



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“LA DEFICIENTE ATENCIÓN HACIA LAS VÍCTIMAS DEL
DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS
POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

A L A N C A R L O S A G U I L A R V I L L A S A N A

ASESOR: LIC. PARRA RODRÍGUEZ ERIKA IVONNE

2005





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.

AGRADECIMIENTOS

A MIS PADRES:

RÓ Y MARTHUCHIS Gracias por su apoyo, ejemplo, comprensión y sobretodo por estar a mi lado.

A MIS HERMANOS:

ALEX Y AIDEE Por ser los mejores compañeros de mi infancia, y por su apoyo incondicional y a mi sobrino el “meme” que siempre me saca una sonrisa con sus ocurrencias, y me recuerda que no hay que tomarse la vida tan en serio.

A MI FAMILIA:

Aunque estén un poco lejos siempre cuento con ellos y se que lo celebran y disfrutan conmigo.

A MI ASESORA:

LIC. ERIKA IVONNE PARRA RODRÍGUEZ; Por su valiosa aportación de sus conocimientos tanto en éste trabajo como en clase y también por su amistad y paciencia.

A MIS MEJORES AMIGOS:

Ana, David, Ely, Katya, Lore, Mikey, Rama, Rudolf, Susan, Toño y Win.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL A:

“Arly” ya que gracias a él he podido llegar hasta aquí, y en los momentos más difíciles siempre me saca adelante, con su fortaleza, seguridad y alegría.

A MIS PROFESORES:

A todos aquellos que en las aulas o fuera de ellas, siempre compartieron sus conocimientos y su amistad.

A LA U.N.A.M.

Por darme mi formación universitaria y sobretodo por sus valores y principios y por haberme cumplido mi sueño de estudiar en la casa de los "PUMAS."

Y A TODOS AQUELLOS QUE INFLUYERON Y COMPARTIERON, MI HISTORIA EN ESTA ETAPA DE MI VIDA.

ÍNDICE

CAPITULO I LA TEORÍA DEL DELITO.

	Introducción.....	6
1.1	Teoría del Delito.	9
1.2	Elementos del Delito.	10
1.3	Elementos Positivos del Delito.	11
1.3.1	Conducta.	11
1.3.2	Tipicidad.	12
1.3.3	Antijuricidad.	14
1.3.4	Imputabilidad.	15
1.3.5	Culpabilidad.	17
1.3.6	Condicionabilidad Objetiva.	18
1.3.7	Punibilidad.	19
1.4	Elementos Negativos del Delito.	21
1.4.1	Ausencia de Conducta.	21
1.4.2	Atipicidad.	22
1.4.3	Causas de Justificación.	24
1.4.4	Inimputabilidad.	25
1.4.5	Inculpabilidad.	27
1.4.6	Falta de Condiciones Objetivas.	28
1.4.7	Excusas Absolutorias.	29

CAPITULO II EL DELITO DE VIOLACIÓN

2.1	Antecedentes del Delito de Violación	31
2.2	Definición del Delito de Violación	33
2.3	Elemento Objetivo	37
2.3.1	Cópula Normal o Anormal.....	37
2.4	Medios de Comisión.....	39
2.4.1	Vis Absoluta o Violencia Física Y Vis Compulsiva o Violencia Moral.....	39
2.5	Clasificación de la Violencia en Orden a la Conducta.....	42

2.6	Clasificación en Orden al Resultado.....	42
2.7	La Culpabilidad.....	43
2.8	Bien Jurídico Tutelado.....	44
2.9	Punibilidad.....	45

CAPITULO III EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS

3.1	El Matrimonio en el Derecho Romano.....	48
3.2	Definición de Matrimonio.....	49
3.3	Naturaleza Jurídica.....	51
3.4	Derechos y Obligaciones que Nacen del Matrimonio..	52
3.4.1	El Deber de Fidelidad.....	53
3.4.2	El Deber de Asistencia y el Deber de Darse Alimentos.....	54
3.4.3	El Deber de Cohabitación.....	56
3.4.4	El Débito Carnal.....	58
3.5	El Concubinato.....	59
3.6	La Diferencia entre la Violación Cometida por un Desconocido o por un Conocido.....	61
3.7	Diferentes Criterios del Delito de Violación entre Cónyuges.....	64
3.8	Violación Intra-Matrimonial.....	70
3.9	Artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....	72
3.10	Elementos del Delito de Violación Plasmados en el Artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal...	73
3.11	Querella.	74

3.12	Medios de Comisión.....	75
3.13	Punibilidad.	76

CAPITULO IV PRINCIPALES CONTROVERSIAS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS Y EL PAPEL QUE DESEMPEÑA EL MINISTERIO PUBLICO EN EL CASO CONCRETO.

4.1	El Maltrato Hacia la Mujer.	77
4.2	El Papel de la Mujer en el Contexto Conyugal.....	81
4.3	Las Formas de Dominio Masculinas en la Vida Conyugal.....	85
4.4	Violencia y Conyugalidad.....	89
4.5	Consecuencias del Delito de Violación entre Cónyuges o Concubinos para la Mujer o Víctima.....	92
4.6	El Desempeño del Ministerio Público en el Caso Concreto.....	96
4.7	La Credibilidad Hacia las Víctimas por Parte de la Autoridad.....	104

CONCLUSIONES.....	109
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	113
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

Violación es una palabra que se ha vuelto muy popular en nuestro vocabulario, en el campo del Derecho este acto es considerado como un delito grave y que ha existido desde antes de regularse el Derecho, y es así como a medida que avanza la legislación se ha sancionado de distintas formas, con el paso del tiempo se ha buscado el perfeccionamiento de la integración del delito, de ahí que con diversos puntos de vista ha sido difícil llegar a la unificación de la norma, existiendo así diversas formas de comisión y en algunos casos se deriva en que haya un concurso de delitos, lo que hace mas difícil encontrar la sanción perfecta para que este disminuya, y a su vez se le repare el daño a la víctima.

Al observar que a pesar de ser un problema tan viejo, en la actualidad es de los de mayor incidencia en nuestro país, esto se da porque pocas son las víctimas que se atreven a denunciar este delito, una de las principales causas son el tabú o rechazo de la sociedad moral o religiosa, que es un poco retrograda y de mente cerrada, considero que podemos romper con ciertos tabús o creencias sin perder valores y principios y así avanzar.

Durante el estudio analizaremos diversas víctimas de este delito, y observaremos que una vez hecha la denuncia por parte de la víctima, nuestra autoridad no las consideró como tál, esto fué debido a diversos criterios y lagunas del Derecho, como lo es la figura de la concubina. En la actualidad ya es reconocida esta figura en el Derecho y se dice que sus derechos se equiparan al del cónyuge, aunque es sabido que en la práctica no se le da la importancia adecuada por las autoridades, debido a la diversidad de criterios y opiniones encontradas por los mismos.

De esto se desprende el tema que hoy se desarrollará, en el cuál se planteará si existe o no el delito de violación entre cónyuges o concubinos, y si en la práctica las autoridades le dan la misma importancia a este delito, dado el

parentesco que existe entre ellos. Y si es aplicada la ley conforme a lo establecido por el artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que es donde se desprende la naturaleza del delito.

Y a partir de esta investigación, tendremos una idea más clara respecto de si en la práctica las autoridades aplican el mismo criterio a este delito ya que es muy común, que al existir una relación íntima como cónyuges o concubinos, al llegar la víctima al ministerio público a realizar la denuncia, éste trata de minimizar el acto diciendo que “ es un pleito cualquiera y que no tiene caso abrir una averiguación previa dado a que al rato se les pasa el enojo y todo sigue igual “. Y por lo tanto no se le otorgan las garantías pertinentes, dado a la cercanía y vulnerabilidad que tiene la víctima con su agresor.

Partiendo desde el punto de vista del parentesco o relación que existe entre ellos, se dificulta la separación de los deberes maritales y la agresión sexual, lo que esto trae como consecuencia, que se origine la violación.

Y por lo tanto llegar a la conclusión de que si se tipifica el delito de violación entre cónyuges o concubinos, será pertinente que se otorgarán y respetaran las garantías que señala la ley, a toda víctima en esta situación.

En la investigación será de carácter teórico, práctico, a su vez trataremos de conseguir testimonios reales de víctimas denunciantes así como estadísticas, fotografías, y otros documentos que nos puedan auxiliar para un mejor análisis del tema como métodos de contrastación.

Dentro del primer capítulo trataremos la figura del matrimonio y el concubinato, ya que al delimitar nuestro tema nos enfocaremos al delito de violación dentro del matrimonio o concubinato, en la cual nos encontraremos con la problemática de que si existe o no dicho delito, con esta unión tan cercana entre la víctima y el victimario, este estudio será en base a la teoría del delito y sus

elementos y a su vez se tratará de desentrañar el papel que juegan cada una de las partes de manera doctrinal y jurídica dentro del matrimonio o concubinato.

En el segundo capítulo se analizará dicho delito, estudiando a diversos doctrinarios e historiadores para tener una mejor visión de como se ha evolucionado con respecto a esta problemática con el correr del tiempo hasta nuestra época, partiendo de nuestro artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, y a su vez estudiando los elementos primordiales que lo integran y así mismo verificaremos si esta sanción es la más adecuada.

En el capítulo tercero se analizará si es necesario establecer la diferencia cuando este se trate del cónyuge o concubino, ya que éste se aprovecha de la relación para sobrepasarse con su pareja y no respetarla como tal. A su vez si es necesario poner sanción ejemplar tanto al agresor como a la autoridad que no le da la debida importancia a este delito y que esta sirva para iniciar una conciencia ciudadana de respeto entre pareja sea cual sea su tipo de relación.

Por último en el capítulo cuarto se analizará a la mujer y su papel que desempeña dentro del núcleo familiar, tratando de determinar los derechos y obligaciones entre cónyuges o concubinos y su vez llegar a una conclusión respecto a este delito si es que la norma jurídica que regula el delito de violación, se respeta sin importar su condición de parentesco y si se les otorgan las garantías pertinentes a las víctimas.

Por lo antes expuesto, cabe mencionar que para esta investigación utilizaremos la siguiente metodología es decir, nos auxiliaremos del método científico, deductivo, histórico, sistemático e interpretativo y otros que a través de la investigación se vayan requiriendo.

CAPITULO I

LA TEORÍA DEL DELITO

1.1 TEORÍA DEL DELITO.

La teoría del delito es la parte medular del Derecho Penal. Conocerla o adentrarse en ella, es el mecanismo más adecuado para familiarizarse con el ilícito, renglón fundamental dentro del universo jurídico.

La teoría del delito es una parte de la ciencia del Derecho Penal; comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo.

La teoría del delito “.....atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.”¹ Es decir esta teoría no se va a encargar de estudiar cada delito en particular, como el robo, el homicidio, el fraude, etc. Sino las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no delito. Estas partes o elementos son: LA CONDUCTA, LA TIPICIDAD, LA ANTIJURICIDAD, LA IMPUTABILIDAD, LA CULPABILIDAD, LAS CONDICIONES OBJETIVAS Y LA PUNIBILIDAD. Así como sus elementos negativos que son: AUSENCIA DE CONDUCTA, AUSENCIA DEL TIPO O ATIPICIDAD, CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN, INIMPUTABILIDAD, INCULPABILIDAD, AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD, Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS respectivamente, todo esto con el fin de establecer cuando se le podrá imputar un hecho delictivo a un sujeto.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, 2ª Ed., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 333.

1.2 ELEMENTOS DEL DELITO

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. “Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible al sujeto activo; para Beling es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Máx. Ernesto Mayer define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica como lo contempla nuestro Código Penal y por lo tanto quien lo infringe es culpable; para Jiménez de Asúa es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”²cfr.

La aportación de diversos estudios de nuestra ciencia ha traído en número de siete, los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo. Es decir, a partir de la configuración de todos y cada uno de los predicados de la conducta o hecho, se estudia al delito en dos esferas; una referente a la existencia e inexistencia del hecho delictivo (aspecto positivo y negativo), otra referente a las formas de aparición (a la vida del delito).

Los elementos del delito que son conocidos por todos los juristas y que no todos los autores aceptan, son siete positivos y siete negativos, a continuación los desglosaremos más específicamente:

²Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo Teoría del delito, 11ª Ed. Edit. Porrúa, México, 2003, p. 297.

1.3 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO

1.3.1 CONDUCTA

La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que solo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente.

Es voluntario dicho comportamiento por que es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, por que tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: se encuentran el de HECHO, ACCIÓN, ACTO, etc. Pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta más conveniente la denominación de conducta.

La conducta puede ser cometida por acción o por omisión, esta última a su vez se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

El maestro Celestino Porte Petit, señala que “se debe de atender a la actividad o inactividad, independientemente del resultado material, en caso de haberse producido, considerándolo como una consecuencia de la conducta.”³

De acción:

1. Son los delitos en los que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el ilícito por ejemplo para clavar un puñal.

3. PORTE PETIT CANDAUNAP, Celestino, Dogmática Sobre Los Delitos Contra La Vida y La Salud Personal, 11ª Ed. Edit. Jurídica Mexicana, México, 1996. p.322.

De omisión:

1. Son aquellos delitos que requieren que el sujeto no realice ninguna actividad, es decir, que deje de hacer lo que esta obligado a hacer.
2. omisión simple. Independientemente del resultado, con la simple inactividad, se origina el delito.
3. comisión por omisión. Es cuando se requiere un resultado; la inactividad del sujeto que esta obligado a realizar una actividad determinada, provoca un resultado.

Existen otras teorías llamadas de la acción dependiente de la imputabilidad, de la antijuricidad o del tipo, las cuales niegan la independencia de la acción, afirmando que solo la imputable lo es. Para otros tratadistas la esencia de la acción es la juricidad y para los otros lo primario es lo justo y después la acción.

Lo que nos lleva a la conclusión de que dar un concepto exacto y aceptado por todos los tratadistas es casi imposible dada la complejidad del tema y esto se deja en la mayoría de los casos al libre albedrío del juzgador.

1.3.2 TIPICIDAD

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal. En este contexto, diversos autores han dado su definición de tipicidad; dentro de las mas importantes tenemos la expresada por Francisco Blasco y Fernández de Moreda, la cual dice: "...la acción típica, es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por

violiar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida”.⁴

Para Laureano Landaburu “.....la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal”.⁵

Para Jiménez de Asúa, la tipicidad es “.....la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción”.⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció que: **Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo , es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, por que la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando este era objeto de una agresión injusta, real , grave, desaparece la antijuricidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos. (Seminario Judicial de la Federación, t. XV, p. 68. Sexta Época. Segunda Parte.)**

4 BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, La Tipicidad, La Antijuricidad y La Punibilidad como Caracteres del Delito en la Noción Técnica Jurídica, Edit.IX, España 1998, p. 443.

5 LANDARABURU, Laureano, El Delito como estructura, Edit Losada, Colombia, p.471.

6 JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal III, 2ª Ed., Edit. Lozada, S.A., Argentina, 1958, p. 744.

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito.

Debemos tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo; la primera se refiere a la conducta, el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito; es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.

1.3.3 ANTIJURICIDAD

La antijuricidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito.

Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, o sea, debe de ser antijurídica. Para un sector doctrinal, la antijuricidad no surge propiamente del Derecho Penal, sino de todo orden jurídico, ya que puede presentarse “.....un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho, así, si alguien lleva su automóvil a reparar a un taller mecánico y no paga la reparación, el dueño del taller puede retener el automóvil, realizando una conducta que es típica, pero que es antijurídica porque esta amparada por un precepto permisivo que no proviene del Derecho Penal, sino del Derecho Privado”.⁷

De esta forma se considera la antijuricidad como el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General, 4ª Ed., Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, Argentina, 1985, p. 512.

Diversos investigadores, la han estimado como el aspecto más importante del delito, ya que no es solamente un elemento o carácter del mismo, sino su esencia, y es más, su propia naturaleza.

También se le dió un carácter objetivo, ya que la antijuricidad nace del juicio valorativo de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, este juicio solo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de carácter subjetivo.

“La antijuricidad es lo contrario a derecho, por lo tanto no basta que la conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma.”⁸

Desde el punto de vista material, estaríamos frente a un delito natural, cuyas consideraciones serían al libre albedrío del interprete, entonces concluimos que la antijuricidad es un elemento del delito, considerada como un requisito es decir, como aquello que se requiere para constituir un delito, sin que signifique esto que cada uno de los elementos del delito tengan vida propia individualmente, ya que constituyen una unidad indivisible, definiendo a la antijuricidad en particular, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes para producir el contraste de la norma, con los efectos producidos por éste.

8 MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Edit. Revista de Derecho Privado, España, 1989, p.131.

1.3.4 IMPUTABILIDAD

Algunos autores, principalmente los alemanes, tocan los temas de imputabilidad y culpabilidad dentro de una misma denominación: culpabilidad; empero, es importante hacer la distinción de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y no como elemento de ella. A este respecto también existe el criterio de considerar a la imputabilidad como presupuesto de todo delito.

Para el jurista español Luis Jiménez de Asúa, dice: que “..... la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimos. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse.”⁹ En cierto modo, es nuestra preocupación explicar lo más sencillamente posible, estas diferencias, para lograr una concepción más amplia y detallada de los elementos que integran la teoría del delito.

Con lo antes expuesto podemos decir: que la imputabilidad es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender significa tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.

“El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad; estas son: edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.”¹⁰

El hombre debe ser capaz de querer el resultado delictivo y de entender, en el campo del Derecho Penal, para que sea imputable.

9 MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Edit. Temis, Colombia 1990, p.131.

10 JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito, Edit. Sudamericana, Argentina, 1990, pp. 325 y 326.

Podemos concluir que la imputabilidad es la capacidad, condicionada por la madurez y la salud mental de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo de esa comprensión, y que esta tiene su sostén en el libre albedrío y la responsabilidad moral, y que el individuo tiene que hacerse responsable de su conducta, por el simple hecho de vivir en sociedad.

1.3.5 CULPABILIDAD

“Etimológicamente viene del latín *culpabilis*, se aplica a quien se puede echar la culpa, asimismo el concepto material de la culpabilidad descubre las razones por las que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad.”¹¹

El concepto de la culpabilidad, dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual el de un psicologista, el de un normativista o el de un finalista. Así , el primero diría, la culpabilidad consiste en el nexo-psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, y el segundo, en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material, reprochable, y el tercero, afirmarí, que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativista el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad es por lo tanto, responsabilidad por que son contenido del tipo.

Maggiore define a la culpabilidad como “.....la desobediencia consciente y voluntaria y de la que uno esta obligado a responder a alguna ley “.¹² Mientras que Jiménez de Asúa la define como “.....el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica “.¹³

11 DAZA GOMEZ, Carlos Juan Manuel, Teoría General del Delito, Edit. Cardenas editor, México, 1997.p.59

12 MAGGIORE, Giuseppe, El Derecho Penal, El Delito I. 2ª Ed., Edit. Temis, Colombia, 1989, p. 451.

13 Op. Cit. p.352

Por lo tanto concluyó que la culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo. Ó sea que el nexo es el fenómeno que se da entre dos entes; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, esto es, el nexo intelectual y emocional entre el sujeto y el delito.

1.3.6 CONDICIONALIDAD OBJETIVA

Para Ernesto Beling, las condiciones objetivas de punibilidad son “.....ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuricidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad “.14

Jescheck considera a las condiciones objetivas de punibilidad, como “circunstancias que se hayan fuera del tipo injusto y del de culpabilidad, pero de cuya presencia dependen la punibilidad del hecho y la posibilidad de la participación. Como no pertenecen al tipo, no es preciso que sean abarcadas por el dolo ni por la imprudencia. El error, pues, se halla jurídicamente desprovisto de significado. La producción de las condiciones objetivas de punibilidad es diferente en orden al lugar y al tipo de acción. Por ello, el auxilio prestado al autor por otra persona tras la terminación del hecho, pero antes de producirse la condición, no constituye complicidad, sino encubrimiento u obstaculización de la justicia penal.”15

Las condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los presupuestos procesales. En las primeras se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido, que en cada caso se requiere, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso penal. Cuando falta una condición objetiva en el momento del juicio oral, procede la absolución; cuando falta un presupuesto procesal, el proceso se detiene.

