

TECNOLÓGICO UNIVERSITARIO DE MÉXICO.

“ ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.”

Licenciatura : Derecho.

Incorporación UNAM: 3079-09.

Nombre: Roberto Carlos Colín Chapa.

Numero de Cuenta: 966154595



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradecimientos:

A mi Mamá:

María de Lourdes Chapa Heredia, por haberme dado la vida así como su fuerza, su apoyo y su confianza que me ha brindado.

Con todo mi amor
GRACIAS.

A mi Papá:

Roberto Colín Salinas, por haberme dado los estudios que hasta la fecha tengo, y ha enseñarme a ser un hombre fuerte de decisión.

GRACIAS.

A mi Hermana:

María de Lourdes Colín Chapa, por su apoyo y por ser de nosotros una familia unida.

GRACIAS.

A mis Abuelos:

Por su apoyo y consejos que me han brindado día tras día.

GRACIAS.

Al Lic. Jorge Alberto Torres Gutiérrez:

Que le agradezco su valiosa ayuda en esta tesis.

A TODOS MIS MAESTROS EN GENERAL, con profundo respeto y admiración, a cada uno de ellos por su dedicación en la tarea docente así como en la profesional.

ÍNDICE.....	IV
INTRODUCCIÓN.....	VII
OBJETIVO.....	IX

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES.

CAPÍTULO I MATRIMONIO.

1.1	Conceptos de Matrimonio.....	1
1.2	Conceptos de Familia.....	2
1.3	Naturaleza Jurídica del Matrimonio.....	3
1.4	Sujetos de la Relación Jurídica.....	3
1.5	Requisitos para Contraer Matrimonio.....	4
1.6	Derechos y Obligaciones que nacen del Matrimonio.....	7
1.7	Características del Matrimonio.....	10
	a) Orden Público.....	11
	b) Legalidad.....	11
	c) Permanencia.....	12
	d) Unidad.....	15
	e) Singularidad.....	17

f) Igualdad.....	17
g) Libertad.....	18
1.8 Causas de Nulidad del Matrimonio.....	20
a) Absolutas.....	20
b) Relativas.....	21
1.9 Varias Posiciones Doctrinales.....	23
a) Contrato.....	23
b) Estado Jurídico.....	28
c) Acto Jurídico.....	30
d) Acto Constitutivo.....	35
e) Estado de Vida.....	39

CAPÍTULO II

VIOLACIÓN.

2.1 Concepto y Precepto Legal del Delito de Violación.....	41
2.2 El Bien Jurídico Tutelado.....	42
2.3 Naturaleza Jurídica.....	45
2.4 Elementos de Violación.....	45
a) Cópula.....	45
b) Violencia Física o Moral.....	49
c) El Sujeto Pasivo.....	52
d) El Sujeto Activo.....	55

CAPÍTULO III
VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

3.1	Definición Legal.....	58
3.2	Diversos Criterios sobre Violación entre Cónyuges.....	58
3.2.1	Autores que Consideran la Violación entre Cónyuges.....	60
3.2.2	Autores que Consideran que no hay Violación entre Cónyuges sino otro Delito.....	64
3.2.3	Autores que no Consideran Violación entre Cónyuges si no Ejercicio de un Derecho.....	65
	Jurisprudencias sobre la Violación entre Cónyuges y su forma de Ejecución (Violencia Física o Moral).....	69
	Conclusiones.....	71
	Bibliografía.....	73

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

En este trabajo de investigación se hablará de tres conceptos importantes que por su cotidianidad son muy conocidos, pero que jurídicamente hablando no se tiene un amplio criterio de lo que estos conllevan. Estos conceptos son los siguientes: Matrimonio, Violación y Violación entre Cónyuges.

Dentro del capítulo I se mencionará el matrimonio y podemos decir que va existir siempre y cuando dos personas quieran unirse voluntariamente y sean de sexos distintos con el propósito de lograr una convivencia permanente y dar así cumplimiento a todos y cada uno de los fines de la vida matrimonial, así mismo el matrimonio es considerado como un contrato que va hacer regulado por las leyes civiles, el cual al contraerlo van existir derechos y obligaciones para ambas partes las cuales tienen que llevarlas a cabo para que subsista el matrimonio.

En cuanto a lo que se refiere a violación esto sé vera en el capítulo II, ya que este delito es considerado uno de los más graves ante la sociedad y se debe ser castigado con mayor severidad, este delito se lleva a cabo mediante una imposición de la cópula con personas de cualquier sexo sin la voluntad de la misma, utilizando la fuerza física o moral. Por lo regular este delito lo padecen mas en las mujeres que en los hombres. Esto es negarle a las mujeres la calidad de ser humano que tienen porque ellas deben de decidir con quien tener relaciones sexuales o con quien no, mas no imponérselas por ninguna vía.

Y por último en el tercer capítulo se hablará del delito de violación entre cónyuges, ya que es el tema de esta investigación, porque es algo que pasa a diario ya que vivimos en una sociedad que quizás no está preparada para considerar el delito de violación entre cónyuges porque aunque no creamos, todavía vivimos en un país machista y retrógrada, lo cual es preocupante.

Con lo referente al delito de violación entre cónyuges a quien le va a recaer, generalmente va hacer la esposa o a la concubina ya que estas personas vienen siendo los sujetos pasivos de tal delito.

En el capítulo tercero mencionaré autores de diversos criterios o visibilidad para considerar, tal delito, como por ejemplo tendremos autores que consideren que sí es delito, a otros autores que lo consideren como otro delito, y autores que lo consideren como ejercicio de un derecho.

Este trabajo realizado es para que el lector pueda tener claros los conceptos antes citados y sobre todo y quizás lo más importante crear en su mente que si existe la violación conyugal y que esta tipificada por nuestras leyes penales, sin embargo es algo que no se denuncia por ignorancia y quizás por dependencia económica que tiene la mujer hacia el hombre por lo cual esto siempre va a existir y seguirá existiendo, hasta que las mujeres no ejerzan o hagan valer realmente su derecho.

OBJETIVO OBJETIVO

En este trabajo de investigación tiene como objetivo tener claros y comprender los conceptos de matrimonio, violación y violación entre cónyuges, ya que estos conceptos no se le tienen una idea bien precisa de lo que jurídicamente estos acarrearán.

Dentro del matrimonio el objetivo es entender bien lo que significa tal acto, así también como saber que existen derechos y obligaciones para ambas partes y que deben de llevar a cabo.

En cuanto a lo referente de la violación su objetivo es comprender que esta va existir siempre y cuando a otra persona se le obliga a tener un coito por medio de violencia física o moral.

Y por último el objetivo principal de la violación entre cónyuges es de que si existe tal acto y esta sancionado por nuestras leyes, ya que las mujeres por circunstancias que solamente ellas saben no lo denuncian, y esta seguirá existiendo hasta que ellas lo permitan.

CAPÍTULO I

MATRIMONIO

1.1 CONCEPTOS DE MATRIMONIO.

Del matrimonio se tienen varias definiciones, entre otras las siguientes:

El origen etimológico de la palabra matrimonio no es muy preciso. Viene del latín, de la raíz matr y del sustantivo mater que se refieren a maternidad y madre; y del sufijo latino mon, con el cual se forman los sustantivos de acción, de actividad, de condición o calidad o bien de ser actor o agente.

“El contrato solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles, por el cual se unen, por lo general el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos.”¹

“La unión válida de un hombre y una mujer celebrada conforme a las leyes del Estado y ante un Oficial del Registro Civil, o la declaración de voluntad de contraer matrimonio prestada ante un Magistrado civil y la situación jurídica creada por este acto.”²

“Unión legítima disoluble del hombre y la mujer con el fin de procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida.”³

La mayor parte de las personas consideran que el matrimonio es una institución; muchos la consideran una institución sagrada, cuyo valor y significado está más allá de los niveles social y jurídico; para algunos, es un mero contrato jurídico bilateral, que puede ser escrito o llegar a ser verbal.

¹ José Castán Tobeñas, Derecho Civil, Tomo V, Ed. Porrúa, México 1963, Pág. 200

² De Diego C, Derecho de Familia, Ed. Depalma, Argentina 1979, Pág. 23

³ Augusto C. Belluscio, Derecho Civil, Ed. Depalma, argentina 1971, Pág. 105

Se acepta que generalmente el matrimonio es la unión del hombre y la mujer concertada de por vida mediante determinadas ceremonias religiosas o mediante formalidades legales.

1.2 CONCEPTOS DE FAMILIA.

En un sentido empleado habitualmente, la familia consiste en un grupo de personas vinculadas entre sí por matrimonio o por parentesco, que viven en una misma casa bajo la autoridad de una de ellas o la autoridad compartida por dos o más de las personas que integran el grupo. Incluyendo a los parientes por consanguinidad (descendientes, ascendientes o colaterales) a los parientes por afinidad parientes políticos (cuyo parentesco se produce mediante el matrimonio de un cónyuge y los consanguíneos del otro cónyuge), y a las personas que entre sí se vinculan en matrimonio.

Sociológicamente, en su forma contemporánea más extendida, la familia está constituida por la asociación estable de un varón y una mujer, con sus hijos. Estos miembros de la familia forman el núcleo familiar.

La familia extensa es el conjunto de parientes (abuelos, suegros, tíos, primos, etc.), que están relacionados más o menos estrechamente a la familia nuclear, aunque no convivan con los miembros de ellas. Se le llama también familia de interacción.

La familia existe en todas culturas como núcleo básico de la sociedad. La observación del tipo de relaciones que se establecen entre los miembros de la familia permite comprobar que un gran número de casos que la cohesión familiar se funda prioritariamente en el matrimonio.

Vidal Taquini: "Familia en derecho Argentino es un grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surge del matrimonio y la filiación legítima, ilegítima y adoptiva."⁴

⁴ Vidal Taquini, Tipo y Composición de los Hogares, E.d. Depalma, Argentina 1980, Pág. 53

1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Para poder comprender el matrimonio desde el punto de vista jurídico, debemos analizarlos desde varios ángulos. Primero, conviene determinar su naturaleza jurídica. El matrimonio crea un estado de vida que origina derechos y obligaciones.

Con relación al problema de su naturaleza jurídica el matrimonio entendemos que se refiere al acto de su constitución, y también al estado matrimonial que se genera, sobre este particular podemos expresar que: El problema de la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto mismo por el cual se lo celebra. En cambio, las relaciones jurídicas que siguen de esta celebración, sean patrimoniales o extrapatrimoniales, ya atañen al estado civil mismo de casados que revisten los contrayentes.

Estimo que para comprender la naturaleza jurídica del matrimonio, debemos referirnos, tanto al acto de su constitución como al matrimonio estado de vida

1.4 SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA.

El matrimonio no es solo un vínculo de unión, sino un varón y una mujer unidos entre sí. La unidad en que consiste el matrimonio, no es solo una situación de hecho, sino que comporta esencialmente un nexo ó vínculo jurídico. Desde luego, debemos estar consientes de que el matrimonio es mucho más que una estructura jurídica, que vínculo jurídico o que derechos y obligaciones.

Es la unión de un hombre y una mujer entre los cuales existen relaciones, y muchas de ellas son jurídicas. Por lo tanto, los sujetos de la relación jurídica conyugal son el varón y la mujer, porque el matrimonio es la unión de ellos a través de la integración de las diferencias naturales propias de la distinción de sexos (virilidad y femineidad).

Debemos tomar en cuenta que el matrimonio nace con relación a la sexualidad y solo en este orden tiene posibilidad de existencia. Por lo tanto, el sujeto del

matrimonio no es la persona humana en si, es decir como persona, sino está contemplada en el plano de distinción sexual, esto es, en cuanto se es hombre y mujer, porque su fundamento se recibe del carácter complementario de los sexos.

Son los sujetos del matrimonio un hombre y una mujer, en toda su complejidad, que comprende cuerpo y espíritu y está excluida cualquier otra relación sexual humana.

1.5 REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

De acuerdo a los requisitos que marca el Código Civil para el Distrito Federal son los siguientes:

ART.146. - El matrimonio debe celebrarse ante funcionarios que establecen la ley y con las formalidades que ella exige.

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

ART.148.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El jefe de departamento del distrito federal, o los delegados, según el caso, puedan conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas.

ART.149.- El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieran ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. A falta o por imposibilidad de los padres, se necesita el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o del que sobreviva; a falta o por imposibilidad de los abuelos paternos, si los dos existieren, o del que sobreviva, se requiere el consentimiento de los abuelos maternos.

ART.150.- Faltando padres y abuelos, se necesita el consentimiento de los tutores; y faltando éstos, suplirá el consentimiento, en su caso el Juez de lo Familiar de la residencia del menor.

ART.151.- Los interesados pueden ocurrir al jefe del Departamento del Distrito Federal o a los delegados, según el caso, cuando los ascendientes o tutores nieguen su consentimiento o revoquen el que hubieran concedido. Las mencionadas autoridades después de levantar una información sobre el particular, suplirán o no el consentimiento.

ART.152.- Si el juez, en el caso del artículo 150, se niega a suplir el consentimiento, para que se celebre un matrimonio, los interesados ocurrirán al Tribunal Superior respectivo, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles.

ART.153.- El ascendiente o tutor que ha prestado su consentimiento firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el juez del registro civil, no puede revocarla después, al menos de que haya justa causa para ello.

ART.154.- Si el ascendiente, o tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que, en su defecto, tendría el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique dentro del término fijado en el artículo 101.

ART.155.- El juez que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio no podrá revocar el consentimiento, una vez que lo haya otorgado, sino por justa causa superveniente.

ART.156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;

II. La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;

III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y a los medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y 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 alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;

VII. La fuerza o medio graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestarse su voluntad;

VIII. La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias;

IX. Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;

X. El matrimonio subsiste con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco por consanguinidad en línea colateral desigual.

ART. 157. - Bajo el régimen de adopción simple, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.

ART. 158. - La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

ART. 159. - El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, al no ser que obtenga dispensa, a la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando haya sido aprobadas por las cuentas de la tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

ART. 160. - Si el matrimonio se celebrare en contravención de lo dispuesto en el artículo anterior, el juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtenga la dispensa.

ART.161.- Tratándose de los mexicanos que se casen en el extranjero, dentro de los tres meses de su llegada a la República se transcribirá el acta de la celebración del matrimonio en el registro civil del lugar en que se domicilien los consortes.

1.6 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO.

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal son los siguientes:

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

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

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

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

ART.164.- Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a al de sus hijos, así como a la educación de estos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

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

ART.165.- Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos, tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

ART.166. - (Derogado).

ART.167. - (Derogado).

ART.168.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a estos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente.

ART.169.- Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el juez de lo familiar resolverá sobre la oposición.

ART.170. - (Derogado).

ART.171. - (Derogado).

ART.172.- El marido y la mujer, mayores de edad, tienen capacidad para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite el esposo del consentimiento de la esposa, ni está de la autorización de aquél, salvo en lo relativo en los actos de administración y de dominio de los bienes comunes.

ART.173.- El marido y la mujer, menores de edad, tendrán la administración de sus bienes, en los términos del artículo que precede, pero necesitarán autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos y un tutor para sus negocios judiciales.

ART.174. - (Derogado).

ART.175. - (Derogado).

ART.176.- El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio este sujeto a régimen de separación de bienes.

ART.177.- El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno en contra del otro, pero la prescripción entre ellos no corre mientras dure el matrimonio.

