

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



LA VIOLACIÓN EN EL MATRIMONIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

MARÍA ERNESTINA SÁNCHEZ VALENCIA

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. EMILIO F. PACHECO RAMÍREZ
CED. PROFESIONAL No. 1348936



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A MI MADRE MA.EDDA SANDRA VALENCIA
MONTALVAN

Por el apoyo y cariño por saber guiar mis pasos y porque siempre ha estado conmigo incondicionalmente, por tu ayuda en la realización de este trabajo.

Por tu apoyo, y lo que ha significado en mi vida

Gracias

ERNESTINA

A MI PADRE

CARLOS SANCHEZ CIFUENTES

Por el apoyo y por su libertad de espíritu y su ayuda en la realización
De este trabajo

A MI TIO

NAHUN N. VALENCIA MONTALVAN

Por el apoyo y estar conmigo

A MIS HERMANOS

CARLOS FRANCISCO Y EDDA SANDRA
SÁNCHEZ VALENCIA

Por su apoyo incondicional y su gran cariño por estar siempre
conmigo y por lo que me enseñaron al crecer juntos
GRACIAS

A MI SOBRINO

CARLOS FRANCISCO SANCHEZ RAMOS

Por su cariño y por su amor
Gracias por todo lo que Significas en mi vida

A MIS TIOS PRIMOS Y SOBRINOS

Por impulsarme cada vez mas en esta etapa que va a comenzar y
siempre contar con ellos y su cariño
Gracias

A MI ASESOR Y MAESTRO
EMILIO F. PACHECO RAMIREZ
Por la ayuda y el apoyo y sus enseñanza
en la realización de este trabajo

Gracias

A MIS MAESTROS Y MI ESCUELA
Por impartirme su conocimiento en las Aulas
día a día.

Gracias

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE CLASES
Por las experiencias compartidas

Gracias

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	II
CAPÍTULO I ESPONSALES Y MATRIMONIO	
1.1 Reseña Histórica	2
1.2 México Independiente	6
1.2.1 Código Civil 1870	9
1.2.2 Código Civil 1884	10
1.2.3 La Ley de Relaciones Familiares	11
1.3 Reseña Histórica del Matrimonio	13
1.4 Reseña Histórica en Roma	13
1.5 Matrimonio en México	17
1.5.1 Cultura Azteca	18
1.5.2 Boda Azteca	20
1.6 Época Colonial	23
1.7 México Independiente	24
1.7.1 Códigos Civiles de 1870 y 1884	25
1.7.2 Código Civil de 1884	27
1.7.3 Ley de Relaciones Familiares	27
1.7.4 Código Civil Vigente	28

CAPÍTULO II LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1 El Divorcio	32
2.2 Antecedentes históricos	32
2.3 Derecho anglosajón	35
2.4 En el derecho mexicano	36
2.4.1 El Problema jurídico social del divorcio.	37
2.5 Artículo 267. Son causales de divorcio	38
2.6 Clases de divorcio	41

CAPÍTULO III. LA VIOLACIÓN COMO FENÓMENO SOCIAL EN NUESTRO SISTEMA DE DERECHO

3.1 Concepto de violación	50
3.2 Reseña histórica universal del delito de violación	52
3.2.1 En el derecho hebreo	52
3.3 El Código de Hammurabi	54
3.3.1 Ley de los Sajones	54
3.3.2 España	55
3.3.3 Francia	56
3.4 Delito de violación en México	56
3.4.1 Código Penal de 1871	58
3.4.2 Código Penal de 1929	59
3.4.3 Código Penal de 1931	61
3.5 La Violación Cometida en la Esposa o la Concubina	63
3.5.1 La Violación en el matrimonio en el ámbito internacional	64

CAPÍTULO IV LA VIOLACIÓN EN EL MATRIMONIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

4.1 La Violación en el matrimonio	68
4.1.1 Conceptos jurídicos y doctrinarios del delito en general	68
4.2 Los elementos del delito	72
4.3 Los Sujetos del delito de violación	90
4.4 Clasificación del Delito en relación a la conducta y al tipo penal	91
4.5 La Participación de la mujer en delito de violación	92
4.6 Necesidad de implementar una reforma legislativa al Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal	93
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFÍA	101

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por finalidad abordar la violación en el matrimonio como causal de divorcio, proponiendo se reforme por tal motivo el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal al adicionarse una fracción mas a la que prevee el sistema jurídico dicho numeral.

Así, como objetivo general del presente estudio, describir a manera de reseña histórica la evolución del matrimonio en el marco del derecho comparado así como nuestro sistema, su disolución y la repercusión que provoca ésta el ser conexo al delito de violación en el matrimonio. Por lo que en forma específica el presente estudio conduce al análisis sistemático de las figuras señaladas anteriormente con la finalidad de entender y conocer sus diversos en torno jurídicos-sociales, a grado tal de observar y juzgar de manera sincrética las consecuencias que todo ello provoca.

¿De qué manera podría considerarse a la violación en el matrimonio como causal de divorcio?

Por lo que con relación a nuestro planteamiento hipotético y conforme a los datos arrojados por nuestro objetivo inicialmente establecido, arribamos a la consideración de proponer como reforma al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal la adición de una causal mas de divorcio enfocada a su procedencia cuando existe violación en el matrimonio debidamente acreditada, porque objetivamente el numeral ya citado omite la estimación anteriormente propuesta. Por lo tanto, el problema planteado sugiere en forma definitiva proponer la reforma aducida, bajo un esquema socio-jurídico que permita su convalidación en ley.