14 BELING, Ernest Von, La Doctrina Del Tipo. Traducción de Soler, Edit. Depalma, Argentina, 1944, p.321
15JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, 3ª Ed. Edit Bosch, España, 1988, p. 312.

Para el maestro Celestino Porte Petit, “las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos constitutivos del delito, ya que no se requiere su existencia.”¹⁶

Pannain considera a las condiciones objetivas de punibilidad como “.....elementos esenciales, por que se requieren, y no están presentes no hay punibilidad y, por lo tanto, no hay delito; sin embargo, anota, no son elementos constitutivos porque no intervienen en la construcción de la figura criminosa, y su función es la acondicionar la existencia de un delito ya estructuralmente perfecto, pero no vital.”¹⁷

Por lo que concluimos que las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que al manifestarse solo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios y estas condiciones no deben confundirse con los requisitos procesales.

1.3.6 PUNIBILIDAD

La punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal.

“Cuello Calón considera que la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo.”¹⁸

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es “.....la amenaza de pena, que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.¹⁹

16 PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Ob. Cit p. 235

17 PANNAIN, Remo, Manual de Derecho penal, 3ª Ed., Edit. Batagliolo, Italia, 1942, p. 183.

18 CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, 4ª Ed. Edit. Bosch, España, 1977, p.314.

19 PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, 2ª Ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1967, p. 395.

“Sebastián Soler sostiene que la punibilidad no es un elemento esencial del delito y lo considera como una consecuencia del mismo.”^{cfr.20}

En la doctrina aún se discute si la punibilidad posee ó no el rango de elemento esencial del delito, y al respecto Porte Petit nos dice: “.....para nosotros que hemos tratado de hacer una dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal que define el delito como acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía penal nulla poena sine lege, pues tal afirmación es innecesaria. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por lo tanto, constitutiva de un delito y no es penada por consideraciones especiales”.²¹

Ignacio Villalobos, tampoco considera a la punibilidad como elemento del delito, ya que el concepto de este no concuerda con el de la norma jurídica.

Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente.

“Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente. Mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles”.²²

20 Cfr. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 11ª Ed. Edit. Porrúa, México, 2003, p. 297.

21 PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Importancia de la Dogmatica Jurídico Penal, Edit. Porrúa, S.A. México, 1954, p. 59.

22 VILLALOBOS, Ignacio, Manual de Derecho Penal Mexicano, 7ª Ed., Edit Porrúa, México, 1993, p. 455.

Es por lo que sostenemos que la punibilidad es elemento del delito; es por ello que la condición de punibilidad se encuentra como elemento de la estructura del mismo, por que cuando no hay punibilidad no hay delito.

1.4 ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

1.4.1 AUSENCIA DE CONDUCTA

Es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

La ausencia de conducta se presenta por :

1. Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible.
2. Vis maior o fuerza mayor.
3. Movimientos reflejos.

De ser posible se podrían tomar como aspectos negativos:

El sueño.

El hipnotismo.

El sonambulismo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho respecto a la vis absoluta que: **De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre el ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario.**

Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por los hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella. (Semanao Judicial de la Federación,t. XCIII, p, 2018.Sexta Época.)

“Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que este ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar.” (Semanao Judicial de la Federación, t. LXXX, p 175. Sexta Época.)

Esta fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta; el sujeto, a través de esta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por falta de voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

Cuando un sujeto comete un delito por fuerza física e irresistible proveniente de otro sujeto, no hay voluntad en la realización y no se puede presentar el elemento de conducta, en virtud de no ser un acto voluntario. Es importante determinar que la fuerza debe ser física, es decir, material no puede ser de naturaleza moral, porque es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad, porque eso debe ser exterior e irresistible porque el sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

Por ejemplo los movimientos reflejos son otra causa de ausencia de conducta, por que no participa la voluntad del sujeto. Sin embargo se ha considerado la posibilidad de culpabilidad del sujeto, cuando éste haya previsto el resultado o cuando no lo haya previsto, debiéndolo hacer, en donde se presentarán tanto la culpa con representación como sin ella.

Los movimientos son actos corporales involuntarios, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

1.4.2 ATIPICIDAD

La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es el aspecto negativo de la tipicidad.

Es importante diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, siendo que el segundo, no existe descripción de la conducta o hecho, en la norma penal.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado: **Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a cualidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc. Mientras la segunda, presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley. (Boletín de Información Judicial, t. XIV, p 262. Sexta Época.)**

Podría considerarse que el delito putativo es un caso de ausencia de tipo penal, aunque para muchos autores se trata de una causa de inculpabilidad por error de hecho.

El delito putativo consiste en la comisión de un hecho en la convicción de que constituye una infracción punible, siendo que no lo es.

Jiménez de Asúa manifiesta: “Ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha).
- b) Cuando la ley penal no ha escrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad, en sentido estricto)”^{.23}

23 JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal III, Edit. Losada, S.A., Argentina, 1963, p. 940.

Para Beling, habrá carencia del tipo cuando “.....la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales”.²⁴

Sauer estima que se da ausencia de tipo “.....cuando no se presenta un carácter del tipo legal en el caso singular”.²⁵

1.4.3 CAUSAS DE JUSTIFICACION

Cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuricidad, podemos decir: no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha actuado en determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales. Así, si un hombre ha matado a otro, en defensa de su vida injustamente atacada, estará en una causa de justificación, excluyéndose la antijuricidad en la conducta del homicida.

Dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.

Algunos penalistas italianos como Pannain,” han delimitado las causas de justificación y las causas de inimputabilidad; las primeras como hechos externos, como la legítima defensa, el estado de necesidad, etc, y las segundas, tienen su causa exclusiva o principal en la psique del sujeto, como es el caso de las enfermedades mentales y la edad, entre otras.”^{cfr.26}

24 BELING, Ernest Von, Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Tipo, 11ª ed., Edit. Depalma, Argentina, 1944, p. 37.

25 SAUER, Guillermo, Derecho Penal, Edit. Bosch, España, 1996, p. 116

26 Cfr. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del delito, 11ª Ed. Edit. Porrúa, México, 2003

Para Manzini, “las causas de inimputabilidad comprenden el caso fortuito y la fuerza mayor, la ignorancia, el error y la embriaguez, sin tratar en estas causas las enfermedades mentales, ni la edad, considerando a los locos, menores, etc, como incapaces del Derecho Penal.”^{cfr.27}

Dentro de las causas de justificación, enumera los hechos justificados por la ley o la autoridad, como lo son la legítima defensa y el estado de necesidad.

Con lo que podemos definir a las causas de justificación como: aquellos actos realizados conforme a Derecho, es decir, que les hace falta la antijuricidad requerida para poderlos tipificar en un delito.

1.4.4 INIMPUTABILIDAD

El aspecto negativo de la inimputabilidad; consiste en la incapacidad de querer y entender en el mundo del Derecho. Pensando que la formula sobre la inimputabilidad, debe suprimir la enumeración de las causas que la producen.

Jiménez de Asúa sostiene que “.....son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se la pueda atribuir el acto que perpetro.”²⁸

El proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, en el Capítulo Segundo denominado **De las causas de inimputabilidad**, del titulo segundo: **El delincuente**, y en el artículo 16, establece que “ Son causas de inimputabilidad: I. El trastorno mental transitorio producido por causa accidental; II. El trastorno mental permanente, y III. La sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción”.

²⁷ Cfr. LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del delito, 11ª Ed. Edit Porrúa, México 2003, p185.

²⁸ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito, 3ª Edición, Edit. Sudamericana, Argentina, 1990, p. 339.

A este respecto, Sebastián Soler opina que “.....la sordomudez no presenta un problema específico de inimputabilidad, sino que en cada caso concreto deberá investigarse si existe una insuficiencia de las facultades que conduzca a la aplicación de la causal genérica de inimputabilidad. Constituye pues, una hipótesis posible y típica de insuficiencia.”²⁹

Las causas de inimputabilidad no se refieren a conductas jurídicas, porque en ellas el agente actúa produciendo un daño indebido, pero falta la responsabilidad penal la cual requiere del dolo, cuyos elementos no concurren en el agente.

Nuestro Nuevo Código Penal en su artículo 29 señala, tal como se expuso, que las causas de inimputabilidad en la siguiente fracción dice:

El delito se excluye cuando:

“VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.”

²⁹ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Edit. Tipográfica, Argentina, 1956, p. 147.

1.4.5 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas ó circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad operara cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento ó la voluntad. Tampoco será culpable una conducta, si falta alguno de los otros elementos del delito o la inimputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, solo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

Toda excluyente de responsabilidad lo es, porque elimina uno de los elementos del delito; asimismo, habrá inculpabilidad siempre que por un error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente.

Quién realiza un hecho en apariencia delictivo, pero obra de esta forma por una fuerza física a la que no puede resistir, no será culpable.

Se ha dicho que la culpabilidad operara a favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una de inimputabilidad en lo interno, por lo cual, para que sea culpable un sujeto, deben concurrir en la conducta el conocimiento y en la voluntad de realizarla.

Para algunos autores la inculpabilidad se dará solo en el supuesto de error y en la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

La base de la culpabilidad es el error, si se presenta la inculpabilidad, el sujeto no podrá ser sancionado, ya que para la existencia del delito, se requiere de

la concurrencia de sus cuatro elementos: primero, que se efectuó una acción; segundo, haya tipicidad, es decir, se adecuó la conducta a algún tipo penal; tercero, el acto sea antijurídico y por último éste mismo sea culpable.

1.4.6 FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS

La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, es el aspecto negativo de las mismas.

El lugar que ocupen dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente ya que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito, al considerar las condiciones objetivas de punibilidad, elemento del delito, y otros estimaran que no constituyen un aspecto negativo del delito, al negar a las condiciones objetivas el carácter mismo de elemento.

Jiménez de Asúa expresa que “.....cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; peor así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se produce la denuncia o querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adversa la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad, las por nosotros estimadas como propias permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable.”³⁰

Las condiciones objetivas de punibilidad, como ya mencionamos, son requisitos que la ley exige en delitos específicos y son situaciones que deben realizarse, porque en caso de que se incumplieren, el hecho no sería punible.

30 Op. Cit. Pag. 425.

En conclusión, el incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente. Cabe mencionar, que el incumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad difiere de la ausencia de estas, en virtud de que la primera hipótesis no se presentan los requisitos exigidos por la ley, mientras en la segunda, como explicamos en el punto anterior, el precepto jurídico no las establece.

1.4.7 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

A los aspectos negativos de la punibilidad se les llaman excusas absolutorias.

“Jiménez de Asúa dice: que son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.”³¹

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley por las cuales no se sanciona al agente.

“Para Kohler son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuricidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor.”^{cfr.32}

“Carrancá y Trujillo divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

31 JIMENEZ DE ASÚA, Luis, Op. Cit p. 117.

32 Cfr LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 11ª Ed. Edit. Porrúa, México, 2003, p.112.

Excusas en razón de los móviles afectivos revelados;

Excusas en razón de la copropiedad familiar;

Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;

Excusas en razón de la maternidad consciente;

Excusas en razón del interés social preponderante, y

Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada.”³³

33 CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raul, Derecho Penal Mexicano, 5ª Ed. Edit. Antigua Librería Robredo, México, 1988, p. 367.

CAPITULO II

EL DELITO DE VIOLACIÓN

2.1. ANTECEDENTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

En nuestras legislaciones anteriores a la actual, fue común el hecho de generalizar a la violación, el rapto y los que se llamaban abusos sexuales deshonestos, puesto que eran considerados de igual gravedad y de alguna manera correlacionados, aunque tenían una pena o sanción similar, con el paso del tiempo se fueron distinguiendo, por las diferentes formas de ejecución de estos delitos, es decir, dependía del daño, que se le ocasionaba a la persona conocida como sujeto pasivo o bien conforme a los elementos utilizados para la realización de éste, así como la conducta realizada para obtener el hecho ilícito, aunque en el pasado tal vez eran más severas y un tanto desproporcionadas, puesto que algunas veces como analizaremos era decisión de la víctima el castigo o sanción que se imponía al sujeto activo, es así como se fueron caracterizando por su dureza y severidad.

En cuanto al delito de violación objeto de nuestro estudio, en ocasiones se involucraba con el rapto, es decir cuando el hombre robaba a una mujer sin importar su estado civil o religión, era castigado o sancionado con la confiscación de los bienes del sujeto activo y éstos se le otorgaban a la víctima, aún pudiendo pagar con la vida, es decir, pudiéndosele aplicar además la pena de muerte.

En si el delito de violación, era sancionado en la época de los hebreos con la pena de muerte o una multa, podemos observar que la primer sanción es un tanto extremista y aunque no se especifica en su totalidad, en que casos se aplicaría una y en cual la otra, se hace mención de que se aplicaban estas sanciones dependiendo si la mujer era casada o no, partiendo en cuanto al orden de que si la mujer era soltera, a éste tal vez se le aplicaba la pena de muerte, y si ésta era casada, se castigaba sólo con una multa, no debería de existir distinción

alguna puesto que como podemos observar se trata del mismo delito, pero tomando en cuenta que en la antigüedad la forma de pensar era muy distinta a la actual, es por lo que consideró que se tomaban este tipo de sanciones, porque cuando la mujer ya se encontraba casada se consideraba que no perdía la honra de igual manera, que en el caso de la mujer soltera, porque la primera de éstas ya tenía una vida sexual iniciada, mientras que la otra era de suponerse que no, y tal vez no existiere quien quisiera contraer matrimonio posteriormente con ella, por lo sucedido, ya que pudiere considerarse como deshonestas, aún cuando ella no hubiere tenido la culpa de lo sucedido.

En los inicios de la cultura Griega, se castigaba al violador al pago de una multa y además a contraer matrimonio con la víctima, siempre y cuando ésta, así lo decidiera, y en caso de que ésta no diera su consentimiento se le aplicaba la pena de muerte a dicho violador, como podemos ver, aquí la sanción la ponía en parte la mujer, es decir la víctima, y analizando más a detalle esta cuestión, podemos observar que si el victimario entregaba una multa, no existiría la reparación del daño ocasionado, pero en ambas situaciones, tanto como si ella decidiera contraer matrimonio o no, con el violador y el decidir que le quiten la vida a su victimario, eran unas decisiones ilógicas que fueran tomadas por la víctima, puesto que analizando actualmente los estudios sobre el daño emocional ocasionado en la víctima, ésta tomaría una solución que no sería la más acertada, influenciada por el trance que está atravesando, y peor aún, después también cargaría en su conciencia con una muerte resultado de su ira.

Y en la antigua legislación Española, juzgaba según la condición del violador es decir, si era un hombre libre, a este se le castigaba con cien azotes y además se le entregaba a la mujer ofendida para que quedare a su servicio como esclavo, pero si fuere un esclavo el castigo o sanción era que lo quemaran, aquí podemos observar que en esta época se daba el favoritismo en cuanto a la clase para sancionar dicho delito, aunque pareciera que de algún modo son equitativos, pero volvemos al mismo razonamiento de que es el mismo delito y no debería de

haber distinción alguna entre las personas, aun cuando había distinción entre las clases se continuaba sin reparar el daño ocasionado a la víctima.

Y en esta misma legislación se contemplaba el hecho de que no podían contraer matrimonio el victimario y la víctima y en caso de que infringieran esta disposición ambos quedaban como esclavos.

Posteriormente se decía que si algún hombre robare a una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa, y la tomase por la fuerza, éste debería de morir y todos los bienes del agresor pasaban a manos de la mujer forzada o robada.

De acuerdo con los antecedentes del Derecho Español, podemos observar que el delito de violación era contemplado como “.....aquel hecho que cometía el hombre con violencia para abusar de la mujer sin su consentimiento.”³⁴ Estableciendo así que solo era contemplado el hecho, que el único que podía cometer este delito era el hombre y por lo tanto la mujer siempre era la víctima, este supuesto no se asemeja, a lo que actualmente se señala como delito de violación, por que ahora se incluyen más elementos, y se da una especificación más detallada del delito, aun cuando los sujetos activos del delito son considerados específicamente para cada una de las conductas, y sus diversos medios de comisión, de ahí que existan diferentes sanciones al violador.

2.2. DEFINICIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

“En el Derecho Canónico, se consideraba a la violación solamente cuando la mujer no haya dado su consentimiento para la realización de éste, y hubiere desfloración.”^{cfr.35}

34 PERRONE, Reynaldo, Violencia y Abusos Sexuales en la Familia. España-Mexico, Edit. Paidós, 1997, p. 177.

35 Cfr. CARRERA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, 7ª Ed. Edit.Temis, Colombia, 1997. p. 138.

Dentro de su concepto encontramos que se entendía como delito de violación la conducta del hombre con violencia en contra de la mujer para abusar de ella, además de la existencia de ésta violencia, la falta de consentimiento, en donde nos percatamos que dentro de este concepto una vez más el sujeto activo es el hombre y la mujer el sujeto pasivo y ya se habla de una falta de consentimiento para que pueda considerarse la existencia del delito, así como la existencia de violencia, aunque solo habla de una forma general estableciendo como acción la realización de un abuso hacia la mujer.

Posteriormente, el delito de violación consistía en tener cópula con violencia ya sea física o moral, pero ya empezaba a existir una distinción en el sujeto pasivo, se contemplaba que éste podía ser de cualquier sexo, aunque en el sujeto activo se consideraba que solo podía ser el hombre puesto que varias acepciones entendían por cópula, fisiológicamente como la introducción del órgano sexual masculino, lo que implica necesariamente una actividad viril, estableciendo que en esta actividad sexual llevase a cabo actos naturales o *contra natura*, lo que generaría la concepción anterior de que también puede existir entre el otro sexo, es decir, en los actos sexuales naturales serán de varón a mujer y los *contra natura* de hombre a hombre o bien que sea de hombre a mujer pero por vías no apropiadas para una fornicación normal, aquí como ya lo habíamos señalado no se contempla que la mujer pudiese ser sujeto activo puesto que no se esta contemplando el hecho de que puede ser de mujer a mujer o de mujer a hombre, por la ausencia de la introducción del miembro viril, y también se hace mención de la existencia de una violencia por parte del sujeto activo.

Para está situación ya se contemplaba una penalidad, la cual consistía de dos a ocho años de prisión y multa de dos a cinco mil pesos, estableciendo una diferencia si el sujeto pasivo fuere impúber, y se aumentaba la prisión de cuatro a diez años y entre cuatro mil y ocho mil pesos, esto todavía hasta antes de la reforma actual que sufrió nuestro Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 174.

Actualmente por el delito de violación se puede entender, que consiste en obligar a una persona de cualquier sexo a llevar a cabo una unión carnal sin su consentimiento, entendiendo a la unión carnal como la realización de la cópula, ya sea a través del miembro viril masculino o por cualquier otro objeto que se le asemeje, empleando la fuerza considerada como violencia física o bien violencia moral.

En la actualidad el Nuevo Código Penal habla de Delitos Contra la Libertad y la Seguridad Sexuales y el Normal Desarrollo Psicosexual; este ordenamiento reúne los delitos de hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, violación, e incesto.

El tipo básico del delito de violación considera: Tener cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, por medio de violencia física o moral y se sanciona de seis a diecisiete años de prisión. Hubo debate acerca del concepto de cópula, se discutió en torno a la posibilidad de que si existe o no violación, aún cuando el coito sea realizado por vía no idónea o la penetración no sea ejecutada por el miembro viril.

La falta de definición uniforme sobre este asunto puede conducir a la impunidad de conductas que son esencia de una violación sexual. Por eso, se añadió un párrafo al artículo 174 para establecer lo que se entiende por cópula, para los efectos de este artículo, "...es la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo."

En consecuencia el sujeto pasivo puede ser varón o mujer; aunque por lo regular el activo es el varón, pero es posible establecer que hay violación conforme al tipo fundamental o básico cuando una tercera persona pudiendo ser mujer participa en el acto de penetración sexual que hace el varón. O bien hablando del artículo 174 en su párrafo tercero donde se establece que " se

considera también como violación y se sancionara con prisión de seis a diecisiete años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.“ Existiendo la posibilidad que el sujeto activo, en estos supuestos pueda ser una mujer.