1.7 CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO.

Para que el matrimonio-acto como vinculo jurídico y el matrimonio-estado, como comunidad íntima de vida, pueda cumplir su objetivo y alcanzar sus fines, deben tener ciertas características, que son a la vez cualidades propias e innatas de esta comunidad.

Difícil será que se genere el objeto del matrimonio, que consiste en la creación de derechos y obligaciones conyugales que se contienen en el vinculo jurídico que se origina por el acto jurídico, y difícil será también el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones dentro del matrimonio-estado, como comunidad íntima de vida, si no hay entre los cónyuges igualdad y libertad en una institución matrimonial permanente.

Los fines objetivos del matrimonio, serán también difíciles de lograr, sino se dan esas cualidades dentro del matrimonio, pues los fines son de ambos cónyuges, y si no hay unidad y singularidad difícilmente se lograrán.

MATRIMONIO

ACTO JURÍDICO Y COMUNIDAD DE VIDA

(Matrimonio-acto) (Matrimonio-estado)

		Vinculo			
		Jurídico	=	Comunidad	
Motivo	-----	Acto Jurídico	-----	Conyugal =	Fines
Fin				(Objeto)	(Objetivos)
(subjetivo)				(Estado Jurídico)	
Amor		a) acto jurídico		hombre y mujer	a) amor conyugal
		(consentimiento)			

Interés	b) acto administrativo (declaración)	Deberes, derechos y obligaciones conyugales	b) procreación responsable
----------------	--------------------------------------	---	----------------------------

Razones Políticas etc.	c) ley como Supuesto		c) promoción humana ⁵
-------------------------------	----------------------	--	----------------------------------

Estas características o cualidades del matrimonio se originan de su propia naturaleza, son innatas del matrimonio, lo identifican y lo diferencian de cualquier comunidad humana.

Las características que estimo como las cualidades del matrimonio son:

A) El ser una institución de orden público.

Que para su celebración requiere una serie de requisitos legales; para el cumplimiento de sus fines objetivos, requiere permanencia y singularidad; y los cónyuges conviven en unidad, igualdad y libertad.

El matrimonio es de orden público según se ha expresado anteriormente y solo lo ratifico con Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: “La nación y solo por excepción la ley permite que se rompa él vinculo matrimonial. Por lo tanto en los divorcios necesarios es preciso que la causal invocada quede plenamente probada, así que la acción se haya ejercitado oportunamente, es decir antes de su caducidad.” ⁶

B) Legalidad.

Cabe considerarla desde el punto de vista del matrimonio-constitución, es decir, del acto jurídico conyugal y del acto jurídico administrativo que forman el acto jurídico

⁵ Javier Hervada y Pedro Lombardía, Derecho Civil, Tomo III, Ed. Argentina 1969, Pág. 109

⁶ Jurisprudencia 165 sexta época, Pág., 517, sección primera, volumen tercera sala apéndice de jurisprudencia 1917, 1965.

mixto que constituyen el matrimonio, como también del matrimonio-estado, es decir, la comunidad de vida. Para la celebración se requiere una serie de requisitos legales, formas y solemnidades previstos en la ley, que si no se satisfacen podrá haber nulidad o inexistencia según falten requisitos formales o solemnes. Es la unión de un hombre y una mujer legalmente sancionada.

Desde el punto de vista de comunidad, en ésta se enlazan una serie derechos y obligaciones familiares sancionadas por la ley.

La legalidad no es simplemente un “papel” como suele decirse por argumentar que lo predominante es el amor y el consentimiento de los novios, que pueda manifestarse ante las personas distintas del oficial del registro civil. Es un compromiso de vida que por su importancia para la pareja debe hacerse y constar con las formas y solemnidades legales.

Es un cambio radical, los novios dejan de serlo y se transforman en casados, se genera un nuevo estado de familia y de una comunidad de vida la que se integrarán en lo futuro los hijos. Tiene efectos en la comunidad y frente al estado. En la familia se forman los nuevos ciudadanos, la familia es el primer núcleo o célula básica de la sociedad su permanencia, integración y mejoramiento afectarán favorable o desfavorablemente al país.

La presencia y declaración del oficial del registro civil, da legalidad a la participación de los contrayentes del acto jurídico, por la que adquiere el carácter de matrimonio.

El consentimiento de la pareja para contraer matrimonio, necesario para el nacimiento del acto jurídico y la comunidad de vida, requiere la declaración oficial como requerimiento de legalidad.

C) Permanencia.

La permanencia es una consecuencia de la fidelidad prometida entre los cónyuges y del interés que existe en la sociedad y en el estado, que se convierte en

indisolubilidad por exigencia religiosa. Los cónyuges están obligados a permanecer unidos. “Nuestro régimen legal, en relación con el matrimonio, que es de carácter monogámico, cimentándose además en la permanencia, la razón del ser y finalidad del matrimonio se sustenta en la idea de un respeto y comprensión absoluta entre los cónyuges, para dar creación moral a la célula que constituye la familia dentro del conglomerado.”⁷

Entre otras tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cabe citar la siguiente: “Siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez es la base de la sociedad y el estado, preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución, solo permite su disolución por divorcio en casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución, sean de interpretación estricta y que únicamente es procedente decretar aquel solo por causas específicamente numeradas.”⁸

Las parejas no se casan para divorciarse. La sociedad y el estado están interesados en la permanencia de los matrimonios, es la célula básica de la sociedad, que el legislador ha rodeado de protección. Si existe divorcio en la legislación, no es como una opción o camino de vida, sino como una sanción o remedio al fracaso de la pareja, que en muchos casos es una solución dolorosa, pero necesaria.

Pensamos que en México el legislador está preocupado por la familia y ha rodeado a esta de una serie de protecciones legales pero ha faltado la promoción de sus valores, la promoción de integración familiar y conyugal, de la cual es responsable la sociedad y el estado.

La permanencia es consecuencia de la naturaleza humana y una de la naturaleza del matrimonio. Los efectos del amor conyugal son la permanencia de la singularidad. El hombre es un ser único, irrepetible e indivisible. Desde el punto de vista masculino y femenino estas características se dan. Es decir, la mujer y el hombre son únicos, irrepetibles e indivisibles. Esta unicidad e indivisibilidad trae como consecuencia la permanencia, él “para siempre”, pues la unión conyugal, que

⁷ Amparo directo 3247/1972. Fernando Pérez Vázquez. Julio 12 de 1974.

⁸ Amparo directo 3635/1955. Emigdio Torres Ulrrich. Resulto el 26 de enero de 1956 por mayoría de tres votos.

es la entrega del uno al otro, comprende todo lo que la persona es y será en lo futuro, toda vez que la comunidad conyugal se construye en el tiempo. La comunidad conyugal no se da plena al contraer matrimonio.

Se requieren los esfuerzos de los cónyuges durante la vida. Por lo tanto, el acto jurídico conyugal, como acto de voluntad, adquiere un efecto especial en esta materia, esto significa que el matrimonio sea duradero y largo.

La permanencia es consecuencia también de la participación del oficial del registro civil al declarar unidos a los contrayentes. Solo podrá haber divorcio o nulidad por resolución de autoridad competente.

En la legislación encontramos diversos artículos que buscan la permanencia del matrimonio. El matrimonio tiene en su favor la presunción de ser válido y solo se considerará nulo cuando así lo declare sentencia que cause ejecutoria, y se prohíbe a los cónyuges celebrar transacciones o compromisos acerca de la nulidad del matrimonio.

El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro que, como se expresó anteriormente, no es un camino o forma de vida, sino un remedio a una situación de fracaso conyugal.

El divorcio solo debe proceder por causas graves que afecten seriamente a los cónyuges o a sus hijos, ó por mutuo consentimiento, porque el matrimonio debe ser un contrato que pueda disolverse por voluntad de las partes.

Las causas son autónomas por lo que no pueden disolverse unas en otras, ni pueden ser objeto de interpretación extensible, ni por analogía, ni por mayoría de razón. Tan no es deseable el divorcio, que se establece sanción al cónyuge que haya dado causa al no poder volver a casarse sino después de dos años a contar desde la fecha en que se decreta el divorcio.

Confirma el interés del estado y la sociedad en la permanencia del matrimonio, el perdón expreso o tácito, para sanar cualquier causa de divorcio y la reconciliación en

cualquier estado de juicio hasta antes de sentencia. Se fija un breve plazo para demandar el divorcio, que significa el deseo de que no quede abierta una puerta por largo tiempo; y el perdón la cierran. Aun en el divorcio por mutuo consentimiento se exige la presencia de los cónyuges, los dos deberán de acudir a las juntas de avenencia y el juez deberá exhortar a la pareja a reconciliarse.

El sacramento del matrimonio exige de la pareja la indisolubilidad del matrimonio. El amor entre los cónyuges necesariamente genera la indisolubilidad del matrimonio. Esta íntima unión como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urge su indisoluble unidad. Esto es confirmado al expresarse que el amor conyugal ratificado por mutua fidelidad y sobre todo por el sacramento de Cristo, es indisolublemente fiel en cuerpo y mente, queda excluido de él todo adulterio y divorcio.

El acto jurídico da origen al matrimonio que trasciende a los cónyuges que se dan y se reciben, porque de tal unión nacerán los hijos, que estarán vinculados a los padres por los lazos de sangre. De esta situación se sigue que el vínculo no puede romperse por arbitrio o consentimiento de los cónyuges. Toda violación al compromiso, así como la terminación al matrimonio no solo reduce a nada a la fidelidad matrimonial, dada y aceptada, sino que daña también a la otra parte que ha construido su propia vida sobre la confianza depositada en el otro.

El matrimonio que significa la alianza de Dios con su pueblo, y la alianza nueva de Cristo con la Iglesia lo hace indisoluble. No se trata de un simbolismo o de una alegoría, sino del amor de Dios con los hombres.

Ambos cónyuges se dan uno al otro, en una unión en la que Dios mismo es testigo.

D) Unidad.

La unidad y la convivencia, comprenden también lo que nosotros conocemos con el nombre de vida en común o el deber de cohabitación, para lo cual es necesaria la existencia de un domicilio conyugal.

La unidad y la convivencia son valores que se encuentran en el matrimonio y necesarios para la promoción de sus fines.

Son impedimentos para contraer matrimonio aquellas causas que atenten contra la unidad y la convivencia, como pueden ser: el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; la fuerza o miedo grave para contraer matrimonio, la embriaguez habitual, la morfinomanía, la eteromanía, y el uso persistente de las demás drogas enervantes, así como la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas incurables que sean además contagiosas y hereditarias; padecer alguno de los estados de incapacidad. La ley previene que los cónyuges vivan juntos en el domicilio conyugal. Y que ambos resuelvan todo lo relativo a sus hijos y al hogar.

Evita que el trabajo de uno de los cónyuges vaya en contra de la estructura de la familia. Puede anularse el matrimonio si se viola el principio de unidad y convivencia. Se puede llegar al divorcio por causas que ataquen la unidad y convivencia, como puede ser: el hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el mismo y fuere declarado ilegítimo; padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad incurable o la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrar el matrimonio; padecer enajenación mental incurable; por la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada; por la declaración de ausencia legalmente hecha y presunción de muerte de un cónyuge; por la negativa injustificada de un cónyuge de cumplir obligaciones de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y a la alimentación de sus hijos; por violar la norma de que ambos tendrán consideraciones iguales en el matrimonio; por haber, cometido uno de los cónyuges un delito que deba sufrir una pena mayor de dos años; por el hábito del juego, embriaguez o uso de drogas, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituir un continuo motivo de desavenencia conyugal. La unidad y la convivencia garantizadas en la legislación, en el matrimonio cristiano son exigencias más profundas para los cónyuges. Este es él porque el hombre deja a su padre y a su madre y se una a su mujer, y son los dos una sola carne. De está manera, el marido y la mujer que por el pacto conyugal ya no son los dos sino una sola carne, con la unión íntima de su persona y actividades que sostienen

mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente.

E) Singularidad.

La unidad trae consigo la singularidad que significa la unión entre un solo hombre y una sola mujer. Es decir, está prohibida la poligamia y la poliandria. La singularidad (exclusividad), también es consecuencia de la naturaleza humana y del matrimonio.

La unión matrimonial se funda en el amor conyugal. Este es total, al abarcar a la persona en toda su dimensión femenina o masculina. El hombre es único, irrepetible y no divisible, como ya se había expresado. Por lo tanto, la unión y el amor conyugal hace referencia a una sola mujer y a un solo hombre que son irrepetibles y se entregan en forma exclusiva por ser indivisibles. Es decir, no pueden compartirse con otros distintos a los cónyuges, puesto que no habría ya la totalidad de la entrega.

También desde el punto de vista jurídico, como consecuencia de la exclusividad propia de la naturaleza humana y del matrimonio, se exige la monogamia lo que es confirmado desde el punto de vista ético en las sociedades occidentales. Hay que reconocer que en todas las culturas la unidad es una característica matrimonial, puesto que hay algunos países orientales y occidentales en los que se permite la poligamia actualmente.

F) Igualdad.

La igualdad entre cónyuges, que reconoce y protege nuestra actual legislación, no ha sido siempre igual debido a la existencia de la potestad marital que condicionaba o limitaba la capacidad de la mujer.

Por lo tanto, efecto del matrimonio de acuerdo con nuestra legislación vigente es la igualdad de los cónyuges, que es un valor o riqueza y que implica deberes recíprocos para su respeto o incremento.

El amor conyugal requiere igualdad, que es otro de los valores que encontramos y se promueve en el matrimonio. Para lograr la promoción humana y el amor conyugal se requiere que el varón y la mujer sean iguales. El varón y la mujer son iguales ante la ley establece el artículo cuarto Constitucional. Ambos cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar. Ambos tienen en el hogar autoridad y consideraciones iguales y resolverán de común acuerdo todo lo que se presente. La violación al principio de igualdad, puede traer como consecuencia el divorcio.

La igualdad fundamentalmente entre todos los hombres, exige un reconocimiento cada vez mayor. Todos ellos, dotados de alma racional y creados a imagen de dios tienen la misma naturaleza y el mismo origen.

G) Libertad.

La libertad, necesaria para el consentimiento válido como requisito consensual para contraer matrimonio, no se pierde en la vida matrimonial. No hay sujeción de uno al otro, ni sometimiento alguno; su violación puede ser una injuria grave a la persona del otro cónyuge que puede originar el divorcio como sanción.

En el artículo 130 Constitucional fue reformado y suprimido de él la mención al matrimonio como contrato, lo que significa que deja de ser un acuerdo de dos personas para crear derechos y obligaciones que se califican de conyugales. Entendiendo que la omisión al matrimonio como contrato, permite que la naturaleza jurídica de ésta institución pueda ser investigada y definida de acuerdo a su naturaleza como acto jurídico, como alianza, como pacto conyugal, etc. Lo que enriquece al matrimonio mismo. Para su existencia se requiere el consentimiento, y

la validez exige que sea sin vicios. El error, el miedo, y la violencia son causas de nulidad del matrimonio porque, según al artículo. 102 C.C son los cónyuges quienes deben siempre consentir libremente en la celebración del matrimonio.

De la libertad para contraerlo, se deriva que los “esponsales no producen obligación de contraer matrimonio ni puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.”

El consentimiento debe de manifestarse y en el matrimonio debe ser expresado. Su falta hace inexistente al matrimonio y como consecuencia no produce efecto alguno.