Por virtud de lo anterior, la presente investigación se divide en cuatro capítulos en los cuales de manera particular se aborden los esponsales y matrimonio, la disolución del vínculo matrimonial, el estudio del delito de violación enfocado al matrimonio, y por último la necesidad de proponer como una causal más de divorcio la violación en el matrimonio.

De esta forma, en el primer capítulo se aborda a manera de reseña Histórica un estudio simbiótico entre los esponsales y el matrimonio, figuras que como tales nos permiten conforme a su estudio conocer su antecedente más remoto y su consideración más específica, para que de esta forma se aborde el estudio propio de dichas figuras dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, recorriendo desde luego el panorama significativo que al respecto establecieron los diferentes códigos civiles al respecto hasta la total derogación de los esponsales en nuestro sistema.

En estas circunstancias, una vez conocido el entorno del matrimonio dentro de nuestro sistema jurídico, en el capítulo segundo de manera singular abordamos la disolución del vínculo marital desde un enfoque propio de nuestra legislación civil para el Distrito Federal, sin embargo realizando a manera de reseña y con uso del Derecho comparado lo que acontece en otros sistemas jurídicos contemporáneos respecto al tema que tratamos hasta llegar a la causa o problema social del divorcio y las clases de éste, dentro de nuestro sistema jurídico mexicano.

En estas condiciones, abordamos el delito de violación enfocado como fenómeno social, en nuestro tercer capítulo, de lo anterior con miras a establecer cuál ha sido el tratamiento universal de este delito, desde qué puntos de vista se estudia en nuestro sistema jurídico, su tratamiento legal y

la consideración específica de cuándo es cometido en contra de la esposa o concubina, hasta llegar a la estimación de nuestra legislación penal vigente y encontrar el porqué del fundamento u omisión de la figura que tratamos dentro de la legislación anteriormente citada.

Finalmente como último, capítulo de nuestra investigación en vía de estudio proponemos la adición de una causal más de divorcio al artículo 267 del código, civil bajo el criterio personal de que resulta necesario que se prevea dicha causal a raíz del innumerable acontecer de estos actos, porque a través de este estudio ha quedado la pregunta inicial que se tornó con vísperas a encontrar la respuesta prudente o no a nuestra propuesta.

En estas condiciones, estimamos pertinente que nuestro procedimiento a seguir en vísperas a lograr que prospere nuestra propuesta será a través de someterla a la comisión de asuntos ciudadanos para que del plano teórico llegue a lo práctico y de esta forma se consoliden sus resultados

CAPÍTULO I

ESPONSALES Y MATRIMONIO

1.1 Reseña Histórica de los esponsales

Para comprender la situación jurídica de los esponsales, es necesario situarse en sus orígenes y así se tiene que la palabra esponsales “proviene de la voz latina *spondeo* que significa promesa. En el Derecho Romano se definían a los esponsales *sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*, o sea la promesa recíproca de futuro matrimonio”.¹

En sus orígenes, los esponsales eran celebrados por el paterfamilias en representación de sus hijos y luego por sí mismos, a esta reunión se le llamaba *sponsalia*, de donde derivan las denominaciones *sponsus* para el novio y *sponsa* para la novia.

Ahora bien, para que los esponsales fueran válidos en el Derecho Romano, era necesario que los contrayentes tuvieran la edad de siete años cumplidos, expresaran su consentimiento con palabras claras, escritos o señas que excluyeran toda duda y que no hubiere entre ellos impedimento dirimente, es decir que la violación según algún precepto causara nulidad.

No obstante que los esponsales contraídos por impúberes de siete años cumplidos eran válidos, no tenían fuerza coactiva si no se ratificaban, o tácitamente el varón cuando llegaba a la edad de catorce años cumplidos, y la mujer cuando cumplía doce años. Sin embargo, ninguno de ellos podía apartarse, más aún si un púber contraía esponsales con una púber o contraía

¹ Juan, Iglesias. Derecho Romano.p.580.

esponsales con un impúber no podría rescindir los esponsales, pero podía hacerlo el impúber, pero podía hacerlo cuando llegara a la pubertad.

Asimismo, los esponsales podían contraerse no solo entre presentes, sino también entre ausentes, por medio de un procurador revestido de un poder de carácter especial, pero si se revocaba el poder antes de la celebración de los esponsales, éstos serían nulos, no obstante el procurador o el otro contrayente tuviese noticia de la revocación.

"En los tiempos de Roma, los esponsales se celebraban en la forma solemne de la *sponsio* y constituían un verdadero contrato. En las ciudades de Lacio y hasta que sus habitantes adquirieron la ciudadanía romana estas promesas tenían plena obligatoriedad jurídica, eran garantizados por una verdadera acción *actio sponsio*, con el fin de obligar al pago de una cantidad al prominente incumplido".²

Por otro lado, en el Derecho Romano Clásico, los "esponsales constituían una forma precedente al matrimonio, pero se distinguían de esta porque es probable que en su origen representaran el elemento consensual del matrimonio, el compromiso de tomarse por marido y mujer, y que la *deductio puellae* no fuera más que la ejecución de este contrato, que se componía así de dos actos sucesivos".³

La formalidad antigua del *sponsio* desapareció en el Derecho Clásico pues para que los esponsales fueran válidos bastaba con la simple manifestación de la voluntad de ambas partes, no producían obligación

² Sara, Montero Duhalt. Derecho de Familia, p. 84.

