elemento:

Con persona de cualquier sexo.-

La ley no señala a un determinado sexo para la realización de este ilícito, sino que puede ser cualquier persona, esto lo sustenta con un criterio de la Suprema Corte que dice:

VIOLACION, DELITO DE. LEGISLACION DE PUEBLA.- Si el vocablo "cópula" según los comentaristas, está empleado por la ley en su más amplia acepción, abarca tanto las formas normales o heterosexuales como las antinaturales homosexuales masculinas o sodomitas. Por tanto si hay confesión de tal acto contra un menor cuya edad era de siete años, de compleción débil y por ende sin posibilidad de oponerse o resistir, se integra el hecho incriminado y la condena resulta legítima. (9)

Por lo tanto, nuestra ley también protege a los hombres de este ilícito, ya que pueden ser víctimas.

VIOLACION, DELITO DE (LEGISLACION DE TAMAULIPAS).- "El artículo 249 del Código Penal de Tamaulipas sanciona a quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo. En virtud de esta expresión, cabe entender que la especie criminosa del que se trata puede configurarse tanto en presencia de relaciones homosexuales como heterosexuales, puesto que el vocablo cópula sólo significa, gramaticalmente, según el Diccionario de la Lengua Española publicado por la Real Academia, unirce o juntarse carnalmente".(10).

La misma ley protege también como sujeto pasivo de este delito a las prostitutas; así encontramos que la Suprema Corte de Justicia indica:

VIOLACION, CARACTER DEL SUJETO PASIVO, IRRELEVANTE EN EL DELITO DE.- En el delito de violación el bien jurídico protegido es la libertad sexual, por lo que el hecho de que las ofendidas sean mujeres galantes, no faculta al sujeto activo para obtener los servicios de la misma por medio de la violencia, y aún cuando con posterioridad se de dinero a las víctimas, ese hecho no pugna la falta de voluntad de las mismas para realizar los actos configurativos del delito referido.(11)

VIOLACION, CARACTER, CONDICION O SEXO DEL SUJETO PASIVO, IRRELEVANTE EN EL DELITO DE.- Es inexacto que carezcan de valor las declaraciones de las ofendidas tratándose del delito de violación, por la circunstancia de que manifiesten dedicarse a la prostitución, ya que el bien jurídico tutelado por el tipo delictuoso de violación lo es la libertad sexual, sin que para ello tenga relevancia la calidad del sujeto pasivo, quien puede ser cualquiera sin distinción del sexo; si es mujer puede estar desflorada o no estarlo, ser casada o soltera, de buena o mala fama inclusive.(12)

Tercer Elemento:

La ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción.-

Esto implica la total ausencia de la voluntad de la víctima, manifestada pasiva o activamente, al acto de copular con el sujeto activo del delito; y el uso de un medio obligatorio a la víctima para permitir físicamente el acceso carnal a su cuerpo, contra toda su voluntad, aquí, se da pues, el empleo de la violencia que puede ser física o moral.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado:

VIOLACION.- El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación, está constituido por la libertad sexual y no por la honestidad y la castidad que son elementos constitutivos del estupro, pero no del de violación y estando demostrado que tanto el acusado como el coacusado, realizaron el acto sexual en ausencia del consentimiento de la ofendida, la circunstancia de que, ésta se hubiera encontrado bajo los efectos del licor ingerido no desvirtúa la culpabilidad jurídico penal en que incurrieron, ya que, en todo caso, la situación de hecho relativa a la pretendida ebriedad, sólo daría posibilidad para que la autoridad responsable y el agente del Ministerio Público - en su caso -, hubieran hecho el encuadramiento del delito, equiparando a la violación la circunstancia de que la ofendida se hubiera encontrado privada de sentido; pero de todas sus formas, su conducta anti-jurídica sería constitutiva del delito de violación sexual, que, como se dijo, se caracteriza porque el sujeto activo del delito realiza una agresión contra la libertad sexual de la parte ofendida. (13)

VIOLACION.- El desfloramiento no hace falta para configurar el delito de violación, que solamente requiere la cópula contra la voluntad de la persona, o que ésta se encuentre en estado de inconciencia, como en el caso de haber estado tomando el reo con la menor ofendida en una cantina, hasta hacer que perdiera el conocimiento. (14)

Cuarto Elemento:

Violencia Física o Moral.-

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

79

A) **Violencia Física.**- Es el empleo de la fuerza material sobre el cuerpo del ofendido, para vencer su resistencia al sufrir el acto carnal.

El Diccionario de Jurisprudencia Criminal Mexicana, define a la violencia como:

"La fuerza o impetu en las acciones, la fuerza con que a uno se le obliga a hacer lo que no quiere".(15)

La violencia física es un acto de fuerza real ejercida directamente sobre el sujeto pasivo del delito, aquí siempre se presupone la resistencia activa de la víctima: por lo que, lo más común en este delito, es en la gran mayoría de los casos, el delito de lesiones que también se acumula al de violación ya que la víctima ofrece resistencia de principio a fin; conducta que no deja lugar a dudas de su total ausencia de voluntad, y también el empleo de la fuerza manifestada por el amordazamiento, sujeción, golpes, por parte del sujeto activo en contra de la víctima.

B) **Violencia moral.**- Es la acción psicológica coactiva que se manifiesta por medio de amenazas, de un mal

inminente, grave que ocurrirá a la víctima si no accede a permitir la cópula.

Esta amenaza debe consistir en un mal real, serio, constante, de tal manera que si implique un miedo grave en la víctima que le permita al sujeto activo tener acceso carnal con ella, aquí también hay una total ausencia de voluntad por parte del ofendido.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación a este respecto señala:

VIOLACION, VIOLENCIA MORAL Y EXISTENCIA DEL DELITO.- La actitud violenta del activo, o de los activos para obtener la prestación sexual en el delito de violación, no significa que en todos los casos se produzca traumatismos externos que se presenten en huellas sobre el cuerpo de la víctima, sino que basta el amago y la violencia psicológica para nulificar la resistencia de ésta, no siendo tampoco exigible e irrelevante que haya una plenitud de realización fisiológica en el acto sexualismo.(16)

VIOLACION, VIOLENCIA MORAL. El delito de violación se configura no sólo imponiendo la cópula por la fuerza física, sino también cuando mediante la violencia moral, la parte ofendida accede o no pone resistencia al acto sexual ante las graves amenazas de que es objeto.(17).

La violencia moral, tiene como característica la amenaza grave e inminente que recae directamente sobre la

victima o en un tercero allegado al ofendido; así la Suprema Corte de Justicia dice:

VIOLACION, COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE DURANGO).- El artículo 760 del Código Penal del Estado de Durango, define el delito de violación diciendo que lo comete, el que, por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona, sin la voluntad de esta, sea cual fuere su sexo. Requiere, pues, esta disposición legal, que el sujeto activo del delito, para realizar el acto con otra persona, sin su voluntad, emplee la violencia física, esto es, la fuerza, o bien, la violencia moral, es decir, la intimidación, y sin esas condiciones, no se realiza tal infracción penal.

La fuerza ha de ejercitarse sobre la misma persona que se viola y ha de ser constante, pues si aquella cede al que violentamente intenta poseerla, no puede considerarse víctima de violación. "El empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza grave e inminente y en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, o bien, contra un tercero, cuando con ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquella, como la amenaza de matar a un ser querido". Ahora bien, si según el dicho de la ofendida, el individuo con quien tuvo contacto carnal no le hizo ninguna promesa ni amenaza, y ella se prestó voluntariamente, se infiere que el ánimo de la ofendida no fue coaccionado en lo más mínimo por el individuo que tuvo contacto con ella, y si en el proceso no se registra elemento alguno que corrobore la versión de la ofendida, acerca de que el acusado haya ejercido violencia moral, para conseguir su objeto no se comprobó el cuerpo del delito de violación y la sentencia que impone pena al acusado como coautor del delito, es violatoria de garantías. (18)

Resumimos entonces, que la utilización de la violencia física o moral, es una acción que logra la

cópula contra su voluntad, ya sean éstos medios psicológicos (violencia moral) o físicos (fuerza material sobre el cuerpo de la víctima).

Encontramos como diferencia entre la violencia física y la moral, la siguiente:

Cuando hay violencia moral, la falta de voluntad de la víctima en contra de la cópula, que como ultraje es impuesto a su cuerpo, ha estado presente siempre esa ausencia de voluntad, aunque viciada por lo que obligadamente sufre una conducta sexual que rechaza, para evitar el daño grave, inminente, real, que le ha sido anunciado, este daño siempre estará sujeto a la educación (formación de la víctima pues lo que puede causar miedo grave a una persona, puede no causarlo en otra; por ello, es tan importante aquí, el conocimiento de la psicología de la víctima, por parte del juzgador.

B) ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLACION.

Dentro de este inciso, vamos a plantear el delito de violación según los dogmáticos, citando a varios de ellos, entre los cuales se encuentra:

Mariano Jiménez Huerta, quien en su obra "Derecho Penal Mexicano", Tomo III, nos dice:

El delito más grave contra la libertad sexual es el de violación.(19)

Para este autor, el bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano corresponde copular con la persona que libremente su voluntad elija y el de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado.(20)

Elementos Constitutivos del delito:

A) La Cópula.-

"La conducta ejecutiva del delito de violación consiste en que el sujeto activo "tenga cópula con una persona". Este comportamiento fáctico, empero, sólo es expresivo de un hecho en su neutra materialidad y desprovisto en sí de relevancia típica, lo cual sólo surge cuando la cópula se efectúa por medio de la violencia física o moral o se realiza con persona menor de doce años o que esté imposibilitada de producirse voluntariamente o de resistir.(21)

De esta manera, dice el autor: "la unión o ayuntamiento que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral. (22)

Sigue afirmando el autor:

Dada la redacción del artículo 265, no hay margen alguno a la duda de que tanto cópulas normales como anormales queden comprendidas en la descripción típica, pues la frase "...tenga cópula con una persona...sea cual fuere su sexo" es lo suficientemente clara y no permite disquisiciones interpretativas".(23)

En cuanto a si la mujer puede ser sujeto activo de este delito señala:

"No hay duda alguna de que ésta pueda ser sujeto activo secundario, pues para ello no existe ningún obstáculo ontológico.

Es perfectamente factible que una mujer sujete o intimide a la víctima en tanto que el sujeto activo

primario con ella cópula".(24)

En cuanto al segundo elemento afirma el autor:

B) Violencia Física o Moral o Edad menor de Doce años del sujeto pasivo u otras causas que impidan a éste producirse voluntariamente o resistir.(25)

Al respecto señala:

"El delito de violación es uno de los delitos en que el verbo activo -copular- no constituye el núcleo del tipo, pues es un acto de la vida perfectamente lícito y que sólo adquiere relieve antijurídico y significación típica cuando se realiza por el sujeto activo utilizando determinados medios -la violencia física o moral- o aprovechándose de una situación especial del sujeto pasivo -edad menor de doce años- o de otras circunstancias que le impidan producirse voluntariamente o resistir".(26)

"Lo que, en realidad constituye la esencia típica del delito en examen dice el Maestro Jiménez Huerta, es que el agente tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta. Unas veces, el sujeto activo para doblegar la voluntad contraria de su víctima ejerce sobre ella la

violencia física o moral; otros, simplemente se aprovechan de la situación o circunstancias que concurren en el sujeto pasivo".(27)

Violencia Física.-

Afirma el Maestro Jiménez Huerta:

"Implica la violencia física el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la cópula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca. La fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y, por tanto, debe estar en relación con su constitución anatómica".(28)

Así, sigue diciendo el autor:

"La resistencia ha de ser, seria y constante".

"La fuerza o violencia ha de recaer sobre la propia persona del sujeto pasivo y no sobre las personas o cosas que le circundan, sin perjuicio de que la ejercida sobre estas pueda tener trascendencia contemplada desde el diverso ángulo de la intimidación o violencia moral, por

ser enunciada y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si ésta opone resistencia a sus propósitos"(29).

Violencia Moral.-

En cuanto a esto nos señala:

"La violencia moral, puede directamente ejercerse sobre la persona cuya voluntad se quiere reducir para hacer posible la cópula, ora proyectando sobre su persona la amenaza sobre otra persona ligado a ella por vínculos tan fuertes que engendran un estado de identidad afectiva"(30).

Y dice:

"El mal con que se amenaza puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal-vida, integridad corporal, honor o libertad- o patrimonial, siempre que en esta última hipótesis se trate de bienes de gran valor, ya que sería risible que una mujer alegase haber sido amenazada con la sustracción de unos cuantos centavos o de otros objetos de signos baladí".(31)

Del Sujeto Pasivo menor de doce años, expresa:

"Hay violación, cuando se copula" con persona menor de doce años", pues la ley penal establece con carácter general que el consentimiento prestado por un menor de dicha edad carece de toda validez jurídica, habida cuenta de que quien lo otorga no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales y, en consecuencia, la cópula con él tenida en esta conjuntiva encierra un ataque contra la libertad sexual, en virtud del principio de que todo hecho realizado sobre una persona sin voluntad válida encierra un atentado contra la libertad"(32)

Francisco González de la Vega, quien en su obra: "Derecho Penal Mexicano: Los Delitos", nos dice:

"La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación"(33).

