

85



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

"LA NECESIDAD DE QUE EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, SE REGULE EL EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO ASÍ LA APLICACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES."

340

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

RUBÉN MARTÍN CORTÉS SÁNCHEZ.

ASESOR

LIC. GLORIA C. ZÁRATE DÍAZ.

SAN JUAN DE ARAGON ESTADO DE MÉXICO 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

Al todopoderoso le doy las gracias
por darme la oportunidad de realizar
una de mis más anheladas metas.

A MIS PADRES:

JAIME CORTÉS y GUILLERMINA SÁNCHEZ.

Con todo mi amor y agradecimiento. A tí, madre,
que me diste la vida, por esas noches de desvelo que
te he causado, y por ese cariño sincero y desinteresado
que siempre me has brindado. A tí, padre, por ese gran
ejemplo de rectitud y honestidad que me has dado.

A MI ESPOSA:

ERIKA.

A tí en forma especial por haberme motivado
con tu optimismo y amor que me has brindado,
por que con ello encontré el apoyo para realizar
esta meta.

A MIS HERMANOS:

ELDA, YOLA Y JAIME.

Por haberme acompañado durante toda mi vida,
por su cariño, apoyo, empuje y comprensión. Por
que con sus consejos ha sido más fácil emprender
este reto, y esta satisfacción la comparto con ustedes,
deseando que Dios nos conserve siempre unidos, a todos gracias.

A MIS CUÑADOS Y CUÑADAS:

Por el apoyo y consejos
que siempre me han dado.

A MIS SOBRINOS, TODOS:

Por ser el futuro de este país, esperando que
sigan con este ejemplo y logren todas sus metas.

A MI FAMILIA:

Por ser esta la base de mis logros a todos ellos, tíos, primos, suegros, a los que son parte de ella.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:

Con un atributo a la Máxima Casa de Estudios con mi más entera gratitud, institución alma mater de la sabiduría, cuna de hombres ilustres, forjadora de nuevas generaciones de profesionistas; fuente de cultura a la que eternamente agradezco la oportunidad brindada, para poder alcanzar la meta más deseada en mi vida.

A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "CAMPUS ARAGON":

De la cual estoy orgulloso de haber pertenecido a tan noble institución y a la vez eternamente agradecido por haberme ofrecido un lugar en sus aulas y recibir ahí los conocimientos que sirven de base en mi formación profesional. Institución que forja a los futuros profesionistas y les inyecta un espíritu de superación y lucha que enaltece a nuestra Patria.

A LA LICENCIADA GLORIA C. ZÁRATE DÍAZ:

Por todas sus enseñanzas compartidas dentro y fuera de las aulas, por su amistad y sobre todo por brindarme el honor de compartir su valioso tiempo para dirigirme la presente Tesis, para lo cual no tengo manera de retribuir, por lo que solo puedo expresar mi eterno agradecimiento.

A MIS MAESTROS DE LA E.N.E.P. "ARAGON":

Con gratitud y admiración porque con su empeño, esmero y dedicación me transmitieron sus valiosos conocimientos y experiencias durante la impartición de su cátedra y que contribuyeron a mi formación profesional.

A LOS INTEGRANTES DEL HONORABLE JURADO:

Con respeto, quienes me honran en el momento más relevante de mi vida.

A MIS COMPAÑEROS, AMIGOS Y TODOS AQUELLOS:

Que creyeron en mí, ellos saben quienes son, no necesito nombrarlos y que de alguna u otra forma me han impulsado y motivado a cumplir con esta meta y buscar otras, espero contar siempre con su amistad y apoyo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
------------------------	---

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA VIOLACIÓN, DEL MATRIMONIO Y DEL EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO.

1.1 En el Derecho Romano	1
1.2 En México	13
1.2.1 Época prehispánica	13
1.2.2 Época colonial	20
1.2.3 Época independiente	27

CAPÍTULO II EL DELITO DE VIOLACIÓN Y EL DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO.

2.1 Conceptos	32
2.2 Elementos	38
2.3 Legislación actual	46
2.4 Jurisprudencia	49

CAPITULO III
LA NECESIDAD DE QUE EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE
MÉXICO, SE REGULE EL EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO.

3.1	Derechos y obligaciones de los cónyuges en el matrimonio	55
3.2	La violación entre cónyuges	63
3.3	Ejercicio indebido de un derecho y no de violación. (PROPUESTA)....	74
CONCLUSIONES		86
BIBLIOGRAFIA		89
LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA		91

INTRODUCCIÓN

En la doctrina ha permanecido abierto el debate acerca de la existencia o inexistencia de la violación en el matrimonio, por lo que al realizar el presente trabajo de investigación, retomaremos de nueva cuenta esta añeja discusión que se ha venido dando durante décadas.

A través de esta investigación se demostrará que ya no puede ser posible que en la actualidad exista esta controversia y que se siga creyendo sobre la existencia de la violación en el matrimonio, y que todavía existen opiniones encontradas al respecto sin que se puedan poner de acuerdo los estudiosos del derecho.

Por lo que el presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar la problemática que existe en el Código Penal del Estado de México, para determinar la existencia o inexistencia del delito de violación entre cónyuges, ya que nos hemos dado cuenta que en la mayoría de las ocasiones cuando una esposa se presenta ante el Agente del Ministerio Público a denunciar el delito de violación en su agravio, cometido por su marido, lo hace con el propósito de perjudicarlo, por problemas personales muy independientes a que se haya dado una violación.

A través de un bosquejo histórico, veremos las etapas de evolución de los delitos de violación y del ejercicio indebido de un derecho, así como de la figura del matrimonio, esto con el propósito de conocer sus orígenes.

De igual forma daremos a conocer de los delitos de violación y el de

II

ejercicio indebido de un derecho sus conceptos, sus elementos, y actualmente en donde se encuentran regulados, por lo que en este punto nos daremos a la tarea de investigar en que códigos penales del país se encuentra regulado el delito de ejercicio indebido de un derecho y con esto llegar a la conclusión, de la necesidad que podría existir en algunos códigos penales de otros estados que se regule el delito en cuestión, así mismo conoceremos la opinión que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el tema a investigar.

Por otro lado, y para entender un poco más sobre la problemática que aquí se planteará, conoceremos los derechos y obligaciones que cada uno de los cónyuges tiene dentro del matrimonio, y uno de esos derechos que más nos llama la atención por la naturaleza misma de la investigación es el derecho a la relación sexual con el débito carnal, derecho que se contrapone por el delito de violación entre cónyuges, lo que trae como consecuencia confusión en algunas ocasiones para con los encargados de administrar justicia.

El propósito de esta investigación es más que nada encontrar un alternativa para que no se quede impune ninguna conducta que sea prohibida por la ley, proponiendo una reforma al Código de Penal del Estado de México, que se deba sancionar, no como una violación, pero sí como ejercicio indebido de un derecho e inclusive hacer una propuesta en el sentido de aumentar su penalidad de este último delito.

Por último, cabe advertir al lector que la presente investigación tiene límites de un particular punto de vista, de un criterio propio que se sostienen al respecto, pero en base a una realidad socio-jurídica, se ha pretendido no solamente hacer una mera recopilación de datos, sino expresar abiertamente un

III

criterio personal al considerar acertada dicha propuesta en esta tesis, misma que se deja a consideración de ustedes.

CAPÍTULO I

1.- ANTECEDENTES DE LA VIOLACIÓN, DEL MATRIMONIO Y DEL EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO.

1.1.- En el Derecho Romano.

La violación.- Durante su historia legislativa revela que sus sanciones se han caracterizado principalmente por su rigor.

En el derecho romano no podía ser la excepción a pesar de que no existía una categoría específica para la violación, sancionándola como una especie de los delitos de coacción y, a veces de injuria, el profesor González de la Vega al citar a Mommsen, señala que "vis es el poder, y sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona, ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o, lo que es lo mismo, por miedo (metus), para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción." (1)

Dentro de los delitos de coacción en el derecho romano se sancionaba precisamente con pena capital el stuprum violentum. La Lex Julia de vis pública igualmente le reservaba la penalidad de muerte ya que se consideraban este tipo de delitos como casos graves de coacción contra la libertad de las personas. En la antigua Roma existían dos tipos de delitos los - - -

(1) González de la Vega Francisco "*Derecho Penal Mexicano*", Editorial Porrúa, S.A., 17a. Edición, México 1981, Pag. 381.

públicos (crimina) y los privados (delicta), y tratándose de delitos en donde existía la violencia carnal se consideraban como delitos privados ya que causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social. Se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada en favor de ella. Fueron evolucionando desde la venganza privada, pasando por el sistema del talión y por el de la composición voluntaria.

Pero también los delitos privados se convertían en públicos como nos explica el maestro Margadant el cual dice "En tiempos de Sila, una Lex Cornelia había otorgado a la víctima de lesiones físicas, de violación del hogar y de difamación, una opción entre la citada acción y el procedimiento previsto para delitos públicos; y, en tiempos de Justiniano, toda la materia de la injuria sale del campo de los delitos privados para entrar en el de los delitos públicos. Esto es sólo una ilustración especial de la ley general, según la cual los delitos privados se transforman gradualmente en delitos públicos, a causa de la perturbación general y el sentimiento de inseguridad que suelen acompañarlos." (2)

Nos podemos dar cuenta que en el Derecho Romano no existía el delito de violación como tal, era equiparado como un injuria o una lesión y siempre fué considerado como un delito grave con severas sanciones llegando inclusive a castigar con la pena capital.

El matrimonio.- Es una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizas ninguna tan - -

(2) Floris Margadant S. Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge, S.A., 4a. Edición, México 1970, Pag. 441.

antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia y clave para conservar la especie.

Aunque Roma parece ser, según lo manifiestan algunos estudiosos, la cuna del derecho, no podemos hablar de alguna definición de el matrimonio, pues la concepción romana de esta figura es muy distinta a la que en nuestros días conocemos, debido a la influencia que ejercía el derecho canónico.

El matrimonio en Roma era considerado como una situación meramente de hecho, por lo que no representa antecedentes considerables, en la concepción actual del mismo, pero sí genera consecuencias jurídicas, dignas de tomarse en cuenta.

A decir de Gumesindo Padilla para los romanos "El matrimonio es una situación de hecho meramente social, el derecho no regula la forma como debe celebrarse, son importantes los actos sociales que inician la convivencia, y también la constitución de la dote, aunque ni unos ni otra sean en rigor, imprescindible." (3)

Según lo manifiesta Di Pietro, no se puede definir o encuadrar a una categoría jurídica la Institución Matrimonial Romana, por lo que destaca los - - -

(3) Padilla Sahagun, Gumesindo, *"Derecho Romano Primer Curso"*, Editorial UNAM, México 1988, Pag. 70.

siguientes elementos:

"I. Se trata de una institución social con relevancia jurídica, que consiste en una permanente situación, en un status de convivencia de dos personas de sexo distinto con la voluntad de ser marido y mujer (*afectio maritis*) y constituyentes de una sociedad doméstica.

II. El elemento anímico predomina sobre el material: *Nupcias non concubitus sed consensus facit* (al matrimonio lo hace el consentimiento no la unión carnal).

Es el elemento anímico, la voluntad, no se requiere como el derecho moderno de expresión solemne en un instantáneo acto inicial, del que se originan las consecuencias jurídicas permanentes del estado matrimonial, las que subsisten aunque esa voluntad haya dejado de existir.

Para los romanos se requiere una voluntad permanente, continua que se manifiesta o presume con el hecho mismo de la convivencia..." (4)

Por su parte Marcel Planiol y Georges Ripert, en su tratado elemental de Derecho Civil, señalan: "En la antigüedad romana el matrimonio había sido solemne; tuvo sus formas particulares, una de ellas consistía en una ceremonia religiosa la *CONFARREATIO*, otra puramente civil; la *COEMPTIO*. Pero estas solemnidades que ciertamente en su origen habían sido las formas del - - - - -

(4) Di Pietro Elli, "*Derecho Romano*", Editorial Porrúa S.A., Lasio Italia, 1978, Pag. 368.

matrimonio mismo, con el tiempo no eran suficientes sino para adquirir la potestad especial llamada "Manus", y el matrimonio podía formarse sin ellas..."

(5)

Al respecto podemos considerar, que no se trata de una formalidad en los matrimonios romanos, ya que las figuras de la *confarreatio* y la *coemptio*, no son propiamente la constitución de un matrimonio, sino que son actos de otra índole que producían ciertas consecuencias jurídicas, y no propiamente es la formalidad que revistiera el matrimonio para tener validez, ya que si estos actos no se llevaban a cabo, el matrimonio ni era nulo.

Al respecto de las figuras de la *confarreatio* y la *coemptio* Gumensindo Padilla señala:

Para observar estos supuestos es necesario hablar de la potestad llamada *manus*, "Manus es la potestad que tiene el marido sobre su *uxor* (esposa) o sus *nueras*. La mujer que está bajo la *manus maritii* rompe los vínculos de agnación con su familia, para ingresar a la familia de su marido como *agnada*, de esta manera quedará *loco filiae* (en lugar de una hija) si su marido es *sui iuris*, o bien *loco neptis* (en lugar de su nieta) si su marido es *alienii iuris*. La *manus* no se produce automáticamente por la celebración del matrimonio, sino requiere de un acto especial..." (6)

(5) Planiol, Marcel y Georges Rippert, "*Tratado Elemental de Derecho Civil*", Tomo III, Puebla, México 1983, Pag. 328.

(6) Padilla Sahagun, Op. cit., Pags. 74 y 75.

El mismo autor nos habla de los modos de adquirir la manus, y de acuerdo con las Instituciones de Gayo, existían tres, y son precisamente las figuras de la *Confarreatio*, la *Coemptio* y el *Usus*, mismos que se describen a continuación:

"a) *CONFARREATIO*. Esta forma estaba para los Patricios en un principio. Se celebraba en honor de Júpiter ante un *Flamen Dialis* (sacerdote de Júpiter) y diez testigos, se pronunciaban ciertas palabras solemnes y los esposos debían comer pan de trigo (*panis farreus*).

b) *COEMPTIO*. Consistía en una venta ficticia por *mancipatio*, que celebraba el paterfamilias de la mujer, o ella misma si es *sui iuris*...

c) *USUS*. La convivencia ininterrumpida de la mujer con su marido daba a este la manus. Esta posesión podía ser interrumpida por la mujer, pasando tres noches (*trinoctium*) cada año fuera del hogar conyugal y evitar esta especie de usucapión..." (7)

Di Pietro nos cita la definición de Modestino, acerca del matrimonio:

"*Nuptiae sunt convictio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (El matrimonio es la unión del varón, y la mujer, sociedad de toda la vida, comunión del ordenamiento divino y humano más que técnicamente jurídica, alude a la base real de la unión de dos personas -

(7) Padilla Sahagun, *Ibidem*, Pags. 75 y 76.

de diverso sexo con voluntad de total comunión de vida social y espiritual.