³ Antonio, Ibarrola. Derecho de Familia p. 167.

jurídica de contraer matrimonio, es decir que los novios podían desligarse de ellos, siendo esto una consecuencia de derecho que se les reconocía a los cónyuges para poder el romper el matrimonio, ni tampoco tenían señalada forma para su celebración. En consecuencia, podían realizarse por simple convicción, pues no se requerían las formas solemnes de un contrato escrito y el vínculo que nacía de éstos era propiamente ético, no jurídico.

Sin embargo, la promesa de matrimonio no obliga a contraerlo pero su negativa producía efectos; el primero era la obligación de casarse; pero esta obligación no era absoluta y eficaz, ya que los esponsales no obligaban al matrimonio, pues si uno de los novios rehusaba a cumplir su promesa no se le podía forzar a realizarlo sino indirectamente, negándose la licencia para casarse con persona distinta para celebrar nuevos esponsales, si no hubiera disuelto antes los primeros, en virtud de que se originaba un vínculo personal entre los futuros esposos que venían a ser casi afines entre sí.

En este orden de ideas, el futuro esposo que no quería cumplir su promesa, no podía estipular penas para quien no cumpliera con la promesa, pero sí podía ser condenado a indemnizar al cónyuge ofendido de los perjuicios que se le siguieran por esta causa, por lo que el juez podía condenar a la parte responsable a pagar el cuádruplo de las arras, al que sin justa causas rompiera los esponsales.

Respecto al segundo efecto, éste era una especie de afinidad pública honestidad, en virtud de la cual, a los esponsales les resulta dicha afinidad entre uno de los desposados y los parientes del otro. En consecuencia, un padre no podía casarse con la prometida de su hijo, ni un hijo con la del padre.

De igual manera, en el Derecho post-clásico se introdujeron las *arrae sponsalicio*, que consistían en una cierta cantidad; y algunas veces cualquier otro objeto que una de las partes entregaba a la otra en señal de quedar concluida una convención. “Las *arrae sponsalicio*, que se otorgaban entre sí los novios, a veces eran constituidas por cantidades fuertes o por objetos como garantía de que no se retractaran de su compromiso”.⁴

“En caso de ruptura del noviazgo, el novio culpable, perdía en beneficio del inocente, las “*arrae*” dadas y debían devolver las recibidas”.⁵

Entre los romanos, la costumbre era que las *arrae* se le dieran a la novia o al padre de ella, si él se encontraba bajo su patria potestad. Si alguno de los novios faltaba a la palabra de casamiento, perdía las *arrae* que había dado y para el caso de que faltara la persona que las recibía, tenía que restituirlas en proporción doble.

Cuando sin culpa de ninguna de las partes se dejaba de efectuar el matrimonio por alguna causa legítima o de fuerza mayor, como la muerte de alguno de los interesados debían devolverse las *arrae* sin argumento alguno.

En el supuesto de que las *arrae* consistieran en cosa que no fuere dinero, debían ser restituidas en especie y, además, en el valor en que fueron estimadas. Cuando el matrimonio dejaba de verificarse sin que existiera culpa de ninguna de las partes, no había lugar a la pérdida de las *arrae*.

Sin embargo, las *arrae* no se consideraban propiamente como una pena que se imponía en los sponsales para obligarse al enlace matrimonial,

⁴ Eugene. Petit, Tratado de Derecho Romano, p. 219.

⁵Guillermo F. Cfr.Margadat, Derecho Privado Romano, p.291.

en virtud de que los matrimonios debían ser perfectamente libres, y solo se concebían como mero resarcimiento de los daños y perjuicios que podía sufrir una de las partes por el arrepentimiento de la otra.

Así, los esponsales terminaban por las siguientes causas:

- 1.-Muerte.
- 2.-Sobrevenir un impedimento del matrimonio.
- 3.-Mutuo consentimiento.
- 4.-Declaración Unilateral.

Sin duda, la institución jurídica de los esponsales fue punto de atención en el Derecho Romano, lo cual evidencia la preocupación que se tuvo en dicha época para regular esas relaciones jurídicas entre las personas.

1.2 México Independiente

A pesar de que nuestro país fue colonizado por los españoles, al obtener su independencia hubo que mantener la reglamentación que habían dejado los colonizadores, pero éste no fue por mucho tiempo, pues en cuanto el país se organizó como estado independiente, teniendo leyes propias, las cuales regularon la figura jurídica de los esponsales.

Así, las siete partidas del derecho español fueron las que rigieron la vida civil de los habitantes del México independiente, y fue la partida cuarta

en su ley la que reglamentó a los esponsales señalando "el prometimiento que hacen los hombres por la palabra cuando quieren casarse".⁶

Las partidas también distinguían como en el Derecho Romano a los esponsales de futuro que no eran otra cosa que la promesa de matrimonio, y los esponsales de presente o desposorio que implicaban la celebración del matrimonio.

Los efectos del rompimiento de esponsales en la legislación romana eran variados, dependiendo de las causas que lo provocaran, además de que se regían por la influencia determinante del Derecho Canónico.

El proyecto del Código Español realizado por Florencio García Goyena influyó en la legislación mexicana y en su artículo 47 señalaba "la ley no reconoce esponsales del futuro. Ningún tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda sobre ellos".

Como se puede observar, este proyecto excluye de su regulación a los esponsales futuros como base en razones morales, religiosas o espirituales.

En este orden de ideas, la Ley de matrimonio civil del 23 de julio de 1859 fue expedida por Benito Juárez y formó parte de sus Leyes de Reforma, tuvo como fin separar de la esfera eclesiástica a todos los actos de la vida civil de las personas.

