

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL LOMAS VERDES

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

41
251

**LA CONTROVERSI A DEL DELITO DE VIOLACION
ENTRE CONYUGES**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A
NORMA DENICE RODRIGUEZ PEREZ

DIRECTOR DE LA TESIS :
LIC. SERGIO SALINAS CARMONA

REVISOR DE LA TESIS :
LIC. ABEL GARCIA SANCHEZ

NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO

1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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

PAGINAS

I N T R O D U C C I O N..... 1

CAPITULO I. El delito de violación en el Código Penal para el Distrito Federal una visión histórica..... 6

I.1.- El delito de violación de 1871 a 1989:
Una visión histórica en la Legislación Penal.... 7

I.1.1.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871..... 16

I.1.2.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.....21

I.1.3.- Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931..... 26

I.1.4.- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949.. 28

I.1.5.- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958.. 30

I.1.6.- Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963..... 31

I.1.7.- Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1983.....	32
---	----

CAPITULO II.- Análisis del delito de violación

II.1.- Definición del delito de violación.....	47
II.2.- Elementos del delito de violación.....	49
II.2.1.-La consumación de la cópula.....	49
II.2.2.-El empleo de la violencia.....	55
II.2.2.1.-Violencia física.....	58
II.2.2.2.-Violencia Moral.....	62
II.2.3.- Ausencia de la Voluntad.....	65
II.3.- Bien Jurídico Tutelado.....	67
II.4.- Sujeto Activo y Sujeto Pasivo.....	71

CAPITULO III.- Controversia del delito de violación entre conyuges.....	75
III.1.- Estructura familiar desde sus origenes hasta nuestros días	79
III.2.- Existencia o inexistencia del delito de violación entre conyuges.....	96
CONCLUSIONES.....	108
BIBLIOGRAFIA.....	112

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

El sexo ha sido materia de regulación y prohibición en las distintas formaciones sociales; muchas de las normas que regulan hoy día el ejercicio de nuestra sexualidad se remontan a fuentes muy antiguas (El Antiguo Testamento, fuentes aun más antiguas etc).

La regulación de la sexualidad se ha llevado a cabo a través de la historia no tan sólo mediante normas morales y religiosas, sino que el poder del Estado se ha ocupado de sancionar tanto civil como penalmente determinados comportamientos sexuales. Es así que observamos que el Derecho Penal, bajo la supuesta finalidad, de proteger la moralidad de las costumbres sexuales y, especialmente, la honestidad de las mujeres.

No es sino hasta la década de los sesentas, que se produce la llamada " liberación " del sexo, al grado que pareciera un error de época hablar de tabús. Sin embargo, hay quiénes desconfían de tal " revolución " y

consideran que ésta es portadora de sus propias limitaciones.

Lo cierto es que simples reformas, grandes transformaciones, cambios más o cambios menos, los penalistas se han visto rodeados de discusiones sobre la sexualidad. Las preguntas a esto son: ¿ Que debe ser objeto de la protección penal ? ¿ Debe el Derecho Penal proteger los Valores Eticos, Morales, o debe optarse por sancionar penalmente aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro los valores sociales más importantes en este caso la libertad y el sano desarrollo sexual?.

Es de gran importancia destacar la presión que han ejercido grupos feministas, homosexuales, de izquierda etc. que han dedicado parte de sus comentarios y discursos a criticar los contenidos del derecho penal en materia sexual (los grupos feministas, están en contra de la sanción que el Código Penal le impone al delito de violación en su parrafo primero y tercero del artículo 265.) las propuestas de otros grupos se traducen a la defensa de sus intereses como la despenalización de

conductas como el aborto y el adulterio, pero al mismo tiempo proponen mayor represión para la violación y para conductas de agresión sexual a los sectores más desprotegidos como son las mujeres (casadas), y los menores.

Se han formado grupos conservadores, relacionados con la Iglesia Católica, que se oponen a toda despenalización, más no al incremento de punibilidades.

Ahora bien, nuestro tema de investigación " La controversia del delito de violación entre conyuges ", nos lleva a un importante análisis tanto de nuestra legislación penal que es la que regula el delito de violación como de nuestra legislación civil que regula la institución del matrimonio; diversos juristas sostienen la teoría de la inexistencia del delito de violación entre conyuges, así como otros penalistas admiten la posibilidad de su existencia en el seno del matrimonio.

Como puede apreciarse, la problemática no es simple ni lineal, y requiere plantearse en términos precisos. En primer lugar, no es posible pensar que el legislador penal pueda modificar, en lo sustantivo, el comportamiento sexual de la sociedad y más aun de los conyuges; podrá cuando más influir en ciertas modalidades de dichas practicas. En segundo lugar, no es esa la función del legislador, quien debe limitarse a intervenir penalmente para proteger los bienes jurídicos más importantes.

La norma penal tiene indudablemente , una función motivadora por medio de la intimidación, pero es incorrecto para transformar la afectividad y la ideología de las personas, mucho menos de la vivencia de su sexualidad. Al legislador le corresponde proteger los valores sociales que son indispensables para la existencia y seguridad de la comunidad y para la convivencia pacifica de sus miembros; para ello es necesario que describa en forma clara y precisa las conductas que lesionan esos bienes. Dicha descripción es necesaria y debe ser

suficiente para salvaguardar el bien , es decir que debe dar cabida a todas las hipótesis posibles de conductas que lesionen o pongan en peligro el bien, pero no debe permitir que se introduzcan aquellos que no lo hagan.

CAPITULO I.**1.- El delito de violación en el Código Penal para el Distrito Federal una visión histórica.****I.1.- El delito de violación de 1871 a 1989: Una visión histórica en la Legislación Penal.**

I.1.1.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

I.1.2.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

I.1.3.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.

I.1.4.- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949.

I.1.5.- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958.

I.1.6.- Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963.

I.1.7.- Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1983.

I.1- EL DELITO DE VIOLACION EN 1871 A 1989: Una visión histórica en la legislación penal

La violación no es una casualidad ni una ley de la naturaleza, sino la expresión de la violencia permanente ejercida en contra de las mujeres, niños y hombres en una sociedad machista, desinformada, desorientada, enferma.

Este fenómeno debe entenderse como una expresión de la problemática social y no como una situación individual aislada, la cuestión fundamental es que la violación no constituye tan solo un acto sexual sino un delito , un acto de violencia que utiliza el sexo como arma.

Durante el período de 1824 a 1835 la actividad legislativa en México se centra casi exclusivamente, en el Derecho Político, explicable fenómeno puesto que es en el que se habían causado más conmociones al producirse la independencia.

Hasta 1857 no existen bases fundamentales sobre las que edificar el propio Derecho Penal Mexicano, caracterizándose, hasta entonces el régimen represivo por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo pues la mayor parte de las dictadas se refieren al procedimiento y a la jurisdicción, para activar los procesos y hacer más efectivas las penas ante el creciente aumento de la criminalidad.

Fueron los constituyentes de 1857, con los legisladores de 4 de diciembre de 1860 y de 14 de diciembre de 1864, quiénes sentaron las bases del Derecho Mexicano, al subrayar la urgencia de la tarea codificadora, que calificó de ardua el Presidente GOMEZ FARIAS. Fracasado el imperio de MAXIMILIANO DE HABSBURGO, durante el cual el Ministro LARIOS había proyectado un Código Penal que no llegó a promulgarse, y, restablecido el gobierno republicano, el Estado de Veracruz fue el primero en aquel país que llegó a poner en vigor sus Códigos propios, Civil, Penal y de Procedimientos, por lo que merece alabanzas su principal realizador FERNANDO J.

CORONA, si bien desde entonces y para siempre quedó rota la unidad legislativa en que habían vivido los mexicanos.(1)

Es de suma importancia señalar que nuestro actual Derecho Penal ha tenido influencia de varias legislaciones como son las disposiciones de la época Precolonial como de la época Colonial, esto no significa que sea vigente en nuestro derecho, puesto que las leyes, Instituciones, Ordenamientos, etc. se desarrollan conforme a los paradigmas predominantes, ideológicamente hablando, necesidades, exigencias y condiciones de la sociedad, así como al tipo de criminalidad del momento.

En el Derecho Penal Precolonial las penas y los diversos delitos se encontraban regulados en el Código

(1) Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 4a Edición. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, p. 1241.

Penal Netzahualcoyotl (2) y especialmente en la recopilación de leyes Indias (3).

Los territorios que España colonizó se rigieron por la " Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias ", que se terminó en 1680. Pero hubo antes muestras copiosas de la legislación colonial y otros Códigos y Recopilaciones. Deben recordarse:

- 1.- La de Juan de Ovando (de fecha ignorada);
- 2.- El Cedulario de Puga (1525-1563);
- 3.- Las Leyes y Ordenanzas reales de las Indias del Mar Océano, por Alonso de Zorita (1570);
- 4.- El Código de Encinas (1596);
- 5.- La Gobernación Espiritual y Temporal de las Indias (sin fecha);
- 6.- El Libro de Cédulas y Provisiones del Rey (1541-1621);
- 7.- Los Nuevos Libros de Diego de Zorrilla (1605);
- 8.- El " Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales " de Juan de Solórzano Pereira (que llega hasta 1622);
- 9.- El Nuevo Proyecto del propio Solórzano (1647);

-
- (2) Varias fuentes hablan de la existencia del Código Penal de Netzahualcóyotl, por ejemplo, Alba Ixtlilxochitl, obras históricas, Ed. por Alfredo Chavero, 2 tomos, 1881-1882, 1. Kohler, El Derecho Penal de los Aztecas, 1936 - 1937.
- (3) Andrade Alcóbiz, 1553. Recopilación de leyes de Indias de la Nueva España.

