

VIII. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

*Dra. María del Pilar Hernández**

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Previo al análisis de la resolución de la contradicción de tesis que nos ocupa, identificada bajo el numeral VARIOS 9/2005 PS, es menester reconocer el gran aserto de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pues, sin lugar a dudas, constituye un avance para alcanzar la igualdad de género, así como la protección de la familia como núcleo de la sociedad.

Cada vez con mayor profusidad el tejido social de los Estados democráticos evidencia su preocupación por atacar lastres y atavismos que denigran la dignidad de los seres humanos, entre ellos, indiscutiblemente: la violación, esa que:

* Investigadora Titular "C", definitiva, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Hago patente mi agradecimiento a Jordi Albert Becerril Miró, por su invaluable apoyo, así como a mis demás colaboradores: Laura Ortiz Valdez, Jorge Manuel Morales Sánchez, Martha Verónica Hernández Lóyzaga, Juan Pablo Garcilazo Sastre y Lucy Adriana Ávila Juárez.

... constituye una forma común de violencia... que no tiene fronteras de clase social o roles sexuales [...] Las sociedades propensas a la violación se caracterizan por su violencia interpersonal, dominación masculina y separación de los roles sexuales. La sociedad se estructura ideológicamente de modo que la mujer llega a ser la "víctima legitimada" en los roles y estereotipos que mediatizan las relaciones y las expectativas interpersonales. En consonancia con ello, al hombre se le socializa para tomar la iniciativa con las mujeres, para ser dominante y agresivo y enorgullecerse de sus conquistas sexuales, y a la mujer para la pasividad o la búsqueda de la protección del varón.⁶⁴

El problema de la violación entre cónyuges, sigue manteniendo el núcleo de atención en aquella que se tipifica en razón del varón como sujeto activo y la mujer como la pasivo, más allá de la aceptación explicativa que la activa puede ser la mujer, en razón que, hasta ahora, el violador tiene una finalidad clara (controlar a la víctima y causar miedo), i.e., el miedo y sus consecuencias se erigen en la diferencia específica de género entre la violencia causada por hombres y la causada por mujeres. "En definitiva, aunque pueda haber hombres que se sientan maltratados, lo cierto es que el 90-95% de las agredidas son mujeres... y la existencia de un 'síndrome del marido maltratado' [o 'violado' agregaríamos] sería sólo un mito más sobre el tema".⁶⁵

⁶⁴ FERRER PÉREZ, Victoria A. y Esperanza Bosch Fiol, "Violencia de género y misoginia: Reflexiones psicosociales sobre un posible factor explicativo", *Papeles de psicología*, N°. 75, México, 2000, consulta en Internet: www.nodo50.org/mujeresred/violencia-bosch-ferrer-1, del 13 de abril de 2006.

⁶⁵ FERRER PÉREZ, Victoria A. y Esperanza Bosch Fiol, "Introduciendo la perspectiva de género en la investigación psicológica sobre violencia de género", *Anales de Psicología*, N°. 1, Murcia, Universidad de Murcia, 2005, consulta en Internet www.um.es/analesps:1695-2294, de 3 de abril de 2006.

Aunado a lo anterior, no se soslaya el lacerante peso del patrón sociocultural que, sobre todo en las sociedades latino-americanas, se encuentra permeado por valores patriarcales según los cuales, como ya se apuntó, los hombres deben dominar a las mujeres, lo que lleva a la conclusión indefectible del dominio de aquéllos sobre éstas; así, el rol de superioridad de los varones en la estructura social patriarcal se consolida en virtud de la existencia de los roles de género "que determinan y colocan a las mujeres en un estatus de desigualdad."⁶⁶

Así, la victimización de la que la esposa es sujeto pasivo por parte de su marido es producto, precisamente, de esa estructura de dominación; el matrimonio tradicional, a su vez, se erige en el elemento nodal de la sociedad patriarcal y, la violencia de los hombres hacia sus cónyuges, un mecanismo de compensación individual aceptado ampliamente como medio para solucionar diferencias y afirmar el poder y el control que sólo es posible en razón de los privilegios que los hombres han gozado, codificados en creencias, prácticas y estructuras sociales y en la ley.

La violencia y agresión (física, sexual y psicológica) presentes en los casos de violación entre cónyuges, goza de aceptación porque se dice: "la mujer pertenece al hombre", aseveración que se acompaña con la formación de una estructura conceptual y justificativa por parte de la esposa no exenta de dosis religiosa: "yo me lo gané", "yo lo propicié por desencadenar el instinto carnal del hombre"; y si en la relación sexual no hay afecto ni palabras: "no soy digna de recibir comprensión,

⁶⁶ *Idem.*

cariño ni una relación sexual placentera"; el temor petrifica, silencio, bloquea: "si no acepto que haya penetración cuando él quiere, habrá más violencia fuera de la cama", "no me habla porque yo lo ofendí al no aceptar".⁶⁷

La violación entre cónyuges no se denuncia ya que la relación sexual es un derecho marital, el débito es una obligación que, ante su incumplimiento, el marido puede invocar como causal de divorcio por concretarse una injuria grave, pero no justifica en forma alguna el uso de la violencia del marido para exigir el deber sexual. Sin embargo, aun ciertos profesores de derecho penal justificaron, por su época, el entonces consolidado argumento del ejercicio de un derecho en la exigibilidad del débito conyugal, así:

No es constitutivo de delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta y aun empleando violencia, pues ello es el ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese derecho amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima, en cambio sí cabe esta especie de violación cuando el marido pretende la cópula en conjunción anormal o contra natura.⁶⁸

Ante tales argumentos la cuestión que surge es: ¿en dónde queda el bien (*l'èbensgut*) jurídico tutelado, núcleo irreductible de la libertad sexual? Porque si bien el vínculo matrimonial impone a ambos cónyuges el débito, no significa la enajenación por parte de cualesquiera de ellos, particularmente de

⁶⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, Melchor, "Violación entre cónyuges", *Rompan Filas. Familia, escuela, sociedad*, N° 63, México, Investigaciones y Servicios Educativos, S.C., 2005, consulta en Internet www.unam.mx/rompan/63/rt63rep.html, de 12 de marzo de 2005.

⁶⁸ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Código Penal anotado*; 16ª. ed., México, Porrúa, 1991.

la mujer, de su libertad sexual, menos aun de la obtención por parte del marido de una relación sexual con violencia y sin el consentimiento de la mujer.

Libertad sexual que tiene como contenido y se concreta en la irrestricta autonomía, de cualesquiera de los cónyuges, en su decisión y conocimientos para orientar y regir sus comportamientos sexuales.

Consentimiento que se traduce en acuerdo o aceptación total, que en el caso de la violación, no sólo está viciado por la fuerza (física y/o psicológica), sino que no existe.

La conciencia y el repudio cada vez más extenso en la sociedad, en los operadores jurídicos se ha enderezado a combatir, desde sus respectivos ámbitos, actos ignominiosos como el de la violación entre cónyuges, tan es así que la legislación penal federal desde 1997, positivó como delito la violación entre cónyuges y concubinos, acto que fue asumido por las legislaturas locales de diversas entidades federativas, incluso normativizando en materia civil la violencia intrafamiliar, tal como se asienta en el cuadro que se anexa en la última parte del presente comentario.

Finalmente, sólo nos resta señalar que de un análisis detenido de la resolución, se advierte que los criterios que prevalecían, hasta la contradicción de tesis de mérito, admitían sustento en una concepción desfasada y arcaica de la institución del matrimonio, de los derechos fundamentales cuyo núcleo irreductible se encuentra en la dignidad de la persona humana y de los bienes (*lëbensgut*) tutelados por el derecho penal, a saber: la libertad, en el más amplio y completo de sus sentidos, y la sexual, en particular.

2. LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO. PERSPECTIVA CIVIL

La institución del matrimonio nace en el derecho de gentes, como reconocimiento de la importancia que tuvo para todas las sociedades la unión estable entre hombre y mujer; sin embargo, esta coincidencia no fue suficiente para atribuirle *per se* el carácter de institución jurídica en razón que, hasta el advenimiento del cristianismo, nunca se alcanzó una concepción universalmente válida para este lazo afectivo.

Así, para el derecho romano el matrimonio constituía, generalmente, una situación de hecho que producía ciertos efectos jurídicos, más por una necesidad moral o práctica;⁶⁹ de ahí que en el concepto romano pagano, se considerara que era legítimo (*iustae nuptias*) cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que hubieren alcanzado la pubertad y reunieran las demás condiciones legales, podían convivir con apariencia conyugal honorable (*honor mariti, affectio maritales*).⁷⁰

En vista que el motor del vínculo matrimonial se ubica en el consentimiento duradero de los esposos a seguir juntos, el jurista romano no se ocupó especialmente de sentar las bases para la celebración del matrimonio, razón por la cual algunos autores han señalado que no se encontraba sujeto a ninguna formalidad especial; en cambio, sí se preocupó de fijar la manera y los alcances de la tradición de la

⁶⁹ En el caso de los esclavos que carecían de un reconocimiento humanitario pleno, el derecho romano sancionó su matrimonio bajo la figura del *contubernium*, mismo que si bien era ineficaz para constituir una familia en sentido legal, servía para fijar el parentesco entre sus integrantes (*cognatio servilis*) para evitar uniones incestuosas (D.23,2,14,2 y 3).

⁷⁰ D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, 9a. ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pp. 292-293.

mujer al marido (*uxorem ducere, uxor duci*) y, de manera especial, al ámbito familiar de este último.

Mientras que el matrimonio fue el fundamento de la familia para la mayoría de las sociedades arcaicas, en el caso de la concepción romana la institución marital formaba un elemento importante, pero su fundamento se ubicó en el parentesco.⁷¹ Por tal motivo, el derecho romano nunca concibió una relación matrimonial simétrica, sino como dispar entre sus integrantes, según se considere desde el punto de vista de la mujer o del marido.⁷²

La familia romana, como núcleo monogámico y patriarcal, ubicará a la esposa en un lugar digno dentro de la casa (*matrona, mater familias*) pero sin potestad sobre sus integrantes; más aún, derivado de la forma en que sea transmitida al esposo o a su *paterfamilias* (en caso de que aún fuera hijo de familia), la mujer sólo aspira a una condición jurídica asimilable a la de una hija de su marido y hermana agnada de sus hijos.

La *manus* constituyó el medio común para que la mujer quedara sometida a la potestad de su esposo o de su *paterfamilias*, toda vez que surtía una especie de adopción o arrogación (cuando la mujer fuera previamente *sui iuris*),

⁷¹ El parentesco romano se funda en dos figuras: la *agnaticia* establecida en la relación del *paterfamilias* con sus descendientes; y la *cognaticia*, fundada en los lazos de sangre que se instauro con las mujeres y sus descendientes.

⁷² Esta inequidad de trato llega, incluso, hasta la disparidad terminológica: *Nuptiae* se refiere a la situación de la mujer casada, que deriva de la pérdida de su carácter *nubilis* (casadera); en cambio, *matrimonium* refiere al marido, ya que a través de esta figura, adquiere a una mujer (*mater*) para su casa.

rompiéndose el vínculo jurídico que hubiera tenido en su calidad de hija de familia con su anterior familia agnada;⁷³ finalmente, aunque para la época imperial ya había caído en desuso la celebración del matrimonio *cum manu*, la perspectiva legal romana, por ese hecho, no dotó de plena autonomía jurídica a la mujer casada, toda vez que consideró vigente la potestad del padre respecto de la consorte, hija de familia.

Tanto uno como otro caso nos llevan a la figura de la patria potestad romana, la cual, como han establecido diversos autores, fue concebida como un poder absoluto que gozaba el *paterfamilias* sobre la persona y bienes de los descendientes legales y legítimos, al punto de poder disponer, incluso, sobre su vida o libertad.⁷⁴ Ninguna sociedad antigua sirve de parangón para ejemplificar las características y alcances que tuvo esta institución jurídica como en Roma, por cuanto a la construcción jurídica que rodeó al ejercicio de las atribuciones del *paterfamilias*, pues el jurisprudente romano no sólo amplió la aplicación de las figuras existentes comunes a la transmisión y recuperación de derechos reales y personales, sino que creó instituciones *ad hoc* aplicables a los distintos aspectos del ejercicio de esta facultad.

A pesar que el poder del *paterfamilias* tendió a atemperarse paulatinamente con el influjo de las corrientes huma-

⁷³ Para algunos autores, la *manus* no se identifica indefectiblemente con el matrimonio; por tanto, se podía constituir sobre niñas sin edad matrimonial o conservarse sobre las divorciadas. Para más información, ver D'ORS, Álvaro, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁴ Sobre el particular, la historia refiere más de un caso en el que un padre juzgando a sus hijos en una asamblea de parientes, los condenó a muerte. Citado por ORTOLÁN, Joseph L., *Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano*. México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, pp. 263-264.

nísticas en la jurisprudencia post-clásica, debe hacerse notar que en ningún momento perdió ese carácter dominante sobre la persona de los hijos y, por lo mismo, tampoco sobre la mujer.

Es esta concepción, precisamente, en la que encuadra la visión de la anterior integración de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de Jurisprudencia 1a.J/. 10/94, y que no hace más que reflejar la *capitis deminutio* que sufría la mujer en su vida jurídica al amparo de la otrora legislación civil.

En efecto, aunque con la expedición de la Ley de Relaciones Familiares⁷⁵ se eliminaron atavismos que impedían a la mujer casada administrar libremente sus bienes o celebrar los actos jurídicos para tal fin, salvo que contara con consentimiento de su marido, dicho ordenamiento familiar no sólo no dotó de plena capacidad jurídica para actuar a la par del varón, sino que, además, sancionó con mayor dureza el incumplimiento de sus obligaciones maritales.

En este sentido, la ley civil procuró declarar la igualdad de sexos en el matrimonio,⁷⁶ pero le impuso a la mujer la atención de todos los asuntos domésticos, quedando impedida para prestar sus servicios personales a un tercero, salvo que contara con licencia de su esposo,⁷⁷ además, con un afán evidentemente proteccionista, le impidió contratar con su consorte, salvo tratándose del contrato de mandato.⁷⁸

⁷⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de los días 14 de abril al 11 de mayo de 1917, en que entró en vigor.

⁷⁶ *Ibid.*, artículo 43.

⁷⁷ *Ibid.*, artículo 44.

⁷⁸ *Ibid.*, artículos 48 y 49.