La de Consortium omnis vitae-si no es una interpolación justiniana debe interpretarse no como dando un carácter vitalicio o indisoluble del matrimonio, sino como intención o voluntad de los cónyuges, que debe ser la de constituir una comunión perpetua y no un vínculo temporal. La voluntad debe, pues, ser plena e incondicionada."(8)

De los requisitos para contraer matrimonio en Roma, podemos mencionar los siguientes:

Entre otras cosas; se requería que los contrayentes tuvieran edad idónea, los hombres deberían tener catorce y las mujeres doce años, es decir que fueran púberes, para lo que se establecieron las mencionadas edades, en las que se llegaba a la pubertad.

Por otra parte existía la necesidad de pertenecer al mismo status social o grupo nacional, es decir que para el matrimonio pudiese ser válido era necesario que los contrayentes gozaran del ius conubii recíprocamente, de lo contrario no es considerada iusta nuptiae, esta facultad llamada connubium, se puede expresar con los siguientes ejemplos:

No podían contraer matrimonio los libres matrimonio los libres con los esclavos, los ingenuos con los libertos, los particios con los plebeyos, los - - -

(8) Di Pictro, Op. cit., Pag. 368.

ciudadanos romanos con los peregrinos, etc.

Por último era necesario el consentimiento de los contrayentes, además el del paterfamilias del cónyuge *alieni iuris*, al respecto Di Pietro realiza la siguiente observación: "Este consentimiento que tiene el carácter de autorias se habría requerido según el derecho clásico sólo para el momento inicial del matrimonio, no como el de los cónyuges que debe ser permanente.

Así pues, una vez dado el consentimiento del pater, su cambio de voluntad no puede alterar el hecho jurídico del matrimonio, cuya persistencia depende exclusivamente de la *afectio maritalis*." (9)

Asimismo, existen impedimentos, seguramente por razones de tipo ético, social y religioso, por los cuales se niega la facultad de contraer matrimonio, los cuales se enumeran a continuación:

Porque existiera un matrimonio previo, sin que éste se haya disuelto, ya que la monogamia era característica de esta civilización.

- Por diferencias sociales; la *Lex Iulia* prohibía a la clase senatorial contraer matrimonio con libertades, con mujeres abyectas, actrices, prostitutas, etcétera.

Por sanciones penales, se prohíbe el matrimonio de la adúltera y del -

(9) Di Pietro, *Idem*, Pag. 372.

raptor con su víctima.

Por motivos éticos; está prohibido el matrimonio del tutor con la pupila, antes de rendir cuentas, también el de los magistrados con mujeres de provincia, hasta en tanto duraran sus funciones.

Por motivos de parentesco, en línea recta en cualquier grado, en línea colateral se prohíbe entre hermanos, tíos y sobrinos, por adopción y consanguinidad en los mismos grados.

Por motivos religiosos, se prohibió entre hebreos y cristianos, entre padrino y ahijada.

Por no haber transcurrido para la mujer el plazo de diez meses desde la muerte de su anterior marido, después se amplió a un año, con el fin de evitar la confusión de sangre (*turbatio sanguinis*).

El matrimonio romano (*iusta nuptiae*) produce los siguientes efectos:

Los concebidos de tal unión se reputan hijos legítimos, ciudadanos romanos, y sujetos a la patria potestad del pater.

Se establece el vínculo de afinidad.

Existe la obligación de fidelidad de la mujer.

Entre cónyuges nacen los derechos sobre alimentos y sucesiones.

Existe prohibición de donaciones entre los cónyuges, mientras subsiste el matrimonio.

Existían distintas formas de disolver el vínculo matrimonial en Roma, entre los cuales destacan las siguientes:

La muerte de cualquiera de los cónyuges, como principal causa, pone fin al vínculo matrimonial. El marido podía contraer un nuevo matrimonio inmediatamente, en cambio la mujer debía esperar un plazo de diez meses que después se amplió a un año, con el fin de evitar la confusión de la paternidad.

Por *Capitis Deminutio Maxima*, es decir la reducción de una persona libre a la esclavitud, rompía el vínculo matrimonial ya que no podía subsistir el matrimonio entre esclavos y libres.

Cuando caía prisionero del enemigo uno de los cónyuges, en virtud de que el matrimonio lo constituía una situación de hecho y de convivencia, por lo que si el prisionero regresaba y el cónyuge no habría contraído un nuevo matrimonio, no se entendía que continuaba el anterior matrimonio, sino la celebración de un nuevo matrimonio.

Por *Capitis Deminutio Media*, es decir la pérdida de la ciudadanía, en el mismo caso que el que cae en la esclavitud, al perder su condición de ciudadano, no puede subsistir el matrimonio.

Y por último también se disolvía el vínculo matrimonial en Roma por divorcio.

El Ejercicio Indebido de un Derecho.- En Roma no existía propiamente este delito ya que no hay ningún antecedente del mismo sin embargo, el maestro Teodoro Mommsen nos habla de los delitos sexuales en el Derecho Romano manifestando que son los siguientes:

- "1.- Unión entre parientes (incesto) e impedimentos matrimoniales.
- 2.- Ofensa al pudor de la mujer (adulterium, stuprum).
- 3.- Rufianismo (lenocinium).
- 4.- Matrimonio deshonoroso.
- 5.- Bigamia.
- 6.- Rapto.
- 7.- Pederista." (10)

De estos delitos uno de los que puede ajustarse al estudio del que nos ocupa y en donde podía existir algún antecedente respecto al Ejercicio Indebido de un Derecho en Roma sería el Rufianismo (lenocinium) ya que este delito según nos manifiesta el maestro Mommsen se compone de los siguientes elementos:

(10) Teodoro Mommsen. "*Derecho Penal Romano*" Editorial Temis, Bogotá Colombia 1991. Pag. 427.

"1.- El percibir uno de los esposos alguna recompensa por los agravios al pudor ejecutados por el otro.

2.- El ceder la propia morada para que en ella pudieran realizar sus uniones carnales otras personas, comprendiendo entre estas uniones carnales la pederastia.

3.- El dejar libre un marido al adúltero código infraganti, y el no pedir el divorcio.

4.- El aceptar o facilitar la aceptación de una suma de dinero, a cambio de no promover o de desistir de la acción de adulterio.

5.- El transigir sobre una querrela de adulterio ya interpuesta y retirarla.

6.- Contraer matrimonio con una mujer antes condenada por causa de adulterio..." (11)

De lo anterior podemos determinar que el Rufianismo en Roma fué lo más parecido a lo que en la actualidad llamamos como Ejercicio Indebido de un Derecho ya que en el mencionado delito existían ciertos derechos del hombre sobre la mujer y principalmente refiriéndose a cuestiones de carácter sexual, siendo éste el único antecedente que existía en Roma sobre éste delito.

(11) Idem.

1.2.- En México.

1.2.1.- Epoca Prehispánica.

La violación.- Es importante antes de conocer sobre éste delito en esta época, que el territorio que ocupa hoy la República Mexicana, florecieron y se desarrollaron grandes culturas y sociedades que contaban con un alto grado de sabiduría en las artes y ciencias. Los antiguos moradores de estas tierras poseían un avanzado conocimiento en la ciencia del derecho, que naturalmente estaba adoptado y se aplicaba de acuerdo a cada cultura, así como el tiempo que tenía vigencia.

El derecho penal fué de gran trascendencia cultural y política en las sociedades prehispánicas. Analizaremos a las culturas que se encontraron en el Anáhuac, o mejor conocido como Valle de México, siendo la cultura Mexicana la Tepaneca y Acolhuas, los grupos étnicos que formaron en su momento la llamada Triple Alianza (ya que compartían el liderazgo de la región, y su alianza era, tanto el comercio, la cultura, la política, la religión y la guerra). Que en su conjunto lograron un grado de civilización e ilustración elevado en comparación a otras culturas autóctonas; además de que sus sistemas jurídicos eran afines. Por estas razones llamaremos a estas tres culturas con el nombre común de "Aztecas".

En los antiguos pobladores del Anáhuac o Aztecas el derecho penal era transmitido de generaciones a generaciones, o de grupo a grupo en forma oral, es decir por mera tradición, ya sea en las escuelas de enseñanza "Calmecas" en discursos o comunicados de sus gobernantes, o de padres a hijos, de modo - -

que toda población conocía las conductas que eran prohibidas para todo hombre así como las penas y sanciones que se imponían.

Los Aztecas tenían un derecho penal que se caracterizaba principalmente como sinónimo de severidad moral, con una concepción de la vida extrema en rectitud en sus actos y apegado estrechamente al rigor político como se explica a continuación:

"Especialmente sería por este concepto, era la legislación de Texcoco; ni toda su inclinación para las artes pacíficas pudo mitigar la severidad del derecho penal. Se habría podido esperar en Texcoco un derecho menos duro que en el Estado militar de Huitzilón (Tenochtitlan); pero era lo contrario, el Código Penal de Texcoco era más severo, los castigos establecidos por Nezahualcóyotl, llevaban un sello de mayor rigor."(12)

Las penas que eran aplicadas a los sujetos que cometían un delito no eran muy variadas, pero con la aplicación de las penas se pretendía provocar un daño mucho más grave que el acusado, para los Aztecas el concepto de readaptación del delincuente no era conocido, la pretención era aplicar el castigo con la seguridad de que el delincuente nunca volvería a cometer otro ilícito, esto con el fin de evitar la reincidencia. Así pues, las penas que se imponían en aquella época eran: El descuartizamiento en vida, la decapitación, la estrangulación, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asentamiento,

(12) Kohler De Berlín, J. "El Derecho de los Aztecas" Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México 1924. Compañía Editora Latino Americana. Pag.57.

confiscación de bienes y la demolición de la casa. Conocían además un cierto tipo de cárcel: "...había una prisión llamada Cuauhcallí y según el señor Orozco servía para los sentenciados a muerte, y distinguiéndose de la Tielpilo y aunque era para los presos de penas leves; para Molina no hace distinción y Mendieta afirma que servía la cárcel para grandes delincuentes como los que sufrían la pena de muerte, y que ahí los trataban muy mal, y que para los demás bastaba que el ministro de justicia pusiese al preso en un rincón con unos palos delante. La prisión duraba mientras se sentenciaba el juicio o se cumplía la pena corporal." (13)

De lo anterior se desprende que su concepto de prisión duraba únicamente unos días y no trascendía más allá, la prisión conocida por nuestros antepasados era distinta del concepto que tenemos en la actualidad.

Los Aztecas tenían un concepto del delito de violación bastante acertado, ya que tenían valores de notable significado, con respecto a los padres, a las autoridades y a sus vecinos, y entre ellos protegían la libertad sexual de las personas, considerando el delito de violación como altamente abominable. Los violadores eran sancionados con pena capital y la muerte se producía en distintas formas, como era el ahorcamiento y el aplastamiento de la cabeza con piedras, estas penas se aplicaban según el caso concreto y se hacía público para que la gente se abstuviera de cometerlo.

(13) "*México a través de los Siglos*" Dirección General de Vicente Riva Palacio, Tomo III, Editorial Cumbre S.A., México D.F., Pag. 73

Los Aztecas conceptualizaban al delito de violación de la siguiente forma: "El que forzaba a una doncella tenía pena de muerte, si era en el campo o en la casa de su padre" (14)

Para los Aztecas no se protegía la libertad sexual de las prostitutas como nos manifiesta el Maestro Delgado Moya que dice: "Para la violación había pena de muerte; con excepción del caso de ramera." (15), lo anterior nos demuestra que en esas culturas cierto tipo de gente era considerada inferior, como eran los esclavos y las prostitutas, siendo restringidos de sus derechos.

A las mujeres pero sobre todo a las jóvenes y las vírgenes eran cuidadas celosamente, cuando un sacerdote dedicado al servicio de su respectivo templo y abusaba de alguna mujer, era privado del sacerdocio y desterrado cuando era considerado culpable del delito de violación aunque la pena era más leve de los demás integrantes de la sociedad. Igualmente hasta los más altos personajes del gobierno eran sujetos de aplicación de estas leyes, es decir no por el hecho de su linaje se les consideraba inmunes a las penas.

El Maestro Kohler nos proporciona datos de un caso de violación en la cual se aplicó la violencia moral a la víctima siendo el siguiente: "...nos es relatado del tiempo del primer Rey de México, Acamapichtli (1367 a 1387). Una mujer había robado maíz de un granero, lo que tenía como pena de muerte o la esclavitud; un hombre que la había visto prometió no denunciarla si se le

(14) Idem.

(15) Delgado Moya Rubén *"Antología Jurídica Mexicana"* Extracto de *Leyes de Nezahualcóyotl*, México D.F., Editorial Industrias Gráficas Unidas. Pag. 91

entregaba, a lo que ella accedió; la mujer fué perdonada y el hombre esclavizado."

"La crónica del tiempo del tercer Rey de México, Chimalpopoca (1415-1426), refiere un caso inverso de violación: una mujer que abusó de un hombre ebrio fué lapidada..." (16)

Es importante manifestar que aunque no tenía los Aztecas en su derecho penal una redacción escrita del delito de violación, era conceptualizado correctamente, entendiendo los aspectos elementales del mismo y con ello castigaban a los criminales del mencionado delito.

En conclusión en delito de violación para los Aztecas era considerado como un delito altamente perjudicial para la víctima y vergonzoso para la sociedad, y con este estudio nos dimos cuenta del alto conocimiento jurídico en el derecho penal que tenían nuestros antepasados.

El matrimonio.- En esta época y al hablar sobre esta figura es importante recordar que a la llegada de los españoles, el actual territorio mexicano estaba habitado por diversos pueblos indígenas prácticamente constituidos en su organización política y social.

En cuanto al derecho privado indígena se conoce muy poco en lo que se refiere a la organización jurídica del matrimonio; pero, destacan sobre el

(16) Kohler de Berlín J. op. cit. Pag. 64.

particular, las civilizaciones maya y azteca, mismas a que se hace referencia a continuación.

Los mayas florecieron entre las actuales regiones de Tabasco y Honduras en los siglos IV y X d.C., cuyo imperio estuvo constituido por un conjunto de ciudades-estados dirigidos por nobles y sacerdotes.

Ahora bien, en cuanto al matrimonio, se sabe que se efectuaban ciertos ritos de pubertad, mismos que culminaban hasta que los adolescentes se casaban. El matrimonio era esencialmente monogámico, aunque con frecuencia se presentaba una poligamia sucesiva, pero prevalecía preferentemente el matrimonio monogámico, en el cual, en vez de dote, el novio paga al suegro "el precio de la novia"; de igual forma, hubo intermediarios especiales que concertaban los matrimonios, llamados atanzahob.