Así el artículo 174 del Nuevo Código Penal a la letra dice “Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a diecisiete años.”

Como podemos observar en nuestra legislación se contempla el hecho de que cualquier persona que realice con violencia la introducción del miembro viril o cualquier otro instrumento que se le asemeje a persona de cualquier sexo sin su consentimiento estará cometiendo el delito de violación, en éste mismo artículo se contempla el hecho de que puede hacerse el uso tanto de la violencia física o moral para llevar a cabo dicho acto, además que deja bien establecido lo que entenderemos como cópula y que en este caso el ofendido podrá ser de cualquier sexo.

De lo anterior podemos establecer que: El sujeto activo puede considerarse de cualquier sexo, tomando en consideración que no se establece sujeto específico, además de que nuestro Nuevo Código Penal establece que no solo con la penetración del miembro viril se cometerá el delito de violación sino que con cualquier otro instrumento distinto a éste que se introduzca, además de que existen diferentes vías, por las cuales también se considera la comisión del delito, pero quedando ya señalados los sujetos que intervienen en dicho delito, el sujeto activo es quién realiza la acción, y por lo tanto el sujeto pasivo es quién no otorga su consentimiento, y por lo tanto es lesionado en su persona y esto es lo que castiga la ley penal.

2.3. ELEMENTO OBJETIVO.

Encontramos situado el acceso carnal con la violencia, lo que se conoce como cópula, aunque esta tiene varias acepciones, en donde algunos autores como Marcela Martínez en su obra *Delitos Sexuales*, la interpretan como “.....una forma de unión sexual entre hombre y mujer, es decir el coito normal, “³⁶ pero algunos otros como Eusebio Gómez dicen que “es la unión o conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna, aunque hablar únicamente de cópula en este elemento no tendría una importancia jurídica penal, puesto que debe ir acompañada de todos aquellos medios empleados, o cualquier otra situación, como lo es el uso de alguna de las formas de violencia que conocemos, y que más adelante hablaremos de ellas.³⁷

2.3.1. CÓPULA NORMAL O ANORMAL.

Existía una cierta controversia para esclarecer la definición de cópula, ya que algunos estudiosos dentro de la medicina legal establecían que deberíamos de entender por cópula el ayuntamiento sexual entre varón y mujer por vía vaginal, otras definiciones como las tomadas de diccionarios jurídicos encontramos que la definen como el ligamento o atadura de una cosa con otra, a su vez, la palabra copular, del latín copulare, indica unirse o juntarse carnalmente, pudiéndose notar que no se implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o al modo como se opere.

Finalmente entenderemos por cópula todo ayuntamiento, unión conjunción carnal de las personas, sin distinción alguna, quedando un poco inconclusa esta definición, el legislador en el artículo 174 párrafo segundo del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, hace una definición concreta de lo que debemos de entender, “Se entiende por cópula, la introducción del pene en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.”

³⁶ GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, 6ª Ed. Edit. Argentina Editores, Argentina, 1996, p.125.

³⁷ MARTÍNEZ ROARO, Marcela, *Delitos Sexuales*, 4ª Ed., Edit. Porrúa, México 1991, p. 246.

Definición que toma varias formas y que todas estas serán castigadas con el delito de violación, de ahí que se hable de una cópula normal y de una anormal como lo hace Alberto González en su obra *Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano*.

La distinción entre éstas se da como ya vimos por los diferentes cambios o reformas que ha sufrido el concepto de violación principalmente por sus sujetos, retomando la idea del autor Alberto González, éste señala que "..... existe un acceso carnal normal y uno anormal donde se entiende por normal, el acoplamiento fisiológico entre dos personas de diferentes sexo, es decir el coito normal, pero además señalaremos que existen criterios que consideran existente éste, cuando hay un simple contacto externo del órgano masculino en la vagina de la mujer, o también desde el momento que el miembro viril penetra en el orificio vulvar aún cuando no haya llegado a realizarse completamente el acto."³⁸

Aquí no es necesario que se perfeccione el acto es decir como señalamos no es necesario que exista una penetración total o bien que el sujeto activo tenga como resultado una eyaculación, aun sin la existencia de esta se comete el delito.

Y en cuanto a la cópula anormal, lo entenderemos como todo acto sexual en donde el órgano genital de una de las personas ya sea sujeto activo o pasivo es introducido en el cuerpo de la otra persona ya sea anal u oral, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo, y como señalamos, se contemplaba que podía ser entre sujetos del mismo sexo, pero por un acceso anal u oral, de este modo no existe diferencia de sexos y simplemente se contemplan los diferentes accesos y la introducción de los órganos genitales, para que sea considerada una cópula anormal.

38 GONZÁLEZ DE LA VEGA, Alberto, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 4ª Ed. Edit. Porrúa, México 1989, p. 322.

2.4. MEDIOS DE COMISIÓN.

En este delito el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación, empleando una fuerza material en contra del cuerpo ofendido y mediante amagos, amenazas u otros medios que pueda emplear y con la intimidación que esto ocasiona o por evitar otros daños impiden la resistencia de la víctima.

Para que el acceso carnal o cópula integre la conducta del delito de violación, es preciso, que para su realización se lleve a cabo la utilización de la violencia, entendiendo por ésta, los medios que se emplean para vencer la resistencia de la víctima, o bien la fuerza que se emplea para obligar a la víctima a realizar algo que no se quiere hacer, y como ya habíamos señalado existen dos tipos de violencia, la violencia conocida como física o bien vis absoluta y la violencia moral o vis compulsiva.

2.4.1. VIS ABSOLUTA O VIOLENCIA FÍSICA Y VIS COMPULSIVA O VIOLENCIA MORAL.

1.- Vis absoluta o violencia física.

En general debemos de entender por violencia física, la fuerza material que para cometer un delito se le aplica a una persona. “ La violencia física se caracteriza por que se constriñe físicamente al ofendido para realizar en él, la fornicación, siempre implica acciones compulsivas ejecutadas materialmente en el cuerpo del protagonista pasivo para superar o impedir resistencia muscular; estas imposiciones pueden constituir en simples maniobras coactivas como amordazamientos, sujeción y atadura de la víctima, o en la comisión de ataques corporales, integradores además de la violación de otras infracciones, como golpes y violencias físicas, hasta el homicidio.”³⁹

³⁹ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano. 29ª Ed. México, 1997, Edit. Porrúa, p. 473.

Esta se caracteriza a que los medios empleados obran directamente en el cuerpo de la víctima, es decir; “ Es la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y obliga, contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir”⁴⁰ , así vemos que dicha violencia se proyectara directamente en el cuerpo de la víctima lo que podrá ocasionar lesiones ya sean internas o externas, así mismo puede ocasionar que en algún momento la víctima acceda o se de por vencida para oponer resistencia.

La violencia deberá ejercerse para lograr el acceso carnal, la fuerza ha de recaer en la víctima, de otra manera no habría sido la fuerza física el medio directo que venció la resistencia del sujeto pasivo, en cuanto a la resistencia es el elemento objetivo de la fuerza, donde esta tendrá que ser verdadera, es decir, que no se halle afectada de engaño, y que sea constante, que se mantenga desde que se inicien los actos violentos hasta su terminación.

Dicha violencia deberá manifestarse con gritos y actos de fuerza que demuestren en ella una voluntad contraria a la de su agresor, por que no es suficiente la simple negativa, para admitir que la supuesta víctima haya llegado al coito vencida por la fuerza del sujeto activo, la negativa previa al acto, se manifiesta en mujeres no acostumbradas a la promiscua relación carnal, seria distinto si la víctima después de manifestar u oponer toda la resistencia que es capaz, comprende que es inútil su esfuerzo, y esta cede, aún es contemplado como la realización del delito de violación mediante violencia física, es decir que si no logro retener la agresión y en todo momento opuso resistencia hasta la culminación del acto por dicha fuerza o violencia que le fue aplicada, aun así se tendrá por realizado dicho delito.

40 Op. Cit. P. 335.

.2.- VIS COMPULSIVA O VIOLENCIA MORAL.

Debemos de entender por violencia moral, la exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de llevarlo a cabo para la realización de la cópula, es decir, se traduce a lo que conocemos como amenazas o amagos de algún mal en donde el sujeto activo los emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, se refiere también a la intimidación, “.....porque permite considerar, no la amenaza, exclusivamente, sino su efecto psicológico, hay violencia moral toda vez que la víctima es obligada al acceso carnal mediante amenazas que producen en ella miedo o temor que alcanza a vencer su voluntad.”⁴¹

En este tipo de violencia a diferencia de la anterior no es directamente el cuerpo el que recibe dicha violencia, es decir aquí no habrá lesiones de un tipo exterior, tal vez ocasionare un daño emocional, lo cual provocaría el acceder a la realización de dicho delito aun en contra de su voluntad, donde quizá otorgaría su consentimiento, por el temor que le han infundado sobre un acontecimiento futuro.

Dicha violencia exige la existencia de un daño, que es objeto de la amenaza sea grave e injusto de alguna manera, que sea determinado para que la víctima pueda apreciarlo y denunciarlo, que sea posible y futuro a cumplirse puesto que no tendría sentido, si fuere algo que no fuera posible de probarse, y que ésta amenaza dependa si se cumple o no, de la voluntad del sujeto activo, en donde se vea imposibilitada la víctima para hacer cambiar de opinión a su agresor.

No es necesario que la amenaza de daño recaiga directamente en la víctima del delito, puesto que podrá recaer la amenaza o la intimidación en tercera persona, la cual puede ser persona cercana o que se tenga algún afecto por ella.

41 FERNÁNDEZ, Ana María, Violencia y Conyugalidad., Edit. Sudaericana, Argentina 1993, p.169.

La gravedad del medio y el temor son valores variables que serán calificados por el juez en causa, teniendo en cuenta el carácter de la amenaza y debilidad de la víctima.

2.5. CLASIFICACIÓN DE LA VIOLACIÓN EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Es de acción puesto que su objeto o bien su naturaleza es la realización de la cópula, es por eso que solo se lleva a cabo por una conducta de hacer, ya que es imposible la omisión, puesto que es lógico que no se puede llevar a cabo la cópula con una conducta de no hacer, teniendo así la realización del delito.

Y es un delito unisubsistente o plurisubsistente puesto que la consumación de dicho delito se lleva a cabo en uno o varios actos, es muy común que se de en un sólo acto, sin embargo se da el caso de que sea en varios actos, cuando se trata de un menor o bien un incapaz, el cual no tiene la capacidad de comprender lo que esta sucediendo y es por eso que se llega a realizar varias ocasiones.

2.6. CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.

En cuanto a la conducta existen diversos criterios por parte de los doctrinarios de la materia donde algunos establecen que es un delito formal puesto que se agota con una conducta criminosa sin una modificación del mundo exterior, y algunos otros lo consideran material, ya que consideran que para que se configure este delito no es necesario un cambio en el mundo exterior, es decir que no exige un resultado material, ya que en nuestro texto legal en su artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, señala la conducta, los medios y los elementos por los cuales, se pueden llevar a cabo la realización de dicho delito, y es por ello que me uno al criterio de que es un delito formal o de

mera conducta, donde su realización desprende un resultado jurídico seguido de una pena.

Es un delito instantáneo, puesto que en la legislación no especifica que se realice en algún tiempo, además de que tan pronto se consuma se agota esta conducta, es decir, es difícil que se prolongue por mucho tiempo la acción.

Es de lesión, como su mismo nombre lo dice ocasiona una lesión, es decir, causa un daño en el bien jurídicamente tutelado por nuestra ley penal. Y es de peligro, puesto que puede poner en peligro de contagio, y coarta la libertad sexual de cada individuo o bien de la víctima en si, por lo tanto que ocasiona una lesión a esta libertad sexual, que se tiene para decidir con quien se tiene una unión carnal.

CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO.

Autónomo:”..... puesto que no se deriva de ningún otro, ni entra en su integración otro tipo de delito, aunque se contemplaría autónomo y subordinado.”⁴²

Por lo tanto se hace un estudio en particular sin compararlo con otro que se le asemeje y con su propia penalidad de acuerdo a sus características delictivas.

2.7. LA CULPABILIDAD.

Este es un delito doloso, no podría imaginarse que fuere culposo, puesto que “.....el dolo consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso carnal contra la voluntad de la víctima, como consecuencia del empleo de la fuerza o intimidación.”⁴³

42 LEDEZMA A.C., Guillermo, Derecho Penal Parte Esencial. Edit Abeledo-Perrot, Argentina 1990, p. 175.

43 LORENTE ACOSTA, Miguel, Agresión a la Mujer Maltrato, Violación y Acoso. Edit. Comares, España 1998, p.249.

Así pues el dolo es contemplado, puesto que el sujeto activo tiene toda la intención de llevar a cabo la conducta ilícita, teniendo conciencia y voluntad de lo que se quiere llevar a cabo, la acción aún cuando en el momento lo hiciere se presupone una conciencia de lo actuado, sin que pueda existir la posibilidad de que éste fuere mediante la culpa.

El elemento principal de la culpabilidad, es la misma culpa y cuando se comprueba ésta misma, se dice que cuando el autor de este delito encuadra perfectamente en este supuesto, se considera **culpable**, y esto se refiere a aquel que hallándose en las condiciones requeridas para obedecer a una ley, la quebranta consciente y voluntariamente.

2.8. BIEN JURÍDICO TUTELADO.

“En el delito de violación el bien jurídicamente tutelado por la ley, es la libertad y la seguridad sexual así como el normal desarrollo psicosexual de los individuos, existen varios criterios optando por diferentes figuras como el bien que se pretende proteger, uno de ellos es la libertad sexual, el cual se refiere a la libre decisión que tiene el individuo de decidir con quien si y con quien no se tiene una unión carnal.”⁴⁴

Este criterio es el que, para la mayoría de los doctrinarios y a nuestro punto de vista se considera el más importante, porque habla que el individuo tenga un saludable desarrollo sexual, y sobretodo el libre albedrío para decidir con quien comparte esta sexualidad, dentro de los límites señalados por el derecho y la costumbre sexual, es decir que esto no sobrepase a la moral de la sociedad y sobretodo no transgreda la salud y ponga en riesgo el normal desarrollo psicosexual de los individuos.

⁴⁴ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Ob. Cit. p.186.

¿Cuándo la libertad sexual se esta lesionando por el sujeto activo? es cuando se esta llevando a cabo una acción en contra del consentimiento de la víctima, lo que ocasiona que ésta acción atente en contra de su libertad de escoger o dar su consentimiento para llevar a cabo una actividad sexual, y en la mayoría de los casos existe un tipo de violencia para la realización de este ilícito.

2.9. PUNIBILIDAD

En cuanto a lo establecido por el artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tanto en el párrafo primero como en el tercero encontramos una penalidad de seis a diecisiete años de prisión, aun tratándose de situaciones en donde el instrumento para llevar a cabo la acción es diferente, el legislador considero que deberá de equipararse y penalizarse de igual manera ambas conductas.

Si establecemos, que la pena es impuesta para castigar de alguna manera el hecho ilícito, nunca será de manera retributiva, es decir nunca será suficiente la sanción que reciba el victimario en cuanto a la acción ilícita cometida, porque nunca podrá repararse el daño ocasionado o bien ninguna sanción podrá reparar el daño al 100%, así que aún haciendo una distinción entre los elementos utilizados y las agravantes que existen en cuanto a dicho delito, nunca podrá existir una equidad entre la sanción y el daño ocasionado.

MODALIDADES AGRAVADAS.

El abuso sexual y la violación se clasifican dentro de los Delitos contra la Libertad y la Seguridad Sexuales y el normal Desarrollo Psicosexual de los individuos y en consecuencia se agrava la pena por circunstancias relacionadas con el agente, número o cantidad de sujetos activos que intervienen en dicho acto. El delito de violación se agrava según lo dispuesto por el artículo 175 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en el que se establece lo siguiente:

Artículo 175. “Se equipara a la violación y se sancionara con la misma pena al que:

- I. Realice cópula con persona menor de doce años de edad o con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa que no pueda resistirlo; o
- I. Introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano distinto del pené en una persona menor de doce años de edad o por persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo.

Si se ejerciera violencia física o moral, la pena prevista se aumentará en una mitad.”⁴⁵

Como podemos observar en este supuesto podríamos contemplar que dentro de los sujetos del delito de violación también se tomaría en cuenta dentro de la clasificación de sujeto pasivo, a persona de cualquier edad, puesto que es regulado con la misma sanción o pena, aunque aquí el supuesto nos habla de una falta de violencia ya sea física o moral, es decir, que se contempla como delito de violación aun cuando no exista el elemento de la violencia, tal vez aquí la diferencia con lo que hemos señalado acerca de la violencia física o moral, es de que en la mayoría de estos casos no existe tal violencia, aunque no por ello quiero decir, que no hay agresión en el acto, al contrario considero que a futuro es más dañino que en sí la violencia física o moral y se agravará en los supuestos anteriores, en caso de que exista dicha violencia aumentando así la sanción, conforme a la punibilidad de este delito en una mitad. Artículo 178 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. “Las penas previstas para la violación y el abuso sexual, se aumentarán en dos terceras partes, cuando fueren cometidos:

45 BERGALLI, ROBERTO Y BUSTOS, Juan, El Poder Penal del Estado, 1ª Ed. Edit. Depalma, Argentina, 1985, p. 419.

- I. Con intervención directa o inmediata de dos o más personas;
- I. educación o aproveche la confianza en ella depositada;
- II. Fuere cometido al encontrarse la víctima a bordo de un vehículo particular o de servicio público; o
- III. Fuere cometido en despoblado o lugar solitario.
- IV. Por ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, el padrastro o la madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquiera de los hijos de éstos o los hijos contra aquéllos. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima, así como los derechos sucesorios con respecto del ofendido;
- V. Por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión, el sentenciado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

Por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o

Aquí las penas se aumentaran en dos terceras partes, a diferencia del artículo anterior, además de algunas otras cosas como la perdida de la potestad según sea el caso.”⁴⁶

46 BERGALLI ROBERTO Y BUSTOS, Juan, Idem, p.46

CAPITULO III

EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS

3.1 EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO.

En Roma para poder analizar el significado del matrimonio, era necesario diferenciar los tipos de uniones o matrimonios que existían en esa época, ya que en un principio existía únicamente el matrimonio *in manus*, el cual tenía como consecuencia jurídica, que la mujer que contraía nupcias dejaba de pertenecer a su familia y pasaba a formar parte de la familia de su marido o cónyuge, quedando sujeta a la patria potestad de su nuevo *pater familias*, por lo tanto era considerada hija de su marido y hermana de sus hijos, no tenía un patrimonio y si lo tuviere al momento de casarse pasaba a formar parte del patrimonio de su marido o cónyuge, al fallecimiento de éste último, todos sus bienes los volvía a adquirir la mujer en carácter de heredera.

En el segundo período se crea el matrimonio *sine manus*, el cual es lo contrario de la figura anterior, ya que la mujer que contraía matrimonio en ésta etapa no dejaba de pertenecer a su familia y por lo tanto no estaba sujeta a la patria potestad de su *pater familias*, en cuanto a los bienes de la mujer si era *sui juris*, es decir, con personalidad y patrimonio propio, queda éste último como propio de la mujer, pero si era persona *alienis juris*, es decir, que se encuentra bajo la dependencia de otra persona, pero tuviese algún tipo de patrimonio, el esposo iba poder administrar su patrimonio como si hubiese sido una especie de dote, a la muerte del cónyuge o marido, la mujer no tiene derecho a heredar dichos bienes, el matrimonio *sine manu* no tiene una solemnidad especial, y se puede disolver por medio del divorcio por voluntad de uno de los cónyuges o bien por mutuo consentimiento.

Y en el tercer período cae en desuso la *manus* no se sabe la fecha exacta, pero algunos autores manejan que dejó de existir en el siglo VI A.C.

Quedando únicamente la figura del matrimonio o *justae nuptiae*, como única institución que unía a dos personas para formar una familia.

3.2 DEFINICIÓN DE MATRIMONIO

El matrimonio es una de las fuentes constitutivas de la familia, la mayoría de los autores así como la legislación civil lo manejan como un contrato, aunque algunos otros establecen lo contrario argumentando que no puede ser un contrato puesto que los celebrantes no pueden estipular cláusulas, ni condiciones, ni modalidades, sino que estarán sujetos a lo ya establecido por la ley.