Pasando al campo de sus obligaciones personales, tampoco abonó para una igualdad de género la declaración absoluta de que los cónyuges estaban obligados a guardarse fidelidad,⁷⁹ puesto que al momento de regular el divorcio estableció causales específicas para el comportamiento de la mujer, a pesar que el hombre podía incurrir en la misma conducta (la concepción de hijos ilegítimos previamente a la celebración del matrimonio)⁸⁰ o, en su caso, endureció, sin mayor razón, los requisitos para que tales causales procedieran en el caso del marido (adulterio);⁸¹ más aún, las providencias cautelares derivadas de la presentación de la demanda de divorcio permitían, a petición del esposo, que el Juez depositara a la mujer en la casa de una persona decente, siempre y cuando fuera señalada como culpable de la disolución.⁸²

Imbuido por las ideas sociales que permearon los procesos sociales de principios del siglo XX, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal,⁸³ buscó alcanzar la igualdad jurídica del hombre y la mujer, a través de la eliminación de las restricciones para la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

⁷⁹ *Ibid.*, artículo 40.

⁸⁰ *Ibid.*, artículo 76, fracción II.

⁸¹ Al respecto, el artículo 77 de la Ley de Relaciones Familiares establecía que el adulterio de la mujer siempre era causa de divorcio; en cambio, el del marido lo sería solamente cuando concurrieran alguna de las siguientes circunstancias: I. Que el adulterio fuera cometido en la casa común (domicilio conyugal); II. Que hubiera un concubinato entre los adúlteros, sea dentro o fuera de la casa conyugal; III. Que hubiera habido escándalo o el marido hubiera insultado públicamente a la mujer legítima; y, IV. Que la adúltera hubiera maltratado de cualquier forma o que por su causa se hubiera maltratado a la mujer legítima.

⁸² Sobre el particular, debe añadirse que la designación del domicilio en el que debía habitar la mujer separada tampoco le correspondía a esta última, sino al Juez, lo que pone de relieve la finalidad punitiva que supondría esta medida, al separar a la mujer de sus familiares naturales para privarla de su auxilio. (Ver Artículo 93, fracción II, de la Ley de Relaciones Familiares).

⁸³ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de marzo de 1928, entrando en vigor el 1.º de octubre de 1932.

Aunque el matrimonio adquiere un carácter eminentemente contractual al eliminarse cualquier referencia a la "sociedad legítima" reconocida en la Ley de Relaciones Familiares, siguieron existiendo los prototipos de las legislaciones anteriores: el hombre debía ocuparse del sostenimiento del hogar y la mujer, primordialmente, de las cuestiones domésticas, aunque se presentaban algunos avances.⁸⁴

El legislador de 1928 consideró prudente eliminar las prohibiciones para que la mujer pudiera contratar con su marido; empero, en vez de dejar al arbitrio de los consortes los términos y condiciones para su celebración, prefirió sujetar ésta a la autorización judicial previa,⁸⁵ en otras palabras, redujo por esta vía a la mujer casada a un estado de tutela jurisdiccional similar al aplicable a los incapacitados.

No obstante lo anterior, cobra relevancia la actuación del Juez familiar en la resolución de las controversias surgidas en la vida matrimonial, lo cual es sólo el reflejo de la participación más activa de la mujer en la toma de decisiones, socavándose la primacía del marido en la relación.

Sucesivas reformas al Código Civil permitieron avanzar en la igualdad de los géneros dentro del matrimonio, pues eliminó la potestad del marido para fijar de manera unilateral el domicilio conyugal; en cambio, prevaleció la obligación primigenia de la mujer a ocuparse de las cuestiones domésticas, sancionándose cualquier actividad que afectara la moral

⁸⁴ Al respecto, el artículo 169 del mencionado Código elimina la licencia conyugal como presupuesto para que una mujer pueda desarrollar una actividad remunerada fuera del hogar, pero estaba obligada a no descuidar de modo alguno sus labores domésticas.

⁸⁵ Artículos 174 y 175 del Código Civil.

o la integridad de la familia, aunque en ese caso se facultó a la esposa en los mismos términos para oponerse respecto de la actividad de su consorte,⁸⁶ finalmente, se optó por eliminar cualquier injerencia jurisdiccional en la vida normal de los consortes, preservándose para la resolución de desavenencias.⁸⁷

Conforme se avanzó en la reforma política del Distrito Federal, que tuvo como punto angular la modificación del artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁸⁸ y, con base en ello, la expedición del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal,⁸⁹ se dotó a la Asamblea Legislativa de esa localidad con las facultades para expedir una regulación civil propia, lo cual supuso, en la práctica, una oportunidad única para desarrollar una codificación de avanzada, en la que se equilibrara el papel que debían jugar el hombre y la mujer en la sociedad.

Así pues, el primer Código Civil exclusivo para el Distrito Federal expedido por la Asamblea Legislativa local⁹⁰ buscó alcanzar en el terreno de los hechos la igualdad entre el hombre y la mujer, tanto en el ejercicio de sus derechos como su desarrollo en la vida familiar, fijando como eje rector la consideración, solidaridad y respeto recíprocos.

⁸⁶ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1953.

⁸⁷ Lo anterior tuvo lugar, con motivo del Decreto de Reformas al Código Civil publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1994, a través del cual se derogaron, entre otros, los artículos 174 y 175 que regulaban las actividades de los cónyuges.

⁸⁸ Este dispositivo fue reformado por primera vez el 25 de octubre de 1993, sufriendo su última modificación el 22 de agosto de 1996.

⁸⁹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de julio de 1994.

⁹⁰ Las particularidades de la promulgación de este ordenamiento son dignas de resaltarse, pues en vez de que se promulgara un nuevo cuerpo normativo, el legislador local optó únicamente por reformar y derogar las disposiciones del anterior Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, mediante Decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, de 25 de mayo de 2000.

Tratándose del matrimonio, puede hablarse de un equilibrio en los derechos y las cargas entre los cónyuges, a fin de evitar la concentración de unas u otras en uno solo de ellos, prescindiéndose de los estereotipos recogidos en legislaciones anteriores, así como de los mecanismos que limitaban la interacción de los esposos.

3. VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

Sin perjuicio de lo antes señalado, un logro de la resolución en examen constituye el avance en la concepción de los bienes tutelados por el derecho penal, en relación con la libertad sexual de la mujer.

Aunque en la concepción de los pueblos antiguos permeó la idea del castigo de los delitos de índole sexual, su motivación redundó en cuestiones totalmente ajenas a los derechos de la víctima, por la básica consideración que existía una concepción desigual del desarrollo sexual del varón y la mujer.

Así, la mujer libre romana estaba moralmente obligada a no tener contacto sexual con persona alguna antes del matrimonio y a no tenerlo durante éste, más que con su marido. Por el contrario, el hombre solamente estaba sometido a esta prescripción hasta cierto punto, a saber: en cuanto no causara ofensa a la honestidad de las doncellas ni de las esposas de otros hombres. La observancia de esta doble obligación moral correspondía garantizarla al derecho penal doméstico.⁹¹

⁹¹ MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Themis, 1999, pp. 427 y 428.

Con el objeto de castigar toda unión sexual no consentida conforme a las reglas anteriores, se concibieron delitos con base en la calidad de la mujer, ya fuera no casada (*stuprum*) o con mujer casada con persona distinta a su marido (*adulterium*),⁹² distinguiéndolas de las conductas que permitían su comisión (*lenocinium*), así como las uniones simultáneas (*bigamia*).⁹³

En cualquiera de los casos, la pena establecida para los atentados al pudor no distinguía entre hombre y mujer, por cuanto que la ley no tenía en cuenta para nada las diferencias que pudiera haber en la culpabilidad moral de los reos.⁹⁴

Del mismo modo, la construcción del derecho penal germánico tampoco alcanzó para dilucidar que la razón del castigo de los delitos sexuales se encontraba inmerso en la persona de la víctima, ya que consideró que todo delito constituía una ofensa para todos los integrantes de su familia (*sippe*) o de la comunidad, razón por la cual debían proscribirse las conductas que afectarían el núcleo familiar o el tejido social.

Con base en lo anterior, se impusieron restricciones al comercio carnal de la mujer al punto de sancionar con mayor dureza las conductas ilícitas cometidas por éstas sobre las de los varones, a pesar de que tuvieran el mismo contenido.⁹⁵

⁹² Al respecto, debe resaltarse que el jurisprudente romano también sancionó con este delito, los casos en que el comercio sexual con un tercero, representaba la violación a la lealtad conyugal debida por la mujer, en un matrimonio ilegítimo o en un concubinato.

⁹³ Este aporte para delimitar a la institución del matrimonio, surgió como aporte del emperador Diocleciano, quien a través de considerar esa conducta como un delito autónomo, pretendió poner fin a la poligamia aceptada en muchas partes del Imperio Romano,

⁹⁴ MOMMSEN, Teodoro, *op. cit.*, pp. 430-440.

⁹⁵ Al respecto, el ya citado Código de Recesvinto (o *Lex Visigothorum*) sancionaba con la muerte a la mujer adúltera o que pretendía casarse con un esclavo; en cambio, el adulterio masculino sólo conllevaba la imposición de la esclavitud al culpable.

No obstante el innegable avance que supuso el desarrollo de la teoría del delito durante el siglo XIX, la construcción de los delitos sexuales siguió sufriendo el mismo vicio en que incurrieron los ordenamientos jurídicos anteriores, a saber: establecer el eje rector de la persecución de esas conductas en aspectos ajenos a la libertad sexual de la víctima. Así, mientras que algunos doctrinarios sostenían que el bien jurídico tutelado era la pudicia individual (Carrara), para otro grupo se protegía la honestidad de la mujer (Beling). En tal virtud, no resulta extraño que, a la postre, las particularidades derivadas de los casos concretos, rebasaran los tipos penales que empezaron a detallarse en los cuerpos legales, más aún, tratándose de relaciones humanas con un contenido sexual explícito.

Entre esos se ubica, por supuesto, el de las relaciones obtenidas en forma ilícita dentro del matrimonio, pues con base en que los tipos penales creados *ad hoc* protegían bienes jurídicos relativos a la condición social de la mujer, los doctrinarios jamás concibieron que pudiera actualizarse los delitos sexuales más duramente sancionados por la ley, pues nunca determinaron los casos en que podría darse la ilegitimidad en los medios usados por un cónyuge para obligar al otro a la cópula; antes bien, sus soluciones para sancionar esas conductas delictivas se encaminaron a prever la existencia de otros delitos menormente sancionados (como el caso del ejercicio indebido de un derecho o de los atentados al pudor) o a exigir la concurrencia de requisitos adicionales al simple ayuntamiento sexual forzado (condiciones inherentes al agresor o al propio acto marital).

En efecto, René Garraud, por ejemplo, estimó punible el ayuntamiento carnal obtenido con violencia, empero, tal con-

ducta no constituía nunca una violación si entre el agresor y la víctima hubiera un vínculo matrimonial, salvo que se infirieran lesiones o que esa cópula fuera contraria al fin del matrimonio, en cuyo caso se cometería el crimen de lesiones o atentados al pudor, respectivamente.

En concordancia con esta opinión, Cuello Calón consideró que el yacimiento o acceso carnal realizado por el marido con base en el uso de la fuerza no constituye el delito de violación, toda vez que subyace un derecho a imponer la cópula a la mujer, por lo que no existe una agresión ilegítima; no obstante ello, reconoció que la mujer podía abstenerse al ejercicio de ese derecho, con motivo de circunstancias que afectaran el normal desarrollo de ese ayuntamiento, como cuando fuere peligroso para ella y para la prole (en el caso del marido sifilítico, ebrio, etcétera), o bien, cuando constituye un acto lesivo del pudor público o de la propia mujer (si el marido intenta realizar la cópula en presencia de otras personas).

En apoyo a lo anterior, Adolfo Chauveau y Faustino Hélie establecen la inexistencia del delito de violación en el caso de que se imponga por la fuerza la cópula a la mujer casada, pues consideran que ese ayuntamiento constituye un deber impuesto por el lazo matrimonial.⁹⁶

Es aquí donde encuadra el derecho a la libertad sexual, entendido como el conjunto de condiciones anatómicas y fisiológicas que caracterizan a cada sexo y el apetito sexual

⁹⁶ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1973, pp. 398-399.

o propensión al placer carnal, que se fundamenta en el propio goce de la sexualidad donde el sujeto es libre para establecer sus relaciones venéreas con otros sujetos, las líneas de sus actuaciones en el terreno de la sexualidad y de la afectividad que, en la práctica, se manifiesta como el derecho a decidir con quién, cuándo y cómo tiene las relaciones sexuales que quiera (o no quiera) mantener.⁹⁷

Entendiendo que la libertad sexual constituye un ejercicio libre de la sexualidad, deviene consecuente advertir que toda trasgresión a ese derecho, transita en la actualización de dos requisitos: a) un elemento objetivo que se traduce en una acción que menoscaba esa elección de actuar de la víctima; y, b) un elemento subjetivo que representa el ánimo lúbrico o libidinoso del agresor para encontrar en su actuar, un goce o satisfacción sexual nacido del propio instinto.

Así, en el contenido y alcances de esa atribución natural, los delitos encaminados a prevenir las prácticas sexuales ilícitas encuentran su razón de ser, precisamente en su protección, pues la proscripción de esas conductas tienen su razón teleológica en el interés supremo de la sociedad de que nadie sea involucrado en un ejercicio de sexualidad que no haya deseado o no haya aceptado libremente o aceptado con la voluntad viciada, en el que su cuerpo, una parte de él, o su presencia sean usados por otra persona.

En mérito de lo anterior, resulta explicable que no constituya obstáculo alguno para perseguir y castigar tales ilícitos, la

⁹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, Joan Joseph, *Derecho penal español*, Barcelona, Bosch, 1996, Parte Especial, p. 125.

calidad con que cuente el sujeto activo o pasivo del delito, pues, ante todo, debe privilegiarse la voluntad del ser humano para ejercer o limitar su actividad sexual, a través de los canales previstos legalmente, sin que sea permisible afectarla de modo alguno, salvo en los casos que afecten a terceros o que la ley así lo disponga.

4. LA IGUALDAD DE GÉNERO, VÍNCULO MATRIMONIAL Y FAMILIA

En razón del desarrollo normativo antes reseñado, surge el cuestionamiento total acerca del motor o de la razón para impulsar esta búsqueda de la igualdad de la mujer en la vida familiar, lo cual sólo es explicable a través de la lucha de nuestro último siglo por la igualdad de género.