Los Aztecas, de origen nahua, partieron de Aztlán para establecerse en el Lago de Texcoco, fundando la ciudad de Tenochtitlan (1325 d.C.). Se distinguieron por ser un pueblo eminentemente guerrero, puesto que ejercieron una fuerte dominación política sobre una extensa parte del territorio mexicano, mismo que sería más tarde conquistado por Hernán Cortés.

Sobre el matrimonio azteca, se tiene conocimiento que este era considerado como una institución de utilidad pública debido a su enérgica imposición del matrimonio a los que llegaban a cierta edad.

El matrimonio era monogámico, pero se admitía la poligamia sin embargo, una esposa tenía preeminencia sobre las demás, y esto se refleja de

igual manera en los hijos de ésta en caso de repartición de la herencia del padre.

En lo que a los impedimentos se refiere, estos eran el parentesco, en línea recta por consanguinidad o afinidad, o en línea colateral hasta el segundo grado y el sacerdocio. También se requería el consentimiento del padre y de los contrayentes.

El ejercicio indebido de un derecho.- Tanto en Roma como en esta época tampoco existe un antecedente del delito en estudio, pero si existen figuras jurídicas en común.

En los pueblos del valle de México de la época prehispánica, la esposa del hombre común tenía, como muchas ocupaciones: el cuidado de los niños, la cocina y el tejido. Además se hacía cargo de los guajolotes y ayudaba en la agricultura, por lo general la familia indígena era monógama. El adulterio sólo era castigado si lo cometía la mujer y la poligamia estaba limitada a las clases altas donde los dignatarios poseían varias concubinas a la vez.

Es importante recalcar el alto conocimiento jurídico que en el derecho penal tenían nuestros antepasados, pero a pesar de esto siempre existió un derecho del hombre sobre la mujer y que en nuestra actualidad se podría castigar como un delito y que sería el ejercicio indebido de un derecho.

El maestro T. Esquivel nos señala un antecedente del que pudo haber sido en aquella época algo parecido al delito analizado en este punto, y manifiesta que: "En la comisión de un delito lo único que se veía era la trasgresión de una costumbre el desobedecimiento a un mandato expreso o

tácito del soberano, y la base del castigo era la misma que en un ejército: la violación de la disciplina." (17)

1.2.2.- Epoca Colonial.

La violación.- la Gran Tenochtitlan al ser conquistada por los españoles, sufrió una serie de cambios radicales, las sociedades aborígenes fueron prácticamente arrasadas junto con su forma de gobierno, costumbres etc. dando origen a una civilización heterogénea de vencedores y vencidos.

En la Conquista y durante el período virreynal existió una terrible desigualdad social, ya que en cuanto al orden jurídico en esa época, las leyes no se aplicaban de manera genérica e imparcial a todos los habitantes de la Nueva España, era común y casi normal la violación de derechos humanos, no se sancionaban conforme a las leyes establecidas los delitos; se cometieron toda clase de injusticias, abusos y atropellos a las razas vencidas. Resultando en vano los esfuerzos de los reyes de España para humanizar e igualar el trato de los indios con los españoles, en el año de 1543 reunieron a gente selecta, como teólogos, juristas, hombres de estado con verdadera ciencia humana para promulgar lo que denominaron las "Nuevas Leyes" en estas leyes se exigía un mejor trato a los indios, pero existieron muchos factores que provocaron que dichas leyes fueran prácticamente inoperantes, como fueron las grandes distancias, la falta de comunicación y las conveniencias personales y en ninguna

(17) T. Esquivel Obregón *"Apuntes de la Historia del Derecho Mexicano"*, Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición, México 1984, Pag. 184.

de estas disposiciones se preceptuaba el delito de violación.

Se caracterizó el período virreynal en México por la gran abundancia de leyes y disposiciones jurídicas en materia penal, por ejemplo, encontramos que: "Supletoriamente estuvo aquí en vigor el derecho penal castellano que proporciona la mayor parte de las normas aplicables en las Indias. Este derecho en su aspecto penal (como en otros) no es muy homogéneo: Como sus fuentes debemos mencionar el fuero juzgo, el fuero viejo, el fuero penal, las Siete Partidas el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación con sus nuevas añadiduras (o sea los autos acordados) y finalmente la Novísima Recopilación. Entre otras fuentes sobresalen las siete partidas, la séptima de las cuales contienen normas de Derecho penal (aunque estas tampoco faltan en las demás partidas)... A pesar se algunos aciertos (como la libertad bajo fianza p. 7. 11. 16, la necesidad de una autorización judicial para el encarcelamiento y un límite de dos años para el proceso penal) se trata de un sistema muy primitivo con restos de los juicios de dios diferenciación del tratamiento según la clase social, aplicación del tormento confusión constante del pecado y delitos y penas crueles. Al lado de las partidas la nueva novísima recopilación sobretodo en sus libros VIII y XII respectivamente, contienen material importante para la práctica penal novohispana" (18)

En el período novohispánico el delito de violación si fue preceptuado en las leyes citadas con antelación, y las personas que cometieran este delito se les castigaba con pena de muerte por medio del empalamiento hasta el deceso

(18) *"Introducción a la Historia del Derecho Mexicano"*, 3a. Edición, corregida y aumentada, Editorial Esfinge S.A., México D.F., 1978, Pags. 104 y 105.

del criminal, también se empleaba la mutilación en vida o la hoguera, dichas penas eran impuestas según la calidad de la víctima y del victimario, esto es dependía de su clase social, así como de su raza.

Nos dice el maestro González de la Vega como se castigaba el delito de violación en ese período: "en el Fuero Juzgo (Ley XIV, título V, libro III) se ordenaba: Si algún omne fiziere por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre: si el omne es libre recibe 100 azotes, é sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza: é si es ciervo, sea quemado en fuego. En la Partida Setena (Ley III, título XX), se decía: Robando algún omne alguna mujer viuda de buena forma, o vírgen, o casada, o religiosa, a yaciendo con alguna dellas por fuerza, si le fuere probado en juicio, debe morir por ende: é demás deben ser todos sus bienes de la mujer que assí oviessse robada... E la pena que diximos de suso que debe aver el que forzasse alguna de las mujeres sobredichas, essa misma deven aver los que le ayudaron a sabiendas a robarla: mas si alguno forzasse alguna mujer otra, que non fuesse ninguna de estas sobredichas, deve aver pena por ende, segun alvedrío del judgador; cantando quien es aquel que fizo la fuerza, e la mujer que forzó, e el tiempo, e el lugar en que lo fizo." (19)

Por lo anterior podemos darnos cuenta que en materia de delitos sexuales en la época que se estudia en este punto, en nuestro país no tuvo avances jurídicos de gran importancia, ya que existía una ambición desmedida de la riqueza, del deseo de poseer grandes extenciones de tierra, esclavos o servidumbres, así como el afán de obtener e imponer el dominio político y

(19) González de la Vega Francisco, Op. cit., Pag. 381.

religioso de nuestra patria, y por otro lado los continuos cambios en las leyes penales, hacen poco probable que existiera una verdadera impartición de justicia en los delitos del orden sexual y específicamente en la violación, esa época tan convulcionada de nuestro país, en donde se observan transiciones que difícilmente pueden asimilar los pueblos; en donde existieron habitantes de contrastantes clases sociales, subyugados y privilegiados, donde el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos del hombre como seres pensantes, no existen, en consecuencia las conductas delictivas del orden sexual resultaban ser de los más intrascendente.

El matrimonio.- en esta época al ser conquistada la antigua civilización azteca por los españoles, el territorio mexicano se convierte de esta forma en la colonia denominada la Nueva España, misma que queda sometida al gobierno de la Corona Española.

Durante esta época, la iglesia tenía el pleno dominio en lo económico, en lo político y en lo social. Sin embargo, su participación en los actos sociales fue discutida por los grupos liberales, quienes pretendieron elaborar una legislación civil, fundamentada en el derecho francés, particularmente el Código de Napoleón.

Ahora bien, entrando en materia, se ha de manifestar que el autor Raúl Ortiz Urquidi, en su obra "Matrimonio por Comportamiento" expresa "que los españoles impusieron a la población de la Colonia, sus costumbres y sus leyes, iniciando más tarde el Concilio de Trento en 1545, cuya legislación fue aplicada a las Indias Occidentales basada en el Derecho Castellano, cuyas disposiciones en materia de matrimonio fueron destinadas a los indígenas,

quienes fueron evangelizados, a fin de que renunciaran a su religión pagana y se convirtieran al cristianismo, y por ende, abandonaran la poligamia que practicaban y contrajeran matrimonio monógamo, bajo los lineamientos de la iglesia católica " (20)

De lo anterior, se destaca que en este período, la Iglesia y las leyes españolas eliminaron en forma absoluta la costumbre tradicionalista en que los indígenas se unían con diversas mujeres, con el fin de que estas disposiciones indujeran a aquéllos a contraer sólo el matrimonio monógamo y cristiano, mismo que la Iglesia reconoció como válido, y por consiguiente, como la única forma moral de fundar la familia.

Cabe mencionar asimismo, que la comisión redactora, en la exposición de motivos, libro primero del Código Civil vigente en el Distrito Federal, elaborado en 1928, entrando en vigor en 1932 y es el que actualmente se encuentra en vigor, recoge el principio citado en la línea última del párrafo anterior en los siguientes términos: "...pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia..".

Por otro lado, expresa el doctor Ortiz Urquidi, "que el matrimonio celebrado por los indios se basaba en el puro consentimiento de éstos para que la unión se reputar como válida y legal, sin ser necesaria la celebración de

(20) Ortiz Urquidi Raúl, "*Matrimonio por Comportamiento*", Tesis Doctoral, México 1955, Pag. 83.

ceremonia alguna, es decir, bastaba el mutuo consentimiento de las partes, manifestado por la convivencia y el trato sexual recíproco. " (21)

No obstante lo anterior, haciendo una investigación más profunda en lo que respecta a determinados requisitos que se cumplían en la celebración del matrimonio en la Colonia, se tienen datos específicos al respecto, mismos que se contienen en la Enciclopedia Jurídica Omeba, la cual menciona la existencia de diversas leyes vigentes en la época, que contienen preceptos de carácter matrimonial como son: Derecho Castellano, la Recopilación de Indias, las Leyes de Toro, las Siete Partidas, entre otras.

Estas últimas definen al matrimonio como el "ayuntamiento o enlace de hombre y mujer hecho con intención de vivir siempre en uno, guardándose fidelidad". A su vez, las Partidas consideraban al matrimonio como un contrato entre los desposados, pero la Iglesia la elevaba a rango sacramental, en razón de su significado y fines divinos; o sea, que el matrimonio era sólo válido si era contraído bajo los principios del derecho canónico. (22)

De lo anterior apuntado, se desprende que en este período aparece la figura del matrimonio como contrato-sacramento; es decir, existe del mismo desde dos puntos de vista: civil y canónico. Después, con la promulgación de las Leyes de Reforma en 1859, se produjo la separación definitiva entre ambas legislaciones en razón del matrimonio, como se ha de ver posteriormente.

(21) *Ibidem*, Pag. 84.

(22) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XIX, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1984, Pags. 362 y 363.

Finalmente, retomando el punto concerniente a los requisitos para celebrar el matrimonio se tiene los siguientes:

"a) El consentimiento de los contrayentes como un requisito indispensable;

b) Los impedimentos en relación al grado de parentesco material y espiritual que se oponen al vínculo matrimonial mismos que son los de consanguinidad en primer término hasta el cuarto grado;

c) La publicación de las proclamas o amonestaciones, las cuales se publicarán en el lugar donde se ha de efectuar el matrimonio, así como el lugar de origen de los contrayentes, a fin de evitar la bigamia o la unión entre parientes;

d) La presencia de dos testigos, a fin de que el acto adquiriera validez;

y

e) La celebración del matrimonio ante la presencia de un clérigo oficiante.(23)

El ejercicio indebido de un derecho.- En la Conquista de México tampoco existió propiamente un antecedente del delito en cuestión, por que como ya se dijo con anterioridad en esa época las leyes no se aplicaban de

(23) Idem. Pags. 363 y 364.

manera genérica e imparcial a todos los habitantes de la Nueva España y era común y casi normal la violación de derechos humanos.

De lo anterior se desprende que el único antecedente en común al delito analizado que pudiera existir sería a lo ya dicho en el capítulo correspondiente al delito de violación de esta misma época.

1.2.3.- Época Independiente.

La violación.- México en el año de 1810, sufre un nuevo cambio radical. La influencia de factores tales como las ideas de libertad que llegaban de Francia en Europa y Estados Unidos en América del Norte; así como el creciente descontento de los indígenas con sus gobernantes españoles; el descontento de los Criollos por obtener igualdad de derechos que los Peninsulares, entre muchos otros, motivan el surgimiento de la guerra de Independencia, la cual culminó en la emancipación de nuestra patria del dominio español, surgiendo, como una nación libre y soberana con plena autonomía para promulgar leyes internas.

En el ámbito jurídico, también se realizaron cambios sustanciales, se crean ordenamientos en materia penal, en lo tocante al delito violación existen modificaciones sustanciales en cuanto a la impartición de justicia. Debemos mencionar que México vuelve a sufrir otra vez de cambios radicales, los delitos del orden sexual, en la violación la mayoría de los casos pasan desapercibidos, manifestando la maestra Martínez Roaro que: "Los años que antecedieron o sucedieron a la independencia y a los demás períodos históricos hasta antes de la revolución de 1910. La Crónica de los libros de Historia se sumergen y brotan

entre narraciones épicas; describen una interminable serie de batallas de origen político, campesino, laboral, y religioso; las leyes al respecto van y vienen; las treguas; los golpes de Estado, las fechas de combates, los hombres, las biografías y las historias de los cientos de héroes con que contamos son temas inagotables y todo esto es lo que importa. El desarrollo sexual del individuo con sus pros y sus contras con sus consecuencias positivas y negativas es algo en lo que nadie piensa. Y es que talvez cuando un país se convulsiona en su desarrollo, en su transformación, el sexo no influye para nada; esto sucede cuando hay calma y tiempo suficiente para darnos cuenta de que la vida sexual nos condiciona desde el momento mismo en que somos engendrados." (24)

En la etapa de la Independencia y la Revolución Mexicana se caracteriza por una indiferencia extrema hacia nuestra propia sexualidad, aunado a que en materia educativa la sexualidad era tratada con mucho pudor; los delitos de violación en su mayoría no se denunciaban y si se hacía, la sociedad se encontraba tan metida en asuntos de carácter político-social que jamás se administraba justicia.