10.-El de Ximénez Payagua (1665);

11.-Los Sumarios de Cédulas, Ordenes y Provisiones Reales de Montemayor (1628-1667). Y entre los posteriores a 1660 el Cedulaario de Ayala y el Proyecto de Código Indiano (siglo XVIII) (4)

Con este Derecho indiano, coexistió como derecho supletorio en las colonias todo el derecho de castilla, las fuentes en ambos eran comunes, que se mandó aplicar en diversas ordenanzas reales incorporadas a la Recopilación de Indias, como por ejemplo:

- 1.- Las Siete Partidas (1250-1265)
- 2.- El Fuero real (1255)
- 3.- El ordenamiento de Alcalá (1348)
- 4.- Ordenadas Reales de Castilla (1414)
- 5.- Las leyes de Toro (1505)
- 6.- La nueva (1567) y Novísima Recopilación (1805)
- 7.- Las Ordenanzas de Bilbao (1737)

La Nueva España sintió por razones prácticas, la necesidad de legislar para sí misma, pues como es obvio ninguna de las Leyes de Castilla tuvo la suficiente eficacia para resolver las necesidades y problemas de ésta.

(4) Jiménez de Asúa Luis. Op. cit. p.958

El primer intento lo llevo a cabo Don Vasco de Puga en el año de 1563 con sus Provisiones, Cédulas, Instrucciones para el Gobierno de la Nueva España, en 1565 la obra de Diego de Encinas denominada Provisiones, Cédulas y Capitulo de Ordenanzas, Instrucciones y Cartas.

Cabe mencionar que en el año de 1680 aparece la recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias, y fue durante el transcurso del siglo XVIII cuando surge la necesidad de una revisión de la Recopilación, de esta forma aparecen los 116 tomos del Cédular Indico de Ayala, el entonces Emperador Carlos V aprobó el proyecto del Código Indiano en 1762 que, sin embargo, hasta fines del periodo de la Colonia no se puso en vigor.

En el año de 1783 aparecieron las Ordenanzas para la Dirección, Régimen y Gobierno del Cuerpo de Minería de la Nueva España y de su Tribunal. (5)

(5) *Leyes Penales Mexicanas*, Tomo I, México 1979, Procuraduría General de la República, p. 10.

Del periodo que corre de la independencia hasta 1859 se promulgaron en nuestro país diferentes ordenamientos legales, tales como la Constitución de Apatzingan (1814), posteriormente en el año de 1824 una nueva Constitución que establece el Sistema Federativo como forma de gobierno, a este ordenamiento legal le siguieron otros que finalmente desembocaron en la Constitución de 1859 año en que se instituyen por primera vez las bases de nuestro actual Derecho Penal tomando como base el Federalismo como régimen.

Dado el objetivo de este estudio, cabe destacar que el 7 de diciembre de 1871 se promulgó el 1er Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, entrando en vigor el 1° de abril de 1872.

Este Código tomo como modelo el Código penal español de 1850, y su reforma de 1870, y en punto a doctrina dice la Comisión haberse guiado por Ortolán, para la Parte general (Libro I y II), y por Chauveau y Hélie, para la especial (Libro III). Como su arquetipo español,

el Código de 1871 está admirablemente redactado. Su principal defecto es la extensión : consta de 1152 artículos.

Dice Carrancá, la fundamentación clásica del Código se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad. Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes, dándoles valor progresivo matemático. Reconoce excepcional y limitadísimamente el arbitrio judicial, señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley. La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte y, para la de prisión, se organiza el sistema celular. No obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales. Por último, se formula una tabla de probabilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio. Dos novedades importantes representa, una fué el " delito intentado " (hoy diríamos delito imposible), es el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la

consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible o porque evidentemente son inadecuados los medios que se emplean; grado que el legislador hizo intermedio entre el conato (ejecución inconsumada) y el delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto). La otra novedad consistió en " la libertad preparatoria " (hoy decimos libertad condicional); la que con calidad de revocable y con las restricciones propias , se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia. La institución de la libertad preparatoria constituyo, para su tiempo, un notable progreso".

Este Código de 1871 se dictó en México, como su modelo el español de 1870, con carácter de provisional, y, por rara casualidad, vivió, como éste, hasta 1929. (6)

(6) Vid. Jiménez de Asúa, Luis . op.cit. p.1242.

Es así que el fin de este ordenamiento es homogeneizar las sanciones para los distintos delitos; para los fines de este trabajo es importante destacar que el delito de violación aparece regulado de la siguiente manera:

**I.1.1.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES DE 1871.**

Titulo SEXTO.

Delitos contra el orden de las familias, la moral pública
o las buenas costumbres"

Capitulo III.

Atentados contra el pudor, estupro, violación.

Artículo 795 .

Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 796.

Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedito el uso de su razón, aunque sea mayor de edad.

Artículo 797.

La pena de violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años. Si fuere menor de esa edad, el término de la pena será de diez años.

Artículo.798..

Si la violación fuere procedida o acompañada de golpes o lesiones, se observarán las reglas de acumulación

Artículo 799.

A las penas señaladas en los artículos 794, 796, 797 y 798 se aumentaran.

Dos años, cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido; o la cópula sea contra el orden natural.

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido.

Seis meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido, o fuere su tutor, su maestro,criado, asalariado de alguno de éstos o del ofendido, o cometiere la violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón o ministro de algún culto.

Artículo 800.

Los reos de que se habla en la fracción tercera del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores; y además podrá el juez suspender desde uno hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión, al funcionario público, médico, cirujano, comadrón,dentista o maestro que hayan cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 801

Cuando los delitos de que se habla en los artículos 795, 796 y 797, se cometan por un ascendiente o descendiente, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido, y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes.

Si el reo fuera hermano , tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste.

Artículo 802

Siempre que del estupro o la violación resulte alguna enfermedad á la persona ofendida; se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que correspondan por el estupro o violación y por la lesión, considerando al delito como ejecutado con una circunstancia agravante de cuarta clase.

Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena que señala el artículo 557.

Es importante destacar que este Código tuvo una vigencia durante más de 50 años, y es así como posteriormente, los primeros gobiernos revolucionarios nombraron diversas Comisiones encargadas de llevar a cabo la revisión de los viejos Códigos mexicanos. En lo concerniente a materia penal, la Comisión que se nombró en 1925 da cima a su tarea. En 1929 se termina por José Almaraz y Luis Chico Goerne, el proyecto que el Presidente Portes Gil, en uso de las facultades que le confirió el Congreso, sancionó como Código penal el 30 de septiembre de 1929, para que entrase en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Este Código que consta de 1233 artículos, se funda, según dicen los propios comisionados, en la Escuela

Positiva y su principal defensor fue Almaraz, que, sin embargo, confiesa que " es un Código de transición y como tal plagado de defectos y sujeto a enmiendas importantes ", si bien entre sus méritos señala el haber roto " con los antiguos moldes de la escuela clásica..... y ser el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de defensa social e individualización de sanciones ".

Los principios filosóficos de la obra fueron expuestos por Luis Chico Goerne, en una serie de conferencias pronunciadas en febrero de 1929. Afirmó, en cuanto al método, que el Código era una obra referente al delincuente, porque a la Comisión no le interesaban los actos, sino los hombres, pues, desde cualquier punto de vista teórico, es la sanción sobre el criminal la única útil, la única justa y la única científica. Los Comisionados trataron de concebir el delito " como un acto social que daña año hombre y a los agregados sociales, reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental, en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos, y en forma

tal, que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil ".(7)

En orden al delincuente, Chico Goerne dijo que debía ser estimado como un ser temible al que hay que estudiar, sobre todo, en los móviles del delito " intra y extra-espirituales ", para llegar a los " lugares exteriores en donde se incuba el crimen " y a las profundidades de la personalidad criminal. Por lo mismo, el concepto de pena, limitado hasta ahora a la acción de la sociedad sobre el hombre criminal, se substituye por los Comisionados por el concepto de " represión del delito ", que engloba la idea de su organismo como arma de lucha contra el crimen que no se detiene en las fronteras biológicas del hombre , sino que trasciende extramuros de las prisiones hasta el ambiente social y físico de gestación de la delincuencia.(8)

(7) Ibid.

(8) Ibid. p.1245

En esta confusa ideología expresada de modo tan inorgánico, se basó el Código mexicano de 1929; cabe destacar para los fines de este trabajo de investigación que el delito de violación aparece regulado en esta legislación de la siguiente manera:

**I.1.2.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES DE 1929.**

Titulo Decimotercero.
Capitulo I.

De los atentados al pudor, del estupro y de la violación.

Artículo 860.

Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 861.

Se equipará a la violación y se sancionará como tal: la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedido el uso de las razón, aunque sea mayor de edad.

Artículo 862.

La sanción de la violación será hasta de seis años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la persona ofendida fuere púber, si no lo fuere, la segregación será hasta por diez años.

Artículo 863.

Si la violación fuere precedida o acompañada de otros delitos, se observarán las reglas de la acumulación.

Artículo 864.

Las sanciones señaladas en los artículos 852, 853, 856 y 862, se aumentarán:

I.- De dos a cuatro años , cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro, madrastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula sea contra el orden natural;

II.- De uno a tres años, si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere su criado, asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación abusando de sus funciones como médico, cirujano, dentista, comadrón, ministro de algún culto, funcionario o empleado público.

Artículo 865.

Los reos de que habla la fracción II del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores y, además, podrá el juez suspender hasta por cuatro años en el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto o maestro que haya cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 866.

Cuando los delitos de que hablan los artículos 851, 857 y 860 se cometan por ascendientes o descendientes, quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto de todos sus descendientes inhabilitados para ser tutor o curador.

Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podrá heredar a éste ni ejercer, en su caso, la tutela o curatela del ofendido.

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3293 y 3294 del Código Civil.

Artículo 867.