Se requiere la mayoría de edad para expresar al consentimiento, a un cuando la edad límite para contraer sea de 16 años en el hombre y 14 en la mujer, en cuyo caso se requiere el consentimiento de los padres.

La libertad interviene decisivamente. Solo pueden contraer matrimonio quienes sean libres. El consentimiento como acto de la voluntad solo puede expresarse por quien es libre. El matrimonio es el acto entre personas libres, que permanecen libres durante el matrimonio, para poder lograr sus fines y promover sus valores les permite fijar y modelar el contenido del matrimonio al distribuirse los cargos y administración del hogar, la contribución económica, decidir sobre la alimentación y educación de los hijos, la administración de sus bienes, sobre la autoridad en el hogar y la libertad, en el último extremo para el divorcio en el cual no es obligatorio a un cuando se de alguna de las causales. La libertad es un valor que se necesita preservar y promover. Será más íntima y completa la unión en la medida en que los cónyuges sean más libres, al excluir lo que impide su unión. El amor hace libres a los cónyuges. El proceso del amor es un proceso en la libertad. Quien ama está dispuesto hacer libre con todos los riegos que la libertad implica.

La libertad humana requiere que se tenga lo necesario para satisfacer las necesidades de la vida digna y humana. La extrema necesidad por un lado, o la extrema riqueza por el otro impiden o esclavizan al ser humano.

En el aspecto religioso la verdadera libertad es un signo evidente de la imagen divina en el hombre. Dios ha querido dejar al hombre al mando de su propia

decisión, para que así busque espontáneamente a su creador y, adhiriéndose libremente al alcance su perfección. El dios creador el que constituye al hombre inteligente y libre en la sociedad.

Por el consentimiento en el matrimonio una parte se obliga con la otra y ambos asumen una responsabilidad para los hijos y para con la sociedad. Expresan el deseo y la voluntad de unirse. Del acto humano nace una institución ante la sociedad, confirmado por la ley divina. Pues el mismo autor del matrimonio, al cual ha dotado de bienes y fines varios, todo lo cual es de suma importancia para la continuación del género humano.

1.8 CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.

A) Absolutas.

Las causas de nulidad absoluta son los impedimentos de parentesco por consanguinidad o afinidad, de ligamen y el parentesco adoptivo (decreto de ley 19.134/71).

Extensivamente implica al supuesto de parentesco adoptivo, la nulidad puede ser demandada por el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento y por los que hubiera podido oponerse a la celebración del matrimonio, esto es, por el cónyuge anterior de uno de los contrayentes, por los parientes de cualquiera de ellos dentro del segundo grado de consanguinidad, por sus tutores y curadores, y por el ministerio público. La limitación impuesta a los cónyuges determina que si ambos conocen la existencia del impedimento, la acción de uno u otro debe ser rechazada; por ello no importa consolidación del matrimonio viciado, ya que el juez podrá decretar la nulidad a pedido del ministerio familiar, que es parte en el proceso de nulidad.

B) Relativas.

La nulidad relativa del matrimonio tiene lugar, cuando se contrae con alguno de los restantes impedimentos dirimentes falta de edad, locura temporal, consentimiento viciado, o mediando impotencia curable del varón.

1) Falta de edad legal:

En este caso, la nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación habrían podido oponerse a la celebración del matrimonio que son sus padres, su tutor, y el asesor de menores que desempeñan su representación promiscua.

2) Locura:

La acción puede ser deducida por todos los que hubieran podido oponerse al matrimonio, es decir, los parientes de los contrayentes dentro del segundo grado de consanguinidad, el curador del demente y el ministerio público, por el propio loco si no hubiese continuado la vida marital después de recobrada la razón, y por el otro cónyuge si hubiera ignorado la incapacidad al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiese hecho vida marital después de conocerla.

3) Vicios del Consentimiento:

En este caso la nulidad únicamente podrá ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el error, el dolo o la violencia. Ésta acción se extingue para el marido si ha habido cohabitación durante tres días después de conocido el error, el dolo, o de suprimida la violencia, y podrá la mujer durante treinta días después. Se fija un periodo apreciablemente más largo para que caduque la acción de la mujer, en consideración a la mayor dificultad que pueda presentar para ella la interrupción de la cohabitación.

4) Impotencia:

Resulta perfectamente claro que la imposibilidad que la ley se refiere es la imposibilidad de realizar el acto sexual (impotentia coeundi) y no la impotencia de generar (impotentia generandi), que es esterilidad y no impotencia.

La disposición legal establece tres requisitos con relación a ésta causal de nulidad del matrimonio: debe ser absoluta, manifiesta y anterior a la celebración del matrimonio. Pero la interpretación de los dos primeros ha sufrido un cambio fundamental desde la sanción de la ley del matrimonio hasta nuestros días. Así, para la jurisprudencia primitiva, y aun para autores de la primera mitad de este siglo Prayones y Lafaille, debía entenderse por impotencia absoluta la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con cualquier persona de otro sexo, por la oposición a la relativa, que supondría esa imposibilidad con persona determinada. Y el carácter de manifiesta habría estado dado por la circunstancia de ser fácilmente perceptible por los sentidos: para Machado debía consistir en la carencia de órganos sexuales, para J.M. Guastavino en su notoria imperfección, y para Lafaille en tener causas anatómicas o fisiológicas, pero no psíquicas. Esos criterios tan estrechos de interpretación hacían prácticamente imposible la aplicación de ésta causal, de modo que la realidad debida exigía una apreciación más amplia, que se ha logrado en forma unánime en la doctrina y en la jurisprudencia actual.

El concepto de impotencia absoluta cambio radicalmente a partir de un fallo de la cámara civil segunda del 02 de Octubre de 1915, que señalo la irrelevancia de la posibilidad de las relaciones sexuales con un tercero si es que no se las puede tener con el cónyuge. Es lógico, pues lo que importa es que pueda consumarse la unión matrimonial y que no puedan cumplirse actos que la propia ley prohíbe. Por impotencia absoluta debe entenderse, pues, la imposibilidad total categórica, cierta e inequívoca y unión sexual con el otro cónyuge, ya que su realización con un tercero es un acto prohibido por la ley.

También ha cambiado el carácter de manifiesta. No se entiende ya que sea necesaria su percepción a simple vista, si no que es preciso que resulte fehacientemente comprobada como prueba seria de la imposibilidad del trato sexual

de los esposos; ordinariamente es necesario el informe de los peritos médicos acerca de ella, y no quita el carácter de manifiesta la circunstancia de que el juez deba apoyarse en sus conclusiones para estimarla probada.

Por lo tanto, no existen ya dudas de que no es necesario que la impotencia responda a causas orgánicas (impotencia física). También se admite la llamada "impotencia psíquica", es decir, la que no responda a causa de ésta índole. Pero Neiro Rojas ha criticado por imprecisa tal denominación, señalando que deben distinguirse fuera de la impotencia orgánica la impotencia fisiopática, de causas mixtas en partes funcionales y en partes orgánicas, y la pseudo impotencia, que si es de origen puramente psíquico.

En cuanto al último requisito, el de que sea anterior al matrimonio, simplemente significa que no está incluida la que aparezca después; en cambio puede haberse puesto de manifiesto con motivo o en ocasión del matrimonio lo que es relativamente frecuente, y entonces se presume anterior.

Está uniformemente admitido que la impotencia no solo puede afectar al hombre, sino también a la mujer. Respecto de ella, puede ser física, orgánica u obstructiva, por defectos de conformación de los orgánicos genitales, y también neurótica así como psíquica; en todos los casos puede impedir absolutamente al coito. Pero no está configurada por la simple negativa del acto sexual si le es posible, ni tampoco por mera frigidez, que no lo impide.

1.9 VARIAS POSICIONES DOCTRINALES.

a) Contrato.

Concepción contractual civil. Uso habitual en los juristas medievales posteriormente en los conocidos tratados de "iustitia et de iure" reducir las fuentes de derecho a dos: "La lex y el contratus". En cuanto a las posibles causas de las obligaciones jurídicas, al contrato se añadía de acuerdo a la doctrina justiniana el cuasi contrato, el delito y

el cuasi delito. Al filo de estas ideas, fue común, y lo sigue siendo hasta nuestros días, calificar al matrimonio de “contratus”, de un contrato. Con ello se quiere significar que el vínculo matrimonial, los derechos y obligaciones de los cónyuges tienen su origen y su causa en el mutuo consentimiento. Su causa y origen no su delimitación y configuración, puesto que los derechos y obligaciones conyugales están delimitados y configurados por el derecho natural.

La concepción contractual civil sé remota en las opiniones de los canónicos disidentes, que sustentaban la idea de la separabilidad entre el contrato y el sacramento. Ésta concepción fue elaborada en Francia y constituyó la base de la secularización del matrimonio producida tras la revolución de 1789. Alcanzó su máxima expresión legislativa en la Constitución de 1791, la que consideró al matrimonio como un contrato civil. Podemos considerar que también fue opinión unánime de los juristas del Siglo XIX y persisten aún en nuestro siglo.

Con base en las ideas de unos teólogos de los Siglos XV y XVI que sostenían la separabilidad entre el sacramento y el contrato de matrimonio, los filósofos del Siglo XVIII (especialmente Montesquieu y Voltaire) resolvieron separar el contrato del sacramento, sometiendo el primero a la ley civil y el segundo dejándolo a la iglesia.

Entre los juristas, ya Pothier calificaba al matrimonio de contrato y lo señala como el más excelente y antiguo de todos ellos, “excelente por ser el que más interesa a la sociedad civil y antiguo por haber sido el primero realizado entre los hombres.

“El acto constitutivo del vínculo es ciertamente el acuerdo de voluntades de los cónyuges: las circunstancias de ser un acuerdo cuyas consecuencias vienen marcadas rígidamente por el ordenamiento jurídico no lo priva de carácter contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción del contrato.”⁹

“Por considerar que el elemento esencial es el acuerdo entre las partes, la opinión de que es un contrato sea generalizado, aun cuando no se determine que clase de

⁹ Fontan Balestra, Derecho de Familia, tomo I, Librería Bosch, Barcelona 1974, Pág. 25

contrato, aunque desde luego los autores encuentren diferencias con los contratos patrimoniales, y una serie de limitaciones a la voluntad que no aparecen en los contratos en general, y para algunos al exceder a los límites de las figuras contractuales clásicas, inducen a considerar el matrimonio como un negocio jurídico bilateral de contenido amplio, por eso hablan de negocio jurídico bilateral de orden familiar y carácter solemne.”¹⁰

Por su parte, Planiol y Ripert reconocen que aun cuando el matrimonio “es una institución y constituye un acto complejo, tiene también carácter contractual”. Sin embargo admiten que en el matrimonio existe una naturaleza mixta. “ Señalan que el matrimonio se consideraba como contrato civil, pero en el siglo XX se ha criticado severamente este concepto, habiéndose considerado el matrimonio como una institución, y se requiere expresar con ello que constituye un conjunto de reglas impuestas por el estado que conforma un todo y al cual las partes no tienen más que adherirse...

Señalan que el matrimonio es una institución natural y de orden público y por eso se explica que sea obra del representante del estado, pero agregan que no por lo dicho el matrimonio deja de ser un contrato aunque al mismo tiempo sea una institución.”¹¹

Por su parte Magallón Ibarra expresa, “tenemos conciencia de que el concepto tradicional del contrato a sufrido una metamorfosis y una crisis derivada del intensivo desarrollo de la civilización material, de la revolución laboral e industrial, intercambiando gradual y explosivo del comercio, del cambio en la naturaleza de las riquezas, del lamentable aumento del poder del estado en decremento de la voluntad humana habiendo todo ello repercutido necesariamente en la forma de la legislación.”¹²

El autor agrega que, la transformación profunda que ha sufrido la fisionomía del contrato que se releva en la reglamentación cada día más estrecha de sus formas, sean ellas en la compraventa de mercancías a granel o en la de muebles a plazos y

¹⁰ Rafael Rojina Villegas, Derecho de Familia, tomo I, Antigua librería Robredo, México 1950, Pág. 264

¹¹ Rafael Rojinas Villegas, op. cit., tomo I, Pág. 265

¹² Jorge Mario Magallón Ibarra, El matrimonio Sacramento-Contrato-Institución, tipografía, Editorial Mexicana, S.A; México 1965, Pág. 321

con reserva de dominio, en la de inmuebles con las condiciones de su fraccionamiento y aun en los valores bursátiles, o hasta la venta de billetes de lotería, y hasta el contrato de trabajo que por su parte ha dado origen a toda una nueva disciplina jurídica, han conducido a Ripert a estudiar la situación en el régimen democrático y en el derecho civil moderno atribuyendo todo ello a un reflejo de socialismo del estado, que le impone ha este la obligación de velar sobre todos los contratos privados, para que no trastorne la economía dirigida.

Continúa expresando que la idea moderna del contrato implica una sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias, que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada, en muchas ocasiones la declaración de la voluntad es ya solo necesaria para reconocer la sumisión de una de las partes a la situación impuesta por la ley.

Abunda en está concepción contractualista del matrimonio, al señalarse que es un “derecho viviente” por la larga tradición legislativa que en México lo han considerado contrato, expresando que el legislador puede equivocarse, pero la figura del contrato matrimonial soporta todas las embestidas porque la técnica no ha podido encontrar otra forma jurídica para estructurarla legalmente.

Hervada y Lombardia señalan una precisión que consideran elemental sobre el tema de matrimonio. El matrimonio no es un contrato, por la sencilla razón de que es una relación jurídica. El contrato lo será, en todo caso la causa del matrimonio, el pacto conyugal. La cuestión de contrato reside pues, en la naturaleza jurídica del pacto conyugal, por supuesto tiene reflejos en el modo de entender la configuración de la relación jurídica matrimonial.

Bonnecase es a quien los autores citan como predominante contrario a la tesis contractualista y en síntesis opone lo siguiente:

El contrato dentro del código civil se encuentra reglamentado dentro del derecho patrimonial; en cambio el matrimonio se refiere más a los valores familiares y conyugales.

En el contrato la supremacía de la voluntad es la regla; en cambio en el matrimonio se encuentra fuertemente limitada.

Desde el punto de vista de su formación, Bonnecase señala las diferencias que existen con los contratos en general, en donde el consentimiento es ilimitado y los vicios del mismo, con relación a la nulidad, tienen aplicación diversa en el matrimonio, no existiendo el dolo en el contrato matrimonial.

En lo que respecta a la intención de la voluntad también hay diferencias. Aplicándolo a nuestro derecho, encontramos que en los contrato civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, en general en el código civil se habla de la intención de los contratantes y del consentimiento, el que está limitado en el matrimonio.

En cuanto a la disolución, los contratos pueden disolverse por acuerdo entre ambos contratantes. En el matrimonio la disolución requiere la resolución de un funcionario especial.

La formalidad y solemnidad es muy especial en el matrimonio. La compraventa valdrá simple y sencillamente por la voluntad autónoma de las partes sin otro requisito salvo las disposiciones que deben observarse. La formalidad es ante notario, y es muy distinta a la solemnidad para la celebración y perfeccionamiento del matrimonio sin el cual el matrimonio sería inexistente, a pesar de la voluntad de las partes, lo que implica una dimensión distinta a cualquier otro contrato.

El matrimonio solo puede celebrarse ante el oficial del registro civil, y los contratos donde quieran las partes y ante el notario que deseen en caso de formalidad.

En cuanto a la capacidad de celebración del matrimonio es diferente; en el matrimonio la edad requerida es menor que la que se requiere para la celebración de los contratos.