En cuanto a la imposición de las penas el delito de violación tiene cambios. Se sustituye la pena de muerte por la privativa de libertad; sin dejar abandonado el concepto de que el delito de violación es un acto altamente ofensivo para la víctima así como para la sociedad en general, y no por tratarse de una pena privativa de libertad el delincuente no dejaba de ser torturado, pagando los acusados por haber perpetuado una violación grandes sufrimientos

(24) Martínez Roaro Maricela. "*Delitos Sexuales*" Editorial Porrúa S.A.. 4a. Edición México 1991. Pags. 60 y 61.

corporales.

El matrimonio.- en esta época es destacado por su suma importancia que tuvo la definitiva separación de la legislación civil y la ley canónica en cuanto al matrimonio.

Durante la primera etapa del México Independiente continúa la tradición de celebrar el matrimonio bajo las disposiciones del Derecho Castellano; es decir, persiste aún la tendencia de tipo religiosa en cuestiones matrimoniales, teniendo de igual forma el dominio en la política, en la educación, prácticamente en todos los sectores que rigieron la vida de los colonos.

En el período que comprende de 1810 a 1821 se originó la Guerra de Independencia, consumándose la misma en esta última fecha, obteniendo así la libertad de las Indias Occidentales que vivían bajo la opresión y el caciquismo español de este forma, la nueva nación inicia su vida independiente.

Es hasta el año de 1853 cuando propiamente se inicia la reforma religiosa en México, en la cual se suprimió la influencia de la Iglesia para regular el matrimonio; es decir, se inicia el fenómeno de la secularización Iglesia-Estado, surge entonces la necesidad de crear diversos cuerpos legales que regularan esta figura con un carácter meramente civil. Así se tiene el surgimiento de la Leyes de Reforma promulgadas por el Presidente de la República Mexicana, don Benito Juárez, en 1859; también se crea la Ley de Matrimonio Civil de misma fecha, en la que se origina finalmente la separación absoluta del orden civil y del orden canónico para conocer sobre el matrimonio.

Más tarde se crearon los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, los cuales precisan el concepto de matrimonio como una sociedad legal; después viene la promulgación de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que define al matrimonio como un contrato civil; y por último el Código Civil de 1928 (cuya vigencia inició en 1932) no plantea una definición literal y específica del matrimonio, pero establece los requisitos esenciales y de forma para la celebración del mismo.

El ejercicio indebido de un derecho.- En el año de 1884 cuando se creó el segundo Código Civil mexicano, surgió ya un antecedente del delito en estudio, ya que dicho código define al matrimonio estableciendo lo siguiente: *El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.* Con esta definición se desprende que en esa época ya existía una obligación de los cónyuges para perpetuar la especie y nuestro Código Civil vigente suprimió la anterior definición, pero en su reglamentación se contienen diversas disposiciones de las que se desprende que la relación sexual es derecho y correlativo deber entre los cónyuges al señalar 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.* Por lo que ya existía entre los cónyuges la obligación del concubito y, por tanto, derecho legal a su cumplimiento, reconociendo con esto la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal a su realización.

En 1917 al crearse La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, surgió otro antecedente del delito en estudio, al decirnos que: *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para*

reclamar su derecho. (artículo 17), con esta disposición constitucional se pone fin a todas las injusticias que se vinieron dando a través de la historia del matrimonio en nuestro país y de todas aquellas personas que indebidamente querían hacer uso de un derecho mediante la violencia.

No fue sino hasta el año de 1984, cuando se adiciono el texto contenido en el artículo 226 de nuestro Código Penal vigente en el Distrito Federal, dando respuesta a una demanda generalizada de sancionar a aquellos que siendo titulares de un derecho u ostentándose como derechos, lo ejercen haciendo uso de la violencia, sin someterse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión, poniendo un límite a la autojusticia, pero por ningún motivo trata de determinar el derecho que se tiene o se pretende tener el sujeto activo, sino únicamente se trata de sancionar a quien en forma ilícita pretende ejercitar tal derecho.

CAPÍTULO II

2.- EL DELITO DE VIOLACIÓN Y EL DEL EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO.

2.1.- Conceptos.

Violación.- Para poder conocer más sobre este delito es necesario citar diversos conceptos de algunos autores y de la misma legislación que lo regula.

El maestro José Arturo González nos da un concepto de violación que nos dice: "El delito más grave contra la libertad sexual es el de violación." (25)

De igual forma el maestro Jiménez Huerta nos dá un concepto de manera sistematizada al decimos que la violación es: "Cópula con violencia sin consentimiento de la victima." (26)

Para Guillermo Cabanellas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos dice que la violación es: "Delito contra la honestidad y contra la libertad que se comete yaciendo carnalmente con mujer, -

(25) González Quintanilla José Arturo "*Derecho Penal Mexicano*" Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México 1996, Pag. 255.

(26) Jiménez Huerta Mariano "*Derecho Penal Mexicano*" Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México 1996, Pag. 752.

contra su voluntad, por encontrarse privada temporal o permanentemente de sentido, por enajenación mental, anestesia, desmayo, o sueño; o por faltarle madurez a su voluntad para consentir en acto tan fundamental para su concepto público y privado, para la ulterior formación de su familia y por la prole eventual que pueda tener." (27)

González de la Vega nos comenta respecto a la violación: "La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral." (28)

Antonio de J. Lozano nos indica que la violación es: "La violencia que se hace á una mujer para abusar de ella contra su voluntad." (29)

El maestro López Betancourt nos da un concepto del delito de violación manifestando que: "Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, impone cópula a persona de cualquier sexo." (30)

El Código Penal del Distrito Federal señala que el delito de violación es: "Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona -

(27) Cabanelas Guillermo "Diccionario de Derecho Usual" Bibliográfica Omeba, 6a. Edición, Buenos Aires 1968, Pag. 410.

(28) González de la Vega Francisco, Op. cit., Pag. 379.

(29) De J. Lozano Antonio "*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas Tomo II*" Colección Clásicos del Derecho Mexicano editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2a. Edición, México 1992. Pag. 1154.

(30) López Betancourt Eduardo "*Delitos en Particular Tomo II*" Editorial Porrúa, S.A., 4a. Edición, México 1998, Pag. 175.

de cualquier sexo."

Y por otro lado el Código Penal del Estado de México nos dice que el delito de violación es: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta."

De lo anterior podemos observar que todos y cada uno de los conceptos antes vertidos contienen en esencia los mismos elementos; a continuación daremos nuestro propio concepto del delito en estudio considerandolo como: "Al que por medio de la violencia ya sea física o moral obligue a una persona no importando su sexo y no siendo ésta cónyuge del sujeto activo a tener cópula en contra de su voluntad."

Ejercicio Indebido de un Derecho.- A continuación citaremos algunos conceptos de autores y de la propia legislación para conocer un poco más sobre éste delito.

El maestro González de la Vega nos da un concepto que nos dice: "Aquellos que siendo titulares de un derecho u ostentándose como derechos, lo ejercen haciendo uso de la violencia, sin someterse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión." (31)

Jiménez Huerta al citar a Carrara nos dá otro concepto del delito en estudio el cual nos dice: "Del que creyendo tener un derecho sobre una cosa que

(31) González de la Vega Francisco "Código Penal Comentado" Editorial Porrúa, S.A., 12a Edición, México 1996, Pag. 175.

se encuentra en poder de otro o sobre otro individuo, lo ejercite con el fin de sustituir a la autoridad pública por su propia fuerza a pesar de la oposición cierta o presunta del individuo que posee la cosa o el derecho, siempre que no llegue a cometer violaciones especiales de otros derechos." (32)

El profesor Castellanos nos indica que: "Es que priva a la conducta del elemento antijuridicidad, y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito." (33)

Por otro lado Vasconcelos nos manifiesta en forma sistematizada que el delito de Ejercicio Indebido de un Derecho es: "Un excluyente de la antijuridicidad de la conducta o hecho típico." (34)

Para López Betancourt el delito en estudio es: "Aquel que lo comete aquella persona que teniendo una pretensión legítima en contra de alguien, la ejercite fuera de los causes legales, o sea, empleando violencia física o moral." (35)

El Diccionario Jurídico 2000, nos dice que "es una causa excluyente

(32) Jiménez Huerta Mariano *"Derecho Penal Mexicano Tomo V"* Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México 1984, Pag. 473.

(33) Castellanos Fernando *"Lineamientos Elementales de Derecho Penal"* Editorial Porrúa, S.A., 34a. Edición, México 1994, Pag. 211.

(34) Pavón Vasconcelos Francisco *"Diccionario de Derecho Penal"* Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición, México 1999, Pag. 411.

(35) López Betancourt Eduardo. op. cit. Pag. 585.

de responsabilidad usualmente consignada de manera expresa y genéricamente formulada entre aquellas a las que la ley atribuye ese efecto, y conforme a la cual se halla penalmente justificada toda conducta autorizada de manera expresa por un precepto permisivo, no ya en el derecho penal mismo, sino en el conjunto del ordenamiento jurídico. Ejemplo, entre muchos del ejercicio de un derecho es el del padre de corregir moderadamente a sus hijos, privándolos transitoriamente de su libertad ambulatoria. Algunos han creído reconocer, en ciertos casos de ejercicio de tales derechos, la ausencia de tipicidad y no una causa de justificación.

También ha solido sostenerse la superfluidad de declarar en la ley penal, de manera expresa la inexistencia de responsabilidad criminal de quien al ejercer un derecho consagrado positivamente, no actúa contraviniéndola en manera alguna. Existe, sin embargo, un manifiesto interés ordenatorio en consignar expresamente esa exclusión de responsabilidad criminal, en cuanto importa la manutención de ciertos principios que sirven de manera efectiva a la función del juzgamiento." (36)

El Código Penal del Distrito Federal señala que el delito en estudio es: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días de multa. En estos casos solo se procederá por querrela de la parte ofendida."

(36) Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyringht 2000, producido en CD.

De todos y cada uno de los conceptos vertidos con anterioridad, podemos darnos cuenta que cada autor cuenta con un criterio distinto para poder conceptualizar el delito en estudio, pero en esencia todos nos llevan a un objetivo en especial y el cual es excluir e imposibilitar la integración de otro delito que se pudiera dar, para que únicamente se sancione como ejercicio indebido de un derecho.

Una vez que conocimos diversos conceptos del ejercicio indebido de un derecho, a continuación daremos nuestro propio concepto considerandolo como: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar empleare la violencia, para llegar inclusive a proclamar un derecho marital a la cópula, no consentidos por la esposa o esposo."

2.2.- Elementos.

Violación.- De los elementos que se desprenden del delito de violación son los siguientes: a) Una acción de cópula; b) Que la cópula se efectúe en persona de cualquier sexo; c) Empleo de la violencia física o moral; d) Ausencia de voluntad del ofendido.

Por otro lado el Poder Judicial de la Federación señala que los elementos de la violación son los siguientes:

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

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo VIII-Noviembre. Pag. 333.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Chettino Reyna. Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia VI.2o.J/86, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, Tomo V, Enero de 1997, pag. 397.

El primer elemento es la acción de cópula que puede ser de manera normal o anormal, pero antes que nada y para poder conocer más sobre la cópula a continuación daremos a conocer lo expresado por El Poder Judicial de la Federación:

VIOLACIÓN. ACEPCION DEL VOCABLO COPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO. En el delito de violación, el elemento cópula es concebido por la ley penal en su más amplia acepción, o sea, cualquier unión, ayuntamiento o conjunción carnal, de ahí que por cópula debe entenderse la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, ya sea que por vía vaginal (normal), oral o anal (anormal). Por ende, si se demuestra que el quejoso introdujo el pene en la boca del sujeto pasivo, ello es

suficiente para tener por satisfecho ese extremo. (TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo VI Segunda Parte-2. Pag. 692.)

PRECEDENTES: Amparo directo 821/89. Alejandro Mondragón Fonseca. 31 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Santiago Felipe Rodríguez Hernández.

VIOLACION, DELITO DE. CONCEPTO DE COPULA. Para que exista cópula en el delito de violación no es necesario la plena consumación del acto fisiológico, pues para que ésta se dé, basta cualquier forma de ayuntamiento, normal o anormal, con eyaculación a sin ella. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo VII-Marzo. Pag. 224. PRECEDENTES: Amparo directo 8/91. Juan Ramón Sesma López. 6 de febrero de 1991. Mayoría de votos. Presidente: Pablo Antonio Ibarra Fernández. Ponente: Julio Cesar Vázquez-Mellado García. Secretario: Isidro Pedro Alcántara Valdés.

De lo anterior podemos decir que la cópula es cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, independientemente si existe o no

eyaculación, misma que puede ser realizada en forma normal, consistente en la introducción del pene por vía vaginal, o en forma anormal, que consiste en la introducción de miembro viril por vía anal u oral.

El segundo elemento consistente en que la cópula se efectúe en persona de cualquier sexo, esto nos quiere decir que la ley es muy clara en el sentido de que toda persona ya sea del sexo femenino o del sexo masculino puede ser susceptible de una violación, extendiendo su protección a los hombres víctimas de fornicación violenta.

Con respecto al tercer elemento que consiste en el empleo de la violencia física o moral.

El Poder Judicial de la Federación nos da su punto de vista respecto a este tercer elemento diciéndonos que:

VIOLACIÓN, FORMA DE COMPROBAR EL ELEMENTO VIOLENCIA MORAL EN EL DELITO DE. Es cierto que en el delito de violación la imputación de la ofendida es de relevancia singular, pues por naturaleza su consumación es privada o secreta, pero siendo que la violencia moral no es fácilmente comprobable, como la violencia física, por otros medios cognocibles, tales como la fe de lesiones o el certificado médico ginecológico, la declaración de la ofendida aduciendo que fue objeto de violencia moral por el agresor para lograr la cópula sin su

consentimiento, debe ser verosímil y estar apoyada con elementos suficientes que de manera indudable hagan manifiesto el peligro actual e inminente a que se vio sujeta la agraviada por virtud de los amagos y amenazas graves que le infirieron, y que la intimidó de tal forma que le imposibilitó resistirse de la cópula; debiendo entenderse como peligro actual e inminente el estado presente que amenaza con un riesgo cercano de manera tan grave, que se sienta descargarse irremediabilmente sobre la víctima, más no puede ser el peligro que se presiente, el conjeturar que puede o no acaecer, sino el cierto indubitable que llena de temor y desquicia psíquicamente. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo VIII-Noviembre. Pag. 334.