La literatura jurídica ha considerado al matrimonio como un contrato-institución, ya que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto como su celebración, persiguen los mismos fines, que consisten en crear un estado permanente de vida, que será la fuente de una gran variedad de relaciones afectivas y jurídicas, es decir, una institución, un todo orgánico, que tiene como base un acto jurídico, con el acuerdo de voluntades.

Al final de la época clásica del Derecho Romano “.....el matrimonio según Modestino, era la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos”⁴⁷. El matrimonio viene del latín *SPONSALIS* lo que significa compromiso, es decir, el compromiso de tomarse como marido y mujer, en nuestro derecho existían los llamados esponsales que algunos autores los consideraban un precontrato y que éste consistía en la promesa de matrimonio hecha por escrito y aceptada, esta promesa era la manifestación de querer contraer nupcias, era una costumbre que fue cayendo en desuso hasta desaparecer de nuestra legislación.

47 PETIT, Eugene, Derecho Romano. 10ª Ed., Edit. Porrúa, México, 1993, p. 717.

Dentro de nuestro Código Civil vigente, no se da una definición concreta de lo que debemos entender por matrimonio, sin embargo hace referencia a todo lo relacionado con dicha figura, analizando el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:” Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el juez de lo familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y si así lo acredite a través del certificado medico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrán dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.”

De ésta manera podemos entender, como nuestro Código Civil para el Distrito Federal señala, para que se de la unión de éstas dos personas, deben ser de diferentes sexo, y deberán cumplir con la edad estipulada y demás requisitos que establece la ley.

Donde además observamos que si no se llevan a cabo dichos requisitos no podrá celebrarse esta figura jurídica.

“La voluntad de los pretendientes de contraer nupcias y la libertad de esa voluntad, es el consentimiento de los contrayentes, es decir el acuerdo de voluntades para unirse en matrimonio, la libertad debe ser integra, que carezca de vicios del consentimiento, la exigencia de la libertad, tanto en el momento de presentar la solicitud de matrimonio, como la posterior ratificante ante el Juez del Registro Civil, como el que reconozcan sus firmas ante otras personas.”⁴⁸

⁴⁸ GOMEZ, Eusebio, Ob. Cit p. 201.

El matrimonio es la unión voluntaria y concentrada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos.

Debemos entender al matrimonio jurídicamente hablando como un contrato formal y solemne celebrado entre un hombre y una mujer con el fin de constituir un hogar, prestarse mutua asistencia y contribuir a la perpetuación de la especie.

Existe el llamado rito del matrimonio, en el cual la intervención del Estado es indispensable, para la celebración de dicho acto, el Estado se auxilia de un Juez del Registro Civil, aunque éste no es el que crea el vínculo matrimonial al declararlos unidos ante la ley, sino lo que creará el vínculo matrimonial será el acuerdo de voluntades que ante él se hace, de ahí que se derive que el matrimonio presidido o llevado a cabo por un Juez del Registro Civil no podrá ser nulo por sí, en el acta se une una posesión de Estado, y la prueba de la que se hizo mención es simplemente el acta de matrimonio que esta contemplada, en el Libro de Registro Civil.

3.3 NATURALEZA JURÍDICA.

Para el derecho canónico el matrimonio es un sacramento en el cuál los cónyuges son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote como testigo de la celebración, con objeto de asegurarse de la ejecución de las disposiciones del derecho canónico, y para efecto de registrar el acto mismo. Para la iglesia es de naturaleza indisoluble, porque celebran entre sí los cónyuges por libre y espontáneo consentimiento. Y dentro del derecho civil los autores discuten sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, como un contrato derivado, es decir,

un acuerdo de voluntades que produce derechos y obligaciones jurídicas entre los consortes y los hijos, algunos otros como un contrato de adhesión, puesto que ninguna de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, aclarando en éste supuesto que dentro del matrimonio los cónyuges por sí mismos, no podrán imponer uno al otro, los deberes y derechos propios del estado civil.

Las normas jurídicas del vínculo creado en el matrimonio, establecen que la convivencia entre los cónyuges es el elemento principal del matrimonio, en cuanto a que la vida que llevan en común es consecuencia de un acto jurídico, y cuyos derechos y obligaciones se deben cumplirse conforme a derecho y a los fines del matrimonio, y de una forma correcta y en completa armonía.

3.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

Aunque el fin del matrimonio, sea que éste perdure por muchos años y no que sólo tenga una vida corta y transitoria, hay que establecer que este puede ser disuelto por diversas circunstancias como la muerte de uno o de ambos cónyuges, la nulidad de dicho matrimonio o bien por divorcio cuando alguno de los cónyuges o ambos caigan en alguna de las causales del mismo divorcio.

En el Derecho Mexicano, el Matrimonio y todas las relaciones derivadas de éste son de carácter permanente, es decir, hablando en el sentido de que las relaciones no dejan de existir o se dan por terminadas por su cumplimiento, puesto que son de tracto sucesivo, así que el vínculo que se contrae, es con el propósito de que se prolongue por el paso del tiempo.

El vínculo que hemos venido mencionando es el que crea los deberes y derechos, los cuales manifestábamos que son irrenunciables mientras exista el

vínculo matrimonial, y que no podrán ser renunciables por la sola voluntad de las partes, sin establecer las formalidades para la disolución del mismo.

Existe fundamentación en el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 162 al 177, respecto de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, los cuales analizaremos y clasificaremos, en los temas que la mayoría de los autores, como Jorge Corsi, Manuel Chávez Asencio, y Galindo Graffías coinciden y manejan. Y que son impuestos a los cónyuges, cuando se unen en matrimonio y éstos son conocidos como deberes:

- I.- El deber de fidelidad.
- II.- El deber de asistencia.
- III.- El deber de darse alimentos.
- IV.- El deber de cohabitación.
- V.- El debito carnal.

3.4.1 EL DEBER DE FIDELIDAD.

“En éste, los deberes y las obligaciones que se imponen a los cónyuges, tienen en el matrimonio fuentes normativas, éticas, religiosas y sociales, las cuales tiene un contenido moral que se va a encargar de proteger la dignidad y el honor de los cónyuges, lo que se refiere en su contenido ético, es el preservar la moralidad del grupo familiar en orden social y aquí mismo contiene un aspecto religioso, ya que este se fundamenta con la familia, en la constitución de una pareja formada por un sólo hombre y una sola mujer.”⁴⁹

49 CORSI, Jorge, Ob. Cit. P.102.

Aunque no hay un contenido expreso en el Código Civil para el Distrito Federal, en el que establezca que se deben fidelidad mutua, existen sanciones de carácter civil y penal, en la causal de adulterio del artículo 267 del Código Civil fracción I, el cual se sancionaría con el divorcio, es decir es causa de disolución del vínculo matrimonial. “Al deber de fidelidad corresponde el derecho recíproco de los cónyuges de no tener relaciones carnales con otra persona distinta de su consorte, porque no solo tiene un contenido sexual sino también una esencia ética, dentro del delito de bigamia, en donde en forma indirecta el cumplimiento de este deber, se halla garantizado jurídicamente y el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, regula la bigamia, a través de su artículo 205, que a la letra dice: Se impondrá de uno a cinco años de prisión y de ciento ochenta a trescientos sesenta días de multa, al que:

- I. Se encuentre unido a una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, y contraiga otro matrimonio; o
- II. Contraiga matrimonio con persona casada, si conocía el impedimento al tiempo de celebrarse aquél.”⁵⁰

3.4.2 EL DEBER DE ASISTENCIA Y EL DEBER DE DARSE ALIMENTOS.

El deber de asistencia, en donde va implícito el deber de darse alimentos, éste también es un elemento principal dentro del matrimonio, la ayuda recíproca, el mutuo auxilio que se deben entre si los consortes, al respecto el código civil en su artículo 162 párrafo I, menciona el deber de asistencia, impuesto a cada uno de los cónyuges que a la letra dice: “Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.” Y de esta forma se van desprendiendo los demás deberes hasta su artículo 177 del mismo ordenamiento.

50 BONINO MENDEZ, Luis, Los Barones y Abusos Domesticos, 1ª Ed. Edit AEN. España, 1991. p. 213.

La ayuda mutua que deben prestarse los cónyuges es un deber más amplio que el sólo dar alimentos, se refiere a la satisfacción de necesidades de subsistencia del acreedor alimenticio, ésta asistencia comprende además el consejo, la dirección, el apoyo moral y demás necesidades con las que un cónyuge debe ayudar al otro. Debemos entender por alimentos lo que establece el Código Civil en su artículo 308 en sus cuatro fracciones, como lo son: la comida, el vestido, la habitación y la asistencia medica; la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto. Respecto de los menores, los alimentos comprenden además los gastos necesarios para la educación del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, por mencionar sólo algunas.

En el párrafo segundo del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, establece la estructura del matrimonio y se da la libre determinación de ambos cónyuges para acordar, sin opiniones ajenas, el número de miembros que constituyen a través de la procreación de la familia.

La violación del deber de asistencia por su elevada categoría ética, carece de una sanción, por que se cree que cubriendo la obligación alimentaría, se subsana, pero ésta no sustituye al cumplimiento del deber de asistencia, aunque es cierto que el abandono de los deberes de asistencia por uno de los cónyuges, le otorga a la víctima el derecho de exigir el pago de alimentos, pero no se satisface de ninguna manera el deber de mutua asistencia, es independiente al pago de dichos alimentos, y además el cónyuge afectado podrá solicitar el divorcio.

También podríamos citar, dentro de éste deber el artículo 164 del Código Civil que dice “Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos como lo establece la ley, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior

no esta obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

Con lo antes expuesto, en la ley constatamos que de ésta manera también deberán ayudarse mutuamente en cuestiones económicas y todo lo referente a la asistencia en el hogar, siempre de una forma igual, o bien como ellos lo pactaren, pero siempre con el consentimiento del otro y teniendo el derecho que se dé, la misma forma o bien proporcional para ambos cónyuges.

3.4.3 EL DEBER DE COHABITACION.

La palabra cohabitar significa habitar en una misma casa dos o más individuos, es decir vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer, es el vínculo jurídico por el cual, los cónyuges están obligados a vivir juntos, se les impone a los cónyuges puesto que también es un elemento esencial del matrimonio, ya que de ésta manera se cumplen los deberes, tanto de fidelidad como de asistencia.

El cumplimiento de este deber es una obligación para la asistencia de la vida íntima entre los cónyuges, es decir; “El vínculo matrimonial crea entre los cónyuges una íntima comunión de vida ya sea en el sentido físico como espiritual. De este vínculo surgen derechos y obligaciones: algunos de los cuales son recíprocos y otros se refieren solo al marido, o solo a la mujer.”⁵¹

Este concepto como podemos darnos cuenta es ya obsoleto, puesto que nuestro código civil ha sufrido diversas reformas a este respecto y establece en su artículo 163 “Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaran de autoridad propia y consideraciones iguales.

51 GALGOLGERO, Gangi, Derecho Matrimonial. 2ª Ed. Edit. Trillas España, 1997, p. 412

Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de aquella obligación a alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.”

“Dentro de la institución del matrimonio, los deberes, poderes, derechos y obligaciones corren a cargo de ambos cónyuges y la norma civil establece como cumplir esos deberes, señala la forma en que se realizan las prestaciones recíprocas y los casos cuando se incurre en alguna falta, y a su vez las sanciones que van a garantizar el cumplimiento de dicho deber.”⁵²

En el derecho canónico, el matrimonio consiste precisamente en la vida en común entre cónyuges, que resulta del cumplimiento del deber de cohabitación.

La vida en común de los cónyuges, se convierte en un deber jurídico y esa vida en común se les impone a ellos, y en caso de incumplimiento de este deber por alguno de los dos, esto dará lugar a la disolución del vínculo matrimonial, si se prolonga por más de seis meses sin causa justificada o por más de un año independientemente del motivo de la separación, como lo establecen las causales de divorcio contenidas en el artículo 267 del Código Civil en sus fracciones VIII y IX.

Así como es un deber el cohabitar el mismo domicilio para ambos cónyuges, también les corresponde el derecho de vivir en el mismo. Dentro de este deber se contemplaría también lo estipulado en el artículo 168 del Código Civil, el cuál establece que tanto el marido como la mujer dentro de su hogar tendrán la misma autoridad y consideraciones por igual, y a su vez ambos tendrán facultad de resolver todo lo relacionado con el manejo de su hogar, la administración de sus bienes, la formación y educación de sus hijos de común acuerdo, y en caso de controversia lo resolverá el juez de lo familiar.

52 GALGOGERO, Gangi, Derecho Matrimonial, 2ª Ed. Edit. Porrúa, 1997, p.412.

3.4.4. EL DEBITO CARNAL

Para efectos del estudio de nuestro tema podemos establecer que no hay fundamentación concreta, en cuanto al hecho de que sea una obligación o derecho de uno de los cónyuges, para con el otro, la actividad sexual, una vez que ya estudiamos cada uno de los deberes establecidos tanto por la doctrina como por la legislación, concluimos que uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie, pero no significa que éste se tenga que imponer de alguna forma o mediante alguna violencia, sino que debe ser de común acuerdo, aunque se tenga por costumbre en nuestro país, una ideología machista y retrograda la cuál consiste: “ en que como es mi esposa me pertenece y me tiene que obedecer y aguantar, aunque ésta no éste de acuerdo por que al fin y al cabo yo soy el hombre que la mantiene ¿o no?.”⁵³

“El hombre y la mujer, cuando contraen matrimonio se aceptan como compañeros sexuales, dentro del matrimonio es posible vivir la sexualidad en función y expresión de los sentimientos más profundos entre ellos, es por esto que se constituye un lenguaje propio de los cónyuges, pero seria erróneo creer que todo acto sexual es experimentado como culminación del amor conyugal, ya que hay factores que dependen de cada uno de ellos, y ya sea por una u otra circunstancia, no siempre estos actos sexuales resultan ser la máxima expresión de amor.”⁵⁴

Nadie cuestiona las relaciones sexuales conyugales, puesto que valen por si mismas y ya se cumplió con la formalidad jurídica, moral y hasta religiosa, además de ser necesarias, ya que por medio de estas los esposos satisfacen sus intereses emocionales e instintivos, de tal modo que cada esposo brinda al otro la posibilidad de gratificarse en sus deseos y sensaciones corporales.

53 KVITKO, Luis Alberto, La Violación; Medico Legal en las Presuntas Víctimas del Delito, 2ª Ed. Edit Trillas, México, 1998. p.228.

54 PERRONE, Reynaldo, Violencia y Abusos Sexuales en la Familia, Edit. Paidós, México, 1997. p. 177

Se habla de un compañerismo sexual en el matrimonio actual, puesto que anteriormente, las demandas de satisfacción instintiva eran privilegio del esposo, lo que actualmente el status de la mujer implica haber superado conflictos e inhibiciones relacionados con su vida sexual, lo que ocasionó que ésta se desempeñara adecuadamente y con mayor plenitud y se diera un compañerismo sexual verdadero.

Finalmente podemos observar que dentro de este contrato de matrimonio, el no cumplir con los deberes y obligaciones traerá consecuencias jurídicas, así el cónyuge afectado tendrá el derecho de exigir que se cumpla con dichas obligaciones, y hasta se podría dar el caso de caer en alguna de las causales de divorcio, y de no resolverse este conflicto, se terminará con la disolución del matrimonio.

3.4. EL CONCUBINATO.

ANTECEDENTES

“Los romanos le dan este nombre a la unión de un orden inferior pero duradera, es decir aquellas relaciones que no eran un matrimonio, pero también las distinguían de las pasajeras que eran consideradas ilícitas.

El concubinato nace en Roma, como resultado de la desigualdad de condiciones ya que un ciudadano tomaba a una mujer poco honrada y la hacía su concubina, pero no su esposa, el derecho en ese tiempo no se preocupó por estas uniones.”⁵⁵

El concubinato solo estaba permitido entre personas púberes y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio, en un principio no tenía ningún efecto civil comparado al matrimonio, por lo tanto la mujer no tenía la misma condición social que el hombre.

⁵⁵ PETTIT, Eugene, Derecho Romano, 10ª Ed. Edit. Porrúa, México, 1993, p.717.

DEFINICIÓN DE CONCUBINATO.

Según el Diccionario de la Lengua Española, debemos entender por concubinato: “.....a la unión ilegítima de un hombre y una mujer libres que hacen una vida común sin celebrar matrimonio.”⁵⁶

Es decir, la vida en común de un hombre y una mujer sin estar casados, donde no se limita solo a la unión carnal, sino a una relación continua y existente entre éstos sin que este legalizada, debiendo tener capacidad física y legal para lograr esa unión sexual, es decir deberá de tener la edad núbil necesaria, así mismo se exige que la unión no deberá de ser entre los grados de parentesco consanguíneo prohibidos.

El concubinato o mejor conocido como unión libre, produce efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de estas uniones, se contempla en la ley, en el artículo 291 bis del Código Civil que a la letra dice así:

“La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputara concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.”

⁵⁶ Diccionario de la Lengua Española. 19ª Ed. España, 1998, p. 63

Dentro de nuestra legislación civil, nos remitimos al artículo 1635 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece: “La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo XI del Título Quinto del Libro Primero de este Código.”

Como podemos ver este artículo nos habla sobre la sucesión, pero se contempla la figura del concubinato, donde se señala que existe el hecho de cohabitar en forma marital, pero falta la voluntad de contraer matrimonio, no debe haber impedimento para dicha unión, debiendo permanecer libres durante el concubinato, la existencia del tiempo, es decir que deberán de convivir durante un periodo de dos años para que produzcan algunos efectos, y pudiéndose considerar de igual manera la existencia del concubinato cuando se conciban hijos en común, en este caso no importará el tiempo se adquirirán de forma instantánea, para adquirir los derechos de acuerdo al tiempo, el legislador habla en forma plural, debiéndose entender así, que deberán de ser por lo menos dos años, los cuales deberán de ser concebidos en forma consecutiva, es decir interrumpidos y que si existiere un hijo intermedio de otro padre por parte de la concubina o con otra madre por parte del concubinario, no se tomara en cuenta dicha unión para los efectos legales antes mencionados.

3.5. LA DIFERENCIA ENTRE LA VIOLACIÓN COMETIDA POR UN DESCONOCIDO O POR UN CONOCIDO.

La violación, se lleva a cabo en la mayoría de los casos por un desconocido, ésta es de agresión sexual cometida por alguna persona que desconoce a la víctima, como ya habíamos mencionado es necesario que exista un contacto sexual forzado, manipulado o inducido por amenazas, aún cuando el agresor sea una persona conocida, se estará cometiendo el delito de violación.

Dicha violación podrá cometerse a cualquier hora y en cualquier lugar, y el agresor podrá ser un novio, jefe, amigo, trabajador, esposo o cualquier otra persona conocida, observando que para el estudio de nuestro tema estableceremos que el esposo o concubinario esta dentro del supuesto de que el agresor es persona conocida por la víctima.

Cuando hablamos de persona conocida, por lo general hablamos de que el agresor sea de sexo masculino, ya que según estadísticas, la mujer tiene cuatro veces mas probabilidades de ser violada, y esto es por una persona conocida, de igual manera podemos observar que la mujer violada o bien la víctima que reporta dicho delito a alguna autoridad, es menor del dos por ciento de aquellas que fueron violadas por algún desconocido, mientras las que su agresor fue un desconocido reportaron este delito un veintiún por ciento.

En cuanto al daño ocasionado, se dice que cada víctima reacciona de diferente manera, algunas personas creen que la violación cometida por algún desconocido es más traumante, que la ocasionada, por algún conocido, sin embargo investigaciones al respecto han demostrado que no es cierto.

Ya que en los casos en los que se ha cometido por algún conocido en general, la confianza de la víctima hacia cualquier persona a quien ella conoce se destruye, posiblemente la víctima sufra de insomnio, pesadillas, angustia, cambios de apetito, perdida de confianza en si misma, enfermedades relacionadas con la tensión, desesperación, y quizás se deprima o aislé.

Es probable que muchas de las víctimas traten de olvidar lo sucedido, o tal vez no puedan identificar lo que sucedió como la comisión de un delito, como hemos venido explicando en el supuesto de un matrimonio donde los sujetos son los cónyuges, observamos que la vida en común es donde se pierde el limite de los derechos y obligaciones, de ahí que la mayoría de estos casos, la mujer no sabe que se ha cometido éste delito, y que generalmente va acompañado de

agresión física, y es por eso que se acude a pedir ayuda o bien a denunciar, pero regularmente la autoridad lo toma como un pleito de casados o violencia intrafamiliar y se deja en un segundo término la agresión sexual y por lo tanto el delito.

Generalmente, este delito cometido por personas conocidas ocurren por que al agresor le tiene mucha confianza el sujeto pasivo, y él cree conocer perfectamente a su víctima, y es por eso que elige obligar a la persona conocida a tener sexo por la fuerza, existen muchas razones, por las que éste desea controlar, castigar o humillar a la víctima, es probable que el agresor piense que tiene derecho a tener sexo, por el simple lazo que los une sin importar lo que ella desee.

Algunas investigaciones han revelado que la mayoría de los hombres que agreden sexualmente a las víctimas, no consideran que el sexo a la fuerza sea un delito, con frecuencia se cree que se tiene derecho a forzar el sexo con una persona conocida, aun cuando ella diga que no, como lo es el caso de los cónyuges o concubinos, y aún dentro de cualquier relación.

Así pues la Comisión de Derechos Humanos establece que dentro de cualquier relación tenemos los siguientes derechos:

- ° Derecho a una vida sin violencia.
- ° Derecho a rechazar atención indeseada.
- ° Derecho a cambiar de parecer cuando yo quiera.
- ° Derecho a vestirme y actuar seductivamente sin prometer tener sexo.
- ° Derecho a no querer proximidad física.
- ° Derecho a iniciar una relación gradualmente.
- ° Derecho a decir que quiero conocerte mejor antes de comprometerme más.
- ° Derecho a cambiar una relación cuando mis sentimientos cambien.

- ° Derecho a decir **NO**.

Así mismo nos establece los derechos que tenemos después de haber sufrido agresión sexual, sin importar si el agresor es conocido o no; los cuales son:

- ° Derecho a recibir atención médica en la sala de emergencia de cualquier Hospital.
- ° Derecho a reportar la agresión a la autoridad.
- ° Derecho a que me traten justamente y con dignidad durante los Procedimientos Penales de la Justicia.
- ° Derecho a ser notificada sobre los procedimientos relacionados con el Caso.
- ° Derecho de ir acompañada por una trabajadora defensora u otra persona, que de apoyo durante los procedimientos.

3.6. **DIFERENTES CRITERIOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES**

La hipótesis de que el marido imponga a su cónyuge el coito por medio de la violencia ha dado lugar en la doctrina a distintas opiniones.

Algunos niegan que en éste supuesto exista el delito de violación, ya que es necesario que la cópula sea ilícita; por lo tanto el marido que se sirviera de la fuerza respecto de su mujer no cometería el delito de violación, la misma decisión debe ser tomada aún en el caso de separación de la convivencia conyugal, porque esta debilita las ligas del matrimonio sin disolverlo, autoriza a la mujer a no permanecer en el domicilio del marido, pero no rompe los deberes que resultan del matrimonio.

“Al tratar la legítima defensa, manifiestan que no cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima, negando al marido el derecho de coito, puesto que este tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero si puede defenderse violentamente de actos *contra natura* que le quieran ser impuestos por el marido y también, cuando éste se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio en el primer caso, y la fecundación nefasta para la prole, en el segundo.

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

Lo que sus defensores como la asociación GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida) y Otras asociaciones, han querido demostrar necesariamente es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer, ésta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respecto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido, que por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación.

Como una solución intermedia, el yacimiento o acceso carnal realizado ha de ser lícito, así el coito efectuado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquel, al disponer sexualmente de ésta, obra en ejercicio legítimo de un derecho; por otra parte, la mujer no puede invocar, en caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay por parte del

marido agresión ilegítima, podrá aquel, en ciertos casos, puede ser responsable de las vías de hecho o de las lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta , pero no de un delito de violación, el acceso carnal violento dentro del matrimonio será ilícito y constituye violación cuando la mujer tenga derecho a negarse, como cuando fuere peligroso para ella y para la prole; cuando constituye un acto lesivo al pudor humano y sobretodo de la mujer.”cfr.57

El problema de la posibilidad del delito de violación entre cónyuges se reduce al determinar; si el ayuntamiento constituye debito matrimonial y por ende derecho marital a su exigencia y si el ejercicio de ese derecho por medios violentos elimina el delito de violación por ausencia de antijuricidad de la conducta.

La cópula en sí misma es considerada lícita, cuando responde a los objetos del matrimonio, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Proclamar el derecho marital a la cópula aún por medios violento no consentidos por la esposa, es irracional.

Podríamos clasificar todo esto en tres distintos criterios:

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

57 Cfr. MARTINEZ ROARO, Marcela, Delitos Sexuales, 4ª Ed. Edit. Porrúa, México, 1991, p. 355.

- a) En cuanto a que no puede existir el delito de violación carnal en la relación de casados, pues no subsiste un derecho a la inviolabilidad sexual de un cónyuge respecto del otro, cuando, por el contrario, si subsiste un derecho a la no violación de la libertad individual, por lo tanto el cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la hicieren ilícita, al realizarla ejercita un derecho. Ahora bien, al efectuarse dicha cópula, por medio de la violencia física o moral, esta ejercitando ilegalmente su derecho; en consecuencia no puede ser una causa de licitud, ya que para que el ejercicio origine el aspecto negativo de la antijuricidad, debe ser un ejercicio ilegítimo.

El Código Civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa, como una obligación de los contrayentes, la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando por consiguiente, excluidas las cópulas de carácter anormal, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aún cuando en el supuesto de que la cópula se verifique por la vía normal, si se exige en forma violenta existirá el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato, el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia.

- b) Los tratadistas presentan también la cuestión de la legítima defensa de la mujer que resiste el coito que el marido intenta con ella, y vienen a la conclusión de que, siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho a ejecutarlo con su esposa, y por lo tanto, no cabe la legítima defensa de ésta, salvo el caso de que el marido lo intentare *contra natura*, o en condiciones que dañen gravemente la salud de la mujer o que la ofendan. En el derecho mexicano esta cuestión carece de sentido porque la legítima defensa tiene por objeto la defensa de los

bienes jurídicamente protegidos, y de ninguna manera puede caber dentro de estos bienes la contingencia de la mujer casada respecto del marido. Si el acto sexual que intentaba el marido ataca otro bien jurídico como lo es la salud, o el honor, tendrá lugar la legítima defensa en las condiciones apropiadas para rechazar el acto que se intenta.

“CARRANCA Y TRUJILLO estima que no es constitutivo del delito, el coito del marido con su cónyuge sin consentimiento de esta y aun empleando la violencia, pues ello es el ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima.”⁵⁸

Criterio que no comparto con dicho autor, por lo que se explica en el inciso anterior.

El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 174 del Nuevo Código para el Distrito Federal, a través 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.

Se debiese considerar que cese la obligación de cohabitar como lo establece el artículo 282 fracción I del código civil para el Distrito Federal, aunque no este decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedades venéreas como el sida, o en la presencia de otras personas; así mismo si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser la parálisis que le impida llevar a cabo sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos.

58. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, tomo I, 5ª Ed. Edit. Porrúa, México 1994, p. 157.

c) Aquí se hace notar que los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges, invocan el argumento de la licitud de la cópula, emanada del derecho a la misma que al marido pertenece, y que no es enajenable tal derecho, que tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y responde a sus finalidades pero, la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que esta fuera de toda controversia, no es argumento suficiente para caer en esa afirmación, pues lo que a sus defensores han debido mostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer, y esta negativa autorizara el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza, finalizando que, por respecto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal a su cónyuge, comete el delito de violación.

En el delito de violación, el bien jurídicamente tutelado es el derecho que al ser humano corresponde de copular, con la persona que libremente sea de su voluntad, resultado de lo anterior que el objeto jurídico protegido es la libertad sexual y el consentimiento que los cónyuges convienen al contraer matrimonio, en particular la mujer para cohabitar con su marido, no es consentimiento absoluto sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento, sino un consentimiento primero para la elección de esposo, y consumada la unión matrimonial, esta no la priva de su libertad frente al marido, de acceder o de negarse a la copulación cuando su cuerpo o ánimo no lo desea, resulta pues que cada copulación matrimonial debe de ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito y vencer por la violencia, la voluntad contraria de la esposa en un momento dado es incidir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual y dicha conducta no puede ser considerada como el ejercicio de un derecho, pues el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que ninguna persona

podrá hacerse justicia por si mismo, ni ejercer violencia para reclamar un derecho, por lo que el acceso carnal violento aún dentro del matrimonio es ilícito y constituye una violación, ya que la esposa tiene derecho a la abstinencia cuando no desee la cópula.

3.8 VIOLACION INTRAMATRIMONIAL

Como mencionamos anteriormente algunos autores establecen que no existe violación entre cónyuges, así considerando también que no existía robo entre éstos, pero en la antigüedad existía lo que era llamado la dote donde el marido se apropia de los bienes materiales de la mujer, de igual manera no existe violación pero el esposo se sirve del cuerpo de la esposa como si fuese un instrumento o inmueble, estableciendo aquí claramente una desigualdad entre éstos.

La propia expresión conyugal esta muy clara, tradicionalmente la mujer no se ganaba la vida fuera de casa, sino que le proporcionaba a su marido servicios de carácter doméstico y sexual a cambio de un techo y comida, en esta época para la mujer el hablar de placer era prohibido, así mismo según la enseñanza de la iglesia el acto sexual, se realizaba con fines pro-creativos y la mujer que se negara a ser madre no era considerada mujer, pero llegaron más lejos, porque que la mujer tenía que tolerar las fantasías del hombre, puesto que se temía de que su afecto y dinero fueran a parar a manos de mujeres de dudosa reputación.

Las mujeres se acostumbraron a ello, dado que no tenían ninguna noción de lo que es el placer sexual, la educación prohibía cualquier posible acceso a ese placer y se sufría en silencio, es así que en la antigüedad esta costumbre se adquiría en la noche de bodas donde tradicionalmente el hombre forzaba brutalmente a la mujer ignorante, esa demostración de fuerza viril en los primeros momentos del matrimonio tenían como intención de producir un fuerte impacto

para que la mujer fuese dócil, desde ese momento el acto sexual se convertía en sinónimo de violación.

El matrimonio implica respeto mutuo, un marido que viola a su mujer demuestra que no la respeta, pues no la trata como ser humano, sino como a un objeto que utiliza y posee a su antojo.

En este caso se demuestra una vez más que la noción de violación conyugal es complicada, cuando un desconocido viola a una mujer, las cosas están claras el simple hecho de copular con una persona, que no este de acuerdo es producto de una violación, pero entre marido y mujer hay una costumbre de dedicarse gestos tiernos e íntimos, también comparten la desnudez, el espacio vital, el lecho conyugal y el tiempo.

Incluso en un matrimonio en crisis, los sentimientos son fuertes y hacen difícil considerar al otro como un delincuente, por otra parte entre las mujeres existe la costumbre de perdonar y excusar todo al hombre que aman, en el matrimonio cuando la mujer violada no cedía por la fuerza, sino por los sentimientos y el chantaje, por eso la violación conyugal casi no se castiga, es sin duda el más frecuente y la más grave de todas las violaciones.

Dentro de las investigaciones realizadas a mujeres que han pasado por este delito, establecen que dentro de su relación matrimonial en cuestión sexual es difícil de llevar a cabo una armonía, puesto que si ellas como mujeres inician una relación, serán mal vistas y de igual manera si nunca se inicia dicha relación también es acusada de mojigata, frígida o torpes, lo que da lugar a pensar que los hombres involucrados están temerosos de que sus mujeres los dominen a través de la sexualidad y muy preocupados en demostrar que son ellos los que ejercen dominio sobre ellas.

“A la mujer no se le tiene en cuenta como persona, solo importa la necesidad sexual, sin aceptar que la sexualidad tenga que ver con la violencia, ya que la necesidad del hombre en este caso es necesidad de control en una área en la que cree que puede hacerlo, aunque a ellas se les cause un tremendo daño en su autoestima, en su autonomía y en la imagen de su propia dignidad personal.”⁵⁹ Y todo esto agregado al hecho de que estas mujeres sufren graves traumas en su sexualidad ya que la humillación y el dolor físico y psíquico quedan unidos entre si, donde se supone que debería ser un acto placentero para ellas.

3.9 ARTÍCULO 174 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Después de haber analizado las disposiciones anteriores como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil para el Distrito Federal, entre otras las cuales también fueron observadas por el legislador, de ahí que a pesar de todas las controversias y de que aun existan opiniones en contrario sobre este delito, en nuestra legislación penal, ya esta tipificado como tal en su artículo 174, quedando así plasmada la existencia del delito de violación entre cónyuges o concubinos.

Estableciendo así, el artículo 174, párrafo 4º “Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se perseguirá por querrela.”

En cuanto a este delito debemos tener en cuenta que, estamos hablando de violación debiendo así tomar en cuenta los mismos elementos, puesto que este artículo, como ya lo mencionamos nace de la controversia de especificar si existía o no el delito de violación entre dichos sujetos.

59 RAVAZZOLA, Maria Cristina, Violación Intramatrimonial. Ed. Paidós México, 1997, p. 254

Así pues se hace una ampliación a este delito estableciendo en este supuesto, que las personas en las que recaen tanto en el sujeto activo, como el sujeto pasivo, son el sujeto activo que será el cónyuge o concubinario y el sujeto pasivo por consecuencia será la cónyuge o bien la concubina.

3.10 ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN PLASMADOS EN EL ARTICULO 174 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El elemento objetivo es el acceso carnal que se realiza con violencia, como ya analizamos anteriormente existiendo la cópula normal y la anormal, donde debemos entender que la cópula normal es aquella donde el cónyuge o concubinario mantienen una unión sexual con su pareja, es decir por las vías idóneas, de ahí que la cópula anormal se establezca como la introducción de órganos genitales por otras vías, como lo son la oral u anal, donde aquí existen ciertos criterios donde por tratarse de dichos sujetos, se establece que dentro de una relación sexual, donde existe el factor tiempo, existe el juego erótico sexual, observando que dentro de un matrimonio existirán diversas formas de llevar a cabo su relación sexual, la diferencia, o el elemento que es tomado para considerarse como delito es el hecho, de la falta de voluntad de uno de los cónyuges, por lo que se deberá de hacer uso de algunas de las violencias, para que éste se lleve a cabo, lo cual también varios sexólogos, establecen que dentro de una relación como lo es el matrimonio o bien el concubinato, aún en las uniones libres, existe un cierto grado de violencia, al realizar un acto sexual.

De ahí que Carranca y Trujillo establece”..... que no debería de existir este delito y que si fuese posible con el paso del tiempo este artículo

desapareciere,”⁶⁰ claro ésta que no comparto su punto de vista, ya que si bien es cierto que dentro de una relación existirán ciertos factores que no siempre van a ser de común acuerdo, pero debemos de tomar en cuenta que el hecho de permanecer bajo el mismo techo y tener una convivencia cotidiana, no da el derecho de realizar sin el consentimiento de la otra persona, en este caso en la víctima, dicho acto y mucho menos haciendo uso de la violencia.

3.11 QUERELLA

Este artículo en su párrafo segundo nos habla de que se perseguirá por querrela de parte ofendida, debemos de entender por querrela “ Del latín querrela acusación ante el juez o tribunal competente, con que se ejecutan de forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito.”⁶¹

La querrela es un derecho potestativo que tienen el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido, tratándose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado sino también su representante, cuando así sea necesario, harán saber al Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, ya que esta clase de delitos no será perseguido sin la manifestación de voluntad del que tiene este derecho.

Para que la querrela se tenga por legalmente formulada deberá satisfacer lo siguiente:

¿Quiénes pueden presentarla?

- a) El ofendido, que en este caso será la concubina o cónyuge.
- a) Su representante legítimo.
- b) El apoderado, que tenga poder general para pleitos y cobranzas

60 CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, tomo I, 5ª Ed. Edit. Antigua Librería Robredo, México 1988, p. 65.

61 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico México. 3ª Ed. México, 1998, Edit. Porrúa, p. 640.

Deberá contener:

- a) Una relación verbal o por escrito de los hechos.

- a) Debe ser ratificada por quien la presente ante la autoridad correspondiente, el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que será válida cuando sea presentada por parte ofendida, independientemente de que sea menor de edad, así mismo cuando es presentada por representante, ya que establece que las personas físicas, que presenten querrela será suficiente un poder semejante, salvo los casos de : Privación de la libertad con fines sexuales y estupro, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por algunas de las personas a que se refieren los artículos 162 y 180 respectivamente del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

La querrela se extinguirá:

- a) Por muerte del agraviado.
- b) Por perdón.
- c) Por consentimiento.
- d) Por muerte del responsable.
- e) Por prescripción.

3.12 MEDIOS DE COMISIÓN

Ya habíamos hablado de la existencia de una violencia y que ésta podía ser tanto física o moral, de ahí, que en el punto anterior establecimos que dentro de cualquier relación temporal, dentro de su vida sexual existía un grado de violencia, pero hay que aclarar que para que dicho delito se lleve a cabo debemos de tomar en consideración todos los factores y lo que se debe de entender por

violencia, observando así que la violencia de la que se habla no deberá de llegar a la violencia requerida para considerarse como delito. De ahí que ya explicados los tipos de violencia que podrán ser utilizados, no exista duda del parámetro a tomarse en cuenta para la comisión del delito.

3.13 PUNIBILIDAD

Dentro del artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, encontramos que se maneja la misma penalidad, que a la violación simple, cuya pena es para ambos casos de seis a diecisiete años de prisión.

Situación en la que no estoy de acuerdo porque si bien es cierto que estamos hablando del mismo delito, debemos observar que por hacer la distinción de los sujetos, a mi parecer debería de establecerse dentro de las modalidades agravadas, puesto que el sujeto activo abusa de una relación que existe, así como el tiempo y espacio donde se encuentran ambos sujetos, por lo tanto no debería de castigarse con la misma sanción, ya que no estamos hablando de sujetos desconocidos.

Sin embargo, por el hecho de permanecer bajo el mismo techo, y abusando de la relación que existe entre éstos, debería de castigarse de una forma mas severa, si ya se hizo la distinción entre los sujetos y además de que éste delito se perseguirá por querrela, debería de aumentarse la penalidad.

CAPITULO IV

PRINCIPALES CONTROVERSIAS EN EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS Y EL PAPEL QUE DESEMPEÑA EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CASO CONCRETO.

4.1 EL MALTRATO HACIA LA MUJER.

En los últimos años, y mayormente a partir de los reclamos de grupos feministas, el tema de la violencia contra la mujer ha ido cobrando mayor fuerza en los círculos académicos. Anualmente se realizan numerosas investigaciones en torno a esta problemática dirigida a promover un mayor entendimiento y prevención del problema. Dentro de las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer se ha destacado recientemente un tema que es objeto de grandes polémicas, nos referimos al tema de la violación entre un cónyuge, o actividad sexual forzada demandada por un esposo hacia su esposa, en vista de que la violación sexual entre cónyuges es conceptualizada comúnmente como una manifestación de violencia contra la mujer, comenzaremos nuestra revisión ubicándola dentro del contexto del abuso en la mujer, específicamente en lo que concierne a la relación marital.

El maltrato en la relación de pareja se refiere al empleo de fuerza física y/o abuso emocional contra el cónyuge. En el caso de la mujer, se puede manifestar de varias maneras, entre ellas la agresión física y verbal, humillación, amenazas, intimidación, etc.

Esta problemática no es de origen reciente. Los antecedentes de la violencia contra la mujer pueden trazarse en la misma historia de la humanidad, en las diferentes tradiciones y prácticas culturales, así como también en ciertas creencias de índole religioso.