"El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia

constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación sea por medio de la fuerza material en el cuerpo ofendido, anulando así su resistencia (violencia física, vis), o bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o por evitar otros daños, le impiden resistir (violencia moral metus)".(34)

Continúa diciendo:

"En la violación se contempla una de las infracciones de naturaleza compleja más grave porque, dada la utilización de medios coactivos o impositivos, al daño causado específicamente contra la libertad sexual se suman otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que pueden resultar comprometidos o dañados; estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones, golpes, privación de la libertad física, asalto, lesiones más o menos graves y aún homicidio".(35)

"La violación constituye el más grave de los delitos sexuales dice el maestro, porque, además de la brutal ofensa erótica que representa, sus medios violentos de comisión implican intensos peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal,

la integridad corporal o la vida de los pacientes".(36)

Elementos Constitutivos del Delito:

Para González de la Vega son los siguientes:

A) Cópula.-

Y dice:

"La acción típica del delito consiste en la cópula, pudiendo ser esta normal o anormal" (37)

El autor lo define como:

"Por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna".(38)

Afirma el tratadista:

"Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril -normal o anormal-; pues sin esta no se puede; con propiedad decirse que ha habido

copulativa conjunción carnal".(39)

"En su acepción erótica general, señala el autor, la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales -de varón a mujer precisamente por la vía vaginal- y a los anormales, sean éstos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en vasos no apropiados para la fornicación natural".(40)

"En este delito, sigue señalando, la cópula puede ser normal o anormal, ya que el sujeto pasivo puede ser persona de uno o de otro sexo, admitiéndose así implícitamente los ayuntamientos contra natura y entre ellos los homosexuales masculinos".(41)

Continúa el maestro:

"En la violación es irrelevante que el ayuntamiento se haya agotado plenamente por el derrame seminal dentro del vaso utilizado para el fornicio o que no se haya efectuado, puesto que, en ambos casos, la acción de copular ha existido y, también se han lesionado los derechos de la víctima a la libre determinación de su conducta en materia erótica - libertad sexual -, objeto preferente de la tutela penal".(42)

"Para las exigencias jurídicas de integración del elemento "cópula" afirma González de la Vega, es suficiente la existencia de la introducción sexual independientemente de sus resultados".(43)

En resumen, dice el autor: "En el delito de violación el elemento material "cópula", en que radica la acción humana típica, consiste en cualquier clase de ayuntamiento o conjunción sexual - normal o contra natura - con independencia de su pleno agotamiento fisiológico, o de que el acto ya iniciado sea interrumpido por cualquier causa, y con independencia, también, de las consecuencias posteriores a la cópula".(44)

Por último, en cuanto a este elemento dice:

"El instante consumativo de la violación es precisamente el momento del acceso carnal, aunque el acto no llegue a agotarse".(45)

Segundo Elemento:

Este autor afirma

"En la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier

persona sin distinción alguna, puesto que, según términos expresos de la ley, refiriéndose al ofendido, se declara "sea cual fuere su sexo".(46)

Continuando el mismo autor:

"En consecuencia, son posibles víctimas de la violación todos los seres humanos: varones o mujeres; vírgenes o no; en edad infantil, juvenil o adulta; ligados o no por matrimonio; de vida sexual honesta o impúdica. Esta total indiferenciación obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos o impositivos, atacándose así primordialmente aparte de su seguridad, su libertad de determinación en materia erótica".(47)

"La violación puede recaer en persona de vida sexual incorrecta, señala el autor, siempre que no dé su consentimiento para la fornicación. No porque el sujeto no tenga pudor, castidad u honestidad ha perdido su derecho a la libre determinación en materia erótica y ha dejado de merecer la protección legal contra actos lúbricos que le sean impuestos sin su anuencia. Así, una prostituta puede no tener sentimientos de decoro o recato debido a la corrupción de sus costumbres, pero nadie tiene derecho a

ofenderla con actos libidinosos que no quiera tolerar, pues la falta de pudor no implica desaparición de su libertad sexual ni la somete al atentatorio capricho de cualquiera".(48)

Afirma el tratadista:

"Aún cuando teóricamente es indudable que la mujer puede ser sujeto activo de la violación cuando fuerza o intimida a un hombre para el coito, creemos en la práctica y en general el varón es el posible sujeto activo del delito, ya que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril - normal o anormal -, pues sin ésta no se puede, con propiedad, decir que ha habido copulativa conjunción carnal".(49)

Sigue afirmando:

"Desde el punto de vista de los posibles protagonistas activos y pasivos podemos establecer las siguientes hipótesis verosímiles en el delito de violación:

- a) Cópula de hombre a mujer, por la vía natural;
- b) Cópula de hombre a mujer por vía contra natura, es

decir, en vasos no idóneos fisiológicamente para el concubito;

c) Cópula homosexual masculina, de varón a varón. (50)

Y por último, en cuanto a este elemento nos dice:

Excluimos de la posibilidad del delito del acto homosexual femenino -acto de inversión efectuado de mujer a mujer-, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente fenómeno copulativo y ayuntamiento, dada la ausencia de introducción sexual".(51)

Tercer Elemento:

González de la Vega sigue afirmando:

"En la violación el sujeto emplea, como medio para vencer la resistencia en su víctima, la violencia, pudiendo ser ésta: a) física o b) moral. (52)

a) En cuanto a la violencia física nos dice: En general, por violencia física se entiende la fuerza material que para cometer un delito se hace a una persona".(53)

Y afirma el autor:

"Referida al delito de violación, consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir".(54)

"La fuerza material debe ser ejercida dice el Maestro, sobre la persona misma en quien se pretende realizar la conjunción sexual".(55)

Y sigue diciendo:

"No habrá violencia carnal cuando se violentasen las cosas para llegar a la mujer anuente, ni cuando se usase contra personas diversas".(56)

Continúa el autor:

"Empero, los actos violentos ejercitados en tercera persona allegada a la víctima por el parentesco o el afecto pueden integrar casos de violencia moral cuando estén encaminados a producirle intimidación que la obligue a aceptar la relación sexual para evitar males

mayores en seres queridos o en su propio ser. (57)

Así señala:

Para que pueda valorarse a la fuerza material como suficiente para vencer la voluntad opuesta del paciente, la resistencia debe ser seria y constante. "Seria, es decir, no fingida para simular honestidad, sino realmente expresadora de una voluntad decididamente contraria; constante, o sea sostenida hasta el último momento y no simplemente comenzada al principio para después abandonarla aceptando el mutuo goce".(58)

Sigue señalando el autor:

Como la violencia física se caracteriza porque se constriñe físicamente al ofendido para realizar en él la fornicación, siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del protagonista pasivo para superar o impedir su resistencia muscular; estas imposiciones pueden consistir en simples maniobras coactivas como amordazamiento, sujeción y atadura de la víctima, o en la comisión de ataques corporales, integradores, además de la violación, de otras infracciones, como golpes y violencias físicas (art. 344),

disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos (art. 288) y homicidio (art. 302).(59)

b) Violencia Moral.-

En cuanto a esto dice:

"Existe cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla. Su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o en llevar una perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja en la imaginación".(60)

Continúa el autor:

"En la violencia moral no contempla el legislador la vis absoluta -violencia física hecha al cuerpo del que la sufre que da por resultado que éste ejecute irremediamente lo que ha querido ejecutar-, sino la vis compulsiva, que no anula precisamente la total posibilidad de elección, pero que actúa en ella en forma tan grave que el paciente se ve obligado a sufrir en su persona el mal que en realidad no ha querido para evitar otros males que estime como mayores y de los que se ve amenazado en sí

mismo o en personas ligadas a él". (61)

La violencia moral dice el Maestro, consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido.(62)

Y por último señala:

Conviene también percibir que las vías de hecho o maniobras materiales impositivas -características de la violencia física- generalmente son productoras en el paciente de intimidación psicológica -violencia moral-, en virtud de que la coacción corporal (vis) con frecuencia se traduce en el que la sufre en temor o miedo (metus).(63)

Celestino Porte Petit Candaudap, en su obra "Ensayo Dogmático Sobre el Delito de Violación", nos dice:

"El delito de violación se encuentra ubicado en el Capítulo I del Título Décimoquinto del Código Penal, denominado este último: "Delitos Sexuales".(64)

Concepto.- Nos proporciona un concepto de este delito.

"Por violación propia, debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva".(65)

Y dice:

"El delito de violación contiene los elementos de todo delito más los propiamente específicos".(66)

Elemento material: Cópula.

Afirma el autor: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que para que exista el delito de violación, se requiere el hecho de acceso carnal con persona de uno o de otro sexo, que es lo que constituye la materialidad de este delito".(67)

Continúa el Maestro:

"La cópula dentro del delito de violación puede ser normal o anormal".(68)

"El acceso carnal normal dice, se consume desde que el órgano sexual masculino penetra en el orificio valvular existiendo o no la "seminatio intra vas".(69)

Elementos del Tipo:

A) Bien Jurídico Tutelado.- Al respecto señala el autor:

"El bien jurídico que protege la ley es, la libertad sexual (la que, según Saltelli y Romano Di Falco, consiste en la libre disposición del propio cuerpo en las relaciones sexuales dentro de los límites señalados por el derecho y la costumbre sexual)".(70)

Sigue señalando:

"También 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, aún no tiene libertad sexual".(71)

"Los tribunales, afirma el Maestro, han establecido que "el delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, si no la libertad sexual".(72)

"Que el bien jurídicamente protegido por el legislador, al estatuir el delito de violación, es la

libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción". (73).

Dice el autor:

"Que siendo la violación un delito que atenta contra la libertad y seguridad sexuales, la forma en que la víctima pueda oponer resistencia al yacimiento impuesto, requiere facultad de defenderse para frustrar el ataque y es incuestionable que no habrá tal posibilidad si, por alguna circunstancia, la parte ofendida no puede resistir, por lo que, si la ofendida no pudo oponer resistencia al yacimiento, debido a la debilidad mental que presentaba, o sea, que si biológicamente podría ser púber, mentalmente tenida edad infantil, fue correcta la equiparación del acto consumado por el agente al delito de violación propia". (74)

Continúa diciendo:

"El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el agente

activo realiza el acto sexual, bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, costrañimientos psíquicos o amenazas de males graves, por lo que se le impide resistir, independientemente del hecho de que el uso de esa violencia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas". (75)

B) Sujeto Activo.-

En cuanto a este, señala el autor: "La mujer puede ser sujeto activo de violación mediante la violencia física, puesto que puede lograrse la mecánica del coito respecto del hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para la erección del órgano masculino, como puede suceder cuando se encuentre el sujeto pasivo, en virtud de la fuerza realizada, en condiciones de no oponer resistencia ni de evitar la maniobra fisiológica sobre él realizada. (76)

En cuanto a la calidad del sujeto activo, la violación es un delito común o diferente, porque lo puede cometer cualquiera, es decir, el hombre o la mujer. Y por lo que respecta al número de sujetos, es un delito unilateral o monosubjetivo, porque el tipo no requiere la

intervención de dos o más personas para su consumación".
(77)

C) Sujeto Pasivo.-

"Respecto al sujeto pasivo, dice el Maestro, "es un delito impersonal porque igualmente puede ser cometido en cualquier persona: hombre o mujer". (78)

D) Objeto Material.-

Al respecto señala:

"Si la conducta del sujeto activo, en este delito, recae sobre persona de cualquier sexo, el objeto material tendrá que ser el hombre o la mujer, según el caso concreto". (79)

E) Medios exigidos por el tipo: vis absoluta o moral.-
(80)

De acuerdo con los medios legalmente limitados, se desprenden dos hipótesis; señala el autor: (81)

1) Cópula por medio de la vis absoluta, y

2) Cópula por medio de la vis compulsiva. (82)

1) Vis absoluta.-

Con respecto a ésta dice:

Violencia, registra el diccionario, es la fuerza o impetu en las acciones, la fuerza con que a uno se le obliga a hacer lo que no quiere. (83)

Sigue diciendo:

Tiene que estar comprobado que el sujeto pasivo realmente se opuso a la realización de la cópula, y que la oposición o resistencia permaneció viva durante todo el tiempo en el que el sujeto activo desplegó la fuerza material. (84)

2) Vis compulsiva.-

Otro de los medios exigidos por el tipo, es la vis compulsiva o violencia moral, afirma el autor. (85)

Y dice:

Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculos de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula. (86)

F) No debe ser el sujeto pasivo menor de 12 años.

En el caso de que el menor tenga menos de 12 años señala el maestro, nos encontramos ante una violación impropia, aún en el supuesto de que haya habido violencia sobre el menor, por lo que rige es la edad del sujeto pasivo. (87)

Marcela Martínez Roaro, en su libro "Delitos Sexuales nos indica:

La violación es el más grave de los delitos sexuales. (88).