Esta lucha por la igualdad jurídica entre hombres y mujeres no es nueva ni privativa de un lugar o espacio determinado, por cuanto que las construcciones jurídico-políticas de las sociedades antiguas se inclinaron por demeritar el papel de la mujer dentro de la familia y, por supuesto, de la sociedad.

En razón que la concepción del derecho romano no atribuyó el carácter de persona al hombre físicamente hablando, sino al ente dotado de capacidad jurídica,⁹⁸ tal circunstancia fijó una desigualdad entre varón y mujer debido a que sólo aquél podía ser sujeto de derechos y obligaciones.

Esta disparidad prevaleció en todo momento, ya que a pesar que la jurisprudencia romana reconoció la posibilidad

⁹⁸ ORTOLÁN, Joseph L., *op. cit.*, pp. 20 y 21.

que fuese sujeto de derechos y obligaciones, la mujer *sui iuris* nunca alcanzó los mismos derechos que el *paterfamilias*, a pesar que tuviera a su cuidado a algún incapaz (*alieni iuris*).

Por su parte, el derecho germánico tampoco fue equitativo en las cuestiones de género, puesto que concibe una capacidad de obrar diferenciado por cuestión del sexo. Si bien no existe una discriminación entre el hombre y la mujer para formar parte de la estirpe de la familia (*sippe*), se reconoce una potestad doméstica masculina (*Munt, Mundium*).

La personalidad como adquisición de la capacidad jurídica, se reserva a cada uno de los miembros libres e iguales del pueblo sin distinción de su sexo, cuyo reconocimiento se sitúa en la autosuficiencia física y mental para realizar las mismas conductas que los demás hombres libres; por ello, cualquier circunstancia que afecte su eficiencia física se traducirá en una limitación jurídica.

El derecho germánico concibió dos vías para tutelar la actividad de la mujer: a) Su protección contra las arbitrariedades que sufriera por parte de su marido, la cual era ejercida por toda su familia (*sippe*),⁹⁹ al punto de que se le concedía un estatuto personal mayor al hombre casado (*Wergeld*); y, b) Su exclusión para el ejercicio de algunas responsabilidades públicas.¹⁰⁰

⁹⁹ Sobre el particular, debe resaltarse la figura jurídica de la Ley del Talión, que permitía a la *sippe* de la víctima infringir al delincuente un daño proporcional al delito cometido; institución que fue regulada con mayor profusidad en el Código de Recesvinto o *Lex Visigothorum*.

¹⁰⁰ En este supuesto, es relevante el caso de las leyes Sálidas, mismas que fueron publicadas a principios del siglo V por Clodoveo I de los francos, que en una de sus partes establecía la prohibición para que una mujer heredara el trono. Esta disposición pervive aún en los cuerpos legales de algunas monarquías europeas; sin embargo, algunas naciones atemperaron este impedimento con el objeto de permitir el ascenso de una mujer al trono, a la falta de herederos varones en línea directa.

Como puede colegirse, ninguna de las familias jurídicas occidentales dieron pie al desarrollo de una cultura de igualdad de género; por ello, la construcción de los derechos inherentes a la mujer atendiendo a sus condiciones particulares, fue un proceso difícil, largo y paulatino, que se gestó a partir de la segunda mitad del siglo XIX con la reivindicación de los derechos al voto, al trabajo y a la instrucción.¹⁰¹

Fuera de estos antecedentes, conviene hacer énfasis en la labor desarrollada a partir del nuevo orden internacional, que tuvieron como parte culminante la aprobación de los documentos que delinearon los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano.

En efecto, conviene recordar que la constitución de la Organización de las Naciones Unidas tuvo como propósito, entre otros, realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.¹⁰²

En concordancia con esta misión, la Asamblea General de las Naciones Unidas auspició la elaboración de un documento que desglosara los derechos fundamentales del hombre, cuyo contenido fuera avalado por todos sus miembros, actividad que llevó a la proclamación de la Declaración

¹⁰¹ No obstante lo anterior, una línea precursora del feminismo identifica como antecedentes directos a la Declaración de los Derechos de la Mujer de Olympe de Gouges (1789) y al Manifiesto por la Defensa de los Derechos de la Mujer (1792).

¹⁰² Artículo 1.3.

Universal de los Derechos del Hombre,¹⁰³ cuyos postulados fundamentales reconocían la unidad esencial de la condición humana y, por consiguiente, la igualdad de seres, así como el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos inalienables e individuales que tiene todo ser humano.

Acorde con esta Declaración, podemos ubicar una obligación correlativa por parte de los Estados miembros, en el sentido que deben fincar su estructura institucional para proveer la defensa de los derechos reconocidos por ese instrumento, de tal forma que deben privilegiar su aplicación sobre los actos de la autoridad que impliquen una arbitrariedad o injusticia.¹⁰⁴

Pasando al caso de la mujer, la Declaración en cita no se plantea una distinción de sexos, sino que prescribe que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos;¹⁰⁵ por ello, la cobertura de los derechos referidos en ella es universal, sin importar raza, color, idioma, religión, sexo o cualquier otra condición.¹⁰⁶

Paralelamente a este compromiso internacional, las Naciones Unidas promovieron la celebración de dos Pactos¹⁰⁷ para promover el desarrollo de las condiciones necesarias para cristalizar el respeto de los derechos fundamentales del

¹⁰³ Sesión celebrada el 10 de diciembre de 1948.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCA, Juan Luis, *Los derechos humanos*, México, Asociación Nacional de Abogados, 1975, pp. 49-51.

¹⁰⁵ Artículo 1.

¹⁰⁶ Artículo 2.1.

¹⁰⁷ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; ambos fueron adoptados el 16 de diciembre de 1966 y publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 y 20 de mayo de 1981, respectivamente.

hombre. En ambos casos, se fijaron los deberes de los Estados miembros en relación con este tema, señalando la obligación de aquéllos a no sólo garantizar, sino tomar las medidas necesarias para permitir el ejercicio de los derechos del hombre, sin importar condición económica, política, religiosa o sexual;¹⁰⁸ asimismo, prescribió que tanto hombres como mujeres gocen de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en cada uno de los Pactos.¹⁰⁹

Acorde con las particularidades económicas, sociales, étnicas, culturales, lingüísticas y religiosas, los ordenamientos internacionales se han ocupado de los derechos fundamentales de los hombres y mujeres desde una óptica muy variada; no obstante, su denominador común lo constituye la erradicación de cualquier discriminación entre sexos.

Sobre estos esfuerzos debe resaltarse a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.¹¹⁰ Nace este documento como parte del reconocimiento que sus signantes hacen al impacto limitado que habían tenido los anteriores acuerdos y resoluciones adoptados por las Naciones Unidas, en los siguientes términos:

Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones,

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de

¹⁰⁸ Artículo 2 de ambos Pactos.

¹⁰⁹ Artículo 3 de cada Pacto.

¹¹⁰ Adoptada el 18 de diciembre de 1979, ratificada por México el 23 de marzo de 1981 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo del mismo año.

la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia, y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad,

Preocupados por el hecho de que en situaciones de pobreza la mujer tiene un acceso mínimo a la alimentación, la salud, la enseñanza, la capacitación y las oportunidades de empleo, así como a la satisfacción de otras necesidades,

Convencidos de que el establecimiento del nuevo orden económico internacional basado en la equidad y la justicia contribuirá significativamente a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer,

Subrayando que la eliminación del apartheid, de todas las formas de racismo, de discriminación racial, colonialismo, neocolonialismo, agresión, ocupación y dominación extranjeras y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados es indispensable para el disfrute cabal de los derechos del hombre y de la mujer...

En concordancia con estos propósitos, la señalada Convención define a la discriminación contra la mujer como "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las

libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera."¹¹¹

Con el objeto de erradicar esas prácticas, los Estados miembros convinieron en los siguientes compromisos:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

¹¹¹ Artículo 1o.

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.¹¹²

Pasando a la vida familiar, las acciones establecidas en este instrumento internacional están encaminadas a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, debiéndose garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos.¹¹³

Tratándose de todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, los Estados miembros se obligaron a adoptar las siguientes medidas para garantizar la igualdad de género:

a) El mismo derecho para contraer matrimonio;

b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

¹¹² Artículo 3o.

¹¹³ Artículo 5o.

c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; y

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.¹¹⁴

A la par de este esfuerzo internacional, conviene sólo hacer referencia a algunos instrumentos internacionales que se ocupan de algunos aspectos relacionados con los dere-

¹¹⁴ Artículo 16.

chos y la interacción de la mujer en la sociedad, tales como la Declaración sobre la Protección de las Mujeres y Niños en casos de Emergencia y Conflictos Armados, la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer,¹¹⁵ la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada,¹¹⁶ la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contratar Matrimonio y el Registro de los Matrimonios,¹¹⁷ la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Prácticas Análogas a la Esclavitud,¹¹⁸ entre otros.

Acorde con esta actividad en pro de la defensa de los derechos humanos, en el ámbito interamericano también se han elaborado documentos dignos de mencionar. En primer término, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹¹⁹ como resultado de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reiteró la protección de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano a través del establecimiento de los mecanismos para hacer efectiva su tutela.

Así, se reconoce la protección y tutela de los derechos consagrados en este instrumento en favor de toda persona, sin importar su raza, color, sexo, idioma, religión o cualquier

¹¹⁵ Adoptada el 31 de marzo de 1953, ratificada por México el 23 de marzo de 1981, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de abril del mismo año.

¹¹⁶ Adoptada el 20 de febrero de 1957, México se adhirió el 4 de abril de 1979, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1979.

¹¹⁷ Adoptada el 10 de diciembre de 1962, México se adhirió el 22 de febrero de 1983, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de abril del mismo año.

¹¹⁸ Adoptada el 7 de septiembre de 1956, ratificada por México el 30 de junio de 1959, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de junio de 1960.

¹¹⁹ Adoptada el 22 de noviembre de 1969, México se adhirió el 24 de marzo de 1981, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo del mismo año.

otra condición, encontrándose entre los más relevantes, el de la vida, la integridad personal, la libertad, la honra y de la dignidad; no obstante, para la materia de este estudio, resulta interesante mencionar la protección a la familia prevista en esta Convención, que se expone en los siguientes términos:

Artículo 17. Protección a la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Pasando a la protección de la mujer americana, no debe obviarse el avance que supuso la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, por sus incuestionables innovaciones.¹²⁰

En principio, el instrumento en cuestión define a la *violencia contra la mujer* como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, independientemente que se cometa dentro de la familia, unidad doméstica, o en una comunidad, o que sea perpetrada por una persona con que la víctima guarde o no un vínculo.

Es de resaltar que, por primera ocasión, se establece un catálogo propio de derechos de la mujer, los cuales si bien se desprenden de las declaraciones anteriores sobre el marco de los derechos fundamentales, representa una clara indicación a las legislaciones nacionales acerca de los aspectos que deben abordarse en sus legislaciones, en los siguientes términos:

Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

¹²⁰ Firmada el 9 de junio de 1994, ratificada por México el 12 de noviembre de 1998, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999.

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley; y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Para lograr el pleno ejercicio de estos derechos, los Estados miembros estimaron que debía tenderse a eliminar toda forma de discriminación y a fomentar una cultura de revaloración de la mujer, a partir de la prevención de los patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Así pues, se dedujeron las siguientes acciones concretas:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
- d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
- e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
- f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
- g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.¹²¹

En suma, el proceso de codificación internacional de los derechos de la mujer produjo un universo global compuesto, por un lado, a partir de un criterio de igualdad con el hombre que introdujo las atribuciones inherentes a su calidad humana y, por el otro, en función de sus diferencias reales con el varón, se concibió un subconjunto de atribuciones específicas para el género femenino.

Atento a la connotación particular del segundo grupo de derechos, no es extraño que se presenten casos de violaciones graves y/o sistemáticas a los mismos; de ahí que, para su erradicación, se prevean acciones y principios encaminados al castigo de las conductas que los trasgredan, hasta las tendentes para prevenir sucesos futuros.

Conviene hacer notar que todos estos acuerdos internacionales fueron ratificados en su oportunidad por el Estado mexicano, por lo que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión; no obstante ello, la evolución de los derechos de la mujer supuso un proceso largo que, conforme lo demuestra la resolución de la Primera Sala, aún no ha concluido.

Es menester recordar que si bien el legislador de 1917 se preocupó por establecer los derechos públicos subjetivos encaminados a garantizar la igualdad entre gobernados, no

¹²¹ Artículos 6 y 7.

dedicó el mismo ahínco para explicitar la igualdad de sexos, antes bien, fueron las legislaciones locales quienes regularon la participación de la mujer en la vida política.¹²²

El primer avance federalista en la materia aparece hasta 1953, con motivo de la extensión y precisión de la ciudadanía mexicana tanto a hombres y mujeres.¹²³ Hasta ese momento puede hablarse de una verdadera igualdad jurídicopolítica entre los sexos, pues la mujeres accedieron al ejercicio de los derechos políticos que, a la postre, les permitieron adquirir un papel político incuestionable.

Del mismo modo, la igualdad civil entre varón y fémina fue el resultado de la reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1974, a través de la cual se reformó íntegramente el artículo 4o., para establecerla expresamente, así como la protección de la organización y el desarrollo de la familia.

Como puede advertirse hasta ahora, a partir del desarrollo de los derechos individuales de la mujer, las instituciones jurídicas heredadas por las familias jurídicas occidentales se vieron obligadas a evolucionar a través de la supresión de aquellos aspectos que, en la práctica, servían de base para sostener la preeminencia masculina.

En este sentido, este proceso evolutivo no constituye más que el cumplimiento de los acuerdos internacionales en la materia, para el efecto de garantizar que la mujer actúe en un plano de igualdad con los varones, respetando sus particularidades.

¹²² Sobre estos primigenios intentos de dotar de una igualdad política a la mujer, deben mencionarse a San Luis Potosí (1923), Yucatán (1925) y Chiapas (1926).

¹²³ *Diario Oficial de la Federación*, de 17 de octubre de 1953.

5. LOS ANTECEDENTES DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS VARIOS 9/2005-PS

El 27 de mayo de 2005, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, por conducto de su Magistrado Presidente, formuló una solicitud a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que se modificara la jurisprudencia número 1a./J. 10/94, emitida por dicha instancia superior. La jurisprudencia en cuestión, señalaba a la letra:

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.—El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo.

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

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

No. Registro: 206,115. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Octava Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 10/94. Página: 18

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

Conviene recordar que el anterior criterio tuvo su génesis en la contradicción de tesis número 5/92, entre los criterios sustentados entre los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito.