Siempre que se persiga un delito de estupro o de violación, se averiguará de oficio si se contagió al ofendido alguna enfermedad, para imponer al responsable la sanción que sea mayor entre las que correspondan para el estupro o la violación y por el otro delito, agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observará cuando se cause la muerte..

El fracaso del Código penal de 1929 determinó el inmediato nombramiento de una nueva Comisión, designada por el mismo Portes Gil que había elegido la anterior, a la que se le dio el encargo de revisar lo legislado en materia punitiva. En la Comisión había miembros redactores, con voz y voto y otros desprovistos del último. Retomando lo siguiente:

" De conformidad con el acuerdo presidencial fecha 2 de los corrientes, la Comisión Revisora de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales quedó integrada por nueve miembros de los cuales cinco, que corresponden a un representante de la Secretaría de Gobernación , a uno de la Procuraduría General de la República, otro de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales, el del Tribunal Superior del

privada, etc; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social.

Luis Chico Goerne pidió que se fijará el criterio de la Comisión sobre los tres puntos cardinales del Derecho Penal : concepto filosófico del delito, del delincuente y de la pena. Se nego a ello la mayoría , por boca de Ceniceros, y Chico Goerne insistió solicitando que se hiciera una ponencia con las tesis de sus Conferencias, a lo que también se negaron los Comisionados, llevando su voz Teja Zabre y Ceniceros. Despojado este punto, se empezó a redactar el Código, que, una vez terminados sus 403 artículos y sus tres transitorios, fue promulgado por el Presidente Ortíz Rubio el 13 de agosto de 1931, para que rigiera en el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y en toda la República en materia federal. (10)

(10) Ibid., p.1254

El delito de violación aparece regulado en esta legislación de la siguiente manera:

I.1.3.- CODIGO PENAL DE 1931 PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN, Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

Titulo: DECIMO QUINTO.
DELITOS SEXUALES.
Capitulo: I

Atentados al pudor, estupro y violación.

Artículo 265.

Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de seis a diez años.

Artículo 266.

Se equipará a la violación y se sancionará con las mismas penas la cópulas con persona menor de doce años o que por cualquier causa no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

Artículo 266 bis.

Cuando la violación fuere cometida, con intervención directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil o doce mil pesos. A los demás participantes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo

13 de este código. Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por éste contra aquel, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. En los casos en que lo ejerciera, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, así como el derecho de heredar al ofendido.

Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo, empleo, o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.

El código penal, del 2 de enero de 1931, cuando era Presidente Pascual Ortiz Rubio, abrogó el Código Penal de 1929, que a su vez abrogó al del 7 de diciembre de 1871. Se observa una tendencia, cada vez más acentuada, de adecuar los Códigos Penales, por una parte, a las exigencias de la realidad social, y por otra, a los principios característicos de un Estado democrático de derecho.

De la década de los treinta a la de los ochentas se presentaron diferentes anteproyectos y proyectos de Códigos Penales de los cuales, cabe destacar, para los propósitos de nuestro trabajo el de 1949, para el Distrito y Territorios Federales en Materia de fuero Común y para toda la República en Materia de fuero Federal, que establece lo siguiente:

I.1.4.- ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO
Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1949.

Título Decimo sexto
Delitos Sexuales
Capitulo I.

Abusos deshonestos, estupro y violación.

ARTICULO 255.

Al que por medio de la violencia física o moral tenga Cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le aplicará de uno a ocho años de prisión, si la persona ofendida fuere impúber, la sanción será de dos a diez años.

ARTICULO 256.

Se equipará a la violación la cópula con personas privada de razón o de conocimiento o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir o cuando la víctima fuere menor de doce años.

ARTICULO 257.

Se impondrá la pena prevista por el artículo 255, a quien abusando del error de una mujer, fungiéndose su marido o concubino, tuviere cópula con ella.

El anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, de 1958 destaca lo siguiente en cuanto al delito de violación:

I.1.5.- ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1958.

Subtitulo tercero
Delitos contra la libertad e inexperiencia sexual.
Capitulo I.

Violación.

ARTICULO 260.

Se sancionará con prisión de uno a ocho años y multa de doscientos o mil pesos, a quien por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, cualquiera que sea su sexo, así como el que tenga cópula con personas menor de catorce años, o por cualquier causa no pudiese resistir.

Si la víctima es impúber la prisión será de dos a diez años y la multa de cuatrocientos a dos mil pesos.

I.1.6.- PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963.

Titulo tercero
Delitos contra la libertad sexual e inexperiencia sexuales.
Capitulo I.

Violación.

ARTICULO 309.

Se impondrá sanción de tres a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos, a quien por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sea cualquier su sexo. Si la persona ofendida fuere impúber, la prisión será de cuatro a nueve años.

ARTICULO 310.

Las mismas sanciones se impondrán al que tenga cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.

ARTICULO 311.

La prisión será de ocho a veinte años y multa de cinco a doce mil pesos, cuando la violación fuere cometida por dos o más personas.

I.1.7.-Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, Elaborado por la Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y por el Instituto Nacional de Ciencias Penales de 1983.

Titulo VIII
Delitos contra la libertad e inexperiencia sexuales
Capitulo I

Violación.

ARTICULO 137.

Al que por medio de la violencia realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diez años .

ARTICULO 138.

Al que realice cópula con persona menor de doce años de edad o que no tenga capacidad para comprender o que por cualquier causa no pudiera resistir la conducta delictuosa, se le impondrá prisión de seis a diez años.

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

ARTICULO 139.

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

Si la violación es cometida aprovechando los medios o circunstancias que le proporciona el empleo, cargo o profesión que se ejerce, se aplicará la misma pena de prisión señalada en el párrafo que antecede y se le privará del cargo o empleo, se le suspenderá del ejercicio del empleo, cargo o profesión por el término de cinco años.

ARTICULO 140.

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

Observamos que la justicia penal se orienta cada vez más a la esfera de la seguridad social, ya que se dirigía a resguardar el ámbito de los intereses colectivos, remontando gradualmente la concepción que ve a la justicia como una acción aislada, como un derecho individual en la demanda que solicita prestación jurisdiccional; es un reflejo del surgimiento y consolidación de los nuevos rasgos en la sociedad, la población exige y reclama el respeto a los derechos humanos, los cambios producidos en la moderna comunicación de masas y el desarrollo de centros de información especializados y, por último una cierta

orientación hacia la homogeneización del entorno que envuelve la vida de los grandes grupos humanos.

Pensamos que es hasta los ochentas cuando nuestra legislación comienza a sufrir notables cambios, los cuales deben responder a las necesidades de nuestra sociedad, cabe mencionar que corresponde a este momento histórico la insurgencia de la Sociedad Civil a través de las distintas organizaciones sociales; tales como Comité de apoyo a Mujeres Violadas, A.C. (CAMVAC), Colectivo de lucha de la violencian contra las mujeres, y la participación de otras organizaciones, esto viene a reforzar la idea de que sociedad civil que participa viene a democratizar más nuestra realidad jurídica - social..

A diferencia de las múltiples enmiendas circunstanciales y parciales, que en diversas ocasiones afectaron al código penal de 1931, las reformas de 1983 presentan rasgos especiales que le otorgan un relieve singular. En primer lugar, la reforma penal es solo un

aspecto de un proceso de cambio mayor que afecta al sistema jurídico mexicano considerada de conjunto.

En segundo lugar, los parámetros científicos y técnicos que sustentan los cambios y adiciones se han desprendido de las tendencias del desarrollo histórico del país; el derecho penal se ostenta así como una función, que depende del curso general de la nación, sus objetivos derivan, en este caso, de las metas generales del Plan Nacional de Desarrollo; en tercer lugar, las reformas afectan profundamente al sustento filosófico y doctrinario del derecho penal, modifica su dogmática e innova los criterios de política criminal, técnico-jurídicos y del jurisprudencial; en cuarto lugar, todas las modificaciones se subordinan a una mejor procuración o impartición de justicia en el ámbito práctico, en los sistemas operativos directamente ligados a los intereses de los gobernados; en quinto lugar, concientemente se plantea que, la reforma, constituye una primera etapa de la renovación jurídica, que su transformación en ordenamiento legal reclama todavía el tamiz de la práctica, al cedazo de la vida que habrá de introducir nuevos cambios y elementos

correctivos donde sea necesario. Todos estos rasgos definen un enfoque humanista del derecho penal, una aproximación que no acentúa los aspectos represivos ni se regodea en las consecuencias del derecho punible, sino que, por el contrario, recurre a la acción represiva en última instancia y busca, bajo nuevos criterios nuevas soluciones técnicas.(11)

Respecto a las reformas efectuadas en 1983 se comento:

En México, empero las reformas aplicadas principalmente a partir de fines de 1983 y 1984, han sido consideradas como meros parches que, en muchos casos, complican el aspecto legal, social, moral, individual y colectivo.

Por tratar de solucionar el problema inmediatamente no se analizan de origen, y esto trae como consecuencia que se susciten las mismas fallas en el futuro.; no cubre en totalidad todos los aspectos que

(11) Vid. García Cordero, Fernando. Obra Jurídica Mexicana. Tomo I. 2a. edición, México 1987. Procuraduría General de la República. p.38 y 39.

envuelven a la sociedad, y los que involucra los complica; consideramos que una participación social, la realización de investigaciones socioeconómicas e ideológicas que influyan en forma directa sobre el delito de violación ayudarían a comprender al legislador las necesidades y exigencias de nuestra sociedad.

Cabe destacar dentro de todo este movimiento de reformas, algunas legislaciones que las consideraríamos como avanzadas, tales como la de los Estados de Guerrero, Querétaro, Zacatecas y Veracruz.

El código penal del estado de Guerrero, en su apartado referido a los delitos sexuales, señala en su artículo 229 que:

Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará de tres a ocho años de prisión. Si la persona ofendida fuere impúber, la sanción será de seis a diez años.