Como ya pudimos observar oportunamente, en general en el derecho familiar el mandato es ilimitado, y no lo hay en la vida matrimonial. En el matrimonio el

cumplimiento de los derechos y obligaciones es privativo de los cónyuges, en cambio los derechos y las obligaciones que nacen del contrato pueden cumplirse por terceros.

Se encuentran prohibidos los términos y condiciones dentro de la limitación de voluntad en el matrimonio. En el matrimonio se encuentran más claras las reglas impuestas por el estado, aun cuando, como hemos visto, en todo el aspecto contractual la intervención estatal es evidente en beneficio de la comunidad.

Como una modalidad a la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión toda vez que los consortes no pueden estipular derechos y obligaciones distintas de aquellas que imperativamente determine la ley.

Esto no es aceptable, toda vez que en los contratos de adhesión es una de las partes la que formula todas las cláusulas, consigna derechos y obligaciones y, en cambio, en el matrimonio es la ley; es decir, es el legislador quien fija con claridad los requisitos para su celebración, así como los derechos y obligaciones de los cónyuges.

b) Estado Jurídico.

Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos en virtud de que constituyen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida. En este sentido, el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los miembros una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial. Además, el matrimonio se presenta como un estado de derecho en oposición a los simples estados de hecho. La ley puede reglamentar estados permanentes, tomando en cuenta ciertas situaciones naturales, como ocurre en materia de servidumbre por desnivel de los predios, o con el

subsuelo minero para originar la propiedad del estado; o bien puede referirse a relaciones humanas, que por implicar derechos y obligaciones derivadas de un acto jurídico, constituyen verdaderos estados de derecho. Así es, como podemos distinguir los estados de hecho que nacen de hechos jurídicos y los estados de derecho que nacen de los actos jurídicos.

También cabe distinguir los estados naturales y los estados del hombre, en primer caso se trata de situaciones derivadas de hecho que son independientes del hombre, pero que en el derecho organiza para establecer múltiples consecuencias, como sucede con los ejemplos en materia de servidumbres y de propiedad del estado sobre el subsuelo. En el segundo caso se comprende aquellas situaciones permanentes relacionadas con el hombre que la ley regula así mismo, tales como el parentesco consanguíneo, el concubinato y el matrimonio.

Los estados del hombre pueden ser estados de hecho y estados de derecho según que nazcan de hecho o de actos jurídicos. Por ejemplo, el concubinato es un estado de hecho y el matrimonio es un estado de derecho.

En el parentesco tenemos estados del hombre que a su vez pueden ser de hecho o de derecho. Verbigracia: el parentesco consanguíneo que nace de un hecho y constituye un estado también de hecho en cambio el parentesco por adopción que nace de un acto jurídico constituye un estado de derecho.

Refiriéndose ya al matrimonio lo caracterizamos un estado de derecho en oposición al concubinato que es un simple estado de hecho. En ambos casos existen analogías desde el punto de vista de que constituyen estados del hombre debidos a la unión sexual más o menos permanente, pero en tanto que el matrimonio es un estado de derecho sujeto a un estatuto jurídico que origina derechos y obligaciones entre los consortes, creando una forma permanente de vida regulada en constitución, en sus efectos y en su disolución por la ley, en el concubinato no encontramos esas regulaciones normativas, a un cuando si producen determinadas consecuencias jurídicas.

C) Acto Jurídico.

Entre varias posiciones que la doctrina ha adoptado, se le considera también como el acto jurídico, en cuanto procede de la voluntad de los esposos, pero no contrato ya que no tiene naturaleza económica, y de aquí derivan distintas conclusiones de actos jurídicos.

El matrimonio como acto jurídico – condición se debe a León Duguit. De fine al acto–condición, referido al derecho constitucional “ como el acto jurídico que tiene por objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan en realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua.”

“En el derecho privado tenemos también situaciones semejantes en el matrimonio y en la tutela. Por virtud, el matrimonio se condiciona la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes de forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.”¹³

Se le considera también como un acto jurídico mixto, como distinción entre los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos privados. En los últimos solo intervienen particulares, en los públicos intervienen los organismos estatales, y en los mixtos hay la concurrencia de los particulares y también de funcionarios públicos, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El papel constitutivo lo tienen él representante oficial que declara unida a la pareja.

Gran parte de la doctrina moderna sostiene que el matrimonio es un acto jurídico familiar. Claro está que se trata de caracterizar el acto de celebración del matrimonio, de modo que esta posición no es incompatible con ver en el matrimonio-estado una situación no solo social sino también jurídica.

¹³ Rafael Rojinas Villegas, op. cit., tomo I, Pág. 276

Los autores que aceptan que el matrimonio sea un acto jurídico discuten si se trata de un simple acto bilateral, o si la intervención oficial en su celebración lo convierte en un acto complejo. En Argentina Spota entiende que “hay acto complejo todas las veces que la celebración y perfeccionamiento del negocio jurídico depende, no solo de una o varias declaraciones de voluntad que hayan en un pie de igualdad jurídica, sino también de otra declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quien o quienes formulan aquellas declaraciones; esta última voluntad no sería un asentamiento, aprobación o autorización sino otra declaración de voluntad que integra el acto.

La celebración del matrimonio constituirá así un acto jurídico bilateral en cuanto a que las partes son los dos contrayentes, pero también sería complejo en cuanto a que su perfeccionamiento depende de una declaración de voluntad constitutiva, la del oficial público; no habría yuxtaposición de los actos jurídicos ni complejo de actos jurídicos, ya que la intervención oficial pública no sería un acto jurídico por sí mismo sino integrante del plexo de voluntades del cual surge el matrimonio.

La opinión de Spota ha sido refutada en la doctrina italiana por varios autores fundamentalmente porque el vínculo nace de la voluntad de los contrayentes, en tanto que la del estado no tiene el mismo valor ni puede ser puesta en el mismo plano que en las declaraciones de voluntad de los esposos...” que la declaración del oficial no es de voluntad sino de ciencia, no declara una voluntad discrecional del estado de unir a los novios en matrimonio sino que los proclama unidos no porque quiere sino porque debe, quedando enteramente en merced de la voluntad de los novios ritualmente manifestada.”

Para conocer lo que es el matrimonio tendremos que responder a una serie de preguntas que la filosofía presenta siempre y que son: ¿Cuál es la causa del matrimonio? ¿Cuál su esencia? Habiendo presentado las distintas opiniones sobre la naturaleza jurídica, las que llevan implícitas las tres preguntas.

¿Cuál es la causa del matrimonio? (Etimología del matrimonio). El matrimonio tiene su causa en el consentimiento “ pero el consentimiento es la manifestación del amor y el amor, a su vez, es un efecto de la diferencia establecida entre los sexos por el

autor de la naturaleza...”. La causa general, es decir por la que la mayoría de las parejas en México se casan es el amor, pero la causa eficiente es el consentimiento. No debemos olvidar que muchas causas se orientan al interés, razones políticas y de otras conveniencias.

En relación a su esencia (ontología del matrimonio) observaremos que el matrimonio es la unión de dos personas, de un hombre y una mujer, que desde el punto de vista jurídico se traduce en un vínculo jurídico, que protege la unión plena y estable de los sexos. Este vínculo jurídico genera un estado de vida, de que también debemos buscar su esencia como una comunidad de vida entre hombre y mujer.

La naturaleza del hombre está abierta al matrimonio y tiende a él; al propio tiempo, el matrimonio se proyecta como posibilidad que debe ser respetada por los demás (Derecho de contraer matrimonio). Esta apertura y esta tendencia son la vocación a que responde cada uno de los hombres, como elección posible de una opción de vida. Es decir, el matrimonio deriva de la estructura íntima u ontológica del ser humano, y ahí debemos estudiar para derivar las consecuencias jurídicas en esa unión. Estimo, que el hombre solo puede desarrollarse plenamente en el matrimonio; la humanidad es sexuada, y la integración de ambos, como complementarios hace posible el desarrollo de cada uno, porque la virilidad está ordenada a la feminidad, y está a la virilidad; es decir, se encuentra el complemento en el otro sexo.

La estructura jurídica del matrimonio, por lo tanto, está determinada por la exigencia inherente a esa estructura natural del matrimonio. Siendo una inclinación natural del ser humano y estando en su naturaleza los fines, se presentan como una exigencia en orden a su realización y una exigencia con relación a los propios cónyuges frente a los demás. Estas exigencias se presentan frente a cada cónyuge y frente a los demás como exigencias de justicia, por ser el hombre un ser personal; así esta inclinación natural al matrimonio se convierte entre cónyuges en una exigencia de justicia, como debe ser de naturaleza jurídica.

El matrimonio comporta un hecho social, que consiste en que el hombre y la mujer viven como cónyuges. Debemos tomar en cuenta que este hecho social, en sí mismo no es propiamente el matrimonio. Dos cónyuges pueden vivir separados, no

vivir como cónyuges, con todo estar casados, estar unidos en matrimonio. Por el contrario, un varón y una mujer pueden vivir como cónyuges, con todas las características del hecho social del matrimonio, intención de perpetuidad, generación y educación de la prole, mutua ayuda etc. y sin embargo no existiera el verdadero matrimonio, bien ignorándolo las partes (caso del matrimonio nulo llamado putativo), bien a sabiendas (concubinato).

Esto que es fundamental para entender el matrimonio y consiguientemente para entender algunas cuestiones de gran importancia nos pone de relieve la necesidad de distinguir en el matrimonio la estructura jurídica su elemento constituyente la realidad social o desenvolvimiento vital del dinamismo matrimonial.

Aquí podemos preguntarnos entonces qué es lo esencial del matrimonio, y responder que evidentemente es la unión marital de un varón y una mujer, los esposos unidos, y el nexo que los une no es solo una realidad social (el hecho social de vivir unidos), sin un vínculo jurídico, puede ser la supervivencia del amor, pero en caso de que este no continúe, la relación jurídica existe en cuya virtud son realmente marido y mujer.

Con lo anterior podríamos diferenciar al matrimonio de concubinato, porque el primero significa haberse unido los cónyuges mediante el nacimiento del vínculo jurídico, que se establece con las formas y solemnidades prevista por la ley.

Debemos tomar en cuenta que el matrimonio se constituye por el consentimiento y sobre el amor conyugal, pero que la carencia de este o la voluntad de las partes no puede ser solo la causa de disolución del vínculo, porque de su constitución nacen derechos y obligaciones que no pueden desaparecer sin causar graves perjuicios, a los cónyuges, a sus hijos y a la sociedad.

Creo que la confusión habida en la doctrina, en la determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio deriva, en buena parte, al no haber tomado en cuenta que dentro del término matrimonio se comprende tanto el acto constitutivo como el estado de vida que se genera de este acto constitutivo. Debemos tomar en cuenta

estos dos conceptos para estudiarlos individualmente. Aun cuando se refieren a las mismas personas tienen efectos diversos.

Se parte de la base que el matrimonio es una institución en el sentido expresado por Bonnacase. Pero como el término institución se aplica a muchas instituciones jurídicas, en si no se define al matrimonio, por lo que hay que buscar cuáles son los elementos que identifican la institución matrimonial y la diferencia de otras instituciones jurídicas que en el derecho existen. La naturaleza jurídica del matrimonio comprende, tanto el acto constitutivo como el estado de vida que se genera de él.

El mismo término técnico de matrimonio designa dos realidades; por una parte, una institución jurídica que comprende el conjunto de las reglas que presiden la organización social de la unión de sexos y de la familia natural, y por otra parte, un acto jurídico que se concreta a la celebración de está unión ante el oficial del registro civil y cuyo único objetivo es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio. Ver él termino técnico de matrimonio único o principalmente el acto jurídico del matrimonio, es deformar totalmente la realidad, tomar el accesorio por lo principal, y más bien un simple elemento externo por la institución misma.

Por lo demás, no significa esto que el acto jurídico del matrimonio no sea un acto jurídico complejo, en virtud de reunir en si tanto el consentimiento de los esposos como la participación del oficial del estado civil, que complementa este consentimiento. Pero su función permanece siempre externa, subordinada en relación a la organización jurídica del matrimonio.

Estimo que aun cuando es cierto que existe una institución consistente en el conjunto de reglas, el acto jurídico genera una comodidad o estado de vida, que evidentemente se sujeta al conjunto de reglas que presiden al matrimonio.

Para poderlo comprender mejor se puede observar el cuadro expuesto en la página diez.

D) Acto Constitutivo.

Para entender este acto conviene estudiarlo desde tres tipos de vista que son:

1) Los contrayentes:

Debemos partir de un hecho indudable, que el matrimonio se contrae por el libre consentimiento de quienes desean celebrarlo; es decir, la pareja de hombre-mujer por el consentimiento se transforman en cónyuges, la existencia del consentimiento no nos obliga, necesariamente a calificar el acto constitutivo como contrato, aun cuando sea cierto que para la celebración del contrato se requiere la manifestación de la voluntad. Entendiendo que tampoco se excluye el consentimiento por el hecho que el interés de la sociedad y del estado se manifiestan claramente en la estricta regulación sobre la celebración del matrimonio, sus fines, derechos y obligaciones porque sí bien es cierto que la voluntad se encuentra restringida no está suprimida porque impediría la celebración del matrimonio. No es una restricción en cuanto al acto volitivo, sino una restricción en cuanto a la forma de solemnidades para su celebración, y en cuanto al objeto y fines efectos jurídicos que del acto constitutivo surgen. No podemos desconocer que la vida matrimonial no es igual en una pareja que en otra, lo que significa que los derechos y obligaciones tienen grados de cumplimiento o de ejecución y que, que la integración conyugal depende de esa intensidad, de esa donación, entrega y responsabilidad de los cónyuges en cumplir sus deberes conyugales. Estas exigencias jurídicas derivan del matrimonio como institución natural que tiene sus propios fines objetivos y consecuencias que no se pueden variar si es que matrimonio se quiere hablar, por lo cual al incorporarse el derecho se le acepta como es, con esa rigurosa y específica reglamentación.

El consentimiento nos indica la existencia de un acto jurídico que se califica por su naturaleza el acto jurídico conyugal. Es diverso al contrato pues aunque este participa de la naturaleza de los actos jurídicos está referido a los bienes de naturaleza económica, es decir valorables en dinero. Participa del género de los actos jurídicos, pero es una especie de ellos referida a las relaciones jurídicas

familiares, que le dan una característica especial según se aprecia del estudio del acto jurídico familiar.

Las reglas del derecho y las instituciones jurídicas, solo se aplican efectivamente a los diversos interesados susceptibles de aprovechar o sufrir sus consecuencias, en virtud de un acto o hecho jurídico. Por lo tanto el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o una institución jurídica, en contra o a favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación y extinción de una relación del derecho. Por lo tanto, el acto jurídico pone en movimiento una regla del derecho una institución jurídica.

Es un acto mixto por la intervención del oficial del registro civil y gratuito, que tiene por objeto constituir un vínculo jurídico entre un hombre y una mujer.

2) Participación del oficial del registro civil:

El matrimonio es un acto jurídico no solo formal, sino también solemne, y para su existencia requiere la presencia de un funcionario que represente al estado, que en nuestro país es el oficial del registro civil. Esta presencia del representante del estado es lo que ha motivado, a que algunos autores consideren al matrimonio como un acto de poder estatal, y a otros que es un acto mixto, porque están presentes no solo la voluntad de ambos contrayentes, sino una tercera que es el representante del estado.