En el caso del Primer Tribunal Colegiado, su disertación sostenía que el tipo penal de violación no distinguía entre los sujetos activos o pasivos que lo cometen, mucho menos se establece una causa extintiva de la acción penal con motivo

del vínculo matrimonial que entre ambos sujetos exista; asimismo, concluyó que no se desprende de las normas que regulan al matrimonio, la facultad de alguno de los cónyuges para imponer al otro la cópula, aun para perpetuar la especie, por lo que la negativa a realizarla constituye una causal de divorcio por ser equiparable a una injuria grave inferida al rechazado.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado, después de citar las fuentes de doctrina pertinentes, concluyó que el lazo del matrimonio impedía la configuración del delito de violación, por subsistir el derecho a la disposición del cuerpo del otro cónyuge, cuestión que constituía un caso de excepción para la punibilidad de ese hecho; antes bien, la falta de sanción penal de esta conducta dio origen a que se sancionara civilmente a través de la disolución del vínculo marital.

Al resolver sobre la materia de esta contradicción, la entonces Primera Sala se planteó la disyuntiva de seguir alguna de las tres posturas establecidas doctrinalmente, a saber: a) reconocen la existencia del delito de violación entre cónyuges; b) niegan su existencia con base en el vínculo matrimonial, o c) reconocen la configuración de un ilícito distinto a la violación.

Así pues, partiendo de la base que no podía darse una solución general sobre este tema, la Sala estableció un catálogo abierto de hipótesis para determinar si se actualizaba o no el tipo penal de violación, con base en la cópula normal entre cónyuges, esto es, la introducción total o parcial del pene en el órgano sexual femenino, siempre y cuando con ello no se afecte a la moral, la salud o alguna disposición legal expresa.

Tomando este punto de referencia, concluyó que las conductas ejecutadas fuera de estos parámetros, a juicio de esa superioridad, constituirían el delito de violación; asimismo, la imposición de la cópula reuniendo las características señaladas en el párrafo anterior, no generaría el tipo penal en examen, sino el relativo al ejercicio indebido del propio derecho.

Los integrantes del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, fundaron su petición en la aplicación que hicieron de esta jurisprudencia, en la resolución de un caso sometido a su jurisdicción, en donde se presentó la imposición de la cópula entre cónyuges, a través del uso de violencia, sin que estuvieran realizando vida marital.¹²⁴

Con base en el análisis de este caso, el Tribunal petitorio estimó que el concepto de cópula normal acuñado por la jurisprudencia anteriormente sustentada por la Primera Sala, era insuficiente para resolver sobre el ejercicio del débito marital, pues quedaban sin sancionar los casos en que el uso de la violencia para obtener un ayuntamiento de esas características, llegaba a constituir un medio para que, en un despliegue de superioridad y dominio, un cónyuge ultraje al otro.

En estas condiciones, los peticionarios enfatizaron la necesidad de analizar de nuevo la actualización de este tipo penal dentro de las relaciones surgidas en el matrimonio, debiéndose sopesar la pertinencia o no de ceñirse a un parámetro

¹²⁴ Juicio de Amparo Directo número 731/2004, resuelto en sesión celebrada el 7 de enero de 2005.

tan discutible como lo es la prevalencia del débito carnal derivado del vínculo marital, para establecer la actualización de ese delito o, en su caso, de otros.

Después de explicar con la debida acuciosidad las razones por las cuales no puede actualizarse el tipo penal del ejercicio indebido de un derecho (cuestiones que serán abordadas más detenidamente con posterioridad), la construcción discursiva de los exponentes se enderezó a privilegiar la tutela de la libertad sexual del sujeto sobre los vínculos jurídicos o naturales que pudieran limitarla.

Para proceder en estos términos, los expositores se justifican en el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los sujetos, sin distinción alguna, mucho menos por razones de género; por lo que sostienen la existencia de un derecho absoluto en favor del cónyuge para negarse en cualesquier momento y bajo cualquier circunstancia, a sostener cópula con su pareja pues de lo contrario, se retrotraería el matrimonio a la concepción arcaica en que la mujer tenía la calidad de objeto, erigiéndose el varón en el único titular de derechos, incluso aquellos que se ejercían sobre la mujer, en toda su plenitud, a saber: *utendi, fruendi y abutendi*, i.e., el poder absoluto e ilimitado.

Así, el débito conyugal para los argumentadores, se endereza al deber de fidelidad que los cónyuges se han de guardar entre sí, sin que ello signifique la pérdida de su libertad sexual, la cual acotan, únicamente, en relación al coito con otras personas distintas al o la cónyuge; por ende, consideran que su incumplimiento sólo se traduce en una retractación de su

consentimiento originalmente dado para contraer nupcias, constituyéndose en una causa para pedir (*causa petendi*) la disolución del vínculo matrimonial, pues no existe un medio lícito para obligar a los consortes a tener cópula entre sí.

6. RESOLUCIÓN DE LA PRIMERA SALA DE LA SCJN

Admitida a trámite la solicitud de modificación de la jurisprudencia presentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, se formó el expediente varios 9/2005-PS, turnándose los autos a la Ponencia de la Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, para la formulación del proyecto de resolución correspondiente.

El 16 de noviembre de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la presidencia de la señora Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, resolvió acerca de la solicitud de modificación, considerándola procedente y fundada.

Para soportar sus argumentaciones, el órgano resolutor analizó el tipo penal del delito de violación previsto en el artículo 267 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, concluyendo que sus elementos entendidos lisa y llanamente, no exigen elementos objetivos o subjetivos mayores a la obtención de la cópula a través de la violencia física o moral.

Esta simplicidad en sus postulados conlleva a inferir que el bien jurídicamente tutelado por este delito, no tiene una connotación de corte moral en relación con el sujeto pasivo, sino con un aspecto más trascendental que deriva de la naturaleza humana, a saber: la libertad sexual que, en la práctica, se refleja en el derecho a la autodeterminación sexual.

En este sentido, colige el juzgador que con motivo de la existencia de un vínculo matrimonial entre activo y pasivo, no actualiza ninguna excepción que impida la configuración del tipo penal, ni mucho menos que exima la responsabilidad del primero de los nombrados.

Inmerso en esta disertación, procedió a analizar los derechos sobre la persona de los cónyuges que nacen a partir del matrimonio, señalando que si bien entre los fines de éste se ubica la procreación de la especie, tal situación no conlleva que los consortes se puedan imponer el ayuntamiento para cumplimentar esa finalidad, puesto que por encima del mismo se encuentran los derechos a la libertad sexual, a la disposición del cuerpo y a elegir el número y espaciamiento de la prole.

Ante este aparente conflicto de derechos, la Sala resolutoria propende a considerar que no existe un derecho absoluto entre consortes para acceder a la relación carnal con la intención de cumplir con los fines del matrimonio, sino que implica una facultad que debe ser ejercida de común acuerdo, por existir la igualdad de derechos y obligaciones entre ellos.

Para agotar este punto, el juzgador recuerda que la transgresión a los principios de igualdad y respeto en la vida matrimonial, está penada con la disolución del vínculo marital, a través de las causales de divorcio previstas en el Código; de ahí que en el caso la imposición de la cópula entre consortes a través de medios violentos, tal actuación no esté respaldada en el ejercicio de un derecho nacido en esa institución, pues, por el contrario, es motivo para su terminación.

Con base en los anteriores razonamientos, la Primera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación produjo el siguiente criterio jurisprudencial, con el objeto de reemplazar al que motivó el estudio en comento:

VIOACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AÚN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y EL 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 con relación a 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 medios violentos—sean éstos físicos y/o morales—, queda debidamente integrado el delito de violación, sin importar la existencia del vínculo matrimonial.

En concordancia con lo anterior, la Sala antes señalada también canceló los criterios jurisprudenciales intitulados "VIOACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DURANTE EL LAPSO EN QUE SE DECRETÓ JUDICIALMENTE SU SEPARACIÓN PROVISIONAL, DELITO DE",¹²⁵ "VIOACIÓN ENTRE

¹²⁵ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Primera Sala, Tomo: 77, mayo de 1994. Tesis: 1a./J. 5/94, p. 16.

CÓNYUGES, DELITO DE",¹²⁶ "VIOLACIÓN EQUIPARADA ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE",¹²⁷ "VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE",¹²⁸ "VIOLACIÓN ENTRE CÓN-YUGES, DELITO DE",¹²⁹ "VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES HABIENDO SUSPENDIDO EL DERECHO A COHABITAR, DELITO DE"¹³⁰ y "EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE".¹³¹

7. LA CONTEMPORANEIDAD CON LOS AVANCES LEGISLATIVOS. EL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

Por cuanto se ha dicho, resulta nítido el acierto que significa que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya cambiado su criterio en cuanto a la posibilidad de que exista la violación entre consortes, pues sostener el criterio ahora derogado implicaba, por una parte, desconocer los principios inmersos dentro de las legislaciones civiles y penales, mismos que han evolucionado al punto de proveer la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, así como la protección de una esfera mayor de derechos humanos y, por la otra, transgredir los acuerdos internacionales que, sobre la materia, ha suscrito México durante el siglo XX.

¹²⁶ *Ibid.*, 6/94, p. 16.

¹²⁷ *Ibid.*, 7/94, p. 17.

¹²⁸ *Ibid.*, 8/94, p. 17.

¹²⁹ *Ibid.*, 9/94, p. 18.

¹³⁰ *Ibid.*, 11/94, p. 19.

¹³¹ *Ibid.*, 12/94, p. 19.

8. UNA ASIGNATURA PENDIENTE

Dejando de lado las anteriores consideraciones, conviene reflexionar acerca de un aspecto no abordado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al momento de ocuparse de los razonamientos expuestos por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que sirvieron de base para el cambio de criterio, a saber: el contenido y los alcances del débito conyugal.

Al respecto, el Tribunal petionario adujo que con base en los fines del matrimonio reconocidos por la ley y la doctrina, era dable colegir que la libertad sexual de los cónyuges se encontraba acotada por el débito conyugal y el deber de fidelidad entre ellos; no obstante, aun en ese supuesto, existía un derecho genérico a favor de cada consorte para rechazar en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia el ayuntamiento carnal.

En este mismo orden de ideas, sostuvo que la restricción que sufre una persona en su libertad para copular con motivo del matrimonio, redundaba en la imposibilidad de sostener relaciones sexuales con terceras personas, en observancia al deber de fidelidad, pero ello no significa que pierda su capacidad para rechazar el ayuntamiento con su cónyuge, incluso sin que exista una justificación de por medio.

En tal virtud, la negativa a tener cópula con el otro consorte sólo equivale a una retractación del consentimiento anteriormente dado para la celebración del matrimonio, surgiendo un derecho a favor del cónyuge afectado para pedir la disolución del vínculo.

Como puede advertirse, los razonamientos expuestos por el Tribunal Colegiado fueron tendientes a sostener la primacía de la libertad sexual con base en la inexistencia del débito conyugal, pues sólo reconoce una restricción a dicha autonomía fundada en el deber de fidelidad.

Al momento de su disertación, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación eludió ocuparse de este aspecto, ya que se concretó a afirmar que el derecho que asiste a los cónyuges para acceder a la cópula con su pareja no es absoluto, sino que implica "...la libertad de los mismos, para determinar de común acuerdo y en pleno uso de su libertad sexual, cuándo habrán de proceder al ayuntamiento carnal con fines de procreación".

En términos de lo antes razonado, resulta obligado reflexionar acerca de dos cuestiones fundamentales: ¿Existe un derecho a favor de un cónyuge para negarse en todo momento al ayuntamiento carnal, sin que exista causa justificada? y ¿Qué consecuencias de derecho surgen a partir de la negativa a sostener cópula de manera injustificada?

Para responder el primer cuestionamiento, conviene hacer referencia a la importancia que subyace en la institución del matrimonio tanto en el orden natural como positivo.

En efecto, aunque la mentalidad vigente en las antiguas civilizaciones no pudo articular una regulación congruente del matrimonio con base en la igualdad de los consortes, su causa eficiente, su formalidad y sus fines, en todas las sociedades se reconoció la importancia de la institución como medio para la formación de la familia y, por ende, de su propia

subsistencia. Incluso en el mundo romano en el que, como ya se expuso anteriormente, el matrimonio no generaba el vínculo familiar, el legislador reconoció su importancia como institución del orden natural o de gentes, de forma tal que lo fomentó a través de premiar la natalidad e imponer ciertas limitaciones hereditarias a los no-casados o sin hijos, con las leyes Julia y Papia Popena.¹³²

Sin perjuicio de lo anterior, no debe obviarse que la construcción jurídica del matrimonio, tal y como lo conocemos, parte del derecho canónico, ya que fue el primer sistema normativo que la estructuró con base en su sacralidad; sin embargo, esta circunstancia no impide que sirva para explicar las particularidades de esta institución, ya sea que se conciba como un sacramento en términos religiosos o como un contrato en su concepción civilista.

En efecto, en primer lugar, debe decirse que el término matrimonio presenta una doble acepción: unas veces se emplea para designar el acto de su celebración en el cual los contrayentes hacen recíproca entrega de sí mismos en su calidad de cónyuges (*matrimonio in fieri*) y otras veces se entiende a la misma pareja humana constituida por ambos cónyuges o bien al estado jurídico que les afecta a su persona tras la celebración nupcial (*matrimonio in facto*). En cualquiera de ambos casos, confluyen las notas distintivas de todo acto jurídico, es decir, una voluntad capaz de actuar y obligarse jurídicamente, con base en una causa y para un fin determinado.

¹³² Dichas leyes fueron emitidas por Augusto, quien fue el primer gobernante que intervino más decididamente en este sentido. Esta legislación se llama de *maritandis ordinibus* por referirse a los distintos tipos de personas afectados por los preceptos legales. Esta actitud de Augusto no carecía de precedentes, ya que los cónsules del 403 a.C. habían multado a los que envejecían célibes por haber frustrado el precepto natural de dejar descendencia; Ver D'ORS, Álvaro, op. cit., p. 295.

En este orden de ideas, existe un consentimiento matrimonial, mismo que se define como una declaración de voluntad, mutua y bilateral, entre dos sujetos o personas de diferente sexo capaces de celebrar matrimonio, y que tiene como resultado la aparición de unos efectos jurídicos queridos consciente o inconscientemente por las partes.