Durante los siglos XVI y XVII varios autores recomendaban que los esposos golpearan y castigaran a sus esposas en caso de que éstas no se comportaran como era debido. En el siglo XVIII se incorporó en Inglaterra y posteriormente en Estados Unidos el reglamento conocido como la regla del dedo pulgar, la cual permitía que el marido golpeará a su esposa con una vara no mas gruesa que su dedo pulgar para lograr que ésta le obedeciera.

Datos como éstos ponen en manifiesto el trato desigual e interior que se le ha conferido a la mujer en la sociedad a través de la historia.

No es hasta finales del siglo XIX que se comienzan a dar algunos cambios en las disposiciones legales y en las actitudes hacia los asuntos de la mujer. Para los 70's surgió en Estados Unidos, una modesta campaña en contra del abuso marital. Las mujeres víctimas de maltrato conyugal hallaron en las agencias para la prevención del maltrato de menores un foro para sus propias quejas e inquietudes, estos esfuerzos se vieron realizados cuando la legislación que estaba dirigida a castigar el maltrato conyugal e imponía como pena 40 latigazos o 1 año de cárcel. Esto implico la derogación de leyes que fomentaban el derecho del marido de pegarle a su esposa y empezó a considerarse la agresión contra la esposa como un delito.

Sin embargo, en muchas ocasiones se sigue alentando el derecho del marido a golpear a su esposa por medio de políticas de no intervención y de no procedimiento judicial.

Además existen una serie de creencias culturales que colocan a la mujer en la disyuntiva de asumir una actitud mas asertiva y luchadora, aun cuando desde pequeña ha tenido un rol de mujer sumisa y responsable de la unión familiar y una definición social de lo que significa ser una buena esposa.

De modo que aun con la existencia de reglamentaciones que penalizan el maltrato conyugal, la inconsistencia en la aplicación de estas leyes contribuye, entre otros factores, a que este patrón de comportamientos se sigan repitiendo estas conductas en diversas culturas.

En México el tema de la violencia en contra de las mujeres, se ha atendido mediante las organizaciones no gubernamentales, que han logrado que se hagan varias modificaciones legales, sin embargo, todavía falta mucho para que la problemática, se extinga.

Se ha dado un reparto de roles dentro de la pareja donde la mujer tendrá una participación interior, aun cuando la mujer tiene un trabajo o profesión, y son la propia pareja en su papel de padres que otorgan dichos roles desde la infancia, es así que los niños son educados para el ejercicio del poder, la fuerza, la libertad y el movimiento; en contraposición las niñas son educadas para el desarrollo, sensibilidad, ternura, pasividad, subordinación y la dependencia.

El tema de la sexualidad y la falta de información resultaba para ambos géneros una experiencia conflictiva y problemática, pero para la mujer se intensifica, ya que ésta no puede hablar libremente del tema por no ser criticadas por la sociedad, por la familia o por la propia iglesia, de aquí que las relaciones sexuales se aprueben como una, aceptando en algunas ocasiones tenerlas por la fuerza, sin que se puedan reconocer las necesidades propias.

Por muchos años se ha creído que el papel de madre en la sociedad representa el ser de la perfección, abnegación y la renuncia así misma, y las necesidades de cariño, descanso, diversión, recreación o aprendizaje pareciera que no existen, de ahí que se piense que la mujer solo podrá ser feliz al ser esposa y madre.

La violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y a las libertades individuales, es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, la eliminación de la violencia contra la mujer es indispensable para su desarrollo individual y social.

Entendemos por violencia contra la mujer, la violencia física, sexual, psicológica, que tenga lugar dentro de la familia, que comprende violación, maltrato y abuso sexual, dentro de la sociedad, la que realiza cualquier persona y que comprende entre otros; violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual en cualquier lugar.

Se han documentado cifras altas para la concurrencia de violación sexual, aun cuando la tendencia general es a no denunciar estos casos, ya que sea por vergüenza, por temor a ser juzgadas como provocadoras del acto, por medio de represalias por parte del agresor, o bien como hemos señalado, por el hecho de creer que tendrán que hacer lo que su marido les ordene.

Sin embargo, la investigación en torno a la violación entre cónyuges se ha encontrado con varios puntos de vista, esta problemática es blanco de escepticismo, debates y críticas debido, entre otras cosas, a que la violación entre cónyuges carecía de fundamentación legal, ya que para muchas personas resulta difícil de comprender y aceptar que se puede definir un tipo de violación entre marido y mujer, y que mas aun al cometer dicho acto pueda conllevar pena de reclusión o bien considerarse como un delito.

La base para dicha exención recaía en la doctrina donde planteaba que el marido no podía ser culpable de violación hacia su esposa por su consentimiento y contrato matrimonial, la mujer se da de tal manera al marido que no se puede retractar, supuesto que no comparte por el artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Además aun cuando la violación entre cónyuges este

legislada, se observa un cierto grado de incertidumbre respecto a que criterios tomar para considerar esta conducta como un delito.

Por otra parte, otros investigadores ofrecen definiciones más amplias al señalar que cualquier actividad forzada por un esposo hacia su esposa puede ser considerada violación sexual marital. Como podemos apreciar, se destaca el no consentimiento de la mujer para involucrarse en ciertas actividades sexuales, el uso de la fuerza física para forzar la relación sexual y la poca sensibilidad del marido para entender y aceptar los deseos y necesidades de su esposa.

Como la violación sexual marital es un término descubierto y tipificado recientemente, la mayoría de los esfuerzos investigativos se han dirigido hacia intentar establecer la incidencia del fenómeno bajo estudio. Sin embargo las ambigüedades legales y conceptuales en torno a la violación entre cónyuges, dificultan la comparación entre estudios y la obtención de elementos fidedignos.

4.2 EL PAPEL DE LA MUJER EN EL CONTEXTO CONYUGAL.

LA VIOLENCIA contra las mujeres, y las diversas formas en que se manifiesta, ha estado circunscrita en los círculos del pensamiento y del accionar humano mas tradicionales, dentro del ámbito de lo privado. Se dice que violar, maltratar u hostigar a una mujer tiene que ver más con su propia personalidad y su falta de compromiso hacia la familia e hijos, que con vicios sociales arraigados culturalmente, mismos que permiten y hasta propician dichas conductas.

Si tomamos en cuenta que los preceptos de amor, familia, convivencia y comunicación, son producto de un devenir histórico y se alimentan de acuerdo a épocas y tradiciones, la visión de lo privado y lo personal de dichos conceptos puede ampliarse hasta lo público y lo social.

Esto, es precisamente, lo que el movimiento feminista, el movimiento amplio de mujeres y los pensadores mas visionarios han tratado de demostrar: todo aquello que afecta al género femenino y que por lo tanto trasciende en una discriminación sexual, corresponde al ámbito público, no solamente por que las mujeres representan el 51% de la humanidad, sino porque aislar y sojuzgar a cualquier sector humano en razón del sexo, raza, credo u opción sexual, pernea en el pensamiento y el idealismo-social de toda la humanidad y permite, en consecuencia, crear patrones de conducta y condicionantes sociales que se manifiestan desde antes de nacer, y que al ser selectivos y valorativos impiden hablar de cualquier tipo de desarrollo que se aprecie de ser equitativo y real.

En las décadas de 1960 y 1970, se crearon en México varias organizaciones para la defensa del menor maltratado, y el creado en contra de la violencia hacia la mujer, lo difundieron y empezaron a tener las primeras respuestas sociales como centros de atención así como casa-refugio, de ahí que se pretendía que la problemática fuese social; sin embargo, se tienen varios obstáculos para obtener la información necesaria, ya que por mucho tiempo se ha pensado que todo lo que ocurre dentro de la familia es privado, este mito ha ocasionado impunidad en todos aquellos que ejercen diversos grados de violencia dentro del hogar, en una escala que puede llegar hasta el homicidio.

Aun las personas que son objetos de la violencia, realizan esfuerzos para que nadie se entere de lo que les esta ocurriendo.

La violencia doméstica debe ser atendida como una manifestación mas de la relación de poder existente en una relación sexista, en la cual el hombre ejerce el rol de dominador y la mujer discriminada y subordinada, algunos sostienen que el uso de la violencia dentro del hogar, es una expresión de control que el hombre ejerce sobre la mujer.

Las características propias de la violencia conyugal genera por una parte que la mujer oculte su condición de víctima de violencia, por motivos que van

desde vergüenza de miedo, la mujer acude a buscar ayuda por algún síntoma físico o psicológico, y no inicialmente por una violencia conyugal, aun cuando son atendidas las mujeres que han sido golpeadas, rara vez los médicos reconocen a la mujer como víctima de la violencia conyugal.

Jorge Corsi, ha considerado el ciclo de la violencia conyugal constituido en tres fases:

Primera Fase; denominada acumulación de tensión, en la cual se produce una sucesión de pequeños episodios que llevan a roces permanentes entre los miembros de la pareja, con un incremento constante de la ansiedad y hostilidad.

Segunda Fase; denominada episodio agudo, en la cual toda la tensión que se había venido acumulando da lugar a una explosión de violencia que puede variar en su gravedad, desde un empujón hasta el homicidio.

Tercera Fase; denominada luna de miel, en la que se produce el arrepentimiento, a veces instantáneo, por parte del hombre, sobreviniendo un pedido de disculpas y las promesas de que nunca más volverá a ocurrir.

Vemos que una vez que pasa por las tres fases se vuelve a iniciar de igual forma lo que hace el círculo de la violencia aun cuando en la tercera fase se da una reconciliación y se hace la promesa de que nunca volverá a pasar esta se repetirá, ya que una vez que se permitió ésta será realizada continuamente.

Este ciclo de violencia conyugal se da en todas las clases sociales, se dice que la única forma de terminar con este ciclo es con la intervención externa, es decir dejando que este problema sea privado y se acuda a persona externas como familiares, amigos, médicos, todos aquellos que puedan proporcionar ayuda además de la intervención como de centros de ayuda, tribunales u otras instituciones.

Se han sugerido algunas variables asociadas con la mujer que pueden guardar algún tipo de relación con la existencia de la violación sexual marital, algunas de las variables que han sido propuestas se han mencionado el que la mujer no quiere tener sexo con su marido y el que posea rasgos de personalidad masoquista e inmadura. Sin embargo, no se ha reportado evidencia empírica que documente de manera sólida esta relación, mas bien, las mismas aparentan estar relacionadas con las tendencias en común de culpabilizar a la victima, que lo mismo se puede encontrar en las cortes y peor aun en los recuentos y creencias de las esposas que han experimentado violación sexual marital.

Otra variable que se ha relacionado con la concurrencia de dicho delito es el historial previo de otros abusos sexuales en la mujer, un gran número de mujeres que han sido violadas por su cónyuge también ha reportado otros incidentes donde se haya dado alguna otra forma de violación sexual, donde las mujeres después de haber sido víctimas, manifiestan una tendencia general de rechazo y temor a futuros acercamientos sexuales. A su vez, estas experiencias de rechazo al sexo por parte de la mujer, pueden generar más violencia en el hombre y ocasionar el abuso marital.

El trauma se puede recrear en varios niveles: conductual, emocional, fisiológico y que la relación de todos ellos puede proveer una explicación para el fenómeno de la repetición del mismo, a nivel conductual se ha recopilado evidencia que apoya el hecho de que aquellas personas que experimentaron abuso y depravación en la niñez están mas propensos a involucrarse en relaciones violentas cuando son adultos, ya sea como víctimas o victimarios. Los varones tienden a mostrar hiper-agresividad mientras que las mujeres usualmente son las recipientes del abuso físico y emocional.

Las personas que han tenido experiencias traumáticas en la niñez muestran hipersensibilidad, ante situaciones estresantes, además han aprendido en el hogar formas violentas de enfrentarse al estrés y han adoptado un concepto

de una persona frágil e imponente para lidiar con las circunstancias hostiles de su ambiente.

4.3 LAS FORMAS DE DOMINIO MASCULINAS EN LA VIDA CONYUGAL.

La violencia masculina intrafamiliar ha sido estudiada desde varios puntos de vista donde se tiende ubicar la violencia como secundaria a trastornos psicopatológicos individuales, al uso del alcohol y drogas o bien a factores educativos o económicos.

El hecho de que el hombre consuma bebidas alcohólicas de modo habitual ha sido una de las variables que mas ha reportado en investigaciones relacionadas en este delito. Otras variables que han sido relacionadas con la comisión de este delito por parte del hombre son: celo excesivo, carácter dominante y la gran necesidad de demostrar su masculinidad y de poder.

Básicamente, lo que esta implicado en estas características es la ideología machista que invoca la superioridad masculina sobre la femenina.

Por mucho tiempo se pensó que de ahí provenía el problema, y lo que ocasiono fue un retraso para buscar posibles soluciones a este, así como para su prevención, ya en estudios de los últimos años se ha comprobado que las formas violentas de relación son el producto de identificaciones con un modelo familiar y social que las define como procedimientos aceptables para la resolución de conflictos.

La identidad masculina tradicional se construye sobre la base de dos procesos psicológicos un desarrollo del yo exterior, la presencia del hacer, lograr y actuar, y una represión emocional, para lograr un equilibrio necesita un permanente autocontrol que regule la exteriorización de sentimientos como el

dolor, tristeza, placer, temor, amor, como una forma de mantener su masculinidad, esto proviene de un aprendizaje social, mediante la familia, instituciones educativas, medios de comunicación, etc.

En el terreno de la sexualidad, se desarrollaron diferentes maltratos hacia la mujer, como la violación, los hombres que utilizan la violencia para la resolución de conflictos conyugales, tienen dificultad para distinguir entre el deseo sexual y el deseo de poder, ya que más allá de la existencia de un sentimiento afectivo, tendrá que ver con un sentimiento de triunfo sobre la mujer.

Lo que implica que cuando el hombre por así llamarlo obtiene el triunfo, la mujer es la que pierde, llamándolo así, ya que el hombre realiza un dominio sexual recurriendo incluso a la violencia física.

Finalmente, otras variables que han sido asociadas a este delito son las tendencias del hombre a disfrutar del sexo violento y desvincular su sexualidad de sus necesidades de afecto. Existiendo la siguiente tipología:

- 1.- El hombre que prefiere la violencia sexual con su mujer a sexo consensual.
- 2.- Hombre que disfruta ambos.
- 3.- Hombre que prefiere consensual pero que está dispuesto a la violación sexual si su mujer lo rechaza.
- 4.- Hombre que le gustaría llevar a cabo violación pero no la ejecuta.
- 5.- Hombre que no desea violar a su compañera sexual.

Esta tipología permite de cierta manera separar aquel grupo de maridos que allegadamente disfrutaban más de sexo forzado de aquellos que no lo prefieren

así. Sin embargo, estas variables asociadas tanto al hombre como la mujer puede también en algunos casos guardar una estrecha relación con la calidad de la relación de pareja, lo que ha llevado a algunos investigadores a estudiar mas detenidamente el contexto y relación marital de las parejas que reportan el delito.

Sexualidad y violencia son seguidos por modelos culturales que prevén estereotipos, modelos sociales de poder, control y competencia, modelos familiares donde se encuentran interacciones violentas y escasos intercambios afectivos, dentro de los modelos sexuales, encontramos que el hombre podría tener lo que es llamado una doble personalidad ya que tienen una imagen publica y una privada, donde en su vida social y laboral no manifiestan las actitudes y conductas violentas, que solo existen en el ámbito conyugal.

Observando así que el hombre ejerce su poder en contra de la mujer, entendiendo así concluimos que el poder tiene dos acepciones, la primera: *es la capacidad de hacer, el poder personal de existir, decidir, autoafirmarse, se requiere una legitimación social que lo autorice; y la segunda: es la capacidad y la posibilidad de control y dominio sobre la vida o los hechos de otros, básicamente para lograr obediencia y lo que de ella deriva; requiere tener recursos que aquella persona que quiera controlarse valore y no tenga medios para sancionar y premiar al que obedece.*

Estas situaciones de poder suelen ser ignoradas en las relaciones de pareja, llevando a la creencia de que ellas se desarrollan prácticas recíprocamente igualitarias y además el pensamiento social que adjudica a los varones, por el hecho de serlo, un grado de poder del que carecen las mujeres.

Existen varias prácticas de dominación por parte del hombre que son casi impredecibles, la llevada a cabo de una manera coercitiva, ya que el varón utiliza la fuerza física, moral, psíquica o económica y hasta la propia personalidad para intentar doblegar a la mujer, es decir que hace uso de ciertos elementos como la intimidación donde se atemoriza y sabiendo que se es agresivo, basta un tono de

voz, postura o una simple mirada para saber lo que sucederá si no se obedece, o bien cuando se lleva a cabo lo que el hombre dice por que nunca aceptara que el no tiene la razón, y por lo tanto la mujer de alguna manera por cansancio es quien accede a hacer lo que el dice, a cambio de que se termine la discusión, también cuando la base o sustento económico lo aporta el hombre, este se basa del dinero para tratar de imponer su voluntad, o bien la mentalidad que este tendrá derecho de hacer lo que desee por el hecho de llevar el sustento, también desde un punto de vista psicológico cuando el hombre dentro del hogar hace uso de la mayoría de los espacios de éste, es que se quiere apoderar como del sillón mas cómodo, el televisor, etc.

También aquellas que atentan en contra de la razón y la autonomía de la mujer, como la que es llamada la materialización de la mujer, donde se fomenta o crea condiciones para que la mujer priorice sus conductas cuidado incondicional, o cuando el hombre se aprovecha de la independencia afectiva de la mujer y su necesidad de aprobación para promover en ella dudas sobre si misma, sentimientos negativos, y por lo tanto mas dependencia, mediante engaños donde el hombre oculta a la mujer lo que no le conviene, puesto que si no él podría salir perjudicado en algunas ventajas que éste no quiere perder.

Y los llamados de crisis, donde se encuentra el dar lástima, comportamiento auto-lesivo tales como accidentes, aumento de adicciones, enfermedades, amenazas de suicidio, que apelan a la depresión femenina al cuidado y le inducen a pensar que sin ella el hombre podría terminar mal, es ahí cuando éste realiza una manipulación por su inválidez para el cuidado de la mujer, el hacer méritos donde se da la realización de otorgar regalos, promesa de cambiar y de ser buen hombre, generalmente cuando se esta frente a la amenaza de separación.

Como podemos observar todas estas formas de manipulación son llevadas a cabo sin usar violencia física, pero utilizando lo antes mencionado, para

poder llevar a cabo lo que él desea y así de alguna manera pasar sin que sea reconocido como una forma de dominación, ya que en las relaciones pasa de una forma tan cotidiana donde por generaciones se ha llevado de esta manera, donde casi son invisibles estas formas de dominación por parte del hombre.

La violencia o abuso marital han sido uno de los factores asociados a la concurrencia del delito de violación, las problemáticas personales del hombre y las dificultades en la dinámica sexual de la pareja, entre las razones por las que se dice que tienen relación, encontramos que algunos hombres se excitan con el sexo violento, que el sexo se pretende utilizar por el hombre como una forma de reconciliación y que el hombre sienta la necesidad de sentirse sexualmente potente.

Además la mayoría de los casos que son denunciados, es cuando en la comisión de dicho delito son violentos, por lo tanto aun cuando la tendencia general es que en dicha violación se da en un contexto de violencia en el matrimonio, no podemos asegurar que esta última sea un pre-requisito de la misma.

4.4 VIOLENCIA Y CONYUGALIDAD.

Durante esta investigación se ha ido señalando diferentes tipos de violencia, llegando así al punto de que dentro de la comisión de este delito nos percatamos de que es mayor la violencia invisible, que la propia física en contra de la cónyuge o concubina.

Los procesos por los cuales desde distintos lugares e instituciones sociales se hace posible la discriminación, se vuelven invisibles en tanto se construye un consenso por el cual se atribuye a la naturaleza lo que ha producido la cultura, por lo tanto no son invisibles sino que se han invisibilizado en un complejo proceso socio-histórico.

Se puede pensar que los problemas derivan de la oposición entre el amor y la violencia, ya que es principal para el humano el de si deben amarse, protegerse y ayudarse entre si, o bien entrometerse, dominar y controlar haciendo daño y llevando a cabo violencia en contra de los demás. El amor implica instrucción, dominio, control y violencia, por lo que se puede ejercer violencia en nombre del amor, la protección y la ayuda, cuanto mas intenso es el amor, mas cerca esta la violencia, en el sentido de posesividad intrusiva. Lo que solo ocasionaría que se agrave el problema, puesto que analizando que dentro de una relación donde existe el amor esta propensa a dicha violencia.