Ahora bien, ¿Cómo entender y que alcance dar a esta participación del oficial del registro civil?

La intervención del estado algunos la destacan al comprobarla con las que en orden a determinados actos realiza el notario u otro funcionario público, como por ejemplo, el testamento y la donación etc. No es una mera forma de solemnidad al acto; tampoco puede decirse que el oficial del registro civil ejerce aquí las funciones de

fedatario atestando la existencia de consentimiento de los esposos, constatando la concurrencia de los requisitos necesarios al matrimonio y acreditando la celebración de este, su función es, por lo contrario esencialmente constitutiva porque es el funcionario público quien, recibiendo la declaración de los contrayentes, los declara cónyuges ante la ley constituyéndolos entre ellos la relación matrimonial. Esto es lo que ha permitido a Cicu a declarar que el estado es el que une al matrimonio.

El matrimonio es una institución natural y de orden público y por eso se explica que es obra del representante del Estado; al oficial del Estado Civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne. Por eso se explica también que los esposos no pueden en modo alguno modificar los efectos de matrimonio, ni poner fin a él por el mutuo disensus y que la teoría de las nulidades del matrimonio, se aparta de las nulidades contractuales del Derecho.

En relación a lo anterior, el comentario posible es que la intervención de un funcionario del Estado no es lo que impide a los cónyuges a modificar los efectos del matrimonio, esto se debe a que el matrimonio es inmodificable por naturaleza y el derecho así lo acepta y lo reglamenta. Sin embargo, no podemos olvidar que son las partes conyugales quienes lo constituyen al aceptarse.

3) Unión de vínculo:

Que el matrimonio sea un acto jurídico plurilateral y mixto en el que intervienen además de los contrayentes, un funcionario administrativo, no nos dice aun lo que es la esencia del matrimonio. Hemos adelantado al considerarlo como un acto jurídico conyugal plurilateral y mixto, pero nos hace falta saber que se pretende. Es decir cuál es su objeto.

Por el matrimonio se une un hombre y una mujer. No es como cualquier unión que puede haber, sino una unión en la que comprometen sus vidas permanentemente, en donde se toma la totalidad de la persona es decir es su aspecto corporal en su relación sexual, y en su aspecto espiritual, de tal manera que esa unión es plena y

comprometida. Esta unión tiene consecuencias jurídicas: genera un vínculo jurídico el cual emanan, derechos y obligaciones. Es decir el acto jurídico conyugal podríamos considerarlo más específicamente como un pacto conyugal que es la causa eficiente del matrimonio.

Jémolo “reconoce que la formación del vinculo nace de la voluntad de las partes y obtiene eficacia por disposición de la ley, pero no por su especial voluntad del estado mismo, que mediante la ley no lo declara si no lo reconoce.”¹⁴

El matrimonio, la unión conyugal de varón y mujer, es una relación abierta que implica necesariamente el ejercicio de la libertad y, por consiguiente la posibilidad de elección.

Elección en un doble sentido, elección el cónyuge y elección del momento a partir del cual se queda constituido el cónyuge, por lo tanto la causa y el constitutivo de la unión conyugal reside en un acto bilateral que une o vincula a la pareja por virtud de la cual el varón puede decir que la mujer es suya “no en sentido de posesión sino de relación y justicia” y viceversa. Relación de justicia porque habla de lo tuyo y de lo mío, porque ambos contrayentes al expresar su consentimiento crean el objeto del matrimonio con las obligaciones y derechos, y a través de ellos, se donan se entregan y la justicia se refiere a dar a cada quién lo suyo, lo que corresponde acuerdo al compromiso jurídico libremente asumido por los contrayentes por lo cual se establece el vínculo jurídico.

Este vínculo jurídico es la relación típica del derecho familiar en el aspecto conyugal, de este vinculo surgen relaciones jurídicas complejas del matrimonio, y tienen como efecto constituir a dos personas en relación específica de cónyuges.

Puntualizando lo anterior podemos decir que “el matrimonio no es solo un vínculo de unión, sino un varón y una mujer unidos entre sí. Es cierto también lo hemos dicho, que esa unidad en la que consiste el matrimonio no es solo una situación de hecho, sino comparte esencialmente un nexo o vínculo calificable de jurídico. Más todavía, ese vínculo es principio formal y marca la diferencia entre matrimonio y otras

¹⁴ Jorge Mario Magallón Ibarra, op. cit., Pág. 212

situaciones de uniones no matrimoniales. Todo lo cual nos indica que el vínculo jurídico es el principio formal, pero no toda la esencia del matrimonio.”¹⁵

Con base a lo anterior podríamos entender por vínculo jurídico el nexo primario y básico que une a los contrayentes como tales, y en el cual están radicalmente contenidos todos los derechos y obligaciones conyugales.

E) Estado de Vida.

El matrimonio tiene un sentido personalista. Es una relación interpersonal única, que se realiza entre dos personas creando una comunidad de vida.

En este sentido el matrimonio puede considerarse como una comunidad de vida, cuyas relaciones interpersonales son fundamentales y le dan sentido.

El amor conyugal consiste en el ofrecimiento interpersonal, y tiende a la felicidad de ambos cónyuges. El respeto a la personalidad heterosexual se encuentra en la comunidad, es decir, respeto a las peculiaridades del otro sexo, que no hay que ignorar ni despreciar. También como efectos de la relación interpersonal está el respeto de la conciencia de la otra parte en cuanto a la apreciación moral en los diversos hechos y actos, incluidos el sexual, y la responsabilidad mutua en cuanto a la amistad matrimonial, el mutuo acuerdo en el aspecto de paternidad responsable, la mutua comunicación y consulta en las materias importantes de la vida conyugal y familiar.

El matrimonio es esencialmente personal. Son dos que se casan, dos que se comprometen a realizar un matrimonio, y dos que se comprometen a realizar una comunidad íntima.

Desde el punto de vista jurídico caben dos posibilidades. La primera, aceptada por muchos autores, concibe al matrimonio estado, como una relación jurídica bilateral de intercambio de prestaciones entre marido y mujer, lo que me parece que, siendo

¹⁵ Javier Hervada y Pedro Lombardia, op. cit., Pág. 199

cierto, no explica todo lo que es el matrimonio estado. Otra postura consiste en entender al matrimonio como una comunidad y en consecuencia pertenece al género de las relaciones jurídicas comunitarias.

El término jurídico de comunidad, aun cuando tiende a lo económico, habrá también que orientarlo a los deberes conyugales que no salen de contenido económico. Por comunidades se entiende la “atribución a varias personas de uno o más derechos o bienes. La comunidad constituye el género de la que la copropiedad o condominio constituyen la especie.”¹⁶

Comunidad significa un grupo de personas entre las que hay concordia y posesiones comunes y por lo tanto relaciones de solidaridad.”¹⁷

Si nos referimos a la institución en el sentido más general como “colección metódica de los principios o elementos de una ciencia, arte, etc.”, podemos aceptar que la comunidad sea una institución. Pero si se pretende que institución signifique un determinado grupo social duradero, en el que hay un objetivo permanente, más allá de los caracteres concretos de cada momento, y este grupo tiene una existencia que trasciende a las personas que integren, no encuentro posibilidad de que la comunidad matrimonial a la que nos referimos, entre dentro de este concepto de institución, porque, como hemos visto, las relaciones matrimoniales son personalísimas y solamente se da esa relación mientras los cónyuges son tales, concluyendo la vida de la comunidad cuando se separan o alguno muere. Es decir no hay trascendencia a las personas que integren la comunidad matrimonial.

¹⁶ Rafael de Pina, Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México 1989, Pág. 123

¹⁷ Javier Hervada y Pedro Lombardia, op. cit; Pág. 216

CAPÍTULO II

DELITO DE VIOLACIÓN.

2.1 CONCEPTO Y PRECEPTO LEGAL DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

El delito de violación lo podemos definir como el más grave de los delitos sexuales, el cual se lleva a cabo mediante la imposición de la cópula a persona de cualquier sexo sin la voluntad de la misma, utilizando la fuerza física o moral, quedando la conducta del actor adecuada a lo prescrito por el tipo penal.

Los medios violentos de comisión implican graves peligros a la paz, seguridad e integridad de la persona víctima de tal ofensa.

Es por eso que en todos los pueblos a través de la historia el delito de violación se ha castigado con gran severidad.

En un concepto generalizado de lo que es el delito de violación, podemos decir que este se constituye por el acceso carnal normal o cualquier otro elemento distinto al miembro viril, sin la voluntad de la víctima, mediando la violencia física o moral.

La definición legal la encontramos enmarcada en el capítulo I denominado violación del código penal para el D.F. en su artículo 174 que a la letra dice:

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

Se entiende por cópula, la introducción del pené en el cuerpo humano por vía vaginal, anal o bucal.

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia física o moral.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrá la pena prevista en este artículo, en estos casos el delito se persigue por querrela.”

Y en materia Federal para toda la república está en el título decimoquinto capítulo I del Código Penal Federal artículo 265 que a la letra dice:

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

Para 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.”

2.1 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.

En este delito el bien jurídico objeto de tutela penal es la libertad sexual que tiene toda persona de copular con quien ésta elija por su voluntad, por lo cual dicho artículo está protegiendo la libertad que tiene el individuo sexualmente.

Para dejar más claro este concepto tomare las opiniones de varios autores a este respecto que sostienen las siguientes tesis:

- I) Los que estiman como bien jurídico tutelado, en este delito, la libertad sexual de cada persona.
- II) Los que entienden como bien jurídico protegido la libertad individual.
- III) Los que sostienen que el bien jurídico protegido en el delito de violación es la honestidad, es decir, el pudor individual.
- IV) Dentro de este grupo se encuentran los que consideran que el bien jurídico protegido por este delito no es ni siquiera aquel de la libertad sexual, y que el objeto de la tutela penal es la inviolabilidad carnal.

A todas estas teorías se apegan los diferentes autores según su criterio del bien jurídico protegido, en el delito de violación, por lo cual enunciaré los más relevantes en cuanto a mi opinión personal.

Carrancá “sitúa la violación carnal dentro de la categoría dentro de los delitos que atacan el pudor individual.”¹

Eusebio Gómez “La violación implica desde luego un ataque a la libertad sexual, pero no es ella el bien jurídico que con este delito se lesiona, sino el sentimiento de pudor, que resiste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad.”²

Cuello Calón y Soler consideran que el bien jurídico protegido en este delito, no puede ser otro que la libertad sexual y de idéntica opinión es Fontán Balestra cuando dice: “El bien jurídico lesionado por la violación es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual y prescindir de ella si así le place.”³

González de la Vega también acepta este último criterio al sostener: “el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito concierne primordialmente a la libertad

¹ Carrancá Francisco, Programa del Curso de Derecho Criminal Parte Especial, Vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires 1945, Pág. 104

² Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires 1940, Pág. 47

³ Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo II, Barcelona 1955, Pág. 88

sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje, ya que el violador realiza la fornicación ya sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando su resistencia, o bien por el medio de amago, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves que, por la intimidación que producen o para evitar otros daños, le impiden resistir. Tanto en la violencia física como en la moral, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia erótica.”⁴

Jiménez Huerta “El objeto jurídico protegido en la violación es el derecho del ser humano correspondiente a copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto.”⁵

González Blanco opina que “El objeto jurídico protegido en el ilícito que estamos estudiando es la libertad sexual, en virtud de que los medios violentos que se emplean para obtener la cópula impiden a la víctima determinarse libremente.”⁶

Jorge H. Moras sostiene que “El objeto jurídico protegido en la violación es la libertad sexual como una forma concreta de libertad individual.”⁷

José Ignacio Garona considera que “Tanto el pudor individual, como la libertad sexual y el orden de las familias constituyen los objetos que la ley tiende a proteger en el delito de violación”⁸

Marcela Martínez Roaro comenta que “El bien jurídico protegido en el delito de violación es la libertad sexual, ya que lo que el legislador tomo en cuenta para tipificar el delito de violación fue la agresión que el sujeto pasivo sufría sobre su libertad cuando era limitada en su manifestación sexual; cuando se le coartaba dicha libertad, obligándosele material o moralmente a copular con quien no desea hacerlo.”⁹

⁴ González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1981, Pág. 382

⁵ Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1987, Pág. 268

⁶ González Blanco Alberto, Delitos Sexuales, Ed. Porrúa, México 1974, Pág. 147

⁷ R. Moras Jorge, Los Delitos de la Violación y Corrección, Ed. Edier, Buenos Aires, Argentina, 1971, Pág. 19

⁸ Garona José Ignacio y García, Violación, Estupro y Abusos Deshonestos, Argentina 1971, Pág. 30

⁹ Martínez Roaro Marcela, Delitos Sexuales, Ed. Porrúa, México 1982, Pág. 242

Así pues, considero sin lugar a dudas, como a la mayoría de los autores que el bien jurídico protegido en el delito de violación es la libertad en su aspecto sexual y esto es lo que protege la ley.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica del delito de violación, es la realización de la cópula con una persona, por medio de la violencia física o moral.

2.4 ELEMENTOS DE VIOLACIÓN.

A) CÓPULA

Empezaremos por analizar las diferentes excepciones de esta palabra en estricto sentido, así como la forma en que la utilizaron los legisladores en relación al delito que nos ocupa.

A la cópula suele llamarse también coito, cohabitación, ayuntamiento, acto, relación o contacto sexual, y contacto carnal, etc., por ello se entiende la introducción del pene en la vagina en estricto sentido.

La acción típica del delito de violación consiste en la cópula, pudiendo ser esta normal o anormal.

El significado de la palabra cópula dentro de nuestras instituciones jurídico - positivas, ofrece aparentemente algunas dificultades que deben esclarecerse.

El problema se origina principalmente, en que el legislador mexicano emplea la misma voz, de cópula en la descripción de los delitos violación y estupro cuya composición jurídica es distinta que necesariamente ha de darsele a la citada palabra a excepciones conceptuales diversas: Extensas en la violación (ayuntamiento normal o anormal) restrictas en el estupro (coito normal)

Profesores de medicina forense como Arturo Balerón Gil y José Torres Torija, desde un punto de vista puramente fisiológico, afirmaron en las salas de la facultad que por cópula se debe entender, en forma exclusiva el ayuntamiento sexual que se da entre varón y mujer precisamente por la vía vaginal, o sea el coito normal.

González de la Vega difiere de la opinión de tan respetables maestros, cuando nos dice que partiendo de definiciones tomadas del diccionario de la Real Academia, diremos que en un sentido gramatical amplio la locución cópula significa el ligamiento o atadura de una cosa con otra. En su acepción lógica indica él termino que une al predicado con el sujeto. A su vez el verbo cópula, del latín copulare en su carácter reflexivo indica unirse juntarse carnalmente, pudiéndose notar que está conjunción erótica no implica limitaciones en cuanto a la vía en que se realice o modo como se opere. Aplicando las anteriores nociones al lenguaje relativo a la conducta sexual resulta que por cópula deberá entenderse todo ayuntamiento, unión o conjugación carnal de las personas sin distinción alguna.

Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una necesidad viril normal o anormal, pues sin está no puede con propiedad decirse que ha habido copulativa conjugación carnal.