Artículo 230

Se equipara a la violación la cópula con persona privada de razón o de conocimiento o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir y cuando la víctima fuere menor de doce años.

El código penal del estado de Querétaro, en su apartado referido a los delitos sexuales menciona lo siguiente:

Artículo 235.

Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de tres a ocho años de prisión y si la persona ofendida fuere impúber, la pena será de tres a doce años de prisión

Artículo 236.

Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiere resistir. Si es médico o curador, se duplicará la pena.

El código penal del estado de Zacatecas, en su apartado sobre delitos sexuales considera en su artículo 265 lo que a continuación se menciona:

Se sancionará con prisión de uno a seis años y multa de doscientos a dos mil pesos a quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, cualquiera que sea su sexo.

Se sancionará como violación al que tenga cópula con persona impúber o con persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir.

Si la persona impúber fuera menor de diez años, la sanción será de cuatro a veinte años de prisión y multa de trescientos a tres mil pesos.

El código penal del estado de Veracruz, en su TITULO IV, Delitos Contra la Libertad y la Seguridad Sexual, y en lo que se refiere al delito de violación considera en su artículo 152 que:

A quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, se le impondrán de tres a ocho años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos.

Si el violador es tutor o padraastro de la víctima, la sanción de prisión podrá aumentarse hasta en cinco años.

Artículo 153.

Al que tenga cópula con persona menor de catorce años de edad o que no tenga capacidad de comprender o que por cualquier causa no pueda resistir, se le impondrán de tres a nueve años de prisión y multa de treinta mil pesos.

Comparativamente hablando el delito de violación, en estas legislaciones, destaca el interes de los legisladores por salvaguardar la estabilidad de la sociedad, al hacer más conciencia

de la peligrosidad de dicho delito, regulando de manera más eficaz al otorgar mayor penalidad, evitando así que estos puedan salir fácilmente; Con relación al código penal del Distrito Federal, observamos que la penalidad es mayor en algunos casos como los anteriormente señalados.

Con respecto al delito de violación en 1984, se eleva la punibilidad de 2 a 8 años, a la de 6 a 8 años para impedir que los acusados por esta conducta obtengan libertad bajo fianza.

Dentro de las reformas importantes cabe destacar la de 1989 cuando se vuelve a elevar la punibilidad, esta vez de 8 a 14 años y que es la pena que continúa vigente en nuestro actual Código Penal para el Distrito Federal.

El título XV del Código Penal antes mencionado es el que ha sufrido mayores transformaciones empezando por su propia denominación. Acertadamente y concordando con las mejores técnicas legislativas que establece que los

títulos de la parte especial deben expresar el bien jurídico protegido en el mismo, se sustituye el nombre " Delitos Sexuales " por el de " Delitos contra la libertad y normal desarrollo Psicosexual " .

Se introduce un definición de cópula en el artículo 265 que dice "..... se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por la vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo " .

Esta reforma fue un avance importante, ya que el no definir lo que se entendía por cópula se prestaba a muchas confusiones, y ahora resulta más fácil integrar los elementos del delito.

En el año de 1989 se introduce en este mismo artículo la figura de introducir por vía anal o vaginal y con violencia cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril con una punibilidad de 1 a 5 años de

prisión. La actual reforma es acertada, pero tímida, al elevar la punibilidad de 3 a 8 años de prisión. (12)

A este respecto organizaciones tales como las " mujeres de Acción Sindical ", " Debate Feminista " y otros añaden :

"... estas disposiciones resultan absurdas porque, no debe castigarse menos la violación que se practica por medios artificiales que la que se efectúa con el miembro viril, ya que la magnitud del daño puede ser mayor" . (13)

La agrupación demanda que se reforme adecuadamente el Código Penal en lo referente a la violencia sexual y propone que sea el Estado el que se haya cargo de la rehabilitación de las víctimas ". (14)

(12) García Cordero Fernando. Op. cit. p.52 y 53.

(13) Ortiz, Ma. de los Angeles. Alegatos- Universidad Autónoma Metropolitana, Organo de difusión del depto. de Derecho División de Ciencias Sociales y Humanidades. No.19 Sep/Dic. 1991. p.49

(14) Monge Raúl y Ramirez Ignacio. " Menos Castigos a la Bigamia, la pobreza no será justificación para el aborto". Revista Proceso No.666, 7 de agosto de 1989. p.21.

Actualmente en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República de Fuero Federal el delito de violación se encuentra regulado en el Título Decimo Quinto Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, Capitulo I, Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación, artículo 265. al 266 bis.- Que establece:

ARTICULO 265.

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

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

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

ARTICULO 266.

Se equipará a la violación y se sancionará con la misma pena:

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

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

ARTICULO 266 bis.

Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo cuando:

- I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas.
- II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro. o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima.
- III.- El delito fuere cometido por quien desempeña un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión.
- IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

CAPITULO II

II.-ANALISIS DEL DELITO DE VIOLACION

II.1.-DEFINICION DEL DELITO DE VIOLACION

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 las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito del delito sexual de violación.

El delito de violación carnal, nos dice MAGGIORE, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de la violencia o amenazas. FONTAN BALESTRA considera, en su acepción más amplia a la violación como el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima. Para SOLER el delito de violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta. (1)

(1) Porte Petit, Celestino. Ensayo dogmático sobre el delito de violación, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1985. p.12.

Por violación propiamente debemos entender, la cópula realizada en persona de cualquier sexo por medio de vis absoluta o la vis compulsiva (2).

Es así como el código penal vigente para el Distrito Federal en el Título Decimoquinto " Delitos contra la Libertad y Normal desarrollo psicosexual"; Capítulo I, (hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, violación),

Artículo 265 define el delito de violación diciendo: "Al que por medio de la violencia física o moral, realice cópula, con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión"

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito y territorios Federales ha establecido que; el delito de violación se integra por tres distintos elementos:

(2) Ibid.

II.2.-ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACION

II.2.1.-PRIMER ELEMENTO - La consumación de la cópula.

Debemos entender por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal anal u oral, independientemente de su sexo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en el delito de violación, el elemento cópula debe tomarse en su más amplia acepción, es decir cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella, y en la que haya introducción sexual, por parte del reo, aún cuando no se haya realizado completamente.(3)

(3) *Semanario Judicial de la Federación*, XII, p.89, segunda parte, sexta época.

Sobre este particular, podemos señalar las siguientes corrientes:

PRIMERA: La que sostiene que consiste en el acceso carnal normal.

Se sostiene doctrinariamente que por acceso carnal debe entenderse la cópula normal. Por ello, ANTOLISET nos dice que, "según algunos autores, por conjunción carnal se entiende el acoplamiento normal o fisiológico entre dos personas de sexo diverso, es decir el "coito vaginal".

SEGUNDA: Aquella que estima el acceso carnal normal y anormal (en personas de cualquier sexo), excluyendo la "fellatio in ore".

MANZINI considera que conjunción sexual es "todo acto por el cual el órgano genital de una de las personas (sujeto activo o pasivo) es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga

posible el coito o un equivalente del mismo. Igualmente SOLER indica que acceso carnal " es una enérgica expresión, que significa penetración, y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal ".(4)

TERCERA: La que sostiene el acceso carnal normal y anormal, incluyendo la " fellatio in ore " .

Dentro de esta corriente se encuentra GONZALEZ BLANCO, al afirmar que son correctas las opiniones de los tratadistas que sostienen que, en el caso de la " fellatio in ore " , si se configura la violación, supuesto que nuestro legislador, al aceptar la posibilidad de la cópula anormal, no establece ninguna restricción al respecto.

(4) Porte Petit, Celestino. op. cit. p.17.

Estamos de acuerdo con que el criterio a seguir es el que considera que la cópula puede ser normal o anormal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que " en el delito de violación debe tomarse en su más amplia acepción o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, normal o anormal, con eyaculación o sin ella , y en la que haya habido la introducción sexual por parte del reo, aun cuando no haya llegado a realizarse completamente". La cópula es la conjunción sexual que se consuma en el momento mismo de la introducción del sexo masculino en el femenino, con independencia de que produzca desfloración, de que tal intromisión sea perfecta, de que exista agotamiento o de que resulte preñez.

Hacerca del concepto de cópula la Jurisprudencia nos dice:

- 1.- El elemento cópula a que se refiere el artículo 265 del Código Penal, queda tipificado independientemente de que la misma haya quedado total o parcialmente consumada fisiológicamente. No puede existir confusión, pues, entre los términos cópula consumada y delito consumado. (5)
- 2.- En el delito de violación no es indispensable que el acto se agote fisiológicamente, si existió introducción sexual. (6)
- 3.- El hecho de que no haya habido rotura himenal, no impide afirmar la existencia de la cópula, que debe entenderse como la penetración sexual independientemente de una membrana extensible o flexible. (7)
- 4.- Se configura el delito de violación, si consta que hubo cópula, aunque la misma no haya tenido como final la eyaculación, puesto que esta circunstancia no es indispensable que concurra para tenerlo por integrado, sin

(5) Semanario Judicial de la Federación, 5a época, Tomo CI, pp.1544-1545.

(6) Semanario Judicial de la Federación, 6a. época, Vol. XVI, Segunda parte, p.263.

(7) Semanario Judicial de la Federación, LVIII, p.83, sexta época, Segunda parte.

que pueda admitirse en estos casos que hubo tentativa , ni atentados al pudor. (8)

- 5.- Para las exigencias jurídicas de integración del elemento " cópula ", es suficiente la existencia del acceso carnal para que la violación quede consumada, independientemente de sus resultados o de que el ayuntamiento no se haya agotado o no tenga perfección fisiológica. (9)

Para EUSEBIO GOMEZ la verificación de la cópula completa no es necesaria para que la violación quede consumada si se ha producido el acceso carnal.