Dicha ley solamente reconocía a los esponsales como un impedimento para celebrar el matrimonio manifestando en su artículo 8 "son impedimentos para celebrar el contrato civil del matrimonio los siguientes:

⁶ Ibid, p. 85.

a) "los esponsales legítimos, siempre que consten en escritura pública y no se disuelvan por el mutuo disenso de los mismos que los contrajeron".

El artículo 9 de la Ley del Matrimonio Civil señalaba "Las personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán a manifestar su voluntad al encargado del Registro Civil del lugar de su residencia. Este funcionario levantará un acta en donde conste el nombre de los pretendientes, su edad, domicilio, el nombre de sus padres y abuelos en ambas líneas, haciendo constar que los interesados tienen deseos de contraer matrimonio. De esta acta que se asentará en un libro, se sacarán copias que se fijarán en los parajes públicos a fin de que llegando la noticia al mayor número posible de personas, cualquiera pueda denunciar los impedimentos que sepa tienen los que pretenden el matrimonio Cuando se trate de personas que no tienen domicilio fijo, el acta permanecerá en los parajes públicos por dos meses".

No obstante lo afirmado en el artículo 9 de la Ley del Matrimonio Civil el precepto se vislumbra precisamente como antecedente de los esponsales conforme a la legislación vigente, hasta el año de 1999 lo descrito en ese precepto se equiparaba a los elementos de existencia de dicha institución que se reguló en el Código Civil para el Distrito Federal.

En efecto, tácitamente en la legislación de Juárez se hablaba de la obligación de los interesados en contraer matrimonio de acudir al registro civil para asentar en una acta su pretensión a futuro de contraer matrimonio, pues dicha acta, conforme a lo señalado por el artículo 25 de la Ley del Registro Civil del 28 de julio 1859, debía observar el cumplimiento de ciertos requisitos como era el caso que las personas que pretendieran contraer matrimonio se presentarían ante el juez del Estado Civil quien tomaría el registro de nota de

esa pretensión, levantado de ella acta en la que constarán los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de los padres y madres, así como la declaración y nombres, edad y estado de dos testigos que presentarían cada parte para hacer constar su aptitud para el matrimonio conforme a los requisitos que para poderlo contraer exige la ley del 23 de julio de 1859. Tal acta sería inscrita y en ella constaría además la Licencia de los padres o tutores, si alguno de los contrayentes fuera menor de edad o la dispensa correspondiente”.

Se puede advertir que conforme a la legislación mencionada existía un acto formal y jurídicamente establecido en forma previa a la celebración del matrimonio civil, con base en la Ley Juárez que consistía en un requisito ineludible para poder celebrar dicho contrato civil, Sin embargo para el caso de que dichos esponsales ya existieran en escritura pública, obviamente surgiría como impedimento para celebrar el matrimonio; no se asume como impedimento la existencia previa de los susodichos esponsales.

1.2.1 Código Civil 1870

Este cuerpo normativo para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California “tienen como antecedente el proyecto que redactó Justo Sierra en 1859, dicho proyecto fue concluido en 1861, pero la situación política y del estado de guerra en que se encontraba entonces el país, impidieron que sus disposiciones se pusieran en vigor. Fue uno de los más avanzados códigos de sus tiempos y por sus sistemas y su claridad de expresión es a la vez uno de los cuerpos de leyes mejor redactados; consta de 4126 artículos es casuístico y prolijo.

Desgraciadamente pronto tuvo que ser revisado por una comisión integrada por Eduardo Ruiz, Pedro Collantes, Buenrostro y Miguel S. Macedo".⁷

Ahora bien, este Código del 13 de septiembre de 1870, inspirado en las ideas de Justo Sierra no reguló los esponsales, pues los mencionaba para negarles validez en su artículo 160 que a la letra decía La ley no reconoce esponsales de futuro.

La negativa del Código Civil de 1870 para reconocer a los esponsales de futuro como lo expresa en el artículo 160 se opone a la convicción de los romanos que aceptaban los esponsales tanto de futuro como los de presente.

1.2.2 Código Civil de 1884

Tomando como base los trabajos de la Comisión Revisora del Código Civil de 1870, una nueva comisión integrada por Manuel Yáñez, José María Lacunza, Isidro Montiel y Duarte, Rafael Donde y Joaquín Eguía Liz, redactaron un nuevo Código Civil que fue promulgado el 31 de marzo de 1884 y entró en vigor el 1 de junio del mismo año.

Este código expresaba fundamentalmente las ideas del individualismo en materia económica, la autoridad casi absoluta del marido sobre la mujer y los hijos, asimismo, consagró la desigualdad de los hijos naturales, estableció la indisolubilidad del matrimonio, instituyó la propiedad como derecho absoluto, exclusivista e irrestricto, y como novedad más importante introdujo la libertad de testar que el código anterior (1870) desconocía absolutamente.

⁷Ignacio. Galindo Garfias, Derecho Civil, p.107.

Por lo tanto, este Código reguló los esponsales en la misma forma que lo hizo el de 1870, pues señalaba en su artículo 156 "La ley no reconoce esponsales de futuro". Como se observa la redacción de esta norma es idéntica a la del artículo 160 del Código Civil de 1870.

1.2.3 La Ley de Relaciones Familiares

La importancia de tratar esta ley, radica esencialmente, en que constituye el antecedente de nuestro actual código civil.

Esta ley de Relaciones Familiares retomó los preceptos de la ley de Divorcio del 29 de Diciembre de 1914 promulgada en Veracruz también por Venustiano Carranza.

Ahora bien, la Ley de Relaciones Familiares en sus consideraciones menciona: siendo de alta trascendencia para los fines de la unión que ésta se contraiga de una manera espontánea. No sería conveniente obligar a cumplir la promesa de matrimonio, pero tampoco sería justo dejar como hasta ahora sin la indemnización para el caso de ruptura de la promesa matrimonial a la novia o novio inocentes, así como para imponer la obligación de devolver los gastos y donaciones hechos en virtud del prometido matrimonio.

La Ley de Relaciones Familiares reguladora de los esponsales en su capítulo II, del matrimonio y de los requisitos necesarios para contraerlo, señala en su artículo 14 "La promesa de matrimonio no obliga a celebrar el contrato, pero si fuera hecha por escrito, obligará al que la hace responder a la otra parte de los daños y perjuicios que le ocasionare por la falta de cumplimiento de dicha promesa".

Asimismo, en el Código Civil Del Distrito Federal de 1931 para el Distrito Federal, en el Título Quinto, Capítulo I, artículo 139 al 145, se regula la figura jurídica DE LOS ESPONSALES. En efecto, el artículo 139 establece; “La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada constituye esponsales”.

Es decir, en el Código Civil para el Distrito Federal se establece que para exigir el cumplimiento de realizar el matrimonio, forzosamente, tiene que ser por escrito, lo que la Ley de Relaciones Familiares dejaba sin prever pues mencionaba...”pero si fuere por escrito, obligará al que la hace”.

Actualmente es importante que la promesa de matrimonio conste de una manera formal para que así tenga validez y se le puedan atribuir las consecuencias de derecho imputables a las partes.

Los esponsales previstos en el artículo 139 del Código Civil vigente hasta el 25 de mayo del año 2000, que en México fueron derogados a partir de que se firmó la convención de Beijing, que se realizó en septiembre de 1994 por primera vez habla sobre los derechos de las mujeres y sus libertades, esta firma ocurre en septiembre de 1995 y es hasta el año 2000 que por su influencia y por no usarse se derogan los esponsales de la legislación Mexicana. Por lo tanto no existe ya una promesa de matrimonio en nuestro Derecho, sin embargo se considera oportuno manifestarse sugiriendo un nuevo estudio respecto a la modificación de dicha figura en el acontecer jurídico.

1.3 Reseña Histórica del Matrimonio

Aunque el Código Civil para el Distrito Federal no conceptualiza la institución jurídica del matrimonio, comúnmente se entiende que éste es la unión legal del hombre y la mujer, pero se debe considerar que se tienen que cumplir ciertos

requisitos y satisfacer ciertos fines, pues el matrimonio para existir necesita del consentimiento libre de los contrayentes, además de que intervienen muchos intereses que deben armonizarse, tales como el interés del otro cónyuge, de los futuros hijos, los padres y parientes de los contrayentes y la sociedad misma que está interesada en la subsistencia del matrimonio.

1.4 Reseña Histórica en Roma

Es importante recordar que la institución del matrimonio fue motivo de atención en el Derecho Romano, toda vez que cumple con una función esencial para la sociedad como la integración de la familia.

En una época, Justiniano definió al matrimonio de la siguiente manera:

Nuptiae autem sine matrimonium est viri et mulieris conducto, individuum consuetudinem vitae continen que significa “Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer que llevan entre si un régimen inseparable de vida”.⁸

El matrimonio es una mera situación de convivencia de dos personas, cuyo comienzo no está marcado por la exigencia de formalidad alguna de orden jurídico, manteniéndose solamente por la *affectio maritalis* o intención de vivir como marido y mujer.

La evolución histórica del matrimonio en Roma puede dividirse en tres fases sucesivas; en la primera, el matrimonio y la *manus* se confunde en el sentido de que no existe un matrimonio sin que la mujer caiga bajo la *manus*

⁸ Sabino. Ventura Silva, Derecho Romano, p.111.

(potestad) del marido. En esta fase no existía más que un solo tipo de vínculo matrimonial que era el matrimonio *cun manus*, y en cuya virtud la mujer que lo contraía, dejaba de pertenecer a su antigua familia y pasaba a la *manu* del marido, en la que era considerada como hija.

En la segunda fase, apareció una nueva forma de vínculo matrimonial *sine manus* o matrimonio libre que sustituyera al matrimonio *cun manus* en el cual la mujer no cae bajo la potestad ni entra a la familia de su marido, del *paterfamilias*. Tampoco se requería ninguna solemnidad para contraerlo, solo bastaba el consentimiento de los contrayentes, por lo que la autoridad pública no intervenía en su celebración. Este tipo de matrimonio se parece a la unión libre de estos días.

La tercera fase se caracterizó porque el matrimonio *cun manus* cayó en desuso, y quedaba únicamente en vigor el matrimonio libre o *sine manu*.

Por otra parte, el Derecho Romano reconoció dos clases de uniones entre personas libres; las *Justae Nuptiae* y el *Concubinato*.

Las *Justae Nuptiae* o *jutum Matrimonium* era el matrimonio legítimo que se contraía conforme a las reglas del Derecho Civil en Roma. Así mediante la *manus* o potestad marital, la cual podía adquirirse de tres maneras: La *Conferreatio*, la *Coemptio* y el *Usus*.

La *Conferreatio* consistía en la ofrenda que la mujer hacía a Júpiter, lo que simbolizaba la asociación de esa a la vida del marido, esta forma era utilizada principalmente por los plebeyos, pues tenían vedada la forma anterior (la *conferratio*).

El *Usus* resultaba de la cohabitación continua del hombre y la mujer por espacio de un año. Si la mujer quería evitar la *manus* podía dormir tres noches seguidas fuera del lecho antes del fin de año, con lo cual se apartaba de la potestad del marido.