PRECEDENTES: Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Para poder llegar a la violencia física y se llegue a la debida integración de este elemento debe de existir fuerza material en el cuerpo del ofendido que anula su resistencia, y que consista en: golpes, heridas, ataduras, que la víctima sea sujeta por terceros u otras acciones que logren el propósito de copular a la misma, contra su voluntad. Y por otro lado la violencia moral

consiste en el empleo de amenazas que supuestamente se cumplirán en contra de familiares o de la misma víctima, así como de todo tipo de amagos, que por la intimidación que producen, impiden resistir el yacimiento carnal.

El maestro González Quintanilla al citar a Finzi nos hace mención a la diferencia que existe entre la violencia física y violencia moral expresando lo siguiente: "Un delito con pluralidad de hipótesis, pues aunque ambas violencias son afines, no se puede negar la diferencia que entre ellas existe: la primera es energía física ya consumada; la segunda energía física simplemente anunciada." (37)

Por lo que respecta al cuarto elemento que consiste en la ausencia de voluntad del ofendido, en otras palabras es la ausencia de consentimiento de la víctima para acceder a la cópula, esto nos quiere decir que para que se dé éste elemento en el delito de violación, es necesario que no exista por parte de la víctima la voluntad para que el agente del delito realice su cometido, en algunos casos cuando existe la voluntad es por complacer a un amante sádico, por prácticas masoquistas es decir cuando un individuo acepta que en su cuerpo se efectúen actos de crueldad o fuerza con el propósito de tener relaciones sexuales y este consentimiento desbance el delito de violación pudiendo resultar algún otro delito diferente como lesiones u homicidio, se considera que por parte de pasivo del delito también existe imposición de la cópula, cuando este último se encuentra imposibilitada de comprender lo que el acto significa (un menor de edad) ó que se halle en la imposibilidad de llevar a cabo movimientos de

(37) González Quintanilla José Arturo, Op. cit., Pag. 268 y 269.

resistencia, por que su propia condición se lo impida (un parálítico ó una persona atada). Se podrían dar muchas otras situaciones en el que el sujeto pasivo del delito se encuentre imposibilitado de resistirse a un ataque sexual, como podría ser el sueño como resultado de un estado de embriaguez, un estado comatoso, hipnótico, narcótico, anestésico, entre otros.

Ejercicio indebido de un derecho.- Los elementos de éste delito son los siguientes: a) La acción de hacer efectivo un derecho; b) Empleo de la violencia.

El primer elemento del delito en estudio consiste en la realización de la acción por parte del sujeto activo del delito, para hacer efectivo un derecho o pretender un derecho que se deba ejercitar en contra del pasivo del delito, y que estos derechos estén consignados en la ley y que se realizen con el propósito de perjudicar a otro.

Lo anterior nos quiere decir, que es necesario que el agente del delito únicamente tenga la intención de llevar a cabo el cumplimiento de un derecho -

para con el pasivo y que ese derecho se encuentre debidamente reconocido por la ley. Como puede ser el caso en que un marido quiera tener relaciones sexuales con su esposa, siendo esto totalmente permitido por la figura del matrimonio del cual ya hemos tenido conocimiento en el capítulo correspondiente de nuestro trabajo de investigación, sin embargo el ejercicio indebido de un derecho se consume cuando se da un segundo elemento primordial.

Este segundo elemento al que nos referimos en el párrafo anterior es

el del empleo de la violencia y que podemos entender esta puede ser en forma física o moral, a pesar de que el Código Penal del Distrito Federal no especifica a que tipo de violencia se refiere, sin embargo puede existir un problema de interpretación de la ley por tal omisión, pero al hacer una revisión en el Código en cita con respecto a otros delitos, como por ejemplo el delito de violencia familiar, estupro y violación, en los cuales podemos observar que divide a la violencia en dos formas siendo física y moral, resolviendo con esto cualquier problema de interpretación que se pudiera dar al momento de tratar de integrar este elemento al delito en estudio.

Por lo anterior es importante recordar que la violencia física consiste en la fuerza material que se produce en el cuerpo del ofendido y que puede derivar en: golpes y heridas, sin que esto pudiere excluir la comisión de algún otro delito.

Por otro lado la violencia moral consiste en el empleo de amenazas que supuestamente se cumplirán en contra de algún familiar o de la misma víctima.

De lo anterior podemos concluir que ambos elementos están íntimamente unidos, por que a la falta de alguno de ellos no se integraría el delito del ejercicio indebido de un derecho, ya que para su debida integración de éste es necesario que exista la acción de ejercer un derecho la cual tiene que ser realizada por medio de la violencia, siendo este tanto física como moral.

2.3.- Legislación Actual.

Violación.- Este delito actualmente se encuentra regulado tanto en el Código Penal del Distrito Federal como en el Código Penal del Estado de México.

En el Distrito Federal se encuentra regulado en el artículo 265 del Código Penal el cual señala que: "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 entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce 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."

En el Código Penal del Estado de México la violación tiene lugar su debida regulación en el artículo 273 el cual nos dice que: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a once años de prisión, y de cien a doscientos veinticinco días multa.

Si la persona ofendida fuere menor de doce años, se impondrán de

ocho a dieciséis años de prisión y de ciento cincuenta a cuatrocientos días multa.

Comete también el delito de violación quien introduzca por vía vaginal, anal u oral cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón, de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuere menor de catorce años.

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, exista eyaculación o no."

De lo anterior podemos decir que en cuanto a la legislación del delito de violación no hay nada nuevo a lo que ya hemos venido estudiando en el presente trabajo de investigación, sin embargo es importante conocer su regulación en dos entidades diferentes y conocer sus diferencias que son mínimas.

Ejercicio indebido de un derecho.- Por cuanto a este delito se encuentra regulado en el Código Penal del Distrito Federal, en el artículo 226 el cual nos señala que: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que debe ejercitar, empleare la violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días de multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

Para tener un mayor conocimiento de la existencia de éste delito en otras legislaciones estatales, nos vimos en la tarea de investigar en Códigos Penales de los Estados de: Jalisco, Sonora, Chihuahua, Aguas Calientes, Oaxaca, Tamaulipas, Nuevo León, Querétaro, Campeche, Durango, Hidalgo y en el Estado de México, pero en ninguno de estos Códigos se regula el delito en estudio.

Por otro lado al revisar en un Código Penal del año de 1977 del Estado de Tabasco, nos percatamos que tampoco existía una regulación de dicho delito, pero al revisar un Código Penal vigente de dicho Estado, nos encontramos con la sorpresa de que ya existía un artículo que regula el ejercicio indebido de un derecho.

En el artículo 205 del Código Penal vigente en el Estado de Tabasco se regula el ejercicio indebido de un derecho, en cual nos dice: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

Al hacer una comparación de la regulación del delito en cuestión tanto en el Distrito Federal como en el Estado de Tabasco, nos podemos dar cuenta que en esencia los conceptos que maneja cada Código son idénticos, pero existe una diferencia que radica en la multa ya que en el Distrito Federal se aplica una pena alternativa que consiste de tres meses a un año de prisión o multa de 30 a 90 días y en el Estado de Tabasco únicamente se aplica una pena privativa de la libertad de tres meses a un año de prisión sin fijar ningún tipo de multa.

2.4.- Jurisprudencia.

En relación al tema de nuestro trabajo de investigación existen diversas tesis jurisprudenciales que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido siendo estas las siguientes:

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACION, DELITO DE. La cópula normal violenta impuesta por el cónyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentara en una diversa entidad federativa cuya legislación penal no prevea esa figura, únicamente podría sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo 77, Mayo de 1994. Tesis 1a./J. 12/94 Pag. 19. PRECEDENTES: Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez Ponente: Luis

Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

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

La Tesis Jurisprudencial antes citada, sirvió como motivante para la realización del presente trabajo de investigación, ya que su contenido refleja la problemática que existe en algunos Estados de la República como en el Estado de México, al no proveer en su Legislación Penal la figura del ejercicio indebido de un derecho, por que a falta de esta figura se integraría indebidamente el delito de violación entre cónyuges.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, emite otra tesis jurisprudencial en donde al igual que en la anterior señala que no procede la violación entre cónyuges si no el ejercicio indebido de un derecho a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para la integración del delito de violación; pero para poder conocer más sobre la mencionada tesis a continuación se transcribe:

VIOLACION ENTRE CONYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO

CONFIGURAN DEL DELITO. El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padecimiento enfermedad venérea, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo 77, Mayo de 1994. Tesis 1a./J. 10/94 Pag. 18.

PRECEDENTES: *Contradicción de tesis 5/92. Entre*

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

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

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la tesis jurisprudencial que a continuación se transcribirá, expresa que cuando se decretó judicialmente y de manera provisional la separación de los cónyuges en el trámite de un juicio de divorcio y durante ese lapso el marido quisiera ejercitar indebidamente su derecho como tal para con su mujer, éste incurriría en el delito de violación ya que se encuentran suspendidos sus derechos al débito carnal a consecuencia de dicho decreto, pero a continuación se transcribe la mencionada tesis la cual nos dice que:

VIOLACION ENTRE CONYUGES, DURANTE EL

LAPSO EN QUE SE DECRETO JUDICIALMENTE SU SEPARACION PROVISIONAL. DELITO DE. Si durante el trámite del juicio de divorcio, el juez decretó la separación provisional de los cónyuges, a que se refiere el artículo 275 del Código Civil del Distrito Federal, es lógico que cesó la obligación de cohabitar entre ambos; por ende, si el marido forzara a la mujer a efectuar el acto carnal en ese lapso, incurriría en el delito de violación, por tratarse de una cópula ilícita, pues al estar suspendido el derecho al débito carnal con base en una disposición civil, éste ya no se puede ejercitar. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo 77, Mayo de 1994. Tesis 1a./J. 5/94 Pag. 16. PRECEDENTES: Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 5/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y

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

De lo anterior podemos concluir que los dos delitos que se estudiaron en este capítulo tienen mucho en común, ya que a falta de uno se aplicaría el otro y, a la existencia de los dos se aplicarían respectivamente a casos concretos y de una manera eficaz y sin que se diera una mala aplicación de ley.

CAPÍTULO III

3.- LA NECESIDAD DE QUE EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, SE REGULE EL EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO.

3.1.- Derechos y obligaciones de los cónyuges en el matrimonio.

Para iniciar este punto es importante primero saber, qué entendemos por obligación, y es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona, se encuentra forzada jurídicamente a ejecutar algo en favor de otro individuo.

La obligación, es un vínculo jurídico entre dos o más personas, de las cuales una o más, que son sujetos activos, están facultados para exigir de otra u otras cierto comportamiento positivo o negativo, dar, hacer, no hacer, prestar; mientras que el o los sujetos pasivos, tienen el deber jurídico de observar éste comportamiento, y si no se cumple este deber, será sancionar mediante una acción personal.

Ante esto, tenemos que los elementos de la obligación, son uno o más sujetos activos, uno o más sujetos pasivos y un objeto, que consiste en un hacer, no hacer, deber, dar, prestar.

Son varias las clases de obligaciones que hay, pero únicamente trataremos las obligaciones bilaterales, por ser dos los sujetos que intervienen en la unión matrimonial, y son aquellas en las que ambas partes tienen deberes, derechos, obligaciones mutuas.

Para que el matrimonio exista, se necesitan sujetos en edad núbil, o bien, mayores de edad, el consentimiento de ambos para manifestar su voluntad de casarse y establecer relaciones jurídicas, es decir, para otorgar y adquirir derechos y obligaciones en relación con el otro, lo cual vendría a ser el objeto del mismo acto.

Una vez celebrada la ceremonia, con todos los requisitos de existencia y de validez, exigidos por la ley, surge para los contrayentes el estado civil de casados, que está regulado por la institución matrimonial, y con el que adquieren un sin fin de deberes y derechos recíprocos, que no pueden dejar de cumplir por su simple voluntad, ya que son parte integrante y forman la esencia de la propia institución.

El derecho para dar firmeza y solidez a la institución misma, he establecido sanciones jurídicas para lograr en su caso, por medio de la coacción, el exacto cumplimiento de los deberes surgidos.

Las relaciones jurídicas que dan forma al estado de matrimonio, tienden a asegurar una comunidad de vida permanente entre los cónyuges. Esta nota característica del estado conyugal, explica la naturaleza imperativa irrenunciable de las normas jurídicas que crean el vínculo del matrimonio.

Realza que esa comunidad de vida es el elemento fundamental, constitutivo del matrimonio, en cuanto que, a través de ésa vida en común, es posible realizar los fines de la propia institución del matrimonio.

Los deberes que deben cumplir cada uno de los cónyuges son - - - -

recíprocos, hoy en día, colocan en situación de igualdad al hombre y a la mujer, por lo que la reciprocidad y la igualdad, son factores que logran que esa comunidad de vida entre ellos sea más llevadera y fácil.

Las relaciones que derivan del vínculo matrimonial son permanentes, no desaparecen ni se extinguen por su cumplimiento, son de tracto sucesivo; el vínculo, se contrae en un principio con la intención de que se prolongue durante la existencia de los cónyuges. Es propio de la naturaleza del matrimonio, que el estado mismo sea duradero y no transitorio, aunque pueda disolverse por la muerte de uno de los cónyuges por nulidad del matrimonio o por divorcio.

Esta serie de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges, en virtud del matrimonio, se pueden analizar desde dos perspectivas: En cuanto a sus personas y en cuanto a sus hijos.

De las obligaciones respecto a los cónyuges se regulan en los artículos 162 al 177 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Los deberes y derechos impuestos a los cónyuges, que forman el contenido esencial del conjunto de relaciones jurídicas, de esa comunidad de vida entre los consortes, tradicionalmente se designan como:

a) Derecho a la libre procreación.

El primer dato importante a señalar es que en la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así, ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del - -

matrimonio y a socorrerse mutuamente, entre otras cosas; en vista de ello, los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos, en una forma plena y responsable; para una mejor educación, desarrollo y formación de los mismos hijos.

b) El derecho a la vida en común con la obligación correlativa de la cohabitación.

Este consiste en la vida que deben hacer en común los cónyuges a partir del matrimonio, viviendo juntos en el domicilio conyugal elegido de común acuerdo, en donde ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales; lo cual hará posible el cumplimiento de los demás deberes. Se considera como uno de los principales deberes, ya que a través de éste puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Solamente los Tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir este deber a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a un país extranjero a no ser que lo haga en servicio público o social, o que se establezca en algún lugar insalubre o indecoroso.

c) El derecho a la relación sexual con el débito carnal correspondiente.

