

VI. SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA (VARIOS 9/2005-PS)

1. ANTECEDENTES

El 27 de mayo de 2005, el Magistrado Presidente del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, formuló ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la solicitud para que se realizara la modificación de la jurisprudencia número 1a./J. 10/94, emitida por la Primera Sala del Alto Tribunal, al resolver la contradicción de tesis 5/92, por las razones que más adelante se precisan.

El 6 de junio de ese año, la Presidenta de la Primera Sala admitió a trámite la solicitud, ordenó dar vista al procurador general de la República y turnar los autos a la ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, para la formulación del proyecto de resolución correspondiente.

El agente del Ministerio Público de la Federación designado para intervenir en este asunto, en su respuesta solicitó que se declarara improcedente la modificación de la jurisprudencia 1a./J.10/94.

La Primera Sala se declaró competente para conocer y resolver el presente asunto, en atención a que se trata de la solicitud de modificación de jurisprudencia emitida por esa misma Sala y sobre la materia penal, exclusiva de su competencia; además, consideró que la solicitud provenía de parte legítima, como es el Magistrado Presidente del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, quien se encuentra facultado para ello de conformidad con lo previsto en la Ley de Amparo y en el criterio emitido por el Alto Tribunal al resolver la contradicción de tesis 25/90.⁵²

En relación con la procedencia a la solicitud para modificar la jurisprudencia referida, la Sala la estimó viable por encontrarse satisfechos los requisitos que para tal efecto señala el artículo 197, último párrafo de la Ley de Amparo, a saber:

1. Que previamente a la solicitud se resuelva el caso concreto que la origina, y
2. Que se expresen los razonamientos en los cuales se apoye la pretensión de su modificación.

El primero de los requisitos se consideró satisfecho, en virtud de que el Tribunal Colegiado solicitante resolvió el juicio de amparo directo número 731/2004, en donde aplicó la tesis de jurisprudencia cuya modificación se solicita; por lo que hace al segundo de los requisitos, éste se cumplió al manifestarse los razonamientos legales en que se apoya la pretensión de modificar la jurisprudencia.

⁵² *Semanario...*, Octava Época, Pleno, Tomo IX, enero de 1992, tesis P. XXIX/92, p. 33, de rubro: "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO Y LOS MAGISTRADOS QUE LOS INTEGREN PUEDEN SOLICITAR SU MODIFICACIÓN TANTO DE LA PRODUCIDA POR EL TRIBUNAL PLENO, COMO POR ALGUNA DE LAS SALAS"; IUS: 205713.

2. ARGUMENTOS SUSTENTADOS PARA SOLICITAR LA MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Los Magistrados integrantes del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, expusieron las siguientes razones para fundar su solicitud de modificación de jurisprudencia:

Que a pesar de que la tesis 1 a./J.10/94, trató de unificar los criterios contendientes y establecer uno que diera seguridad y certeza jurídica, se siguen dando casos en donde no es fácil resolver mediante la aplicación del criterio resultante; esto, en virtud de que en la actualidad resultaría discutible, desde diversas perspectivas, el concepto de "débito carnal" derivado del matrimonio, el cual es, por regla general, la razón de establecer la inexistencia del delito de violación entre cónyuges, y sólo como excepción se configura el injusto del "ejercicio indebido de un derecho" en las hipótesis en las cuales se entienda interrumpido y suspendido ese "débito", por lo que, fuera de los casos de excepción se actualiza este delito, pero no el de violación.

Asimismo, que del análisis histórico, sistemático y teleológico de la tipificación del llamado delito de "ejercicio indebido de un derecho", se demuestra que viene a constituir el interés que el legislador tiene en sancionar penalmente el comportamiento de aquella persona que ejerce su propio derecho con el único propósito de perjudicar a un tercero; sin embargo, este derecho, por lo general, se vincula con la figura civil de la propiedad y sus atributos, por ejemplo, el llamado *ius abutendi*, que históricamente se reconocía a favor del dueño de una casa, por lo que el hecho de considerar determinada conducta como delito, implica una limitación necesaria

a ese derecho, cuando ello traspasa el ámbito estrictamente del derecho civil o común y se adentra en el ámbito del derecho penal.

Derivado de lo anterior, los Magistrados afirman que la idea que se tiene de dicha figura no puede aplicarse en forma absoluta como solución al problema legal de la potencial violación entre consortes, pues ello presupondría el criterio de que como normalmente una cópula sólo puede ser impuesta por el hombre a la mujer y no a la inversa, llevaría implícita la aceptación de que esa situación fuera generadora de un derecho similar al de la propiedad, lo que derivaría en tener, en dado caso, la facultad de abusar de lo propio, lo que además resultaría discriminatorio en razón del sexo, ya que no obstante que el llamado "débito conyugal" se supone igual para ambos cónyuges, desde una percepción meramente civilista, en realidad la posibilidad de lograr la cópula forzada no es equitativa.

Por tanto, sostener que forzar al cónyuge a tener relaciones sexuales da lugar al delito de "ejercicio indebido de un derecho" pero no al de violación, representa una solución criticable desde la perspectiva de la dogmática jurídico-penal y, en particular, conforme a la teoría del delito.

Los promoventes señalan que la libertad sexual es actualmente reconocida como un bien jurídico digno de tutela penal, y el delito de violación que atenta contra dicho bien es considerado en nuestro medio como un delito grave por el daño que produce y cómo trasciende; por tanto, si la conducta de un varón es idéntica a la descrita en la ley como violación, se constata la afectación al bien jurídico protegido, que es la libertad sexual, la cual es un derecho fundamental del ser

humano, sin admitir distinción alguna y menos por razón de sexo.

Ahora bien, considera que no se puede confundir la naturaleza del bien jurídico tutelado de la libertad sexual con aquel que pudiera verse afectado con el "ejercicio indebido de un derecho"; pues mientras dicho ejercicio es genérico y puede comprender supuestos relacionados con la titularidad de derechos de carácter civil, el delito de violación es específico, por lo que aun en el extremo de aceptar que el hecho de ejercer violencia para tener relaciones sexuales pudiera estar implícito tanto en la legislación civil como en la penal, se estaría ante un concurso aparente de normas el cual debe resolverse conforme al principio de especialidad "*lex specialis derogat lex generalius*", debiendo prevalecer el delito de violación, ya que es el que específicamente regula no sólo la conducta (cópula) y los medios de ejecución (mediante violencia), sino que además es también el que protege de modo directo y racional el bien jurídico igualmente específico y particular que es la libertad sexual del ser humano.

De igual forma, afirman que la reforma hecha por el Presidente de la República en enero de 1984 mediante la cual se dio nacimiento, en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, al delito de "ejercicio indebido de un derecho", se advierte que tal delito viene a llenar vacíos que la legislación penal contenía, pero que de ninguna manera rivaliza con otras descripciones típicas ya creadas.⁵³

⁵³ La iniciativa de reforma menciona: "En diversos foros se ha planteado la necesidad, que el proyecto recoge, de sancionar a quien, siendo titular de un derecho y ostentándose como tal, lo ejerce con violencia, esto es, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión. Con ello se procura impedir la autojusticia, proscrita por el artículo 17 constitucional".

Asimismo, indican que bajo el enfoque contractualista del matrimonio, nuestra legislación y la doctrina consideran como uno de los fines del matrimonio la procreación, así como sus consecuencias: el débito carnal y la mutua fidelidad entre los contrayentes, con lo cual se acota su libertad sexual; sin embargo, de ello no se sigue que desaparezca su libertad de negarse, en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia, a tener relaciones sexuales con su pareja, con independencia de que si la negativa resulta injustificada, ésta se pueda hacer valer como causa de divorcio. Además, la libertad de decidir no copular con alguna persona, no se pierde en el matrimonio con respecto al marido, pues éste no se excluye del universo de hombres.

En este orden de ideas, precisan que no obstante el hecho de que negarse injustificadamente a la cópula se reconozca como una causal de divorcio, no significa que no se tenga esa libertad, pues lo que viene a significar es una retractación del consentimiento expresado al contraer matrimonio.

Por tanto, el considerar, como lo hace la tesis jurisprudencial cuya modificación se solicita, que cuando subsiste el "débito carnal" surge el derecho del varón de tener cópula con su mujer aun en contra de su voluntad, y que si éste en dado caso utiliza la violencia física para tal efecto, cometería el delito de "ejercicio indebido de un derecho", se tendría que aceptar que el marido al optar por no ejercer indebidamente ese derecho, podría acudir al Estado para obligarla a tener relaciones con él, y evitar acciones con el objeto de hacer valer su derecho por sí mismo, que es el bien jurídico tutelado por el tipo penal de "ejercicio indebido de un derecho".

Por último, consideran que la solicitud de modificación de jurisprudencia obedece esencialmente a que el criterio en ella contenido es discutible conforme a las premisas de la teoría del delito y controvertible, desde el punto de vista de la igualdad de sexos ante la ley.

3. RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En su resolución, la Sala determinó que debía modificarse la referida tesis de jurisprudencia, en atención a los siguientes argumentos:

Precisó que la tesis que se modifica surgió de la oposición de criterios entre Tribunales Colegiados de Circuito con residencia en la ciudad de Puebla, quienes aplicaron el Código de Defensa Social de ese Estado y, en tales condiciones, la modificación de jurisprudencia debe hacerse considerando la legislación sustantiva penal de la entidad, en donde se encuentra tipificada la conducta relativa a la obtención de la cópula con uso de violencia.

La Sala destaca que la modificación de jurisprudencia solicitada tiene como finalidad actualizar la vigencia del criterio sustentado por ella en su anterior integración, pues los elementos que fueron considerados en aquel momento, han cambiado, por lo que debe modificarse el criterio referido, considerando la actualización de esos elementos.

Que no obstante que el artículo que tipifica el delito de violación, ha tenido diversas modificaciones, desde la emisión de las ejecutorias que motivaron la contradicción, aquéllas

han sido, entre otros aspectos, en lo relativo a la pena a imponer,⁵⁴ sin embargo, en esencia sigue idéntica la descripción de la conducta considerada como delito.

Dicho artículo establece:

Artículo 267. Al que por medio de la violencia física o moral tuviere cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán de seis a veinte años de prisión y multa de cincuenta a quinientos días de salario.

Cuando el sujeto pasivo sea menor de dieciocho años de edad, se duplicará la sanción establecida en el párrafo anterior.

La descripción típica del delito de violación requiere de los siguientes elementos para su integración:

- Tener cópula con una persona, sea cual fuere su sexo, y
- Obtener dicho ayuntamiento carnal por medio de la violencia física o moral.

Dichos elementos son suficientes para integrar el tipo básico del delito de violación, quedando fuera las modalidades agravadas o equiparables a ese ilícito, ya que el Código de referencia no contempla, en forma específica, ninguna modalidad del delito de violación cuando éste se comete entre cónyuges.

⁵⁴ Antes establecía la pena de prisión de seis a dieciocho años.

Así, basta que una persona tenga acceso carnal con otra por medio de la violencia física o de la intimidación moral, independientemente de su sexo, para que se consume el delito de la figura básica de violación, lo que implica, en consecuencia, que la descripción del injusto no requiere de otros elementos objetivos o subjetivos, ni de circunstancias especiales para su integración.

El órgano resolutor estimó que si bien es cierto que en épocas pasadas se llegó a considerar —aun por parte de la doctrina más reconocida— que el bien jurídico tutelado por el delito de violación era el pudor individual, o el honor de la mujer, es evidente que en la actualidad existe una opinión generalizada de que es la libertad sexual lo que se trata de proteger.

Lo anterior, porque el delito de violación presupone la ausencia de consentimiento de la víctima, la cual es forzada a tener una relación sexual, anulando su oposición por medio de la violencia física o mediante amagos y amenazas intimidatorias de males graves, lo que acaba por vencer su resistencia, impidiendo su libertad sexual.

Ahora bien, el punto a dilucidar por la Sala fue si de conformidad con la legislación citada, el delito en cuestión puede cometerse cuando entre la víctima y su victimario existe el vínculo matrimonial.

Al respecto señala que en la legislación penal del Estado de Puebla no se contempla excepción alguna que impida la integración del tipo delictivo de violación cuando están casados el sujeto activo y el pasivo, como tampoco en la regulación que hace de la figura del matrimonio el Código Civil

para el Estado Libre y Soberano de Puebla, donde no se contiene dispositivo alguno que pudiera excluir la integración de la figura típica tratándose de la comisión del delito entre cónyuges.

Entonces, resulta evidente que la sola obtención de la cópula entre cónyuges por medio de la violencia es suficiente para integrar el tipo penal de violación a que se refiere el párrafo primero del artículo 267 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla.

En la ejecutoria, y previo a dictar resolución, la Sala hizo diversas consideraciones respecto al matrimonio, empezando por señalar que el artículo 294 del Código Civil para el Estado de Puebla lo define en los siguientes términos:

Artículo 294. El matrimonio es un contrato civil, por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie y ayudarse en la lucha por la existencia.

Asimismo, la Sala indicó que aun y cuando se establece como uno de los fines primordiales del matrimonio la procreación de la especie, ello no implica que cualquiera de los cónyuges pueda obligar al otro a acceder al acto carnal con el argumento de que dicho acto tiene como objetivo cumplir con tal fin, pues predomina el derecho de la persona de conducirse con la más estricta libertad, no sólo respecto a su libertad sexual y a la libre disposición de su cuerpo, sino también a decidir cuándo tener hijos, lo que no representa un derecho absoluto entre ambos cónyuges; este derecho se

encuentra consagrado en el párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra establece:

Artículo 4o. ...

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

El Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla incorpora en su artículo 326 esta garantía, al establecer la igualdad de derechos y obligaciones que nacen del matrimonio para los cónyuges.⁵⁵ Además, dicho código protege la igualdad y respeto que deben regir las relaciones derivadas del vínculo matrimonial, tal como se puede apreciar en su artículo 454, fracciones III, inciso d), VII y XIII, en las que se señalan las causales de divorcio necesario, como son: la perversión de alguno de los cónyuges demostrada por la imposición de la cópula con violencia y en contra de la voluntad de la mujer; la sevicia, las amenazas, la difamación o injurias graves, o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquéllas sean de tal naturaleza, que hagan imposible la vida en común y cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un hecho que sería punible de cometerlo una persona extraña, si tal hecho tiene señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

Así, la Sala dedujo que el hecho de estar casados no da derecho a obligar a su cónyuge a tener relaciones sexuales

⁵⁵ Artículo 326. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

por medio de la violencia; incluso, la legislación civil del Estado contempla, como sanción específica, la disolución necesaria del vínculo matrimonial para todos aquellos actos que violenten la relación conyugal en cualquiera de sus manifestaciones, entre ellas, la libertad sexual, derecho que corresponde al ser humano con independencia de su específico estatus civil.

Por todo lo anterior, la Primera Sala del Alto Tribunal concluyó que cuando uno de los cónyuges obtiene la cópula por medios violentos —sean éstos físicos o morales—, queda debidamente integrado el delito de violación que contempla el párrafo primero del artículo 267 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla y, en tal virtud, procedió a modificar la tesis jurisprudencial 1a./J. 10/94, de rubro: "VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.", para quedar en los siguientes términos:

VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AUN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). En términos del primer párrafo del artículo 267 del Código para la Defensa Social del Estado de Puebla, el delito de violación requiere para su integración: 1. tener cópula con una persona sea cual fuere su sexo, y 2. obtener dicho ayuntamiento carnal por medio de la violencia física o moral. El bien jurídico tutelado por el tipo penal de mérito es la libertad sexual, que reconoce en el ser humano, su derecho a la autodeterminación sexual. Ahora bien, el tipo penal del delito de violación contenido en la legislación referida, no establece para su integración excepción en relación con la calidad de los sujetos, como pudiera ser la existencia de algún vínculo o relación entre ellos, pues sólo requiere

la actualización de violencia física o moral para la realización de la cópula; por tanto, debe concluirse que cuando uno de los cónyuges obtiene la cópula por medios violentos -sean éstos físicos y/o morales-, queda debidamente integrado el delito de violación, sin importar la existencia del vínculo matrimonial.

El criterio que se acaba de sustentar, si bien se realizó a la luz del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, lo cierto es que puede ser aplicable en aquellas entidades cuyos ordenamientos legales sean similares al aquí analizado.⁵⁶

Asimismo, la Sala determinó a través de esta resolución la cancelación de las siguientes tesis de rubros:

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DURANTE EL LAPSO EN QUE SE DECRETÓ JUDICIALMENTE SU SEPARACIÓN PROVISIONAL, DELITO DE. ⁵⁷

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.⁵⁸

VIOLACIÓN EQUIPARADA ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. ⁵⁹

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.⁶⁰

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE.⁶¹

⁵⁶ *Semanario...*, op. cit., Tomo XXIII, enero de 2006, p. 658, tesis 1a./J. 10/94; IUS: 176065.

⁵⁷ *Gaceta del Semanario...*, p. 16, tesis 1a./J. 5/94; IUS: 206110.

⁵⁸ *Ibid.*, tesis 1a./J. 6/94; IUS: 206111.

⁵⁹ *Ibid.*, tesis 1a./J. p. 17, 7/94; IUS: 206113.

⁶⁰ *Ibid.*, tesis 1a./J. 8/94; IUS: 206112.

⁶¹ *Ibid.*, tesis 1a./J. p. 18, 9/94; IUS: 206114.

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES HABIENDO SUSPENDIDO EL DERECHO A COHABITAR, DELITO DE.⁶²

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE.⁶³

⁶² *Ibid.*, p. 19, tesis 1a./J. 11/94; IUS: 206117.

⁶³ *Ibid.*, tesis 1a./J. 12/94; IUS: 206116.