De esta manera la acción copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal y a los anormales o contra natura, sean estos homosexuales masculinos o sean de hombre a mujer pero en vías no idóneas para una relación sexual normal, la introducción de un objeto distinto al miembro viril no se considera como cópula.

(8) Semanario Judicial de la Federación, CXVII, p.820.

(9) Semanario Judicial de la Federación, CVII, p.498.

II.2.2.-SEGUNDO ELEMENTO.- Empleo de la violencia para efectuar el acto ya sean medios físicos o por coacciones morales (señales de violencia).

Las señales de violencia que presentan las víctimas en su cuerpo, sino se comprueban de que fueron producto de actos encaminados a minar su resistencia no puede ser elemento valido para considerar que existe tal delito.

Para que el cuerpo del delito de violación pueda integrarse se requiere que el sujeto activo haga uso de la violencia que pueda ser física, moral o que se aprovechen de situaciones especiales que impidan que el sujeto pasivo pueda resistirse, es factor esencial del delito el uso de la violencia.

Para ilustrar mejor el concepto de violación y los distintos tipos de esta, me permito traer a colación lo que al respecto establece el Código Penal en el

artículo 373 " ...La violencia a las personas se distingue en físicas y morales.

Se entiende por violencia física en el robo: La fuerza material que para cometerlo se hace a una persona.

Hay violencia moral: Cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato, capaz de intimidarlo.

En el Derecho Romano la violencia se constituía cuando fuese de tal magnitud que pudiese infundir temor en un hombre de carácter firme.

También exigía como requisito para constituir la violencia un mal gravísimo y entendía por tal la pérdida de la vida, de la integridad personal o de la libertad.

CARNELUTTI considera que el elemento material de la violencia esta constituido por un comportamiento intimidatorio que se manifiesta en la coacción física o en las amenazas.

El Derecho Canónico, se limitaba a exigir " Un mal grave" e incluyo entre los anteriores el daño causado al patrimonio.

Como se ha expuesto hay dos tipos de violencia, a continuación se explicaran cada una de ellas.

II.2.2.1.-VIOLENCIA FISICA:

La violencia física dentro del delito de violación consiste en el uso de la fuerza material ejercida sobre la persona de la víctima para constreñirla a la conjunción carnal, es decir en la fuerza de naturaleza material y bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo para la obtención de la cópula.

GONZALEZ DE LA VEGA la considera como la fuerza material aplicada directamente al cuerpo del ofendido que anula, supera y vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medio que no puede evadir.

El código de 1870 definía la violencia como la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad compeliendolo materialmente a

hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho ha ejecutar. (10)

Señala CARRARA que existe violencia autentica cuando la voluntad contraria a la víctima es dominada por la violencia física. Pero es necesario que la resistencia de la victima se exteriorice en gritos o actos que evidencien real y verdaderamente una voluntad contraria a la de su agresor.

La violencia física debe recaer forzosamente en la víctima y no sobre otras personas o cosas que lo rodean, así como constante por que debe prolongarse desde el inicio hasta el último momento de la ejecución del delito .

(10) Gonzalez de la Vega. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, México 1981. p.208.

La violencia física trae intrínsecamente el uso de la fuerza misma, que, diversos autores españoles definen como la exteriorización de energía física acompañada de perjuicio de la persona, y que la violencia física en los delitos sexuales no es distinta a la que opera como elemento constitutivo de otros delitos, consistiendo siempre en el empleo de cierta energía física dirigida a vencer la voluntad contraria manifestada.

La violencia física también es denominada "vis absoluta" que incide sobre la libertad física de la persona adiferencia "de la vis compulsiva" o violencia moral, incide sobre su libertad psicológica, la vis absoluta inicia cuando la gente o sujeto activo ejerce fuerza sobre la víctima y esta ante el temor al dolor que producen y producirán las violencias posteriores se da cuenta que su resistencia es inútil por lo que la fuerza del agente debe ser superior a la de la víctima, exceptuando los casos en que la gente hace uso de otro material que no sea la fuerza de su cuerpo.

La doctrina señala los siguientes requisitos para la existencia de la vis absoluta:

- a).- La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.
- b).- Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia y
- c).- La resistencia del sujeto pasivo no debe ser rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente contrario, y constante o continuada, o sea, mantenida hasta el último momento, sin que exista al comienzo y luego se abandone para dar lugar a un concurso en el mutuo goce. (11)

(11) Forte Petit, Celestino. "Ensayo dogmático sobre el delito de violación, cuarta edición, Editorial Porrúa. México 1985. p.42

II.2.2.2.-VIOLENCIA MORAL.

La violencia moral consiste, expresan SALTELLI Y ROMANO DI FALCO, en una manifestación de voluntad de el agente dirigida a anunciar a la víctima un mal futuro en caso de que no realice el ayuntamiento carnal. (12)

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

La Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que " el empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza de grave e inminente y en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, o bien, contra un tercero, cuando con ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquélla, como la amenaza de matar a un ser querido".

(12) Ibid. p.45

La fuerza intimidante se traduce como lo establece el artículo 373 del código penal, como el amague o amenaza que se ejerce sobre una persona con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla.

La intimidación también constituye todo hecho capaz de producir miedo en el ánimo de la víctima, el miedo según el Diccionario de La Legislación y Jurisprudencia " es la perturbación del ánimo, originada de la aprehensión de algún peligro o riesgo que nos amenaza, hay dos tipos de miedo leve y grave, en la violación es necesario que exista el último, como puede ser la muerte, el perder un miembro del cuerpo, la libertad o bienes.

Para CARRANCA es necesario que el mal para que se pueda constituir como violencia moral o psíquica es necesario que el mal que amenaza sea grave, presente e irreparable; no olvidemos que el miedo grave y el temor

puede depender del carácter tímido , débil o del fuerte de cada una de las personas. (13)

A diferencia de la violencia física la mayoría de los autores coinciden en que la amenaza o intimidación no tiene que durar ininterrumpidamente hasta el final de la violación, pero si debe ser posible y dependiente de la voluntad y obra del que amenaza.

Podemos concluir que la violencia moral existe cuando se ejercen constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas de tal naturaleza, que por el temor que causa en el ofendido o por tener males mayores le impiden resistir al ayuntamiento que en realidad no ha querido, no siendo indispensable que el anuncio de estos males sean directamente para la víctima.

(13) Carranca y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano". edit. Porrúa 1980.p.193

II.2.3.-TERCER ELEMENTO.- Ausencia de la voluntad de la víctima.

Requisito indispensable para la configuración del delito de violación es la ausencia del consentimiento de la víctima, para algunos autores el uso de la violencia presupone la ausencia de consentimiento del ofendido, en lo personal no coincido con esta idea ya que para algunas personas la violencia consentida constituye un placer como sucede con los sadomasoquistas.

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia define el consentimiento como "la adhesión a la voluntad de otro; o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban completamente ".

Nuestro Código Civil denomina el consentimiento a simples manifestaciones de la voluntad; por consiguiente y en mi punto de vista, ausencia del consentimiento es el rechazo a la voluntad de otro.

Cabe hacer notar que la ausencia del consentimiento de la víctima debe ser real y presente, nunca puede ser posterior al hecho concediendole efectos retroactivos, si se diera este supuesto, el consentimiento del ofendido no actuará sino como causa de antijuricidad.

II.3.- BIEN JURIDICO TUTELADO

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

- 1.- Los que estiman como bien jurídico tutelado, en este delito, la libertad sexual:

MANFREDINI anota que el bien jurídico penalmente protegido por la norma, es decir, el objeto del delito, es el derecho a la libertad de disposición carnal. En el mismo sentido SALTELLI Y ROMANO DI FALCO, al sostener que se tutela el bien jurídico de la libertad sexual, relativamente a la inviolabilidad carnal. (14)

(14) Commento - Teórico- Practico del Nuovo Código Penale, vol.II.parte seconda p.735. Roma 1930. Citado por Forte Petit, Celestino. Op. cit p.29

- 2.- Los que entienden que el bien es la libertad individual.

FONTAN BALESTRA, dentro de este segundo grupo, le parece que el bien jurídico lesionado es la libertad individual, en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual.(15)

- 3.- EUSEBIO GOMEZ sostiene que el bien jurídico lesionado por el delito de violación es la honestidad, es decir el pudor individual agregando que la violación implica, desde luego, un ataque a la libertad sexual pero no es ella el bien que con este delito se lesiona, sino el sentido del pudor que resiste a la relación sexual fuera de la normalidad y moralidad.(16)

(15) Delitos Sexuales edit. Depalma. Buenos Aires 1953. p.41. Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires 1959. p.245. Citado por Porte Petit, Celestino. Op.cit. p.29

(16) Tratado de Derecho Penal III. Buenos Aires 1940. p.87 y 88.Citado por Porte Petit, Celestino. Op.cit. p.30

4.- MANZINI expresa que el bien jurídico en consideración no es ni siquiera aquel de la libertad sexual en sentido estricto, porque el delito puede cometerse también en relación con personas del mismo sexo en cuyo caso la conjunción carnal no representa una violencia sexual en sentido propio, incluyendo ésta una relación de sexo es decir, entre hombre y mujer, terminando en el sentido de que el objeto de la tutela penal es la inviolabilidad carnal; punto de vista que comparte VANNINI, al expresar que es la inviolabilidad carnal dentro de las relaciones sexuales normales.(17)

También debe considerarse que no es la libertad sexual el bien jurídico protegido, en el caso de la violación sobre personas impúberes, pues resulta lógico pensar que, en tal persona, no es este bien el que se protege, debido a que, por su corta edad y falta de experiencia, aún no tiene libertad sexual.

(17) Porte Petit, Celestino. Ensayo dogmático sobre el delito de violación. cuarta edición, Editorial Porrúa. México 1985. p.30.