De está manera concluye de su acepción erótica general, “la acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal y los anormales, sean estos homosexuales masculinos o sean de varón a mujer, pero en casos no apropiados para la fornicación natural. Intencionalmente excluye del amplísimo concepto de cópula el acto homosexual femenino, inversión efectuada de mujer a mujer, porque en el frotamiento lésbico no

existe propiamente fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de la indispensable y característica introducción viril.”¹⁰

A este respecto varios autores emiten su opinión sobre el concepto de cópula en este delito, entre ellos encontramos al Dr. Alberto González Blanco, quien dice que “no cabe duda que el concepto expuesto por los doctores Torres Torija y Baledón Gil, es que fisiológicamente corresponde a la cópula”. Sin embargo, no es este el concepto que le asigna nuestro código penal desde el momento en que el artículo 265 determina que la violación puede ser realizada por persona de cualquier sexo, lo que significa que tácitamente admite la cópula contra natura lo mismo se aceptó por el legislador de 1871 al considera como una de las circunstancias agraviantes de la pena fijada para este delito, la cópula fuere contra orden natural.

Se admite por lo general, que la cópula puede ser ejecutada por la vía normal (vagina) como por la vía anormal (empleando el ano o la boca) y respecto a ésta última, se acepta casi sin discusión la que se efectúa por el ano, en atención seguramente a la configuración anatómica que tiene y a que posee glándulas de proyección erógena, pero en cambio se discute la posibilidad de que la cópula pueda ser realizada por la boca (fellatio in ore) aun mediando la violencia manifiesta o presunta.

Uno de los autores que se resiste a aceptar la posibilidad de que la fellatio in ore pueda configurar el delito de violación, es Eusebio Gómez porque según él, en la fellatio in ore falta propiamente el acceso carnal que requiere la violación y estima ese acto como un abuso deshonesto.

Por el contrario Soler si admite esta posibilidad, pues dice que aun el sentido tradicional de la expresión acceso carnal descarta la posibilidad de considerar como violación los actos en forma oral, mientras no importe unión sexual, conjugación o penetración normal, no se requiere en su concepto un acceso normal completo o complejo, bastando tan solo que haya penetración.

¹⁰ González de la Vega, op. cit., Pág. 384

La opinión de Soler es compartida con Fontan Balestra cuando expresa “que la conjugación carnal no debe ser interpretada con un criterio biológico sino jurídico y así entender por conjugación carnal toda actividad directa de la libido natural o no, en la que intervengan los órganos genitales del autor que puede presentar el coito o una forma equivalente del mismo, pero superior a la masturbación; por ende, al sostener que debe interpretarse el término acceso carnal en su más amplia extensión sin referirlo exclusivamente a las dos formas más comunes en que se manifiesta, es decir, la vaginal o anal.”¹¹

Para Jiménez Huerta, la cópula que constituye la violación es para el autor tratado el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal, pues ello se deduce claramente y sin lugar a dudas del artículo 265 del Código Penal Federal vigente.

José Ignacio Garona define al acceso carnal como “la penetración del órgano masculino en la cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar el coito o un acto que lo reemplace siendo indiferente la penetración sea total o parcial, que se produzca o no la desfloración, que se llegue o no a la seminatio (eyaculación) y en consecuencia, que haya o no goce genésico, entendiéndose como cavidad natural toda aquella que no fuere producida artificialmente.”

Acepta Garona “la cópula anormal en la violación sea ésta anal o bucal, pues lo importante piensa es el propósito de realizar el coito o un acto similar, afectando la honestidad o la libertad de la víctima.”¹²

Marcela Martínez Roaro acepta que la cópula en la violación puede ser “anormal o normal. Por lo que se refiere a la cópula anormal la constituye la introducción anal, así como el fellatio in ore.”¹³

Porte Petit considera que la cópula puede ser “normal o anormal, la segunda puede llevarse a cabo analmente o bucalmente.”¹⁴

¹¹ González Blanco, op. cit., Pág. 149

¹² Garona José I. op cit., Pág. 30

¹³ Martínez Roaro, op. cit., Pág. 242

¹⁴ Porte Petit Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal, Editorial: Porrúa, México 1954, Pág. 18

B) Violencia Física ó Moral.

En la violación el sujeto activo emplea, como medio para vencer la resistencia de su víctima la violencia, pudiendo ser está: Física ó Moral.

La violencia física en sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar de hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar. La violencia es pues, el aniquilamiento de la libertad en la persona contra quien se emplea.

Referida al delito de violación, consistirá en la fuerza material aplicada directamente en el cuerpo del ofendido que anula, supera o vence su resistencia y lo obliga, contra su voluntad, y sufre en su cuerpo la conjunción sexual por medios que no puede evadir”¹⁵

Garraud indica que como doble condición “que el constreñimiento sea ejercido sobre la persona misma de la víctima y que sea suficiente para paralizar su resistencia.”

Para Carrancá observa que la violencia debe ser ejecutada “sobre la persona y precisamente sobre la persona misma de la que se quiere abusar, no habrá violencia carnal cuando se violentasen las cosas para llegar a la mujer anuente, ni cuando se usare contra personas diversas. Que para que pueda valorarse la fuerza material como suficiente para vencer la voluntad expuesta por la víctima, la resistencia debe ser seria y constante.”¹⁶

Para Eusebio Gómez “la violencia que ejecuta el agresor no basta que la mujer se haya limitado a decir no quiero, dejando pues que el hombre satisfaga su deseo, sin oponerle resistencia; esto no basta por una doble razón en primer lugar, porque el juez quedará siempre con la duda de sí aquella mujer que oponiéndose con la voz se prestaba con el cuerpo, quiso o no el acto obsceno y en segundo lugar porque lo imputado frente a la actitud contradictoria asumida a la mujer respecto a sus

¹⁵ González de la Vega, op. cit., Pág. 391

¹⁶ Carrancá, op. cit., pag. 239

tentativas, bien podría alegar que no creyó usar la violencia sino al contrario, ser grato a la mujer.”¹⁷

“No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto, sobre todo al igualar con la violencia física la intimidación, ha dado bien claro a entender la idea que dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores, colosos de la fuerza o de poder. Resultando que la resistencia fue verdadera y que se emplearon medios capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violencia está justificada.”¹⁸

Podemos concluir que la fuerza física en este delito, es aquella fuerza material aplicada en el cuerpo de la víctima, suficiente para vencer su resistencia y obligándola contra su voluntad, a sufrir en su cuerpo la conjunción sexual, sea esta normal o anormal.

La violencia moral consiste en una manifestación de voluntad o amenaza de un mal grave hecha por el actor de este delito, dirigida a su víctima para lograr con este intimidarla y lograr en base en los supuestos males graves la voluntad de la víctima para que acceda a soportar la conjunción sexual en su cuerpo.

“ La violencia moral se traduce en las amenazas o amagos graves que el sujeto activo emplea para intimidar a la víctima y lograr en esas condiciones el acceso carnal, pero a condición que sean serios y constantes.

Esta forma de violencia, aun cuando coloca a la víctima en la disyuntiva de optar por su entrega sexual o sufrir las consecuencias de su negativa a diferencia con lo que sucede con la violencia física, no impide la resistencia. La violencia moral viene a ser un simple medio de naturaleza eminentemente objetivo en tanto que la intimidación de un estado de construcción del ánimo en el sujeto pasivo, de índole eminentemente subjetivo. En otras palabras la violencia moral, por si sola, no es elemento constitutivo de delito, sino que únicamente alcanza esta condición en el

¹⁷ Eusebio Gómez, op. cit., Pág. 101

¹⁸ Pacheco, Código Penal Concordado y Anotado, tomo III, Ed. Porrúa, México 1980, Pág. 126

caso de que intimide. De otra forma no existirá relación de causa a efecto entre la violencia y la obtención de la cópula.”¹⁹

“La violencia que se hace a la víctima con relación a sus males graves que pudieran llevarse a cabo a terceros relacionados con la misma, tiene como finalidad intimidar a la víctima, la libertad de ésta resulta coartada, no por la violencia en si, sino por el efecto emotivo que le produce, y este efecto es precisamente lo que le constituye la violencia moral, y en cada caso debe comprobarse el genero de vinculación que existe entre la víctima y el tercero sometido a la violencia, así como la intensidad del efecto que los liga, para estar en condiciones de poder precisar si el efecto emotivo se justifica.”²⁰

La violencia moral existe cuando el delincuente amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarla. La intimidación aniquila la libertad, su esencia consiste en causar o poner miedo en el ánimo de una persona o llevar a ella perturbación angustiosa por un riesgo o mal que realmente amenace o se finja en al imaginación. Así como la violencia física domina el cuerpo de la víctima y lo priva del libre ejercicio de sus miembros o movimientos, la intimidación destruye y produce análogos efectos en la fuerza física. La violencia moral no anula precisamente la total posibilidad de elección, pero que actúa en ella en forma tan grave que la víctima se ve obligada a sufrir se efectúa en su cuerpo el mal que en realidad no ha querido para evitar otros males que estime como mayores y de los que se ve amenazada en sí misma o en personas ligadas a ella.

Al aplicar lo anterior al delito de violación, resulta que la violencia moral consiste en constreñimientos psicológicos, amagos de daños o amenazas, de tal naturaleza, que por el temor que causan en el ofendido o por evitar males mayores le impiden resistir el ayuntamiento que en realidad no ha querido. No es necesario que el amago de males o amenaza de causar daños se refieran directamente al sujeto en que se pretende la realización lúbrica, pues este puede intimidarse o perturbarse con que anuncien que los males recaerán en persona de su afecto.”²¹

¹⁹ González Blanco, op. cit., Pág. 106

²⁰ Eusebio Gómez, op. cit., Pág. 108

²¹ González de la Vega, op. cit., Pág. 394, 395

“Por violencia material debemos entender la exteriorización que se hace al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula.”²²

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que “el empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza de grave e inminente peligro corporal en la persona de la ofendida, en su reputación e intereses, o bien, contra un tercero cuando con ello cause una fuerte coacción sobre el ánimo de aquella, la amenaza de matar a un ser querido.”²³

C) EL SUJETO PASIVO

A diferencia de estupro, en que la acción criminal ha de recaer taxativamente en mujer casta y honesta menor de dieciocho años, en la violación el sujeto pasivo puede ser cualquier persona sin distinción alguna, puesto que, según términos expresos de la ley, refiriéndose al ofendido se declara “sea cual fuere su sexo”. En cuanto la edad o desarrollo fisiológico, al estado civil y a la conducta anterior del paciente, no se establece limitación alguna. En consecuencia, son posibles víctimas de la violación todos los seres humanos: varones o mujeres, vírgenes o no, en edad infantil, juvenil o adulta, ligados o no por matrimonio, de vida sexual honesta o impúdica. Ésta total indiferenciación obedece a que cualquier sujeto puede sufrir la unión carnal impuesta por medios coactivos o impositivos atacándose así primordialmente la parte de su seguridad, su libertad de determinación de materia erótica.

Desde el punto de vista del sexo de los posibles ofendidos por el delito en estudio se observa, al comparar distintas legislaciones dos diversos grupos caracterizados, porque en el primero solo se considera que la mujer puede ser sujeto pasivo, y en el segundo no se establece limitación alguna, pudiendo ser cualquier persona.

²² Porte Petit, op. cit., Pág. 25

²³ Semanario Judicial de la Federación LX, Págs. 768 y 769, Quinta Época.

La legislación española hace consistir el delito en el acto de yacer con una mujer usando fuerza o intimidación, o cuando se hallare privada de razón o sentido por cualquier causa, o cuando fuere menor de doce años aunque no concurrieran las anteriores circunstancias (artículo. 429 del Código Penal Español de 1963). Igual limitación, en el sentido de que solo la mujer puede ser sujeto pasivo, se encuentra en diversos códigos como el Alemán, Sueco, Danés, Portugués, Holandés y varios Latinoamericanos.

El Código Penal Francés en su artículo. 332 se limita a prescribir que cualquiera que cometa un crimen de violación será castigado con trabajos forzados temporales, sin definir el concepto de violación. Según Garraud, en ausencia de definición precisa dada por el Código Penal resulta de sus precedentes que siempre sea entendido por violación el hecho de conocer carnalmente a una mujer sin la participación de su voluntad, siendo los elementos constitutivos de este crimen la conjugación carnal como objeto y el empleo de la violencia como medio, suponiendo esencialmente el robo brutal del honor de una mujer.

Otras legislaciones como la Argentina la Uruguay y la Italiana al igual que la nuestra no establecen distinciones en cuanto al posible sujeto pasivo, pudiendo, por tanto, ser hombre o mujer. Groizard indica que esta regla existía, como otros muchos principios de derecho penal, aceptada sin contradicción, y después de hacer notar que el Código de México (1871) fue el primero en este camino siguiendo la legislación Italiana, añade: “ Y no debe extrañarnos este modo de ver las cosas. Para calificar los delitos y determinar la responsabilidad que de ellos nace, no nos cansaremos de repetirlo la ciencia moderna ha puesto de manifiesto la necesidad de penetrar y profundizar en la índole del derecho ofendido. ¿ Que derecho es el que resulta atacado por el ejercicio de una fuerza que obligue a una persona, contra su voluntad a sufrir la vejación de una conjugación carnal?. El cardinal, el derecho preeminente perjudicado, es el derecho contra la persona, lo cual lo mismo sufre y padece con atentados cometidos contra la integridad de su vida material o de su salud, que con atentados realizados contra la integridad de su vida moral. Ahora bien, si esos atentados se conciben del mismo modo que puedan ser consumados contra una mujer que contra un hombre ¿Por qué la mujer ha de ser solo sujeto capaz pasivo de la clase de delitos de que ahora tratamos?.”

La edad del ofendido (niñez, juventud, estado adulto) o su mayor o menor desarrollo fisiológico sexual (pubertad o impubertad) son irrelevantes para la composición jurídica del delito. Es explicable que en el estupro la protección se limita a la mujer recatada en su primera juventud porque es supuesto del delito la obtención fraudulenta o seductiva de su consentimiento abusando de la debilidad o inexperiencia que implica la corta edad pero en la violación el concuvito se realiza sin consentimiento de la víctima por medio de la violencia, este procedimiento puede alcanzar ofensivamente a niños, jóvenes o adultos de uno o de otro sexo.

Para la composición del delito también es indiferente que la acción recaiga en persona de conducta sexual honesta o en persona impúdica. Como el bien jurídico objeto de tutela penal es de preferencia concerniente a la libertad sexual del ofendido y no a su pudor u honestidad, la violación puede recaer en persona de vida sexual incorrecta, siempre que no de su consentimiento para la fornicación. No porque el sujeto no tenga pudor, castidad u honestidad, ha perdido su derecho a la libre de determinación en materia erótica y ha dejado de merecer la protección legal contra actos lúbricos que le sean impuestos sin su anuencia.

Así, una prostituta puede no tener sentimientos de decoro o recato debido a la corrupción de sus costumbres, pero nadie tiene derecho a ofenderla con actos libidinosos que no quiera tolerar, pues la falta de pudor no implica desaparición de su libertad sexual ni la somete al atentatorio capricho de cual quiera.

No obstante en la legislación española la violación se clasifica entre los “delitos contra la honestidad” título que a primera vista parece sugerir que el pudor es precisamente el bien jurídico objeto de la tutela penal, Pacheco reconoce que la violación puede hacerse en una mujer casada, en una mujer soltera o viuda, en una doncella, en una mujer pública. En igual sentido, Cuello Calón manifiesta que la mujer puede ser objeto pasivo de este delito sea virgen o desflorada, casada o soltera, de buena o mala fama, incluso una prostituta; y Groizard, refiriéndose también a la legislación española indica que: En la violencia ejercida sobre la meretriz se encuentran reunidas todas las condiciones necesarias para la imputación del delito; la prostitución de una mujer no lleva consigo la renuncia de sus derechos

personales, hasta el punto de no poder ejercer libremente su voluntad aceptando o rechazando las proposiciones que se le hagan.