A) Objeto Juridicamente protegido.-

Para la autora es la libertad en su aspecto sexual, lo que la ley protege en el delito de la violación. (89)

B) Cópula.-

La cópula en la violación puede ser tanto normal como anormal, dice la autora. (90)

Y afirma:

No encontramos objeción que nos impida aceptar que la violación pueda realizarse por una mujer sobre otra, e incluso sobre un hombre si se está llevando a cabo una conducta similar al coito, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en cuanto al activo que la realiza con ánimo de copular, como al pasivo que se ve agredido y ofendido en su libertad sexual, en igual medida que si se realiza la cópula normal. Si aceptamos otras vías distintas a la vaginal para integrar la cópula violenta, no hay razón para no aceptarlas cuando lo que se sustituye en el órgano sexual masculino. (91)

Sigue diciendo:

La conducta de "obtener cópula" descrita por el artículo 265 y que tipifica al delito de violación debe entenderse en el sentido que definimos la cópula anormal: penetración del pene o cualquier sustituto del mismo en la vagina o ano. (92)

Continúa la autora:

Entendida así la violación tanto el hombre (con el pene o cualquier otra cosa que lo sustituya) como la mujer (con un sustituto del pene) pueden ser sujetos activos del delito penetrando a un hombre (por vía anal) o a una mujer (por vía vaginal o anal). (93)

Así afirma:

En cuanto al elemento de resistencia constante, que deberá oponer el sujeto pasivo al activo, le parece bastante cuestionable; piensa en el ejemplo de la mujer que en despoblado y sin la menor posibilidad de ayuda se ve agredida por varios sujetos: ante la plena seguridad de lo inútil de su resistencia.- debemos exigirle que se resista para que además de la lesión sexual, ponga en peligro su integridad física y hasta su vida?. (94)

El último autor que mencionaré es Salvador Martínez Murillo y Saldivar S. Luis, con su obra: "Medicina Legal", nos afirma:

Basándose en el artículo 265 del Código Penal señala como elementos del delito de violación:

Primer Elemento:

Acción de Cópula.-

Y dice:

"Se llama cópula a la introducción del elemento masculino, (pene), en vaso idóneo indispensable para practicarla, (vagina), elemento femenino". (95)

Segundo elemento:

Señala:

Que la cópula se efectúe en persona de cualquier sexo. (96)

Sigue señalando el autor:

Lógicamente, dice, si tenemos en cuenta lo que anteriormente hemos dicho acerca de la cópula, tratándose del sexo masculino no puede haberla, por la sencilla razón de que éste carece de vagina. (97)

En tal virtud, afirma, no cabe decir "sea cual fuere

su sexo", pues a nuestro entender, tratándose de un individuo del sexo masculino sería coito anal y no cópula. (98)

Tercer Elemento.-

Señala:

Que se realice sin la voluntad del ofendido. Este elemento es indispensable para la existencia del delito. (99).

Cuarto Elemento.-

Que se efectúe por medios violentos ya sean éstos físicos o morales. (100)

Nos da la definición de violencia física y violencia moral:

Violencia Física.- Empleo de la fuerza material sobre el cuerpo del ofendido, para vencer su resistencia a sufrir el acto carnal. (101)

Violencia Moral.- Empleo de amenazas de tal naturaleza

que ponen a la persona en una disyuntiva, aceptando el acto, evitando con éste o creyendo evitar males mayores en las personas de su afecto. (102)

El autor afirma:

"No siempre el delito de violación se acompaña de desfloración, puesto que puede haber violación y desfloración y violación sin desfloración, cuando concurren los elementos especificados con anterioridad". (103)

C) OPINION PERSONAL.-

El hombre es gregario por naturaleza, no puede vivir aislado, sino que tiene que interrelacionarse con seres de su misma especie, lo cual ha dado lugar a diversas formas de agrupamiento hasta llegar a la sociedad actualizada.

Esta sociedad para que pueda subsistir necesita de diversas normas que regulen la conducta de los individuos, para que estos a su vez se desenvuelvan armónica y ordenadamente.

De no existir estas normas la vida sería un caos, una

anarquía.

Las normas más importantes para regular la interrelación de los individuos son las normas jurídicas que aparte de resolver los conflictos en forma razonable, protege los bienes jurídicos elementales y esenciales del ser humano, tales como la vida, la integridad corporal, la libertad, la organización familiar, etc.

Sin embargo, a pesar de que existen dichas normas jurídicas, los individuos no siempre las respetan y sus conductas van en contra de lo marcado por los preceptos jurídicos dando lugar al delito.

Este delito para que tenga lugar tiene que estar consagrado en la ley, ya que en los artículos 14 y 16 Constitucional encontramos el principio de legalidad.

Esta garantía individual, ordena que en la República Mexicana, las atribuciones de los órganos del Estado sólo tienen validez si se encuentran establecidos en la ley.

Por lo que se deduce que nuestro sistema de derecho es legalista, pues los preceptos antes citados ordenan que para que se afecte la esfera jurídica de los gobernados

debe existir la ley, la que a su vez debe estar en vigencia con anterioridad a la conducta para poder encuadrar materialmente el contenido de la norma jurídica.

De lo cual digo que delito es: "Todo acto u omisión que sancionan las leyes penales". (art. 7 del Código Penal)

Una vez que ha quedado definido lo que es delito, puedo señalar que una relación sexual y afectiva entre un hombre y una mujer no puede tener lugar en un clima de temor, de agresividad, de culpabilidad y mucho menos de angustia. Cada uno debe asumirse a sí mismo en su virilidad y su femeneidad, porque esta actitud en la condición previa e indispensable para un buen equilibrio personal y un entendimiento duradero entre la pareja.

Por lo expuesto, voy a entrar al más grave de los delitos sexuales, en cuanto atenta contra el bien jurídico tutelado que es la libertad sexual (como lo encontramos en un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que dice:

VIOLACION.- El bien jurídico que tutela el tipo delictuoso de violación, está constituido por la libertad sexual y no por la honestidad y la castidad que son elementos constitutivos del estupro, pero no del de violación y estando demostrado que tanto el acusado como el

coacusado, realizaron el acto sexual en ausencia del consentimiento de la ofendida, la circunstancia de que ésta se hubiera encontrado bajo los efectos del licor ingerido, no desvirtúa la culpabilidad jurídico penal en que incurrieron, ya que, en todo caso, la situación de hecho relativa a la pretendida ebriedad, sólo daría posibilidad para que la autoridad responsable y el agente del Ministerio Público -en su caso-, hubieran hecho el encuadramiento del delito, equiparando a la violación la circunstancia de que la ofendida se hubiera encontrado privada de sentido; pero de todas sus formas, su conducta antijurídica sería constitutiva del delito de violación sexual, que, como se dijo, se caracteriza porque el sujeto activo del delito realiza una agresión contra la libertad sexual de la parte ofendida". Amparo Directo 1414/1957. Antonio García Almeida. Julio 16 de 1958. 5 Votos.).

El delito de violación, como lo señalé al iniciar el Capítulo III, se encuentra contemplado dentro del Título Décimoquinto, Capítulo I, dentro de los delitos sexuales, así en el artículo 265 del Código Penal señala:

"Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá de Ocho a Catorce años de prisión".

Habiendo quedado expuesto lo que es el delito de violación, al enfocarlo dentro del vínculo matrimonial puedo decir que dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, contemplados en el capítulo III del Código Civil, está el débito carnal, del cual el artículo 162 de dicho ordenamiento señala:

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Con respecto a tal derecho existe un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

VIOLENCIA, DELITO DE, ENTRE CONYUGES, LIMITE DEL DEBITO CARNAL.- "El Código Civil al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa como una obligación de los contrayentes, lo sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa; quedando por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal, aquellas en que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con los enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos; considerándose en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro.

Aún en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta existirá el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia". (104)

El Poder Judicial Federal, al interpretar los actos copulatorios con violencia entre cónyuges, plantea una contradicción que llega a incidir en la función que cumple la Ley como fuente que crea al Derecho.

Véase: En términos de los artículos 14 y 16 Constitucionales, la Ley es fuente de derechos y de

obligaciones; llevado al tema, eso significa que si las cópulas normales producto del débito carnal se ejercen con violencia, se trata del ejercicio de derechos, pues existe el derecho y la obligación civiles entre los esposos del ayuntamiento carnal por virtud del matrimonio.

No hay delito de violación.

De esto se deduce, que, la cópula obtenida por medio de la violencia física o moral tipifica el delito de violación, ya sea dentro del concubinato e incluso de la prostitución, no así en el matrimonio, en el cual los cónyuges están obligados a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa.

Por lo que el delito de violación se tipifica dentro del matrimonio, únicamente en aquellas cópulas anormales, y aquellas en que aparezca el uso de anticonceptivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO III

(1) Semanario Judicial de la Federación, **IXV**, pp. 1133-1134 Quinta Epoca.- Citado por: Forte Petit Candaudap Celestino.- Ensayo Dogmático sobre el delito de violación.- Editorial Porrúa .- Cuarta Edición.- México 1985.- Pág. 13.

(2) Semanario Judicial de la Federación, **XLIII**, P. 95, Sexta Epoca, Segunda Parte.- Citado por: Forte Petit Candaudap Celestino.- Ensayo Dogmático sobre el delito de violación.- Editorial Porrúa.- Cuarta Edición.- Pág. 14.

(3) Amparo Directo 2454/70. Valentín Martínez Franco. 6 de noviembre de 1970. Unanimidad 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez. Séptima Epoca. Volumen **XXIII**, Segunda Parte. Pág. 39. Precedentes: Sexta Epoca. Volumen **XVII**, Segunda Parte, pág. 120, volumen **XXI**, Segunda Parte, pág. 218.

(4) Sexta Epoca, Segunda Parte, Volumen **XVI**. Pág. 263. Amparo Directo 4512/57. Volumen **XL** Pág. 92 Amparo Directo 6939/60 Volumen **XLII**, Pág. 36. Amparo Directo. 6854/60. Volumen **LXXIII**. Pág. 40. Amparo Directo 8740/62. Volumen **LXXVII**. Pág. 39. Amparo Directo. 4056/55.-

(5) Quinta Epoca: Suplemento al Semanario Judicial de la Federación 1956.- Pág. 506.- Amparo Directo 4955/52.-

(6) Amparo Directo 3505/1957.- Joel Pérez.- Resuelto el 7 de septiembre de 1957 por unanimidad de 4 votos.- 1a. Sala.- Boletín 1957.- Pág. 596.

(7) Amparo Directo 5884/72.- Roberto Cárdenas Pérez.- 21 de febrero de 1974.- Unanimidad 4 votos.- Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.- Séptima Epoca.- Volumen 62.- 2a. parte.- Pág. 35.

(8) Amparo Directo 5784/83.- Aarón Carreón Linares.- 6 de septiembre de 1974.- 5 votos.- Ponente: Manuel Rivera Silva. Séptima Epoca.- Volumen 69.- 2a. parte.- Pág. 49.

(9) Amparo Directo 1370/1956.- Jose Montiel de la Luz.- Resuelto el 29 de noviembre de 1957.- 1a. Sala.- Boletín 1958.- Pág. 7.

(10) Semanario Judicial de la Federación XII, Pág. 89 Segunda Parte.- Sexta Epoca

(11) Amparo Directo 2540/79 Francisco Reyes Mena.- 8 de febrero de 1980.- 5 votos.- Ponente: Raúl Cuevas

Montecón.- Séptima Epoca. Volúmenes 133-138. 2a. parte.-
Pág. 211.

(12) Amparo Directo 4577/79.- Emiliano Jaimez Rivera.- 20
de febrero de 1980.- 5 votos.- Ponente: Raúl Cuevas
Montecón.- Séptima Epoca.- Volúmenes 133-138.- 2a.
parte.- Pág. 211.

(13) Amparo Directo 1414/1957.- Antonio Garcia Almeida.-
Julio 16 de 1958.- 5 votos.

(14) Amparo Directo 1889/1958.- José Mercado Mora.- Agosto
15 de 1950.- Unanimidad 4 votos.- 1a. sala.- 6a. Epoca.-
Vol. XIV.- 2a. parte.- Pág.227.

(15) Diccionario de Jurisprudencia Criminal Mexicana pág.
167-168.- México 1850.

(16) Amparo Directo 3109/72.- Juan González Cruz.- 1 de
diciembre de 1972.- Unanimidad 4 votos.- Ponente: Manuel
Rivera Silva.- Séptima Epoca.- Vol. 48.- 2a. parte.- Pág.
27.

(17) 5a. Epoca.- Tomo LXXXVI.- Pág. 305.- Amparo Directo
4500/55.- Tomo LXXX.- Pág. 222.- Amparo Directo 5357/55.-

Sexta Epoca.- 2a. parte.- vol. XIX.- Pág. 226.- Amparo Directo 3907/53 Vol. XXXVII Pág. 106.- Amparo Directo 3287/60 Vol. XLIII Pág. 95.- Amparo Directo 5973/60.