Los Tribunales han establecido que " el delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual. (18)

JIMENEZ HUERTA, considera también que el bien jurídico tutelado en el delito de violación es el derecho que al ser humano le corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su agrado. (19)

(18) Ibid. p.31

(19) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. edit. Porrúa . p.381.

II.4.- SUJETO PASIVO Y SUJETO ACTIVO.

El sujeto pasivo del delito de violación puede ser el hombre o la mujer, dada la redacción del precepto: " tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo " pero aclarando en el sentido de que puede ser sujeto pasivo el hombre, independientemente del sexo del sujeto activo; y sujeto pasivo la mujer con tal de que sea sujeto activo el hombre.

La Suprema Corte determina: " La legislación del Distrito Federal y la del Estado de Puebla, extiende su protección no sólo a mujeres que son víctimas de fornicación violenta, sino aun a los hombre que lo son de ayuntamiento homosexual masculino, como se deduce de la descripción legal del tipo correspondiente al delito de violación ". (20)

El sujeto activo, nos referimos al sujeto en el delito.

La ley penal expresa en el artículo 265 " al que ". En consecuencia resolvemos si puede ser sujeto activo del delito de violación, el hombre, la mujer o ambos

Al respecto existen dos corrientes:

- 1).- Aquellas que admiten que el hombre o la mujer pueden ser sujeto activo del delito de violación, ya se trate de la vis absoluta o de la vis compulsiva, y
- 2).- Quiénes sostienen que el hombre es sujeto activo de este delito cuando se trata de la vis absoluta o compulsiva, y la mujer únicamente respecto de esta última.

ENRICO ALTAVILLA, expone que existen dudas sobre si una mujer puede ser sujeto activo en perjuicio de un varón o de otra mujer observando que para la violencia carnal pueden presentarse dos hipótesis: (21)

a).- La mujer como sujeto activo de la cópula lo cual sería posible por evidentes razones anatómicas solamente en el caso de un desarrollo exagerado del clitoris, como sucede en algunas formas de hermafroditismo;

b).- La mujer como sujeto activo de la cópula impuesta al varón, finalizando el autor en los términos siguientes: Aquí aparece una dificultad, es decir, la erotización necesaria del varón para poder realizar la cópula, lo cual puede también no ocurrir por un sentimiento de repulsión, de temor, y la entumescencia del pene, el delito no existe, " pudiendo " concebirse el delito abstractamente,

(21) Forte Petit, Celestino. Op. cit. p.36

pero en la práctica judicial los pocos casos
examinados han tenido siempre resultados
negativos .

CAPITULO III.

III.- CONTROVERSIAS DEL DELITO DE VIOLACION ENTRE
CONYUGES

Es importante destacar para los fines de este trabajo, si dentro del matrimonio puede o no existir el delito de violación; según los antecedentes del siglo diecisiete: "El marido no puede ser culpado de violar a quien legalmente es su mujer, puesto que, mediante el mutuo consentimiento matrimonial y el contrato celebrado, la esposa se entrega en este sentido al marido y no puede retractarse". (1)

Este criterio se reformo en 1934, añadiendose una cláusula según la cual el marido no debe utilizar "Violencia Física", pero, aun así, si la llevara a cabo seguiría sin ser culpable de violación; en 1974 se prohibió sólo si existiere petición de separación, o requerimiento judicial, cláusula o petición de no

(1) Jane Dowdeswell. La violación. Hablan las mujeres. Colección Relaciones Humanas y Sexología, editorial, grijalbo. México, D.F..Barcelona, Buenos Aires p.69

cohabitación . La cuestión es que, habiendo accedido una vez se ha accedido para siempre.(2)

Para un mejor entendimiento del porque existe controversia en cuanto al delito de violación entre conyuges, y del porque diversos autores consideran que dentro del matrimonio no puede existir el delito de violación, es necesario conocer como y porque surge la institución del matrimonio:

Tomaremos la postura de Henry Lewis Morgan por ser la más clara y especifica en cuanto al origen y evolución del hombre sobre la faz de la tierra.

Las investigaciones de Morgan fueron sistematizadas por Federico Engels es su obra " El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado ".(3)

(2) ibid.

(3) Morgan (*)

Morgan dice que el ser humano se ha ido organizando de formas inferiores a formas superiores de vida y ha pasado por las siguientes etapas o fases de desarrollo a saber:

- a).-Etapa del salvajismo -se caracteriza por el descubrimiento del fuego, la caza, el pescado como alimento,etc...
- b).-Etapa de la barbarie - se caracteriza por la domesticación y cria de animales, y comienza a darse la agricultura.
- c).-Etapa de la civilización.

Morgan sólo se ocupa del estudio de las dos primeras, la tercera sólo la cita.

Etapa del salvajismo	A.- Estadio inferior.
	B.- Estadio medio
Etapa de la barbarie	C.- Estadio superior

- A).-ESTADIO INFERIOR.- Se dedica el hombre a la alfarería, a la caza, a la pesca y diversas actividades, de nómada pasa a ser sedentario, por lo tanto, descubre la agricultura.

- B).-ESTADIO MEDIO.- Comienza el hombre a domesticar ciertos animales , y obtiene de ellos alimentos, como la carne, la leche, etc.
- C).-ESTADIO SUPERIOR.- Se produce el trueque, se da la división del trabajo, con esto comienzan a obtenerse excedentes en la producción (lo que antiguamente no se dió) y así comienza la acumulación de riquezas en pocas manos, la antigua propiedad comunal- se transforma en propiedad privada , comienza a darse la división de las clases sociales.

III.1.-ESTRUCTURA FAMILIAR DESDE SUS ORIGENES HASTA NUESTROS DIAS.

Morgan dice, que la familia como forma de organización y al igual que el ser humano, también se ha ido organizando de formas inferiores a formas superiores , éstas estructuras familiares son las siguientes .

a) .-Promiscuidad Absoluta.:

Prevalece el principio de que " toda mujer pertenece por igual a todos los hombres, y todos los hombres a todas las mujeres " .

Esto significa que entre todo varón y mujer primitivamente existía el derecho, la obligación consuetudinaria de la relación social o cópula sin que existiera ninguna prohibición para que la llevaran a cabo los padres con sus hijas y demás (se dan dos figuras importantes la poligamia y la poliandria). Como consecuencia a esta situación, comienzan a surgir defectos congénitos en el producto, malformaciones en los niños; el

ESTA COPIA NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

desarrollo de esta comunidad , impone restricciones ó prohibiciones para la realización de la cópula entre los parientes más cercanos para posteriormente prohibirla entre los más lejanos.

El vínculo existente entre el hijo y sus padres sólo se determina vía matriarcal en virtud de la poliandria, la cual hacia imposible el determinar verdaderamente quien era el padre, surge así el matriarcado, o poder de la madre, en virtud de que éste era el jefe de familia, la encargada de cargar y educar a la prole; en esta etapa no se conoce la figura del matrimonio.

b).- Promiscuidad Relativa.

Trajo el nacimiento de la institución llamada " Matrimonio ", y dentro de esta existía un tipo de organización que consistía en el matrimonio por grupos de tal suerte que la familia va a estructurarse a través de un matrimonio por grupos, de tal manera que las relaciones sexuales ya no son permitidas entre todos sino solamente

entre un determinado grupo de personas, es así como la promiscuidad se hace relativa, teniendo los siguientes tipos de familias.

b.1).- La Familia Consanguínea:

Integrada por los abuelos paternos y maternos los cuales entre si constituyen un matrimonio por grupo, convirtiendose en maridos y esposas comunes.

La siguiente generación de familia la establecen los hijos de sus hijos.

Los avances principales de la familia consanguínea son:

- 1.- La cópula ya no se realiza entre todos, sino que limita al grupo indicado.
- 2.- La cópula ya no es permitida entre los padres con sus hijas, pero sigue siendo obligatoria entre hermanos y hermanas (continúa la poligamia)

b.2.-La Familia Punalúa

(Punalúa en indio significa socio o asociado). Este matrimonio por grupos consistía en que dentro de una domus, gens, hogar, se formaran dos grupos de hermanos ,por un lado los varones y por otro lado las mujeres; cuando los varones llegaban a la edad para contraer matrimonio (cuando iniciaba la pubertad) estos tenían el deber de salir de su tribu a buscar pareja a otras tribus, de tal suerte que cuando uno de los hermanos contraía nupcias, su mujer, su esposa se convertía automáticamente en esposa también de sus demás hermanos, y así las esposas de las demás eran esposas comunes de todos los hermanos, los que a su vez se convertían en esposos comunes de este grupo; es así como se constituye el grupo de familia Punalúa. (se prohíben las relaciones sexuales entre padres y hermanos carnales.).

b.3) .La Familia Sindiasmica.

Es aquí, que con el desarrollo de la sociedad y de las mismas relaciones entre un grupo determinado, nacieron otros valores como son el amor, la comprensión, el entendimiento y así el varón y la mujer dentro de sus esposos o maridos comunes comenzaron a tener su favorita o favorito, con lo cual procuraban estar el mayor tiempo posible realizando paulatinamente y de hecho en forma exclusiva la cópula y negándose a realizarla con los demás, este tipo de familia se considera que contribuye al primer asomo del hombre a la monogamia, obviamente provocado por la mujer la cual orillo al hombre a una relación exclusiva.

Con este tipo de relación familiar termina el matrimonio por grupos.

C).-Familia Monogamica

Este tipo de organización surge de la unión de un sólo hombre con una sola mujer y que constituye la estructura actual de la familia a lo gran mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo.