En el delito de que tratamos, ya lo hemos indicado, no es el pudor, en el sentido legal que tiene ésta palabra, no es la honestidad pública el derecho lesionado y protegido, sino el derecho personal, la libertad de elegir o de aceptar el derecho a la integridad de las condiciones morales de una determinada personalidad, y todo esto puede ser atropellado en una ramera desde el punto de vista que se la obligue por la fuerza a ejecutar un acto carnal con menoscabo de los imprescriptibles derechos personales que surgen del libérrimo ejercicio de la voluntad.

En un sentido contrario Jiménez de Asúa manifiesta que la prostituta mujer de todos que vive en uniones promiscuas y habituales de cuya práctica hace profesión lucrativa, carece de honestidad y pudor, por tanto, no puede ser víctima de semejante delito. No niego -agrega- que al atropellar a una meretriz se ha lesionado un bien jurídico que ella posee aunque haya perdido el pudor: la libertad sexual que viene siendo una especie de la libertad como (la personal, la de guardar secretos, etc.) pero no es el bien jurídico que en este delito se lesiona, sino el sentimiento de pudor.

Nos permitimos hacer notar que si en algunas legislaciones el caso de violación de prostitutas ofrece dudas, estas derivan exclusivamente de que, en forma impropia los delitos contra la libertad o la seguridad sexuales se denominan “delitos contra la honestidad” y la interpretación ad rubrum, que se limita a la superficie del problema, dan origen a encontradas opiniones que no pueden existir en la legislación mexicana.

D) EL SUJETO ACTIVO.

En la práctica y en general el varón es posible sujeto activo del delito ya que la cópula se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril normal o anormal pues sin ésta no se puede, con

propiedad, decir que ha habido copulativa conjugación carnal. La que el distinguido profesor de medicina legal Gustavo A. Rodríguez llama “violación al revés”, consiste en que la mujer obligue a un niño o un hombre, es casi inaceptable, especialmente cuando se trata de violencia física, porque la posibilidad de ayuntamiento implica en el varón determinado estado fisiológico en sus órganos que es indicio de deseo y aceptación psíquica del coito por estímulos masoquistas (vis grata).

Desde el punto de vista de los posibles protagonistas activos y pasivos podemos establecer las siguientes hipótesis verosímiles en el delito de violación: A) cópula de hombre a mujer, por vía natural; B) cópula de hombre a mujer, por vía contra natura, es decir, en vasos no idóneos fisiológicamente para el concubinato; C) cópula homosexual masculina, de varón a varón.

Se puede decir que se excluye de la posibilidad del delito el acto homosexual femenino acto de inversión efectuado de mujer a mujer, porque en el frotamiento lésbico no existe propiamente el fenómeno copulativo o ayuntamiento, dada la ausencia de introducción sexual; estos actos configuran atentados al pudor cuando se efectúan en niñas impúberes aunque presten su consentimiento o cuando recaigan en mujeres púberes sin consentimiento.

He reproducido lo anterior como fue concebido por el autor pero también la mujer que introduzca por la vía anal o vaginal un elemento o instrumento distinto al miembro viril en una persona de cualquier sexo, puede ser protagonista activo del delito, siempre que sea por medio de la violencia física o moral.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

Mediante reforma legislativa de fecha 26 de diciembre de 1997, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mismo mes y año vigente a los 30 días de su publicación se creó y agregó al código penal federal el artículo 265 bis que establece un nuevo tipo de violación que la esposa o la concubina puede ser sujetos pasivos del delito de violación, lo cual siempre ha sido obvio, evidente y claro, sin embargo una interpretación, con la que nunca estuvimos de acuerdo; estableció que no existía violación, si quien imponía la cópula en forma violenta era el cónyuge o concubinario, lo cual, en mi opinión era inclusive negarle a la esposa o a la concubina su calidad de ser humano ya que el precepto que tipifica la violación señala como sujetos pasivos a “personas de cualquier sexo” y obviamente una esposa o concubina son personas de dicha interpretación, al excluir a la esposa y a la concubina como sujetos pasivos del delito de violación les desconoce su calidad de personas.

Incluso se ha criticado la creación de dicho precepto en el catálogo de delitos del Código Penal, argumentando que desde el punto de vista jurídico era innecesaria tal disposición, estoy de acuerdo en que puede utilizarse y manipularse como instrumento de presión y de chantaje es posible pero en todo caso la mencionada interpretación hizo no necesaria sino indispensable la creación del artículo que nos ocupa en la cual intervinieron no solo el ejecutivo federal y las legisladoras federales, también infinidad de mujeres que han vivido y sufrido la profunda humillación de la cópula impuesta violentamente por el compañero; cónyuge o concubinario.

En si el nuevo tipo o modalidad del delito de violación no es más que la afirmación categórica, sin lugar a dudas de que la cónyuge o la concubina pueden ser sujetos pasivos del delito de violación, e introduce la querrela como requisito de procedibilidad lo cual es novedoso y llama la atención, habida cuenta que el delito de violación por su naturaleza es un ilícito eminentemente perseguible por denuncia de

oficio pero dado razonable que se persiga por querrela y consecuentemente admita el perdón o el contexto en el que se produjo la reforma es plenamente explicable y razonablemente que se persiga por querrela consecuentemente admita el perdón.

3.1 DEFINICIÓN LEGAL

Se encuentra establecida en el Código penal Federal en su artículo 265 bis que a la letra dice:

Artículo 265 Bis. Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo 265 del mismo ordenamiento.

Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

3.2 DIVERSOS CRITERIOS SOBRE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

La violación dentro del matrimonio se sigue considerando algo poco probable, sin embargo, una encuesta realizada por mujeres contra la violación demuestra que una de cada siete casadas ha sido violada por su marido, al igual que el incesto y los malos tratos a la esposa, la violación dentro del matrimonio es un tema tabú. El hecho de que las esposas eran objetos de malos tratos por parte del marido se ocultó hasta que salió a la luz pública en los años setenta, con la creación de centros especializados en dicho tema. El número de mujeres que acudieron a tales centros demostró la existencia de una demanda oculta por parte de las mujeres que deseaban desesperadamente escapar de novios y maridos violentos y/o agresivos. Hasta entonces y en algunos casos en la actualidad todo sucede en el hogar a puerta cerrada sin que nadie se entere, pero en cuanto echas un vistazo se descubren más casos.

Muchas veces los abusos sexuales se prolongan durante largos periodos de tiempo, normalmente las mujeres no tienen otro sitio a donde ir, su dependencia económica

las hace vulnerables a la violación. Algunas mujeres que se han visto forzadas en contra de su voluntad a tener relaciones sexuales dentro del matrimonio no lo consideran como violación algunos autores, les parece como una obligación ahora me doy cuenta de que no es normal que un marido obligue a su mujer a realizar el acto sexual.

Algunas esposas han experimentado la violencia física o la amenaza de que no recibirán el dinero de la casa o que los niños sufrirían. Los hijos suelen ser muchas veces la causa de que las mujeres se queden, y en cuanto los hijos dejan el hogar se sienten más capaces de encontrar un lugar por su cuenta.

Nos narra Mary, de 50 años, originaria de Newcastle; “Cuándo nuestros hijos estaban en casa normalmente cedía, él era muy violento y temía por los niños, pero cuando los dos se fueron yo hice lo mismo, me gustaría poder explicar a la gente por que me fui, pero ¿pero quién va a creer? . Todos nuestros amigos son amigos también de mi esposo y hasta de mis padres.”¹

Las amenazas utilizadas suelen ser crueles y efectivas. Joan de 32 años de Cardiff, explica: “Casi todos los viernes por la noche llegaba a casa borracho, yo procuraba que para entonces todos estuviéramos acostado, llevaba a los niños a su dormitorio y cerraba bien las puertas, luego me hacia la dormida; pero él me despertaba exigiéndome que fuera una verdadera esposa. Solía amenazarme con despertar a los niños y ver que pensaban de su madre, y con prohibirme ver a mis padres y amigas.”²

Jaqueline de 29 años dice: “yo no sabía que cuando dije “si quiero” estaba aceptando el derecho de mi marido a violarme cuando yo no quisiera tener relaciones sexuales con él. No sabía que el certificado de matrimonio fuera la renuncia formal de la mujer al derecho sobre su propio cuerpo.”³

Cualquier mujer debe tener el derecho a decir “no” en cualquier situación aun cuando esté casada.

¹ Dowdeswel Jane, La Violación Hablan las Mujeres, Editorial Grijalvo, México 1987, Pág. 41

² Dowdeswel Jane, op. cit., Pág. 41

³ Dowdeswel Jane, op. cit., Pág. 41

Casi todas las mujeres creen que debe considerarse este delito de violación dentro del seno matrimonial más severo ya que no es justo que el solo hecho de firmar un papel que los compromete a ser marido y mujer, también de el derecho de ejercer un acto violento en contra de su voluntad y/o consentimiento.

Así, la vida sexual de la persona es un asunto privado y personal, pero cuando esa vida sexual incluye la violación, pasa a ser asunto de interés público y no debe quedar al margen de la sanción publica. La casa de un hombre puede ser su castillo, pero eso no significa que pueda convertirla en prisión de mujeres y niños.

Acerca de la problemática que se da la violación entre cónyuges, la doctrina ha a adoptado tres posturas: Hay quienes opinan que si existe la violación entre cónyuges, otros por el contrario niegan que sé de este delito, ya que el hombre que obliga a tener relación sexual con su mujer éste lo hace en ejercicio de un derecho, derivado del matrimonio, y una tercera postura que admite que no se da la violación sino otro delito.

3.2.1 AUTORES QUE CONSIDERAN LA VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

Francisco González de la Vega, quien en su obra Derecho Penal Mexicano, nos dice: “ No obstante que reconocemos el palmario derecho al fornicio matrimonial, estimamos que su exigencia por medios violentos no puede quedar amparada por la excluyente cierto que ésta es una causa de justificación de la conducta o de eliminación de lo injusto; pero como los derechos individuales están condicionados por los derechos de los terceros, en la estimativa de la eximente, se hace necesaria la valoración jurídica de las acciones efectuadas por el sujeto al exigir o imponer el cumplimiento de su derecho y recordar los casos de abuso del derecho. La cópula en si misma considerada, cuando responde a los objetos del matrimonio, es ilícita, pero la cópula impuesta violentamente no, ya que ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos y proclamar su derecho marital a la cópula aun por medios violentos no consentidos por la esposa,

nos parece bárbaro o de tipo medieval y si se aceptara la supuesta juridicidad de la cópula material impuesta por la fuerza, al menos tendría que reconocerse que la justificación no podría cubrir los casos en que se forzase a la esposa a ayuntamientos ilícitos, contrario a los fines del matrimonio o en sí mismos delictuosos, tales como: el forzamiento contra el orden natural, ilícito por el contrario al objeto del matrimonio y a las buenas costumbres, o cuando el marido violentador esté enfermo de males venéreos o de dolencias serias en periodo infectante por el peligro de contagio que sería constitutivo del delito o en forma de exhibicionismo obsceno.”

Asimismo, el problema de la violación entre cónyuges ha de centrarse y resolver sobre la base del consentimiento, igual que acontece en todas las demás hipótesis típicas que en torno a este delito pueden imaginarse, sin que exista razón alguna para entronizar al respecto reglas o normas de excepción. El error en que incide la opinión contraria mece su cuna en la creencia falsa de que la mujer al contraer matrimonio hipoteca al marido su libertad sexual y se constituye en su sierva confundiendo lamentablemente el deber jurídico de fidelidad de la esposa y la libertad sexual de la misma. No hay discusión respecto a que en virtud del matrimonio la mujer contrae un inquebrantable deber de fidelidad para con su esposo, pero tampoco existe margen a la duda de que la mujer no se convierte por el matrimonio en sierva o esclava del marido, obligada en todo momento a soportar sus desfogues sexuales, sin que tengan en cuenta su voluntad determinada por su estado de ánimo o espíritu, su constitución fisiológica o su situación patológica. El consentimiento que la mujer presta al contraer matrimonio para cohabitar con su marido no es un consentimiento férreo, absoluto, rígido y sin posterior libertad de elección sexual en cuanto al momento o el instante, sino un consentimiento para la elección de esposo y para la unión matrimonial que no la priva de su libertad sexual frente al marido, de acceder a la cooptación en los verdes y gratos momentos y de negarse a ella en sus días grises y en sus lunas bermejas y pálidas que en su cuerpo o ánimo no lo desea o gusta. Y ésta interpretación es valedera no solamente para las concepciones jurídicas y legislativas que láicamente ven en el matrimonio un contrato civil, sino también para los que asépticamente se inspiran en los más ortodoxos principios católicos, pues no en balde se escucha del consumo al siguiente adagio de la liturgia eclesiástica: “Esposa te doy y no sierva”. Resulta pues,

que si el marido ejerce la violencia física o moral sobre su esposa para lograr la cópula, atenta su libertad e incide en el delito en examen, pues también cada cooptación matrimonial debe ir precedida o simultáneamente acompañada de un consentimiento expreso o tácito. Vencer por la violencia la voluntad contraria de la esposa en un momento dado, es incidir en una conducta lesiva de su constante interés jurídico a la libertad sexual.

De este vital y diariamente renovado interés jurídico el matrimonio no puede despojarla, por el mismo linaje de razones que no la priva de ningún otro perfil de su siempre renovada libertad individual y de su genuina dignidad inherente a su rango de persona humana.”

Así, el acto integra todos los elementos del delito de violación, por que el marido carece de derecho para imponer su voluntad por medios violentos, su pretexto de perpetuar la especie, por los que no puede alegar en su favor la excluyente de responsabilidad, y si esto es cierto tratándose de la compulsión del marido a la mujer, para el ayuntamiento normal, menos hay justificación alguna para que le fuere a ejecutar actos que no son notoriamente contrarios a uno de los fines del matrimonio, por añadir contrarios al orden natural.

Alberto Pacheco Escobedo, nos dice al respecto: “El delito de violación entre cónyuges existirá cuando uno de los cónyuges pretenda realizar el acto carnal en público, faltando a la moral, en detrimento de la prole o en situaciones similares en las cuales ya no se pueda decir que esté ejercitando un derecho, sino que estaría excediéndose en el ejercicio del mismo.”⁴

Enrique Cardona Arizmendi dice: “Si creemos que es factible que la violación exista entre cónyuges, en razón de que si un cónyuge impone al otro la cópula por medio de la violencia física o moral esgrimiendo la obligación del pasivo de sostener relaciones sexuales (débito carnal), no sería atendible el argumento, toda vez que no debe afectarse la libertad del sujeto por el solo incumplimiento de una obligación

⁴ Alberto Pacheco Escobedo, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Panorama, México 1985, Pág. 85

personalísima, que en todo caso y en virtud de ese carácter, no puede hacerse efectiva por medio de la coacción.”⁵

Siguiendo con este orden de ideas, el acceso carnal violento, dentro del matrimonio será ilícito y constituirá violación cuando la mujer tenga derecho a resistir cuando fuere peligroso para ella o para la prole en el caso del marido sifilítico, ebrio etc.; o cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer y si el marido trata de realizar la cópula en presencia de otra persona.