(18) Semanario Judicial de la Federación LX, pág. 768/769. Quinta Epoca.- Citado por Porte Petit Candaudap Celestino.- Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación.- Editorial Porrúa.- México 1985. Pág. 46.

(19) Jiménez Huerta Mariano.- Derecho Penal Mexicano.- Tomo III.- Editorial Porrúa.- 3a. Edición.- México 1978.- Pág. 250.

(20) Ob. Cit. Pág. 251

(21) Ob. Cit. Pág. 253

(22) Idem

(23) Idem

(24) Ob. Cit. Pág. 255

(25) Ob. Cit. Pág. 258

(26) Idem

(27) Ob. Cit. Pág. 259

(28) Idem

(29) Ob. Cit. Pág. 262

(30) Ob. Cit. Pág. 264

(31) Idem

(32) Ob. Cit. Pág. 266

(33) González de la Vega Francisco.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa.- 16 Edición.- México 1980. Pág. 379.

(34) Ob. Cit. Pág. 379-380

(35) Ob. Cit. Pág. 380

(36) Idem

(37) Ob. Cit. Pág. 383

(38) Idem

(39) Idem

(40) Idem

(41) Ob. Cit. Pág. 380

(42) Idem

(43) Ob. Cit. Pág. 382

(44) Ob. Cit. Pág. 385

(45) Ob. Cit. Pág. 386

(46) Ob. Cit. Pág. 387

(47) Idem

(48) Ob. Cit. Pág. 389

(49) Ob. Cit. Pág. 390

(50) Ob. Cit. Págs. 390-391

(51) Ob. Cit. Pág. 391

(52) Idem

(53) Idem

(54) Idem

(55) Idem

(56) Ob. Cit. Pág. 392

(57) Idem

(58) Idem

(59) Ob. Cit. Pág. 393

(60) Ob. Cit. Pág. 394

(61) Ob. Cit. Pág. 395

(62) Idem

(63) Idem

(64) Porte Petit Candaudap Celestino.- Ensayo Dogmático sobre el delito de violación.- Editorial Porrúa.- Cuarta Edición.- México 1985.- Pág. 9

(65) Ob. Cit. Pág. 12

(66) Ob. Cit. Pág. 14

(67) Ob. Cit. Págs. 16 y 17

(68) Ob. Cit. Pág. 18

(69) Ob. Cit. Pág. 20

(70) Ob. Cit. Pág. 31

(71) Idem

(72) Idem

(73) Idem

(74) Ob. Cit. Págs. 31-32

(75) Ob. Cit. Pág. 32

(76) Ob. Cit. Págs. 36-37

(77) Idem

(78) Ob. Cit. Pág. 39

(79) Ob. Cit. Pág. 40

(80) Idem

(81) Ob. Cit. Pág. 41

(82) Idem

(83) Ob. Cit. Pág. 42

(84) Ob. Cit. Pág. 43

(85) Ob. Cit. Pág. 45

(86) Idem

(87) Ob. Cit. Pág. 46

(88) Martínez Roaro Marcela.- Delito Sexuales.- Editorial

Porrúa .- Tercera Edición.- México 1985.- Pág. 241

(89) Ob. Cit. Pág. 242

(90) Idem

(91) Ob. Cit. Pág. 243

(92) Idem

(93) Ob. Cit. Pág. 244

(94) Idem

(95) Martínez Murillo Salvador y Saldivar Luis.- Medicina Legal.- Editorial Méndez Otea.- Décima Cuarta Edición.- México 1989.- Pág. 225.

(96) Ob. cit. Pág. 226

(97) Idem

(98) Idem

(99) Idem

(100) Idem

(101) Idem

(102) Idem

(103) Idem

(104) Anales de Jurisprudencia, Tomo 34, Pág. 523

CAPITULO IV

"EL MATRIMONIO"

A) EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY.- B) ALGUNAS DEFINICIONES DOCTRINARIAS ACERCA DEL MATRIMONIO.- C) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE HACEN DEL MATRIMONIO.- D) EL DELITO DE VIOLACION DENTRO DEL VINCULO MATRIMONIAL.- E) OPINION PERSONAL.

Para iniciar este capitulo vamos a enunciar la teoria del profesor Knecht, citado por Antonio de Ibarrola en su libro "Derecho de Familia", quien señala que dentro del mundo antropológico, toda vida social se remonta al núcleo familiar en su concepto de relación establecida sobre la convivencia mutua reciproca del hombre y de la mujer, de padres e hijos. (1)

Sigue el autor: "La familia humana aparece históricamente hasta donde alcanza la investigación, como la base de toda comunidad de vida; como institución social primogénica que surge en todos los lugares y en todos los siglos dondequiera que actúa el hombre histórico o contemporáneo. Pueden existir y han existido épocas y países sin Estado, pero no ha existido vida humana sin el lazo familiar". (2)

Continúa el profesor: "La familia forma social fundamental, basada inmediatamente en la humana naturaleza exigida por ésta para los fines de propagación, educación y progreso de la especie, hállese condicionada por la diversidad de sexos y es la potencia generadora. Básiase el matrimonio en las relaciones naturales de un sexo con otro y en la necesidad de su unión para la conservación del género humano". (3)

Concluye el profesor: "Más la comunicación de sexos y la procreación de hijos, no constituyen por sí solos el matrimonio, y menos aún la familia que de él procede sin la intervención ulterior de un factor síquico, de un acto voluntario destinado a su formación, común al varón y a la mujer y recíproco entre ambos: El Contrato Matrimonial". (4)

El matrimonio constituye la base fundamental de todo derecho de familia, es una institución jurídica; la primera y más importante de todas ellas.

Las demás instituciones que integran el derecho de familia, no son más que consecuencias o complementos de aquél.

Por esta razón, el matrimonio es un instituto jurídico, de mayor importancia para todas las demás instituciones de derecho privado, porque forma o constituye el fundamento de la sociedad civil, y representa a su vez, la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer, reconocida, amparada y regulada por el derecho.

Antonio de Ibarrola en su libro "Derecho de Familia", nos dice que a diferencia de otras instituciones que se proponen la conservación y desenvolvimiento del individuo, éste se encamina a la conservación y desarrollo de la especie. (5)

A) EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY.

El matrimonio se encuentra contemplado en el Título Quinto, artículos 146 a 265, de nuestro código civil

vigente.

Nuestra legislación no nos proporciona una definición exacta de lo que se debe entender por matrimonio, sin embargo basándome en los preceptos legales que a continuación enuncio daré un concepto genérico al respecto:

Artículo 146.- El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige.

Artículo 147.- Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Artículo 148.- Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados según el caso, pueden conceder dispensas de edad por causas graves o justificadas.

De esta manera puedo decir que:

"El matrimonio es un contrato civil solemne, por medio del cual dos personas de distinto sexo se unen voluntariamente con el fin de perpetuar la especie y ayudarse mutuamente".

El matrimonio tiene, según la definición anterior,

varios elementos para su formación.

Decimos que es un contrato civil, ya que el artículo 130 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo señala como tal. Así mismo, lo hace el artículo 178 del Código Civil al hablar del "contrato de matrimonio" (el contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al referirse al matrimonio también lo ha calificado como contrato lo que podemos observar en dos tesis:

"MATRIMONIO (Legislación de Tamaulipas). El artículo 70 del Código Civil es contrario a los imperativos del 130 de la Constitución General de la República. Este precepto establece que el matrimonio es un contrato civil y tanto él como los demás actos que originen el estado civil de las personas, son de exclusiva competencia de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos por las leyes y tendrán fuerza y validez que los mismos le atribuyan. La Constitución Mexicana de 1917, reprodujo en esta forma el artículo 20 de las adiciones y reformas a la Constitución de 1857, adoptadas el 25 de Septiembre de 1873. La circunstancia de que el proyecto haya sido acogido en los mismos términos y de que no se haya expresado, ni el apoyo presentado, ni en el constituyente la idea alguna que demuestre intención de apartarse de la tradición fundada en las adiciones de 1873, demuestra la aceptación de dicha tradición. El propósito de las Leyes de Reforma consistió en sustraer la validez y el régimen jurídico del

matrimonio a las leyes de la Iglesia para someterlo a las normas dictadas para la autoridad civil; de acuerdo con esa intención debe ser interpretado el artículo 130 de la Constitución; la eficacia de la disposición exige la celebración expresa del matrimonio ante funcionarios públicos, pues si bastara la demostración de la existencia de un acuerdo de voluntades tendiente a crear el vínculo matrimonial, la celebración del matrimonio religioso o satisfaría de dicha exigencia, la idea de contrato basta para demostrar la anticonstitucionalidad de las leyes que, como la del Estado de Tamaulipas, incorporan al régimen jurídico del matrimonio situaciones de hecho como la vida en común y las relaciones sexuales prolongadas. La doctrina jurídica acierta a distinguir los hechos jurídicos como género los actos jurídicos como especie, los contratos como sub-especie y en estricta lógica se afirma que si todo contrato es un hecho jurídico no todo hecho jurídico es un contrato." (6)

"MATRIMONIO, A LA NULIDAD DE EL NO SON DEL TODO APLICABLES LAS REGLAS GENERALES DE ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS.- Aunque el matrimonio es un contrato, regula no solamente cuestiones económicas sino que constituye también la base de la familia y es fuente de derechos y deberes morales. Por lo tanto, estando la sociedad interesada en la estabilidad y solidez del vínculo matrimonial, las leyes generales de anulabilidad de los contratos no son aplicables enteramente a él y solamente constituyen casos de nulidad del matrimonio aquellas que taxativamente están señaladas en el artículo 235 del Código Civil". (7)

Rafael Rojina Villegas en su obra: "Derecho de Familia", afirma que "el matrimonio es así un acto jurídico formal y solemne que para su existencia requiere la presencia de un funcionario que represente al Estado, que en este caso es el juez del Registro Civil". (8)

Los artículos 102 y 103 del Código Civil comprenden

tanto las formalidades como solemnidades en la celebración del matrimonio.

Para la existencia del contrato de matrimonio se requiere la presencia de un funcionario que represente al Estado, que en este caso es el juez del Registro Civil.

El artículo 146 del Código Civil, establece:

"El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige".

La ley no señala expresamente que sea un contrato solemne, sin embargo, podemos afirmar, que el matrimonio es un acto jurídico formal y solemne, que para su existencia requiere la presencia de un funcionario que represente al Estado, que en este caso es el Juez del Registro Civil.

Encontramos un criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

"MATRIMONIO, LA FALTA DE FIRMA DEL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL PRODUCE LA INEXISTENCIA DE.- El hecho concreto de la falta de firma del encargado de la Oficialía del Registro Civil en un acta de matrimonio, es un requisito esencial en cuanto constituye una solemnidad en el sentido estricto, y por tanto trae aparejada la inexistencia del acto jurídico. En efecto, cabe mencionar que dentro del sistema del Código Civil vigente, el matrimonio es el único acto jurídico solemne.