Para una mayor claridad sobre el objetivo principal de nuestro trabajo y con la finalidad de demostrar que de acuerdo a nuestra legislación, existe la posibilidad de violación entre conyuges, recurrimos a lo que establece el código civil, pero antes, también resaltamos algunas legislaciones que consideramos avanzadas.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California fue promulgado el 13 de diciembre de 1870 por el Presidente Don Benito Juárez, ordenó que entrara en vigor el primero de marzo de 1871. Este artículo nos mencionaba acerca del matrimonio en su Artículo 159 "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y

una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Ahora bien otros artículos de importancia para nuestro estudio son:

Artículo 162

Cualquiera condición contraria a los fines esenciales del matrimonio, se tendrá por no puesta.

Artículo 163

Son impedimentos para celebrar el contrato civil de matrimonio, los siguientes:

I.- La falta de edad requerida por la ley.

Artículo 164

No puede contraer matrimonio el hombre antes de cumplir catorce años y la mujer antes de cumplir doce.

Artículo 198

Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte á los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Artículo 199

La mujer debe vivir con su marido.

El Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884 que comienza a regir el primero de junio de ese año; este Código definía al matrimonio en su artículo 155 diciendo " es la sociedad legitima de un sólo hombre y una sólo mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

Uno de los principales impedimentos para contraer matrimonio era la falta de edad requerida por la ley (el hombre debería tener 14 años y la mujer 12) o en su defecto una dispensa otorgada por una autoridad (actualmente esa dispensa la da el Jefe del Departamento del Distrito Federal)

El Código Civil de 1932, hacía mención en su artículo 147 que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

Para poder contraer matrimonio el hombre necesitaba haber cumplido 16 años y la mujer 14 Los Presidentes Municipales podían conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas; aquí observamos que la edad para contraer matrimonio aumenta .

Como impedimentos para contraer matrimonio observamos que el artículo 156 nos menciona entre otros: la falta de edad requerida por la ley , cuando no haya sido dispensada; la embriaguez habitual, la morfomanía, la heteromanía y el uso seguido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia irrecuperable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e irrecuperables, que sean además contagiosas o hereditarias.

Así mismo este ordenamiento en su artículo 162 , en la parte referente a los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio hace referencia de que los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente; así mismo los cónyuges vivirán juntos en el domicilio cunyugal (artículo 163).

En el Código Civil Vigente para el Distrito Federal en su artículo 147 plasma que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los conyuges, se tendrá por no puesta. Aquí nos surge una interrogante ¿ la cópula impuesta por la fuerza y con violencia aun con fines de procreación daría como consecuencia el delito de violación ? ¿ hasta donde es una obligación la cohabitación o hasta que punto los conyuges pueden ejercer ese derecho ?, observamos en nuestro actual Código Penal respecto de la cópula impuesta por el cónyuge varón a su esposa, ya sea por medio de la fuerza física o moral, puesto que, solamente es la doctrina donde se discute este conflicto en particular. También consideramos que el Código Civil debería

preocuparse por aclarar hasta que punto es obligatorio el derecho de cohabitación.

El artículo 148 de nuestro actual Código Penal regula la edad para contraer matrimonio y es de 16 años para los hombres y 14 para las mujeres, el Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los delegados, según el caso, puede conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

Este mismo ordenamiento en su artículo 156 nos hace referencia de los impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio entre otros mencionaremos: la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada, la impotencia incurable para la cópula, y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias.

En el capítulo III de la legislación comentada nos hace mención de los derechos y las obligaciones que nacen del matrimonio, de las cuales podemos mencionar:

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

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

Artículo 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

El Artículo 164 en su parrafo segundo nos dice que " Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

También observamos que en lo concerniente al divorcio son causales: el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, y la separación de la casa cónyugal por más de seis meses sin causa justificada.

El matrimonio ha sido considerado como una institución y como contrato; como institución significa el conjunto de normas que rigen al matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad. El matrimonio constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que

regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas; desde este punto de vista se atiende al aspecto normativo externo en relación a los fines del matrimonio: La perpetuación de la especie y el vivir en común bajo el mismo techo. Los miembros de la institución matrimonial persiguen finalidades comunes, para cuyo efecto se establecen actividades reciprocas, que en última instancia significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los miembros.

La tesis tradicional, y por motivos políticos, desde que se logró separar al matrimonio como un contrato en el cual se invoca como razón el hecho de que los contrayentes manifiesten su voluntad ante el Oficial del Registro Civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el consentimiento de las partes, la

capacidad necesaria entre los contrayentes y que su voluntad no esté viciada.

La concepción Contractualista, aceptada originalmente por el Derecho Canónico, es el que ha prevalecido entre los civilistas franceses e italianos así como en nuestro Derecho Positivo Mexicano, ya que se dice que el nexo que se crea en el matrimonio es la aceptación libre y clara de los contrayentes.

La posibilidad de existencia del delito de violación entre cónyuges la vemos dentro de la hipótesis de que el marido imponga a su renuente consorte el coito por medio de la violencia, y ha dado lugar en la doctrina Jurídica a distintas opiniones.

Al respecto existen tres criterios:

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

Pero indudablemente que, para la mayor parte de Jurisconsultos no hay el delito de violación, porque única y exclusivamente consideran el acto carnal en el matrimonio "como un debito de la mujer para el hombre".

El " debito conyugal matrimonial" debe ser recíproco entre los cónyuges, y que además ese debito debe ser proporcionado exactamente por una vía normal, dando lugar a que cualquier acto anormal no constituya un "debito matrimonial", por ser contrario a los fines del matrimonio.

El Código Civil Mexicano de 1884, en su artículo 155 decía: " El matrimonio es la sociedad legitima de un sólo hombre con una sólo mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

Nuestro Código Civil de 1932 en su artículo 147 dice: "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie, o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

III.2.-EXISTENCIA O INEXISTENCIA DEL DELITO DE VIOLACION ENTRE CONYUGES.

La posibilidad de que exista violación en el matrimonio ha sido ampliamente discutida sin llegar a una solución satisfactoria puesto que, sobre el particular, existen diversas opiniones doctrinarias, las cuales están divididas entre las que afirman que sí hay violación entre cónyuges y los que no admiten su existencia ; de lo manifestado en líneas anteriores, la mayoría niega que la imposición de la cópula por parte del marido a su mujer sea considerado como una violación.

Es de suma importancia señalar que las opiniones de varios autores concuerdan en el sentido de que cuando se cometieran actos contra natura o conjunción anormal entre marido y mujer y que dichos actos hayan sido impuestos por el marido en contra de la voluntad de la mujer , y por medio de la violencia física o moral , existe el delito de violación en el matrimonio; entre los que coinciden con este punto de vista está MANZINI, el cual dice en su " Trattado di Diritti Penale Italiano "

que si un cónyuge constriñe al otro cónyuge a la cópula anormal, el delito de violación carnal subsiste, lo mismo es de decirse cuando uno de los cónyuges usa la fuerza o las amenazas para obtener la cópula anormal si en el caso concreto es peligroso para la salud del otro cónyuge o de otro modo ineffectuable sin daño probable del paciente o de la prole.

Otro autor es PANNAIN, y nos dice que el delito de violación subsistiría cuantas veces la violencia se ejecutara para constreñir al cónyuge a actos contra natura, esta opinión se encuentra plasmada en su obra " Delitti contra la Moralita Publicca e il Buon Costume ".

EUGENIO CUELLO CALON, manifiesta que el marido que obliga, con violencia o intimidación , a su cónyuge a conjunción carnal anormal, no es culpable de violación sino de abusos deshonestos. (4)

(4) Cuello Calon, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II parte especial octava Edición, Bosch Editorial, Barcelona 1952. p.51

SEBASTIAN SOLER, el hace mención en cuanto al sujeto activo del delito de violación, sólo admite al hombre como tal , y respecto a la violación en el matrimonio dice que no excluye ésa posibilidad, ya que esta puede producirse por actos contra natura que no son debidos; en lo tocante a la cópula, pretendida por el marido , en conjunción anormal o contra-natura.

Ahora bien, una vez sentado que cuando el marido obliga a su cónyuge por medios violentos a la cópula anormal, está cometiendo el delito de violación; debe señalarse que dentro de la opiniones que niegan la posibilidad que dentro del matrimonio se integre el delito de violación, se encuentran las que manifiestan que el marido está haciendo uso del Débito Conyugal, o las que se refieren simplemente a que se comete un delito, más no el de violación; para mayor claridad expondré las hipótesis de los autores que sostienen el argumento de que no existe el delito de violación entre los conyuges, estos tratadistas consideran que no existe tal violación, pues lo que sus adeptos han tenido que demostrar es hasta que punto el marido tiene la facultad de utilizar la violencia

o la intimidación para obtener la cópula normal con su esposa; CELESTINO PORTE PETIT, opina al respecto que el delito de violación dentro del matrimonio no puede producirse puesto que en virtud de este los conyuges limitan su libertad sexual.

PAUL CHAUVEAU: Respecto al delito de violación nos dice: " Es necesario que la cópula sea ilícita; por tanto, el marido que se sirviera de la fuerza respecto de su mujer no cometería el crimen de violación por que según la glosa, " In eam habet manus injectionem "; y la misma decisión debe ser tomada aún en el caso de separación de cuerpos porque esta debilita los lazos del matrimonio sin disolverlo, autoriza a la mujer a no permanecer en el domicilio del marido, pero no rompe los deberes que resultan del matrimonio.

Esta solución no podría sin embargo aplicarse al marido sino " Post Perfectum Matrimonium ", el prometido en esponsales que aún en las vísperas del matrimonio

empleara la violencia en su prometida, sería sin duda alguna acreedor a la pena ".

PIERRE GARRAUD: Nos dice al respecto " Es necesario indudablemente que el comercio con una mujer buscado por la violencia, sea ilícito; así el marido que posee a su mujer a la fuerza no cometería ciertamente el delito de violación, aún en el caso de separación de cuerpos, salvo la represión, heridas, que pudiera haber causado.