Independientemente de la procreación como propósito del matrimonio, los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales lícitas, pues conforman uno de los fines del matrimonio, señalados por la propia Ley. Debe entenderse ésta relación, como una forma más personalizante, unitiva y de mutua entrega. Es un deber permanente y - - - -

complementario entre los cónyuges. A través del débito carnal, la pareja puede cumplir tres fines del matrimonio, a saber, en la relación sexual se expresa el amor conyugal, el fin procreativo está íntimamente vinculado en ésta relación, además de que es inseparable, y ambas promueven a la pareja en su aspecto conyugal y familiar.

d) El deber de fidelidad.

Significa la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad, que puede herir gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido, hasta el grado de terminar con la relación conyugal por medio del divorcio. En consecuencia, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de diferente sexo, que sin llegar al adulterio, sí impliquen un ataque a la honra y honor del otro cónyuge. Es un concepto de contenido moral, que además protege la monogamia, es un deber que se da en igualdad, es complementario y se exige como recíproco.

e) El derecho y obligación de los alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

Quizás, ésta consecuencia es la de mayor trascendencia en el matrimonio, puesto que implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los consortes; tienen por objeto, realizar los fines superiores de la familia. El socorro mutuo de los cónyuges, constituye un elemento esencial del matrimonio, es un deber más amplio que la obligación de darse alimentos, los cuales comprenden la comida, el vestido, y la asistencia en los casos de enfermedad, como esta establecido en los artículos 302 y 308 del Código Civil -

vigente en el Distrito Federal. Esta obligación se refiere a la satisfacción de las necesidades de subsistencia del acreedor alimenticio. El socorro por su parte, comprende además el consejo, la ayuda, la dirección, el poyo moral, con los que un cónyuge debe ayudar al otro en los diversos acontecimientos de la vida. El deber de asistencia, a que se refiere el artículo 162 del Código en cita, regula la conducta externa y recíproca de los consortes, que en el matrimonio han establecido una comunidad de vida, sin que el derecho por ésta razón deba ocuparse de los motivos sentimentales de dicha conducta. Se dice que el deber de socorro, comprende también la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y sobre todo el auxilio espiritual que se deben mutuamente.

f) Igualdad jurídica de los cónyuges.

Además de los artículos 162 y 164 del Código antes citado, que nos hablan respectivamente de la decisión en común respecto a la procreación y a los deberes de carácter económico dentro del hogar, el Código Civil, establece la igualdad en aspectos de carácter moral y en las conductas con respecto a los hijos, en su artículo 168, en donde expresa lo siguiente: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo familiar."

Podrán desempeñar los cónyuges cualquier actividad exceptuando aquellas que dañen la moral o pongan en peligro a la familia.

Con respecto al manejo de los bienes propios de los cónyuges, - - - -

pueden libremente administrar, contratar, disponer y ejercer acciones y excepciones que correspondan, sin la intervención del otro cónyuge.

El matrimonio forma un estado entre los consortes, constituido por un conjunto de vínculos que imponen deberes y derechos, los cuales no pueden ser renunciados por la sola voluntad de las partes, ya que son permanentes y a la vez recíprocos.

Los deberes son derechos impuestos a los cónyuges al contraer matrimonio se manifiestan principalmente en las facultades siguientes:

Derecho a la libre procreación: Dentro del matrimonio, se introduce el concepto de planeación conyugal, puesto que ambos cónyuges determinarán, sin intervenciones de personas ajenas, el número de descendientes que pretendan procrear, lográndolo en una forma responsable, plena y consiente.

El deber de cohabitación: Contribuye a que los cónyuges vivan juntos en el domicilio conyugal, elegido por mutuo acuerdo y libremente, para que así, puedan cumplir los demás deberes impuestos por el propio matrimonio. Es una condición indispensable para que exista la comunidad de vida íntima entre los consortes.

Derecho y deber a la relación sexual: Los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar relaciones sexuales lícitas entre ellos y el deber de corresponder al cónyuge en ése terreno íntimo; para cumplir otro de los fines del propio acto jurídico: logrando a través del amor conyugal la procreación y promover a la pareja en su aspecto conyugal y familiar.

El deber de fidelidad. Es importante para que exista un respeto recíproco entre la pareja, ya que conservan la exclusividad sexual de los cónyuges por medio de éste derecho; a pesar de que no se da mucho en la práctica, y al ocurrir se cae en el delito de adulterio, que es sancionado por la Ley, para evitar herir en su honra y honor al ofendido y evitar de algún modo que se de por terminada la relación conyugal, al recurrir al divorcio, por ésta causa.

El deber de los alimentos, deber de ayuda y socorro mutuo: En cuanto a los alimentos, los cónyuges están obligados a contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, en caso de que hubiere se deben satisfacer las necesidades de subsistencia que se presenten. En cuanto al socorro y ayuda o asistencia mutua, ambos cónyuges deben apoyarse en todos los aspectos, proporcionarse consejos; deben ayudarse en los casos de enfermedad, deben resolver juntos todos los problemas de diversa índole que pudieran presentarse en la vida común, tratando de mantenerla estable.

Igualdad Jurídica entre los cónyuges: En el hogar, ambos tendrán autoridad y consideraciones iguales para resolver comúnmente todo lo relacionado al manejo del hogar, a la formación y educación de sus hijos, a la administración de sus bienes y de todo aquello que pudiera presentarse y conduzca a un problema que pueda dañar dicha unión.

3.2.- La violación entre cónyuges.

La violación como delito, ya la hemos venido estudiando en nuestro tema de investigación, por lo que ya conocemos más sobre este tema, ahora es importante conocer de forma somera que es el delito.

El Maestro García Máynes al darnos a conocer su concepto de delito nos dice que es: "Ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya comisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas". (38)

El Código Penal del Distrito Federal en su artículo 7o. nos da una definición de delito el cual nos dice: "Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales.", por otro lado el Código Penal del Estado de México nos dice que: "El delito es la conducta típica, antijurídica culpable y punible."

Para que haya delito es, pues, necesario, en primer término, que la voluntad humana se manifieste externamente en una acción o en la omisión de una acción. Es frecuente abrazar la acción y la omisión bajo el común concepto de conducta, base y centro del delito, sin la cual éste es inconcebible Aunque esa conducta no puede, en sí misma, ser escindida, aparece en cuanto conducta delictiva, es decir, en cuanto delito, dotada de ciertos caracteres que, para los efectos del análisis, se estudian por separado. Estos caracteres son la tipicidad, la ilicitud o antijuridicidad y la culpabilidad. Antes de hacer referencia a cada uno -

(38) García Máynes Eduardo *"Introducción al Estudio del Derecho"*, Editorial Porrúa, S.A., 38a Edición, México 1986, Pag. 141.

de ellos, es importante tener presente que falta la conducta en la hipótesis de fuerza irresistible y en aquellas en que el acto no es voluntario o se ha ejecutado en estado de supresión de la conciencia por diversas causas.

La acción u omisión deben ser típicas, ello es, conformarse a una descripción de la conducta delictiva hecha previamente por la ley. Esta descripción es el tipo, medio de que el derecho se vale, en la parte especial de los códigos penales o en leyes penales independientes, para individualizar las conductas punibles. Los tipos son predominantes descriptivos, y comprenden en sus descripciones contenidos tanto objetivos como subjetivos.

La tipicidad de la acción u omisión no se da cuando en el hecho acaecido falta alguno de los elementos objetivos del tipo o todos ellos, cuando por error de tipo desaparece el dolo sin dejar un remanente culposo y cuando esta ausente alguno de los demás elementos subjetivos requeridos por el tipo, en su caso.

Las acciones u omisiones típicas deben, en seguida, para constituir delito, ser antijurídicas, esto es, hallarse en contradicción con el derecho. Tal ocurre cuando no existen en el ordenamiento jurídico, tomando en conjunto, preceptos que autoricen, o permitan la conducta de que se trata, autorizaciones o permisos que reciben el nombre de causas de justificación, Entre éstas cuéntense la defensa legítima, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber, y por último el delito del cual nos motivo para la investigación del presente tema siendo éste, el ejercicio indebido de un derecho.

Las acciones y omisiones típicas y antijurídicas deben, finalmente, - -

para constituir delito, ser culpable, es decir, deben poder reprocharse personalmente a quien las ha afectado. Para que ese reproche tenga lugar debe el sujeto a quien se dirige ser imputable, haberse hallado en la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su acto y haber obrado en circunstancias que hayan hecho exigible una conducta conforme a derecho.

La culpabilidad se excluye, por tanto, por inimputabilidad del sujeto o por haber obrado éste en virtud de error de prohibición, o en condiciones de no poder exigírsele otra conducta adecuada a derecho.

De lo dicho aparece, pues, que la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho y que ésta, a su vez, implica la tipicidad del mismo. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son, así caracteres ineludibles de todo delito.

El delito doloso puede ser tentado o consumado. Legalmente se dice que hay tentativa en el comienzo de ejecución de un delito que no llega, sin embargo, a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. El delito se entiende formalmente consumado en el momento en que concurren todos los elementos que integran su descripción legal.

Salvo el caso en que el tipo o figura del delito implique la necesaria concurrencia de más de un agente, como por ejemplo, en el delito de adulterio, el delito doloso puede cometerse por una persona, o, en general, por varias personas eventualmente. En este concurso no necesario sino eventual de varios sujetos, alguno o algunos de ellos pueden tener intervención directa o ejecutoria y otros las de instigación de auxilio.

Aparte la concurrencia o concurso de varias personas en un delito puede darse el concurso de varios delitos por un mismo sujeto. Este concurso puede ser real o material; o bien, concurso ideal. El primero, del cual la legislación penal llama acumulación, se produce cuando se juzga al sujeto por varias acciones delictivas independientes, y el segundo, cuando un solo acto viola simultáneamente varias disposiciones penales.

Los delitos se agrupan en la parte especial de los códigos penales de acuerdo al bien jurídico que ofenden, esto es, al correspondiente interés de la vida colectiva protegido por la ley penal. Por ejemplo el libro II del Código Penal del Distrito Federal procede de ese modo, pero aunque los bienes jurídicos de naturaleza social quedan allí antepuestos a los de alcance individual, ello no significa ninguna jerarquía preordenada de valores ni expresa en forma necesaria una política criminal determinada. Ese orden comprende los delitos contra la seguridad de la nación, el derecho internacional, la humanidad, la seguridad pública, las vías de comunicación y correspondencia, la autoridad, la salud la moral pública y las buenas costumbres, los delitos de revelación de secretos, los de los funcionarios públicos, los delitos contra la administración de justicia, los cometidos en el ámbito de la responsabilidad profesional, los delitos de falsedad, los delitos contra la economía pública, los delitos sexuales, los delitos contra el estado civil, los delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, delitos contra la paz y seguridad de las personas, los delitos contra la vida y la integridad corporal, los delitos contra el honor, los que importan privación ilegal de la libertad y de otras garantías, los delitos contra el patrimonio, y el delito de encubrimiento.

Tras esta clasificación de las infracciones de acuerdo al bien jurídico

contra el cual se dirigen, mencionaremos las más importantes clasificaciones de los tipos, hechas de acuerdo a diferentes puntos de vista.

Aparte de la distinción entre delitos de acción y de omisión y entre tipos dolosos y tipos culposos, cabe diferenciar los delitos de daño o lesión de los delitos de peligro, según que el hecho delictuoso importe, en seguida, una efectiva lesión del bien jurídico como por ejemplo el homicidio, las lesiones, la violación etc., o su mera exposición al peligro que pueden ser la asociación delictuosa, armas prohibidas, y otros. Esta clasificación no debe confundirse con la que distingue, luego, entre delitos de resultado, en que el tipo respectivo lo requiere para conformar el hecho delictuoso, y delitos de mera conducta mal llamados formales, en que ese resultado no es necesario en la configuración del tipo.

Se habla, desde otro punto de vista, de delitos básicos y de delitos calificados o privilegiados. En los primeros el tipo establece el concepto fundamental de la conducta que se sanciona, del cual los calificados acufian una modalidad más grave los privilegiados una más leve.

Habida cuenta, todavía, de la forma de consumación, se hace diferencia entre delitos instantáneos, que se consuman en un solo momento, como el de la muerte en el homicidio, y delitos permanentes, y que la legislación penal llama continuos, caracterizándolos como aquellos en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que los constituyen. Esta distinción es de importancia para apreciar la actualidad de la agresión en la defensa legítima, para dar comienzo al cómputo del plazo en la prescripción y para ciertos fines procesales. El delito permanente o continuo no -

debe confundirse con el continuado, en que una serie de conductas configuran una consumación.

Finalmente cabe mencionar aquí la distinción entre delitos comunes, cuyo sujeto activo posible es todo el mundo, y delitos especiales o propios, en que esa posibilidad esta reservada sólo a un círculo determinado de personas, como es el caso de traición a la patria, que sólo puede cometerla el mexicano. También es esta distinción jurídicamente significativa en diversos aspectos, sobre todo en materia de participación.

De lo anterior se desprende y una vez de haber conocido más lo que es el delito, en la violación se integran los elementos del tipo que a continuación de describen y que es importante conocer:

EN RELACIÓN A LA CONDUCTA:

Clasificación en orden a:

- *La conducta: Pueden ser de acción y unisubsistente.
- *El resultado: Puede ser formal, instantáneo y de daño.

EN RELACIÓN A LA TIPICIDAD:

Elementos del Tipo

- *Verbo núcleo, tener cópula.
- *Objeto.
 - Jurídico Tutelado: Puede ser la libertad sexual.
 - Material: Es el cuerpo del sujeto pasivo.
- *Sujetos.
 - Activo: Común o indiferente, propio o exclusivo, unisubjetivo y

plurisubjetivo.

Pasivo: Personal o Unisubjetivo, común o indiferente y propio o exclusivo.

*Elementos Objetivos.

A los medios: Violencia física o moral.

A los sujetos: Los señalados por la propia ley penal.

A la conducta: Penetración del pene en vagina, ano o boca y penetración del cualquier instrumento por vagina o ano.

*Elemento subjetivo: Que se produzca con Fines Lacivos.

*Clasificación en orden al tipo:

Fundamental.

Complementado.

Autónomo.

Subordinado.

Anormal.

De formulación casuística.

EN RELACIÓN A LA ANTIJURIDICIDAD:

*Lo contrario a derecho.

EN RELACIÓN A LA IMPUTABILIDAD:

*Capacidad de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

EN RELACIÓN A LA CULPABILIDAD:

*Dolosa.

EN RELACIÓN A LA PUNIBILIDAD:

*De ocho a catorce años de prisión, el mínimo y el máximo de la pena se - - - -

aumentan hasta en una mitad si se ejerciera violencia física o moral.

*Agravante. El mínimo y el máximo de la pena se aumentan hasta en una mitad en caso de violencia tumultuaria (dos o más activos) y en atención a la calidad especial del activo y el pasivo.

ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO

EN RELACIÓN A LA AUSENCIA DE CONDUCTA:

*No hay.

EN RELACIÓN A LA ATIPICIDAD:

*Ausencia de calidad del sujeto pasivo.

*Ausencia de calidad en el sujeto activo.

*Ausencia de medios.

*Ausencia de las formas enunciadas de conducta.

EN RELACIÓN A LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:

*Consentimiento del ofendido.

*Consideramos que también se da cuando se quiere ejercer un derecho de manera indebida, tratándose de cónyuges.

EN RELACIÓN A LA INIMPUTABILIDAD:

*Consideramos que existe cuando la acción se realice para hacer cumplir un derecho, tratándose de cónyuges.

*Cuando se carece de capacidad para comprender el carácter ilícito.

EN RELACIÓN A LA INCULPABILIDAD:

*Error invencible.

*No exigibilidad de otra conducta.

EN RELACION A LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS:

*No existen.

EN RELACION A SUS FORMAS DE PERSECUCION:

*De oficio.

*A petición de parte.

La relación de pareja ante el derecho son variadas y las formas en que se vincula el hombre y la mujer para convivir y copular pueden o no tener consecuencias jurídicas, pero cuando estas relaciones resultan el nacimiento de un ser humano, entonces sí existe la obligada intervención de la ley civil, en principio, pudiendo intervenir también la ley penal u otras ramas del derecho.

Consideramos que existen básicamente formas de vinculación de pareja: amasiato, concubinato y matrimonio.

Nuestro tema de investigación se inclina más a la figura del matrimonio por la naturaleza del tema y que ya fué tratado con anterioridad; pero cabe recordar que el matrimonio no tiene existencia por sí mismo, ni por la sola voluntad de las partes, es creación del derecho, es un ente jurídico, es decir, un acto jurídico y como tal, los requisitos para su existencia y las consecuencias que produzca son, ni más ni menos, las que el derecho establezca.

La relación de pareja, siendo la más íntima que puede existir entre dos seres humanos, debe darse en el marco de la más absoluta libertad y respeto.

Al derecho compete sólo vigilar que no se transgredan normas jurídicas como las penales, pero de ninguna manera intervenir en la intimidad de la pareja y mucho menos si esa intimidad es la sexual.

Para que exista una buena reglamentación jurídica, respecto a la relación de pareja, en cuanto al matrimonio debe partir, de los fines que realmente persiguen principalmente hoy las parejas al unirse, como compartir el ejercicio de su sexualidad, entre otros fines.

La familia es uno de los principales factores que resultan de las relaciones de pareja; pero siempre ha existido sobre todo en décadas atrás el dominio del hombre sobre la mujer no es sólo en la relación de pareja, lo ejercen todos los hombres de la familia sobre las mujeres, sobre las hijas y hermanas y en ocasiones los hijos sobre la madre. Esta es violencia intrafamiliar.

La violencia en el interior de la familia, en el más amplio sentido del término, es ejercida por hombres sobre mujeres, por adultos y adultas sobre menores, por jóvenes sobre viejos, por sanos sobre enfermos, aunque sin desconocer que son hombres, mayoritariamente quienes ejercen la violencia. No es un hecho de reciente aparición, quizá es inherente a las relaciones humanas, pero nunca antes había alcanzado las proporciones de ahora, tanto en crueldad, como en calidad; motivo por el cual es indispensable que se castigue esa violencia que existe en la mujer, específicamente cometida por su cónyuge.

También es importante conocer cuales son los derechos sexuales del ser humano, entendiéndose en la libertad para disfrutar y expresar el erotismo, al derecho a recibir información y educación sexual, a la libertad y respeto para - -

constituirse en pareja acorde a la orientación sexual de cada quien y para desvincular de la misma por la sola voluntad, a al ejercer la sexualidad independientemente de la procreación, al respeto pleno por el ejercicio de la sexualidad, a la no discriminación por sexo, género u orientación sexual etc., y a vivir todo ello con seguridad, sin culpa, vergüenza o angustia, con salud física y mental, en el marco de los límites que enuncia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El punto del cual estamos investigando es propiamente el de la violación entre cónyuges y determinar la existencia o inexistencia de este delito; cuando existe la convivencia conyugal o análoga, existe un genérico concenso que autoriza a los miembros de la pareja a realizar actos sexuales sin necesidad de solicitar a cada momento el consentimiento expreso de la esposa, por ende consideramos que no existe tal delito, pero esto no quiere decir que tal conducta sea permitida, y no sea contraria a derecho, si no que tal conducta debe de estar prohibida y sancionada por la leyes penales pero no como una violación.

3.3.- Ejercicio indebido de un derecho y no de violación. (PROPUESTA).

En la doctrina ha permanecido abierto el debate acerca de la existencia o inexistencia de la violación en el matrimonio, por lo que al realizar el presente trabajo de investigación, retomamos de nueva cuenta esta añeja discusión que se ha venido dando durante décadas.

A través de esta investigación nos hemos dado cuenta que no es posible que en la actualidad exista esta controversia y que se siga creyendo sobre la existencia de la violación en el matrimonio, pero a pesar de que ya nos encontramos pleno siglo XXI todavía existen opiniones encontradas al respecto sin que se puedan poner de acuerdo, estas opiniones principalmente son tres:

1.- Los que creen que el acto sexual sin el consentimiento de la propia cónyuge, no integra el delito de violación.

2.- Aquellos para los que dicho acto es típico, pero no antijurídico porque, dada la existencia del débito carnal, concurriría la eximente de ejercicio indebido de un derecho.

3.- Finalmente, están los que definitivamente consideran independientemente de su condición matrimonial, que el acto sexual cometido contra el propio cónyuge se estaría cometiendo el delito de violación.

La opinión que hemos venido apoyando durante la investigación en el presente trabajo, es la segunda, durante esta investigación se demostrará la inaplicabilidad del delito de violación entre cónyuges en el Estado de México, -

pero con esta propuesta no se pretende dejar impune ninguna conducta ilícita cometida por un cónyuge en contra de otro, motivo por el cual se propone a través de este trabajo, la necesidad de que se regule el delito de ejercicio indebido de un derecho en el Código Penal del Estado de México.

Al respecto la maestra Amuchategui Requena, nos manifiesta que además de la violación entre cónyuges es de una gran importancia su estudio las siguientes figuras jurídicas:

"Surgen varias cuestiones interesantes y de necesaria atención respecto al sujeto pasivo de violación, que en seguida se explican:

- * Violación entre cónyuges;
- * Violación entre concubinos;
- * Violación de prostitutas;
- * Violación de cadáveres;
- * Violación de animales;
- * Violación de objetos.

Y al manifestar su criterio en relación a la violación entre cónyuges nos dice que: La mujer casada no puede ser objeto pasivo de violación, o dicho de otra manera, no es configurable la violación entre cónyuges, porque, según opinión de algunos estudiosos, el vínculo matrimonial los obliga a mantener las relaciones sexuales, por lo que el marido puede "ejercer ese derecho" aun en contra de la voluntad de su esposa". (39)

(39) Amuchategui Requena Irma G. "*Derecho Penal*", Editorial Harla, S.A., México 1993, Pags. 300 y 301.

De lo anterior podemos darnos cuenta que existen muchos temas con respecto a la violación, que bien pudieran ser objeto de diversas investigaciones por estudiantes de derecho, ya que en el derecho penal existen muchas lagunas con relación a la violación, y que quizás por la delicadeza o por lo controvertido del tema se ha dejado en el olvido.

La maestra Amachategui, comparte nuestra misma opinión en el sentido de que cuando el marido quiere ejercer un derecho para con su esposa, de querer tener relaciones sexuales, lo puede hacer sin que se esté cometiendo el delito de violación, pero por otro lado si se estaría cometiendo otro delito, porque se está tratando de ejercer un derecho de manera indebida, lo que dá como resultado una conducta ilícita que puede ser sancionada.

Al estar tratando de ejercer indebidamente un derecho, un cónyuge a otro, también nos podemos encontrar que se pueden cometer otros ilícitos, como pueden ser lesiones o hasta llegar al homicidio, ya que el activo al tratar de copular al pasivo a la fuerza, este le puede provocar lesiones que inclusive pudieran poner en peligro la vida del pasivo, pudiendo con esto lograrse e inclusive la muerte del pasivo.

En el Código Penal del Distrito Federal en las últimas reformas de 1999, se quiso poner fin a la discusión de la existencia o inexistencia de la violación entre cónyuges, al incluir el artículo 265-bis, que dice: "Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida."

Con esta reforma se trató de poner fin a una discusión muy añeja, pero consideramos que se trata de una reforma que no fué debidamente analizada por el legislador, por que trata de integrar el delito de violación al caso concreto del matrimonio.

En primer lugar en la mencionada reforma, únicamente se habla de la esposa como sujeto pasivo, lo que resulta erróneo, ya que si bien es cierto también el sujeto pasivo puede ser el marido, porque él también puede ser víctima de esta situación ya que también la violación se puede dar de la siguiente manera:

Hombre (activo)	Con mujer (pasivo).
Mujer (activo)	Con hombre (pasivo).
Hombre (activo)	Con hombre (pasivo).
Mujer (activo)	Con mujer (pasivo).

El artículo 265-bis, al ser analizado consideramos que viola el artículo 4o. Constitucional en su segundo párrafo el cual dice: "El varón y la mujer son iguales ante la ley...", resultando dicha reforma anticonstitucional al no respetar el trato igualitario de los géneros ante la ley.

Ahora bien, si realmente el legislador al hacer la reforma en cuestión su propósito es que se castigue la violación entre cónyuges, deja mucho que decir, por que si hablamos de libertad en cualquiera de sus expresiones, incluyendo la sexual, del cual se supone a criterio del legislador, no es un bien de que se pueda disponer, por lo que el artículo 265-bis, no debió dejarse la denuncia a criterio de la víctima, menos aún cuando la comprensión de la - - - -

libertad está siendo por medio de la violencia física o moral. En todo caso y bajo ninguna circunstancia debería ser la violación perseguible a petición del interesado, por la gravedad que supuestamente le quiere calificar el legislador al delito en cuestión.

Hemos tomado como vivo ejemplo y analizado la reforma a que se refiere el artículo 265-bis del Código Penal del Distrito Federal, lo que dá como resultado que se trata de una reforma que carece de aplicabilidad por las razones ya antes vertidas.

La inquietud que tuvimos para realizar el presente tema de investigación, y en especial en una propuesta dirigida al Código Penal del Estado de México, fué con el propósito de que el legislador no cometa el mismo error que se cometió en el Código Penal del Distrito Federal, al querer hacer una reforma que lejos de ayudar perjudica y confunde al juzgador, al no hacer una aplicación correcta de la ley y con esto perjudicando a personas inocentes que son juzgadas por el delito de violación en agravio de su esposa con penas que alcanzan hasta los ocho años de prisión, pudiendo ser juzgadas por otro u otros delitos.

Para entender más sobre esta problemática, nos permitimos como un ejemplo transcribir un caso de violación entre cónyuges, que fué resuelto en el Estado de México por un Juez Penal de Primera Instancia el cual dictó la siguiente resolución:

"El presupuesto esencial para la existencia del delito de VIOLACION, que consiste en la cópula con persona de cualquier sexo, y - - -

ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción y con la concurrencia de la violencia física o moral, y al encontrarse el dicho de la denunciante alegando que se le impuso la cópula en contra de su voluntad que en todo momento se defendió ya que forcejeo, para que ello pudiera constituirse como actos integrantes del tipo que se analiza, es menester que se encuentre corroborado con medios de prueba que los hagan idóneos, es decir que acrediten primero la existencia de una cópula y segundo que dicha cópula le fué impuesta sin su consentimiento y mediante el uso de la violencia física o moral y si bien al hacer su narración primero establece que fué por problemas que separaron pero que aún así continúan teniendo relación con su marido ya que primero tenían relaciones sexuales vaginalmente como oralmente, ésto cuando primeramente habían decidido separarse, esto en mayo del noventa y ocho, incluso la obligó a que bailara desnuda, diciendole que lo hacía muy bien, para después rentar un cuarto y estar independientes, y es el día martes veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, que va por ella, y a las veintiuna horas la obliga a meterse al carro y la lleva por el periférico diciendole que se iban a matar, pasaron por la autopista en la caceta y llegaron al lugar conocido como Lomas de Cristo, donde le dijo de iban a tener relaciones sexuales y cuando ella se negó forcejean, él le baja el pantalón y la pantaleta, él se baja su pantalón y su trusa y la introdujo su pene en la vagina y la penetró aproximadamente cinco minutos, para después llevarla a su casa, situación que no encuentra apoyo, ya que al momento de comparecer ante el Juzgador y responder al interrogatorio que se le formula por parte de la defensa particular, dice que nadie le daba permiso de ver a sus hijos porque no los veía, además que sí reconoce el contenido de lo que se encuentra escrito en una servilleta de papel como en una tarjeta rosa, a donde dice que si lo reconoce como de su puño y letra lo dicho en esas documentales,

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

más aún con el certificado médico que le es practicado hasta el día diez de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, donde no se le describe huellas de violencia, es púber, no presenta enfermedad venérea, ni signos clínicos de embarazo y sí una desfloración, donde también del estudio de impresión diagnóstica que se le practica por la responsable del Centro de Atención al maltrato intrafamiliar y sexual de Texcoco, obtienen sus datos generales, sus antecedentes familiares y hacen una descripción emitiendo conclusiones, dice que es un sujeto femenino de treinta años de edad aparente igual a la cronológica, ubicada en tiempo, espacio y persona, impresiona con coeficiente intelectual normal, discurso coherente y no muy congruente memoria, atención y concentración adecuadas, berborreica, su discurso en torno al agudo impresiona por obsesivo y presiso, también otro rasgo que llama la tensión es que apesares que a pesar de ser berborreica y cooperativa se le dificulta el contacto sexual, sus relaciones son defensivas y superficiales, por último que si bien existen alteraciones psicológicas en MARITZA, estas pueden estar determinadas por una relación de pareja deficiente, y malos tratos en forma crónica, por lo tanto, salvo una mayor evaluación se puede concluir que MARITZA ACOSTA no presenta sintomatología aguda de abuso sexual, en consecuencia, el hecho denunciado, se reduce a una imputación aislada, es decir a un hecho que se encuentra pendiente por corroborar, ya que tal conducta no se presume realizada, al no establecer primero una existencia de cópula en la fecha en que dice sucede el evento delictivo, y que esa cópula hubiese sido en contra de su voluntad, mediante el uso de una fuerza física o moral, por ende no se demuestra la corporiedad de tal ilícito al no relevarse las acciones que revelen el dominio material que dice fué sometida y que eso lo haya imposibilitado a oponer resistencia obligándola copular sin su voluntad, del análisis de las constancias de autos, no se desprenden los elementos de la -

corporiedad del tipo penal de VIOLACION, ya si bien la denuncia presentada con posterioridad a los hechos a que acontecen los supuestos hechos, de los medios de prueba aportados en el término constitucional ampliado, se desvirtúa lo dicho por la denunciante cuando ella misma reconoce el contenido de las documentales que son presentadas, además de que contrario a su inicial denuncia hace referencia a que su esposo no vela a sus hijos siendo que inicialmente ella acepta que sí tenía permiso para que los viera o incluso se los llevara, de esta manera el dicho de MARITZA ACOSTA ARCEGA, no acredita el tipo penal al no demostrarse que se le haya impuesto cópula en contra de su voluntad, a través del uso de la violencia física o moral, resultando intrascendente lo que ella manifiesta alegando de que fué sometida a ser obligada a copular, ya que aún cuando es evaluada psicológicamente no presenta sintomatología aguda de abuso sexual, de tal manera en base a la regla genérica que cita el artículo 128 del Código de Procedimientos Penales en vigor, ya que el delito de VIOLACIÓN no tiene una comprobación especial, el Juzgador estima que no se acredita el tipo penal del delito que se analiza, resultando innecesario entrar al estudio de la probable responsabilidad de OSCAR FELIPE GENIS CHAVEZ, y en términos del artículo 196 del Código de Procedimientos Penales en Vigor, resulta procedente dictar en su favor AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR con las reservas de ley, ordenando sea puesto en inmediata libertad. -----