Asimismo, los requisitos para la *Justae Nuptiae*, es decir la unión libre eran:

1.-La pubertad.- Con esta palabra se designa en el hombre la aptitud de engendrar y en la mujer la de concebir. La edad de la pubertad que se fijó fue 12 años para las mujeres, y para los varones los 14 años. Los sabinianos estimaban púbero sólo aquel que podía engendrar. Así, Justiniano fijó la edad de 14 años para el varón y 12 para la mujer.

2.-El consentimiento de los contrayentes. Éste es necesario en los contrayentes aún cuando en la antigüedad les pudo ser impuesta una unión en contra de su voluntad.

3.-El consentimiento del paterfamilias.- Si se trata de una hija debe dar el consentimiento aquel ascendiente que tenga la patria potestad; si se trata de un hijo debe dar su consentimiento aquel ascendiente que tenga la patria potestad como aquellos que algún día pudieran tenerla.

4.- El *connubium*.- Es la aptitud legal para contraer *Justae Nuptiae*, es decir, consistía en la calidad de ser libre ostentada por la mujer y el hombre.

Por otra parte, los impedimentos para las *Justae Nuptiae*.

a) Parentesco.- Se pueden distinguir la *agnatio*. (Parentesco Civil) La *cognatio*. (Parentesco natural); prohibía el matrimonio en línea directa ascendente o descendente y en línea colateral se prohibía entre hermanos, tíos y sobrinos.

b) Afinidad.- Es el lazo que une a un cónyuge con los parientes del otro y prohibía el matrimonio entre afines en línea directa, y en cuanto a la línea colateral. Constantino solo prohibía el matrimonio entre cuñados.

De igual manera estaba prohibido el matrimonio entre adúlteros, entre el raptor y la raptada, entre el gobernador y una mujer de provincia; entre manumitidos (esclavos) y la clase santoral.

Las consecuencias jurídicas de las *Nuptiae* eran:

1) Los cónyuges se debían fidelidad.

2) La esposa tenía derecho y el deber de vivir con el marido.

Los cónyuges se debían mutuamente alimentos.

Los hijos nacidos del matrimonio quedaban automáticamente bajo la patria potestad de su progenitor.

Los cónyuges no podían hacerse mutuamente donaciones para que no se priven mutuamente de su amor.

Ahora bien, la segunda unión entre personas libres que reconoció el Derecho Romano es el concubinato, es decir, una unión de orden interior, que no elevaba a la mujer a una condición social de su marido como tampoco hacía que los hijos quedaran bajo la patria potestad del padre. Esta unión tenía y aún tiene consecuencias jurídicas, y si bien en la época romana se contraía por no cumplir con algún requisito o existía prohibición para celebrar las *Justae Nuptiae*, es cierto que en la actualidad el concubinato aún persiste y de tal unión se derivan consecuencias jurídicas entre hombre y mujer (concubinato y concubina) e incluso a los hijos.

1.5 Matrimonio en México

Desafortunadamente la forma en que se conoce el Derecho que se vivía en tiempos pasados ha llegado dispersa e incompleta, puesto que no se encuentra escrito.

El matrimonio ha evolucionado muy lentamente pues entre los aztecas existían normas que actualmente serían difíciles de aplicar. Una vez colonizado México se decidió que se siguieran las normas que se tenían, siempre que no se contradijeran con las impuestas por ellos, pero al independizarse el país tuvo su propia legislación y a partir de entonces se instituyó el matrimonio civil en México considerándolo como un contrato civil.

Actualmente, en la legislación mexicana no se enuncia el concepto de matrimonio, pero éste es considerado por corrientes doctrinarias como un contrato aunque la ley no lo señala expresamente.

1.5.1 Cultura Azteca

En esta etapa la Organización Familiar era patriarcal, por lo que la patria potestad recaía sobre el padre; la forma más común de la familia era la monogamia, aunque también se permitía la poligamia, especialmente entre los nobles y guerreros, con el solo requisito de que pudieran sostener a todas sus esposas, existiendo, además entre éstas una jerarquía respecto del marido.

Observando la siguiente clasificación:

I. La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme al rito será considerada esposa principal respecto de aquélla con la que hubiese contraído en la misma forma, pero posteriormente.

II. La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme al rito será considerada esposa principal, respecto de aquélla con la que se hubiese celebrado uno menos solemne.

III. La mujer con la que hubiese contraído matrimonio menos solemne será considerada esposa principal respecto de otra que lo hubiese contraído en la misma forma posteriormente.

Respecto a los hijos, todos eran considerados legítimos independientemente que el matrimonio fuera el principal o el secundario, pero solo los hijos de la esposa principal podían heredar los cargos y los bienes de sus padres en caso de sucesión legítima.

Los requisitos para celebrar el matrimonio entre aztecas fueron:

1. La edad de veinte o veintidós años en el hombre y de quince a dieciocho en la mujer.

2 El consentimiento de los padres.

El consentimiento de la mujer en el caso de que ésta fuera elegida por los padres del futuro contrayente. (Los padres tenían el derecho de concertar el matrimonio de sus hijos varones).

Asimismo, se debe advertir que el parentesco entre los aztecas era de tres tipos, por consanguinidad, por afinidad y civil.

Por otra parte, los impedimentos para contraer matrimonio consistieron en:

1.-El hombre y la mujer que fueran parientes en línea recta ascendentes o descendentes en todos los grados.

2.-El hombre y la mujer parientes en línea colateral igual.

3.-El hombre y la mujer parientes en línea colateral igual, desigual hasta el tercer grado, con la excepción del varón con la hija de su hermano materno.

4.- El hombre y la mujer parientes por afinidad.

5.- Los padrastros con los entenados (hijastros).

6.-El hijo de la concubina de su padre.

Es así como las bodas se llevaban a cabo de la siguiente forma, como se ejemplifica a continuación

1.5.2 Boda Azteca

El Enlace de los Tilmantli. Entre ellos se decía “todo hombre debe vivir, proseguir la vida solamente por el transcurso del tiempo que nada puede precipitar porque solo y renueva las cosas.

Así pensaba también Águila gran guerrero quien habló en el curso de esos años grises, los cuatro años de duelo ritual. Un buen día terminó.

Águila había pensado en casarse. Frecuentemente iba al mercado y vio un día a una muchacha quien contaba solamente con dieciséis años de edad, propia para que las muchachas contrajeran matrimonio.

Águila pensó que lucía muy bella con su *huipilli*, colgándole del cuello; por el corte en forma de V, supo luego que la casa de ella estaba en el distrito de *Pochta* y que su padre era *pochteca*, uno de los mercaderes que viajaban lejos de México.

Mediante una de esas secretas comunicaciones conocidas solo por el amor le hizo saber cuáles eran sus sentimientos se le veía a menudo con ella, iba a su casa, trabajaba en ella y le agradaba la muchacha.

Para los aztecas el matrimonio no era un asunto fácil. En primer lugar, aún cuando el clan tuviese más de 20.000 miembros, éstos tenían que casarse con alguno de otro clan.

El casamiento del hombre no era un asunto que solo a él le interesaba, era asunto de todos, la madre de Águila por lo tanto estimaba que era demasiado joven para contraer matrimonio y que debía aguardar hasta que cumpliera los veinte años de edad en que solían casarse la mayor parte de los varones Aztecas. Sin embargo Águila que representaba el papel de un hombre desde la muerte de su padre deseaba serlo en todo.

Así Águila tenía que presentarse ante el clan de la muchacha, debido a que cualquiera que entrara en el clan debido a vínculos matrimoniales poseía los mismos derechos. El consejo debía asegurarse, de quien, por ese procedimiento entraba a formar parte del clan. Los clanes ponían mucha atención en que una mujer próxima al matrimonio no entrara como espía. Los enamorados podían reírse ante las preguntas que les formulaban, pero tenían gran seriedad y habíanle enseñado a Águila a tratar formalmente el asunto.

Por lo que después de obtener el permiso del consejo en el clan para casarse, el próximo paso consistía en obtener el consentimiento del padre de la muchacha. Escogía el consejo a dos ancianas para que llevaran obsequios al padre y las viejas obtuvieran de él la aprobación. Así llevan acabo las bodas aztecas. El padre rehúsa, claro está, era la costumbre, debía siempre rehusar la primera visita y el primer ofrecimiento. Regresaban las ancianas y urgían al varón a aumentar los regalos para la novia.

Águila Escogió los jades, su máspreciado tesoro. Su madre y sus hermanas prepararon los más bellos tejidos, las ancianas regresaron al distrito de los *pochta*, Enzarzáronse nuevamente en una gran discusión, por fin tras un largo toma y daca, ambos bandos se pusieron de acuerdo.

En la noche de bodas las ancianas que eran las casamenteras, fueron al hogar de la novia y la llevaron al edificio del clan de los *yopica*, en cuya sala de asambleas estaban reunidos todos los parientes de Águila, sentarónse Águila y su novia, estrella de la mañana, en un gran petate situado al centro de la sala.

Bebían los invitados el *octli* hecho de aguamiel fermentada del maguey, finalmente un anciano se adelantó y enlazó los extremos de las túnicas de los novios, sus *tlimantli*. Ese acto simbolizaba la boda.

Después por turnos empezaron a hablar los ancianos refiriéndose a la virtud y a las costumbres, y cuando terminaba uno, empezaba otro y hablaba éste del deber, de lo necesario que eran los hijos y así durante varios días mientras que Águila y su novia todavía enlazados permanecían sentados y mirándose mutuamente.

Al término de esta parte de la ceremonia, separaban a la pareja por espacio de cuatro días ninguno podía comer solo podían beber. Cuando todo esto estaba hecho, se imaginaba un nuevo ciclo de vida.

Al principio Águila y Estrella de la mañana habitaban la casa del padre del muchacho. Posteriormente, de acuerdo con su derecho recibió del clan una parcela de tierra situada junto a uno de los pequeños canales.

Empezó a construir con piedra su casa propia, según cuadraba a un hombre cuya familia ha figurado siempre en el consejo del clan.

Antes de morir, Átox, había reunido gran cantidad de piedra cortada que guardó muchos años apilada en el patio de su casa, en realidad esa piedra era ceniza volcánica que en el curso de millares o tal vez millones de años, desde que se extendiera por el llano aviase comprimido hasta adquirir calidad de piedra, no era fácil partirla ni lábrala. Con esa piedra águila construyó su casa, uniendo las lozas con una mezcla de barro tierra y cal.

Todos los varones Aztecas sabían cómo construir su casa, del mismo modo las mujeres sabían guisar y tejer, cada quien debía bastarse así mismo como agricultor, artesano y constructor, para ellos era muy importante bastarse por si mismos”.⁹

1.6 Época Colonial

Consumada la Conquista de México, los españoles trajeron a la Nueva España sus costumbres y sus Leyes.

De igual manera, los Reyes de España ordenaron que respetasen la vigencia de costumbres y prácticas jurídicas primitivas de lo aborígenes sometidos, siempre que éstas no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del estado colonizador. Es así como el Derecho Castellano Peninsular tuvo plena vigencia en la Nueva España, por lo que los mismos preceptos que en España regularon la celebración canónica del matrimonio, estuvieron vigentes en los territorios hispanoamericanos de ultramar.