Como se infiere de tal definición, el contenido sobre el cual recae este consentimiento está determinado por normas superiores a la voluntad de los contrayentes y a la propia competencia de los ordenamientos jurídico-positivos; de ahí que el alcance de la voluntad expresada por los cónyuges sea inhábil para modificar las causas y los efectos de la institución.¹³³

En lo tocante a la causa eficiente del matrimonio, la concepción canónica no varió la visión romana del amor marital (*afectio maritalis*) como motivo para la instauración del vínculo entre los consortes, pero con motivo de la influencia que supuso la doctrina patristica, eliminó los efectos que la jurisprudencia romana dotó a su pérdida, al sostener sin paliativos o vacilaciones la indisolubilidad del matrimonio.

Pasando a los fines que se persiguen con la unión estable entre un hombre y una mujer, el consorcio de vida plena que supone el matrimonio está ordenado por su misma índole

¹³³ Al respecto, diversos tratadistas entre los que se encuentran Julien Bonnacasse, José D'Aguanno y Felipe Sánchez Román, sostienen que la teoría institucional del matrimonio explica mejor las implicaciones de este acto jurídico, mismas que en la práctica permite que pueda celebrarse sin más que un conocimiento implícito de la sustancia del matrimonio; que surjan derechos y obligaciones no conocidos explícitamente por los contrayentes; que subsistan derechos y obligaciones no contratados y acaso excluidos cuando no se afecte la sustancia del matrimonio.

natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole. Esta ordenación de los fines debe tener lugar no sólo a parte *rei* (por parte de la realidad objetiva) por cuanto los contrayentes reúnan las cualidades o características personales y objetivas que hacen posible su celebración, sino también a parte *intentionis* (por parte de la intención de los contrayentes) en el sentido de que los contrayentes muestren su predisposición para el cumplimiento de sus fines.

Con base en lo anterior, se deduce que si bien es cierto que estos fines surgen como una cuestión connatural al matrimonio, no menos lo es que su falta de consecución no implica la nulidad o disolución del vínculo matrimonial, como sucede, por regla general, en los actos jurídicos cuyo objeto se vuelve imposible de cumplir; sin embargo, los cónyuges están obligados, en todo momento, al cumplimiento de los aspectos objetivos y subjetivos inherentes a tales fines.

Así pues, la ordenación de la prole queda cubierta en su parte objetiva por la posibilidad de la cópula conyugal, así como en su parte subjetiva por la intención de no desnaturalizar el acto conyugal; por su parte, el bien de los cónyuges se presenta en dos vertientes: *la ayuda mutua* (pues constituyendo el matrimonio una comunidad integral de existencia, en él encuentran los cónyuges, de manera natural, el mutuo complemento de su capacidad y aptitudes no sólo en su orden físico, material y económico, sino también en el orden moral y sobrenatural) y el remedio a la *concupiscencia* (la satisfacción de la inclinación sexual como medio naturalmente establecido para la perpetuación de la especie), fines que se cumplen, en su parte objetiva, con que los contrayentes sean aptos para la vida conyugal, mientras que la parte subjetiva

se consuma conque los contrayentes se muestren dispuestos a la normal convivencia matrimonial sin excluir radicalmente esta ordenación al bien del otro.¹³⁴

Estos medios instrumentales constituyen, por sí mismos, deberes recíprocos entre los esposos, cuyo cumplimiento puede dispensarse sólo por circunstancias excepcionales, ya que su inobservancia tiende a afectar la posibilidad de acceder a los fines del matrimonio.

Así pues, en primer lugar, debe mencionarse a la necesidad de la convivencia o comunidad de vida de los casados,¹³⁵ a través del cual la unión adquiere el estado matrimonial, de manera similar a la apariencia marital (*honor mariti*) concebida en el derecho romano. Como una parte importante de ese elemento se ubica a la cohabitación (entendida como vida marital), por ser un efecto normal que se sigue a la celebración del matrimonio, mediante el establecimiento de un hogar común (domicilio conyugal), la cual exige no sólo que se garantice el acceso a la cópula, sino que se constituya un ambiente integral para el desarrollo de la vida en común de los consortes. Con base en esta exigencia, surgen otros deberes entre los cónyuges que redundan en los ámbitos económico, social, personal y sexual (derecho a alimentos, deber de respeto, deber de fidelidad, débito conyugal, entre otros), cuyo cumplimiento le corresponde tanto al hombre como a la mujer, porque gozan de igualdad jurídica.¹³⁶

¹³⁴ BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, 8a. ed., Madrid, Tecnos, 1994, pp. 32-35.

¹³⁵ Canon 1,151 del Código de Derecho Canónico.

¹³⁶ Canon 1,135 del Código de Derecho Canónico.

Ocupándonos de los aspectos estrictamente personales de los consortes, conviene apuntar que en tanto la comunidad de vida tiene como fin próximo la constitución de una familia, la doctrina canónica ha derivado dos aspectos fundamentales para garantizar la unidad del vínculo matrimonial: el deber de fidelidad y el débito conyugal, los cuales guardan como nota común, que sirven de puente entre matrimonio y prole.

En relación con el primer aspecto, la doctrina canónica sostiene que existe un estricto derecho subjetivo a la realización de las prácticas matrimoniales ordenadas a la procreación, en las que cada uno de ellos tendrá un derecho a exigir el débito conyugal y recíprocamente una obligación de prestar el débito ante la exigencia de la otra parte. Esta relación, pese a su contenido estrictamente jurídico, reviste una especial trascendencia moral en cuanto que los derechos y obligaciones mutuos que van delimitados por la norma, hace ilícitos los actos desordenados a los fines específicos del matrimonio, en especial cuando se ejecuta violencia en contra de uno de los cónyuges o cuando la salud psicofísica de alguno de los cónyuges constituya un riesgo para la concepción.

En lo tocante al segundo aspecto, el ordenamiento canónico reconoce una exclusividad (*ius exclusivum*) sobre la persona del cónyuge, a favor de su respectivo consorte, quedando proscrita la práctica de los actos conyugales con tercera persona; no obstante, conviene recordar que con base en una aplicación extensiva de la propia doctrina canónica, puede inferirse que este derecho tampoco es absoluto, por cuanto a que pesa sobre esta figura, las mismas limitaciones

establecidas para el uso del propio cuerpo, las cuales, de manera general, dictan que no le asiste un derecho a favor del individuo para cometer actos sobre su cuerpo que afecten su integridad o su dignidad humanas.

Como puede verse, en el cumplimiento de esos deberes subsiste un principio de respeto recíproco entre los cónyuges, pues sólo a partir de la dignificación de la persona de los consortes, es dable arribar a un estado de vida adecuado para la consecución de los fines del matrimonio; por ello, cuando se rompe ese deber de consideración hacia la pareja, la propia codificación canónica permite, en un momento dado y de manera excepcional, la anulación del vínculo matrimonial o, de manera más común, la separación de cuerpos.

Aunque esta concepción del matrimonio canónico pasó a los códigos civiles seculares con algunas modificaciones para apuntalar el poder civil, la importancia y los fines reconocidos a esta institución jurídica quedaron incólumes, por cuanto a que el Estado secularizado reconoció el papel que jugaba el matrimonio en la consecución de la familia.

En efecto, aun en el caso de la doctrina que asimiló al matrimonio como un contrato civil, se consideró que la unión entre cónyuges estaban encaminada a la obtención de determinados fines, cuyo contenido se asimiló a los de la doctrina canónica, superiores a la voluntad de los contratantes, por tratarse de una cuestión de orden público.

En el caso de México, hasta el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, los ordenamientos civiles identificaron tales

finés como la perpetuación de la especie y la ayuda mutua para llevar el peso de la vida,¹³⁷ en cambio, el nuevo ordenamiento civil prescindió de definir los alcances de estos fines, señalando únicamente que los cónyuges estaban obligados a su logro.¹³⁸

En este mismo sentido se encuentran redactados la mayoría de los Códigos Civiles de los Estados de la República, con algunas excepciones. Entre estos casos, conviene citar el caso del de Baja California Sur, el cual, en su artículo 150, establece:

Artículo 150. El matrimonio es la unión legítima de un solo hombre y una sola mujer, con el propósito expreso de integrar una familia mediante la cohabitación doméstica y sexual, el respeto y protección recíprocos, así como la eventual perpetuación de la especie la cual tiene los siguientes fines:

I. Es libre electo, tanto por lo que corresponde a su celebración, como a la persona con quien se contrae;

II. Los cónyuges conservarán en todo tiempo la libertad para determinar la totalidad de los aspectos concernientes a su relación matrimonial, dado que los vínculos que derivan de la unión, son exclusivos de la pareja;

III. Con el matrimonio se funda legítimamente la familia, que es la comunidad establecida naturalmente para la diaria convivencia;

¹³⁷ Artículo 13.

¹³⁸ Artículo 162 del Código Civil.

IV. La estabilidad de la familia, base de las instituciones sociales, contribuyen a la armonía social;

V. En las relaciones conyugales tiene manifestación la complementariedad de los seres humanos en los aspectos afectivos biológicos, ningún cónyuge es superior al otro y con la unión se hace posible el desarrollo de la potencialidad humana;

VI. La familia constituye el medio natural para el desarrollo de las interrelaciones de responsabilidad y solidaridad humana;

VII. En la familia debe buscarse el efecto y la fidelidad, así como darse apoyo recíproco; y

VIII. El afecto familiar es reconocido como una dignidad, no como sometimiento de un ser a otro, sino como un perfecto entendimiento sobre los valores de existencia humana.

En términos muy similares, el artículo 259 del Código Civil para el Estado de Jalisco, delimita los fines del matrimonio, en los siguientes términos:

Artículo 259. En la relación matrimonial, se deben considerar los siguientes fines:

I. Es libremente electo, tanto por lo que corresponde a su celebración, como a la persona con quien se contrae;

II. Los cónyuges conservarán en todo tiempo, la libertad para determinar la totalidad de los aspectos concernientes a su relación matrimonial, dado que los vínculos que derivan de tal unión, son exclusivos de la pareja;

III. Con el matrimonio se funda legalmente la familia, que es la comunidad establecida naturalmente para la diaria convivencia;

IV. La estabilidad de la familia, base de las instituciones sociales, contribuye a la armonía social;

V. En las relaciones conyugales tiene manifestación la complementariedad de los seres humanos en los aspectos afectivo y biológico, ningún cónyuge es superior al otro y con la unión se hace posible el desarrollo de la potencialidad humana;

VI. El hijo debe ser la expresión del amor de sus padres;

VII. La familia constituye el medio natural para el desarrollo de las interrelaciones de responsabilidad y solidaridad humana;

VIII. En la familia debe buscarse el afecto y la fidelidad, así como darse apoyo recíproco; y

IX. El afecto familiar es reconocido como una dignidad, no como un sometimiento de un ser a otro, sino como un perfecto entendimiento sobre los valores de existencia humana.

Los esposos tienen el derecho natural e inalienable de fundar una familia y decidir responsablemente sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear.

Por su parte, el Código Civil para el Estado de Querétaro, en su artículo 139, establece los mismos fines de una manera más lacónica, de la siguiente forma:

Artículo 139. El matrimonio tiene como fin la creación de una comunidad íntima de vida entre los cónyuges, y constituye la forma ideal para la protección de intereses superiores de la familia.

Un caso excepcional en cuanto a este criterio general de delimitación de los fines del matrimonio, lo constituye el Código Civil para el Distrito Federal expedido en el 2000, ya que dicho ordenamiento permite la celebración del matrimonio con un cónyuge que sufra impotencia incurable para la cópula, siempre y cuando sea conocida y aceptada previamente por su consorte,¹³⁹ disposición que, en otras palabras, viene a constituir una exclusión de uno de los fines del matrimonio, por medio de la voluntad de los contratantes.

No obstante lo anterior, todos los códigos civiles basados en la codificación de 1928 comparten como notas comunes la trascendencia de tales fines sobre la voluntad de los esposos, de forma que devienen nulos los pactos hechos en contrario, y que su falta de obtención no conlleva implícitamente la disolución del vínculo matrimonial.

Al respecto, la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó estas cuestiones, en las siguientes tesis aisladas:

MATRIMONIO. CONVENIOS NULOS CONTRARIOS A LOS FINES DEL (LEGISLACIÓN DE NUEVO LEÓN).—El artículo 182 del Código Civil del Estado de Nuevo León establece

¹³⁹ Artículo 156, fracción VIII, en relación con los párrafos segundo y cuarto, del Código Civil.

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

Precedentes: Amparo civil directo 9026/46. Rodríguez Graciano. 18 de abril de 1949. Mayoría de tres votos. Carlos I. Meléndez. Disidente: Hilario Medina. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Registro IUS: 344728. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo C, p. 266, aislada, Civil.

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

Precedentes: Amparo civil directo 4429/33. Jara José Ignacio. 11 de enero de 1943. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Registro IUS: 351277. Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXV, p. 678, aislada, Civil.

Con base en las anteriores consideraciones, es dable afirmar que la institución del matrimonio impone una pauta de conducta hacia los cónyuges, al sujetarlos al cumplimiento de determinados deberes de contenido idéntico y recíproco, por lo que no les asiste un derecho genérico para desatenderlos, salvo cuando exista una causa de justificación.

Lo anterior es así, ya que al tratarse de una institución de orden público, existe un interés general por su mantenimiento, permitiéndose sólo por excepción su disolución. Para tal efecto se establecieron, desde el principio, causales de divorcio debidamente especificadas que, vistas en su expresión elemental, no son sino la demostración del desprecio, desapego, abandono o desestimación hacia la persona del cónyuge o de sus hijos, que produce una imposibilidad para la vida en común.

No debe perderse de vista que los efectos que produce la búsqueda de los fines del matrimonio (deberes instrumentales), representan la preeminencia del interés de la familia sobre el individual de cada cónyuge; por ello, la legislación civil optó por imponer a cada consorte la carga de contribuir por su parte a tales fines, lo cual implica no sólo una función biológica sino también una función jurídica.

Deviene razonable que tratándose de la persona de los cónyuges, las disposiciones del ordenamiento civil busquen, por un lado, privilegiar las conductas que abonen en su socorro y en su ayuda mutua, conceptos que descansan siempre en la solidaridad de la pareja y, por el otro, prohíban y sancionen las actitudes egocentristas de uno de los con-

sortes o que se traduzcan en el demérito o destrucción de la vida común.¹⁴⁰

Dentro de esas conductas se ubica la negativa injustificada a sostener la cópula con el consorte, por constituir una conducta contraria a los fines del matrimonio, por cuanto a que a través de esa conducta, se desconocen las obligaciones que les impone la legislación civil, de cohabitar juntos en el domicilio común contribuyendo al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, compartiendo mutuamente los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio en la dirección del hogar y de los hijos, así como la administración de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.