Por otra parte, PIERRE GARRAUD establece que cuando el marido, empleando la violencia constriñe a su mujer a realizar actos contrarios al fin del matrimonio comete el crimen de atentados al pudor; lo antes dicho por GARRAUD no es aplicable en nuestro Derecho, puesto que nuestro artículo 260 del Código Penal Vigente menciona que los atentados al pudor no tienen el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula.

EUGENIO CUELLO CALON: Afirma al respecto que " El yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito, así el coito efectuado por el marido con violencia o sin el consentimiento de la mujer, no constituye violación, pues aquel al disponer sexualmente de ésta, obra en ejercicio legítimo de su derecho; por otra parte, la mujer no puede invocar en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay por parte del marido, agresión legítima. Podrá aquél, en ciertos casos ser responsable de las vías de hecho o de las lesiones causadas o consecuencias de la cópula violenta, pero no de un delito de violación. (5)

El caso carnal violento dentro del matrimonio, será ilícito y constituye el delito de violación, cuando la mujer tenga derecho a resistir, como cuando fuere peligroso para ella y para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etc.) y cuando constituya un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido desea realizar la cópula en presencia de otras personas).

(5) Cuello, Calon, Eugenio. Op. cit. p.58.

El marido que obliga con violencia o intimidación a su cónyuge la conjunción anormal, contra natura, no es culpable de violación, sino de abusos deshonestos, pues el acceso carnal a que se refiere el delito de violación es, como se ha dicho el normal".

Referente a lo dicho por CUELLO CALON en el parrafo anterior es importante señalar que nuestro actual Código Penal, en su artículo 265, parrafo segundo, nos dice: " Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo", es muy clara la ley al mencionarnos que la violación puede ser por vía normal o anormal, por lo tanto deducimos que si la cópula es realizada por vías anormales se cometería el delito de violación, ya que para los fines del matrimonio la cópula debe realizarse por vía normal.

LUIS JIMENEZ DE ASUA Y ANTON ONECA: Al tratar la legítima defensa, manifiestan que no cabe "Contra el ejercicio de un derecho ", por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho al coito, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero si puede defenderse violentamente de actos contra natura, o de libidine psicopática, que le quieran ser impuestos por el marido, y también cuando éste se encuentre enfermo o embriagado, para evitar el contagio en el primer caso y la fecundación nefasta para la prole en el segundo.

FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA: El considera que "El problema de la posibilidad del delito de violación entre cónyuges se reduce a determinar:

- a).-Si el ayuntamiento constituye un " debito matrimonial " y por ende un derecho marital a su exigencia;

Al respecto PLANIOL, señala que el matrimonio no es otra cosa que: la unión sexual del hombre y de la mujer elevada a la dignidad de contrato por la ley y de sacramento por la religión.

b).-Si el ejercicio de ese derecho por medios violentos elimina el delito de violación por ausencia de antijuricidad de la conducta".

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

Cada uno de estos tratadistas antes mencionados, ya sea con diferentes términos o palabras, llegan a la misma conclusión y esta es que si mediante el derecho del débito conyugal es imposible que exista violación entre cónyuges, no obstante que la cópula se realice por medios violentos; debe hacerse notar que en el proyecto alternativo de Código Penal elaborado en Alemania en 1966 se niega toda posibilidad de que exista violación entre cónyuges, empero, BAUMAN, MAIHOFFER, KAUFMANN Y ROXIN, entre otros, admitieron que pueda darse dentro del matrimonio el uso de la fuerza o de las amenazas para tener cópula con el otro cónyuge; pero manifiestan que el Derecho Penal no es el medio idóneo para solucionar estos hechos.

Ahora bien, entendemos que, en virtud del matrimonio el cónyuge tiene el derecho a la cópula normal, es decir que al realizarla, se ejercita un derecho, pero si al ejercer ese derecho se hace uso de la violencia física o moral, ese derecho se esta ejerciendo ilegalmente, por lo tanto no podemos afirmar que dicho acto sea lícito. No obstante que exista o no violencia

para la realización de la cópula, no existe el delito de violación , ya que el cónyuge tiene derecho a la cópula aun cuando la haya ejercido indebidamente, cometiendo así un ilícito pero no el delito de violación.

Es importante señalar que como consecuencia del matrimonio los cónyuges conforme a la ley limitan su libertad sexual referente a la cópula, ya que existe una reciproca obligación sexual de parte de ellos y, determinamos que cuando la cópula se realiza por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, no ataca la libertad sexual, porque ésta se ha cedido en virtud del matrimonio y, de éste modo podemos considerar que no se produce el delito de violación.

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 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". (6)

(6) Forte Petit, Celestino. Op. cit. p.56-57

CONCLUSIONES .

1.- La violación ha sido considerada por las diversas legislaciones que han existido a través de la historia, como el máximo ultraje de la que puede ser objeto una persona en su integridad física, moral y psicológica, y prueba de ello es la severidad con la que se ha castigado este delito sexual, llegando a condenarse muchas veces al sujeto activo del mismo con la pena de muerte.

2.- El delito de violación se ha sancionado en nuestra legislación penal con la pena de multas y privación de la libertad, más sin embargo y no obstante lo anterior, este delito dentro del matrimonio es poco denunciado, toda vez que llegar a comprobarlo es difícil por la complejidad que en si misma entraña; ahora bien, desde los primeros años de su independencia, México ha procurado darse su propio perfil jurídico, empero, en nuestro Derecho Positivo no hay ninguna referencia específica sobre la existencia del tipo del delito de violación entre conyuges, es decir, que nuestras

legislaciones anteriores así como nuestro actual Derecho, han dejado una gran laguna respecto de la cópula impuesta por medio de la fuerza física o moral, puesto que, solamente es la doctrina donde se discute este problema en particular.

3.- El delito de violación se encuentra regulado en el Título Decimo Quinto Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual; entendemos que en este caso la finalidad del legislador es proteger la libertad sexual; sin embargo yo considero que no sería ese el objetivo dentro del matrimonio, porque la libertad se limita al llevar a cabo dicho acto (Artículo 267 fracc. I del Código Civil Vigente " son causales de divorcio: I.- El adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges) por lo tanto no es el artículo 265 el que regula dicho ilícito. Propongo que si el Código Penal el encargado de regular dicho delito debería tener un apartado especial para regular el delito de violación entre cónyuges.

4.- 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 (artículo 147), los contrayentes están obligados a los ayuntamientos sexuales normales; sin embargo si este ayuntamiento fuera anormal; si el marido se encontrara enfermo (para evitar el contagio) ó embriagado (para evitar la fecundación nefasta) ó en el caso de que existiera separación de cuerpos por una orden judicial, si tendría ella todo el derecho de resistirse y en el caso de que el marido obtuviera la cópula a la fuerza si se estaría cayendo en el delito de violación.

5.- Ahora bien, en mi opinión el consentimiento de la mujer para unirse en matrimonio y cohabitar con su conyuge es razón suficiente para entender que el consentimiento será permanente, salvo los casos ya mencionados.

6.- Considero que el Código Civil o el Código Penal debería preveer este caso ya que no hace mención alguna sobre el supuesto de que el varón usará la fuerza física o moral para obtener la cópula, al existir esta laguna en la ley viene la controversia de dicho acto y en tanto no exista una ley que tipifique, el delito no existe.

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

- Alba Ixtlixochitl Obras históricas, editada por Alfredo Haverro, 2 tomos, 1881-1882, 1 Kohler, El Derecho Penal de los Aztecas 1936-1937.
- Andrade Alcóbiz Recopilación de Leyes Indias de la Nueva España, 1553.
- Carranca y Trujillo, Raúl Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México D.F. 1980.
- Cuello Calon, Eugenio Derecho Penal, tomo II, parte especial, octava edición, Bosch Ed, Barcelona 1952.
- García Cordero, Fernando Obra Jurídica Mexicana, tomo I, segunda edición, México 1987, Procuraduría General de la República .
- Gonzales de la Vega, Francisco Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1981.
- Jiménez de Asúa, Luis Tratado de Derecho Penal, tomo I, cuarta edición, Ed. Losada, S.A., Buenos Aires.
- Jiménez Huerta, Mariano Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México D.F. 1988.
- Jane Dowdeswell La Violación, hablan las mujeres. Colección Relaciones Humanas y

- Sexología, Ed. Grijalbo, S.A., México D.F.
- Monge Raúl y Ramírez Ignacio Menos castigo a la Bigamia, la pobreza no será justificación para el aborto, Revista Proceso, No 666, 7 de Agosto de 1989.
- Azzolini Bincaz, Alicia Alegatos, Universidad Autónoma Metropolitana, Organo de difusión del Departamento de Derecho, División de Ciencias Sociales y Humanidades, No 19, Sep/Dic. 1991.
- Porte Petit, Celestino Ensayo dogmático sobre el delito de violación. cuarta edición, Ed. Porrúa, México D.F. 1985.
- Otros Leyes Penales Mexicanas. tomo I México 1979.
- Commento Teórico Practico del Nuovo Código Penale. vol II, parte seconda, Roma 1930.
- Delitos sexuales. Ed. Depalma, Buenos Aires 1953.
- Derecho Penal. Parte especial. Buenos Aires 1959.
- Tratado de Derecho Penal III. Buenos Aires 1940.
- Semanario Judicial de la Federación, quinta época CI.
- Semanario Judicial de la Federación, tomo CVII

Semanario Judicial de la
Federación, tomo CXVII

Semanario Judicial de la
Federación, tomo CXXXII, quinta
época.

Semanario Judicial de la
Federación, XII, segunda parte,
sexta época.

Semanario Judicial de la
Federación, XVI, segunda parte,
sexta época.

Semanario Judicial de la
Federación, LVIII, segunda parte,
sexta época.