Con esto podemos dejar en claro que el delito de violación se constituye como tal cuando se realiza el ayuntamiento carnal en forma anormal o contra natural. Ahora bien, lo que nos interesa en este tema, es si existe o no el delito de violación entre cónyuges dentro del seno matrimonial, así tenemos que desde un punto personal si existe el delito, pues mientras se integran todos los elementos del tipo penal se acredita el ilícito de violación, es decir existe la cópula, la violencia física o moral (estas dos realizadas por el sujeto activo), y la ausencia de voluntad (por parte del sujeto pasivo).

Por otra parte se estima que puede haber violación entre cónyuges, por que el marido en un contrato civil instituido por le estado para constituir la familia, que impone a los cónyuges obligaciones cuyo cumplimiento es de carácter estrictamente personal, entre los cuales el débito conyugal no implica la renuncia de la libertad ni de la seguridad sexual de cada uno, ni mucho menos aun de la dignidad personal porque la cópula debe ser solicitada con amor y prestada voluntariamente para satisfacer el ímpetu carnal de los dos y no de uno solo de ellos su negativa injustificada o permanentemente motivada por la imposibilidad de su cumplimiento, puede dar origen al divorcio, instituido a su vez como un modo especial y sui generis de rescisión del contrato de matrimonio, con las sanciones y consecuencias que establece la ley.

Para corroborar la existencia del delito de violación entre cónyuges citaré a continuación la tesis jurisprudencial emitida por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la letra dice:

⁵ Enrique Cardona Arizmendi, Derecho Penal, Ed. Porrúa, México 1990, Pág. 156

El Código Civil, al referirse al matrimonio, no menciona en forma expresa como una obligación de los contrayentes, la sexual; pero siendo uno de los fines del matrimonio la reproducción de la especie, los cónyuges están obligados en todo caso a aquellos ayuntamientos sexuales que sean normales y cuya finalidad sea procreativa, quedando por consiguiente excluidas las cópulas de carácter anormal, aquellas en las que intervenga el uso de los anticonceptivos y las cópulas con enfermos que parezcan males transmisibles porque estos ayuntamientos serán ilícitos, considerándose la cópula en tales casos como una agresión de un cónyuge para el otro. Aun en el supuesto que la cópula se verifique por vía anormal, si se exige en forma violenta existiría el delito de violación, pues siendo el matrimonio un contrato el cumplimiento del mismo debe ser exigido por la vía legal, sin que se autorice para ello el empleo de la violencia (Anales de jurisprudencia año IX, tomo XXXIV. NÚM. 1 Pág. 523.)

3.2.2 AUTORES QUE CONSIDERAN QUE NO HAY VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES SINO OTRO DELITO.

Con relación al matrimonio Porte Petit señala “No obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto, tiene derecho a la cópula aun cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose en todo caso, un diverso ilícito penal; en otros términos, en virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual, por lo que respeta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una reciproca obligación sexual de parte de aquellos y consecuentemente cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la Vis absoluta (violencia física) o de la Vis compulsiva (violencia moral), no atacan a la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose en consecuencia el delito de violación.”⁶

En este orden de ideas, Luis Jiménez de Asúa y Antón Oneca al tratar la legítima defensa, manifiestan que “No cabe contra el que ejercita un derecho, por eso la

⁶ Porte Petit, op. cit. Pág. 57

mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho al coito, puesto que este tiene derechos personales sobre la mujer, concebidos por el matrimonio, pero si puede defenderse violentamente de actos contra natura, o de libidine psicopática, que le quieran ser impuestos por el marido y también cuando este se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio en el primer caso y la fecundación nefasta para la prole en el segundo.”⁷

Por otra parte, Pierre Garud establece que “...cuando el marido, empleando la violencia constriñe a su mujer a realizar relaciones contrarias al fin del matrimonio, comete el crimen de atentados al pudor.”

Eugenio Cuello Calón, manifiesta que “El marido que obliga, con violencia o intimidación, a su cónyuge a la conjunción carnal anormal, no es culpable de violación sino de abusos deshonestos.”⁸

3.2.3 AUTORES QUE NO CONSIDERAN VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES SINO EJERCICIO DE UN DERECHO.

“Reconocida la licitud de la cópula matrimonial y aceptado el derecho legal de su realización, puede pensarse que el marido que por la fuerza impone su cumplimiento a su esposa renuente, no comete el delito de violación por ausencia de antijuridicidad de su conducta y porque le asiste la excluyente de responsabilidad de obrar en el ejercicio de un derecho reconocido en la ley.”⁹

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

⁷ Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Ed. Lozada, Argentina 1975, Pág. 308

⁸ Cuello Calón, op. cit., Pág. 51

⁹ González de la Vega Francisco, op.cit. Pág. 399

Los autores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas estiman que "... no es constitutivo del delito de coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aun empleando la violencia, pues ello es ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en la legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima." ¹⁰

Para Eugenio Cuello Calón: "El ayuntamiento o acceso carnal realizado ha de ser ilícito; así el coito efectuado por el marido con violencia o sin consentimiento de la mujer no constituye violación, pues aquel, al disponer sexualmente de ésta, obra en ejercicio legítimo de un derecho; por otra parte, la mujer no puede invocar, en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay, por parte del marido, agresión ilegítima. Podrá aquel, en ciertos casos, ser responsable de las vías de hecho o de las lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación." ¹¹

Luis Jiménez de Asúa, al tratar la legítima defensa manifiesta que "No cabe contra el que ejercita un derecho; por eso la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el derecho de coito, puesto que este tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero si puede defenderse violentamente de actos contra natura o de libidines. Psicopática que le quieran ser impuestos por el marido, y también cuando este se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio, en el primer caso, y la fecundación nefasta para la prole en el segundo." ¹²

Es indiscutible que la mujer goza de los mismos derechos que el varón pero ni este ni aquella en lo que respecta a las relaciones que nacen del matrimonio, puedan obtener la tutela de la Ley Penal para asegurar el cumplimiento de propósitos tradicionales o arbitrarios, como sería el caso de la esposa que con causa justificable rechaza el trato sexual que su marido le solicita contrario a los fines propios del matrimonio.

¹⁰ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, Derecho Penitenciario, Ed. Porrúa, México 1979, Pág. 658

¹¹ Cuello Calón, op. cit. Pág. 540

¹² Jiménez de Asúa Luis, op. cit; Pág. 263

Francisco Carrancá señala que: es indudable que aunque pueda reprochársele brutalidad al marido nunca podrá ser declarado culpable en razón de cualquier acto que exteriorice la consumación o la tentativa de la cópula carnal, además este derecho se demuestra también con la opinión común entre los penalistas, de que no se da el delito de violación entre los cónyuges, luego entonces el cónyuge que se niega a realizar el acto conyugal cuando lo solicita el otro, ésta falta al ejercicio de ese derecho.

Por otra parte y no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe ni puede existir el delito de violación ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aun cuando ha habido abuso de ese derecho, originándose en todo caso un diverso ilícito penal.

En otros términos en virtud del matrimonio, los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquellos y consiguientemente cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o de la vis compulsiva, no atacan la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose en consecuencia el delito de violación.

Es muy importante insistir en la finalidad del matrimonio o sea que el derecho al Débito Conyugal existe en orden a la consecución de los fines y por tanto tiene que estar siempre abierta la posibilidad de engendrar de tal manera que no se hayan obstaculizado en forma artificial las posibilidades que la naturaleza ha dado al hombre y a la mujer de procrear a la prole, cuando artificialmente se ha interrumpido el proceso biológico sexual, o se ha hecho imposible en engendrar por manipulaciones a ello dirigidas y se busca por tanto exclusivamente el placer sexual en el acto matrimonial, se está equiparando en alguna forma al matrimonio con la prostitución ya que en ésta se busca solo el placer sexual y no se tiene ningún interés en la prole.

Por su parte Porte Petit, comenta con relación a la violación entre cónyuges, que “El cónyuge tiene de acuerdo al matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maten de ilicitud, por tanto, al realizarla, ejercita un derecho.

Ahora bien, al efectuar dicha cópula, por medio de la violencia física o moral, está ejercitando ilegalmente su derecho. Por otra parte, no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aun cuando haya abuso en el ejercicio de su derecho.”¹³

Eusebio Gómez dice: “Los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación en la hipótesis planteada, invocan el argumento de la licitud de tal derecho, tiene su fundamento en la institución del matrimonio, y a sus finalidades responde. Pero la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar la tesis enunciada.”¹⁴

Lo que sus defensores han debido demostrar, necesariamente, es que, contra todos los principios, el marido tenga la facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho, cuando le es negado por la mujer. Ésta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza. Por respeto a la dignidad humana debe sostenerse que el marido que, por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal con su mujer, comete el delito de violación.

¹³ Porte Petit, op. cit. Pág. 56

¹⁴ Eusebio Gómez, op. cit. Pág. 27

CONCLUSIONES CONCLUSIONES

PRIMERA.- Concluyo que el matrimonio es la unión del varón y la mujer por mutuo acuerdo para la creación y procreación de sus hijos ya que este va hacer un contrato regulado y apegado únicamente por las leyes civiles, ésta relación va originar para ambas partes derechos y obligaciones.

De aquí se desprende lo que comúnmente conocemos como Familia, que va existir en todas las culturas y es el núcleo básico de la sociedad ya que es el conjunto de parientes por consanguinidad (descendientes, ascendientes y colaterales).

SEGUNDA.- En cuanto respecta al matrimonio tanto el varón y la mujer son iguales en derechos, obligaciones y en la libertad de decidir la procreación de los hijos que van a conformar a su familia, así como decisión de donde van a vivir y la administración de sus bienes, en caso de desacuerdo el juez competente lo resolverá.

TERCERA.- El delito de violación es considerado y también lo considero como uno de los delitos más graves dentro de los delitos sexuales por los medios que son utilizados para llevarlo a cabo, así como la prohibición de la libertad del sujeto pasivo que puede elegir con quien tener relaciones sexuales y con quien no, lo cual creo en parte se le quita la calidad de ser humano.

CUARTA.- Hay diversos criterios de varios autores antes mencionados de cómo consideran al delito de violación entre cónyuges, por ejemplo hay algunos que consideran que no hay violación entre cónyuges sino otro delito, otros lo consideran como ejercicio de un derecho, y otros que consideran que si es delito de violación entre cónyuges, etc. Lo cual yo comparto la idea de que si existe el delito de violación entre cónyuges, y es penalizado.

QUINTA.- La persona que cometa un delito ya sea el de violación o violación entre cónyuges debe ser castigado por el estado para conservar y salvaguardar a la sociedad, dicha pena debe ser retributiva y proporcional al mal que causa.

SEXTA.- El delito de violación entre cónyuges es aquel que siempre va a ir acompañado del matrimonio ya que este delito siempre ha existido desde que celebre tal acto de contraer nupcias, porque en varias ocasiones la mujer no quiere tener relaciones sexuales con su esposo y este fuerza a la esposa a tenerlas por diversos medios ya sean físicos o morales etc., entonces podemos decir que va a existir hasta que la mujer lo siga permitiendo.

SEPTIMA.- Para concluir este trabajo de investigación puedo decir que la violación entre cónyuges si existe y es penalizada por el artículo 265 bis del Código Penal Federal y del Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 174 último párrafo. Pero en cuanto respecta a este delito en específico se perseguirá por querrela de parte ofendida, y a las penalidades que están fijadas en dicho código me parecen adecuadas así también como que se persiga por querrela de la parte ofendida porque si el hombre es el único sustento de la familia y lo encarcelan entonces se quedará sin sustento de momento mientras la mujer pueda tener una base, entonces esto quedaría al libre albedrío de la mujer.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

1. **Belluscio Augusto Cesar**, Derecho Civil, Editorial Depalma, Argentina 1971.
2. **Cardona Arizmendi Enrique**, Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1990.
3. **Carrancá Francisco**, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen II, Editorial Depalma, Buenos Aires 1945.
4. **Carrancá Raúl y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas**, Derecho Penitenciario, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México 1979.
5. **Castán Tobeñas José**, Derecho Civil, Tomo V, Editorial Porrúa, México 1963.
6. **Cuello Calón Eugenio**, Derecho Penal, Tomo II, 9° Edición, Barcelona 1955.
7. **De Diego C.** Derecho de Familia, Editorial Depalma, Argentina 1979.
8. **De Pina Rafael y De Pina Vara**, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, México 1989
9. **Dowdeswell Jane**, La Violación Hablan las Mujeres, Editorial Grijalvo, México 1987, Colección Relaciones Humanas y Sexología.

10. **Escobedo Pacheco Alberto**, La Persona en el Derecho Civil Mexicano, Editorial Panorama, México 1985.
11. **Fontan Balestra**, Derecho de Familia, Tomo I, Librería Bosch, Barcelona 1974.
12. **F. Chavéz Manuel Ascencio**, La Familia en el Derecho, (Relaciones Jurídicas Conyugales), Editorial Porrúa, México 1987.
13. **Garona José Ignacio y García**. Violación, Estupro y Abusos Deshonestos, Buenos Aires Argentina 1971, Editorial De Palma
14. **Gómez Eusebio**, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Buenos Aires, Argentina 1940.
15. **González Blanco Alberto**, Delitos Sexuales, Editorial Porrúa, México 1974
16. **González de la Vega Francisco**, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1981
17. **Hervada Javier y Pedro Lombardia**, Derecho Civil, Tomo III, Argentina 1989.
18. **Jiménez de Asua Luis**, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, 2° Edición, Editorial Lozada, Argentina 1975.
19. **Jiménez Huerta Mariano**, Derecho Penal Mexicano, 4° Edición, Editorial Porrúa, México 1987.
20. **Magallón Ibarra Jorge Mario**, El Matrimonio Sacramento – Contrato – Institución – Tipografía, Editorial Mexicana, México 1965

21. **Martínez Roaro Marcela**, Delitos Sexuales, Editorial Porrúa, México 1982.
22. **Pacheco A**, Código Penal Concordado y Anotado, Tomo III, Editorial Porrúa, México 1980
23. **Porte Petit Celestino**, Importancia de la Dogmática jurídico Penal, Editorial Porrúa, México 1954.
24. **R. Moras Jorge Luis**, Los Delitos de la Violación y Corrección, Editorial Edier, Buenos Aires 1971
25. **Rojina Villegas Rafael**, Derecho de Familia, Tomo I Antigua Librería Robredo, México 1950
26. **Vidal Taquini A.**, Tipo y Composición de los Hogares, Editorial Depalma, Argentina 1980.
27. **Villalobos Ignacio**, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1956.

LEGISLACIONES.

Código Penal Federal, 1ª Edición, Editorial Delma, México 2004.

Código Penal para el Distrito Federal, 1ª Edición, Editorial Delma, México 2004.

Código Civil para el Distrito Federal, 68ª Edición, Editorial Porrúa, México 2004.

OTRAS FUENTES.

Jurisprudencia 165, Sexta Época, Pagina 517, Sección Primera, Volumen Tercera Sala, Apéndice de Jurisprudencia 1917, 1965.

Amparo Directo 3247/1972, Fernando Pérez Vázquez, Julio 12 de 1974

Amparo Directo 3635/1955, Emigdio Torres Ulrrich, Resuelto el 26 de Enero de 1956 por mayoría de 3 votos.

Semanario Judicial de la Federación LX, Páginas 768 y 769, Quinta Época.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época Jurisprudencia 8/94, Victoria Adato Green, Unanimidad de 5 votos. Pág. 17.