Así pues, para la doctrina matrimonial canónica la ausencia absoluta de toda relación conyugal constituye una causa grave para la continuación de la vida matrimonial, al punto de considerarla como una causa de disolución del vínculo por no haberse consumado¹⁴¹ o como un motivo para la separación temporal de cuerpos por constituir una dificultad para la vida en común.¹⁴²

En este mismo tenor, algunos doctrinarios consideraron que la falta del débito conyugal implica por sí misma una

¹⁴⁰ Al respecto, resulta ilustrativa la tesis aislada intitulada 'ALIMENTOS. DE ACUERDO CON LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO CIVIL LA MUJER CUMPLE CON EL DEBER DE CONTRIBUIR CON EL SOSTENIMIENTO DEL HOGAR CUIDANDO DE EL', cuyos datos de identificación son: Registro IUS: 201634. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IV, agosto de 1996, p. 625, tesis 1.8o.C.53 C, aislada, Civil.

¹⁴¹ BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, *op. cit.*, p. 281.

¹⁴² *Ibid.*, p. 270.

injuria grave justificativa de la disolución del vínculo matrimonial o de la separación de cuerpos, además de una indemnización al esposo víctima de la denegación;¹⁴³ para algunos otros, su actualización constituye una desatención de las obligaciones conyugales asimilable al abandono del hogar.¹⁴⁴

En cualquiera de las concepciones que se tengan acerca del incumplimiento del débito conyugal subyace una idea común, a saber: la desatención de un fin del matrimonio, ya sea en relación de la generación de la prole o en función a la persona del consorte repudiado.

Sin perjuicio de lo anterior, resultaría cuestionable, en principio, concebir una figura jurídica que implicara un deber en contra de la libertad sexual que tiene todo ser humano, atento al marco de desarrollo de los derechos humanos antes explicados; sin embargo, tal situación es explicable tomando en cuenta que el conjunto de derechos humanos que conlleva el ejercicio de la sexualidad se encuentran autolimitados por los propios consortes-titulares, a través de la figura del matrimonio.

En efecto, a pesar de que constituyen facultades inherentes a la calidad humana, los derechos humanos nunca fueron concebidos como atribuciones de carácter absoluto, sino susceptibles de limitación para garantizar la coexistencia pacífica de todos los integrantes de una sociedad.

¹⁴³ PLANIOL, Marcelo *et. al.*, *Tratado práctico de derecho civil francés: La familia*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p. 271.

¹⁴⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 10a. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 545-549.

Como primer criterio de limitación se ubica la coexistencia de las libertades de los demás individuos, cuya génesis se infiere de la propia naturaleza social del ser humano. Así, aunque el propio contenido intrínseco de los derechos no conlleva una limitación, la interacción social del individuo le impone restricciones para su ejercicio, en la medida que debe cohonestar su ejercicio para no hacer nugatorios los derechos de los demás.

Un segundo criterio lo constituye el principio de reserva de ley, esto es, la remisión que hace la norma fundamental a una ley secundaria para la regulación de ese derecho específico contenido o reconocido en la primera normatividad. En el caso de los derechos humanos, la aplicación de este principio presupone que la reglamentación de un derecho en la ley constituye el medio para armonizar todos los derechos de los individuos de una sociedad.¹⁴⁵

En orden a lo antes señalado, se advierte que el matrimonio está concebido como un marco restrictivo para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los individuos, lo cual es explicable en razón de la preeminencia que las sociedades dieron a la unidad monógama de hombre y mujer sobre cualquier otra forma de relación, a la que se le dotó, además, de un carácter de indisolubilidad hasta principios del siglo XIX.

El individuo que se sujeta a la institución del matrimonio autolimita el ejercicio de sus libertades sexuales y reproductivas a determinadas pautas de comportamiento que exige el

¹⁴⁵ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2003, pp. 62-89.

vínculo matrimonial, al punto de tener que aportar una cooperación de carácter físico para alcanzar los fines del matrimonio y para mantener la unidad del vínculo, lo que se expresa en los deberes de cohabitación y fidelidad reconocidos por la legislación civil.

El derecho a negarse a tener cópula en todo momento y con cualquier persona se inscribe fuera del matrimonio, por cuanto a que en ese supuesto, el titular no se haya sujeto a ninguna clase de limitación que, en un momento dado, podría constreñirlo a permitir el acceso carnal con una determinada persona o que, por otro lado, le impida tener cópula con una tercera persona.

Ese carácter excepcional y excluyente que implica la institución del matrimonio en cuanto al ejercicio de la sexualidad, es, sin lugar a dudas, la nota distintiva que la diferencia de otras relaciones de hecho que si bien no excluyen la posibilidad de la cohabitación o de la fidelidad, no lo establecen como un deber jurídico exigible para los individuos, ni mucho menos presupone una sanción para su incumplimiento.

Es aquí donde radica, a nuestro juicio, el error en que incurre el planteamiento del Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito al momento de solicitar la modificación del criterio sobre la violación entre cónyuges, pues sostener la inexistencia del débito conyugal implicaría no sólo contrariar los fines que se persiguen con su celebración, sino que abonaría en contra de los principios de unidad y permanencia del vínculo matrimonial, los cuales constituyen cuestiones de orden público e interés general, como ya ha quedado explicado.

No desvirtúa lo anterior el reconocimiento de la existencia de un deber de fidelidad entre cónyuges, pues tal exigencia no es una obligación en sí misma, sino que deriva como consecuencia natural de que exista una cópula exclusiva entre hombre y mujer casados, de tal forma que el legislador consideró necesario prohibir las relaciones sexuales con terceras personas para garantizar la salud, unidad y permanencia de la causa eficiente de la relación matrimonial.

Volviendo a la pauta de protección de los derechos humanos, sería inconcebible hacer nugatorio el desarrollo de la sexualidad de un sujeto si, por una parte, se reconociera la posibilidad de que su cónyuge pudiera negarse en todo momento a sostener un ayuntamiento carnal y, por la otra, se le impidiera el acceso carnal con una tercera persona.

Al hilo discursivo, la solución debida en este punto estriba, a nuestro juicio, en no negar la existencia del débito conyugal, sino a la reglamentación dirigida a preservar la dignidad y respeto debidos entre los consortes, permitiendo ocasionalmente la posibilidad de negarse a ese ayuntamiento sin que medie causa justificada, o bien, en todo momento, cuando sí exista ese motivo grave que impida ese acceso o que ponga en riesgo la vida, la integridad o salud de algunos consortes o del hipotético producto.

Es claro que el pronunciamiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación justipreció los derechos fundamentales de los individuos *versus* las normas protectoras de la familia, a fin de establecer a qué clase de normas debía darse mayor envergadura, dando una solución,

a nuestro parecer, salomónica y adecuada, ya que sin referirse a estos aspectos del débito, excluyó la posibilidad de acceder a éste a través de la violencia, lo cual, en términos de lo antes razonado, constituye un medio evidentemente ilícito, contrario a los fines del matrimonio y atentatorio a la dignidad de la víctima como cónyuge y persona.

También constituyen un motivo de polémica las consecuencias de derecho que surgen a partir de la negativa a sostener cópula de manera injustificada.

Acudiendo al planteamiento formulado por el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, se advierte que la negativa genérica de sostener cópula sin causa justificada, constituye una retractación del consentimiento expresado al contraer matrimonio, surgiendo con ello el derecho a solicitar su disolución.

Tales conceptos, bajo un análisis jurídico del matrimonio en cualquiera de sus acepciones, carecen de asidero, por cuanto a los efectos jurídicos que conlleva la figura del consentimiento dentro de la teoría del acto jurídico.

En efecto, si tomamos en cuenta que el consentimiento juega un papel determinante para producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier acto dotado de efectos jurídicos, resulta indudable que existe, en principio, un efecto vinculante que impide a su emisor a desligarse del cumplimiento de las obligaciones que le impone su actuar jurídico.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Por ejemplo, los artículos 1796 y 1797 del Código Civil para el Distrito Federal, establecen que los contratos que se perfeccionan por el mero consentimiento, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias derivadas de la buena fe, del uso o de la ley, no pudiéndose dejar al arbitrio de uno de los contratantes, su validez o cumplimiento.

Tratándose del consentimiento generador del lazo matrimonial, no existe válidamente la figura de la retractación de consentimiento, puesto que tanto la legislación civil como la canónica establecen su irrevocabilidad, es decir, que una vez que ha sido puesto con todos los requisitos inherentes a aquél, no se puede destruir el vínculo creado mediante un acto de retractación posterior, salvo que exista un vicio en su emisión, en cuyo caso, producirá la nulidad del matrimonio.

Al respecto, conviene mencionar que en la legislación civil se prevén causas de disolución del matrimonio que permiten la destrucción del lazo matrimonial, pero que las mismas no están dirigidas a controvertir los elementos dados para la constitución del vínculo, sino a sancionar conductas contrarias a la debida vida matrimonial o a la extinción de la causa eficiente de la relación pero, incluso en estos supuestos, la disolución no opera como una figura análoga a la rescisión o resolución de los contratos, sino que guarda particularidades que trascienden a la voluntad de los interesados.

Es menester referir que tampoco la abstención injustificada del débito conyugal constituye por sí misma una causal de divorcio, tal y como sostuvieron los peticionarios.

En efecto, el artículo 454 del Código Civil para el Estado de Puebla, mismo que sirvió de base para establecer dicha consecuencia, prescribe lo siguiente:

Artículo 454. Son causas de divorcio:

- I. El adulterio de alguno de los cónyuges.

II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse aquél, y que judicialmente se declare que no es del marido;

III. La perversión de alguno de los cónyuges demostrada por:

a) La propuesta de un cónyuge para prostituir a su consorte, sea que aquél lo haya hecho directamente, sea que haya recibido cualquiera remuneración con el objeto expreso de que el cónyuge a quien se pretenda prostituir tenga relaciones sexuales con otra persona;

b) La incitación a la violencia hecha por un cónyuge a otro para cometer algún delito;

c) El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos ya sean estos de ambos cónyuges, ya de uno solo, así como la tolerancia en su corrupción; o

d) La imposición de la cópula con violencia y en contra de la voluntad de la mujer;

e) El uso de la fuerza física o moral o la práctica de omisiones graves, ejercida de manera reiterada en contra de los hijos de ambos cónyuges o de uno solo, en cuanto impliquen la existencia de un ambiente de violencia familiar, que haga imposible la vida en común;

f) La bigamia; o

g) Algún otro hecho tan grave como los anteriores.

IV. Sufrir una enfermedad somática, crónica, que sea además contagiosa y hereditaria;

V. Haber sido declarado en estado de incapacidad por las causas enumeradas en la fracción II del artículo 42;

VI. El abandono injustificado del domicilio familiar por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;

VII. La declaración de ausencia legalmente hecha;

VIII. 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;

IX. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por un delito, cualquiera que sea la pena que corresponda a éste;

X. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero si intencional, sancionado con una pena de prisión mayor de dos años;

XI. El alcoholismo crónico;

XII. El uso no terapéutico de enervantes, estupefacientes o psicotrópicos, o de cualquiera otra sustancia que altere la conducta del individuo y que produzca farmacodependencia;

XIII. 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;

XIV. La negativa injustificada a cumplir la obligación alimentaria respecto al otro cónyuge y a los hijos;

XV. Injuriar un cónyuge a otro, por escrito, en un juicio de nulidad de matrimonio o de divorcio, o imputar uno a otro, en tales juicios, hechos vergonzosos que afecten al decoro, honor o dignidad, cuando las injurias o imputaciones hagan imposible la vida en común;

XVI. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que la haya originado; este causal podrá ser invocada por cualquiera de ellos y no existirá cónyuge culpable, por lo que ambos interesados tendrán expeditos sus derechos para promover en otro juicio las acciones que procedan respecto a los derechos y obligaciones que hayan surgido en virtud del matrimonio, así como para resolver lo relativo a su régimen de bienes.

Como puede advertirse de la anterior transcripción, la negativa al débito conyugal no constituye por sí misma una causal de divorcio, sino un eventual elemento que concurre para la actualización de otras causales; sin embargo, en estas últimas no se tutela el cumplimiento de un deber como ocurre en otros casos.¹⁴⁷

Debido a esta ausencia normativa, la construcción jurisprudencial de nuestros Tribunales Federales ha tornado la negativa injustificada a la cópula entre consortes, en alguna de las hipótesis normativas ya previstas en las legislaciones civiles, pero sin éxito aparente. Así, por ejemplo, algunos

¹⁴⁷ Así, por ejemplo, en el caso del adulterio, la norma tutela el cumplimiento del deber de fidelidad entre consortes.

Tribunales han sostenido que tal negativa profiere una injuria en contra del cónyuge inocente,¹⁴⁸ mientras que otros lo asimilan al abandono conyugal.¹⁴⁹

Este vacío legal aparente tiene su razón de ser, porque el legislador no consideró a la abstinencia del débito conyugal como una causal autónoma para pedir la disolución del matrimonio, ya que estimó que debía darle un tratamiento idéntico a los demás deberes y derechos que subyacen en la vida matrimonial, como lo son el fijar en común un domicilio conyugal; el de contribuir al sostenimiento del hogar; el de decidir el número y espaciamiento de los hijos; el de compartir la dirección del hogar y la administración de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, entre otros.

Así pues, la legislación civil establece, en principio, la facultad a favor de los consortes para que de común acuerdo establezcan los términos y modalidades para el cumplimiento de las obligaciones matrimoniales y para la administración y cuidado de los bienes e hijos, para lo cual la ley les reconoce en el hogar autoridad y consideraciones iguales; sin embargo,

¹⁴⁸ Sobre el particular, se ha sostenido que en tal supuesto debe acreditarse necesariamente que la negativa a mantener relaciones íntimas, tenga como propósito de humillar al cónyuge y romper la armonía y mutua consideración entre los consortes, pues este elemento constituye la circunstancia injuriosa que hace ilícita la negativa (tesis aislada intitulada "DIVORCIO, ABSTENCIÓN DEL DÉBITO CONYUGAL", cuyos datos de identificación son Registro IUS: 204005, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, octubre de 1995, p. 535, tesis I.9o.C.22 C, aislada, Civil).

¹⁴⁹ Al respecto, se considera que si bien las causales relativas al abandono de hogar y a la separación de los cónyuges, requieren para su configuración de elementos distintos, ninguna de ellas establecen la falta de convivencia acorde a los fines del matrimonio, de ahí que no sea suficiente para integrarlas, el que los cónyuges que vivan bajo el mismo techo, no compartan el lecho conyugal y no cumplan con el débito carnal (tesis aislada intitulada "DIVORCIO. NO ES SUFICIENTE PARA INTEGRAR LAS CAUSALES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL FRACCIONES VIII Y XVIII, EL QUE LOS CÓNYUGES QUE VIVEN BAJO EL MISMO TECHO NO COMPARTAN EL LECHO CONYUGAL Y NO CUMPLAN CON EL DÉBITO CARNAL.", cuyos datos de identificación son: Registro IUS: 205329, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo I, abril de 1995, p. 147, tesis I.3o.C.7 C, aislada, Civil).

tomando en consideración las diferencias existentes entre los consortes con motivo de su entorno social, económico, familiar y educacional, la ley previó un mecanismo de tutela jurisdiccional para la resolución de controversias.¹⁵⁰

En este sentido, es claro que las diferencias irreconciliables surgidas con motivo del ejercicio del débito conyugal deben resolverse, en primer lugar, a través de la tutela jurisdiccional, con el objeto de preservar la armonía entre consortes o, en su defecto, para prevenir la violencia intrafamiliar.

Tal proceder no constituye una trasgresión a la dignidad de la personas, ya que si las controversias del orden reproductivo y de la cohabitación son susceptibles de conocimiento judicial, no existiría razón para excluir al Juez de lo familiar de su conocimiento y resolución, pues aun en el caso del incumplimiento a la decisión del Juez que conmine a un cónyuge a cumplir con su deber marital, tampoco daría derecho al otro para acceder a la cópula por un medio ilícito, pero su negativa sí actualizaría, entonces, una verdadera causal de divorcio.¹⁵¹

9. CONCLUSIÓN

Fuera de las cuestiones que no fueron abordadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe reconocerse el acierto que constituye la resolución que llevó al cambio del criterio acerca de la existencia de la violación entre cónyuges.

¹⁵⁰ En este tenor, el artículo 168 del Código Civil Federal establece: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente".

¹⁵¹ Al respecto, el artículo 267 del Código Civil Federal, considera como causal de divorcio: "...el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168".

En efecto, tomando en consideración que el marco internacional ha propugnado por una igualdad de derechos y obligaciones entre el hombre y la mujer, constituye una obligación del Estado la eliminación de aquellas instituciones y figuras jurídicas que permitan el sojuzgamiento de un sexo sobre otro con base en su mayor fuerza física, económica, social, entre otras.

Bajo estos conceptos, también constituye un imperativo el que las instituciones de interés social como lo es, inter alia, el matrimonio, se adecuen a una nueva realidad social para que, respetando sus bases fundamentales, permitan el desarrollo integral de la persona dentro del seno familiar, previniendo las conductas que, a la postre, pudieran afectar la conformación de la sociedad.

Así pues, el nuevo criterio acuñado por la resolución en comento, constituye un elemento dignificador de la persona humana, por cuanto exige que los cónyuges asuman una conducta responsable respecto al ejercicio de su sexualidad, lo cual, lejos de constituir una cuestión ajena a la solidaridad debida entre consortes, tiende a lograr una estabilidad marital con base en el respeto mutuo de las decisiones intrapersonales.

En suma, tal determinación no constituye, a nuestro juicio, sino el estricto cumplimiento de las normas fundamentales y de los compromisos internacionales asumidos por México en el campo de los derechos humanos y de la proscripción de las conductas discriminatorias hacia la mujer, aspectos fundamentales para el desarrollo de una sociedad bajo el principio de justicia.

10. ANEXO

CUADRO COMPARATIVO EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS RESPECTO A LA VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES

ENTIDAD FEDERATIVA	CÓDIGO CIVIL	CÓDIGO PENAL
AGUASCALIENTES NOTA: No lo prevé.	Contempla la violencia familiar, sólo de manera general.	Contempla la violación y la violencia intrafamiliar de manera genérica.
BAJA CALIFORNIA NOTA: No lo prevé.	Contempla la violencia familiar, sólo de manera general.	Contempla la violación de manera genérica.
BAJA CALIFORNIA SUR NOTA: No lo prevé.	Contempla la violencia familiar, sólo de manera general.	Contempla la violación de manera genérica.
CAMPECHE NOTA: Sí prevé la violación entre cónyuges, siendo un agravante tal situación.	Contempla la violencia familiar, sólo de manera general.	<p>Artículo 230. Al que tenga cópula con mujer mayor de doce años pero menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño, se le aplicarán de tres meses a cuatro años de prisión y multa de veinte a doscientos días de salario mínimo.</p> <p>Artículo 233. Al que por medio de la violencia, física y moral, realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años. Por cópula se entiende la introducción del pene o miembro viril en el cuerpo de la víctima, por vía vaginal, anal u oral.</p> <p>La introducción, por medio de la violencia, física o moral, por vía vaginal o anal de cualquier elemento, instrumento o parte del</p>

cuerpo humano, distinto al miembro viril, se sancionará con prisión de tres a ocho años.

Artículo 235. A las sanciones señaladas en los artículos 230 y 233 **se aumentarán de uno a cinco años de prisión cuando el responsable tenga parentesco de consanguinidad, de afinidad o civil con la persona ofendida.** También cuando el agente ejerciere autoridad sobre el pasivo o fuere su tutor o maestro o cometiere el delito valiéndose de un cargo o empleo públicos o ejerza una profesión y utilice los medios o circunstancias que ellos le proporcionen, o sea ministro de algún culto.

El responsable de que trata este artículo perderá la patria potestad, si la ejerciere, o la tutela, o la guarda y custodia, y no podrá ser heredero, en sucesión legítima, de la persona ofendida; los que ejercieren profesión u oficio quedarán suspendidos en ellos por el término de dos hasta cinco años y el funcionario o empleado públicos serán destituidos de su cargo o empleo, e inhabilitados por cinco años para desempeñar otro similar.

COAHUILA

NOTA:

Sí prevé la violencia sexual intrafamiliar como causal de divorcio.

Artículo 363. Son causas de divorcio:
...

Contempla la violencia intrafamiliar de manera genérica.

IV. La incitación o la intimidación ejercitada por

Artículo 385. **SANCIONES Y FIGURA TÍPICA DE**

También regula la violación entre cónyuges.

un cónyuge sobre el otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

...

XIII. La **violencia intrafamiliar, entendida como todo acto de poder u omisión, recurrente, intencional y cíclico, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir** física o psicoemocional o **sexualmente**, a cualquier miembro de la familia que **tenga relación de parentesco por consanguinidad, tenga o lo haya tenido por afinidad, civil, o por concubinato**, realizado dentro o fuera del domicilio ocupado por la familia y que tienda a causar daño; consistente en cualquiera de las siguientes clases:

A. Maltrato físico. Todo acto de agresión intencional repetitivo, en el que se utilice alguna parte del cuerpo o se emplee algún objeto o arma para sujetar, inmovilizar o causar daño en el cuerpo, encaminado a su sometimiento y control;

B. Maltrato psicoemocional. Todo acto u omisión repetitiva, consistente en cualquier clase de prohibiciones, condicionamientos, coacciones, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluativas de abandono, que provoquen en quien las recibe deterioro o disminución de la autoestima y devaluación del autoconcepto.

VIOLACIÓN CONYUGAL Se aplicará prisión de tres a seis años y multa: A quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con su cónyuge sin la voluntad de éste.

C. Maltrato sexual. Todo acto u omisión reiterado que inflige burla y humillación de la sexualidad, niega las necesidades sexoafectivas, coacciona a realizar actos o prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control de la persona y que generan un daño, así como los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

...

XVIII. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

...

COLIMA

NOTA:

Si prevé la violación entre cónyuges.

Contempla como causal de divorcio, la violencia intrafamiliar de manera genérica.

Artículo 206. Comete el delito de violación el que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona, sea cual fuere su sexo.

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

Al responsable del delito de violación se le impondrán de dos a diez años de prisión y multa hasta por 100 unidades, si el sujeto pasivo es mayor de dieciocho años de edad, o de seis a

catorce años de prisión, y multa de 200 unidades cuando el pasivo tenga entre catorce y dieciocho años de edad.

Artículo 207. **Cuando entre el activo y pasivo de la violación exista parentesco por consanguinidad en línea recta o colateral hasta el cuarto grado, por afinidad en primer grado o civil**, la pena aplicable será de ocho a dieciséis años de prisión y multa de 100 unidades.

Igual pena se impondrá cuando el delito se cometa por el tutor contra su pupilo o por éste contra aquél; por el padrastro contra el hijastro o viceversa.

La misma pena se impondrá cuando la violación se cometa utilizando los medios o circunstancias que al responsable le proporcionen su empleo, cargo o profesión.

Artículo 210. Según el caso, se impondrán las penas señaladas en los Artículos anteriores, cuando se produzca un resultado análogo al de la violación, utilizando un instrumento no idóneo, si el activo tuvo el propósito de copular.

CHIAPAS

NOTA:

Sí prevé la violencia sexual entre cónyuges como causal de divorcio.

También regula la violación entre cónyuges.

Contempla como causal de divorcio, la violencia intrafamiliar, de manera general

Artículo 145 bis. **Se entiende por violencia familiar el acto u omisión, intencional realizado con el fin de dominar, someter o controlar o maltratar física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquiera de las personas**

señaladas en las fracciones del artículo 145 ter, del presente código, independientemente de que pueda o no producir otro delito.

Para los efectos de este capítulo se entiende por:

MALTRATO FÍSICO: Toda agresión intencional en la que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física de otro.

MALTRATO PSICOEMOCIONAL: Al patrón de la conducta consistente en actos u omisiones, cuyas formas de expresión pueden ser prohibiciones, condicionamientos, coacciones, intimidaciones, amenazas, actitudes devaluatorias o de abandono, que provoquen en quien las reciba deterioro, disminución o afectación de su personalidad.

MALTRATO SEXUAL: Los actos u omisiones, para el control, manipulación o dominio de la pareja que generen un daño, cuyas formas de expresión pueden ser entre otras: negar las necesidades afectivas, inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas que generen dolor.

Al que cometa el delito de violencia familiar se le impondrá de tres a siete años de prisión y la restric-

ción o suspensión de los derechos de familia; si de la comisión de la violencia familiar resultaren consecuencias señaladas como lesiones u homicidio, se aplicarán las reglas del concurso.

Asimismo se sujetará al activo del delito a tratamiento psicológico especializado.

En todos los casos se impondrán como medidas de seguridad, la separación del agresor del domicilio si ambas partes cohabitan en el mismo, la prohibición de ir a un lugar determinado, la prevención al agresor de que no moleste a la víctima ni a personas unidas a ella o a el por cualquier vínculo y la sujeción a tratamiento psicológico especializado del sujeto activo del delito. El juez a petición de parte o de oficio solicitará la intervención del Ministerio Público para el cumplimiento de las medidas anteriores.

Cuando exista reincidencia por parte del activo se aumentará la pena en una tercera parte establecida entre el mínimo y máximo.

El delito de violencia familiar se perseguirá por querrela, salvo que los ofendidos sean niños, niñas o adolescentes, personas incapaces o persona mayor de 60 años.

Artículo 145 ter. **Comete el delito de violencia familiar el que realice**

cualquier acto u omisión de los señalados en el artículo anterior y ocurra en agravio de:

I. Su cónyuge;

II. Concubina o concubinario;

...

Para los efectos del presente título, se entiende por cópula la introducción total o parcial por vía vaginal, anal u oral del órgano viril en el cuerpo de otra persona, independientemente de su sexo.

CHIHUAHUA

NOTA:

Si prevé como causal de divorcio, la violencia sexual entre cónyuges.

También regula la violación entre cónyuges.

Artículo 256. Son causas de divorcio contencioso: ...

III. La perversión física o moral de cualquiera de los cónyuges o su conducta deshonrosa; ...

VI. La violencia física o moral hecha por un cónyuge al otro para que cometa alguna infracción antisocial o participe en ella; ...

IX. Cometer uno de los cónyuges contra la persona del otro un acto que será punible si se tratare de persona extraña; ...

XX. Las conductas de violencia familiar generadas por un cónyuge contra el otro o en contra de los hijos, conforme a lo previsto por el artículo 300 ter.

Artículo 300 ter. Quienes integren una familia o uni-

Artículo 157 bis. **Si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo 157.**

Artículo 190. **Se impondrá prisión de seis meses a seis años, así como la pérdida, en su caso, de los derechos que tenga respecto del pasivo a consecuencia del vínculo con éste, al que realice todo acto de poder u omisión dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio familiar y que tenga alguna relación de parentesco por consanguinidad o civil; o la tenga o haya tenido por afinidad, matrimonio o concubinato; o bien, tenga una relación sentimental lícita de hecho.**

dad doméstica o que tengan cualquier otra relación interpersonal están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar.

Por violencia familiar se entiende cualquier acción u omisión que pueda causar la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico que tenga lugar dentro de la familia o unidades domésticas o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que la o el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que el o la agredida.

Artículo 190 Ter. En los casos de los dos artículos anteriores, el activo se sujetará a tratamiento psicológico para su rehabilitación, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 57 Ter y 58 de este ordenamiento.

Así mismo, el juzgador dictará las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la integridad física y emocional de la víctima.

Artículo 239. **Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula anal, vaginal u oral** con una persona sin la voluntad de esta, se le aplicará prisión de cuatro a doce años y multa de cincuenta a cien veces el salario.

Artículo 240 bis. **Si la víctima del delito fuere cónyuge, concubina o concubinario del sujeto activo, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior.**

DURANGO

NOTA:

Sí prevé como causal de divorcio, la violencia sexual entre cónyuges.

También regula la violación entre cónyuges; siendo un atenuante, tal circunstancia.

Artículo 318-1.- La conducta de **violencia familiar cometida contra alguno de los cónyuges, concubina, o concubinario** parientes consanguíneos en línea recta ascendiente o descendiente sin limitación de grado, pariente colateral consanguíneo, o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, o en contra de cualquier otra persona, que este sujeta a la custodia, guarda, pro-

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida.

Contempla la violencia intrafamiliar de manera general.

Artículo 392. **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 y hasta cien días multa.**

tección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona y que habitando o no en la casa de la persona agredida se realice una **acción que dañe la integridad** psicológica, emocional o **sexual** de uno o varios miembros de la familia a este efecto el grupo familiar o la persona dañada, contara con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.