Dentro de un concepto general encontramos que las personas les gusta dominarse unas a otras y luchar por el control y el poder, los cuales se logran mediante una intimidación y la explotación, dentro de nuestro tema, podemos observar que se ha dado un círculo de poder y control dentro del matrimonio donde en el que generalmente recae el poder y control cónyuge o concubinario, como señalamos anteriormente, existe la intimidación la cual puede consistir en atemorizar a la mujer por medio de gestos, el tono de voz, o bien arrojando cosas; aislamiento donde controla lo que ella hace, con quien se relaciona, a dónde va, abuso emocional; ridiculiza a su mujer y la hace sentir mal a ella misma, utilizando juegos mentales y psicológicos; amenazas, donde la hace sentir emocionalmente herida, diciéndole probablemente que le quitara a los hijos, o hasta llegar al suicidio; abuso económico donde trata de evitar que la mujer consiga trabajo, le asigna mesada o hasta quedarse con el dinero que de ella devenga; abuso sexual, pidiéndole que lleve a cabo actos sexuales sin su consentimiento de ella, o bien la trata como objeto sexual.

Como podemos observar es un circulo sin saber dónde comienza pero en el que se da una cosa tras otra para tener como resultado el control y poder dentro del matrimonio y como hemos venido señalando por las costumbres, casi siempre recae esté poder en el hombre, y a su vez esté vive en un constante temor de que sea algún día la mujer quien manipule la relación.

Es en la familia donde nacen y maduran los sentimientos mas intensos y donde se realizan los aprendizajes sociales como: La aceptación de la diferencia y la autoridad, el respeto de las reglas, la tolerancia a la frustración, la experiencia del compromiso y de la negociación dejan atrás las replicas violentas, tanto en la red social como en la familia, si estos aprendizajes no se llevan a cabo, es decir no se toman en cuenta la diferencia, la singularidad y los deseos de cada persona, aparece la violencia y esta se vuelve el modo habitual de resolver los conflictos familiares.

Es así como la evolución natural nos lleva a buscar, en diferentes niveles, los modos de intervenir para remediar, calmar o resolver este tipo de problemas.

A través de los sucesivos tiempos históricos, en función de las transformaciones tanto de los modos de producción como de las formas de gobernabilidad y la gestión de sus consensos, la subordinación femenina en occidente, ha cambiado sus figuras económicas, sociales, políticas y subjetivas; así como los argumentos religiosos, legales y científicos por los que ha querido justificarse. En este sentido, puede afirmarse que han ido cambiando las formas de esta subordinación, pero no se ha suprimido la desigualdad.

Estableciendo así que la violencia y conyugalidad por los diferentes procesos y puntos de vista y tratando de encontrar un punto intermedio dentro de las diferentes opiniones, establecemos que si bien es cierto que van ligadas entre si , no podrá caer en el punto de un perversión sadomasoquista, ni podrá tolerarse por así haberlo venido señalando en la sociedad, por lo tanto cuando se lleven cabo actos en contra de la voluntad del cónyuge existirá la violencia, pudiendo así ser las diferentes formas plasmadas y esta tendrá los derechos a terminar con dicha violencia.

Finalmente, podemos establecer que en muchas parejas los incidentes violentos siguen de alguna manera un ciclo donde se inicia con la acumulación de tensión, la cual puede durar desde unas horas hasta meses o por toda la vida, es

un periodo de conflictos menores y posiblemente cierto maltrato físico; es decir un episodio violento, el cual puede ser desencadenado desde una insignificante discusión o cualquier problema sin importancia, una vez que comienza el ataque, generalmente es poco lo que puede hacer la victima para detenerlo; y en el periodo del arrepentimiento, donde el abusador se siente avergonzado, culposo, se disculpa y promete que nunca volverá a suceder, y con ello esta fase se desvanece y comienza a acumularse nuevamente la tensión creándose así un circulo vicioso.

4.5 CONSECUENCIAS DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS PARA LA MUJER O VÍCTIMA.

Se han reportado una gran variedad de reacciones emocionales conductuales en la mujer violada, siendo los sentimientos de coraje y culpa las que más destacan, aunque principalmente a nuestro criterio son cuatro: auto-culpa, preocupación, culpabilizar al marido y dificultades en el área de la expresión de afecto.

Con respecto a la tendencia a culpabilizarse así mismas, se ha observado un patrón en el cual la mujer, socializada generalmente al ser sumisas y obedecer al marido, interpreta sus intentos de hacer valer sus derechos y necesidades como formas de faltarle el respeto a sus maridos, otras piensan que son culpables de la violación debido a que son frías, y algunas se sostienen culpables por poseer un historial previo de otras violaciones.

Esto va ocasionando una baja autoestima y sentimientos de tristeza y depresión, así como también en vergüenza de contar a otras personas lo que les ha sucedido, un sector más reducido de mujeres puede experimentar tanto sufrimiento que inclusive reporten ideas o intentos suicidas. Otra reacción de la

mujer es un profundo sentimiento de coraje hacia el marido, la mujer se siente traicionada, humillada y sumamente desconfiada de su marido.

Por otra parte, también se han reportado reacciones psicósomáticas y de índole sexual en algunas mujeres que han experimentado este delito, a nivel fisiológico se han documentado dolores de cabeza y estómago, mientras que en el plano sexual se han identificado disfunciones sexuales, disminución en el interés por el sexo e incapacidad para establecer relaciones sexuales íntimas con otras parejas.

Finalmente a nivel conductual tenemos que un grupo de mujeres se mueven en busca de ayuda de familiares y amigos, acuden a la policía, formulan cargos en contra de su pareja e inclusive inician una averiguación previa, para obtener la separación de su pareja, sin embargo la mayoría de ellas, al no contar con recursos económicos, no conseguir suficiente apoyo de los familiares y ante la deficiente credibilidad por parte de la autoridad en este caso el Ministerio Público, regresan al hogar, a continuar enfrentándose a más agresiones por parte de su pareja.

Después de estudiar a los diferentes autores que han legislado sobre el abuso sexual marital he descubierto diversas variables como estas:

a) **VARIABLES INTRAPERSONALES.**

Bajo esta categoría usualmente se intenta identificar características, procesos internos del hombre o de la mujer que los hagan más vulnerables a involucrarse en diversas manifestaciones de violencia entre cónyuges.

En el caso de la mujer, se han sugerido las siguientes características entre otras, inmadurez, masoquismo, dependencia económica y emocional, además de que muchas que no tiene derecho a negarse a los avances sexuales

de sus esposos y se someten a dicha violación para complacerlos y como recurso para evitar peleas físicas mayores.

Por otro lado en el hombre se han identificado factores tales como la dependencia del alcohol, agresividad, rigidez en su visión de las relaciones de familia y tendencia a puntuar mas bajo en las escalas de masculinidad, este último punto es un tanto sorprendente puesto que en nuestra sociedad o cultura esta muy arraigado el concepto de machismo, aquellos varones clasificados como no diferenciados; no poseen una identidad de genero clara y consecuentemente adoptan un patrón conductual consistente con la imagen o proyecto social de lo que es ser macho, la cual incluye demostraciones de violencia y alardes de superioridad.

b) VARIABLES INTERPERSONALES.

Con respecto a esta categoría de variables, se han sugerido explicaciones basadas en el modelo de aprendizaje social y el sistémico para promover explicaciones. En lo que concierne al primer modelo, ha quedado firmemente establecido en numerosos estudios el papel que juega la conducta humana, el ambiente nos provee reforzadores, castigos, experiencias y modelos que de alguna forma u otra influyen en nuestros actos.

Por lo tanto de este modelo se desprende que una persona que cree en un contexto hostil, que le provee a su vez modelos física y emocionalmente violentos, probablemente aprenderá y repetirá ese modelo de interactuar.

Por su parte el modelo sistémico también realiza aportaciones a esta problemática, el mismo enfatiza un papel que daba una de las partes envueltas desempeña en el mantenimiento de la familia, donde los incidentes de violencia marital consistentes en tres etapas que son: tensión, agresión y reconciliación, como la mayoría de las mujeres se someten y perdonan el primer incidente de

violencia, el hombre puede interpretar esto como una señal a su favor y por lo tanto se hace un círculo, en el cual ambas partes hacen posible que se repitan mas incidentes de naturaleza abusiva.

Como hemos podido apreciar, este conjunto de variables interpersonales le conceden importancia, entre otros al impacto del modelo de la adquisición de conductas violentas y a la relación sistémica que esta implicada en algunos incidentes de violencia marital.

c) VARIABLES SOCIO-CULTURALES.

Podemos ubicar dentro de esta categoría de variables aquellas circunstancias históricas, culturales, políticas y sociales que contribuyen a la realización del delito.

En primer lugar, nacemos y crecemos en una sociedad patriarcal que legítima y perpetúa la visión de la supuesta superioridad masculina y del dominio que por derecho natural ejerce el hombre sobre la mujer. Ambos son socializados en un contexto psico-social en donde las dinámicas de poder, el machismo y la visión de la mujer como un ser inferior son la orden del día.

Estas creencias se transfieren automáticamente a las relaciones de familia. Los derechos y el poder decisonal de la mujer y los hijos los posee marido, por el hecho de ser hombre en una sociedad como la nuestra. Si en algún momento, el hombre percibe que su mujer e hijos pueden poner en peligro su control, éste puede llegar al maltrato para hacer validar su poder, por otro lado se socializa a la mujer a que crea que su esposo es el que manda, que ella debe ser obediente para poder mantener su matrimonio intacto.

Por otra parte, se ha documentado que las mujeres victimas de este delito tienden a estar aisladas socialmente ya sea por su propia voluntad o por que el

marido estratégicamente ha ido eliminando sus redes de apoyo para evitar que lo deje, se encuentran hiper-vigiladas por sus maridos y cuentan con muy pocos recursos económicos para poder independizarse de su agresor, de modo que la mujer se siente comprometida y obligada hacia su marido e hijos, donde cultural y socialmente se percibe como inferior y dependiente y en donde cuenta con muy pocos recursos económicos, sociales, legales y emocionales, no es de sorprenderse que la mujer permanezca en una relación marital donde sea víctima de sexo forzado.

Se observa mucha resistencia por parte de la mujer a admitirlo, quizás como una defensa para poder sobrellevar la relación y cumplir con la expectativa social de ser una buena esposa y madre, sin que les afecte tanto. Pero desgraciadamente esto es lo que ocasiona que sean mas los casos no denunciados que todos aquellos existentes.

4.6 EL DESEMPEÑO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CASO CONCRETO.

En la primera etapa de la evolución social, la función represiva penal se ejerció a través de la venganza privada. Como eran los clásicos tiempos de la Ley del Tali3n: ojo por ojo y diente por diente. El delito es una violaci3n a la persona privada, y a la justicia se hace por propia mano de la v3ctima del delito, o de sus allegados.

Pronto el poder social, ya organizado, imparte la justicia, ya en nombre de la divinidad se conoci3 como (per3odo de la venganza divina), ya en nombre del inter3s p3blico, salvaguardando el orden y la tranquilidad social lo que llamaron (per3odo de la venganza p3blica). Mas tarde se establecen tribunales y normas aplicables al caso concreto, pero en su mayor3a era muy frecuente que estas fueran arbitrarias. El directamente ofendido por el delito, o sus parientes,

acusaban ante el tribunal, quien era el que decidía e imponía las penas según fuera el caso y su criterio.

Fue así como a través del tiempo se fue perfeccionando la impartición de justicia en el mundo y mas específicamente en la cultura occidental, y no fue hasta el siglo XIV en Francia, cuando aparece la figura del Ministerio Público, y demás órganos que se encargaban de la procuración de la justicia.

No es hasta el siglo XVI cuando aparece esta figura en México por imposición de la colonia Española, y esto se da a través de la Recopilación de Indias una ley que fue fundada el 5 de octubre de 1626; y que al pie de la letra decía: “es nuestra merced y voluntad que en cada una de las reales audiencias de Lima y México haya dos fiscales; que el más antiguo sirva la plaza, en todo lo civil, y el otro en lo criminal.”

Fundamentalmente el Ministerio Público tiene el carácter de órgano estatal permanente para hacer valer la pretensión penal nacida del delito, y su vida está íntimamente ligada a la acción penal; que es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso: por que lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta que es la **sentencia**.

Suficientemente se ha subrayado el que desde 1917 en que se expide la Constitución vigente, el artículo 21 expresaba, en su parte conducente, que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, aunque con claridad añadía: la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público. Ni en la reforma del 3 de febrero de 1983 vario, sino hasta la de 1996 que derogando el término policía judicial sólo establece una policía auxiliar del Ministerio Público.

Debe aceptarse que en la forma en que aparece en el artículo constitucional la distribución funcional de la fase investigatoria de la persecución, aunque se resuelva el aspecto jerárquico de las dos entidades enunciadas, puesto que queda claro que el Ministerio Público tiene el mando de la policía auxiliar, introduce más que una duda una confusión distinta, ya que podría entenderse que por igual, la persecución de los delitos le incumbe al Ministerio Público y a su cuerpo policial.

Esta confusión se vio alimentada por la tesis 67 del Apéndice 1917-1985 de la Jurisprudencia firme del Poder Judicial, en la Suprema Corte, cuando afirma: **Que en el ejercicio de sus funciones constitucionales de investigación y persecución de los delitos, la policía judicial es autoridad competente para recibir tanto la confesión original del inculpado como la ratificación de lo confesado por este ante cualquier organismo administrativo. Ósea el mismo valor le da la jurisprudencia a una confesión hecha ante la policía judicial, como a la que se lleva a cabo ante su jefe el Ministerio Público. Lo aclara la actual fracción II del 20 constitucional.**

En cuanto al delito de violación entre cónyuges o concubinos tipificado en el artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, este establece que se debe de iniciar con una querrela y su penalidad es de seis meses a diecisiete años de prisión, ó sea igual a la violación sin este tipo de vínculo o parentesco, cosa que no estamos de acuerdo por la simple razón de que el agresor se valió de este vínculo amoroso, jurídico, moral, religioso y demás para hacer lo contrario a la naturaleza de esta unión que era la de cuidarse, ayudarse y convivir en familia de común acuerdo.

Una vez interpuesta la querrela la víctima tiene que responder un interrogatorio denigrante, y quien denuncia haber sido víctima del delito de violación adquiere una trascendencia capital, en lo que hace al peritaje en si

mismo, así como en lo que se refiere al valor que del mismo puede hacer merito la autoridad policial y/o judicial que se encuentra abocada a su investigación.

El interrogatorio tiene importancia por lo siguiente:

1.- El médico sabe, y ello le consta por ser el fundamento del ejercicio profesional, que el interrogatorio se basa en una buena relación médico-paciente, pues como en medicina legal no existen pacientes sino personas por examinar, también buscamos una buena o excelente relación médico-legal entre la persona por examinar. Esa buena relación tomara varias direcciones, la primera de las cuales es una buena y fluida comunicación, en un estar y sentirse bien del examinado, hecho que se reflejara en un intercambio de datos de relevante validez médico-legal.

2.- De ese modo, la persona examinada depositara en el perito médico toda su confianza, todas sus expectativas, le hará participe de todas sus vivencias y le trasmitirá todas sus dudas. En fin, hará saber al perito todo aquello que a él le ha sucedido en virtud del delito, que lo cuenta como víctima. Así, el médico legista podrá saber cosas y conocerá datos y hechos que solo a él, por su condición de tal, le suministrara la presunta víctima. Adquiere así suma importancia la condición de médico, ya que es una persona a quien nunca ha visto con anterioridad, sólo a él le revelara situaciones íntimas, complejas y problemáticas, como a ninguna otra persona y/o profesional podría hacerlo.

3.- El interrogatorio servirá para conocer el nivel intelectual y las particulares características psíquicas del examinado o examinada, para poder tener una idea aproximada acerca de su estado psiquiátrico. El médico legista sabrá rápidamente si está en presencia de un débil mental, si lo que le refiere es producto de un delirio, si se tratará de un individuo maniático, etc.

4.- El interrogatorio será de suma utilidad para que la supuesta víctima se sienta cómoda y entre en confianza. No es posible que en la actualidad subsistan peritos que no tengan ni el mínimo respeto hacia las víctimas, y se manejan ante estos casos de una forma despótica e insensible, y lo primero que solicitan a la persona por examinar es que se desvista y se coloque en la camilla en posición ginecológica, para realizar en forma inmediata el estudio genitoanorrectal.

5.- El médico legista, al interrogar a la presunta víctima, conocerá datos diferentes que, en el momento del exámen y a posteriori, cuando debe llegar a las conclusiones periciales, servirán para ver si concuerdan o no con los datos recabados en el exámen anatómico directo de la persona. Dicho profesional podrá saber si los hechos referidos han ocurrido tal como se le manifiestan o si, por lo contrario, no ha sucedido así. En ciertos casos, podrá llegar a concluir si está frente a un simulador o simuladora.

El interrogatorio consta de siete preguntas clave a saber:

- a) ¿Qué ocurrió?
- b) ¿Cuándo ocurrió?
- c) ¿Dónde ocurrió?
- d) ¿Quién o quienes fueron el autor o los autores?
- e) ¿Cómo ocurrió?
- f) ¿Por qué ocurrió?
- g) ¿Qué sintió?

¿Cuándo ocurrió?

La presunta víctima del ilícito narrará que es lo que realmente le ha ocurrido. En la casi totalidad de los casos refiere que, mediante la fuerza o intimidación, ha tenido sobre ella acceso carnal. Pocas veces se ha sabido que, estando la presunta víctima con un amigo, conocido, novio o afín, en el interior de

un vehículo de transporte público, o en un automóvil particular, en el banco de un parque, o a la salida de un albergue transitorio, fueron detenidos por la autoridad policial, y declararon que habían tenido una relación sexual antes, no estableciéndose en forma clara y precisa las características de la misma, iniciándose averiguaciones por supuesto delito de violación o de estupro. En estos casos contados, se aclaró rápidamente, merced al interrogatorio realizado por el perito, que no se estaba frente a un ilícito, ya que la relación sexual había sido libremente aceptada por la mujer.

¿Cuándo ocurrió?

Mediante la formulación de esta pregunta se conocerán exactamente el día y hora en que ocurrió el hecho denunciado. En pocas ocasiones se debe examinar a las supuestas víctimas, días, semanas y hasta meses después de acaecido el hecho. Ante esos casos, lo primero que preguntamos es a que se debe el atraso en realizar la correspondiente denuncia. En la mayoría de los casos, resulta que existieron amenazas por parte del autor o autores del hecho, existencia de temores, miedos, vergüenza o cualquier otro motivo. Pero también pudo ocurrir, y no debe nunca descartarse, que se pretenda legitimar, mediante denuncia, un estado de embarazo que, merced a la causal de justificación que acredita el artículo 148 fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal permitirá la práctica del aborto autorizado por el juez interviniente.

¿Dónde ocurrió?

Mediante el interrogatorio se busca conocer el lugar físico donde se desarrollo el ilícito: si fue en un lugar abierto o cerrado, y en este último caso si fue en un lugar público o privado. Además, se preguntara si la presunta víctima se hallaba en el lugar o si fue llevada al mismo. Si se encontraba en dicho lugar cuales fueron las causas por las que ahí estaba.

¿Quién o quienes fueron el autor o los autores?

Por medio del interrogatorio se sabrá si el autor o autores eran conocidos o desconocidos. En caso de ser conocidos, de quien o quienes se trataba, si de un familiar, amigo, compañero de trabajo, novio, etc. Además, desde cuanto tiempo existía la relación y las características de la misma.

En caso de tratarse de desconocido(s), deberá indagarse todo tipo de referencias sobre su (s) persona (s), tanto físicas como psíquicas y de cualquier otro orden; así mismo, si la presunta víctima podría llegar a reconocerlo en caso de volver a verlo.

En todos los casos debe preguntarse a la presunta víctima cual ha sido el comportamiento del autor(es) hasta el momento de cometerse el ilícito.