Esto es, dentro de las solemnidades del acto jurídico matrimonio se encuentran: el otorgarse el acta respectiva en la cual haga constar la expresa voluntad de los contrayentes que desean unirse en matrimonio y la necesaria intervención del Oficial del Registro Civil que hará la declaratoria correspondiente, considerándolos unidos en matrimonio en nombre de la ley y de la sociedad, haciendo además, constar los nombres y apellidos de los contrayentes. Estas son solemnidades en sentido estricto y si faltase una sola de ellas, trae aparejada la inexistencia del acto jurídico; en cambio, todos los demás requisitos que la ley señala, no constituyen en sentido estricto solemnidades sino formalidades, cuya inobservancia puede motivar la nulidad del acto jurídico, ya sea relativa, ya sea absoluta, pero ambas presuponen técnicamente hablando la existencia del acto". (9)

Abundando dice el autor Rafael Rojina Villegas en su obra "Derecho de Familia":

"La función de dicho juez es constitutiva, porque es el funcionario público quien, recibiendo la declaración de los contrayentes, los declara cónyuges ante la ley constituyendo entre ellos la relación matrimonial". (10)

Continúa diciendo el doctrinario: "El matrimonio es una institución natural y de orden público y por eso se explica que sea obra del representante del Estado; el oficial del Estado Civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntades de los esposos sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso se explica también que los esposos no pueden en modo alguno modificar los efectos del matrimonio, ni poner fin a él

por el mutuo desensus y que la teoría de las nulidades del matrimonio, se aparta de las nulidades contractuales del Derecho". (11)

Sigue apuntando el autor: "En relación a lo anterior, la intervención de un funcionario del Estado no es lo que impide a los cónyuges modificar los efectos del matrimonio; esto se debe a que el matrimonio es inmodificable por naturaleza, y el Derecho así lo acepta y lo reglamenta". (12)

Más adelante afirma: "Los contrayentes deben formular un escrito (artículo 98 del Código Civil), al que a acompañarán el acta de nacimiento, constancia de que presentan su consentimiento para el matrimonio, declaración de dos testigos mayores de edad, un certificado suscrito por médico titulado que asegure que los contrayentes están sanos, y el convenio que pretenden celebrar. En el lugar, día y hora señalados para la celebración del matrimonio, el artículo 102 del Código Civil, señala las solemnidades y obliga al juez a leer en voz alta la solicitud de matrimonio e interrogar a los testigos sobre la identidad de los pretendientes, y a éstos si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de

la sociedad". (13)

Concluye el autor en cita: "Las manifestaciones de la voluntad de los pretendientes forman consentimiento por existir el mismo contenido y finalidad en cada una de ellas; en cambio, la declaración que hace el juez del Registro Civil, tiene un contenido y un fin distintos. Simplemente exterioriza la voluntad del Estado para considerar a los contrayentes unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Por lo tanto, podemos afirmar que no existe un consentimiento entre los consortes y el citado juez del Registro Civil, pero sí cabe hablar de la concurrencia de tres voluntades sin las cuales el acto jurídico será inexistente". (14)

Ignacio Galindo Garfias, en su libro de Derecho Civil nos señala que las solemnidades que han de constar en el acta son las siguientes:

a) La expresión de la voluntad de los consortes de unirse en matrimonio en presencia del Juez del Registro Civil.

b) La declaración del Juez del Registro Civil en el sentido de declarar a los contrayentes unidos en matrimonio.

c) La existencia del acta en el libro del Registro Civil, así como los nombres y firmas de los contrayentes y del Juez del Registro Civil" (artículo 250 del Código Civil). (15)

Posteriormente se levantará el acta de matrimonio, la cual constará de los datos enunciados en el artículo 103 del Código Civil como son:

Las generales de los contrayentes y de sus padres, si tienen la mayoría de edad o no, en caso negativo, el consentimiento de sus padres, tutores o de las autoridades que deban suplirlos. La mención de que los contrayentes han declarado que es su voluntad unirse en matrimonio; que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó; la firma de los contrayentes y del Juez del Registro Civil y la constancia de que el Juez los declaró unidos en nombre de la ley y la sociedad.

Como señala Rojina Villegas en su libro "Derecho Civil Mexicano", otro elemento dentro del matrimonio es el del consentimiento, sin el cual el contrato de matrimonio sería inexistente. (16).

Dicho consentimiento se presenta en varios momentos en

el matrimonio y la ley claramente lo señala:

Artículo 97 del Código Civil, fracción III:

"Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellos que exprese:

III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este es el primer momento, en el cual los contrayentes presentan su voluntad para adquirir matrimonio.

En el momento de la celebración del matrimonio, se presenta otra vez el consentimiento al señalarlo así el artículo 102 del mismo ordenamiento: (párrafo segundo): "Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

Y por último, el consentimiento también queda manifestado de acuerdo a lo siguiente:

"Se levantará luego el acta de matrimonio en la cual se hará constar:

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".

El maestro Rojas Villegas en su obra: "Derecho Civil Mexicano", afirma que en el matrimonio existen propiamente tres manifestaciones de voluntad: la de la mujer, la del hombre y la del Juez del Registro Civil. Las dos primeras deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo los contrayentes en unirse en matrimonio, para que el Juez del Registro Civil exteriorice a su vez la voluntad del Estado al declararlos legalmente unidos en dicho matrimonio. (17)

El libre consentimiento de los contrayentes no puede ser suplido por el ordenamiento jurídico, ni por voluntad de los padres de los contrayentes; solo estos pueden expresar la voluntad libre que al coincidir con la del otro

contrayente crea, el vínculo matrimonial.

Este concepto se sustenta en la interpretación que brinda La Suprema Corte de Justicia de la Nación:

"CONTRATO INEXISTENTE".- Según el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, los contrayentes requieren para su existencia de:
 "I.- Consentimiento. II.- Objeto que pueda ser materia de contrato". De donde obviamente se deduce que que ambos elementos son esenciales en su configuración y que la falta de uno sólo de ellos dá lugar a su inexistencia. (18).

A su vez, el artículo 1794 se relaciona con el 2224, del mismo ordenamiento y que a la letra dice:

"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado".

Los contrayentes únicamente pueden celebrar matrimonio por su libre voluntad, nadie puede ser casado contra su voluntad puesto que dicho matrimonio sería inexistente por la falta de consentimiento.

Antonio de Ibarrola en su obra: "Derecho de Familia", señala varios de los requisitos que debe llenar el

consentimiento matrimonial:

a) Que debe provenir de personas jurídicamente capaces. Señala que no pueden otorgar su consentimiento los incapaces, ni los enfermos mentales en estado de inconsciencia, ni los hipnotizados, ni los embriagados, privados de sentido, ni aquellas personas entre las cuales existe algún impedimento.

b) El consentimiento matrimonial tiene que ser manifestado exteriormente, y aceptado por palabras o por signos. Si uno de los contrayentes permaneciere callado en el acto de la celebración del matrimonio, y si se limitare a conducirse pasivamente, será inválido el matrimonio si el consentimiento matrimonial no puede deducirse de otras circunstancias.

c) La declaración de matrimonio tiene que ser seria, por ambas partes, es decir, la voluntad sincera de casarse con la otra persona.

d) La declaración de voluntad habrá de ser meditada, libre, no coaccionada.

e) Tiene que ser ordenada a la esencia y contenido del

matrimonio. El contrato matrimonial tiene un contenido jurídicamente necesario del cual las partes nada pueden excluir. (19)

Para Alberto Pacheco Escobedo, dentro de su libro "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", "el consentimiento matrimonial debe versar sobre la persona del otro contrayente y sobre la materia de matrimonio; los cónyuges tiene que estar de acuerdo en casarse con una persona determinada y estar conformes en tratar de lograr conjuntamente los fines matrimoniales entregándose mutuamente el derecho sobre el propio cuerpo para realizar los actos de suyo propios para engendrar y poner los medios para alcanzar, según sus posibilidades, todos los fines naturales del matrimonio". (20)

Manuel Chávez Ascencio, a su vez, en su libro: "La Familia en el Derecho", manifiesta: "El consentimiento será de los dos, como personas que se entregan y aceptan; se dan y se reciben como personas, no es que se entreguen simplemente un derecho a algo -como se entendía antes- al cuerpo y al cuerpo orientado a procrear; son ellos los que como personas se dan y se reciben en orden a formar una comunidad íntima de vida y de amor". (21)

Del concepto expuesto, podemos afirmar que el autor no sólo nos dá una mera idea de lo que es el consentimiento dentro del matrimonio, sino de un consentimiento de dos personas que expresamente otorgan su voluntad no sólo intelectualmente sino como personas que además de pensar tienen un concepto moral de lo que es el ser humano y no lo utilizan como simples objetos.

Son personas que con responsabilidad se encaminan a constituir un matrimonio para formar una comunidad íntima de vida.

B) ALGUNAS DEFINICIONES DOCTRINARIAS DEL MATRIMONIO.

Autores como Antonio de Ibarrola en su libro: "Derecho de Familia", señalan

"El matrimonio procede de la palabra latina *matrimonium*, la cual se deriva a su vez, de las voces *matris munium*, que significa: "carga de la madre". (22)

Conforme a esta etimología, decían las decretales de Gregorio IX que:

"Para la madre del 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". (23).

Sara Montero Duhalt, en su obra: "Derecho de Familia", amplía este concepto al señalar que "a su vez la palabra "patrimonio" expresa carga del padre (patris numius)". (24)

Dice la autora que el significado de ambas palabras lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia: el padre y la madre. (25).

El padre, continúa la autora, que debe proveer al sustento del grupo familiar y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar. (26).

Esta autora, en su misma obra, ensaya un concepto de matrimonio:

"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".
(27).

Alberto Pacheco Escobedo, en su libro: "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", cita la definición dada por Modestino y señala que:

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio" ("Las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el derecho divino y humano").
(28)

También el mismo autor, detalla la de Justiniano en las Institutas:

"Nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene el propósito de vivir en comunidad indisoluble". (29).

El autor que cita los anteriores conceptos de matrimonio, manifiesta que desde aquellos tiempos, los juristas de la época clásica del derecho humano, entendían que el matrimonio es una institución jurídica.
(30).

De las definiciones doctrinarias del matrimonio existen muchas, pero en una concepción puramente legalista, Sara Montero Duhalt en "Derecho de Familia" nos proporciona la de algunos autores como son:

Baudrit Lacantineire: "Es el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley". (31).

En una concepción histórico-sociológica, cita a Vestemarch:

"Matrimonio es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitora". (32)

Y desde un punto de vista canónico cita la obra de P. Ferreres:

"Matrimonio es un sacramento de la nueva ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer, y para engendrar y educar pía y sanamente la prole". (33).

Diversa es la concepción del derecho canónico, que eleva al matrimonio a la dignidad de sacramento. Según la concepción canónica, es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia. Y como esta es indisoluble. El vínculo es creado por la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. (Ruggieero). (34).

C) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

Los derechos y obligaciones que se derivan del contrato de matrimonio, se encuentran contemplados en el Capítulo III, Artículos 1621 a 177 del Código Civil vigente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

"MATRIMONIO, INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL CUMPLIMIENTO FORZOSO INEXIGIBLE".- No obstante que los efectos que origina el matrimonio entre los cónyuges, como son la vida en común, el débito carnal, la fidelidad y la asistencia y 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 en 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 de éste". (35).

Basándonos en el concepto anterior, dado por la Suprema Corte de Justicia, podemos afirmar que los derechos y obligaciones más importantes que nacen del matrimonio son:

A) VIDA EN COMUN.-

El artículo 163 del Código Civil, señala:

"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal".

El vínculo jurídico por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, se impone a los consortes, porque como elemento esencial el estado del matrimonio hace posible en forma, el cumplimiento de los fines del matrimonio.

El cumplimiento de la obligación de la vida, en

común, es indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio.

Rafael Rojas Villegas, en su libro: "Derecho Civil Mexicano", dice que: "El derecho y la obligación correlativa de obtener y hacer vida en común en el matrimonio, se encuentran sancionados jurídicamente, pues cada cónyuge está autorizado para exigir jurídicamente, si fuese necesario, que se cumpla con ese estado jurídico. (36).

El incumplimiento de la obligación de la vida en común por uno de los cónyuges, da lugar a la disolución del vínculo matrimonial, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada (Artículo 267, Fracción VIII del Código Civil), o por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación (Artículo 267 Fracción XVIII del Código Civil).

Esa vida en común tiene que realizarse en el domicilio conyugal.

Según manifiesta Alberto Escobedo Pacheco en el libro: "La Familia en el Derecho Civil Mexicano",

antiguamente, el domicilio conyugal era señalado por el marido como una consecuencia de la obligación que éste tenía de mantener a la familia y de obtener los bienes necesarios para el desarrollo de la misma. (37).

Al suprimirse dicha obligación, del marido, se suprimió también el derecho que tenía para el señalamiento del domicilio conyugal. Y por tanto éste ahora deberá señalarse de común acuerdo según señala expresamente la reforma del Artículo 163 del Código Civil. (38).

El Código Civil señala que domicilio conyugal es el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad y consideraciones iguales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha contemplado el concepto de domicilio conyugal en varias sentencias:

DOMICILIO CONYUGAL, REQUISITOS DEL PARA EFECTOS DE LA INCORPORACION DE LA ESPOSA Y LOS HIJOS.- "Se entiende por domicilio conyugal, el lugar donde conviven los cónyuges y sus hijos disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones". (39)

DOMICILIO CONYUGAL, CONCEPTO DE.- El domicilio

conyugal es el hogar de mutuo acuerdo que establecen los cónyuges para vivir en común, formando un núcleo familiar independiente, en el que ambos gocen de la misma autoridad e iguales consideraciones para organizar su vida matrimonial en la forma que estimen más adecuada para cumplir con los fines del matrimonio, debiendo reunir aunque sea un mínimo de condiciones materiales que permitan tal objetivo en un ambiente de dignidad y decoro y de acuerdo a la situación socio-económica cultural en la que se desenvuelve la pareja, por lo que la vivienda debe contar cuando menos con el espacio estrictamente necesario para desempeñar las labores del hogar y con los servicios indispensables de los establecidos en la población en que se encuentre. (40).

El maestro Galindo Garfias, manifiesta que el concepto de domicilio conyugal lleva implícita la idea de que ha de quedar constituido en lugar separado de la casa en que habitaba uno de los consortes, en el seno de la familia de sus padres. (41).