----- Por lo expuesto y con fundamento en lo establecido por los artículos 14, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 279 en relación al 7 fracción I y II del Código Penal en Vigor; 128, 189 al 196 del Código de Procedimientos Penales en Vigor, es de resolver y se: -----

----- RESUELVE -----

----- PRIMERO.- Por la improbación del tipo penal de VIOLACION, previsto por el artículo 279 en relación al 7 fracción I y II del Código Penal en Vigor, en agravio de MARITZA ACOSTA ARCEGA, siendo las DOCE HORAS DEL DIA VEINTISIETE DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, resulta procedente dictar en favor de OSCAR FELIPE GENIS CHAVEZ, AUTO DE LIBERTAD POR FALTA DE ELEMENTOS PARA PROCESAR con las reservas de ley. -----

----- SEGUNDO.- Comuníquese la presente resolución al Director del Centro Preventivo y de Readaptación Social de esta Ciudad, para lo cual gírese oficio al que deberá de anexar copia al carbón debidamente autorizada de la presente resolución, para su conocimiento y efectos legales subsecuentes, y sea puesto en inmediata libertad siempre y cuando no se encuentre detenido por delito diverso, a disposición de otra autoridad. -----

----- TERCERO.- Hágase saber a las partes el derecho y término del recurso de apelación en caso de no estar conformes con la presente resolución, hágasele las anotaciones de rigor en el libro de gobierno que se lleva en el Juzgado..."

El propósito de dar conocer a través este trabajo de investigación la resolución que se transcribió con anterioridad, fué para demostrar que en la mayoría de las ocasiones, existen diversos motivos por los cuales una mujer denuncia que fué violada por su esposo, pero en realidad la violación no ocurre.

Así mismo podemos hacer notar que si en el Código Penal del Estado de México hubiera estado regulado el delito de ejercicio indebido de un derecho, al momento en que se cometieron los hechos que se transcribieron con

anterioridad, el procesado habría sido condenado por ese delito, por haber tenido relaciones sexuales por medio de la violencia con su esposa tratando de ejercer su derecho de manera indebida y así no quedaría impune tal conducta.

Por todo lo anterior podemos determinar, la necesidad que existe para que en el Código Penal del Estado de México, se regule el delito de Ejercicio Indebido de un Derecho y no se aplique de manera indebida el delito de violación tratándose de cónyuges.

Como ya quedó demostrado en el capítulo anterior de nuestra investigación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, comparte nuestra misma opinión al considerar que no existe la violación entre cónyuges, sino que tal conducta se adecuaría al ejercicio indebido de un derecho, siempre y cuando se encuentre regulado en la Entidad Federativa en donde se presentó tal comportamiento.

Al hacer esta propuesta hemos considerado que no únicamente en el Estado de México es necesario que se regula el delito de ejercicio indebido de un derecho, sino que también en las Entidades Federativas en donde no existe este delito, ya que como nos dimos cuenta en el capítulo anterior de la presente investigación que son muchos los Estados de la República en donde no se regula dicho delito.

Al haber analizado la penalidad que tiene el delito de ejercicio indebido de un derecho tanto en el Código Penal del Distrito Federal como en el del Estado de Tabasco, y existiendo una diferencia que radica en la multa ya que en el Distrito Federal se aplica una pena alternativa que consiste de tres meses a

un año de prisión o multa de 30 a 90 días y en el Estado de Tabasco únicamente se aplica una pena privativa de la libertad de tres meses a un año de prisión sin fijar ningún tipo de multa, consideramos que dicha penalidad es muy leve, cuando se derive de la conducta ilícita de un cónyuge hacia otro, por que como ya lo hemos visto a través de esta investigación en algunas ocasiones al tratar de ejercer indebidamente un derecho un cónyuge a otro puede ser de una manera muy denigrante y ofensiva para el pasivo del delito.

Por tal motivo hemos concluido que para que se haga una reforma en el Código Penal del Estado de México, en el sentido de que se regule el delito de ejercicio indebido de un derecho y no así se aplique la violación entre cónyuges, proponemos que debería de regularse y quedar la propuesta de reforma de la siguiente manera:

Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que debe ejercitar, empleare la violencia, para llegar inclusive a proclamar un derecho marital a la cópula, no consentidos por la esposa o esposo, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días de multa, la pena se aumentará de seis meses a cuatro años de prisión y 100 días de multa cuando se trate de proclamar un derecho marital a la cópula, en caso de reincidencia, la pena de prisión se aumentará hasta en una mitad. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida.

La anterior propuesta, cumple con el propósito del que ya hemos venido comentado, porque a pesar de no estar de acuerdo con la existencia de la violación entre cónyuges, esto no quiere decir que se deje con ello desprotejido al pasivo del delito, dando con esta propuesta una alternativa de denunciar al

cónyuge que quiera ejercer de manera indebida el derecho que le asiste el patrimonio, con penas mas severas y así se logre una debida aplicación del derecho penal en el Estado de México en cuanto a este rubro.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Al realizar esta investigación y conocer más sobre el delito de ejercicio indebido de un derecho, nos dimos cuenta que se trata prácticamente de un delito nuevo del cual poco se conoce, sin embargo a través de la historia han existido figuras jurídicas similares a este delito, como ya lo hemos estudiado, pero esto no le resta importancia a la existencia tan necesaria de esta figura jurídica en códigos penales del país en donde no se contempla su regulación, como quedó demostrado a través de este trabajo.

SEGUNDA.- Se dieron a conocer algunos conceptos del delito de violación y una vez que analizamos dichos conceptos llegamos a una conclusión y vertimos nuestro particular punto de vista de este delito considerando que la VIOLACIÓN es: "Al que por medio de la violencia ya sea física o moral obligue a una persona no importando su sexo y no siendo ésta cónyuge del sujeto activo a tener cópula en contra de su voluntad."

TERCERA.- De la misma manera durante esta investigación se dieron a conocer algunos conceptos del delito de ejercicio indebido de un derecho y después de analizados dichos conceptos expusimos el nuestro considerando que el EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO es: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar empleare la violencia, para llegar inclusive a proclamar un derecho marital a la cópula, no consentidos por la esposa o esposo."

CUARTA.- En pocos Estados de la República Mexicana se encuentra regulado en sus Códigos Penales el delito de ejercicio indebido de un

derecho, por lo que hemos llegado a la conclusión que no únicamente existe la problemática que se plantea en el Estado de México, si no que también en muchos estados del País.

QUINTA.- A través de esta investigación quedó demostrado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de diversas jurisprudencias, comparte nuestra misma opinión en el sentido de la inexistencia de la violación entre cónyuges y si la aplicación del delito de ejercicio indebido de un derecho.

SEXTA.- Por último a quedado demostrado la inexistencia de la violación entre cónyuges, en el Código Penal del Estado de México, ya que cuando existe la convivencia conyugal o análoga, existe un genérico consenso que autoriza a los miembros de la pareja a realizar actos sexuales sin necesidad de solicitar a cada momento el consentimiento expreso de la esposa, por ende consideramos que no existe tal delito, pero esto no quiere decir que tal conducta sea permitida, y no sea contraria a derecho, si no que tal conducta debe de estar prohibida y sancionada por las leyes penales, pero no como una violación, con esto se da un alternativa de denunciar al cónyuge que quiera ejercer de manera indebida el derecho que le asiste el matrimonio, pero no únicamente se propone se regule el ejercicio indebido de un derecho sino que también que su penalidad aumente, por lo que la propuesta de reforma que se hace al Código Penal del Estado de México quedó de la siguiente manera: *"Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que debe ejercitar, empleare la violencia, para llegar inclusive a proclamar un derecho marital a la cópula, no consentidos por la esposa o esposo, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días de multa, la pena se aumentará de seis meses a cuatro años de prisión y 100 días de multa cuando se trate de proclamar un derecho marital a la*

cópula, en caso de reincidencia, la pena de prisión se aumentará hasta en una mitad. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

SÉPTIMA.- Esperamos que con este trabajo de tesis se haya aportado al Derecho Penal una propuesta que un futuro se vea reflejada en la Ley, por ser esta necesaria.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Amuchategui Requena Irma G. "*Derecho Penal*". Editorial Harla, S.A., México 1993.

Castellanos Fernando "*Lineamientos Elementales de Derecho Penal*" Editorial Porrúa, S.A., 34a Edición, México 1994

Cabanelas Guillermo "*Diccionario de Derecho Usual*" Bibliográfica Omeba, 6a Edición, Buenos Aires 1968.

Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000, producido en CD.

Di Pietro Elli, "*Derecho Romano*", Editorial Porrúa S.A., Lasio Italia, 1978.

Delgado Moya Rubén "*Antología Jurídica Mexicana*" Extracto de Leyes de Nezahualcóyotl, México D.F., Editorial Industrias Gráficas Unidas.

De J. Lozano Antonio "*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas Tomo II*" Colección Clásicos del Derecho Mexicano editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2a Edición, México 1992.

Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XIX, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1984.

Floris Margadant S. Guillermo, "*El Derecho Privado Romano*", Editorial Esfinge, S.A., 4a Edición, México 1970.

González de la Vega Francisco "*Derecho Penal Mexicano*", Editorial Porrúa, S.A., 17a. Edición, México 1981.

González Quintanilla José Arturo "*Derecho Penal Mexicano*" Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México 1996.

González de la Vega Francisco "*Código Penal Comentado*" Editorial Porrúa, S.A., 12a. Edición, México 1996.

García Maynez Eduardo "*Introducción al Estudio del Derecho*", Editorial Porrúa, S.A., 38a. Edición, México 1986.

"*Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*", 3a. Edición, corregida y aumentada, Editorial Esfinge S.A., México D.F., 1978.

Jiménez Huerta Mariano "*Derecho Penal Mexicano*" Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México 1996.

Jiménez Huerta Mariano "*Derecho Penal Mexicano Tomo I*" Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México 1984.

Kohler De Berlín, J. "*El Derecho de los Aztecas*" Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho, México 1924. Compañía Editora Latino Americana.

López Betancourt Eduardo "*Delitos en Particular Tomo II*" Editorial Porrúa, S.A., 4a. Edición, México 1998.

"*México a través de los Siglos*" Dirección General de Vicente Riva Palacio, Tomo III, Editorial Cumbre S.A., México D.F.

Ortiz Urquidí Raúl, "*Matrimonio por Comportamiento*", Tesis Doctoral, México 1955.

Pavón Vasconcelos Francisco "*Diccionario de Derecho Penal*" Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición, México 1999.

Padilla Sahagun, Gumesindo. "*Derecho Romano Primer Curso*". Editorial UNAM, México 1988.

Planiol, Marcel y Georges Rippert, "*Tratado Elemental de Derecho Civil*", Tomo III, Puebla, México 1983.

Teodoro Mommsen. "*Derecho Penal Romano*" Editorial Temis, Bogotá Colombia 1991.

T. Esquivel Obregón "*Apuntes de la Historia del Derecho Mexicano*", Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición, México 1984.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
México Editorial Sista, 2000.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Sista, 2000.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México, Editorial Sista, 2000.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO, México, Editorial Sista, 2000.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO, México, Editorial Porrúa, 1999.

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACION, DELITO DE. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo 77, Mayo de 1994. Tesis 1a./J. 12/94 Pag. 19. PRECEDENTES. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal. Tesis de Jurisprudencia 12/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

VIOLACIÓN ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo VIII-Noviembre. Pag. 333. PRECEDENTES: Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Chettuno Reyna. Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia VI.2o.J/86, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Enero de 1997, pag. 397.

VIOLACION, DELITO DE. CONCEPTO DE COPULA. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo VII-Marzo. Pag. 224. PRECEDENTES: Amparo directo 8/91. Juan Ramón Sesma López. 6 de febrero de 1991. Mayoría de votos. Presidente: Pablo Antonio Ibarra Fernández. Ponente: Julio Cesar Vázquez-Mellado García. Secretario: Isidro Pedro Alcántara Valdés.

VIOLACIÓN. ACEPTACION DEL VOCABLO COPULA COMO ELEMENTO DEL DELITO. (TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Época. Tomo VI Segunda Parte-2. Pag. 692.) PRECEDENTES: Amparo directo 821/89.

Alejandro Mondragón Fonseca. 31 de enero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente. María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Santiago Felipe Rodríguez Hernández.

VIOLACIÓN, FORMA DE COMPROBAR EL ELEMENTO VIOLENCIA MORAL EN EL DELITO DE SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo VIII-Noviembre. Pag. 334. PRECEDENTES: Amparo en revisión 457/90. Ismael González Hernández. 6 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

VIOLACION ENTRE CONYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURAN DEL DELITO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo 77, Mayo de 1994. Tesis 1a./J. 10/94 Pag. 18. PRECEDENTES: Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal. Tesis de Jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

VIOLACION ENTRE CONYUGES, DURANTE EL LAPSO EN QUE SE DECRETO JUDICIALMENTE SU SEPARACION PROVISIONAL, DELITO DE. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 8a. Epoca. Tomo 77, Mayo de 1994. Tesis 1a./J. 5/94 Pag. 16. PRECEDENTES: Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal

Tesis de Jurisprudencia 5/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado