

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA**



**PRESUNCION DE LA NO EXISTENCIA DEL
DELITO DE VIOLACION DENTRO DEL
VINCULO MATRIMONIAL**

**TESIS
ELABORADA PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

SERGIO ENRIQUE GARDUÑO GUERRERO

ASESOR

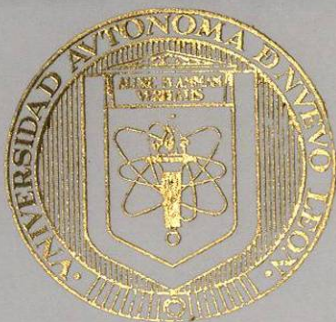
LIC. JESUS A. SOTO TOLEDO

TL
KGF5548
.G37
2003
c.1



1080171445

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA



PRESUNCION DE LA NO EXISTENCIA DEL
DELITO DE VIOLACION DENTRO DEL
VINCULO MATRIMONIAL

TESIS
ELABORADA PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

SERGIO ENRIQUE GARDUÑO GUERRERO

ASESOR

LIC. JESUS A. SOTO TOLEDO

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

**PRESUNCIÓN DE LA NO EXISTENCIA DEL DELITO DE
VIOLACIÓN DENTRO DEL VINCULO MATRIMONIAL**

TESIS
ELABORADA PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTE

SERGIO ENRIQUE GARDUÑO GUERRERO

ASESOR LICENCIADO ANSELMO JESÚS SOTO
TOLEDO

SAN NICOLAS DE LOS GARZA, N.L. FEBRERO 2003

BURATI RANDI FILI
UANL
FONDO
TESIS LICENCIATURA

Agradecimientos

A dios por darme la vida, el término de la carrera, por haberme instruido en la presente investigación ayudándome a dar una posible solución a esta problemática actual.

A mis padres MARIA GUADALUPE GUERRERO FLORES y JUAN SERGIO ROLANDO GARDUÑO HIDALGO por que me han enseñado a nunca darme por vencido, a enfrentar todos los problemas y adversidades con el fin de cumplir con mis principios, ya que ellos me han legado una personalidad de servicio y entrega para ayudar a la sociedad en general, así como por toda su comprensión y apoyo económico y moral en mi, durante todo el trayecto de mi carrera profesional.

A mis hermanos JOSE OSVEL GARDUÑO GUERRERO Y ANA LORENA GARDUÑO GUERRERO por todo su apoyo y animo que me han entregado durante este tiempo, así como a toda mi familia en general.

A mi asesor el Licenciado JESÚS ANSELMO SOTO TOLEDO, por sus consejos, su apoyo incondicional y por el tiempo que me dedico para desarrollar esta Tesis.

A mi socio y amigo Ing. Y Lic. JESÚS GUSTAVO GONZALEZ GARZA por su incondicional apoyo en la realización de la presente investigación.

A mi novia Ing. KARLA JANETH HERNÁNDEZ CASTILLO por haberme motivado y apoyado en todo momento para concluir con el presente trabajo.

A todas las personas que me apoyaron con sabios consejos para estructurar la presente

investigación entre ellos Lic. OBET RENATO JÁUREGUI, Lic. JULIO CESAR MARTINEZ GARGA, Lic. JUAN MEDARDO PEREZ.

A mis compañeros y amigos por darme la oportunidad de convivir y compartir con ustedes todo el tiempo que duro nuestra trayectoria de licenciatura generación 97 – 2002.

A mis maestros por haberme instruido en las Ciencias del Derecho, durante el curso de mi carrera.

Por último a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y a la Universidad Autónoma de Nuevo León por permitirme cursar La carrera de Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales.

INTRODUCCIÓN	
I. DE LAS OBLIGACIONES	
A) CONCEPTO	
B) ANTECEDENTES	
a) Los tres elementos que integran las obligaciones en el Derecho Romano:	1
b) Distinción que hacen los jurisconsultos romanos de las tres categorías de los diversos actos a los cuales puede ser obligado el deudor:	
c) De las obligaciones nacidas de los contratos	2
d) Clases de contratos en el derecho romano	3
e) De las principales divisiones de los contratos en el derecho romano.	4
f) De los elementos generales de los contratos	5
g) De las obligaciones nacidas quasi ex contrato	8
h) De las obligaciones nacidas ex delito:	
i) Otras clasificaciones de las fuentes de las obligaciones.	9
II. EL CONTRATO	
A) DEFINICIÓN	10
B) CONCEPTO	
C) ELEMENTOS DEL CONTRATO	11
a) Elementos esenciales	12
b) Elementos de validez	16
III. EL MATRIMONIO	
A) HISTORIA DEL MATRIMONIO:	

a) Promiscuidad Primitiva	
b) Matrimonio por grupos	25
c) Matrimonio por rapto	
d) Matrimonio por compra	
e) Matrimonio consensual	
A) CONCEPTO	26
B) ELEMENTOS	
a) Una unión legítima,	
b) Que dicha unión sea de un solo hombre y una sola mujer,	
c) La obligación que constriñe en la procuración de ayuda mutua	27
d) La fidelidad	
e) Perpetuar la especie	
f) Crear una comunidad permanente de vida	
C) ORIGEN DE LA PALABRA MATRIMONIO	
D) DIFERENTES CONCEPCIONES	28
a) Concepción contractual canónica	
b) Concepción contractual civil	
D) Etapas	
a) Etapa prematrimonial	29
b) La celebración propia del acto	
c) La etapa del estado matrimonial	
E) Requisitos para contraer matrimonio	
a) Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de un matrimonio válido como son:	30
b) Requisitos de forma para la celebración del matrimonio	32
F) EFECTOS JURÍDICOS	
a) Entre consortes	35

	b) En relación con sus hijos	40
	c) En relación con los bienes	44
IV.	VIOLENCIA FAMILIAR	
	A) CONCEPTO	44
	B) ANTECEDENTES	45
	A) FUNDAMENTO JURÍDICO VIGENTE	46
	D) INSTITUCIONES QUE TUTELAN LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA FAMILIAR.	
	a) El Ministerio Público	47
	b) La Comisión Estatal de las Naciones Unidas	48
	c) La Asamblea General de las Naciones Unidas	49
	d) El Desarrollo Integral de la Familia (DIF).	49
V.	EL DIVORCIO	
	A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO	49
	B) DEFINICIÓN	52
	C) CAUSALES DE DIVORCIO EN LEGISLACIÓN VIGENTE	53
VI.	ABORTO	55
	A) CONCEPTO LEGAL	
	B) DISTINTAS DEFINICIONES DE LA PALABRA ABORTO	
	a) Definición etimológica	
	b) Definición obstétrica	
	c) Definición Médico Legal	56

d) Definición estrictamente medica	
e) Definición Jurídica	
f) Definición Doctrinal	57
C) ANTECEDENTES	58
a) Antecedentes en general:	
b) Antecedentes en el Derecho Romano:	
c) Antecedentes en la edad media:	
d) Antecedentes en el antiguo Derecho Español:	59
e) Antecedentes de la época moderna	
D) Tipos de aborto contemplados en nuestra legislación	
a) Punibles	
b) No punibles	60
E) BIEN JURÍDICO TUTELADO	61
VII. VIOLACIÓN	
A) CONCEPTO	
B) NOCIÓN	
C) ANTECEDENTES	
a) Antecedentes en general:	62
b) Antecedentes en algunas legislaciones:	63
c) Antecedentes legislación Penal Mexicana	69
D) PRESUPUESTO DEL TIPO	75
E) EL BIEN JURÍDICO TUTELADO	76
F) TIPO LEGAL Y PENALIZACIÓN VIGENTES EN EL CÓDIGO DE DISTRITO FEDERAL	77
G) ELEMENTOS DE TIPO PENAL	
a) Copula	79

b) Violencia:	80
c) Consentimiento	81
H) EL SUJETO PASIVO.	
I) EQUIPARABLES Y AGRAVANTES	82
a) Por la edad en la víctima en copula normal	
b) Capacidad de reacción de la víctima	
c) Por edad de la víctima en copula anormal	
d) Por grado de violencia	83
e) Por el número de sujetos activos	
f) Parentesco con la víctima	
g) Por cargo o comisión	
h) Por custodia	
J) EXCLUSIONES Y ATENUANTES	
a) Intoxicación etílica aguda por propia voluntad de la víctima:	84
b) Copula con violencia pero con consentimiento sadismo y masoquismo.	
c) Atenuante	
K) Consecuencias en la victima de violación	85
L) Valoración de la supuesta victima	87
VIII. VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES	
A) CONSIDERACIONES PARA SU ESTUDIO:	92
a) Obligación	
b) Contrato	
c) Matrimonio	
d) Fines del matrimonio	
e) Divorcio	
f) Violación	
g) Elementos del delito de violación	93
h) Bien Jurídico tutelado en el delito de violación	
i) Violencia familiar	

B) DIVERSOS PUNTOS DE VISTA O TEORIAS	
a) Doctrina meramente civil	94
b) Doctrina meramente penal	97
c) Interpretación armónica de ambas materias	99
D) FUNDAMENTO JURÍDICO EN LEGISLACIÓN	
a) Legislación Penal Federal:	
b) Legislación Penal Estatal:	
E) FINALIDAD DEL LEGISLADOR AL CREAR ESTE PRECEPTO	105
a) La iniciativa de la ley relativa a la reforma del artículo 265 bis señala:	106
b) De los debates en la Cámara de Diputados sobre la Iniciativa de la Ley referida se desprende:	108
b) De los debates en la Cámara de Diputados sobre la Iniciativa de la Ley referida se desprende:	112
F) BIEN JURÍDICO TUTELADO	113
G) CRITICA AL FUNDAMENTO JURÍDICO	114
a) Preceptos Constitucionales vigentes:	122
b) REFORMAS DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 1993	127
c) Posteriormente el ocho de marzo de 1999 fue publicada la reforma de los artículos 16 y 19 constitucionales, modificando nuevamente el referido numeral del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve	131
d) Comentario al artículo 14:	132

H) JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROBLEMÁTICA	135
a) FINES DEL MATRIMONIO	
b) CONSECUENCIA POR LA NEGATIVA AL DEBITO CARNAL	137
c) VIOLACION INEXISTENTE ES OTRO DELITO	140
d) EXISTENCIA DE LOS EQUIPARABLES AL DELITO DE VIOLACIÓN	142
e) CAUSAS DE EXLUCION AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION CARNAL ENTRE LOS CONSORTES	146
f) SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL DEBITO CARNAL ENTRE LOS CONSORTES	149
I) POSIBLES SOLUCIONES AL CASO	153
a) Propuesta de reforma al artículo 265	
b) Propuesta de reforma al artículo 265 bis	155
c) Propuesta de la creación de un nuevo capítulo, regulador de la acción relativa a la copula con violencia sin consentimiento dentro del matrimonio y otros.	156
d) Propuesta de sustitución del delito de adulterio por el delito de infidelidad, dentro del nuevo apartado, con su respectiva reforma.	162
J) JUSTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS PROPUESTAS	164
CONCLUSIÓN	166
BIBLIOGRAFIA	172

I. DE LAS OBLIGACIONES

A) CONCEPTO

Obligación: es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

B) ANTECEDENTES

Analizaremos el pasado ya que el derecho que actualmente nos rige tiene por orígenes la costumbre y el Derecho Romano, ya que gran parte de nuestro derecho civil se inspira en esta antigua legislación, para conocer las disposiciones que legales que hoy nos rigen es esencial conocer las leyes antiguas.

a) Los tres elementos que integran las obligaciones en el Derecho Romano:

1. Un sujeto activo, el acreedor; puede existir uno o varios. Es a quien pertenece el derecho de exigir al deudor de la prestación que es objeto de la obligación.

2. Un sujeto pasivo, el deudor. Era la persona obligada a procurar al acreedor el objeto de la obligación. Puede haber en ella uno o varios deudores, como uno o varios acreedores.
3. Un objeto, el objeto de la obligación consiste siempre en un acto que el deudor debe realizar en provecho del acreedor.

Las obligaciones se dividen en cuatro clases, según la fuente de donde procedan. Nacen en efecto, de un contrato, de un delito, como de un contrato (cuasi contrato), o como de un delito (cuasi delito).

b) Distinción que hacen los jurisconsultos romanos de las tres categorías de los diversos actos a los cuales puede ser obligado el deudor:

1. Dare, era transferir la propiedad de la cosa, o constituir un derecho real.
2. Prestare, era procurar el disfrute de una cosa sin constituir un derecho real.
3. Facere, es llevar a cabo otro acto hacer o aun abstenerse.

c) De las obligaciones nacidas de los contratos

En todo contrato hay una convención, para tener la noción de un contrato, es preciso saber primero que es una convección.

Existe la convección o pacto cuando dos o mas personas, se ponen de acuerdo con respecto a un objeto determinado. Las partes que intervienen en la convección pueden tener interés en producir un efecto jurídico que puede traducirse en crear, modificar o extinguir un derecho.

Los contratos en derecho romano son: unas convenciones que estan destinadas a producir obligaciones que han sido sancionadas y nombradas por el derecho civil.

d) Clases de contratos en el derecho romano

1. Contrato verbis: Se forma con la ayuda de las palabras solemnes.
2. Contrato litteris: exige menciones escritas
3. Contrato re: no son perfectos no por la entrega de una cosa a la que viene a hacerse deudor. Estos son el mutuum o el préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y la prenda.
4. Los contratos solo consensu: por el solo acuerdo de las partes, estos son: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

e) De las principales divisiones de los contratos en el derecho romano.

1. Como los vimos anteriormente que los contratos se dividen en cuatro clases, según que se formen; re, verbis, litteris y solo consensu.
2. Contratos de derecho escrito: son los que se deriban del derecho romano y ofrecen un carácter riguroso. Tales como el mutum, contrato litteris, la estipulación tiene por sanción la condictio. Para apreciar la medida exacta de la obligación que de ellos nace, el juez debe de atenerse a la letra misma del contrato y no puede inspirarse en ninguna consideración de equidad.
3. Contratos unilaterales: engendran obligaciones solo para una de las partes, siendo estos de derecho escrito.
4. Contratos sinalagmáticos: obligaciones para todas las partes contratantes y a su vez se subdividen en;
 - 4.1 Contratos sinalagmáticos perfectos: todas las partes estan inmediatamente obligadas desde que se forma el contrato
 - 4.2 Contrato sinalagmático imperfecto: de origen solo un lado esta obligado pero con posterioridad puede surgir obligación del otro lado.
5. Contrato según el uso a que se destine: existen dos tipos, primero los que sirven para realizar operaciones

determinadas y cuya naturaleza esta debidamente indicada por el nombre del mismo contrato, y los que en su nombre no significa ninguna operación especial.

f) De los elementos generales de los contratos

1. El consentimiento de las partes; el consentimiento es el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado; es este acuerdo el que forma la convección base de todo contrato. Es preciso, además que el consentimiento sea real.

Ahora bien; los romanos consideran con razón que el error es exclusivo del consentimiento en los casos siguientes:

- 1.1 Cuando las partes se engañan sobre la naturaleza del contrato.
- 1.2 Cuando las partes no se entienden sobre el objeto mismo del contrato.

Por otra parte puede suceder que las partes estén de acuerdo en el objeto pero una de las partes se engaña sobre las cualidades esenciales de una cosa y se encuentra en error en la sustancia, presentándose así ciertos vicios que no permiten que la voluntad sea expresada libre y espontáneamente siendo estos vicios el dolo y la violencia.

1.3 El dolo: manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a da su consentimiento en un acto Jurídico.

1.4 La violencia: actos de fuerza material o moral, que de ordinario hace impresión en una persona razonable, y que inspiran a la que es objeto de ella un temor suficiente para obligarla a dar su conocimiento.

2. La capacidad: para que sea valido el contrato es necesario

que sea hecho por personas capaces.

En este apartado nos hace mención el derecho romano de las incapacidades generales y nos dicen que algunas alcanzan a las personas libres, y tienen por causa, lo mas frecuente la protección del incapaz, son las que derivan de la falta de edad, de la prodigalidad, del sexo y de los esclavos.

2.1 Incapacidad que resulta de la falta de edad: el derecho romano declara incapaz al impúber. Hace mención que esta sometido a la patria potestad paterna. Porque aún teniendo voluntad no puede apreciar debidamente un contrato

2.2 De los menores de veinticinco años; durante muchos tiempo el derecho romano considero capaz completamente al hombre que llegaba a la pubertad, solo durante el periodo de

Dioclesiano se tenía por incapaces a aquellos que tenían curadores Permanentes, extendiéndose esta incapacidad a la mujer menor de veinticinco años que tenía curador permanente.

2.1 Incapacidad del prodigio: también se considero incapaz a la persona que dilapidaba locamente su patrimonio, por una parte por interés de sus herederos y por la otra para que se protegiera así mismo de las seducciones

2.2 Incapacidad resultante del sexo: en el derecho romano se considera incapaz como resultado de su sexo por que la consideran presuntamente ligera y debil.

2.3 Incapacidad del esclavo: en el derecho civil consideraba incapaz al esclavo de contratar y de obligarse civilmente como acreedor o deudor, por ser considerado este parte del patrimonio del dueño.

3. Objeto válido: el derecho romano nos dice que en todos los contratos que aunque este formado por el acuerdo de personas capaces, para que tenga valor debe reunir el objeto de varios caracteres:

3.1 Debe ser posible: nos menciona que es necesario que el objeto sea posible en sentido físico y jurídico, es necesario que la obligación pueda originarse.

- 3.2** Debe ser lícito
- 3.3** Debe constituir para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.
- 3.4** Debe estar perfectamente determinado en su individualidad.

g) De las obligaciones nacidas quasi ex contrato

Según los romanos tenían un criterio que cuando las obligaciones son generadas por una manifestación unilateral de la voluntad o derivadas de hechos lícitos o por relaciones independientes de los hechos del hombre y que no emanan ni de un contrato ni de un delito, nos encontramos frente a un quasi ex contrato.

A continuación veremos algunos de los principales, según la legislación romana, de los cuales aún guardan gran similitud con las figuras que encontramos reguladas en el código civil:

- 1.** La gestión de negocios: en el derecho romano nos menciona los antecedentes de esta figura jurídica en donde encontramos que hay gestión de negocios cuando una persona administra voluntariamente los bienes de otra sin habérselo encargado esta.
- 2.** De la obligación fundada sobre un enriquecimiento sin causa; según el derecho romano esta obligación esta sancionada por una *condictio*, cuyo nombre es variable de acuerdo al caso

h) De las obligaciones nacidas ex delito:

En el derecho romano se consideran los hechos ilícitos como una fuente de la obligación civil; mientras que en el derecho clásico, la obligación nacida del delito tiene por objeto el pago de una pena pecuniaria que solo es en algunas veces el equivalente del perjuicio causado, pero con frecuencia le es menor y enriquece al demandante.

i) Otras clasificaciones de las fuentes de las obligaciones.

1. La doctrina Francesa

- 1.1** Clasificación dualista de Planiol: Este autor manifiesta que las obligaciones solo se pueden generar por la ley o el contrato.
- 1.2** Clasificación de Bonecase: Para este autor cuando la ley es puesta en movimiento por un acto jurídico o por un hecho jurídico, es la única fuente de obligaciones.
- 1.3** Clasificación de Colin y Capitant: califican en cinco las fuentes de las obligaciones, el contrato, la promesa unilateral, los actos ilícitos, el enriquecimiento injusto y la gestión de negocios.

2. La legislación vigente: el Código Civil Vigente para el estado de Nuevo León señala cinco fuentes de las Obligaciones;

2.1 Los contratos

2.2 La declaración unilateral de la voluntad

2.3 El enriquecimiento ilegítimo

2.4 La gestión de negocios

2.5 La obligación que nace de los actos ilícitos.

II EL CONTRATO

A) DEFINICIÓN;

a) Rafael Rojina Villegas lo define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del genero de los convenios.

b) La doctrina francesa de Colin y Capitant lo define así; el contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos.

c) Sergio T. Azuela Reyes lo define; como el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones.

- d) El código civil vigente en el Estado nos da la siguiente definición; *artículo 1689.- Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar, o exigir obligaciones. Artículo 1690.- Los convenios que producen o transfieren las Obligaciones o derechos toman el nombre de Contratos.*¹

B) CONCEPTO:

Los contratos son las fuentes mas importantes de las obligaciones. Su estudio tiene interés desde diversos puntos de vista, máxime, cuando cada día, y casi sin darnos cuenta los estamos celebrando; la compra de un refresco, el alquiler de un carro, el préstamo de algún objeto. Por lo que podemos darnos cuenta que en cada momento realizamos convecciones¹ que sin percatarnos tienen la finalidad de producir, crear, modificar o extinguir un derecho, pudiendo apreciar que estas comunes convecciones forman el genero cuya especie es el contrato.

C) ELEMENTOS DEL CONTRATO

1) Código Civil Vigente para el estado de Nuevo León

Como lo señala la doctrina y la legislación vigente el contrato requiere dos clases de elementos los esenciales y los de validez.

a) Elementos esenciales

En el Código Civil vigente para el Estado de Nuevo León se hace una clasificación de estos dos elementos, en los numerales 1691 y 1692, los cuales dicen;

Artículo 1691.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento;

II.- Objeto²

La falta de uno de estos elementos genera la inexistencia jurídica; adicionalmente y como lo comenta Ernesto Gutiérrez González en su libro Derecho de las Obligaciones que aunque no se incluye en el concepto de la ley; se tiene: Excepcionalmente la Solemnidad, que como se verá es una forma elevada al rango de elemento de existencia.

Es importante señalar que los vicios en el consentimiento y la incapacidad jurídica genera la inexistencia imperfecta del contrato.

1. El consentimiento es elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de voluntades dos o mas, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior, Rojina Villegas lo define como el acuerdo de dos o mas voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones, mientras que Ernesto Gutiérrez y González plantea que el consentimiento esta compuesto de dos elementos que son la oferta y la aceptación, en la cual independientemente de quien hubiese realizado la oferta tiene que manifestar la aceptación.
2. El Objeto, puede ser una cosa o un servicio, este vocablo tiene tres propósitos de la materia contractual.
 - 2.1 El objeto directo del contrato, que es el crear derechos y obligaciones.
 - 2.2 Objeto indirecto: es la conducta que debe cumplir el deudor, la cual puede ser:
 - Dar
 - Hacer
 - No hacer
3. Se considera también objeto del contrato, la cosa material que la persona deba entregar. "La cual debe de existir en la naturaleza, ser determinada o poderse determinar en un momento dado y estar en el comercio, es decir que debe ser posible y licita.
Requisitos que debe de satisfacer el objeto cosa del contrato:

3.1 La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza.

Una cosa para que pueda ser objeto de un contrato debe existir en la naturaleza o debe ser susceptible de existir.

3.2 La cosa objeto del contrato debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

Al momento en que se hace una propuesta, el oferente debe explicar con exactitud cuál es la cosa que desea forme el objeto del contrato, esto es, debe determinar cuál es el objeto de la convención.

3.3 La cosa que se quiere sea objeto del contrato debe estar dentro del comercio, y si no lo está, tampoco podrá existir.

4. La solemnidad: es un excepcional elemento que en algunos contratos la legislación lo establece. Algunos autores como Ernesto Gutiérrez y González nos dicen que la solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren a la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto, y cita como ejemplo el contrato de Matrimonio, el cual para que sea legalmente válido es necesario que se perfeccione con la solemnidad, por otra parte Sergio T. Azuela Reyes señala que en el derecho mexicano no existen contratos solemnes

aunque si actos jurídicos solemnes como lo es el llamado contrato de matrimonio.

Mas sin embargo la legislación Civil vigente en el estado no establece la solemnidad como requisito para la existencia dentro de los contratos.

Artículo.- 1691 Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento.

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Por lo anterior cuando en algún contrato se omitan cualquiera de los requisitos esenciales para su validez produce el efecto jurídico de que el contrato pueda se considerado invalido y así el código civil, establece el que un contrato pueda ser invalido:³

Artículo.- 1692 El contrato puede ser invalido:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.

II.- Por vicios del consentimiento.

III.- Por que su objeto, su motivo sean ilícitos o su fin sean ilícitos.

IV.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.⁴

O bien el contrato puede ser inexistente toda vez que según;

3) Código Civil para el estado de Nuevo León

4) Código Civil para el estado de Nuevo León

Artículo.- 2118 El acto jurídico es inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia del, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por otro interesado.⁵

b) Elementos de validez

1. La Forma: En términos generales, los contratos no necesita una forma especial para existir. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas. Cuando la ley exige determinada forma para un contrato, mientras este no revista esta forma no será válido, pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato la forma legal. Ernesto Gutiérrez y González nos dice que la forma la podemos entender como la manera en que debe externarse y o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley.

Formas en que puede exteriorizarse la voluntad:

1.1 Expresa: Es cuando la voluntad se expresa verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

1.2 Tácita: Es cuando la voluntad resulta de hechos o actos que la presupongan o autoricen presuponerla.

1.3 Silencio: Surte efecto de forma cuando la ley le confiere la abstención total de la manifestación.

La legislación Civil vigente en sus numerales siguientes señala:

Artículo.- 1729 En los contratos civiles, cada uno se obliga, en la manera y los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.⁶

Artículo.- 1730 Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que este no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato forma legal.⁷

2. La capacidad y Representación: Son capaces para celebrar contratos todas las personas no exceptuadas por la ley. El que es hábil para contratar, puede hacerlo por si o por otro medio legalmente autorizado. A esto se llama representación. Ninguna persona puede contratar en nombre de otro sin estar autorizada por aquella o por la ley. Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no a sido legítimo representante son nulos, a no

ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados los ratifique antes de que se retracen por la otra parte.

Para que un contrato sea válido es preciso que esté hecho entre capaces. No debe confundirse la incapacidad con la imposibilidad de consentir. La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, y no existe sino en la medida en que es pronunciada por el derecho, hay incapacidades especiales en ciertos contratos, y una de las mas generales es: las que derivan de la falta de edad, esto es que el impúbero salido de la infancia o sometido a la potestad paterna. En todo caso tiene una voluntad pero no puede casi apreciar las consecuencias del contrato.

Capitant señala que la capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer y medición de las dos especies de capacidad o mas bien de dos grados de la capacidad.

2.1 Esta puede ser capacidad de goce que viene siendo la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes.

En nuestro derecho Mexicano existen especiales casos de la incapacidad de goce para

- 1.- Corporaciones religiosas y ministros de los cultos
- 2.- Instituciones de beneficencia
- 3.- Sociedades comerciales por acciones

4.- Los extranjeros

5.- Personas físicas por sentencia judicial civil o penal.

2.2 Y existe también la capacidad de ejercicio, la cual es la aptitud de ejercitar los derechos y para asumir deberes jurídicos.

Nuestra legislación civil establece lo siguiente:

Artículo.- 1695 Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.⁸

Artículo.- 450 Tienen incapacidad natural y legal

I.- Los menores de edad

II.- Los mayores de edad, con incapacidad o discapacidad originada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psicológico o sensorial, que les impida gobernarse por si mismos o no puedan manifestar su voluntad por algún medio.

III.- Los sordomudos que no saben leer y escribir,

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas.⁹

Mientras que la representación según Ernesto Gutiérrez y González dice; es el medio que determina la ley o que dispone una

persona capaz, para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz. Lo cual lo señala nuestra legislación civil vigente en los siguientes Artículos;

Artículo.- 1697 El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado.¹⁰

Artículo.- 1698 Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.¹¹

La representación puede ser de dos tipos:

2.2.1.- La voluntaria

Es la que se verifica cuando una persona capaz encomienda a otra también capaz que acepta, la relación de un determinado o indeterminado número de actos jurídicos. El que encomienda recibe el nombre de “representado” y el que acepta el encargo “representante”.

2.2.2.- La otorgada por la ley;

Esta última puede

2.2.2.1 La representación de incapaces; se realiza cuando la ley faculta a una persona capaz para verificar actos jurídicos por nombre

10) Código Civil para el Estado de Nuevo León

11) Código Civil para el estado de Nuevo León

y cuenta de otra, que por disposición de la ley tiene incapacidad de ejercicio, y entonces las conductas que realiza aquella, surte efecto en el patrimonio o persona del incapaz. Al capaz se le designa "representante" y al incapaz "representado".

2.2.2.2.- Representación otorgada por la ley de capaces.

Se da cuando la ley imputa obligatoriamente a un capaz, la consecuencia de un acto realizado por otra persona capaz para evitarle un daño y fundado en una idea de solidaridad social.

3. La ausencia de vicios: el consentimiento de las partes debe de ser puro, es decir exento de vicios, no haber sido presentado mediante violencia, sorprendido por dolo por error, pues tales vicios, aunque permiten de hecho la existencia del contrato, lo hacen anulable:

Es lo referente a que no exista dolo, violencia o mala fe;

3.1 Dolo; se entiende por dolo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico. En materia de un contrato, es preciso distinguir si esos manejos vienen de una de las partes o de un tercero. La cual define nuestra legislación civil vigente en su numeral siguiente:

Artículo.- 1712 Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir error o mantener en el a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disminución del error de una vez conocido.¹²

El dolo puede ser principal o incidental, es principal cuando ha tenido por efecto determinar a un contratante a contratar, sin el cual no habría contratado, y dolo incidental o accidental, el que no ha tenido ese efecto, aunque ha podido determinar a un contratante a aceptar condiciones más desventajosas que las que hubiera aceptado sin el dolo.

3.2 Mala fe: Según el maestro Manuel Bejarano Sánchez, clasifica esta como la actitud pasiva del contratante que, habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte, se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de él. Habiendo sido definida en apartado anterior por nuestra legislación civil vigente.

3.3 Violencia; consiste en actos de fuerza material o moral, que de ordinario hacen impresión en una persona razonable, y que inspira a la que es sujeto de ella un temor suficiente para obligarla a dar su consentimiento. Lo mismo que el dolo no impide que el contrato sea

civilmente valido, por que el acuerdo de las partes existe. La persona que a cedido por temor podía elegir entre dos partidos: soportar la violencia o consentir el acto que se le ha querido imponer. La acción y excepción de la violencia se distingue den del dolo por una diferencia esencial, esta es que la parte cuyo su consentimiento ha sido viciado puede usar de ello contra la otra parte contratante, aunque la violencia emane de un tercero. Esta solución se justifica por que la violencia lleva a la libertad del consentimiento un alcance mas grave que el dolo y por que la persona que ha sido víctima de ella tiene necesidad de mas protección.

Ernesto Gutiérrez y González da su concepto y nos dice que la violencia es el medio que origina por sufrir un daño personal, o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y se llevan a dar la voluntad de realizar un acto jurídico.

De Gáspesr nos dice que la violencia, empleada esta palabra es un sentido genérico, comprensivo de las especies que las escuelas llaman Fuerza, miedo o intimidación, es toda coacción grave, irresistible o injusta, ejercida

sobre una persona responsable con el objeto de determinarla, contra su voluntad a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada. Nuestra legislación civil vigente contempla este vicio dentro de los numerales:

*Artículo.- 1715 Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga esta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.*¹³

*Artículo.- 1716 Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la libertad, la salud, o una parte considerable de bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado*¹⁴.

Lo anterior ya que la voluntad es el elemento fundamental del acto jurídico y debe de ser cierta y libre; debe de ser el resultado de una determinación real y espontánea. Si la decisión proviene de creencias equivocadas, ha sido obtenida de o manteniendo por engaños o a sido arrancado con amenazas entonces es una voluntad viciada que anula el contrato.

13) Código Civil para el Estado de Nuevo León

14) Código Civil para el Estado de Nuevo León

4. **Licitud en el motivo o fin:** Para que el contrato sea válido, es indispensable, que, tanto a lo que se obligo el deudor, como el por que de su proceder sean lícitos, es decir, que no sean contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público. Se encuentra regulado en nuestra legislación civil en el numeral 1692 dentro de su fracción III, el cual fue citado anteriormente.

III.- EL MATRIMONIO

A) HISTORIA DEL MATRIMONIO:

- a) **Promiscuidad Primitiva:** Es la que existió en las comunidades primitivas, la cual impedía determinar la paternidad, y por lo tanto, la organización social de la familia se regulo siempre en relación con la madre, los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella, dándose así lugar al matriarcado.
- b) **Matrimonio por grupos:** aunque todavía existe una gran promiscuidad, en cierta forma es mas relativa, por que los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre si y,

por ello no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan.

- c) **Matrimonio por raptó:** esta etapa del matrimonio es a consecuencia de las guerras que se suscitaban en esos tiempos, donde la mujer era considerada como parte del botín de guerra y por lo tanto los que vencían en la guerra adquirían a las mujeres que lograban arrebatarse en propiedad, de la misma manera que se apropiaban de bienes y animales.

- d) **Matrimonio por compra:** es donde por primera vez se tiene registro de que se establece la monogamia, pues derivado de la operación contractual de la figura de la compraventa el marido adquiere un derecho de propiedad sobre la mujer.

- e) **Matrimonio consensual:** es aquel en el que se presenta una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer, que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie.

B) CONCEPTO

Concepto Legal según el Código Civil Vigente en el Estado:

Artículo.-147 El Matrimonio es la unión legítima de un solo

hombre y una sola mujer para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente.

Cualquier condición contraria a estos fines se tendrá por no puesta, lo anterior de conformidad con lo establecido con el numeral 182 de la Legislación Sustantiva Civil Vigente en el Estado.¹

C) ELEMENTOS

De la definición antes mencionada, podemos encontrar los elementos del matrimonio, que son:

- a) Una unión legítima**, es decir, que sea conforme a derecho, con las formalidades que la misma ley señala para su unión entre ambos;
- b) Que dicha unión sea de un solo hombre y una sola mujer**, significa que no puede existir el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres o entre un hombre y dos mujeres o viceversa;
- c) La obligación que constriñe en la procuración de ayuda mutua**, como el auxilio en vida diaria y en los diferentes momentos difíciles que se presentan y además la buena convivencia entre ambos;

1) Código Civil para el Estado de Nuevo León

- d) La fidelidad**, de tal forma que ninguno de los cónyuges tiene la facultad o derecho de mantener una relación sexual o de afecto con otra persona distinta a su cónyuge;
- e) Perpetuar la especie**, que significa que pueden tener el número de hijos que deseen y el espacio entre ellos será a su criterio y decisión;
- f) Crear una comunidad permanente de vida**, la unión es por tiempo indeterminado que solo podrá separarlo la falta de alguno de los cónyuges por la muerte, siendo el núcleo familiar que debe de crear armonía y mantener disciplina que inculque la formación de buenos ciudadanos capaces de valerse por si mismos debido a los valores adquiridos desde la niñez proporcionados por sus padres.

D) ORIGEN DE LA PALABRA MATRIMONIO

Es de origen latino y deriva de la unión *matris* (madre) y *monium* (carga o gravamen), lo que refleja que las cargas mas pesadas del mismo recaen sobre la madre.

E) DIFERENTES CONCEPCIONES

- a) Concepción contractual canónica:** Para el derecho canónico el acto de celebración del matrimonio es a la vez un sacramento y compromiso o contrato con Dios, del cual derivan efectos determinados por la naturaleza y que no pueden ser alterados por los contrayentes ni por la autoridad social ya que debe de ser perpetuo e indisoluble.
- b) Concepción contractual civil:** La concepción del matrimonio como contrato de derecho civil constituye sus bases durante la revolución francesa, donde se considera al matrimonio como un mero contrato civil estando en pugna con los Juristas del siglo XIX y en muchos de nuestro siglo. Al decir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades definimos un contrato y es por esto que se dice que el matrimonio es un contrato

F) ETAPAS

- a) Etapa prematrimonial.-** Conocida generalmente como noviazgo, esta etapa se encuentra prevista en la regulación de los esponsales o sea el compromiso de celebrar matrimonio a futuro. En este periodo no existen obligaciones entre ambos por lo que libremente pueden poner fin.

b) La celebración propia del acto.- Del cual debe considerarse como el momento del nacimiento del acto jurídico. Para su existencia y validez se requiere de diferentes manifestaciones de voluntad; la de los contrayentes la del juez del registro civil y en caso de menores de edad la de sus padres o tutores.

c) La etapa del estado matrimonial.- Es esta una situación jurídica general y permanente que puede darse la denominación de institución creadora constante de derechos y deberes y que es aplicada a los cónyuges, parientes y descendientes. A esta etapa del matrimonio se pone fin con el divorcio o con la muerte de cualquier cónyuge.

G) REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Los requisitos indispensables que deben cubrirse para la celebración del matrimonio son: requisitos de forma y requisitos de fondo.

a) Los requisitos de fondo son aquellas características que afectan a los sujetos o a las circunstancias de las que depende la posibilidad de un matrimonio válido como son:

1. Diferencia de sexo
2. Pubertad legal (edad mínima que fija el código para poder celebrar matrimonio considerando que ya se tiene aptitud física para la procreación)
3. Consentimiento de los consortes
4. Autorización familiar (solo se requiere la autorización de los sujetos que ejercen la patria potestad o la tutela para menores de 18 años como padres, abuelos, tutor, juez de lo familiar etc.)
5. Ausencia de impedimentos (toda prohibición por la ley para la celebración del matrimonio) según el artículo 156 del código civil de estado:
 - I.- Falta de edad requerida por la ley, cuando haya sido dispensada.*
 - II.- Falta de consentimiento del que o los que ejerzan la patria potestad, del tutor o del juez, en sus respectivos casos*
 - III.- Parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado o en línea recta, ascendiente o descendiente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En lo colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos siempre que estén en el tercer grado y que no hayan obtenido dispensa.*
 - IV.- El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna*

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

VI.- El atentado contra la vida de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre

VII.- La fuerza o miedo graves. En caso de raptor subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada mientras esta sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad

VIII.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes. La impotencia incurable para la cúpula cuando no sea causa de la edad, o cuando sea consentida expresamente por los contrayentes; y las enfermedades crónicas incurables que sean, contagiosas o hereditarias

IX.- La incapacidad declarada en juicio de interdicción

X.- El matrimonio subsiste con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer. De estos impedimentos solo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.²

b) Requisitos de forma para la celebración del matrimonio

Estos requisitos se dividen en: previos a la celebración y propios a la celebración

1. Los tramites previos a la celebración del matrimonio insisten básicamente en satisfacer los requisitos que atañen a la solicitud de que los interesados deben presentar ante el juez del registro civil, donde deben manifestar sus nombre, edades domicilios, ocupaciones, así como la de sus padres, deben manifestar que no tienen impedimento para casarse y es su voluntad unirse en matrimonio.

A la solicitud deberán acompañar los siguientes documentos:

I. Acta de nacimiento o dictamen medico que compruebe la edad mínima para contraer matrimonio.

II.- Constancia de que los padres, tutores o autoridades autoricen el matrimonio

III.- Declaración de dos testigos a quienes les consta que no tienen impedimento para celebrar nupcias.

IV.- Certificado medico prenupcial en el que consta que no tienen ninguna enfermedad que sea obstáculo para el matrimonio.

V.- Convenio sobre los bienes de los futuros esposos.

VI.- Comprobando de disolución de un matrimonio anterior si lo hubo.

VII.- Certificado de dispensa si es que existió elemento dispensable.

2. Propios de la celebración ya que esta rodeada de formalidades:

I.- El lugar, día y hora para la celebración del acto del matrimonio deberán de estar previamente señalados y deberán de estar presentes ante el juez de registro civil:

- Los pretendientes
- Dos testigos de identidad para hacer notar que los pretendientes son quienes ellos dicen ser.
- Los padres o tutores si se trata de matrimonio entre menores.

II.- Previa identificación de las firmas de los contrayentes, el juez:

- Leerá en voz alta si los contrayentes son las mismas a las que se refiere la solicitud.
- Preguntara a cada contrayente si es su voluntad unirse en matrimonio.
- En caso afirmativo declarara a los contrayente casados en el nombre de la ley de los hombres.

III.- El juez posteriormente:

- Procederá de inmediato a la redacción del acta en las formas especiales que foliados y por triplicado harán constar las formalidades verbales anteriores.
- Firmara el acta con los contrayentes, los testigos, y los padres o tutores en su caso.
- Imprimirá la hulla de los contrayentes.
- Entregara de inmediato una de las copias del acta a los ahora esposos.

H) EFECTOS JURÍDICOS

Una vez contraído el matrimonio los nuevos esposos adquieren consecuentemente una serie de derechos y deberes propios del mismo efecto resultado del mismo vinculo que los une.

Los efectos jurídicos del matrimonio se determinan desde tres puntos de vista:

- a) Entre consortes**
- b) En relación con sus hijos**
- c) En relación con los bienes**

a) Efectos entre consortes

- 1. El derecho a exigir vida en común, con su correlativo de cohabitar.**

Él artículo 162 del código civil del Estado de Nuevo León dispone:

Los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal que de común acuerdo establezcan. Se entiende por domicilio conyugal el lugar en el que los cónyuges residan habitualmente con facultades de disposición y gobierno propios, y de donde se den las condiciones para que se cumplan las obligaciones

inherentes al matrimonio y a los hijos. Se presume el común acuerdo de los cónyuges cuando se dan los supuestos del párrafo anterior por mas de tres meses consecutivos sin que exista oposición expresa de alguno de ellos.

El anterior efecto es sin lugar a dudas el principal de todos los efectos, ya que solo a través de este, puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio.

Así también, no solo es el hecho de vivir juntos, sino que debe de ser en el domicilio conyugal que de común acuerdo hayan establecido, a lo cual el Código Civil hace énfasis en la palabra “deben”, que involucra una obligación; aunque esto no conlleva a que si no existiere este, alguno de los cónyuges tendrían facultades para solicitar el divorcio bajo este supuesto.

Ahora bien, por hacernos sabedores a lo que el código civil contiene respecto a lo que es el domicilio conyugal, tenemos que no existe tal si los consortes establecen el domicilio de uno de sus padres, familiares o amigos para residir ya que no pueden ni tienen poder de disponer y tampoco gobierno propio y por tal supuesto no establecieron domicilio conyugal según la ley.

2. El derecho a la relación sexual, con el debito carnal correspondiente:

Al respecto tenemos que no solo se trata de dar satisfacción a una necesidad fisiológica, ya que con la obligación de cohabitar se vincula el débito conyugal, es decir el deber de prestarse a las relaciones sexuales con el otro cónyuge, puesto que ellas son uno de los fines de la unión, tal y como lo establecen los numerales 147 y 162 del Código Civil vigente en el Estado.

El artículo 147 define al matrimonio diciendo:

El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente.

Cualquier condición contraria a estos fines se tendrá por no puesta.³

El artículo 162 del Código Civil en mención dice:

Cada cónyuge está obligado a contribuir por su parte a los fines del matrimonio.⁴

Los cónyuges tienen derecho a decidir de común acuerdo y de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espacio de sus hijos.

En tales fines está el de perpetuar la especie, para los cuales es necesario el ayuntamiento carnal entre ambos.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, el deber de “débito carnal” está sancionado jurídicamente, ya que la negativa injustificada de un cónyuge en cumplir

3) Código Civil para el estado de Nuevo León
4) Código Civil para el estado de Nuevo León

con la obligación implica una injuria grave que llega a ser una causal de divorcio regulada por el artículo 267 fracción XI

Por otra parte tenemos que si una persona es impotente sexual de carácter incurable, encuadra precisamente en lo dispuesto en el artículo 156 fracción VIII del Código Civil que a la letra dice: Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

*Fracción VIII.- La embriaguez habitual, la morfinomanía, la heteronomanía, y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes."La impotencia incurable para la cópula", la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias.*⁵

Por lo anterior, toda persona que se encuentre en tal supuesto, esta impedida para contraer matrimonio, ya que en caso de no hacerlo así, este acto podrá ser declarado nulo. Para intentar la acción de nulidad por parte del cónyuge sano es necesario que el mismo lo haga dentro del término de 60 días de la fecha en que se haya celebrado el matrimonio según lo establecido en el artículo 246 del Código Civil en comento.

Ahora bien, si el impedimento sexual deviene después de celebrado el matrimonio, lo mismo también

es causal de divorcio y lo encontramos en el ordenamiento civil en el numeral 267 que a la letra dice en su fracción VI:

*Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.*⁸

Por lo anterior se desprende que la ley exige el debito carnal entre cónyuges, por las razones de satisfacer una necesidad fisiológica y primordialmente para perpetuar la especie.

3. El derecho a exigir fidelidad

El derecho a exigir fidelidad y la obligación de llevarla a cabo por ambos implica facultad concedida por la ley para exigir se entre cónyuges una conducta decorosa y por tal excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona o personas distintas que no sea el cónyuge.

El artículo 267 fracción I del Código Civil menciona como causales de divorcio el adulterio debidamente probado por uno de los cónyuges

De este artículo en mención se deduce la obligación que tienen los cónyuges de ser fieles entre ambos ya que de no serlo así por parte de uno de ellos y que este supuesto se compruebe es una causal de divorcio.

8) Código Civil para el Estado de Nuevo León

4. El derecho y obligación de exigir asistencia y ayuda mutua.

Lo anterior podemos observarlo en lo dispuesto por el artículo 147 del Código Civil en el cual estipula que los cónyuges deben procurarse la ayuda mutua.

5. Obligación de darse alimentos

Los cónyuges deben de darse alimentos entre sí, esto se deduce del supuesto siguiente: cuando dos personas siendo un hombre y una mujer deciden celebrar contrato de matrimonio, esto los lleva a independizarse y no depender de sus padres o familiares para establecerse por separado, en el supuesto que cumplan con la mayoría de edad y al efecto se contraen derechos y obligaciones por los cuales deben responder y en tal situación los alimentos son recíprocos tomando en cuenta lo que significa alimentos en términos jurídicos. ; esto se establece en el artículo 301 del C.C. que a la letra dice: la obligación de dar alimentos es recíproca y que el que los da tiene derecho a su vez de pedirlos.

b) Efectos con relación a los hijos:

1. Para atribuirles la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo.

Lo anterior se encuentra regulado por el numeral 324:

Artículo 324: Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga este de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.⁹

Mas sin embargo el único recurso contra la presunción de los hijos de los cónyuges, la única prueba para desconocerlos es que el marido pruebe que fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento o que habiéndolo existan razones biológicas o fisiológicas plenamente comprobadas que imposibiliten la concepción; una excepción al supuesto establecido en la fracción primera del artículo 324 son las establecidas en el numeral 328 de la referida legislación sustantiva en mención.

Artículo 328.-El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su consorte.

9) Código Civil para el Estado de Nuevo León

II.- Si concurrido al levantamiento del acta de nacimiento y que esta fue firmada por el, o contiene su declaración de que no sabia firmar.

III.- Si ha reconocido por suyo al hijo de su mujer si el hijo no fue capaz de vivir.¹⁰

2. Legitimación de los hijos naturales por subsecuente matrimonio de sus padres.

En virtud de que nuestra sociedad existen una gran cantidad de niños que nacen fuera del matrimonio y posterior a su nacimiento sus padres en algún momento llegan a contraer nupcias entre ellos se les puede considerar como hijos nacidos del matrimonio.

Articulo 354.- El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos del matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración.¹¹

Articulo 355.- para que el hijo goce del derecho que procede, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, o en el acto mismo de celebrado, o durante el, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente.¹²

3. En cuanto a los derechos y obligaciones de la patria potestad

Tenemos que en nuestra legislación vigente se ejerce por el padre y la madre conjuntamente sobre la persona y los bienes de los hijos y a falta de estos corresponderá

10) Código Civil para el Estado de Nuevo León

11) Código Civil para el Estado de Nuevo León

a los abuelos.

Artículo 412.- Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme la ley.¹³

Artículo 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.¹⁴

Artículo 414.- La patria potestad se ejerce por el padre y la madre conjuntamente, solamente por falta o impedimento de estos corresponderá a los abuelos, si solo faltara alguna de las dos persona a quien corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuara en el ejercicio de este derecho.¹⁵

Artículo 414 bis .- La madre tendrá en todos los casos ñeque no viva con el padre de los hijos, el derecho preferente de mantener a su cuidado a los que fueran menores de 7 años, a menos que se dedicara a la prostitución, lenocidio o que hubiera contraído el habito de embriagarse, tuviera alguna enfermedad contagiosa o por su conducta antisocial ofreciera peligro grave para la salud o moralidad de sus hijos.¹⁶

Artículo 425.- los que ejercen las patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ellas, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este

13) Código Civil para el Estado de Nuevo León

14) Código Civil para el Estado de Nuevo León.

15) Código Civil para el Estado de Nuevo León.

16) Código Civil para el Estado de Nuevo León.

*código.*¹⁷

c) Efectos del matrimonio respecto a los bienes

En la actualidad encontramos que la ley estipula como requisito para los contrayentes el manifestar al oficial de registro civil respectivo bajo que régimen desea contraerse el matrimonio ya sea bajo el régimen conyugal o separación de bienes puesto que esta información deberá asentarse en el acta, a falta de régimen señalado la ley ordena que estará sujeto a de sociedad conyugal.

IV.- VIOLENCIA FAMILIAR

A) CONCEPTO

Violencia: es la ejecución forzosa de algo independientemente de su legalidad o su ilicitud, se caracteriza siempre por el ejercicio del poder mediante el empleo de la fuerza.

Su raíz etimológica remite al concepto de fuerza. El sustantivo violencia corresponde con verbos tales como

violentar, violar y forzar

B) ANTECEDENTES

Este fenómeno no es un problema reciente dentro del ámbito familiar toda vez que ha sido parte de la vida familiar tolerada y aceptada desde tiempos remotos.

Desde finales del siglo XIX los factores como la industrialización, urbanización y la inmigración trajeron consigo nuevos problemas sociales como lo fue la inquietud por la explotación de los niños en el ámbito laboral introduciéndose las primeras leyes para proteger a los infantes.

No siendo sino hasta la década de los sesentas cuando comenzó a tematizarse como un problema social grave, en tanto que en la década de los sesentas la creciente influencia del movimiento feminista atrajo la atención de la sociedad sobre las formas de violencia contra las mujeres comenzándose a escuchar diversas frases como mujeres golpeadas, abuso sexual y niños maltratados.

Siendo considerada la violencia familiar como un fenómeno poco frecuente hasta hace poco tiempo, siendo que en la actualidad se encuentra contemplada como una grave problemática social misma que se encuentra regulada por nuestra legislación penal vigente,

C) FUNDAMENTO JURÍDICO VIGENTE

Artículo 343 bis; *Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave que de manera reiterada se ejerza en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda o no producir lesiones.*

Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente sanguíneo en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado que habite en la misma casa de la víctima.

A quien cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de seis meses a cuatro meses de prisión y perderá el derecho de pensión alimenticia. Así mismo se le sujetara a tratamiento psicológico especializado.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz en que se perseguirá de oficio.¹

Artículo 343 ter: *Se equipara a la violencia familiar y se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en artículo anterior*

1) Código Penal Federal

en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona o de cualquier otra persona con que este sujeta a la custodia, guarda protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa.²

Artículo 343 quáter: En todos los caso previstos en los dos artículos precedentes el Ministerio Público exhortará al probable responsable para que se abstenga de cualquier conducta que pudiere resultar ofensiva para la víctima y acordará las medidas preventivas necesarias para salvaguardar la integridad física o psíquica de la mima. La autoridad administrativa vigilara el cumplimiento de estas medidas. En todos los casos el Ministerio Público deberá de solicitar las medidas precautorias que considere pertinentes.³

Sanción: de seis meses a cuatro años de prisión.

D) INSTITUCIONES QUE TUTELAN LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE LA VIOLENCIA FAMILIAR.

- a) El Ministerio Público:** siempre que se trate de menores o incapaces, debiendo de proceder de oficio en contraa del

2) Código Penal Federal

3) Código Penal Federal

agresor, tutelando así los derechos de los mismos, y en apoyo de quien de no encontrándose en estos casos presente formal querrela ante esta H. Institución.

b) La Comisión Estatal de las Naciones unidas: es una institución que tiene por objeto fortalecer el núcleo de la familia a través de una cultura de respeto a los derechos y responsabilidades, asía el interior de esta por lo que la misma reconoce que:

- Que los hombres y las mujeres, tienen derecho sin restricción alguna a formar una familia
 - La intimidad de la vida conyugal.
 - Ejercer la responsabilidad en el campo de la transmisión de la vida y educar a los hijos.
 - La estabilidad del vínculo y la institución matrimonial.
 - Creer y profesar su propia fe y difundirla.
 - Tener una vivienda adecuada para una vida familiar digna.
- Proteger a los menores mediante instituciones y leyes apropiadas contra los medicamentos perjudiciales, la pornografía, el alcoholismo, etc.
- Un justo tiempo libre que favorezca, a la vez valores de la familia
- Proteger a las personas de edad y favorecer una vida y muerte digna.

c) La Asamblea General de las Naciones Unidas: mediante la Aprobación y Declaración Universal de Derechos Humanos, publicada en fecha 10 de diciembre de 1948, misma que en sus artículos 3 y 16 señala:

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.⁴

Artículo 16. 1.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, casarse y fundar una familia; y disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2.- Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.⁵

d) El Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

V.- EL DIVORCIO

A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DIVORCIO

4) Folleto Comisión Estatal de Derechos Humanos

5) Folleto Comisión Estatal de Derechos Humanos

Según vestigios encontrados se tiene conocimiento que el divorcio existió en el Derecho Romano desde la época de la Ley de las XII Tablas, mas sin embargo en la época de los matrimonios denominados Cumunus no podemos afirmar que existía propiamente el divorcio ya que solo se conocía el principio de este llamado repudio, el cual consistía en abandono del marido a su consorte, por lo que era de carácter unilateral, dejando en todo momento a la mujer bajo la potestad marital de conformidad con la ley llamada "Regla" la cual se encontraba imperando en el derecho antiguo.

Las formas de disolución que se conocían dentro del Comunus eran: La dispareation, mancipation, y la capitis diminutio mínima la cual se aplicaba a los matrimonios contraídos por confarration, en tanto que los segundos se aplicaba a los realizados por el usus y civil mente extinguiéndose como consecuencia de ellos los derechos de asignación mas bien los de la familia, quedando la mujer fuera de potestad del marido, esta forma de disolución no admitía el mutuo descenso, puesto que a la mujer no se le consideraba con personalidad jurídica, dicha razón nos hace afirmar que no existía propiamente el divorcio ya que se le daba al mismo un carácter unilateral para el marido.

En Francia el divorcio fue implantado en el año de 1792 como consecuencia de la revolución estallada en ese país; el artículo III de la carta magna consideraba el matrimonio como un contrato civil realizado mediante el acuerdo de voluntades de los cónyuges, que al desaparecer

daba lugar al divorcio únicamente por disenso, el cual fue reglamentado por la ley del 20 de septiembre de 1792, por lo que se empleo el concepto de divorcio, dando lugar a una serie de abusos por la finalidad de obtener la ruptura del vínculo, llegando a realizarse sin la sanción de la autoridad competente bastando únicamente la manifestación expresada por un cónyuge en el sentido de que no deseaba continuar la vida matrimonial expresándolo ante testigos, operándose enseguida el divorcio, esta situación anónima en la ley IV del año Floral II.

Posteriormente el Código Napoleónico vino a terminar la situación existente, admitiendo el divorcio en una forma atenuada, señalando únicamente tres causales que producían, siendo estas: El adulterio, la sevicia y el abandono de hogar, con lo cual se derogo el sistema libre de divorcio que imperaba en la República Francesa, no obstante lo anterior las estadísticas mostraban que en un bimestre de matrimonio realizados en el país, la tercera parte se había disuelto, por lo que sugirió una potestad general contra el divorcio pidiendo su abolición del Código Napoleónico, llevándose a efecto el día 8 de mayo de 1816, a partir de esta fecha fue suprimido el divorcio y no fue hasta el año de 1884 cuando nuevamente se implanto como disolución del vínculo matrimonial.

La historia señala que el divorcio en nuestro país se practicaba desde tiempos de los aztecas, alrededor desde el siglo XIV, en el caso de adulterio o esterilidad de la mujer,

aunque durante el tiempo de la colonia no tubo vigencia. Debido a la reforma de Juárez al separar la Iglesia y el Estado en los Códigos de 1870 y 1884 no se aceptaba el divorcio vincular, solo por separación de cuerpos, sin efectuarse la disolución del vínculo matrimonial, estableciéndose que el cónyuge que solicito la separación tenía la dispensa de no cohabitar en caso de enfermedad de su cónyuge. Este sistema de divorcio se abolió por Venustiano Carranza dejando subsistente el matrimonio y no permitir a los divorciados otro nuevo matrimonio

El Código de 1928 para el Distrito Federal y territorios federales acepta el divorcio voluntario y a su vez lo permite sin ninguna intervención judicial, este era autorizado por el juez del registro civil cuando los cónyuges eran mayores de edad, no tenían hijos y habían liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal.

En nuestro estado se admitió dicha institución en el año de 1916 por la ley de Divorcio dictada por el C. Gobernador Provisional del Estado el Licenciado Pablo A. De la Garza.

Actualmente el Código Civil acepta el divorcio, siempre y cuando se de alguna de las causales que establece, la legislación adjetiva civil vigente en el estado en el numeral 267 de la citada ley.

B) DEFINICIÓN

Su definición se encuentra contenida en el artículo 266 de la Legislación Sustantiva Civil vigente en el Estado de Nuevo León el cual dice:

Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo de matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.¹

De lo anterior se desprende la definición del divorcio que es la disolución del vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en posibilidad de contraer otro

C) CAUSALES DE DIVORCIO EN LEGISLACIÓN VIGENTE

Artículo 267.- Son causales de divorcio:

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

II.- El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III.- La Propuesta del marido para prostituir a su mujer, no solo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

1) Código Civil para el Estado de Nuevo León

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Actos inmorales ejecutados por el marido o la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea, además contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable

VIII.- La separación de la casa conyugal por mas de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación del hogar conyugal originada por causa que sea bastante para pedir el divorcio si se prolonga por mas de un año, sin que el cónyuge que se separo entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga esta para que proceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacer efectivos que les conceden los artículos 165 y 166;

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistentes de drogas enervantes, o el maltrato grave físico o mental a los hijos, cuando amenacen causar la ruina a la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer uno de los cónyuges contra la persona o bienes del otro un acto que sería punible si se trata de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que paze de un año de prisión;

XVII.- El Mutuo consentimiento.

XVIII.- Las conductas de Violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges que afectan al otro o a los hijos de ambos o de alguno de ellos.²

VI.- ABORTO

1) Código Civil para el Estado de Nuevo León

A) CONCEPTO LEGAL:

Artículo 329.- Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. ¹

De la definición anterior encontramos que el delito de aborto no se define propiamente por la maniobra abortiva sino por su consecuencia final que es la muerte del producto de la concepción.

B) DISTINTAS DEFINICIONES DE LA PALABRA ABORTO

a) Definición etimológica:

La palabra aborto proviene de la conjunción de las raíces latinas “ab” que significa privar y “ortus” cuyo significado es nacimiento. Por lo que se considera que la correcta interpretación del vocablo en estudio es privar del nacimiento.

b) Definición obstétrica:

Define el aborto como la interrupción del embarazo.

c) Definición Médico Legal:

Los médicos legistas definen el aborto como la expulsión prematura violentamente provocada del producto de la concepción.

d) Definición estrictamente medica:

Es la expulsión del ser en gestación cuando este no sea viable y hasta el final del sexto mes del embarazo, pues la expulsión durante los tres últimos meses se denomina parto prematuro.

e) Definición Jurídica:

Es la acción dirigida intencionalmente a ocasionar la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez con o sin el consentimiento de la embarazada y cualquiera que sea el medio empleado.

f) Definición Doctrinal:

La dispersión prematura, violenta o maliciosamente provocada del producto de la concepción, con el objeto de impedir el desarrollo y nacimiento sin reparo alguno a la mayor o menor distancia respecto a las épocas de la concepción y del parto.

C) ANTECEDENTES

a) Antecedentes en general:

Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días el aborto ha sido contemplado en el derecho penal de distintas formas respecto a su sanción mismas que han oscilado desde penas máximas como la pena de muerte hasta la absoluta impunidad, en sus orígenes más sin embargo la intención de sancionar al causante de la muerte del producto es ayudar a la conservación de la especie.

b) Antecedentes en el Derecho Romano:

En el antiguo Derecho Romano en un origen se consideraba al feto formado como parte de las vísceras del cuerpo de la madre por lo que el autor del aborto gozaba de absoluta impunidad, posteriormente se consideraba punible cuando era provocado toda vez que se consideraba un atentado en contra del padre o de la madre. En tiempo de los emperadores Severo y Antonio, se llegó a aplicar hasta la pena de muerte en el caso de que la mujer actuara con avaricia a fin de beneficiar a los herederos del marido.

c) Antecedentes en la edad media:

En esta época se elaboro un concepto de pecado – delito en virtud de la influencia de la iglesia en la vida política de los pueblos. El Derecho Canónico dio al aborto provocado voluntariamente el carácter de delito grave dándose la distinción en entre el cuerpo formado y el cuerpo no formado del nuevo ser humano, señalada por San Agustín dándole la asimilación del hecho de aborto al homicidio determinando la capacidad del feto para recepcionar el alma, y por ello el atentado del nuevo ser a su recepción si asimilaba al hecho de homicidio.

d) Antecedentes en el antiguo Derecho Español:

En esta antigua legislación se encuentran dispositivos legales que sancionaban este delito apareciendo en el Fuero Juzgo regulando el aborto con violencia ejecutado por terceros, sancionándose con mayor severidad la muerte del ser adoptando así la mencionada distinción que introdujo San Agustín.

e) Antecedentes de la época moderna

En las legislaciones de diversos países se contempla regulado el aborto, mas sin embargo en la gran mayoría de las legislaciones se encuentran previstas diversas causas de impunidad que posteriormente citaremos, como es el caso de Argentina, Perú, México, entre otros.

D) Tipos de aborto contemplados en nuestra legislación

a) Punibles

1. Aborto consentido:

Es el realizado por un tercero con el consentimiento de la mujer agraviada.

2. Aborto procurado:

Es cuando la madre es el agente principal del delito ya que ella misma voluntariamente procure su aborto.

3. Aborto sufrido:

Es aquel por medio del cual un tercero hace abortar a una mujer logrando con ello la muerte del producto de la concepción siempre y cuando se realice sin su consentimiento.

4. Aborto honoris causa:

Es aquel que se produce con la intención de proteger el deshonor de la mujer embarazada.

b) No punibles

1. Aborto terapéutico:

No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto a la mujer embarazada corra peligro de muerte o un grave daño a su salud a juicio del medico que la asista, teniendo como requisito que escuche el dictamen de otro medico si esto es posible y de no ser peligrosa la demora.

2. Aborto por violación:

Cuando el aborto es solicitado ante la autoridad competente como consecuencia de una violación tampoco será punible, siendo necesario que la excusa absolutoria se demuestre plenamente, a fin de declarar la imputabilidad del aborto, evitando que a la madre se le imponga una maternidad no esperada ni deseada, por no haber sido de su consentimiento el acto sexual que dio como resultado el embarazo.

E) BIEN JURÍDICO TUTELADO:

La vida o la existencia del producto desde su concepción hasta el momento de su nacimiento, lo anterior a fin de perpetuar la especie.

VII.- VIOLACIÓN

A) CONCEPTO

Concepto doctrinal: diversos juristas coinciden en el concepto de la violación al referir que es la cúpula obtenida mediante violencia física o moral ejercida por cualquier persona sobre otra sin distinción de sexo.

B) NOCIÓN

La violación es la imposición de la copula sin consentimiento por medios violentos, se caracteriza por la ausencia total de consentimiento del pasivo y la utilización de fuerza física o moral

C) ANTECEDENTES

a) Antecedentes en general:

Desde la constitución de las primeras sociedades el hombre a buscado la regulación de la conducta de quienes la constituyen surgida en un origen espontáneamente del mismo grupo social creando así la Ley la cual es la norma jurídica

obligatoria y general dictada por un legítimo poder para regular la conducta de los hombres o para establecer los órganos necesarios para el cumplimiento de sus fines, combatiendo así toda acción antisocial y en contra la moral o buenas costumbres.

En estas sociedades primitivas existía una carencia de normas reguladoras mientras que la costumbre de esas sociedades se limitaba a la satisfacción de instintos y deseos propios de todo ser humano, lo que impedía determinar la paternidad, por la promiscuidad que imperaba en esos tiempos.

b) Antecedentes en algunas legislaciones:

En Egipto la violación se encontraba sancionada con la castración, entre los Hebreos con la pena de muerte o multa, según si la mujer era casada o soltera, en el Código de Manu se aplicaba al violador una pena corporal, siempre que la mujer no fuera de su misma clase ni prestare su consentimiento. En Grecia se castigaba al violador con el pago de una multa y le obligaba a unirse en matrimonio con la víctima, si esta consentía en ello y en caso contrario se le condenaba a muerte

En los orígenes del Imperio Romano no existía legislación alguna que contemplara el delito de violación como tal, mas sin embargo esta conducta antisocial era sancionada como delitos de coacción o injurias, mas sin embargo

conforme fue evolucionando el sistema jurídico romano fueron regulándose varios aspectos. En la era de Augusto desaparece la punci3n domestica o castigos sexuales al Pater Familis, apareciendo la Lex Julia de Adulteris que castigo el adulterio, el comercio carnal con mujer no casada, sin contemplar castigo para la prostituci3n o para el concubinato, en la poca de Justiniano se castigaba se castigaba como el delito de estupro cuando sin violencia se abusara de una doncella o viuda con un modo honesto de vida, existiendo penas diversas segun la condici3n del sujeto infractor, por ejemplo si el violador era adinerado la pena era la confiscaci3n de la mitad de sus bienes, pero si era pobre la pena era corporal.

Con la Interdictito Aque et Ignis se castigaba al raptor y posteriormente ya apareci3 la citada Lex Julia de Adulteris se castigaba con la pena de muerte cuando el delito se castigara de con violencia, equiparándose con la violaci3n y los atentados al pudor. La Lex Julia de vis p3blica igualmente sancionaba este delito mediante la pena de muerte

EL DELITO DE VIOLACI3N EN LA LEGISLACI3N MEDIEVAL

FUERO JUZGO

Libro III, Titulo IV. De los adulterios e de los fornicios

Ley XIV: Si el omne libre 3 siervo fiziere fornizio 3 adulterio por fuerza con la mujer libre

Si algun omne fiziere fornizio ó adulterio con mujer libre, si el omne es libre reciba C. Azotes, e sea dado por sievo á la muier que fizo fuerza; é si es siervo que sea quemado en fuego y el omne libre que por malfecho fuere metido en poder de la muier, en ningun tiempo non pueda casar con ella. E si por aventura ella se casar con el en alguna manera, pues el que recibiera por siervo por pena desde fecho sea sierva con todas sus cosas de los herederos mas propinquos. “En el antiguo derecho español, en la Ley XIV, titulo V, libro III del Fuero de Juzgo ordenaba que se castigara este tipo de cometido en una mujer libre mediante 100 azotes y era dado por siervo a la mujer víctima del ilícito, esto si el que cometía el delito era un hombre libre, si se cometía por un siervo este era quemado en fuego”.

FUERO VIEJO DE CASTILLA

Libro Segundo - Titol II – los que fuerzan a las mugeres

Ley III: Este es el fuero de Catiella

Que si alguno fuerza a muger, la muger dier querella al merino del Rey, por tal bacón como esta, o por quebrantamiento de camino, o de Ygresia, puede entrar el Merino de las behetrias, o en los solares de los fijosdalgo em pos del malfechor para facer justicia, é tomar con dicho, mas deuelo pagar luego: é aquella muger, que dier la querella, que es forcada si fuer el fecjo en yermo, á la primera viella, que llegare, debe, echar las tocas, e entierra arrastrarse, e dar apellido diciendo: Fulan me forco, si le conocier; si nol

conoscier, deiga la señal de él; e si fuer muger virgen, debe mostrar su corrompimiento a bonas mugeres, las mejores que fallere, e ellas probando esto, devel responder normal aquel, a que demanda; e si ella ansi non lo ficier, non es la querella entera; e el otro puedese defender; e si lo conoscier el facedor, o ella lo provare con dos barones, o con un varon, e dos mugeres de buelta, cumple sua pruebe en tal bacón. E si el fecho fuer en logar poblado, debe ella dar voces, e apellido, alli dó fuer el fecho e arrastrarse diciendo: Fulan me forcó, e cumplir esta querella enteramente, ansi como sobredicho es, e si non fuer muger, que non sea virgen, debe complir todas estas cosas, fuera de la muestra de catarla, que debe ser de otra guisa; é si este que la forcó se pudier auer, debe morir por ello, e si non lo pudieren auer, deven dar a la querellosa trescientos sueldos, e dar a él por malhechor, e por enemigo de los parientes della; e quando l'podieren auer los de la justicia del rey, materle por ello. “ En el Fuero viejo de Castilla si alguna mujer se quejaba de haber sido forzada por algún sujeto, debía de cumplir con algunos requisitos, como dar el nombre o señas del forzador para así considerar la querella completa, si se le lograba detener al forzador se le castigaba con la muerte, y en caso de no ser así se le entregaba a la quejosa 300 sueldos y al forzador se le consideraba un malhechor y enemigo de los familiares de la atacada y si en algún lugar se le llegaba a localizar, podía darsele muerte.

LAS SIETE PARTIDAS DEL REY, DON ALFONSO X EL SABIO

Séptima partida. Título XX. De los que fuerzan o llevan robadas las vírgenes, o las mugeres de orden, o las biudas que biven honestamente.

Ley I. Que fuerza es esta que fazen los omnes a las mugeres, e quantas maneras son della...

Ley II. Quien puede acusar a los que fazen fuerza a las mugeres, é ente quien los pueden acusar...

Ley III. Que pena merecen los que forcaren alguna de las mugeres sobre dichas e los ayudadores dellos.

Sin distinguir la violación del rapto este delito podía cometerse en mujer soltera cualquiera que fuere su condición social, contemplando pueda cometerse por varias personas y se sanciona con la pena de muerte.

ORDENAMIENTO DE ALCALÁ

Del rey Alfonso XI dado en Alcalá de Fenares el 8 – 2 – 1386.

Titul XXI. Ley II. De los que facen yerros con alguna mugier de casa de su señor, que pena debe aver... que los que viven con otros se atreven facer mal de fornicio con las barraganas, ó con las parientas, ó con las sirvientas de aquellos con quien vive... quel maten por ello...

En el ordenamiento de Alcalá se castigaba igualmente con la muerte al que tuviere fornicio con las mujeres que habitaren en su casa, ya sean estos parientes o sirvientes, independientemente de la voluntad de la afectada.

En el derecho canónico se establecía que este delito solo podía cometerse mediante la desfloración de una mujer contra su voluntad o si ella, aunque señalaba que en mujer ya desflorada este delito no podía cometerse; en cuanto a las penalidades canónicas que eran prescritas para la fornicatio, no se sintió la necesidad por reprimirse por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.

LA FIGURA DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN LAS LEGISLACIONES EUROPEA Y LATINOAMERICANA.

CODIGOS PENALES EUROPEOS.

El código penal italiano considera como víctima posible de violación a personas de cualquiera de los dos sexos en cuanto que el código penal español y el de la República federal Alemana establece que la mujer puede ser la única víctima.

CÓDIGOS PENALES LATINOAMERICANOS.

La tipificación del delito de violación, en los distintos códigos penales latinoamericanos, se puede clasificar en dos grandes grupos. En el primero se considera como víctima a la persona de uno u otro sexo, al igual que en nuestra ley penal. El segundo determina como víctima posible solo la mujer. Dentro del primer grupo se encuentra: Bolivia, en su artículo 308; Colombia, en su artículo 316; Costa Rica, en su artículo 165; Ecuador, en su artículo 512; Haití, en su artículo 279; Panamá, en su artículo 281; Paraguay, en su artículo 272; Venezuela, en su artículo 375 y México, en su artículo 265, que a la letra dice:

“ Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuera impúber la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cinco a ocho mil pesos.”

Dentro del segundo grupo se encuentran: Brasil, en su artículo 213; Cuba, en su artículo 482; Chile, en su artículo 361; República Dominicana, en su artículo 332; Guatemala, en su artículo 173; Honduras, en su artículo 436; Nicaragua, en su artículo 195; Perú, en sus artículos 196 al 198 y Puerto Rico, en su artículo 99.

c) Antecedentes legislación Penal Mexicana

1. Código Penal para el Distrito federal y Territorios federales de 1871

Titulo Sexto

Delitos contra el orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres.

Artículo 795: Comete el delito de violación el que por medio de violencia física o moral, tiene copula con una persona sin la voluntad de esta, sea cual fuere su sexo.

Artículo 796: Se equipara a la violación y se castigara como esta la copula con una persona que se halle sin sentido o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad.

La pena de violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años.

Si fuere menor de esa edad el término medio de la pena será de diez años.

Artículo 797: La pena de violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años.

Si fuere menor de esa edad el término medio de la pena será de diez años.

Artículo 798: Si la violación fuere precedida o acompañada por golpes o lesiones, se observaran las reglas de acumulación.

Artículo 799: A las penas señaladas en los artículos 794, 796, 797, y 798 se aumentarán:

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

Un año cuando el reo sea hermano del ofendido;

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

Artículo 800: Los reos de que se habla en la fracción tercera del artículo anterior quedaran inhabilitados para ser tutores y además podrá el Juez suspender desde uno hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión al funcionario público, médico, dentista, comadrón o maestro que haya cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 801: Cuando los delitos de que se habla en los artículos 795, 796 y 797 se cometan por un ascendiente o descendiente; quedara el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes.

Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no podra heredar a este.

Artículo 802: siempre que del estupro o de la violación resulte alguna enfermedad a la persona ofendida se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que

corresponden por el estupro o violación y por la lesión considerando el delito como ejecutado con una circunstancia agravante de curta clase.

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

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

Titulo Sexto

De los delitos contra la libertad sexual

Capitulo I

Violación

Artículo 860: Comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin la voluntad de esta sea cual fuere su sexo.

Artículo 861: Se equipara a la violación y se castigara coma tal: la Cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedito el uso de la razón, aunque sea mayor de edad.

Artículo 862: La sanción de la violación será hasta de seis años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la persona ofendida fuera púber; si no lo fuere la segregación será hasta por diez años.

Artículo 863: Si la violación fuere presidida o acompañada de otros delitos se observaran las reglas de acumulación.

Artículo 864: Las sanciones señaladas en los artículos 852, 853, 856 y 862 se aumentaran:

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

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

Artículo 865: Los reos de que habla la fracción II del artículo anterior, quedaran inhabilitados para ser tutores o curadores y, además podrá el Juez suspender hasta por cuatro años en el ejercicio de su profesión al funcionario público medico, cirujano, comadrón, dentista, ministro de algún culto o maestro que haya cometido el delito abusando de sus funciones.

Artículo 866: Cuando los delitos de que habla el artículo 851, 857 y 860, se cometan por un ascendiente o descendiente, quedara el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes e inhabilitado para ser tutor o curador.

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

Lo prevenido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo

dispuesto en los artículos 3, 293 y 294 del Código Civil.

Artículo 867: Siempre que se persiga un delito de estupro o de violación, se averiguara de oficio si se contagio al ofendido alguna enfermedad para imponer al responsable la sanción que sea mayor entre las que correspondan para el estupro o la violación y por el otro delito agravando la sanción con una circunstancia de cuarta clase. Lo mismo se observara cuando se cause la muerte.

3.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931

Titulo Décimo quinto

Delitos sexuales

Capitulo I

Violación

Artículo 265: Al que por medio de la violencia física o moral tenga copula con una persona sea cual fuera su sexo se le aplicaran las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos.

Artículo 266: Se equipara a la violación y se sancionara con las mismas penas la copula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no este en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de

resistir la conducta delictuosa.

Artículo 266 bis: cuando la violación fuere cometida con intervención directa o inmediata de dos o mas personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos.

A los demás participantes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este código.

Además de las sanciones que señalan los artículos que anteceden, se impondrán de seis meses a dos años de prisión cuando el delito de violación fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, por este contra aquel, por el tutor en contra de su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra de su hijastro.

Cuando el delito de violación fuere cometido por quien desempeña un cargo o empleo público o ejerza una profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, será destituido definitivamente del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años del ejercicio de dicha profesión.²

D) PRESUPUESTO DEL TIPO

En el delito de violación será el hombre o la mujer vivos ya que el acceso carnal en cadáveres pertenece a la necrofilia y

esta conducta es típica de otro delito.

E) EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

En los delitos contra la libertad sexual se tutelan conductas que protejan la honestidad, el pudor, libertad personal, de trabajo en el ámbito sexual y otras libertades que atacan la libertad sexual individual por ser la libertad uno de los valores fundamentales del hombre y específicamente la reserva y respeto a que tiene derecho cada persona a no ser importunada y perturbada injustamente en su desenvolvimiento social por quienes llevan adelante sus pretensiones de índole sexual. Los ataques de esta naturaleza contra personas de cualquier sexo afectan el marco de libertad que en el ámbito de lo sexual, en algunos casos se daña a la víctima desde el punto de vista de su armónico desarrollo en el ámbito de lo sexual, de lo anterior nos percatamos que lo que primordialmente se tutela en el delito de violación es el consentimiento o la voluntad de la víctima de este delito, por lo que concebimos la libertad sexual como la capacidad o facultad del sujeto a la libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales de acuerdo con sus propios deseos ya en lo referente a la relación como en lo relativo a la elección del destinatario de la misma, tolerando y respetando los límites impuestos por la moral y la costumbre

social, misma que se lesiona cuando un acto de yacimiento sexual se impone a la victima de este delito.

En nuestra opinión en el delito de violación además de dañar la libertad sexual de las victimas es posible que surja un peligro eminente de contagio lo cual significa un atentado a la salud de las personas por lo que se puede incorporar como otro bien jurídico motivo de protección en peligro a la salud que corre la victima.

F) TIPO LEGAL Y PENALIZACIÓN VIGENTES EN EL CÓDIGO DE DISTRITO FEDERAL

Articulo 265 El que por medio de una violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

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

Se considera también como violación y se sancionara con prisión de ocho a catorce años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido.³

3) Código Penal Federal

Artículo 265 bis Si la víctima de la violación fuere la esposa o concubina se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.⁴

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida

Artículo 266 Se equipara a la violación y se sancionara con la misma pena:

I.- Al que sin violencia realice copula con persona menor de doce años de edad.

II.- Al que sin violencia realice copula con persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.

III.- Al que sin violencia y con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril a una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Si se ejerce violencia física moral el mínimo y el máximo de la pena se aumentara hasta en una mitad.⁵

Artículo 266 bis Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentaran hasta una mitad en su mínimo y máximo cuando:

I.- El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o mas personas.

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, este contra aquel el hermano contra su lateral,

4) Código Penal Federal

5) Código Penal Federal

el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre de ofendido en contra de hijastro. Además de la pena de prisión el culpable perderá la patria potestad o la tutela en los casos en que la ejerciere contra la victima.

III.- El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo público o ejerza su profesión, utilizando os medios o circunstancias que ellos le proporcione. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el termino de cinco años en el ejercicio de su profesión.

IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene el ofendido bajo su custodia guarda o educación o aproveche la confianza en el depositada.⁶

G) ELEMENTOS DE TIPO PENAL

a) Copula: Es el ayuntamiento, unión o conjunción carnal normal o contra natura con independencia de su agotamiento fisiológico o su interrupción, entre las personas sin distinción alguna. Mas sin embargo la sola existencia o la ausencia de copula hace atípica la conducta delictuosa, toda vez que es el requisito material del delito de violación y su ausencia hace imposible su existencia así como el hablar exclusivamente de la copula ya que esto no tiene importancia jurídica penal ya

6) Código Penal Federal

que para la comisión del delito ella debe ir relacionada con los medios empleados para obtenerla, formando solo un elemento necesario para su consumación.

b) Violencia: Hay violencia cuando se realiza el ayuntamiento entre las partes activo y pasivo mediante la ejecución de violencia física o moral suficiente para vencer su resistencia;

1. **Violencia Física o Vis absoluta:** es la fuerza material que para cometer un delito se ejerce sobre una persona y mediante la cual se suprime su libertad, aplicada al caso concreto de la violación es la fuerza aplicada en forma directa en el cuerpo de la víctima misma que anula, supera o vence su resistencia y en contra de su voluntad lo obliga a sufrir en su cuerpo el ayuntamiento sexual, siendo necesario que para que esta exista cumpla con ciertos requisitos:

1.1. Que la fuerza material recaiga sobre el sujeto pasivo;

1.2. Que dicha fuerza sea suficiente para vencer la resistencia de la víctima;

1.3. Que la resistencia opuesta por la víctima sea constante, hasta donde su organismo lo permita;

1.4. Que la resistencia opuesta sea expresiva de una voluntad contraria a la del activo.

2. **Violencia Moral o Vis Compulsiva:** son las amenazas del delincuente a una persona de provocarle un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarla y aplicado al

delito de violación consiste en causar miedo en el ánimo de una persona que deberá ser suficiente por su gravedad para intimidar al pasivo a fin de constreñirlo al acto de copulación que en realidad no desea para evitar males que considera mayores, no siendo necesario que el amago de males o amenazas de causar daños, se refieran al sujeto pasivo pues este puede intimidarse o perturbarse con el anuncio de que los males recaerán en personas de su afecto. Aunado a esto el código penal federal y estatal exigen que la copula además de ser obtenida mediante violencia deba ser realizada sin el consentimiento del pasivo ya que es erróneo suponer que el uso de la violencia significa la falta de voluntad de la víctima ya que no en todos los casos ocurre así como lo es el claro ejemplo del masoquismo o sadismo en los cuales se acepta o se requiere voluntariamente que en su cuerpo se efectúen actos de violentos con motivo de la relación sexual existiendo consentimiento para la relación sexual.

- c) Consentimiento:** Es la manifestación de la voluntad tácita o expresa por la cual una persona da su aprobación para la realización de un acto, teniendo en cuenta que el consentimiento es dado para un acto futuro y que el consentimiento dado por una persona de uno u otro sexo a la que accede varía la consideración penal del hecho, por lo que la existencia del consentimiento en el momento o anterior a esta hace atípica la conducta delictuosa, por lo cual cualquier

asentimiento dado por la victima elimina este elemento del tipo así, el consentimiento concretado frenere al bien jurídico será valido para convertir la conducta en licita de tal manera que la acción típica se dirige única y exclusivamente contra la voluntad de la victima, ya que el injusto se fundamenta de no existir, estaríamos ente relaciones normales de humanos. Por tal motivo la falta de consentimiento debe de expresarse para ser valido y de interpretación adecuada.

H) EL SUJETO PASIVO.

La violación carnal puede llevarse a cabo en persona viva de cualquier edad, sexo o condición social, ya que la norma penal protege a todos por igual, como se desprende de la redacción del artículo 265 de nuestro estado y de la federación. Visto lo anterior nos encontramos con que no se establece limitación alguna en cuanto edad, desarrollo fisiológico, oficio relativo a su conducta sexual honesta o estado civil, circunstancias las anteriores que podrían servir para la individualización de la pena.

I) EQUIPARABLES Y AGRAVANTES

De los numerales antes analizamos encontramos las siguientes causas que son consideradas equiparables y

agravantes del delito de violación:

- a) **Por la edad en la víctima en copula normal:** Se equipara y se sanciona como tal la cópula sin violencia con persona impúber (menos de 12 años).
- b) **Capacidad de reacción de la víctima:** Se equipara y se sanciona como tal la cópula sin violencia en persona que se halle sin sentido y que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pudiera resistirlo.
- c) **Por edad de la víctima en copula anormal:** La introducción con fines lascivos por vía vaginal o anal o elemento distinto al miembro viril en persona menor de 12 años o persona que no entienda el hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo.
- d) **Por grado de violencia:** Si existiera violencia física o moral el mínimo o máximo de la pena se incrementaran hasta una mitad.

Consideraciones a las anteriores erróneas toda vez que como se desprende de los elementos del delito de violación es indispensable para la existencia del mismo la presencia de la violencia y la falta del consentimiento, mismos elementos que son característicos de la penalidad de tipo básico mas sin embargo en el presente estudio nos limitaremos a investigar la posibilidad de el delito de violación dentro del vinculo matrimonial.

- e) **Por el número de sujetos activos;** si el delito fuera cometido por la intervención directa de dos o mas personas la pena se incrementara hasta en una mitad en su mínimo o en su máximo.
- f) **Parentesco con la víctima:** Cuando el delito fue cometido por un ascendiente en contra de su descendiente, este contra aquel, entre hermanos, el tutor contra el pupilo o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra de hijastro.
- g) **Por cargo o comisión:** Cuando el violador desempeñe un cargo publico o ejerza su profesión utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionan.
- h) **Por custodia:** Si el delito fuere cometido por una persona que tiene al ofendido bajo su custodia guardia o educación o aproveche la confianza en el depositada.

J) EXCLUSIONES Y ATENUANTES

Las siguientes consideraciones a titulo personal las siguientes cuestiones como o exclusiones o atenuantes en su caso.

- a) **Intoxicación etílica aguda por propia voluntad de la víctima:** Nosotros entendemos que en los casos de intoxicación etílica aguda, a la que se llega por propia

voluntad de la futura víctima, no se configura lo que la ley considera “privada de sentido” si la víctima conocía cuando estaba en estado lucido, la intención de quien luego llega a tener el acceso carnal con ella.

b) Copula con violencia pero con consentimiento sadismo y masoquismo.

c) Atenuante: Se Atenúa la sanción al sujeto activo de violación cuando el pasivo se niegue a la realización de la cópula habiéndola provocado por actos conducentes a esta, practicados directamente por el agente por ejemplo la provocación del pasivo al invitar al activo conociendo sus fines al acceso carnal a pasar a su habitación. “ Chihuahua.

K) Consecuencias en la víctima de violación

Las consecuencias del delito de violación en la víctima dependen de diversas razones como lo son el grado de violencia utilizado sobre la víctima, la duración de la violación, el número de sujetos activos, de la sensibilidad de la víctima, la situación de vida de la víctima en el momento de la violación, de su modo o historia de vida antes de la violación, de su modo de respuesta en momentos de crisis, de sus experiencias sexuales anteriores si fuera el caso de que existieren, por ejemplo en el supuesto de que la víctima del delito antes citado nunca haya tenido experiencia sexual alguna y su primera experiencia sexual fuese el delito consumado en ella el impacto sería mayor a que por el

contrario la agresión que sufre una prostituta al negarse a prestar sus servicios y que es obligada a ello convirtiéndose en víctima del mismo delito, o en el caso particular de que dentro de un matrimonio el esposo fuerza a su mujer a copular con él mediante el uso de la fuerza, encontrado particularmente aquí que la víctima conoce a su agresor, a tenido experiencias sexuales diversas con su agresor con anterioridad, esta casado con él, mas sin embargo también encontramos que usualmente el sujeto pasivo es víctima de diversas agresiones por lo que se causa también un daño psicológico grave no como el de una víctima de violación sino como víctima de violencia familiar.

Usualmente las consecuencias en las víctimas de violación son a menudo ataques de pánico y estados de miedo, pérdida de confianza en otros seres humanos, insomnio, pesadillas, falta de apetito, depresiones, náuseas, dudas en la toma de decisiones, desmayos, falta de sentido por vivir, rabia contra la vida, aislamiento, carencia de autoestima, placer por la desgracia de los demás, odio y resentimiento contra su agresor. Por lo que la víctima de este delito debe someterse a un proceso de tratamiento que puede prolongarse hasta por varios años para que la víctima de este delito supere esta experiencia y para esto es necesario que sea tratada a fin de que sea aceptada e integrada como una mala vivencia.

Cabe señalar que aunque la violación nunca puede ser retrocedida, dejara huellas y cicatrices, es posible que las víctimas que se someten a terapias puedan superarlo y vivir

bien con esas cicatrices, mientras que otras víctimas esto no les resulta y su vida quedara impregnada de las consecuencias por esa experiencia vivida.

L) Valoración de la supuesta víctima

Una vez que tiene conocimiento la autoridad de la supuesta comisión del delito debe interrogar a la víctima y a sus padres o acompañantes sobre todos los detalles, incluyendo los mas minuciosos relativos al atentado sufrido, a fin de que en ciertos casos esta podrá llegar a concluir si esta frente a un simulador o simuladora, por lo que debe de preguntarse:

- ¿Qué ocurrió? A fin de saber si la relación sexual fue libremente aceptada por la supuesta víctima.
- ¿Cuándo ocurrió? Para desechar la posibilidad de encontrarnos frente a una opción de deshacerse del producto de una relación sexual no deseada y consentida lo anterior con fundamento en la legislación penal aplicable toda vez que se autoriza el aborto en caso de violación.
- ¿Dónde ocurrió? Se busca conocer el lugar físico donde se desarrollo el ilícito, si se encontraba en dicho lugar o fue llevada ahí.
- ¿Quién o quienes fueron el o los autores? Para saber si

el autor o autores eran conocidos, en caso de conocerlos debe saberse cual era el comportamiento del autor o autores hasta el momento de cometerse el delito, que tipo de relación mantenía con el o los agresores.

- ¿Cómo ocurrió? Se sabrá las características del acceso carnal ocurrido, así como si la víctima tuvo que adoptar posiciones sexuales no comunes, si para llegar al acceso carnal fue amenazada por un arma, o si se le suministro algún tipo de bebida, inyecciones o algún medicamento, pastillas, líquidos, vapores, etc. 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.
- ¿Por qué ocurrió? A fin de saber a ciencia cierta si existieron o no indicios de provocamiento.
- ¿Qué sintió? Mediante este interrogatorio se pregunta a la examinada si sintió dolor al ser accedida carnalmente, en que lugar, su intensidad y toda característica. Si ese dolor continuó, si se mantiene en el momento del examen, en cuyo caso si ha aumentado o disminuido en relación con el inicio. Si se averigua si la presunta víctima sufrió alguna pérdida de sangre y sus características. Si realmente tuvo sensación de ser penetrada (immissio penis). Si existió eyaculación del agresor o agresores; si la misma fue intra-vaginal, vulvar, interfemular, en el monte de venus o en las ropas. También se inquirá sobre cualquier otro dato o cuestión.
- Si es sexualmente activa a fin de determinar el grado de

daño psicológico sufrido.

Mediante el presente interrogatorio se permite aclarar diversas situaciones y se esta en aptitud de descartar casos en que se trata de falsas denuncias, infundadas, por no haber existido el delito que se denunciaba y que solo se buscaba perjudicar al acusado por diversos motivos como celos, confabulación o de conseguir un aborto legal, entre otras cuestiones que llevaron a la victima a ser eso solo una presunta victima.

Posterior al interrogatorio y previo a la exploración física el perito debe en todos los casos solicitar a la victima que firme la autorización para el examen ano rectal, cloposcópico, fococoloscópico, toma de muestras y estudio psiquiátrico y psicológico. En el caso de menores de 18 años, tal requisito es exigido a los padres, o al tutor o representante legal, o al curador o en su caso se requiere la orden del Juez interviniente en la causa.

- Primero debe de realizarse un examen minucioso de las ropas, para lo cual debe de tenerse conocimiento si estas son las mismas que la presunta victima llevaba en el momento de acaecer el hecho o si han sido lavadas o no dichas prendas, debiéndose tomar nota del estado de las mismas y si estas son de modestas, humildes o llamativas y provocativas, haciendo constar que estan integras o rotas, limpias o sucias, en su caso si existen casos macroscópicos de existencias de manchas biológicas, esperma, sangre, pelos, pintura, tierra, etc., a fin de comparar esto con los del

presunto agresor en caso de su detención.

- Posteriormente se pasa a la exploración física (vía vaginal). A fin de observar la actitud de la examinada, su habito constitucional, su talla, su desarrollo muscular, todo ello con el fin de buscar elementos indiciarios de posibilidad de resistencia. Interesa estudiar los signos macroscópicos, de violencia externas, tanto recientes como antigua, pudiéndose encontrar las siguientes lesiones en las áreas examinadas derivadas del delito de violación:

- 1.- Extragenitales: contusiones del cuero cabelludo, hematomas en el rostro, peribucales, cuello, excoriaciones ungueales en rostro, cuello, tórax y mamas, contusiones por mordeduras, en el rostro, labios mamas o pezones, hematomas en pared abdominal, músculos rodillas o piernas, signos de estrangulamiento manual o con lazo, signos de compresión toracoabdominal.
- 2.- Paragenitales: Contusiones o desgarres perineales, vecicales, hematomas pubianos, de la cara interna de los músculos, diversas lesiones en glúteos, como mordeduras, quemaduras etc.
- 3.- Genitales: contusiones o desgarres de la vulva, horquilla y fosa navicular, desgarres del himen, contusiones o desgarres de la vagina, del saco útero vaginales, contusiones o desgarres anales, equimosis himenales.

En los casos anteriores la descripción comprenderá la

exacta determinación de la región anatómica, tipo de lesión encontrada, cortante, punzante, centuza, contuso – desgarrante, quemadura, dimensión de la lesión, estadio evolutivo de la lesión, mecanismos de producción de la lesión, tiempo de curación de la lesión, en caso de que no surjan complicaciones, existencia o inexistencia de incapacidad laborativa.

Todas estas lesiones permiten tener una idea sobre lo que verdaderamente acaeció en los casos de las violaciones que se desarrollan en forma común.

Es necesario destacar que todas las lesiones innecesarias evidencian la personalidad del delincuente o delincuentes de entre lo que destaca el sadismo del autor o autores.

- Por ultimo se pasa al examen psiquiátrico de la presunta víctima, mismo que por ningún motivo debe de ser omitido por el perito ya que si bien es cierto con frecuencia el atentado sexual ha tenido lugar en otros no tan excepcionales es simplemente el resultado de una fabulación psicopática o psicológica y de esta manera pueden ser descubiertas por la revisión de las declaraciones de la demandante y de su estado mental. Uno de sus fines es conocer el nivel intelectual y las particulares características psíquicas del examinado o examinada, para tener una aproximación sobre su estado psiquiátrico, mismo examen que deberá estar a cargo de un médico psiquiatra, quien deberá de contar con la colaboración de un licenciado en psicología, ambos con experiencia en

estos casos, hechos que permitirá el buen manejo de quienes examinan, así como una excelente interpretación y con conclusiones sobre su estudio, por otra parte se podrá determinar los casos en que se está en presencia de simuladores, ideas fantasiosas, chantajes, confabulaciones u otro tipo de situaciones. La colaboración realizada por los licenciados en psicología radica en la elaboración de un test, con el fin de complementar el diagnóstico psiquiátrico, cabe destacar que es de suma importancia para la psiquiatría conocer cabalmente la real existencia de provocación o no por parte de la víctima, ya que tendrá trascendencia en la evolución o trámite.

VIII.- VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

A) CONSIDERACIONES PARA SU ESTUDIO:

La confianza en la intimidad de un matrimonio es destruida cuando la persona a quién se ha prometido amar y respetar infiere violencia tanto física o moral en contra del otro; ya que ellas comparten su vida, hogar y familia, encontrándose en este supuesto que por tal motivo sería imposible cumplir con algunas de las finalidades para las que fue instituido el matrimonio, como lo es el procurarse la ayuda mutua, como crear entre ellos una comunidad de vida

permanente, por lo que para su estudio es necesario tener presente los siguientes conceptos:

- a) **Obligación:** es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer.
- b) **Contrato:** Los convenios que producen o transfieren las Obligaciones o derechos toman el nombre de Contratos.
- c) **Matrimonio:** es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente.
- d) **Fines del matrimonio:** procurarse ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente.
- e) **Divorcio:** que es la disolución del vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en posibilidad de contraer otro.
- f) **Violación:** es la cúpula obtenida mediante violencia física o moral ejercida por cualquier persona sobre otra sin distinción de sexo.
- g) **Elementos del delito de violación:** una copula con

violencia y sin consentimiento.

h) Bien Jurídico tutelado en el delito de violación: la libertad sexual.

i) Violencia familiar: Es el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce en contra de un miembro de la familia, por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda o no producir lesiones.

B) DIVERSOS PUNTOS DE VISTA O TEORIAS

Sobre esta problemática plantearemos tres diversos puntos de vista analizados según la doctrina civil, penal o bien como una interpretación armónica de ambas doctrinas:

a) Doctrina meramente civil

Estudiado desde el punto de vista meramente civil existen opiniones que consideran que la unión sexual consentida esta insinta en el matrimonio en virtud de encontrarse la procreación como uno de los fines del matrimonio toda vez que para que exista la posibilidad es necesario la conjunción

sexual entre los cónyuges, por lo anterior es evidente la manifestación de voluntad de los mismos a cumplir con la obligación relativa al debito carnal derivada de dicha unión contractual, ya que anticipadamente y por virtud del matrimonio que es un contrato "sui generis" si se quiere, el posible sujeto pasivo a prestado su consentimiento para ser accedido carnalmente sin poderse negar a la relación sexual normal, teniendo la posibilidad el otro cónyuge de obligarlo a la relación, mediante diversos preceptos legales teóricamente hablando, ya que estos serían en caso de accionarlos serían contrarios a la moral y a las buenas costumbres como lo son los siguientes supuestos:

1. El solicitar el juicio ordinario civil sobre divorcio necesario por la causal de injurias graves toda vez que la negativa al debito carnal encuadraría en esta hipótesis, en virtud de que la misma iría en contra de los fines del matrimonio siendo una ofensa grave hacia el otro cónyuge; más sin embargo, como se podría acreditar la referida causal ante los tribunales competentes sin que para ello se estuviera en contra de la moral y de las buenas costumbres toda vez que a excepción de que el cónyuge culpable de dicha negativa confesare sería imposible demostrarlo sin contraponer los convencionalismos citados anteriormente ya que sería inédito concebir la posibilidad de que el juez concedor ordenare prueba pericial si existiere a fin de verificar que no se ha realizado acto sexual alguno y desde cuando; además de ser necesario que

el cónyuge que intente la presente vía desee disolver el vínculo matrimonial.

2. Existiendo la posibilidad teóricamente de promover juicio ordinario civil sobre cumplimiento forzoso de contrato, pretendiéndose citar el derecho relativo al débito carnal implícito en el contrato matrimonial, lo cuál, nos sería imposible demostrar sin que para ello estuviéramos en contra de la moral y las buenas costumbres por las razones expuestas en el punto anterior y en el caso de demostrarse o de encontrarse con la excepción antes referida en el párrafo precedente, así como de existir sentencia favorable al actor como se podría ejecutar la misma si no es de forma voluntaria ya que de lo contrario al pretender ejecutar la de manera forzosa mediante los medios con que cuenta el juez para hacer cumplir sus determinaciones se actuaría en contra de la moral y de la buenas costumbres toda vez que la conjunción carnal normal con fines de procreación es en la intimidad de la pareja y no mediante el auxilio de la fuerza pública o del cateo ya que se desvirtuaría el sentido de la misma actuando en perjuicio de la sociedad misma por las razones anteriormente citadas.

Por lo que de aceptarse el delito de violación dentro del matrimonio se estaría protegiendo al cónyuge que esta faltando a su obligación de copular lo cuál sería inconcebible que el orden jurídico protegiera al que no cumple con sus obligaciones previamente contraídas para con su consorte

exclusivamente con el como lo menciona otro de los fines del matrimonio como lo es el deber de fidelidad, ya como sabemos existe la obligación de cada uno de los cónyuges a de llevar acabo todos aquellos actos que tiendan a la realización de los fines del matrimonio y siendo algunos de estos fines la procreación y la fidelidad y el medio para lograrlos son las relaciones sexuales entre ellos, a los cuales tienen derecho y obligación ambos cónyuges, ya que la negativa al coito entre ellos constituye un abandono de las obligaciones inherentes a los cónyuges, siendo que además los actos y relaciones sexuales de los cónyuges son de exclusiva competencia del marido y de la mujer, quedando fuera del derecho punitivo.

La presente teoría es apoyada por los siguientes estudiosos del derecho: Carranca (solo apoya violación contra natura) y Porte Petit en 1973

b) Doctrina meramente penal

Encontramos que mediante a imposición de la cúpula por medios violentos se comete el delito de violación por encontrarse presentes los elementos constitutivos de dicho delito como lo son la existencia de la cúpula, el uso de violencia para obtener la misma y la carencia de consentimiento encuadrando de este modo en el presupuesto legal establecido en el numeral 265 del Código Penal Federal (el cual establece, el que por medio de una violencia física o

moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años. Se considera también como violación y se sancionara con prisión de ocho a catorce años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido), toda vez que el bien jurídico tutelado dentro de este delito es la libertad sexual por lo que el legislador pretendió cubrir la laguna existente con la licitud o ilicitud de la conjunción carnal entre los cónyuges obtenida mediante el uso de la violencia y sin el consentimiento expreso al momento del acto sexual teniendo en consideración la existencia de un consentimiento previo a la misma desde el momento de la firma del contrato matrimonial considerando que no es argumento bastante para fundar la excepción a este delito mediante el pretender ejercitar este derecho en forma violenta ante la negativa del otro cónyuge al cumplimiento de esta multicitada obligación (por lo que decidió crear el siguiente precepto legal: Artículo 265 bis Si la víctima de la violación fuere la esposa o concubina se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida), el cual presenta diversos errores mismos que imposibilitan su debida aplicación por que más adelante será materia de análisis.

La presente teoría es apoyada por los siguientes tratadistas: Jiménez Huerta, González de la Vega, López Betancurt, José Ignacio Gaona y González Blanco

c) Interpretación armónica de ambas materias

En nuestro muy particular punto de vista consideramos que ambas doctrinas deben interpretarse armónicamente a fin de no contraponer diversos resultados, por lo que analizaremos los diversos aspectos contenidos en los apartados antes narrados a fin de realizar una propuesta ajustada a derecho encuadrando un delito que sea punible, sin excepción, con una sanción acorde a la acción ejercida.

De lo anterior encontramos que el cónyuge que es sometido mediante el uso de violencia a la copula no tiene las mismas consecuencias que una víctima del delito de violación toda vez que incluso las condiciones en que se desarrolla la conjunción carnal son distintas, tomando en consideración que el delito de violación en cualquier víctima se comete en cualquier lugar, desde un terreno valido, hasta en una escuela, por lo que al contrario de la copula efectuada con violencia por uno de los cónyuges la que por lo general se da en la intimidad del hogar o en lugares donde usualmente los cónyuges copulan, como también lo es el grado de violencia empleado para obtener la copula, o bien el hecho de que el cónyuge accedido violentamente a copulado en múltiples ocasiones con su agresor e inclusive en su caso a procreado descendencia con el, habiendo manifestado un consentimiento previo para la copula, a diferencia de la víctima del delito de violación quien puede o no conocer al

agresor, puede o no ser su primera experiencia sexual, protegiendo su libertad sexual, careciendo de ella los cónyuges desde el momento de contraer el matrimonio, lo que deja sin un bien jurídico por tutelar, entre otras cosas, por lo que al analizar estas condiciones en que se suscitan los hechos nos encontramos que existen evidentes diferencias entre estas dos acciones por lo que son distintas, debiendo ser las mismas sancionadas pero no en forma igual, sino con diversa sanción, creando un nuevo tipo penal a fin de hacer esta acción punible, ya que si se sancionara como el delito de violación como lo sugiere el Código del distrito Federal en su artículo 265 bis (Si la víctima de la violación fuere la esposa o concubina se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida), además de no ser punible por no contener los elementos necesarios en su estructura lo cual analizaremos mas adelante debería de observar una sanción atenuada, lo anterior en razón de lo anteriormente narrado, o bien podría ser desvirtuado al intentar su aplicación al demostrar el consentimiento previo al acto, así como sus consecuencias antisociales en caso de ser decretado por la autoridad, mas sin embargo es evidente que el cónyuge que es sometido mediante el uso de la violencia en su contra al acto sexual es también víctima constante de agresiones tanto físicas como psicológicas constantemente dentro de su matrimonio, lo que se ve reflejado en un profundo daño psicológico en la víctima de este maltrato intra familiar, quien puede no ser la única

víctima de maltrato dentro del núcleo familiar y si lo fuere los demás miembros de la familia corren un riesgo inminente de ser víctimas de cualquier tipo de maltrato por parte de l agresor, por lo que se deberá de castigar al agresor por tener sometido a su cónyuge y a su familia.

Además estoy consiente que la violencia no es el medio idóneo para exigir el cumplimiento de una obligación, ya que como lo establece nuestra Carta Magna en su Numeral 17 prohíbe el hacerse justicia por si mismo o bien ejercer violencia para reclamar algún derecho, otorgándonos el derecho a que se nos administre la justicia por los Tribunales para ejercer nuestros derechos, mismos que en este caso serían imposibles ejercitar por no poder los tribunales tomar determinaciones contrarias a la moral y a las buenas costumbres como lo expusimos con anterioridad en la teoría meramente civil, no siendo una exclusión a la obligación de todos de no ejercer violencia para ejercitar nuestro derecho o bien hacernos justicia por nuestra propia mano, por lo que considero que la imposición de la copula en forma violenta ejercida por un cónyuge hacia el otro, no constituye delito de violación, sino que nos encontramos ante la presencia de diverso delitos, como lo podrían ser en su caso; la violencia intra familiar, amenazas, injurias, lesiones, ataques peligrosos, ejercicio indebido de un derecho, del peligro de contagio, **violación (únicamente cuando sea contra natura “equiparada”, cuando no exista obligación a la copula en los casos de parálisis reproductiva, separación**

provisional decretada Judicialmente o en público), entre otros que se cometan con el fin de conseguir la conjunción carnal en la forma descrita, por ser en perjuicio de un cónyuge teniendo este daños por virtud de este o estos ataques en contra de su persona, razonamiento el anterior en virtud de que como se desprende de la unión legal entre los cónyuges derivada del contrato matrimonial se desprende una obligación (que es la necesidad jurídica que tiene la persona llamada deudor, de conceder a otra llamada acreedor, una prestación de dar, de hacer o de no hacer), derivada de un contrato (Los convenios que producen o transfieren las Obligaciones o derechos toman el nombre de Contratos) de matrimonio (es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer para procurar su ayuda mutua, guardarse fidelidad, perpetuar la especie y crear entre ellos una comunidad de vida permanente), siendo un contrato “sui generis” si se quiere, el cual tiene como uno de sus fines perpetuar la especie de donde se desprende que existe un consentimiento previo al acto sexual no deseado en ese momento pero consentido con antelación de tal manera que no se cumplen con los elementos del delito de violación por la existencia de un consentimiento previo.

Ya que es necesario considerar que si se configura el delito de violación dentro del matrimonio al forzar un cónyuge a la copula de forma violenta al otro podríamos encontrarnos frente al supuesto en su caso de que la mujer fuere la victima del delito de violación y como consecuencia de este acto

sexual efectuado en forma violenta no deseado por ella en ese momento quedar embarazada, la colocaría en aptitud de solicitarle al juez competente le autorice poder practicar el aborto toda vez que esta figura se encuentra contemplada por nuestra legislación autorizando la practica del aborto en caso de violación por lo que el juzgador podría en su caso autorizar lo peticionado por la victima por encontrarse apegado a derecho, dando así autorización legal al médico para practicar el aborto criminal, en contra de los fines legales del matrimonio mas sin embargo esta conducta seria a todas luces antisocial por ir en contra de la moral las buenas costumbres y los convencionalismos sociales por el hecho de que el juez conoedor autorizaría destruir un de los fines para los que fue instituido el matrimonio

El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio derecho a la cópula normal exenta de circunstancia que la maticen de ilicitud por lo cual al realizarla ejercita un derecho, solo que al realizarla por medio de la violencia física o moral esta ejercitando inmoralmente su derecho , no obstante es inexistente el delito de violación ya que e sujeto que pretende ejercitar la acción sexual tiene derecho a la copula aun cuando lo ha ejercitado indebidamente, originándose o debiéndose originar en todo caso un diverso ilícito penal toda vez que no se ataca la libertad sexual de ningún cónyuge por que esta no existe dentro del matrimonio por el consentimiento a la conjunción carnal para la procreación y por existir como fin del matrimonio la obligación de fidelidad, y

como la libertad sexual constituye el bien jurídico tutelado en el delito de violación, en consecuencia siendo imposible se consuma este delito, por lo que el derecho a la relación sexual existe y esta fuera de toda controversia quedando claro que el hacer uso de violencia para ejercita el mismo da origen a la consumación de otros delitos toda vez que el sujeto pasivo a prestado de manera anticipada su consentimiento para ser accedido carnalmente por ser este un medio para alcanzar uno de los fines del matrimonio (la procreación) siendo ilegal el uso de la violencia para obtener este fin por lo que debe considerarse como una conducta delictuosa, por lo que debe de ser castigada como tal, además de que toda acción de que cualquier cónyuge realice en contra del otro como lo es el hecho de forzarlo para obtener un fin y en el caso preciso de la copula con violencia además de la sanción tiene como consecuencia el divorcio por estar en contra de unos de los fines del matrimonio como lo son el de proporcionarse ayuda mutua y tenerse consideración entre si.

Cabe señalar que el derecho a la copula se limita a copula normal ya que de no ser así no cumple con los fines establecidos dentro del matrimonio y de ser efectuada con violencia y sin consentimiento del cónyuge pasivo debe de ser considerada equiparable al delito de violación, mas los que se acumulen, con su respectiva sanción de perdida del matrimonio, implícita por ser evidente de que el cónyuge agresor impide la mutua convivencia y rompe la comunidad de vida permanente entre ellos, mas sin embargo prohibiendo

el aborto en caso de que la víctima quedare embarazada si fuere la esposa del agresor.

Esta teoría es apoyada por el Tratadista Porte Petit en 1993, veinte años después de opinar que no existía el delito de violación, manifestando en su cambio “que no existe pero que existe otro delito de Ejercicio Indebido de un derecho”.

C) FUNDAMENTO JURÍDICO EN LEGISLACIÓN

a) Legislación Penal Federal:

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

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.¹

b) Legislación Penal Estatal:

No se encuentra tipificado dentro de esta legislación.

D) FINALIDAD DEL LEGISLADOR AL CREAR ESTE PRECEPTO

Desde sus orígenes, la finalidad de su tipificación, fue punir la violación entre los cónyuges, en particular la del

esposo o concubino en agravio de la esposa o concubina, argumentando titular una supuesta libertad sexual dentro del matrimonio, por las siguientes razones expuestas mismas que me permito transcribir de los motivos y discusiones de la Cámara de Diputados sobre la aprobación de esta ley:

a) La iniciativa de la ley relativa a la reforma del artículo 265 bis señala:

“Adicionalmente, la conferencia de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, celebrada en Viena en junio de 1993 en la que se adopto una declaración y un programa de acción reafirmo que los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales y que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexual, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y, por tanto, deben ser eliminadas.

Para evitar interpretaciones equivocadas y ratificar que en estos casos el bien Jurídico tutelado es la libertad sexual, se reforma el artículo 265, a fin de precisar que la violación también puede presentarse entre cónyuges y concubinas, además de establecer que, independientemente de la pena

privativa de la libertad que corresponde a este delito en el caso de violación de cónyuges o concubinas se impondrá al responsable la pena de pérdida del derecho a alimentos que le correspondiera por su relación de matrimonio o concubinato con la víctima.

Por otra parte, también se modifica el citado artículo 265, en su último párrafo a fin de igualar la pena de violación impropia a la prevista para el delito de violación, ya que no existe alguna para que se castigue con pena mayor a quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo de la víctima, máxime que en la mayoría de los casos, el daño que se genera a la víctima es aún mayor que la violación tipificada en el primer párrafo de dicho artículo.

También se adecua el artículo 266 relativo a los delitos que se equiparan a la violación a fin de agregar una fracción III en la que se contemple el supuesto para sancionar a quien sin fines lascivos y sin violencia introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento al miembro viril en una persona menor de doce años o persona que no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o que por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

Adicionalmente si se ejerciere violencia física o moral en cualquiera de las conductas que regula dicho artículo 266

*el mínimo y el máximo de la pena se aumentarían en una mitad”.*²

**b) De los debates en la Cámara de Diputados sobre la
Iniciativa de la Ley referida se desprende:**

CAMARA PUBLICA

2 DIC. 97

La C. Dip. Martha Laura Carranza Aguayo:

Con el permiso de la Presidencia.

Compañeros Diputadas y Diputados.

En nombre de la Comisión de Justicia y de conformidad con el consenso de los miembros de todas las fracciones parlamentarias representadas en esta Comisión, me permito presentar a la consideración de esta Honorable Asamblea la Siguiete propuesta de modificación de los artículos que fueron reservados en la sesión pasada:

Artículo 323 ter del Código Civil.

Artículos 265, 266, 343 bis, 343 ter, 343 quárter, y 350 del Código Penal.

Respecto de la Iniciativa de Decreto que Reforma Adiciona y Deroga diversas disposiciones del Código Civil para el DF en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; del Código de Procedimientos Civiles para

2) Marco Antonio Díaz de León Delincuencia Intrafamiliar y delitos contra derechos de autor pag. 150 - 154

el DF; del Código penal para el DF en Materia del Fuero Común y para toda la Republica en Materia del Fuero Federal; y del Código de Procedimientos Civiles del DF;

Esta propuesta señores y señoras es producto del análisis Jurídico que a fondo realizaron las Diputadas y Diputados de las distintas fracciones parlamentarias, a efecto de mejorar la técnica legislativa y clarificar las disposiciones del derecho en referencia por lo tanto se supone por la Comisión de Justicia, la modificación del artículo 323 ter del Código Civil, para quedar de la siguiente forma:

CÓDIGO CIVIL

Artículo 323 ter.- *Los integrantes de la familia estan obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.*

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

Del Código Penal se modifica el artículo 265 para quedar como sigue:

CÓDIGO PENAL

Artículo 265.- *Al que por medio de la violencia física o moral realice copula con persona de cualquier sexo se le impondrá prisión de ocho a catorce años.*

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

Se considerara también como violación y se sancionara con prisión de ocho a catorce años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se modifica el artículo 266 (equiparables a la violación) para quedar como sigue....

Se modifica el artículo 343 bis (violencia familiar), 343 ter (equiparables a violencia familiar), 343 quáter (prevención de Ministerio Público) para quedar como sigue....

Se modifica el artículo 350 (agravante violencia familiar) para quedar como sigue....

En esta virtud, solicito atentamente de Usted Sr. Presidente, primero: el que se ponga a consideración del

Pleno esta Propuesta de Modificación y se someta a la votación de los Honorables de esta Cámara.

Igualmente el artículo 265 bis del Código Penal ha sido materia de una propuesta ara modificarlo en el sentido que se mencionará, ya que la mayoría de los miembros de esta Comisión, consideramos y llegamos a la conclusión de que el tipo de delito de violación a que se refiere, solamente la cónyuge o concubina pueden ser los sujetos pasivos del delito y en tal virtud proponemos la siguiente redacción:

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

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

(varias firmas ilegibles)

-Esta última propuesta Sr. Presidente, no fue realizada por consenso en el seno de la Comisión de Justicia como aún y cuando esta propuesta si contó con el respaldo de la mayoría de los Representantes de los Grupos Parlamentarios.

Por lo tanto, como segundo punto, solicito a usted, Sr. Presidente, se ponga a discusión en lo particular este artículo y se abra el registro de oradores en pro y en contra.

Muchas gracias.

(Aplausos)

Discusión del anterior fue aprobada la propuesta de la reforma del artículo 265 bis propuesta por la C. Dip. Martha Laura Carranza Aguayo que dando redactado de la siguiente forma:

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

*Este delito se perseguirá por querrela parte ofendida.*³

c) En resumen

De lo anteriormente transcrito se observa que el legislador intenta punir la violencia dentro del matrimonio en general, señalando la existencia de la violación entre cónyuges diferenciándolo de la violación en general por el hecho de anteriormente no era punible, siendo un excelente idea, mas sin embargo no cumpliendo con los requisitos necesarios para la existencia del mismo delito penal, además de no encontrar un bien Jurídico adecuado, toda vez que para que exista este bien Jurídico Tutelado, es necesario que se proteja un derecho no que se proteja una falta de cumplimiento de una obligación por lo que se realiza una propuesta en el presente trabajo a fin de encontrar un

³) Marco Antonio Díaz de León Delincuencia Intrafamiliar y delitos contra derechos de autor pag. 150 - 154

bien jurídico que pueda ser legítimamente tutelado ya que de lo contrario el acceso carnal dentro del matrimonio sería una función ajena al derecho punitivo.

E) BIEN JURÍDICO TUTELADO

Teniendo en consideración que en todos los delitos de índole sexual el bien jurídico tutelado es la libertad sexual de las personas, como lo es en el delito de violación protegiendo a las personas para que elijan todo lo referente a la forma en que desean de practicar su sexualidad o con quien desean ejercerla, compartirla y el momento en que desean practicarla, tomando en cuenta lo analizado con antelación consideramos que es inexistente dentro del matrimonio este bien jurídico tutelado toda vez que no existe libertad sexual entre los cónyuges por existir un contrato matrimonial mismo que obliga a los cónyuges a copular para procrear y además los obliga a ser fieles, por lo que solo podrán copular entre ellos perdiendo derecho alguno de elegir con quien copular o con quien procrear, obligándolos implícitamente a copular en forma natural, quedando solo tutelado su derecho a decidir si desean o no practicar alguna forma contra natura, lo que daría en su caso la comisión de los equiparables al delito de violación más no así a la violación en general.

F) CRITICA AL FUNDAMENTO JURÍDICO

Considerando principalmente el principio de legalidad de nuestro sistema penal, que indica que solo puede ser delito “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, definición la anterior contenida en el numeral 7 de la legislación Sustantiva Penal Federal Vigente, de donde deriva que para la existencia de este es inexcusable que se prevea así en un tipo penal, conteniendo sus referidos elementos, toda vez que este es el sentido expresado en el presente precepto en la frase “que sancionan las leyes penales”, siendo que así lo prevé el artículo 14 Constitucional, basado en el apotegma “nullum crimen nullum pena sine lege”, mismo que refiere que no existe pena sin ley ni delito, por lo que además se encuentran presentes causas de exclusión de un delito, por no existir algún elemento en el cuerpo de la integración del delito por lo que se presentan algunas de las Causas de exclusión establecidas por artículo 15 del Código de Procedimientos Penales para el distrito federal, que a continuación se describe.

Art. 15. El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;*
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;*

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quién se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quién por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior solo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;

VIII. Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 66 de este Código;

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que se realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.⁴

Además de que en el artículo en análisis se viola flagrantemente la garantía de igualdad consagrada en el numeral 4 de Nuestra Carta Magna, misma garantía que me permito transcribir: **Artículo 4º. Constitucional:** El varón y la mujer son iguales ante la ley....” toda vez que de su redacción se desprende que solo pueden ser sujetos pasivos las esposas o concubinas, por lo que hace diferencia entre el hombre y la mujer.

Ninguna ley esta por encima de nuestra Carta Magna, tal y como lo establece la misma en su numeral 133, por lo que es necesario tomar en cuenta los determinantes señalamientos de los artículos 4, 14, 16, 19 y 133 de la constitución política del país, 168 del Código de Procedimientos Penales, 7 y 15 del Código Penal federal

respecto de los elementos de los delitos, resulta a todas luces que el precepto 265 bis en análisis no contempla los contenidos básicos elementos del delito, anteriormente descritos, por lo que como puede verse con lo anteriormente analizado el precepto en comento nada dice acerca del sujeto activo calificado del delito, lo que supuestamente fundamenta su creación en la ley penal, ya que sin esto carece de sentido el mismo, por ya existir un precepto en este código punitivo que contempla el delito de violación, sin sujeto calificado, siendo general en lo referente a la víctima no como el artículo 265 bis el cual pretende particularizar el artículo, por lo que en su forma de haber sido redactado omitiendo el sujeto activo compromete además el fundamento de tipicidad, lo que lo establecería como delito, y de lo anterior deviene la violación del principio de legalidad, y por añadidura su inconstitucionalidad, consistiendo principalmente en ser indeterminado e incompleto, ya que para completarse requiere además de acudir a otras normas debe de ser integrado judicialmente, toda vez que se limita al fin de establecer solo la sanción penal, enviando para ello a la pena prevista en el artículo anterior, como lo establece este multicitado numeral, teniendo como resultado la inexistencia de la tipicidad por no establecerse la acción desde el punto de vista material, puesto que se omitió hacer referencia de un sujeto activo calificado.

De lo anterior se observa que el artículo en comento no cuenta los elementos básicos que se exigen para la

antijuricidad de un comportamiento contrario a la conducta con la normatividad expresa del tipo ya que la remisión que hace este artículo es únicamente para la imposición de la pena prevista con anterioridad, si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, ¿de quien?, obviamente de alguien, mas sin embargo no se debe de inferir por mayoría de razón que ese alguien sea el esposo o concubino, quien no es el sujeto activo del delito, por no señalarlo expresamente el precepto en cita, aunado a que la expresión que remite al artículo anterior solo lo hace en cuanto a la pena.

En caso de aplicarse este delito como esta redactado al caso concreto, propiciaría de plano error de tipo y de prohibición, toda vez que la falta de señalamiento del sujeto activo produce en este desconocimiento de antijuricidad, por lo tanto su falsa representación y un error de dolo.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho que desde un punto de vista doctrinario, en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementados.

De acuerdo con lo anterior el delito de violación considerado dentro del matrimonio, intento ser un delito complementado, circunstanciado o subordinado, pues necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndosele una circunstancia, que en la especie, resultando ser el contrato matrimonial para llevar a cabo el

delito, razones las anteriores por las que resulta que no se encuentra apegado a derecho que el juez natural estudie tal situación constitutiva de delito en el auto de formal prisión, incluyéndola como parte integrante del tipo penal complementado, siendo el razonamiento contrario a lo establecido por nuestra Constitución en sus numerales 16 y 19 que establecen no ser necesario para que se otorgue este la comprobación de los mismos toda vez que el Juez debe de analizarlos antes de que dicte sentencia.

De lo anteriormente expuesto resulta que la conformidad del supuesto delito de violación entre cónyuges, en pluralidad legal no cabe interpretarse como un tipo legal completo, si no indeterminado, donde al faltar algunos elementos, su integración únicamente podrá ser por vía judicial, por virtud de la apreciación del tribunal de lo demás elementos restantes concretos y de valoración diferentes de los expresamente consignados en precepto en estudio, por lo que no corresponde a la esencia de un tipo penal, por la falta de estos elementos

Es de conocimiento público que nuestra Ley Suprema a sido objeto de una gran cantidad de reformas en su diversos numerales, no siendo excepción los artículos que contienen las garantías individuales de todos los habitantes del territorio nacional, mismas que al ser modificadas cambian las leyes de nuestro país en virtud de la existencia del principio de supremacía contenido en la misma en su numeral 133 que a su vez refiere que ninguna ley es suprema a la Constitución,

por lo que todas las leyes emanan de ella y por consecuente tienen la necesidad de ser reformadas a fin de no contraponer a la misma, es por esto que los numerales 16 y 19 de nuestra Carta Magna al haber sido objeto de diversas reformas han dado lugar a diversas interpretaciones por parte de la doctrina y de los Jueces, modificando a su vez el contenido de la Legislación Penal Mexicana, por el hecho de que en estos citados preceptos se contienen garantías constitucionales en que se fundan la correcta aplicación de las leyes por encontrarse dentro del imperante principio de legalidad de nuestro derecho, por lo que tomando en consideración para su estudio las últimas reformas llevado a cabo en estos preceptos en los últimos diez años contemplando el periodo 1993 – 2003 modifican en tanto a su estructura gramatical los preceptos anteriormente citados, mas sin embargo la intención del legislador es intentar colmar las deficiencias legales para que el juzgador pueda aplicar justamente la justicia al caso concreto, tomando en consideración para su aplicación su desarrollo cronológico para una correcta interpretación de la verdadera intención del legislador al momento de modificar los artículos en comento, toda vez que es correcto que su estructura ha cambiado sobre los mismos aspectos intentando cubrir dichas deficiencias en un inicio para evitar la sustracción de la justicia pero sin olvidar las garantías del inculpado obligando al Juez a su correcta aplicación y no a una equivocada interpretación por parte del mismo en la sentencia definitiva, no violentando así las

garantías del indiciado. En tanto que los demás artículos constitucionales no han sufrido reforma alguna en lo que se estudia en la presente investigación.

a) Preceptos Constitucionales vigentes:

Artículo 4º. Constitucional: *El varón y la mujer son iguales ante la ley...*⁵

Artículo 14 Constitucional: *A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón pena alguna que no este decretada.

*En los juicios de orden civil, la sentencia deberá de ser conforme a la letra o a la interpretación judicial de la ley y a falta de esta se fundara en los principios generales del derecho.*⁶

Artículo 16 Constitucional: *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, bienes, papeles o*

5) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

6) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

posesiones, sino en virtud de mandamiento por escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y **existan datos que acrediten el cuerpo del delito** y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.*

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Solo en casos urgentes cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir a la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, Bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y motivando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por mas de 48 horas, plazo en que deberá de ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, este plazo podrá duplicarse en aquellos caso que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley pena.

En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá pedir y que será escrita, se expresará el lugar que a de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprendersse y los objetos que se buscan a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirse un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionara penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y prevacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal que faculte la ley o el titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la

misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá entregar estas autorizaciones, cuando se trate de materia electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustaran a los requisitos y limites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse que se han cumplido los regímenes sanitario y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades previstas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su revisión será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del ejercito podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos, y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley, marcial correspondiente.⁷

Artículo 19 Constitucional: *Ninguna detención ante autoridad judicial podrá de exceder de setenta y dos horas, a*

partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se le impute al acusado, lugar, tiempo y circunstancia de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señala la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prorroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular, en el acto mismo de concluir el plazo y, sino recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrá al indiciado en libertad.

Todo el proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un procedimiento apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue deberá de ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato en la prisión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o

contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.⁸

Artículo 133 Constitucional: *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones o leyes de los Estados.⁹*

De los preceptos anteriormente transcritos se desprenden ciertos requisitos para la procedencia una orden de aprehensión o del auto de formal prisión, mismos que han cambiado en diversas ocasiones, mas sin embargo observaremos con la finalidad de analizar y desentrañar la verdadera intención del legislador al reformar los mismos, por lo cual es necesario estudiar cambios a los preceptos antes de cada una de las reformas, y hasta la legislación vigente anteriormente transcrita:

b) Reformas del 3 de septiembre de 1993

Si bien es cierto que el **anterior texto del artículo 19 constitucional** establecía que para dictar un auto de formal

prisión debían precisarse y analizarse **los elementos materiales del delito** y que en el texto posterior a la reforma del referido artículo 19 constitucional se habla de **elementos integradores del tipo penal**, no menos cierto es que esos términos (materialidad del delito y elementos integradores del delito), participan de la misma naturaleza, es decir tienen el mismo significado, tan es así que el texto posterior a esta reforma del artículo constitucional en comento de cualquier modo obliga a la autoridad judicial a precisar y examinar los elementos materiales del tipo penal del delito de que se trate.

No obstante que en la reforma del artículo 19 constitucional, que entró en vigor el cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y tres, no se establece en forma expresa la obligación de que en el auto de formal prisión deban precisarse los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido, toda vez que en la citada reforma se establece textualmente que: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste", es evidente que para que el referido auto de formal procesamiento cumpla con el imperativo contenido en el transcrito precepto constitucional, requiere que se precisen los elementos del tipo penal del delito respectivo, ya que esta

obligación resulta lógica, pues para poder establecer si los datos que obran en la averiguación son suficientes para acreditar tal extremo, resulta necesario determinar cuáles son esos elementos.

Del contenido del artículo 19 constitucional reformado en 1993, se desprende que para dictar un auto de formal prisión, es necesario que de lo actuado en el proceso penal, aparezcan datos suficientes que justifiquen los elementos del tipo penal que se impute al acusado y además hagan probable su responsabilidad penal en la comisión del mismo; lo que significa que debe examinarse la descripción que del ilícito se haga en la legislación penal; ahora bien, el empleo de la expresión "elementos del tipo", en dicho precepto legal tiene como finalidad fortalecer la seguridad jurídica del gobernado para que pueda defenderse adecuadamente del delito atribuido.

Ello es así, toda vez que conforme al precepto en vigor, para el libramiento de una orden de aprehensión, deben existir datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, como si se tratase de un auto de formal prisión, a diferencia de que con anterioridad a la reforma, sólo se hacía necesario que la denuncia estuviera apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado, por lo que de acuerdo con dichas reformas requiere de mayores exigencias de seguridad jurídica para el dictado de dicha orden de aprehensión, ya que

de no ser así se encontraría viciado de origen y por ende, resultaría ilegal, por lo que se observa la intención del legislador de brindarle una, mayor garantía al inculpado, previniendo privar de la libertad a alguien sin un fundamento jurídico toda vez que no existe pena sin ley ni sin delito, siendo que si no existen los elementos del delito no debe existir pena.

De acuerdo a las reformas del **segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución General de la República, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, ,** para que una orden de aprehensión pueda ser dictada, es necesario que exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten tanto **los elementos que integran el tipo penal como los de la probable responsabilidad del indiciado.**

Dentro de este contexto normativo, es obligación constitucional y legal de todo juzgador, al emitir una orden de aprehensión, determinar cuáles son, según el delito de que se trate, los datos que acreditan los elementos del tipo penal, a fin de que quede precisada no sólo la figura delictiva básica, sino que además, de ser el caso, se configure o profile su específica referencia a un tipo complementado, subordinado o cualificado, pues no debe perderse de vista que el dictado de la orden de captura, como consecuencia del ejercicio de la

acción penal realizada por el Ministerio Público, surte el efecto procesal de poner a disposición del Juez al indiciado en relación con determinado delito; por tanto, deben quedar determinados con precisión sus elementos constitutivos, incluyendo las modificativas o calificativas que, en su caso, surjan de los hechos materia de la consignación.

c) Posteriormente el ocho de marzo de 1999 fue publicada la reforma de los artículos 16 y 19 constitucionales, modificando nuevamente el referido numeral del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve

Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito penal y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva, de lo anterior destaca, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el

conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos.

d) Comentario al artículo 14:

Por otra parte la interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos. La autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario

para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República, por lo que el artículo 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al prever la posibilidad de que el Juez en el proceso emplee los medios de prueba que estime convenientes, según su criterio, para acreditar los elementos del tipo y la presunta o plena responsabilidad de una persona, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal que establece el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal, pues, por tratarse de una disposición de carácter procesal o adjetivo, ajena a aspectos relacionados propiamente con la integración de la norma punitiva descripción típica y previsión de la pena, así como respecto a la forma o manera en que han de aplicarse las penas, no puede contravenir los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege* en que se funda dicha garantía, además de que tampoco faculta o autoriza al juzgador a imponer penas mediante una aplicación analógica o por mayoría de razón. Es decir, esta facultad debe entenderse limitada formal y materialmente a los lineamientos establecidos en el propio código adjetivo de la materia y fuero. Además, tomando en consideración que toda norma tiene como finalidad procurar el ideal de justicia, el propósito de dicho precepto es pretender que el juzgador pueda

emplear los elementos de convicción que estén permitidos por la ley y que le sean imprescindibles para conocer la verdad formal y material, pues sólo así es factible que emita un fallo ajustado a derecho y, por consiguiente, realizar el objetivo primordial de su función que es la impartición de justicia.

De lo que se observa que la intención del legislador es que el indiciado no se sustraiga de la acción de la justicia pero tampoco viola sus derechos mínimos como ciudadano obligando al Juez al estudio de completo del caso concreto antes de resolver su situación en definitiva por conducto de la sentencia, debiendo entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general, prevaleciendo la obligación del juez de analizar todos los aspectos necesarios para resolver un asunto en definitiva. Por lo que hay que considerar que los elementos del tipo penal son los siguientes:

1. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
2. La forma de intervención de los sujetos activos; y
3. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo penal lo requiere:

- 3.1 Las cualidades del sujeto activo y pasivo;
- 3.2 El resultado y su atribución a la acción u omisión;

- 3.3** El objeto material;
- 3.4** Los medios utilizados;
- 3.5** Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- 3.6** Los elementos normativos;
- 3.7** Los elementos subjetivos específicos; y,
- 3.8** Las demás circunstancias que la ley prevea.

G) JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROBLEMÁTICA

a) FINES DEL MATRIMONIO

1. MATRIMONIO, FINES DEL.

Es cierto que uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie; pero la frustración de ese fin, no da lugar al divorcio.-

TOMO LXXV, Pág. 677.- Jara José Ignacio.- 11 de Enero de 1943.- Cinco votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo LXXV. Tesis: Página: 677. Tesis Aislada.

2. MATRIMONIO, CONVENIOS NULOS CONTRARIOS A LOS FINES DEL (LEGISLACION DE NUEVO LEON).

El artículo 182 del Código Civil del Estado de Nuevo León establece que "son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio"; y el artículo 147 del mismo código previene que "cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta". ahora bien, como la ley impone a los consortes la obligación de hacer vida común, contribuyendo cada uno a los fines del matrimonio (artículo 162), y además establece que la mujer debe vivir al lado de su marido (artículo 163), es indiscutible que un convenio en el cual se pacte por los esposos que harán vida separada de manera indefinida, es contrario a los fines del matrimonio y, por tanto, nulo.

Amparo civil directo 9026/46. Rodríguez Graciano. 18 de abril de 1949. Mayoría de tres votos. Carlos I. Meléndez no intervino en este asunto por las razones que constan en el acta del día. Disidente: Hilario Medina. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo C. Tesis: Página: 266. Tesis Aislada.

b) Consecuencia por la negativa al debito carnal

1. DIVORCIO, NEGATIVA AL DEBITO CARNAL COMO CAUSAL DE.

La negativa sistemática al débito carnal, podrá constituir una injuria cuando los cónyuges vivan juntos, pero de ninguna manera cuando estén separados.

Amparo directo 4048/69. Silvia Coria Quezadas. 16 de noviembre de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 23 Cuarta Parte. Tesis: Página: 25. Tesis Aislada.

2. DIVORCIO, ABSTENCION DEL DEBER CONYUGAL COMO CAUSAL INOPERANTE DE.

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

Amparo directo 2576/71. Ramón Alvarez Durant. 11 de noviembre de 1974. Mayoría de 3 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: José Rojas Aja.*

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Volumen XXVI, pág. 92. Amparo directo 5329/58. Beatriz Margarita Machín de Moreno. 27 de agosto de 1959. 5 votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

Quinta Epoca:

Tomo XL, pág. 1493. Amparo directo 593/30/1a. Jossé María Retes. 15 de febrero de 1934. Unanimidad de 5 votos.**

NOTA (1):

*En la publicación original se omite el nombre del secretario y se subsana.

**En la publicación original se omite el nombre del ponente.

La prelación de precedentes ha sido corregida.

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1974, Tercera Sala, pág. 28 (apareció con el rubro: DIVORCIO. ABSTENCION DEL DEBER CONYUGAL").

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 71 Cuarta Parte. Tesis: Página: 25. Tesis Aislada.

c) Violación inexistente es otro delito

1. VIOLACION ENTRE CONYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACION DEL DELITO DE.

El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que

lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo.

1a./J. 10/94

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

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

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 381, pág. 210.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 10/94
Página: 18. Tesis de Jurisprudencia.

d) Existencia de los equiparables al delito de violación

1. VIOLACION EQUIPARADA ENTRE CONYUGES, DELITO DE.

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

1a./J. 7/94

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

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

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 382, pág. 211.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 7/94
Página: 17. Tesis de Jurisprudencia.

2. VIOLACION ENTRE CONYUGES, DELITO DE.

La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que

en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación.

1a./J. 9/94

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

Tesis de Jurisprudencia 9/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 378, pág. 209.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 9/94
Página: 18. Tesis de Jurisprudencia.

e) Causas de exclusión al cumplimiento de la obligación carnal entre los consortes

1. VIOLACION ENTRE CONYUGES, DELITO DE.

El derecho a la relación carnal existente entre aquellos que se han unido en matrimonio, no es ilimitado, pues en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, como sería el caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, pues no sólo se advierte el natural rechazo para quien actúe en esas condiciones, sino que reviste mayor trascendencia el peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser en esos momentos; lo que funda la oposición del pasivo, quien protege la sanidad de su estirpe, por lo que si es sometido a realizar la cópula violentamente; aunque ésta sea normal, sin duda estaremos en presencia del ilícito de violación.

1a./J. 6/94

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

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

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 377, pág. 208.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 6/94
Página: 16. Tesis de Jurisprudencia.

2. VIOLACION ENTRE CONYUGES, DELITO DE.

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

1a./J. 8/94

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e

Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 8/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 376, pág. 208.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 8/94
Página: 17. Tesis de Jurisprudencia.

f) Suspensión de la obligación del debito carnal entre los consortes

1. VIOLACION ENTRE CONYUGES HABIENDO SUSPENDIDO EL DERECHO A COHABITAR, DELITO DE.

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

1a./J. 11/94

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

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

Tesis de Jurisprudencia 11/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 380, pág. 210.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 11/94
Página: 19. Tesis de Jurisprudencia.

2. VIOLACION ENTRE CONYUGES, DURANTE EL LAPSO EN QUE SE DECRETO JUDICIALMENTE SU SEPARACION PROVISIONAL, DELITO DE.

Si durante el trámite del juicio de divorcio, el juez decretó la separación provisional de los cónyuges, a que se refiere el artículo 275 del Código Civil del Distrito Federal, es lógico que cesó la obligación de cohabitar entre ambos; por ende, si el marido forzara a la mujer a efectuar el acto carnal en ese lapso, incurriría en el delito de violación, por tratarse de una cópula ilícita, pues al estar suspendido el derecho al débito carnal con base en una disposición civil, éste ya no se puede ejercitar.

1a./J. 5/94

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

Tesis de Jurisprudencia 5/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros:

Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Nota: Esta tesis también aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 379, pág. 209.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Número 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 5/94
Página: 16. Tesis de Jurisprudencia.

H) POSIBLES SOLUCIONES AL CASO

a) Propuesta de reforma al artículo 265

Artículo 265 vigente: El que por medio de una violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

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

Se considera también como violación y se sancionara con prisión de ocho a catorce años al que introduzca por vía

*vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido.*¹⁰

Sugiero que el presente precepto sea reformado a fin de aclarar que en el concubinato no existe obligación relativa al debito carnal, por no existir un consentimiento previo, además de que al solicitar un sexo servicio al no querer cumplirlo a quien se contrata no se la debe exigir con violencia, ya que solo se esta facultado para solicitar la devolución de lo pagado indebidamente, además es necesario tener en consideración para la imposición de la pena que la consecuencia psicológica que presenten las victimas de este supuesto nunca será igual a la victima del delito de violación en general, por las razones expuestas en el presente trabajo.

Artículo 265 reformado: El que por medio de una violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

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

Se considera también como violación y se sancionara con prisión de ocho a catorce años al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril por medio de la violencia física o moral sea cual fuere el sexo del ofendido.

Además se considera como violación y se sancionara de las dos terceras partes de la mínima hasta las dos terceras partes de la máxima, dependiendo del grado de violencia empleado, al que por medio de violencia física o moral realice copula con quien tenga relación de concubinato o de prestación de servicios sexuales, sin el consentimiento del pasivo.

b) Propuesta de reforma al artículo 265 bis

Artículo 265 bis vigente: *Si la víctima de la violación fuere la esposa o concubina se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.*

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.¹¹

Sugerimos cambiar el contenido del numeral en comento, por las razones antes citadas quedando estructurado de la siguiente manera:

Artículo 265 bis reformado: Comete el delito de violación dentro del matrimonio el cónyuge que por medio de violencia física o moral imponga a su cónyuge:

- I. Copula contra natura.
- II. Introduzca elemento distinto al pene por vía vaginal o anal.
- III. El que realice copula normal por medio de violencia física o moral con su cónyuge cuando no exista

obligación del ayuntamiento carnal por existir parálisis reproductiva debidamente comprobada.

IV. El que realice copula normal por medio de violencia física o moral con su cónyuge que a sabiendas de que esta enfermo y se encuentra en periodo infectante, con el propósito de infectar a su cónyuge.

V. El que realice copula normal por medio de violencia física o moral con su cónyuge, cuando exista separación provisional decretada Judicialmente.

VI. El que realice copula normal por medio de violencia física o moral con su cónyuge cuando lo obligue a realizar la copula ante la presencia de una o mas personas o ante cualquier medio de comunicación, en vivo o que se grave de cualquier forma sin el consentimiento del otro.

Para los efectos de este artículo se extenderá por copula contra natura, cualquier ayuntamiento carnal entre los consortes distinto a la copula normal por vía vaginal.

Este delito se perseguirá a instancia de parte ofendida, impidiendo además al querellante a solicitar o al Juez conoedor autorizar el aborto al sujeto pasivo por haber sido victima de violación.

c) Propuesta de la creación de un nuevo capitulo, regulador de la acción relativa a la copula con violencia sin consentimiento dentro del matrimonio y otros.

Sugerimos además de la reforma antes citada la creación de este nuevo capítulo, por los razonamientos anteriormente expuestos, ya que como se desprende del presente estudio se ha demostrado que el artículo 265 bis vigente de la Legislación Penal Federal, tiene varias deficiencias, desde su estructura hasta el hecho de que no tutela ningún bien jurídico existente, por lo que no puede ser punible por no ser antijurídico, encontrando que en la comisión de este acto es en contra de la sociedad por ser contrario a los fines del matrimonio por lo que este debe de ser su bien jurídico tutelado, pudiendo cometerse además los delitos regulados bajo los siguientes preceptos legales del mismo ordenamiento jurídico 199 bis, 226, 282, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 323, 343, 350 debiéndose tener en consideración a fin de que se de una acumulación de los delitos , que se consumen para llegar a la copula, debiéndose aplicar de los que resulten las penas mas altas para obtener una mayor sanción, delitos y sanciones que a continuación me permito comentar, a fin de demostrar que pudieren presentarse al hacer uso de la violencia por parte de un cónyuge para forzar al otro a la copula, y previniendo además la autorización de un posible aborto por existir esta posibilidad como anteriormente lo narramos:

- 1. Del peligro de contagio artículo 199 bis;** Comete este delito el que a sabiendas de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en

peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible. Sanción: **de tres días a tres años enfermedad curable e incurable de seis meses a cinco años.**

2. **Del Ejercicio indebido del propio derecho artículo 226;** Comete este delito el que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho, que deba ejercitar, empleare violencia. Sanción: **de 3 meses a un año.**
3. **Amenazas artículo 282;** Comete este delito al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, honor, en sus bienes o derechos de alguien con quien este ligado con algún vinculo, así como el impedir que alguien ejecute algo a lo que tiene derecho a hacer. Sanción: **de tres días a un año, aumentándose esta sanción por el hecho de ser parientes si habitan en el mismo domicilio hasta en una tercera parte de su mínimo o su máximo.**
4. **Lesiones artículos 288, 289, 290, 291, 292 y 293;** Comete este delito el que infiere a otro heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras y/o cualquier alteración en la salud, cualquier otro daño que deje huella material, en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa:
 - 4.1 Que no pongan en peligro la vida y no tarden mas de quince días en sanar: **de tres meses a ocho meses de prisión.**

- 4.2** Si tardan en sanar mas de quince días: se le impondrán **de cuatro meses a dos años de prisión.**
- 4.3** Si deja al ofendido una cicatriz en la cara perpetuamente notoria: **de dos años a cinco años de prisión.**
- 4.4** Si la lesión perturba para siempre la vista, o disminuye la facultad de oír, entorpece o debilita permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro órgano o cualquiera de sus facultades mentales: **de tres a cinco años de prisión.**
- 4.5** Si de la lesión resulta una enfermedad incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, un brazo, una mano, una pierna, un pie o cualquier otro órgano, cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica, o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible: **de cinco a ocho años de prisión**
- 4.6** Si a consecuencia de la lesión resulta incapacidad, para trabajar, enajenación mental, pérdida de la vista, del habla, o de las funciones sexuales: **de seis a diez años de prisión.**
- 4.7** Si ponen en peligro la vida, además de las anteriores: de tres a seis años de prisión.

- 5. Violencia Familiar artículo 343 bis;** Comete este delito el que por medio de la violencia física o moral, o de la omisión grave en forma reiterada se ejerza sobre un se infiera a un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda o no producir lesiones. Sanción: **de seis meses a cuatro años de prisión.**
- 6. Injurias artículo 350;** Comete este delito el que comunica dolosamente a una o mas personas la imputación que se hace a otra persona física o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien. Sanción: **prisión hasta de dos años, incrementándose esta sanción en un tercio, en el supuesto de que fueren parientes y habitaren en la misma casa.**
- 7. Homicidio, en razón del parentesco o relación artículo 323;** Comete este delito el que priva de la vida a su ascendiente, descendiente consanguíneo en línea recta, cónyuge, concubina o concubinario, con conocimiento de esa relación. Sanción: **de diez a cuarenta años de prisión.**

Debiendo quedar de la siguiente manera su contenido:

CAPITULO VIII BIS

DELITOS CONTRA LOS FINES DEL MATRIMONIO

Artículo 343 bis IV: Cometten el delito contra la ayuda mutua y comunidad de vida permanente los cónyuges que por medio de la violencia física o moral imponga a su cónyuge un acto u omisión obligándolo a su realización sin el deseo de este en el momento de la imposición, aunque este se encuentre legalmente obligado a realizarlo o a omitirlo, por haberse comprometido anteriormente a ello, y teniendo el activo el derecho de exigir su cumplimiento.

Se aplicara las penas máximas incrementadas hasta en dos terceras partes de los delitos que se consumen para la realización de la acción intentada por la activa.

Artículo 343 bis V: Cometten el delito contra la ayuda mutua y comunidad de vida permanente y la perpetuación de la especie

I. Al cónyuge que encontrándose legalmente obligado a realizar un acto u omitirlo a favor de su cónyuge por medio de la violencia física o moral, o sin hacer uso de ella niegue a este ejercitar su derecho adquirido con anterioridad, con el propósito de obtener un beneficio para sí o para otro, causando un daño o perjuicio del pasivo.

II. A la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta que otro la haga abortar, encontrándose esta legalmente casada.

III. Al que por cualquier medio induzca a mujer casada legalmente encontrándose embarazada a practicarse el aborto por cualquier motivo, independientemente de la relación que exista entre ellos .

Se le aplicaran de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a sesenta días de multa. Se incrementara hasta en dos terceras partes de la pena máxima si el constreñimiento se hace con ayuda de terceras personas, independientemente de los delitos que se consumen para llegar a su fin.

Para los efectos de este artículo debe de entenderse por beneficio, la acción del activo para lograr obtener cualquier bien, provecho, utilidad o lucro económico. En tanto que por daño y perjuicio debe entenderse como el menoscabo sufrido por el pasivo en su patrimonio, o el deterioro causado en el afectando su vida personal, su bienestar, su honor o cambio negativo en su estado anímico.

d) Propuesta de sustitución del delito de adulterio por el delito de infidelidad, dentro del nuevo apartado, con su respectiva reforma.

Además considero que es necesario derogar los numerales 273, al 276, relativos al delito de adulterio y

trasladar su contenido a este nuevo apartado bajo el nombre de delito de infidelidad, por ser un acto contrario a los fines del matrimonio, toda vez que no hay delito sin objeto jurídico por que este es su esencia, ya que para que el acto sea punible tiene que ser antijurídico de lo contrario no puede ser calificado de ilegal, por lo que me permito realizar la siguiente propuesta.

Una vez derogados los numerales citados en el párrafo inmediato anterior deberá de regularse la conducta en el siguiente orden y bajo la siguiente redacción.

Artículo 343 bis VI: Comete el delito de infidelidad los cónyuges y sus amasios que incurran en las siguientes circunstancias:

I. Que públicamente sostengan una relación de amasio con persona de cualquier sexo.

II. Que estando legalmente casados reconozcan un hijo como propio fuera de su matrimonio.

III. El que sea sorprendido por su cónyuge sosteniendo una relación de amasio con persona de cualquier sexo aun cuando esta relación no sea pública, y que por intuición el afectado decidió investigar, siempre y cuando lo pueda demostrar.

Se aplicara prisión hasta de dos y perdida de los derechos civiles hasta por seis años, se incrementara hasta en dos terceras partes las sanción cuando el delito sea cometido en el domicilio conyugal o sea con escándalo público.

Este delito se perseguirá a petición de parte ofendida en

contra de los culpables.

Artículo 343 bis VII: El delito de adulterio solo se sancionara una vez consumado y querellado, siempre y cuando el ofendido no haya dado el perdón tácito o expreso a su cónyuge hasta antes de que se dicte sentencia.

I) JUSTIFICACIÓN DE LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS PROPUESTAS

Lo anterior en virtud de que las relaciones sexuales entre consortes son ajenas al derecho punitivo por ser de interés personal entre los cónyuges, teniendo ellos la autonomía plena y su libre albedrío de decidir si desean o no expresar los problemas en su vida privada, mas sin embargo es a todas luces que la problemática referente al delito de aborto es de interés social, por lo que la autoridad y los particulares deben de estar al pendiente de ello y denunciar la practica del mismo, toda vez que esta conducta se encuentra regulada por el derecho, para la protección de la sociedad en general.

Mas sin embargo es necesario que el legislador contemple dentro de la ley los presupuestos antes sugeridos toda vez que si no los regula expresamente, se entendería que por el hecho de no estar debidamente regulada por el derecho sería una conducta libre, o dejaría a los jueces la libre interpretación de los mismos, lo que sería como hasta

ahora una gran problemática social por estar en la mayoría de la veces aplicando el derecho en forma injusta en perjuicio de muchas personas toda vez que al interpretar esas lagunas del derecho se estaría creando constantemente nuevo derecho a cada caso en concreto en todo lo referente a esta problemática, pudiendo existir diversos criterios en las distintas instancias inclusive sobre el mismo caso.

Además cabe señalar que es necesario que cada artículo con que cuenta nuestra legislación vigente cuente con los elementos necesarios para su correcta aplicación contemplando un bien jurídico que el mismo lo proteja, es por lo que en busca de encontrar este bien jurídico proponemos la posible solución anteriormente descrita, encuadrando como bien jurídico tutelado por el derecho los fines del matrimonio, por lo que también se proponen modificaciones al delito de adulterio.

CONCLUSIÓN

Por lo anterior expuesto y fundado se demuestra que el precepto que fue objeto de este análisis contempla sujeto pasivo propio o exclusivo, no contempla sujeto activo carece de objeto por no tutelar ningún Bien Jurídico, por ende es antijurídico, presenta causas de exclusión, por lo tanto se da la inculpabilidad del indiciado, en virtud de la ilegalidad del mismo, considerando que el acceso carnal de forma natural dentro del matrimonio es una función ajena al derecho punitivo vigente, de donde podemos concluir que es existente de hecho mas sin embargo es inexistente en derecho el delito de violación en virtud de los razonamientos lógico jurídicos expuestos en el presente trabajo, siendo imposible la consumación del mismo, aún cuando exista una acción encaminada a cometer un delito que no se produce por que la finalidad perseguida es materialmente imposible de conseguir, de tal modo que tampoco puede considerarse frustrado o cometido en grado de tentativa, debiendo de encontrarse la sentencia debidamente fundada y motivada, esclareciendo el Juzgador la verdad material y formal, teniendo como finalidad emitir un fallo encaminado a alcanzar el ideal de equidad y justicia, ya que la autoridad judicial se encuentra imposibilitada para mejorar en forma oficiosa la acusación, pues de lo contrario el sistema procesal pasaría de acusatorio a inquisitorio, convirtiéndose

en Juez y parte al mismo tiempo resolviendo lo que en derecho proceda, otorgando mayores prerrogativas al inculpado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente su aplicación.

Lo que implica que en la sentencia definitiva se consideren no solo los elementos objetivos, materiales o externos del hecho delictivo, sino también los subjetivos a fin de que se precise la figura delictiva básica y, además, de ser el caso, su específica referencia a un delito complementado, subordinado o cualificado, para que queden plenamente determinados todos los elementos constitutivos del delito penal, incluidas las modificativas o calificativas, tal y como lo establece el principio de legalidad.

De lo anterior se desprende que el delito de violación contemplado en el numeral 265 bis es a todas luces ilegal por ser antijurídico, toda vez que presenta diversos errores de redacción y no cumple con los elementos necesarios para ser considerado un delito según los requisitos establecidos por la legislación vigente en nuestro país, por lo que de aplicarse al caso concreto en perjuicio de un indiciado viola sus garantías individuales por lo que debe de ser declarado como inexistente este delito por los motivos antes expuestos, en tanto que debe de considerarse ser modificado, a fin de cumplir con la verdadera intención del legislador al intentar punir esta conducta ilícita entre los

consortes, salvo excepciones expuestas en la reforma propuesta.

Errores los anteriormente descritos y claramente explicados que lejos de ser irrelevantes señalan la impericia, defectuosa y por lo tanto la ilegal redacción del artículo 265 bis en análisis, por lo que para cubrir el requisito de delito establecido por el artículo 7 del Código Penal Federal debe aludirse en la redacción del artículo al sujeto a quien pueda atribuírsele la conducta de realizar u omitir, por lo que de esta manera el precepto analizado no refiere a un sujeto activo calificado, por lo que no estando autorizadas la analogía ni la mayoría de razón en la materia penal no es posible suponer que calificadamente deba serlo el mencionado cónyuge de la víctima, no calificándolo al agente como que este tuviere que ser el esposo, de donde deviene que es una norma antijurídica y por ende ilegal, además de contraponerse a la legislación mexicana puesto que nuestro sistema penal mexicano no contemplaba la violación entre cónyuges en copula normal hasta el 13 de diciembre de 1997 fecha que fue decretada la reforma en análisis, contraponiéndose a los criterios adoptados por diversas salas y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación “Nuestro mas Alto Tribunal”, por el hecho de existir un derecho y una obligación contraídas con anticipación en virtud del vínculo matrimonial, lo que deja también sin un bien jurídico tutelado. Siendo innecesaria su existencia por ser contrario a los fines del matrimonio, además de

inoficiosa su aplicación toda vez que como fue demostrado es totalmente ilegal y por ende antijurídico el precepto en análisis, consiguiendo únicamente con su aplicación pérdida de tiempo de los Tribunales, quienes al resolver en definitiva deberán de hacerlo ajustado a derecho en sentencia definitiva cuando el juzgador entre al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas, otorgando para resolver en definitiva lo que en derecho proceda lo que incluso puede repercutir en beneficio del propio acusado quien se vería favorecido por un auto de libertad por falta de elementos o bien por una sentencia absolutoria por declarar improcedente la acción, ejercitada en su contra por su

cónyuge coadyuvada por el Ministerio Público quien debe en todo caso demostrar la existencia del delito por lo que de fundamentar el ejercicio de la acción penal mediante la comprobación de la existencia de los elementos del delito que constituyan el hecho delictuoso, mismos que como hemos demostrado carece de ellos el precepto en análisis, por lo que como hemos concluido es antijurídico y por ende ilegal, razón por la cual con la finalidad de evitar una pérdida de tiempo, desgaste procesal propongo en la presente investigación la creación de un nuevo capítulo que tutele los fines del matrimonio, describiendo cada uno de ellos, sancionando sus faltas, señalando a los sujetos, tanto pasivo como activo de las conductas delictuosas descritas en los numerales propuestos, y además de que se castigue debidamente al infractor de la norma propuesta, por ser su conducta contraria a la sociedad en general, no contraviniendo a nuestra Ley Suprema por existir en esta consagrado el Principio de Supremacía contenido en su numeral 133.

Con lo anteriormente expuesto ha quedado claro que actualmente la violación solo puede cometerla:

A) Un hombre penetrando con el pene.

a) A una mujer, por la vagina, por el ano o por la boca.

b) A un hombre, por el ano o la boca.

B) Una mujer o un hombre penetrando con instrumento distinto del miembro viril:

a) A una mujer por la vagina o el ano.

b) A un hombre por el ano.

Por lo que es necesaria la reforma propuesta en la presente investigación a fin de cumplir con la intención del legislador de punir la violencia dentro del seno familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHAVAL, Alfredo. Delito de violación., Editorial Abeledo Perrot., Buenos Aires Argentina 1979
- AMUCHATEGUI Requena, Irma G. Derecho Penal. Editorial Harla México 1993.
- ARELLANO García, Practica Forense del Juicio de Amparo Editorial Porrúa 9ª edición México 1995
- BAQUEIRO Rojas, Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones Editorial Harla, México 1990
- BEGNE, Patricia. La Mujer en México. Editorial Trillas, México 1990
- BELLUSCIO, Augusto Cesar. Derecho de Familia. Editorial Depalma, tomo 2, Buenos Aires, Argentina, 1979
- BELLUSCIO, Augusto Cesar. Derecho de Familia. Editorial Depalma, Tomo 1, Buenos Aires Argentina, 1989
- Biblia editorial Destlée de Brouwer, S.A. Henao, 6 Bilbao – 9 15 Noviembre 1975 Bilbao
- BRENAUS, José Félix. Delitos contra la propiedad, contra la honestidad y de lesiones. Editorial Abeledo Perrot, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1988.

- BOSSERT, Gustavo A. Régimen Jurídico del Concubinato. Editorial Astrea Buenos Aires Argentina 1990
- CANCIO, Antonio. Delitos contra el pudor sexual. Editorial Temis, Bogotá Colombia 1983
- CARLO Jemolo, Arturo. El Matrimonio Tr. Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerva Redin, Ediciones Jurídicas Europa- América. Chile 1954.
- CARMONA Salgado, concha. Los delitos de abusos deshonestos. Editorial Casa Editorial Bossch, España 1987.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal tercera Edición Editorial Temis, tomo 3 Bogota Colombia 1973.
- CHAVEZ Asenio, Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares Editorial Porrúa S.A., México 1991.
- COLIN Sánchez Guillermo Derecho Mexicano de Procedimientos Penales Editorial Porrúa 17ª edición México 1998
- Enciclopedia Jurídica OMEBEA dir. Bernardo Lerner, Buenos Aires, Argentina 1996.
- ETCHEBERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1975-1966 Editorial Jurídica de Chile, t. 3 Chile 1987
- Foro de Consulta Popular sobre delitos sexuales México Editorial Memoria, 1989
- GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil 11ª Edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1991

- GARCIA Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Editorial Editado por la Universidad Autónoma de México, México 1990
- GIMBERNAT, Enrique. Sexualidad y Crimen. Editorial Instituto Editorial Reus, Madrid, España 1969.
- GROSMAN, Cecilia P. y otros. Violencia en la Familia. Editorial Universidad. 2ª Edición Buenos Aires 1993
- GONZALEZ De La Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano 26ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1993
- HERRERIAS Sordo, María del Mar. El Concubinato. Editorial Porrúa S.A. México D.F. 1998
- IBAROLA, Antonio de. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. S.A., 3ª edición México 1984.
- ISLAS de González Mariscal, Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida. Editorial Trillas, S.A. DE C.V., México 1991
- JIMÉNEZ Huerta Mariano, et. Al. Problemas actuales de las Ciencias Penales y Filosofía del Derecho. Editorial Pannedille S.A.E.C.I.F.I., Buenos Aires, Argentina 1970.
- KVITKO, Luis Alberto. La Violación. Editorial Trillas S.A. de C.V., México 1991.
- LABATUT Glenda, Gustavo. Derecho Penal. Editorial Jurídica de Chile, t.3, Chile 1983.
- LOPEZ del Carril, Julio J. Régimen del Matrimonio, separación personal y divorcio, Editorial Depalma, Argentina 1989.

- MOTO Salazar, Efrain. Elementos de Derecho, Editorial Porrúa, México Distrito Federal 1993.
- MONTERO Duhulut, Sera. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., México 1984.
- ORIZABA Monroy, Salvador. Matrimonio y Divorcio Efectos Jurídicos, Editorial Pac S.A. de C.V. México 1998
- PACHECO Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Editorial Panorama, México 1985
- PALACIOS Vargas, J. Ramón. Delitos contra la vida y la integridad corporal. Editorial Trillas, S.A. de C.V., México 1990
- PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. 5ª editorial, Porrúa S.A., México 1987.
- PENICHE López Edgardo. Introducción al Derecho y Leciones de Derecho Civil. 13ª Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1980.
- PETTIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Epoca, México D.F., 1985
- PORTE Pettit Candaudap, Celestino. Ensayo Dogmático Sobre El Delito De Violación. Editorial Jurídica Mexicana, México 1973.
- PUIG Peña, Federico. Derecho Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado t1, Madrid, España 1955.
- RAMÍREZ Fonseca, Francisco. Manual de Derecho Constitucional Editorial Pac 5ª México 1988

- ROJINA Villegas, Rafael . Compendio de Derecho Civil I 25ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993
- ROJINA Villegas, Rafael . Compendio de Derecho Civil II 25ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993
- ROJINA Villegas, Rafael . Compendio de Derecho Civil III 25ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993
- ROJINA Villegas, Rafael . Compendio de Derecho Civil IV 25ª Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993
- SÁNCHEZ Marquez, Ricardo. Derecho Civil, Editorial Porrúa. México D.F. 1998
- SÁNCHEZ Medal, Ramón. Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México. Editorial Porrúa, S.A. 2ª Edición, México 1991
- SUAREZ Franco, Roberto. Derecho de Familia. 5ª edición, Editorial Temis, Colombia 1990.
- TOCORA, Luis Fernando. Derecho Penal Especial 3ª edición, Editorial Ediciones Librería del Profesional, Colombia 1991.
- VELA Treviño, Sergio. Miscelánea Penal. Editorial Trillas, S.A. de C.V. México 1990.

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO.

- CODIGO PENAL Y PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN.
- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN.
- CODIGO PENAL FEDERAL .
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES FEDERAL.
- CODIGO CIVIL FEDERAL.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILIES FEDERAL.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- IUS 2002.
- TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN.

DEPENDENCIAS

- COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.
- COMISION ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS.
- DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA.
- PREVENCIÓN DEL DELITO DE SEGURIDAD PUBLICA DEL ESTADO.
- AGENCIA DEL MINISTERIO PUBLICO NUMERO 2 ESPECIALISADA EN VIOLENCIA FAMILIAR.
- PODER JUDICIAL DEL ESTADO SEGUNDA SALA PENAL EN EL ESTADO.