Respecto a lo expuesto, hay una tésis de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que no configura domicilio conyugal, el domicilio de algún familiar o amigo de los cónyuges:

DOMICILIO CONYUGAL, REQUISITOS DEL PARA EFECTOS DE LA INCORPORACION DE LA ESPOSA Y LOS HIJOS.- "Por domicilio conyugal se entiende el lugar en donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones, ... por lo que, no basta tener constituido un domicilio conyugal y pretender la incorporación a él, de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que se debe establecer el hogar, la casa en que viven, sino que tienen que justificar que la misma es adecuada para hacer posible el

cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio lo que requiere, además de ciertas condiciones materiales como espacio, servicios, etc., la demostración de que es un domicilio propio y no de algún familiar o amigo de los consortes". (42)

B) DEBITO CARNAL.-

El artículo 162 del Código Civil en su segundo párrafo señala:

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. Por lo que toca al matrimonio, éste derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Manuel Chávez Ascencio en su obra "La Familia en el Derecho", expresa que dentro del amor conyugal está la parte de la relación sexual que es característica del matrimonio y no se encuentra en otra comunidad humana.

(43).

Sigue señalando el autor:

"El amor conyugal comprende, tanto el aspecto de la relación sexual como la relación espiritual, y para dar satisfacción a esta relación corporal, está el débito conyugal que un cónyuge debe a otro en forma recíproca.

(44).

Hace notar el autor que el incumplimiento del débito conyugal, puede acarrear como sanción el divorcio, al configurarse una injuria grave. Pero se estima que no puede haber medio de apremio para el cumplimiento de tan íntimo deber, por lo que corresponde a la moral en las relaciones conyugales decidir y resolver. (45).

Por otro lado, Alberto Pacheco, en su libro "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", afirma que el derecho recíproco para engendrar es un derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge, es un derecho recíproco y bilateral: ambos son deudores y ambos son acreedores y por tanto, cualquiera de ellos durante el matrimonio, tiene derecho sobre el otro cónyuge.

Es un derecho además, dice el autor, que sólo puede ejercerse en orden a los actos de suyo aptos para engendrar y educar a la prole, aunque de hecho no se engendre. No podrá por tanto, exigirse ese derecho, cuando vaya en perjuicio de la prole misma. (46).

La Suprema Corte de Justicia sustenta:

DIVORCIO, ABSTENCION DEL DEBER CONYUGAL COMO CAUSAL INOPERANTE DE.- "La abstención del débito carnal no es una causa de divorcio, a menos que se realice en condiciones injuriosas;

por lo cual el Juez de los autos debe apreciar las circunstancias en las que ha tenido lugar la abstención del marido o la negativa de la mujer, porque si se debió a defectos físicos, a enfermedad o a un acuerdo celebrado entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio; pero si al contrario, obedece a un desprecio ofensivo de uno de los cónyuges para el otro, existe una injuria suficiente para considerar fundada la acción. Cuando tal negativa por parte de la mujer, obedece al deseo de no morir para cuidar a los hijos procreados, esto no constituye una injuria para el marido y, por lo mismo, no basta para hacer procedente la acción de divorcio". (47)

C) FIDELIDAD

Al celebrarse el contrato mismo de matrimonio, queda implícita la obligación recíproca para cada uno de los cónyuges de guardarse fidelidad.

Esta situación se deriva de dos aspectos, el primero, porque en nuestra legislación mexicana únicamente se contempla el matrimonio monogámico.

El matrimonio es la unión de un solo hombre y una sola mujer.

El segundo, lo encontramos en las causales de divorcio.

El artículo 267 del Código Civil, a la letra dice:

"Son causas de divorcio".

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

El adulterio se encuentra sancionado tanto en la ley civil como en la ley penal, al contemplarlo en artículo 273.

Existe un criterio de la Suprema Corte de Justicia al señalar:

DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, para la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de infidelidad del cónyuge culpable. (48).

DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y la persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, por éste sólo puede subsistir para el legislador, mediante una vida común, basada en la fidelidad de los esposos. (49).

Algunos autores doctrinarios le dan un doble significado a la fidelidad dentro del matrimonio, al considerarla no solamente en el aspecto jurídico, sino también en el aspecto moral. Como algunos ejemplos de ellos, podemos mencionar a Manuel Chávez Ascencio, el cual dice:

"La fidelidad nace del matrimonio y comprende no sólo actos de no hacer relativos a abstenerse de relaciones génito sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial al cumplimiento de la promesa dada y al compromiso diario y permanente entre los cónyuges; comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de vida. (50)

La fidelidad, sigue apuntando el autor, "es un deber que se da en igualdad, complementario y se exige como recíproco; es intransmisible, intransigible e irrenunciable". (51).

Continúa el autor: "El Derecho también comprende el aspecto estrictamente espiritual del problema, ya que sanciona la violación del deber de fidelidad, que se traduce en aquellos actos que moralmente demuestran que un cónyuge no guarda al otro consideraciones debidas conforme

a las buenas costumbres". (52).

De esta misma forma, Galindo Garfias señala a la fidelidad:

"En el deber de fidelidad impuesto jurídicamente a los consortes, encontramos efectivamente principios de orden ético: preservar la moralidad del grupo familiar; del orden social: proteger la familia monogámica; y también de orden religioso en cuanto que el cristianismo en este aspecto como la religión mosaica, funda la familia en la constitución de una pareja formada por un sólo hombre y una sola mujer". (53).

Rafael Rojas Villegas, también le da ese carácter moral a la fidelidad:

"Por lo que se refiere al matrimonio, es evidente que el principal control en el deber de la fidelidad debe buscarse no en preceptos jurídicos consagrados expresamente en un Código, sino en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en una sociedad.

Aquí tenemos oportunidad de comprobar la

intervención de la moral en el Derecho". (54).

Sigue manifestando el autor: "Si el derecho tomara solo en cuenta el deber de la fidelidad en su aspecto externo, sancionaría exclusivamente aquellos actos que como el adulterio implican una violación manifiesta, independientemente de la intención misma del cónyuge y de la obligación moral y jurídica de mantener la fidelidad". (55).

Desde mi punto de vista, el legislador al sancionar la fidelidad, no lo hizo por tratarse de una cuestión moral y mucho menos de una cuestión religiosa.

Simplemente, el matrimonio deriva después en una familia que es la base fundamental de la sociedad, y las normas jurídicas deben proteger esa unión, para que ésta no desmerezca en otras uniones, afectando así a la familia.

La infidelidad debe ser entendida, no puramente en el aspecto sexual sino en situaciones que vayan más allá de la amistad, en relación con personas fuera del matrimonio.

D) ASISTENCIA Y AYUDA MUTUA.-

Con respecto a la asistencia y ayuda mutua, esta obligación se encuentra inmersa en el artículo 147 del Código Civil:

"Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

El artículo 164, del mismo ordenamiento lo consagra:

"Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio que acuerden para ese efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá integralmente a esos gastos.

Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar".

La Suprema Corte de Justicia ha manifestado lo siguiente:

ALIMENTOS ENTRE LOS CONYUGES.- Siendo la regla general, en cuanto a alimentos de los cónyuges se refiera, la contenida en la primera parte del artículo 164 del Código Civil, en el sentido de que el marido debe darle alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, en concluyente que

cuando la mujer demanda el pago de tales alimentos, el marido incumbe la obligación de probar que aquellos no los necesita, bien porque tenga bienes propios o bien porque desempeñe algún trabajo o ejerza alguna profesión, oficio o comercio, ya que dejar la carga de esta prueba a la actora sería tanto como obligarla a probar los hechos negativos, o sea, que carece de empleo, de bienes y en general de toda fuente de ingresos, la cual es sencillamente ilógico y antijurídico. (56).

En cuanto a la obligación que tiene el marido de proporcionarle alimentos a su esposa, existe otro criterio de la corte:

ALIMENTOS, OBLIGACION DE LA MUJER, INTERPRETACION DEL ARTICULO 164 REFORMADO DEL CODIGO CIVIL.- Aunque el Código Civil en su artículo 164, reformado por decreto publicado el 31 de diciembre de 1974, acorde con el principio constitucional de igualdad entre el varón y la mujer, establece la regla de que ambos cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, tal disposición debe interpretarse en el sentido de que la mujer sólo está obligada a contribución monetaria cuando se comprueba que obtiene remuneración por su trabajo o ingresos de sus bienes; de no ser así, existe la presunción de que necesitan alimentos por ser un hecho notorio que dentro de la familia mexicana actual, es ella la que se encarga del hogar y del cuidado de los hijos, mientras que el varón es el que trabaja para allegar los medios económicos. (57)

Alberto Pacheco Escobedo, en su libro: "La Familia en el Derecho Civil, ordena que según el artículo 164 del Código Civil, ambos cónyuges pueden trabajar fuera del hogar conyugal, sin que la mujer necesite ningún tipo de autorización por parte de su marido. Esto lleva a la

consecuencia, de que la mujer puede trabajar fuera del hogar, y debe también contribuir a los gastos del hogar. (58).

Es relevante la postura que presenta Sara Montero Duhalt, en su libro "Derecho de Familia", al señalar que:

"Tanto la redacción del actual artículo 164, como del derogado, desconocen, o más bien niegan, el valor económico que representa la dirección y cuidado de los trabajos del hogar. Quizá una de las causas históricas determinantes de la situación de la inferioridad femenina frente al varón se deba a haberle negado secularmente valor económico al trabajo tradicional de la ~~mujer~~: la crianza y cuidado de los hijos, y los infinitos e interminables trabajos del hogar". (59).

Continúa la ~~mujer~~ autora:

"La redacción actual del artículo 164 debió incluir la expresión de que el cónyuge que desempeñe los trabajos del hogar y el cuidado de los hijos (casi siempre la esposa), está contribuyendo económicamente al sostenimiento del hogar con el desempeño de sus tareas, sin que desde luego, se establezca que esa es su tarea

forzosa, sino producto del acuerdo con su cónyuge. (60)

Mientras se le siga negando valoración económica a los trabajos mencionados, persistirá la situación de inferioridad de quien las lleve a cabo, por muy cotidianos, indispensables e imprescindibles que los mismos sean". (61).

D) EL DELITO DE VIOLACION DENTRO DEL VINCULO MATRIMONIAL.-

Dentro de este inciso, vamos a señalar algunas de las opiniones de los tratadistas sobre el problema de si existe la violación entre conyuges.

Empezaré con la opinión del tratadista Francisco Gonzalez de la Vega, quien en su obra: "Derecho Penal Mexicano", nos dice:

"No obstante que reconocemos el palmario derecho al fornicio matrimonial, estimamos que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente cierto que ésta es una causa de justificación de la conducta o de eliminación de lo injusto; pero como los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la eximente, se hace

necesaria la valoración jurídica de las acciones efectuadas por el sujeto al exigir o imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de "abuso del derecho". La cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es lícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos (artículo 17 de la Constitución). Proclamar el derecho marital a la cópula aún por medios violentos no consentidos por la esposa, nos parece resabio bárbaro o de tipo medieval". (62)

"Pero aún suponiendo que, por el ejercicio de un derecho, el marido forzador de la negativa de su mujer para el concóbito no fuera responsable del delito de violación, de todas maneras su conducta sería punible por las infracciones penales que la violencia en sí misma integre (amenazas, golpes, lesiones, homicidio, etc). Además, civilmente quedará expuesto a las acciones y sanciones privadas de divorcio y sus consecuencias legales por las sevicias, amenazas o injurias graves que sus procedimientos de violencias entrañen y por haber cometido en la persona del otro cónyuge un acto (la cópula sin voluntad de éste y por medio de la violencia) que sería punible si se tratara de persona extraña (fracs. XI y XIV

del art. 267 del Código Civil)." (63)

"Si se aceptara la supuesta juridicidad de la cópula material impuesta por la fuerza, al menos tendría que reconocerse que la justificación no podría cubrir los casos en que se forzase a la esposa a ayuntamientos ilícitos, contrarios a los fines del matrimonio o en sí mismos delictuosos, tales como: el forzamiento contra el orden natural (ilícito por contrario al objeto del matrimonio y a las buenas costumbres), o cuando el marido violentador esté enfermo de males venéreos o de dolencias serias en período infectante (por el peligro de contagio que sería constitutivo del delito), o en forma de exhibicionismo obsceno (por ser delictuoso de acuerdo con el artículo 200 del Código Penal)". (64)

Por su parte Mariano Jiménez Huerta, en su obra: "Derecho Penal Mexicano". Tomo III, afirma:

"El problema de la violación entre cónyuges ha de centrarse y resolverse sobre la base del consentimiento, igual que acontece en todas las demás hipótesis típicas que en torno a este delito puedan imaginarse, sin que exista razón alguna para entronizar al respecto reglas o normas de excepción. El error en que incide la opinión

dominante mece su cuna en la creencia falsa, de que la mujer el contraer matrimonio hipoteca al marido su libertad sexual y se constituye en su sierva, confundiendo lamentablemente el deber jurídico de fidelidad de la esposa y la libertad sexual de la misma. No hay discusión respecto a que en virtud del matrimonio la mujer contrae un inquebrantable deber de fidelidad para con su esposo; pero tampoco existe margen a la duda de que la mujer no se convierte por el matrimonio en sierva o esclava del marido, obligada en todo momento a soportar sus desfogues sexuales, sin que se tenga en cuenta su voluntad determinada por su estado de ánimo o espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica. El consentimiento que la mujer presta al contraer matrimonio para cohabitar con su marido, no es un consentimiento férreo, absoluto, rígido y sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento o el instante, sino un consentimiento para la elección de esposo para la unión matrimonial que no la priva de su libertad sexual frente al marido, de acceder a la copulación en los verdes y gratos momentos y de negarse a ella en sus días grises y en sus lunas bermejas y pálidas en que su cuerpo o ánimo no lo desea o gusta. Y esta interpretación es valedera no solamente para las concepciones jurídicas y legislativas que laicamente ven en el matrimonio un contrato civil, sino también para las

que ascépticamente se inspiran en los más ortodoxos principios católicos, pues no en balde se escucha de consumo el siguiente adagio en la liturgia eclesiástica: "Esposa te doy y no sierva". Resulta, pues, que si el marido ejerce la violencia física o moral sobre su esposa para lograr la cópula, atenta su libertad e incide en el delito de examen, pues también cada copulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito. Vencer por la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado, es incidir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual. De este vital y diariamente renovado interés jurídico el matrimonio no puede despojarla, por el mismo linaje de razones que no la priva de ningún otro perfil de su siempre renovada libertad individual y de su genuina dignidad inherente a su rango de persona humana". (65)

El maestro Celestino Porte Petit, en su "Ensayo Dogmático sobre el delito de violación", nos dice:

"El conyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, por medio de la

violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia, no le puede amparar una causa de licitud, habida cuenta que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuricidad, debe ser un ejercicio legítimo. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando lo ha ejercitado indebidamente, originándose o debiéndose originar en todo caso un diverso ilícito penal; en otros términos, a virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual por parte de aquéllos y, consiguientemente, cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación". (56)

El autor en su misma obra dice: "Nuestros Tribunales han establecido:

"El Código Civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa, como una obligación de los contrayentes, la sexual; pero siendo uno de los fines del

matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando, por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal aquellas en que intervenga el uso de anticonceptivos y las cópulas con enfermos que padecen males transmisibles, porque estos ayuntamientos serían ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aun en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta existirá el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia".

(67)

En cuanto a la cópula ilícita efectuada entre los cónyuges, dice el autor: "Da lugar a la existencia de la violación, porque en esta hipótesis no hay el ejercicio de un derecho, pues el derecho se tiene con relación a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud, originándose, por tanto, si se realiza la cópula ilícita por medio de la violencia, el delito de violación, o sea, que se lesiona el bien jurídico de la libertad sexual, habida cuenta que la mujer tiene,

tratándose de cópula ilícita, plena libertad sexual". (68)

Marcela Martínez Roaro, en su libro "Delitos Sexuales" opina:

"La cópula obtenida por medios violentos, tipifica el delito de violación, sea dentro de matrimonio, del concubinato, del amasiato e incluso de la prostitución". (69)

Dentro de los autores civilistas, podemos dar la opinión de:

Alberto Pacheco E., quien en su libro "La Familia en el Derecho Civil Mexicano", nos dice al respecto:

"El delito de violación entre cónyuges no existe en situación normal. Sólo existirá delito de violación, cuando uno de los cónyuges pretenda realizar el acto carnal en público, faltando a la moral, en detrimento de la prole o en situaciones similares en las cuales ya no se puede decir que esté ejercitando un derecho, sino que estaría excediéndose en el ejercicio del mismo". (70)

"La negación del derecho recíproco, prácticamente

igualaría al matrimonio con el concubinato, ya que la concubina que se niega a acceder a los soluciones o deseos del concubinario, está realizando un acto legítimo pues no tiene ninguna obligación jurídica en relación con el concubinario. No así la esposa, la cual libremente en el matrimonio ha concedido ese derecho a su cónyuge y eso es uno de los efectos importantes de vínculo conyugal. Además, es necesario hacer notar que la finalidad del derecho recíproco es engendrar, o sea no debe obstaculizarse artificialmente la posibilidad de engendrar. Cerrar artificialmente esa posibilidad estaría prácticamente igualando al matrimonio con la prostitución en la cual exclusivamente se trata de satisfacer deseos o instintos sexuales sin importar nada la prole, o tratando expresamente de evitarla". (71)

"El contenido del vínculo matrimonial es otorgar al otro cónyuge y recíprocamente el derecho sobre el propio cuerpo en orden a los actos de suyo propios para engendrar. Si ya se otorgó ese derecho al otro cónyuge, no es necesario ningún acuerdo para realizar el acto conyugal y por tanto para engendrar o dejar de engendrar. Si necesitan ponerse de acuerdo los cónyuges para realizar el acto conyugal, ya no estamos en presencia de un matrimonio sino de un concubinato. Los concubinos si

necesitan ponerse de acuerdo, ya que no se han otorgado ningún derecho". (72)

"No debe entenderse con esto que el derecho al débito conyugal puede ejercerse en forma brutal o arbitraria, sino al modo humano, pues el cónyuge no es una cosa ni un siervo y siempre en forma responsable, para el bien de la prole y de la familia, ejercitando una verdadera paternidad responsable, pero no podemos olvidar que el matrimonio, como vínculo jurídico que es, produce derechos y obligaciones". (73)

E) OPINION PERSONAL.-

Dentro de este inciso voy a dar mi opinión respecto a cada uno de los autores antes citados:

Con lo que respecta a lo expuesto por Francisco González de la Vega, estoy de acuerdo con el tratadista en cuanto a que la cópula en sí misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio es lícita, ya que uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie y cuando se trate de llegar a ese objeto la cópula será lícita.

Cuando señala que la cópula impuesta violentamente sea delito de violación, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar sus derechos, afirmo que al realizar la cópula con violencia, se está ejercitando un derecho y no existe el delito de violación ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando la ha ejercitado indebidamente originándose entonces un diverso ilícito penal, como el mismo autor lo manifiesta, pues su conducta sería punible por las infracciones penales que la violencia en sí misma integra (amenazas, golpes, lesiones, etc.), quedando expuesto a las sanciones impuestas por el Derecho Civil.

Es correcto, es delito de violación el forzar a la esposa a ayuntamientos ilícitos contrarios a los fines del matrimonio o cuando el forzamiento sea contra el orden natural por ser contrario al objeto del matrimonio, no a las buenas costumbres, al salir del ejercicio de derecho civil del matrimonio del ayuntamiento carnal de los esposos.

Respecto a lo expuesto por el maestro Mariano Jiménez Huerta, puedo decir, que para este autor, como ya mencioné, la mujer no se convierte por el matrimonio en sierva o esclava del marido, obligada en todo momento a

soportar sus desfogues sexuales, sin que se tenga en cuenta su voluntad determinada por su estado de ánimo o espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica.

Difiero de ello, en virtud de que al contraer matrimonio, ambos adquieren la obligación del débito carnal y la mujer no se convierte en esclava o sierva, sino que mientras exista la cópula normal con el fin de perpetuar la especie, el marido tiene la facultad de ejercitar su derecho, sin ser desfogues como lo afirma el autor.

La mujer podrá tener libertad de elección sexual, únicamente cuando se trate de cópulas anormales o cuando se use anticonceptivos.

Además, los principios católicos nada tienen que ver con el derecho.

Si el marido ejerce la violencia física o moral sobre su esposa para lograr la cópula, no atenta contra su libertad ni incide en el delito de violación, ni tampoco es cierto que cada copulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un

consentimiento expreso o tácito, ya sea como he mencionado al tratarse de la cópula normal cuyo fin sea la perpetuación de la especie, el hombre está ejerciendo su derecho y la mujer tiene que cumplir con su obligación y viceversa.

Refiriendome al tratadista Celetino Porte Petit, coincido con el autor, cuando expresa que no es delito de violación las cópulas normales cuya finalidad sea procreativa. Igual, cuando dice que es delito de violación entre cónyuges las cópulas de carácter anormal y las que se realicen con uso de anticonceptivos.

Es falsa la afirmación del autor que sea delito de violación la cópula con enfermos que padecen males transmisibles pues el débito carnal de los cónyuges se suspende por mandato de juez o mediante el divorcio.

Las enfermedades contagiosas son causales de divorcio en tanto no se hagan valer no inciden en el matrimonio ni disminuyen los derechos y obligaciones de los conyuges.

El Derecho Civil del ayuntamiento carnal, faculta y obliga a los conyuges al ejercicio de tales actos.

Es un derecho en la ley civil que le quita la categoría del delito de violación a las cópulas normales realizadas por los esposos.

Es equivocado el planteamiento del autor, en el sentido de que la cópula realizada con violencia física o moral es ilícita por no estar amparada por una causa de licitud, puesto que en términos de los artículos 14 y 16 Constitucionales el Derecho Civil del matrimonio proscribido del Derecho Penal los actos copulatorios de los esposos como Delito de Violación. Esto es, no son cópulas ilícitas por haberse realizado con violencia es el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones donde la violencia podrá constituir un delito en sí y por sí pero no el delito de violación.

Refiriéndose al maestro Mariano Jiménez Huerta, para este autor, como ya mencioné, la mujer no se convierte por el matrimonio en sierva o esclava del marido, obligada en todo momento a soportar sus desfogues sexuales, sin que se tenga en cuenta su voluntad determinada por su estado de ánimo o espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica.

Difiero de ello, en virtud de que al contraer

matrimonio, ambos adquieren la obligación del débito carnal y la mujer no se convierte en esclava o sierva, sino que mientras exista una cópula normal con el fin de perpetuar la especie, el marido tiene la facultad de ejercitar su derecho, sin ser desfuegos sexuales como lo afirma el autor.

La mujer podrá tener libertad de elección sexual, únicamente cuando se trate de cópulas anormales, o cuando se use anticonceptivos.

Además los principios católicos nada tiene que ver con el derecho.

Si el marido ejerce la violencia física o moral sobre su esposa para lograr la cópula, no atenta contra su libertad ni incide en el delito de violación, ni tampoco es cierto que cada cópulación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito, ya que como he mencionado al tratarse de la cópula normal cuyo fin sea la perpetuación de la especie, el hombre está ejerciendo su derecho y la mujer tiene que cumplir con su obligación y viceversa.

Por lo que respecta a la tratadista Marcela Martínez Roaro, difiero de la opinión de la autora en cuanto a que la cópula obtenida por medios violentos, tipifique el delito de violación, sea dentro del matrimonio, del amasio o de la prostitución, ya que como he expuesto, dentro del matrimonio, la cópula obtenida por medios violentos, mientras se trate de una cópula normal que tenga como fin la perpetuación de la especie, será lícita y la violencia dará lugar a sanciones diversas según tipifique tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Civil.

Tratándose fuera del matrimonio, la cópula impuesta por medio violentos es delito de violación.

Y por último, refiriéndome al autor Alberto Pacheco Escobedo, puedo señalar que éste nos habla de moral cuando no tiene nada que ver la moral con el Derecho. El Derecho en la ley Constitucional.

Es falso que, habrá violación, cuando uno de los cónyuges pretenda realizar el acto carnal en público, faltando a la moral, en detrimento de la prole o en situaciones similares.

Es delito de violación cuando la cópula sea anormal

o se usen anticonceptivos. Y se obtenga la cópula con violencia física o moral.

El autor iguala al matrimonio con el concubinato y es una de equivocación. Entre concubinos, la cópula con violencia es delito.

El autor compara al matrimonio con la prostitución al decir que se trata de satisfacer deseos o instintos sexuales. Esta en error pues los actos del débito carnal en el matrimonio son derechos y obligaciones de los cónyuges.

La prostitución son actos infracciones, por estar proscritos por el artículo 20. del Reglamento de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal

CONCLUSIONES

1. En México, los artículos 14 y 16 Constitucionales establecen que la fuente como nacen los derechos y obligaciones entre gobernantes y gobernados es la Ley. Nuestro sistema jurídico es legalista.
2. El Derecho Penal es la ley con validez Constitucional que consagra figuras jurídicas de esta naturaleza.
3. El delito es la conducta que tiene esa categoría en ley con validez Constitucional.
4. El Derecho Civil del matrimonio establece como facultad y obligación de los cónyuges los ayuntamientos carnales que tengan como fin la perpetuación de la especie.
5. Es delito de violación entre los cónyuges los actos copulatorios con violencia física o moral realizados en vías anormales y con medios que impidan la concepción de hijos, porque salen del

ejercicio del Derecho Civil del ayuntamiento carnal.

6. La razón Constitucional se encuentra en la calidad de la ley de la fuente de derechos y obligaciones al establecer la ley el Derecho Civil, su ejercicio está proscrito en nuestro régimen jurídico como delito.