¿Cómo ocurrió?

Mediante el interrogatorio se sabrá cuales fueron las características del acceso carnal ocurrido: si fue por vía anterior o vaginal, o por vía posterior o anorrectal, o por ambas sucesiva y/o alternadamente; si fue obligada a realizar *fellatio in ore*; si el autor o autores hicieron *cunnilingus*; si la presunta víctima debió masturbar al autor o autores del delito, o bien si el mismo o algunos de los coautores se masturbaban mientras era accedida carnalmente; si la presunta víctima debió adoptar posiciones sexuales no comunes, etc. Si para llegar al acceso carnal debió ser amenazada por medio de un arma o si, por lo contrario, se le intimidó, en cuyo caso de que manera lo fue.

Se debe preguntar a la presunta víctima si se le suministro algún tipo de bebida, inyecciones o algún medicamento y por que vía. En caso de referir pérdida del conocimiento, si recuerda el tiempo de duración de la misma, así como su estado inmediatamente ulterior al recobrar el sentido.

Además, mediante el interrogatorio se sabrá si la presunta víctima fue sujeta, golpeada, atada, etc.

¿Por qué ocurrió?

Muchas veces al ser violadas, las víctimas son obligadas por el delincuente o delincuentes de la causa o móvil que lo (s) guía a cometer el ilícito. Como lo refiere un caso muy mencionado por la mayoría de los diarios en Argentina, que en pleno mediodía, mientras una mujer de 21 años caminaba por la calle, en Buenos Aires, al cruzar una esquina fue interceptada por un automóvil en el cual viajaban tres hombres. Dos de ellos descendieron y, sujetándola, la obligaron a subir al vehículo y allí mismo, mientras uno la sujetaba con fuerza, otro la accedía carnalmente y el tercero le provocaba quemaduras con un cigarrillo en ambos miembros superiores y el tronco, y acto seguido, mediante una hoja de afeitar, le infligía 131 lesiones incisas superficiales en todas las regiones topográficas. Mientras tanto, le decían que lo que ella le sucedía, les iba a ocurrir a todas las mujeres y que la culpable de todo ello y de lo que ocurriría era la sociedad.

De un tiempo a la fecha, se han observado con especial interés este tipo de casos, por los cuadros que producen, se creó que se trata de las denominadas violaciones sádicas.

¿Qué sintió?

Mediante el interrogatorio, se pregunta a la examinada si sintió dolor al ser accedida carnalmente, en que lugar, su intensidad y toda otra característica. Si ese dolor continuo, si se mantiene en el momento del exámen, en cuyo caso si ha aumentado o disminuido en relación con el inicio. Se averiguara si la presunta víctima sufrió alguna pérdida de sangre y sus características. Si realmente tuvo sensación de ser penetrada. Si existió eyaculación del agresor o agresores; si la

misma fue intravaginal, vulvar, interfemoral, en el monte de venus o en las ropas. También se inquiriría debidamente sobre cualquier otro dato en cuestión.

EL ¿POR QUÉ? DEL INTERROGATORIO.

Se entiende, y a nuestra casuística nos remitimos, que en el interrogatorio mencionado es de gran valor, de suma utilidad, tanto para el perito como para la autoridad.

Mediante el interrogatorio hemos podido aclarar diversas situaciones. Así, hemos descartado casos en que se trataba de falsas denuncias, infundadas, por no haber existido el ilícito que se denunciaba. Así, tuvimos conocimiento de situaciones generadas por celos, por confabulación, por simulación o por otras causas, que llevaron a la presunta víctima a ser nada más que eso, presunta y no real víctima del delito de violación.

No debemos olvidar que, pese a que las falsas denuncias, en la casuística general, no superaran jamás el 1% de los casos, debido a la jerarquía y consecuencias del delito investigado, así como a la magnitud de la pena que recae sobre el autor o autores, es necesario que se extremen todos los recaudos humanamente utilizables. De modo que el interrogatorio sea un medio valioso y suficiente para lograr tal fin.

4.7 LA CREDIBILIDAD HACIA LAS VÍCTIMAS POR PARTE DE LA AUTORIDAD.

Por lo antes expuesto cabe mencionar que este delito en particular es poco denunciado, por las diferentes fases que tiene que enfrentar la víctima y sobretodo por la falta de **Ética** profesional, que carecen la mayoría de los representantes de la autoridad, mejor conocido como el titular del Ministerio Público; ya que este ente ministerial en la mayoría de los casos al observar que

existe este tipo de relación o parentesco entre la víctima y el victimario. Este personaje no solo se dedica a hacer caso omiso, sino que hasta trata de amedrentar o recurre a distintos medios para inducir a que la víctima se desista y de esta forma, más tarde se pone de acuerdo con el agresor y con su abogado o persona de confianza para pedirle una percepción económica, para ayudarlo e impedir que se habrá una averiguación previa, y es así de esta forma que el Ministerio Público se evita realizar todo el papeleo y demás procedimientos e investigaciones y a su vez este recibe un ingreso económico fuera de su función y todo esto bajo la excusa que comúnmente menciona dicho representante de la ley a la víctima, por mencionar un ejemplo práctico: “mire señora piénselo muy bien porque si yo inicio una averiguación previa usted la va a pasar muy mal, porque se le va a tomar una declaración muy penosa, después tendrá que pasar con el medico legista para realizarle unas pruebas muy denigrantes y todo esto, para que al fin de cuentas usted me deje la averiguación a medias, por que al llegar a casa usted se encuentre con su marido, terminen como siempre y se arreglen en la cama; y usted termine por perdonarlo por que al fin de cuentas es el padre de sus hijos y su esposo ante la Ley y ante Dios. y usted me va a hacer perder un tiempo que yo no tengo debido a la carga de trabajo que siempre tengo aquí en mi sagrado trabajo, le repito piénselo y después me avisa si quiere seguir con esto vayan platiquen y lleguen a un acuerdo.”

Es por eso que la víctima se siente muy confundida, alterada y sobretodo asustada y en lugar de proporcionarle un trato digno y apoyarla, al contrario se le trata de esta forma y la hacen desistir, porque se dan casos que llegan a amenazarlas con privarlas de la libertad, si de esta situación resulta que no ameritaba que se le iniciara una averiguación previa.

Estas cuestiones tan comunes en la práctica fueron las que me despertaron la inquietud de investigar más a fondo este delito y saber el ¿por que? del desistimiento por parte de la víctima al llegar ante el Ministerio Público, y más aún el ¿por que? de la poca credibilidad y confianza hacia este representante de

la justicia y de la sociedad. A su vez ¿por qué? Éste se abstiene de la acción penal, si es por falta de elementos o simplemente por falta de ganas o por convicciones machistas, económicas u otras.

Y en el supuesto caso que se dieran por negligencia y por lo tanto se confirmara esta hipótesis, entonces la sanción o procedimiento para combatir esta situación de actuar de manera distinta a lo que estipula la ley será:

ABSTENCIÓN EN EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Nueva crítica debo hacer respecto de las actividades del Ministerio Público, en cuanto al ejercicio de su facultad como autoridad investigadora. Esto se refiere a la falta de control de las actividades y abusos cometidos en la práctica por parte del ministerio público, y en el caso que éste se abstenga de ejercitar la acción penal, en un caso determinado. Cuando un delito es denunciado al Ministerio Público, y éste se niega a ejercitar acción penal en contra del que aparezca responsable de él, los interesados en que la averiguación se realice, pueden acudir ante el contralor interno, para que revise la resolución del agente respectivo. Y si se comprobará su negligencia se les aplicará un proceso por responsabilidad.

Este manejo controversial de la forma en que debe proceder el denunciante, el querellante o la víctima del delito por el acto ilícito que es objeto de una averiguación previa, y que concluye con la determinación de abstenerse en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, lejos de simplificarse con el paso del tiempo se ha agudizado, principalmente por la corrupción que existe y que va en crecimiento, en todos los niveles hasta llegar al Procurador General de la República.

Pero que quede claro que la única persona oficial a la que le incumbe la persecución de los delitos, es al Ministerio Público en primera instancia y al

ofendido sólo le corresponde, el accionar derechos públicos subjetivos, y que nunca se podrá sustituir al Ministerio Público en el ejercicio de la acción pública penal, y éste se debe de ajustar al principio de legalidad y no al de discrecionalidad o de oportunidad, como ha quedado establecido.

Cuando la polémica en torno a esta cuestión de la manera de proceder respecto al no ejercicio de la acción penal por parte del acusador público, que trae como lógica consecuencia el archivo definitivo de una denuncia, y como extremo último el que no se intente investigar más un hecho delictuoso, a menos que se presentaran nuevas y diversas pruebas, ha vuelto a recobrar vigencia en nuestro medio.

Se han manifestado intentos por concluir con el monopolio de la persecución de los delitos por el Ministerio Público, entendiéndose, con tanta insistencia se ha manifestado; que perseguir es una vaga expresión del artículo 21 Constitucional que se debe en claridad reemplazarse por un: investigar de los hechos delictuosos y denunciados, y en su momento si es el caso, consignar las averiguaciones a la Autoridad Judicial competente, si éste acepta las conclusiones del Ministerio Público e inicia el proceso mediante el auto de iniciación correspondiente.

Terminar, por lo tanto, con el monopolio del Ministerio Público en la persecución de los delitos, equivale a autorizar que otra persona física o moral, investigue los delitos, y en su momento procedimental adecuado, ejercite la acción penal. Esto es en lo que ante el sistema acusatorio que adoptamos desde 1917, no podría estar de acuerdo. No es concebible imaginar a un individuo o sociedad citando a presuntos responsables de un hecho ilícito, testigos y peritos para preparar su acción penal; dar fe de daños, documentos o acontecimientos; y aplicar una sanción a los que no acaten sus determinaciones; o en fin actuar como lo hace el persecutor público en la actualidad. Ni mucho menos regresar a los tiempos de la venganza privada o pública, o a las institucionalizaciones de éstas.

Concluimos esta investigación, dándonos cuenta que la doctrina y la práctica no es que sean distintas, la ley es efectiva y práctica nosotros somos los que la hacemos imperfecta o disfuncional al no aplicarla como se debe y atendiendo en la mayoría de las veces, no a un bien común sino a un bien personal según sea la conveniencia, de nosotros como abogados o de las personas que tienen en sus manos la impartición de la justicia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Finalmente después de señalar los puntos más esenciales de este tema, he llegado a la conclusión de que el delito de violación entre cónyuges o concubinos si existe, porque se da la adecuación del tipo penal de este delito y aun consultando la legislación que habla al respecto, existen diversas opiniones en contrario, en mi concepto se debe a que, aunque haya un artículo expreso que contempla a dicho delito, éste es un tanto vago, por lo complicado y humillante que resulta su comprobación.

SEGUNDA.- Fue necesario hacer un estudio de las figuras del matrimonio y del concubinato, puesto que como ya señalamos se encontró con la problemática que dentro del matrimonio en la mayoría de los casos se excluye la comisión del delito de violación; puesto que se amparan en el hecho de que subsiste la obligación de cohabitar. Lo que algunos consideran que al hablar de una imposición del acto sexual no existe, puesto que al unirse en matrimonio se otorga el consentimiento para llevar a cabo los derechos y obligaciones que surgen dentro de este, y al hacer uso de la violencia, se está actuando de una forma correcta para obtener dicho derecho. Criterio que no comparto, puesto que si bien es cierto que se otorga el consentimiento, este primeramente fue para la elección de la pareja, y a su vez consumándose dicho matrimonio, la cónyuge tiene derecho a otorgar su consentimiento o no cada vez que quieran llevar a cabo la copulación, dentro de nuestra propia legislación civil, existe un sentido de igualdad para ambos cónyuges, donde se les otorga autoridad y consideraciones para que resuelvan todo lo conducente a su matrimonio de común acuerdo.

TERCERA.- En el delito de violación el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, donde se entiende que es la libertad a decidir con quien es que se quiere llevar a cabo una relación sexual y abstenerse de realizarlo, en un momento determinado o por circunstancias específicas personales, o con quien no fuere su voluntad, tanto en el matrimonio como en el concubinato podemos

entender que dicha libertad sexual es recíproca, y se hace referencia con quién es que se va a llevar a cabo dicha relación, puesto que dentro de estas figuras se entiende que solo se llevará a cabo con su pareja, si no caeríamos en la infidelidad o bien en el adulterio, ahora bien entendiendo que dentro de estas figuras la libertad sexual a que nos referimos, es la libertad que se tiene para acceder o de negarse a la copulación cuando su cuerpo o ánimo no lo desea.

CUARTA.- Dentro de las relaciones de matrimonio o de concubinos existe una vida en común, donde algunos autores consideran que en toda relación existe una violencia moderada, donde me cuestiono que parámetro se debe de seguir para establecer hasta donde debemos considerarla moderada ya que este problema va en crecimiento y cobra día a día más víctimas y vidas, debido a criterios de autoridades que lo toman muy a la ligera y hasta que no ven agresiones muy severas o mortales les dan su debida importancia, por lo tanto concluimos: violencia es un acto por el cual se agrede y se lástima la integridad física, moral, y psicológica de las personas que son sujeto de la misma y no es necesario ver muerta o lesionada de gravedad a la víctima para que se le crea o se le tome en cuenta.

QUINTA.- En la legislación civil se contempla como violencia familiar el uso de la fuerza física o moral, así como las comisiones graves que ejerce un miembro de la familia hacia otro u otros de forma reiterada, la cual atenta en contra de su integridad física o psíquica o en ambas, cuando estos habiten en el mismo domicilio, existiendo una relación de parentesco, matrimonio o concubinato, y considerando que los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen dicha violencia familiar, es similar a la legislación penal que le considera como un delito. Entonces bien podemos considerar que el hecho de que la cónyuge o concubina por tratar de que no exista dicha violencia acceda a dar su consentimiento a algo que no quiere llevar a cabo como lo es el acto sexual en ese momento, y se determine que no existió violencia alguna para llevar a cabo dicho acto.

SEXTA.- Ahora bien, el objeto de nuestro estudio establece la falta de voluntad para llevar a cabo el acto sexual mediante la violencia física o moral, lo que tratándose de este supuesto no podríamos considerarlo sólo como delito de violencia intrafamiliar, por lo que al hablar de un acto de agresión sexual nos remitimos a los delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual.

SÉPTIMA.- Además como ya se señaló anteriormente, este delito es difícil de comprobar, aun cuando se reúnan todos los elementos para integrarlo, puesto que como hemos señalado, existe una unión sexual entre sujetos que anteriormente llevaban una vida sexual recíproca, lo que ocasiona que un dictamen médico no sea suficiente por la misma cuestión, a menos de que existan lesiones severas, este será tomado en cuenta, pero ya también señalamos que dentro de este supuesto, es utilizada en su mayoría la violencia moral, donde la mujer accede, por ciertas circunstancias y temores. Por lo cual dicha violencia moral, será difícil de comprobar, más aun cuando no se considera en esta circunstancia que por los propios sentimientos se lleve a cabo un acto sexual forzado.

OCTAVA.- Se ha manifestado en nuestro trabajo de investigación que al hablar de violación cometida por persona desconocida, se hizo referencia a esto, puesto que no consideramos que la punibilidad establecida en el artículo 174 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sea la más adecuada, aunque es cierto que ninguna pena por más alta que esta sea, podrá reparar el daño ocasionado a la víctima, peor aún al considerar que este delito se perseguirá de querrela, y una vez que la víctima ha tomado la decisión de denunciarlo, en nuestra opinión se debería considerar como una de las modalidades agravadas que establece el artículo 185 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, "...en cuanto al parentesco por consanguinidad o por afinidad, que habiten ocasional o permanentemente en el mismo domicilio con la víctima, y que además

perdiera la patria potestad respecto de todos sus descendientes, y el derecho hacia los bienes de su cónyuge o concubina;" aunque no se trata del mismo delito se me hacen unas medidas precautorias adecuadas y aplicables a esté. Puesto que se vale de la cercanía que existe entre si para llevarlo a cabo; además de que puede este repetirlo en varias ocasiones por la misma circunstancia, definitivamente esto no acabaría con la comisión de este delito, pero lo que se busca es otorgarles más garantías a las víctimas que pasan por estas circunstancias tan desagradables.

NOVENA.- Si la negligencia o voluntaria abstención del Ministerio Público, frente a un hecho delictuoso, causa perjuicio en los intereses patrimoniales, físicos o psicológicos del ofendido, y esa abstención es susceptible de considerarse indebida, esto da pie para iniciar un proceso de responsabilidad que cuestione la posición de la autoridad omisa y no a los derechos del ofendido.

DÉCIMA.- Nuestro Derecho Positivo Mexicano no es perfecto, pero si es funcional, los que no son funcionales son los encargados de su aplicación, ya que desafortunadamente existe tanta corrupción en estos campos de acción, se mueven muchos intereses sobretodo económicos y con ellos el poder, y éste mismo en manos de gente sin principios, ni ética, y hasta sin preparación y a esos niveles hacen que nuestra procuración de justicia sea ineficiente e injusta.

UNDÉCIMA.- Fue decepcionante constatar que a las víctimas de este delito no se les da la atención debida, y por si fuera poco al llegar a la primera instancia no obstante del trauma y temor por el que están pasando, reciben un trato denigrante por parte de la autoridad y por la gente que los auxilia, esta gente no tiene ni el más mínimo tacto ni mucho menos la preparación, para tratar con personas que están atravesando por este trauma, y lo más indignante es que hay algunos que hasta lucran con este delito vendiéndose al agresor para impedir que se realice la averiguación previa.

BIBLIOGRAFÍA

BEDREGAL SAEZ, Ximena, La Agresión Masculina contra la Mujer, México, Editorial CICAM, 1991, 476 pp.

BONINO MENDEZ, Luis, Los Barones y Abusos Domésticos, España, Editorial AEN, 1991, 207 pp.

CARRANCA Y TRUJILLO, CARRANCA Y RIVAS, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, México, 2004, 1210 pp.

CHAVEZ ASECIO, Manuel, La Familia, 4ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1990, 638 pp.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano Procedimientos Penales, 6ª Edición, México, Editorial, Porrúa, 1990, 641 pp.

CORSI, Jorge, Abuso y Victimización de la Mujer en el Contexto Conyugal, Argentina, Editorial Paidós, 1992, 102 pp.

FERNÁNDEZ, Ana Maria, Violencia y Conyugalidad, Argentina, Editorial Sudamericana, 1999, 169 pp.

GALGOGERO, Gangi, Derecho Matrimonial, traducción Miguel Moreno Hernández, España, Editorial Porrúa, 1997, 412 pp.

GALINDO GARFIAS, Derecho Civil, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1991, 599 pp.

GONZALEZ BLANCO, Alberto, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 4ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1989, 434 pp.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, 29ª Edición, México, Editorial Porrúa S.A. 1997, 473 pp.

KVITKO, Luis Alberto, La Violación; Médico Legal en las Presuntas Víctimas del Delito. 2ª Edición, México, Editorial Trillas, 1998, 128 pp.

LEDESMA A.C., Guillermo, Derecho Penal Parte Esencial, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1990, 175 pp.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 11ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2003, 297 pp.

LOPEZ DURAN, Rosalio, Metodología Jurídica, México, Colección textos universitarios, IURE, 2002, 286 pp.

MARTINEZ ROARO, Marcela, Delitos Sexuales, 4ª Edición, México, Editorial Porrúa S.A. 1991, 355 pp.

RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, Metodología Jurídica, México, Editorial Colección Textos Universitarios, University of Oxford, 1999, 209 pp.

PERRONE, Reynaldo, Violencia y Abusos Sexuales en la Familia, Barcelona-México, Editorial Paidós, 1997, 177 pp.

PETTIT, Eugene, Derecho Romano, 10ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1993, 717 pp.

V. CASTRO, Juventino, El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa, México 2004, 1210 pp.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, Metodología Jurídica, México, UNAM, Mc Graw Hill, 1997, 195 pp.

LEGISLACIÓN

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. 12ª Edición, México, 2006

Código Civil para el Distrito Federal. 11ª Edición, México, 2006

Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. 15ª Edición, México, 2006

Código Penal Federal. 13ª Edición, México, 2006

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 15ª Edición, México, 2006