Artículo 318-2.- Por **violencia familiar** se entiende como todo acto de fuerza física o moral, poder u omisión recurrente intencional que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia con **la intención de dominar, someter, controlar o agredir física, psicoemocional o sexualmente** a cualquier miembro de la familia que tenga relación de parentesco por consanguinidad, tenga o la haya tenido **por afinidad, civil o por concubinato**, realizado dentro o fuera del domicilio ocupado por la familia y que tienda a causar daño.

GUANAJUATO

NOTA:

Sí prevé la violación entre cónyuges, pero se limita a señalar que se perseguirá por querrela.

No contiene disposición que guarde relación.

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

Artículo 397. **Al cónyuge que imponga una cópula a través de la violencia física o moral a su pareja, se le impondrá hasta la mitad de las penas a que se refiere el artículo 392 de este código. En este caso, el delito se perseguirá por querrela.**

Artículo 180.- **A quien por medio de la violencia imponga cópula a otra persona, se le impondrá de ocho a quince años de prisión y de cien a doscientos cincuenta días multa. Si la persona ofendida fuere impúber, se aplicara prisión de diez a diecisiete años y de ciento cincuenta a trescientos días multa.**

Artículo 183.- La violación entre cónyuges

o concubinos se perseguirá por querrela.

Artículo 221.- A quien ejerza violencia física o moral contra una persona con la que tenga relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga, se le impondrá de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Igual pena se aplicará cuando la violencia se ejerza contra quien no teniendo ninguna de las calidades anteriores cohabite en el mismo domicilio del activo.

Las penas previstas en este artículo se impondrán siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad.

En estos casos el ministerio público o el tribunal dictarán las medidas que consideren pertinentes para salvaguardar la integridad física o psíquica de la víctima.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de dieciocho años, caso en el que se perseguirá de oficio.

GUERRERO

NOTA:
No lo prevé.

HIDALGO

NOTA:
Lo prevé como un agravante al delito de violación.

No contiene disposición que guarde relación.

No contiene disposición que guarde relación.

Sólo contempla la violación genérica.

Artículo 179. **Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de siete a dieciocho años y multa de 70 a 180 días.**

Independientemente de las penas y medidas de seguridad que procedan por los delitos que resulten, se impondrá prisión de cinco a doce años y multa de 50 a 120 días al que, con uso de la violencia física o moral, introduzca por la vía anal o vaginal cualquier objeto, instrumento o elemento distinto al miembro viril, en persona de cualquier sexo, según el caso.

Artículo 180. Se aplicará la misma punibilidad, al que sin violencia realice alguna de las conductas típicas previstas en el artículo anterior, con persona menor de doce años de edad o que por cualquier causa no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o posibilidad para resistir la conducta delictuosa. Si se ejerce violencia, se aumentará una mitad la punibilidad que corresponda.

Artículo 181. Se aumentará una mitad a la punibilidad correspondiente, cuando concorra alguna de las agravantes siguientes:
...

II. El pasivo del delito sea ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante, adoptado, **cónyuge o concubino**, en relación al autor o partícipe;
...

JALISCO

NOTA:

No prevé la violación entre cónyuges en sí, pero sí la violencia sexual como una

Artículo 404.- Son causas de divorcio:

...

Artículo 175. Se impondrán de ocho a quince años de prisión al que, **por medio de la violencia física o**

parte de la violencia intrafamiliar, cuyas víctimas pueden ser, entre otros, los cónyuges o concubenarios.

XVIII. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, **un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que exceda de un año de prisión;** y

...

moral tenga cópula con persona, cualquiera que sea su sexo.

Para los efectos de este capítulo, se entiende por cópula, la introducción, total o parcial con o sin eyaculación del miembro viril en el cuerpo de la víctima de cualquier sexo, sea por vía vaginal, oral o anal.

...

...

Se equipara a la violación, la introducción por vía vaginal o anal con fines eróticos sexuales de cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido, al responsable de este delito se le impondrá la pena señalada en el primer párrafo de este artículo.

Artículo 176. Se considera como violación todo caso en que la cópula o introducción por vía vaginal o anal de cualquier objeto o instrumento con fines eróticos sexuales se realice con menor de doce años, o persona privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o **por cualquier otra causa no pudiere oponer resistencia.**

...

Artículo 176 ter. Comete el delito de violencia intrafamiliar quien reiteradamente infiera maltrato en contra de uno o varios miembros de su familia, tales como **cónyuge**, pariente consanguíneo hasta cuarto grado, pariente afín hasta cuarto grado, **concubina o concubina-**

rio, adoptante o adoptado. El maltrato a que se refiere el párrafo anterior es la sucesión de acto u omisiones que causen un deterioro a la integridad física, o psicológica, o que **afecte la libertad sexual de alguna de las víctimas**, independientemente de que se cometa o no otro delito.

Al responsable de este delito se le impondrá de tres meses a tres años de prisión, y a juicio del juez, además las penas conjuntas o separadas de la pérdida de la custodia que tenga respecto de la víctima y la prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él.

...
...

MÉXICO

NOTA:
No lo prevé.

Artículo 4.90. Son causas de divorcio necesario:
...

XVI. Haber cometido un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, **un acto que sería punible si se tratara de tercero, siempre que tenga señalada en la ley una pena de prisión que exceda de un año;**
...

Sólo prevé la violación genérica y la violencia intrafamiliar la que limita a física o psicológica.

MICHOACÁN

NOTA:
No lo prevé.

Sólo prevé violencia intrafamiliar sin contemplar violencia de tipo sexual.

Sólo prevé violación genérica y violencia intrafamiliar física o moral.

MORELOS

NOTA:
No lo prevé y sí contempla la violencia intrafamiliar pero no incluye en ella la de tipo sexual, sólo la física.

No contiene disposición que guarde relación.

Sólo prevé violación genérica y violencia intrafamiliar, sin contemplar la sexual.

QUERÉTARO

NOTA:

No lo prevé

Artículo 248.- Son causas de divorcio: Sólo prevé violación genérica.

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

QUINTANA ROO

NOTA:

No lo prevé

Artículo 799.- Son causas de divorcio: Sólo prevé violación genérica.

XVIII. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sea punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

SAN LUIS POTOSÍ

NOTA:

Sí lo prevé, en los mismos términos que la violación genérica, mas estipulando que se persigue por querrela.

No contiene disposición que guarde relación.

Artículo 150.- **Comete el delito de violación quien, por medio de la violencia física o moral, realice cópula con una persona de cualquier sexo.**

Este delito se sancionara con una pena de ocho a dieciséis años de prisión y sanción pecuniaria de ciento sesenta a trescientos veinte días de salario mínimo, más la reparación del daño.

Artículo 151.- **La pena a que se refiere el artículo anterior se aplicará si la violación fuere entre cónyuges o concubinos. Este delito se perseguirá por querrela necesaria.**

SINALOA

NOTA:

No lo prevé.

Artículo 267.- Son causas de divorcio: Sólo prevé violación genérica.

...

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

SONORA

NOTA:

No prevé violación entre cónyuges, pero sí la violencia sexual como una parte de la violencia intrafamiliar, cuyas víctimas pueden ser, entre otras, los cónyuges.

Artículo 425.- Son causas de divorcio: Sólo prevé violación genérica.

...

XXI. Las conductas de violencia intrafamiliar cometidas por un cónyuge contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos, conforme a lo previsto en el Artículo 489 bis;

Artículo 489 BIS.- Todos los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia intrafamiliar.

Por violencia intrafamiliar se entiende todo acto de poder u omisión, reiterado e intencional dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier miembro de la familia y que pueda causar maltrato físico, verbal, psicológico o sexual, en los términos de la Ley de Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar.

TABASCO

NOTA:

Sólo prevé la violación genérica.

Artículo 272.- Causales.

Son causas de divorcio necesario:

XVI. Haber cometido uno de los cónyuges contra la persona o bienes del otro, un delito por el cual tuviere que sufrir una pena de prisión mayor de un año;

...

TAMAULIPAS

NOTA:

Sí lo prevé, en los mismos términos que la violación genérica, mas estipulando que se persigue por querrela.

Artículo 249. Son causas de divorcio:

...

XX. Las conductas de violencia intrafamiliar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 298 ter de éste Código.

...

Artículo 298 TER. Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia intrafamiliar.

Por violencia intrafamiliar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como de las omisiones graves, relacionada con sus obligaciones legales que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física o psíquica o ambas independiente-

Sólo prevé violación genérica.

Artículo 273.- **Comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.**

Artículo 274.- Al responsable del delito de violación se le impondrá una sanción de diez a dieciocho años de prisión. **Si la víctima fuere la esposa o concubina, sólo se perseguirá por querrela de la parte ofendida.**

Para los efectos de éste capítulo, 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 impondrá la misma sanción y se considerará como violación al que introduzca por vía vaginal o anal, cualquier elemento, instrumento o parte del cuerpo distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

mente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones o se cometiere cualquier otro hecho delictuoso, se observarán las reglas del curso real.

TLAXCALA

NOTA:

No lo prevé.

No regula la violencia intrafamiliar.

Regula la violación de manera genérica.

VERACRUZ

NOTA:

Sí prevé la violación entre cónyuges.

Regula la violencia intrafamiliar de manera genérica.

Artículo 182.-A quien por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona de cualquier sexo, se le impondrán de seis a quince años de prisión y multa hasta de trescientos días de salario. Se entiende por cópula la introducción del miembro viril, en el cuerpo de la víctima, por la vía vaginal, anal u oral.

También se considera violación la introducción por vía vaginal o anal de cualquier objeto o parte del cuerpo humano distinto al miembro viril, mediando violencia física o moral, cualquiera que sea el sexo del ofendido.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiere un vínculo matrimonial o de concubinato, el delito se perseguirá por querrela.

YUCATÁN

NOTA:

Sí prevé la violación entre cónyuges.

No regula la violencia intrafamiliar.

Artículo 313.- A quien por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de seis a veinte años y de doscientos a quinientos días-multa.

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

Se aplicará la misma sanción al que introduzca por la vía vaginal o anal cualquier objeto o instrumento distinto del miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Artículo 314.- La violación entre cónyuges o entre concubina o concubinario únicamente se perseguirá por querrela.

ZACATECAS

NOTA:

No lo prevé.

DISTRITO FEDERAL

NOTA:

Sí prevé la violación entre cónyuges.

No regula la violencia intrafamiliar

Contempla la violencia intrafamiliar de manera general.

Contempla la violación de manera genérica.

Artículo 174. 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 pene 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 o 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 perseguirá por querrela.

Del comparativo anterior, se puede deducir lo siguiente:

- Son ocho entidades federativas las que no contienen previsión alguna respecto de la violación entre cónyuges o concubenarios, como delito o como causal de divorcio, éstos son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Guerrero, Michoacán, Morelos, Tlaxcala y Zacatecas.
- En el ámbito penal, son catorce los Estados que prevén como delito la violación entre cónyuges o concubenarios, a saber: Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, San Luis Potosí, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y el Distrito Federal.
- Caso especial revisten los Estados de Coahuila, Chiapas y Jalisco, en los que no sólo se penaliza el ataque sexual entre cónyuges o concubenarios como violación, sino también como violencia intrafamiliar de tipo sexual.
- En el ámbito civil, únicamente Coahuila, Chihuahua y Durango prevén como causal de divorcio la violencia de tipo sexual entre los cónyuges.

11. FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y DERBEZ MURO, Julio, *Panorama de la legislación civil en México*, México, Instituto de Derecho Comparado/Universidad Nacional Autónoma de México, 1960.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, 8a. ed., Madrid, Tecnos, 1994.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Código Penal anotado*, 16a. ed., México, Porrúa, 1991.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, 4a. edición, Madrid, REUS, S.A., 1992.

D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*; 9a. ed., Pamplona, EUNSA, 1997.

DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, 20a. ed., México, Porrúa, 1998, Vol. I.

ETIENNE LLANO, Alejandro, *La protección de la persona humana en el derecho internacional. Los derechos humanos*, México, 1987.

FERRER PÉREZ, Victoria y Esperanza Bosch Fiol, "Violencia de género y misoginia: Reflexiones psicosociales sobre un posible factor explicativo", *Papeles de psicología*, N° 75, México, 2000, consulta en Internet: www.nodo50.org/mujeresred/violencia-bosch-ferrer-1, del 13 de abril de 2006.

FERRER PÉREZ, Victoria A. y Esperanza Bosch Fiol, "Introduciendo la perspectiva de género en la investigación psicológica sobre violencia de género", *Anales de Psicología*, N° 1, Murcia, Universidad de Murcia, 2005, consulta en Internet www.um.es/analesps:1695-2294, de 3 de abril de 2006.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso*, 10a. ed., México, Porrúa, 1990.

GONZÁLEZ ALCÁNTARA Y CARRANCA, Juan Luis, *Los derechos humanos*, México, Asociación Nacional de Abogados, 1975.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Melchor, "Violación entre cónyuges", *Rompan Filas. Familia, escuela, sociedad*, N° 63, México, Investigaciones y Servicios Educativos, S.C., 2005, consulta en Internet www.unam.mx/rompan/63/rt63rep.html, de 12 de marzo de 2005.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, 2a. ed., Santa Fé de Bogotá, Temis, 1999.

NAVARRETE M., Tarsicio et. al., *Los derechos humanos al alcance de todos*; 2a. ed., México, Diana, 1994.

ORTOLÁN, Joseph L., *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, T. I.

_____ *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, T. II.*

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés. La familia*, tomo II (Matrimonio, divorcio y filiación), México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Joseph, *Derecho penal español*, Primera parte Barcelona, Bosch, 1996.

LEGISLACIÓN

Código Civil Federal. (CD: Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República, en Materia Federal. (CD: Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Código Civil para el Distrito Federal. (CD: Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Código Civil para el Estado de Baja California Sur. (CD: Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Código Civil para el Estado de Jalisco. (CD: Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Código Civil para el Estado de Puebla. (CD: Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Código Civil para el Estado de Querétaro. (CD: Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Código de Derecho Canónico. (www.juridicas.com/buse-datos/admin/cdc.html).

Código de Recesvinto. (www.es.wikipedina.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Recesvinto).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (CD: La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, versión 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Ley de Relaciones Familiares, Ediciones Andrade, México, 1999.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CD: IUS 2005, Jurisprudencia y tesis aisladas, junio 1997 – julio 2005, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Código Civil Federal

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (Convención de Nueva York).