Con independencia de los planteamientos formulados en estricto derecho, en el plano de la teoría de los valores, esto es, observando el Derecho no como es, en nuestra realidad jurídica, en la forma como lo consagra la Ley, sino bajo los supuestos de un deber ser considero:

Que por los trastornos emocionales que causa a los cónyuges y a los hijos de ese matrimonio, el que se realicen actos copulatorios con violencia, debe de crearse una figura delictiva nueva sin que sea delito de violación, que prohíba tales actos entre los esposos y los sancione con una grave responsabilidad penal a quien sea su autor. Ello producirá estabilidad en la familia que es la institución base en nuestro estado de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS DEL CAPITULO IV

(1) De Ibarrola Antonio.- "Derecho de Familia".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México, 1984.- Pág. 151.

(2) Idem

(3) Idem

(4) Idem

(5) Idem

(6) Reyes Viuda de Hinojosa Virginia.- Pág. 38.- Sala Auxiliar del Primero de Julio de 1964.- 4 votos.- Tomo LXXI.

(7) Amparo Directo: 5055/57.- Antonio Munniti Merlo.- Febrero 27 de 1959.- Unanimidad 4 votos.- Ponente: Ministro Manuel Rivera Silva.- Tercera Sala.- Sexta Epoca.- Volumen XX.- Cuarta Parte.- Pág. 158.

(8) Rojas Villegas Rafael.- Derecho de Familia.- Editorial Porrúa.- Volumen I.- Pág. 267.

(9) Amparo Directo 2313/67.- Francisco Ortiz Castillo Balcazar.- 2 de diciembre de 1970.- Mayoría 4 votos.- Ponente: Rafael Rojina Villegas.- Disidente: Ernesto Solís López.- Séptima Época.- Volumen XXIV.- Cuarta Parte.- Pág. 35

(10) Rojina Villegas Rafael.- Derecho de Familia.- Volumen I.- Editorial Porrúa.- Pág. 267

(11) Ob. Cit. Pág. 265

(12) Idem

(13) Idem

(14) Ob. Cit. Pág. 237

(15) Galindo Garfias Ignacio.- Derecho Civil.- Editorial Porrúa.- Novena Edición.- México 1989.- Pág. 491

(16) Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil.- Editorial Porrúa.- Tomo II.- Séptima Edición.- Pág.

(17) Ob. Cit. Pág. 235

(18) Amparo Directo 1865/1976.- Samuel Zenteno Ruiz.- 30 de septiembre de 1977.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Carlos A. González Zárate.- Informe 1977.- Tercera Sala.

(19) De Ibarrola Antonio.- Derecho de Familia.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México, 1984.- Págs. 197-198.

(20) Pacheco Escobedo Alberto.- La Familia en el Derecho Civil Mexicano.- Editorial Panorama.- Segunda Edición.- México, 1985.- Pág. 103.

(21) Chávez Asencio Manuel.- La Familia en el Derecho.- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México, 1985.- Pág. 88

(22) De Ibarrola Antonio.- Derecho de Familia.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- Pág. 155.

(23) Idem

(24) Montero Dubalt Sara.- Derecho de Familia.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1987.- Pág. 95

(25) Idem

(26) Idem

(27) Ob. Cit. Pág. 97

(28) Pacheco Escobedo Alberto.- La Familia en el Derecho Civil Mexicano.- Editorial Panorama.- Segunda Edición.- México 1985.- Pág. 59

(29) Idem

(30) Idem

(31) Montero Dubalt Sara.- Derecho de Familia.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México, 1987.- Pág. 96

(32) Idem

(33) Idem

(34) Idem

(35) Amparo Directo 977/81.- Carlos Posada Amador.- 21 de Abril de 1982.- Unanimidad de 4 votos.- Poniente: J. Ramón Palacios Vargas.- Tercera Sala.- Séptima Época.- Volumen Semestral 157-162.- Cuarta Parte.- Pág. 93.- Tercera Sala

Informe 1982.- Segunda Parte.- Tesis 54.- Pág'. 72

(36) Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- Editorial Porrúa.- Séptima Edición.- México 1987.- Pág. 313.

(37) Pacheco Escobedo Alberto.- La Familia en el Derecho Civil Mexicano.- Editorial Panorama.- Segunda Edición.- México 1985.- Pág. 119.

(38) Idem

(39) Amparo Directo 2762/1972.- Teófilo Montero Aguilar. Enero 21, 1972. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Maestro Rafael Rojina Villegas. Tercera Sala. Séptima Epoca. Volumen II. Cuarta Parte. Pág. 34. Tercera Sala. Boletín No. 1. Al Semanario Judicial de la Federación, pág. 61.- Tercera Sala. Informe 1974, segunda parte, pág. 34.

(40) Amparo Directo 1385/77.- Candelario Barrón Nata.- 30 de octubre de 1978.- Unanimidad 4 votos.- Ponente: Gloria León Orantes.- Secretario: Leonel Castillo González.- Informe 1978.- Sala Auxiliar Número 12.- Pág. 15 (citado por Obregón Heredia Jorge.- Código Civil Concordado.- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México 1988.- Pág. 40

- (41) Galindo Garfias Ignacio.- Derecho Civil.- Editorial Porrúa.- Novena Edición.- México 1989.- Pág. 548.
- (42) Informe rendido por el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al pleno del Tribunal.- 1980.- Número 38.- Pág. 42 Amparo Directo 1397/75.- (citado por Montero Dubalt Sara.- Derecho de Familia.0 Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1987.- Pág. 141.
- (43) Chávez Asencio Manuel.- La Familia en el Derecho.- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México, 1985.- Pág. 145.
- (44) Idem
- (45) Idem
- (46) Pacheco Escobedo Alberto.- La Familia en el Derecho Civil Mexicano.- Editorial Panorama.- Segunda Edición.- México, 1985.- Pág. 116.
- (47) Amparo Directo 2576/1971.- Tercera Sala.- Séptima Epoca.- Volumen 71.- Cuarta Parte.- Pág. 25.- Tercera Sala.- Boletín 11 y 12.- Al Semanario Judicial de la Federación.- Pág. 52.- Tercera Sala.- Informe.- 1974.-

Segunda Parte.- Pág. 28.

(48) Quinta Epoca.- Tomo CII.- Pág. 695.- Amparo Directo 414/54.- Díaz Candelaria.- Mayoría 4 votos. Sexta Epoca.- Cuarta Parte: Volumen XIV. Pág. 9 Amparo Directo 7803/58. María Cristina de Borbón de Patiño. Mayoría de 4 votos. Volumen XXXIII. Pág. 69. Amparo Directo 2181/59. Jesús Alcántara. 5 votos. Volumen LII. Pág. 10 Amparo Directo 7226/60. Antonio Verde Barrón. 5 votos. Apéndice de Jurisprudencia. de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Pág. 490. (Citado por: Obregón Heredia Jorge.- Código Civil Concordado.- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México, 1988. Pág. 62.

(49) Quinta Epoca.- Tomo CXXVII. Pág. 809. Amparo Directo 5152/55. Rufino Fernández Ocaña. Mayoría 3 votos. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Pág. 64

(50) Chávez Asencio Manuel.- La Familia en el Derecho.- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México, 1985.- Pág. 145.

(51) Idem

(52) Ob. Cit. Pág. 146

(53) Galindo Garfias Ignacio.- Derecho Civil.- Novena Edición.- México, 1989.- Pág. 549.

(54) Rojas Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- Editorial Porrúa.- Tomo 11.- Séptima Edición.- México, 1987.- Pág. 316.

(55) Idem

(56) Quinta Epoca: Suplemento 1956.- Pág. 52. Amparo Directo 1310/52.- Genaro Palacios Dueñas. 5 votos. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación.- Cuarta Parte.- Tercera Sala. Pág. 36.- Citado Por: Obregón Heredia Jorge.- Código Civil Concordado.- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México, 1988.- Pág. 42.

(57) Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito. Amparo Directo. 1440/80.- Victor Roberto Lazaré Cruz. 29 de enero de 1981. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Corrales González.- Secretaria: Silvia

Marinella Covián Ramírez.- Informe 1981. Tercera Parte.-
Tribunales Colegiados. Pág. 143.- Ob. Cit. Pág. 44.

(58) Pacheco Escobedo Alberto.- La Familia en el Derecho
Civil Mexicano.- Editorial Panorama.- Segunda Edición.-
México 1985. Pág. 121.

(59) Montero Duhalt Sara.- Derecho de Familia.- Editorial
Porrúa. Tercera Edición.- México, 1987.- Pág. 142.

(60) Ob. Cit. Págs. 142-143

(61) Ob. Cit. Pág. 143

(62) González de la Vega Francisco.- Derecho Penal
Mexicano.- Editorial Porrúa.- Décimo Sexta Edición.-
Págs. 400 y 401.

(63) Ob. Cit. Pág. 401

(64) Idem

(65) Jiménez Huerta Mariano.- Derecho Penal Mexicano.-
Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1978.-
Págs. 272 y 273.

(66) Porte Petit Candaudap Celestino.- Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación.- Editorial Porrúa.- Cuarta Edición.- México 1985.- Pág. 56.

(67) Ob. Cit. Págs. 56-57.

(68) Ob. Cit. Pág. 58

(69) Martínez Roaro Marcela.- Delitos Sexuales.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- Pág. 245.

(70) Pacheco Escobedo Alberto.- La Familia en el Derecho Civil Mexicano.- Editorial Panorama.- Segunda Edición.- México 1985.- Pág. 85

(71) Idem

(72) Idem

(73) Idem

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

"LEYES CONSULTADAS"

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

"JURISPRUDENCIAS CONSULTADAS"

Jurisprudencia 78.- Apéndice 1917-1965.- Quinta Epoca,
Sexta Parte.

Jurisprudencia Visible en el Apéndice 1975.- Tercera
Parte, Segunda Sala, Tesis 514.

Semanario Judicial de la Federación, XXV, pp. 1133/1134
Quinta Epoca.

Semanario Judicial del Federación, XLIII, p. 95 Sexta
Epoca, Segunda Parte.

Jurisprudencia 1917-1965 y Tesis Sobresalientes 1955-1965.-
Actualización I Civil, Tercera Sala.

OBRA CONSULTADA

Ocorio y Nieto César Augusto.- "Síntesis de Derecho Penal".- Parte General.- Segunda Edición.- Editorial Trillas.- México 1986.

Pérez Abreu Juan.- Apuntes de clase.

Azuara Pérez Leandro.- "Sociología".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1979.

Márquez Piñero Rafael.- "Derecho Penal".- Parte General.- Editorial Trillas.- Primera Edición.- México 1986.

Mancilla Ovando Jorge Alberto.- "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal: Estudio Constitucional del Proceso Penal".- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México 1988.

Arriola Juan Federico.- "La Pena de Muerte en México".- Editorial Trillas.- Primera Edición.- México 1989.

Carrancá y Trujillo Raúl.- "Derecho Penal Mexicano".-
Parte General .- Editorial Porrúa.- Décimo Segunda
Edición.- México 1977.

Mancilla Ovando Jorge Alberto.- "Teoría Legalista del
Delito": Propuesta Método de Estudio.- Editorial Porrúa.-
Primera Edición.- México 1989.

Ortiz Cardín Miguel Ángel.- "Tesis con opción a título
de Licenciado en Derecho: "Reformas a los artículos 306
del Código de Defensa Social del Estado de Yucatán y 203
del Código Penal de Quintana Roo.

Tordjman Gilbert.- Cohen Jean.- Nathan Jacqueline.-
"Realidades y Problemas de la Vida Sexual: De la
Fisiología a la Psicología".- Tomo adultos.- Editorial
Argos Vergara.- Sexta Edición.- Marzo 1980.

Marchlori Hilda.- "Personalidad del Delincuente".-
Editorial Porrúa.- México 1982.- Segunda Edición.

Abrahamsen.- "Delito y Psique".- Fondo de Cultura
Económica.- México 1964.

Martínez Roaro Marcela.- "Delitos Sexuales".- Editorial
Porrúa.- Tercera Edición.- México 1985.

Jiménez Huerta Mariano.- "Derecho Penal Mexicano".- Tomo III.- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1976.

González de la Vega Francisco.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa.- Décima Sexta Edición.- México 1980.

Porte Petit Candaudap Celestino.- "Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación".- Editorial Porrúa.- Cuarta Edición.- México 1987.

Martínez Murillo Salvador y Saldivar Luis.- "Medicina Legal".- Editorial Méndez Cota.- Décima Cuarta Edición.- México 1989.

De Ibarrola Antonio.- "Derecho de Familia".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1984.

Rojina Villegas Rafael.- "Derecho de Familia".- Editorial Porrúa.- Volumen I.

Galindo Garfias Ignacio.- "Derecho Civil".- Editorial Porrúa.- Novena Edición.- México 1989.

Rojina Villegas Rafael.- "Derecho Civil".- Tomo II.- Editorial Porrúa.- Séptima Edición.

Pacheco Escobedo Alberto.- "La Familia en el Derecho Civil Mexicano".- Editorial Panorama.- Segunda Edición.- México 1985.

Chávez Asencio Manuel.- "La Familia en el Derecho".- Editorial Porrúa.- Primera Edición.- México 1985.

Montero Duhalde Sara.- "Derecho de Familia".- Editorial Porrúa.- Tercera Edición.- México 1987.