⁹Víctor W Von Hagen, Los Aztecas, p. 84.

Ahora bien, el Papa Paulo III resolvió que fuese mujer legítima la primera con quien se había casado el hombre y, en caso de no recordar con quien lo había hecho, que eligiese entre otras. De esta forma tenemos que el primer casamiento católico indio se celebró en Texcoco el 14 de octubre de 1526, fecha en la que se casaron públicamente Hernando Pimentel, hermano del señor de Texcoco y otros siete compañeros suyos, actos efectuados con gran solemnidad, cuyos contrayentes recibieron de Hernán Cortés valiosos regalos.

Así se les enseña al resto de los indios los aborígenes aceptasen el Matrimonio Católico.

1.7 México Independiente

El 27 de septiembre de 1821, se registra la consumación de la independencia de México, sin embargo en el Derecho Canónico, se reconoce competencia a la iglesia Católica no solo para celebrar matrimonios, sino para legislar sobre ellos y resolver las cuestiones que surgieran con motivos de éstos.

Al llegar a la presidencia, Ignacio Comonfort, quita el registro de persona a la iglesia y aparece la figura jurídica del Registro Civil en el año de 1855, pero por los conflictos que se dieron entre liberales y conservadores con relación a la Constitución de 1857, con la llegada de Maximiliano se suspendió temporalmente, y cuando recupera el poder Benito Juárez lo establece nuevamente.

La presencia de los elementos mencionados se pueden encontrar en los artículos 1º, 4º, 20º y 15 de la Ley del Matrimonio Civil, así como en lo que podría ser considerada la exposición de motivos de dicha ley, y que en su parte medular dice ... "El Ciudadano Benito Juárez, presidente interino

Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a todos sus habitantes hago saber que, por la Independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, se ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para su intervención en el matrimonio”.

Sin duda, las leyes de Reforma impulsadas por Juárez contribuyeron a reglamentar, por un lado, la separación entre los actos del Estado emanados del poder público, y por otro, definieron la posición del clero en la sociedad. Así se produjo un gran salto histórico en la institución matrimonial que se trasladó del ámbito eclesiástico al civil, tal y como aún subsiste en la actualidad.

1.7.1 Códigos Civiles de 1870 y 1884

Durante la Reforma, uno de los primeros actos de Juárez como presidente, fue de encargar a Justo Sierra la redacción de un proyecto de Código Civil para el Distrito Federal y territorios de Baja California. Así, dicho proyecto se concluyó en 1861 y una comisión designada por Juárez lo revisó. Esta comisión se integraba por Eduardo Ruíz, Pedro Collantes por Buenrostro y Miguel S. Macedo.

En efecto, el Congreso Federal emitió un decreto el 8 de diciembre de 1870 a través del cual aprobó definitivamente el proyecto de Código Civil, mismo que fue promulgado el 13 del mismo mes, e inició su vigencia el 1° de marzo de 1871, este código tuvo marcada influencia en toda la República pues la mayoría de los Estados de la unión lo tomaron como modelo para la elaboración de sus respectivos códigos civiles.

Cabe señalar que esta reglamentación tuvo como base la Ley del Matrimonio Civil y solo sustituyó el concepto de **contrato civil** por el de **sociedad legítima** declarando también la indisolubilidad del vínculo tal y como lo prescribió en su artículo 159 en cuanto al derecho recíproco de los cónyuges sobre el orden de los actos aptos para la procreación que es considerando igualmente en el artículo 159, así como en le 280 fracción VII.

Dichas disposiciones ponían de manifiesto que pendiente de que resultara o no descendencia de la unión matrimonial, cada uno de los consortes tenían derecho a pedir del otro, el acto propio para la reproducción de la especie y ambos cónyuges por consiguiente, debían tener aptitud natural para la realización de ese acto específico.

Sin embargo, este concepto de Matrimonio Civil empezó a erosionarse a partir de la Revolución de 1910, primero con Venustiano Carranza a través de sus dos decretos sobre el divorcio por medio de los cuales introdujo en México el divorcio vincular y suprimió de una plumada el contrato de matrimonio civil, el primer elemento esencial que habían reconocido sus autores a el presidente Benito Juárez, fue la eliminación de la indisolubilidad del matrimonio civil que fue confirmada más tarde, en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 como en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, pues ambos instrumentos legales reglamentaron el divorcio vincular como un logro definitivo.

Así, el matrimonio civil se convirtió en un contrato asociativo puramente formal, carente de todo contenido esencial y aún desprovisto de los efectos especiales que anteriormente le asignaba la ley, y que actualmente dependen de un acuerdo concreto entre los cónyuges y, en su caso, de la intervención del Oficial del Registro Civil.

1.7.2 Código Civil de 1884

Este código fue promulgado por el presidente Manuel González el 31 de marzo de 1884, y entró en vigor el 1° De junio del mismo año. La comisión que redactó este ordenamiento estuvo integrada por los juristas Manuel Yáñez, José María Lacunza, Isidro Montiel y Duarte, Rafael Donde y Joaquín Eguía Liz.

Ahora bien, el Código Civil de 1884 reiteró los conceptos sobre el matrimonio establecidos por su similar de 1870, expresados de la misma forma en su artículo 155, que a la letra prescribía: El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida

Es decir, el Código de 1884 también incluye el concepto de sociedad legítima, vínculo indisoluble, y perpetuación de la especie.

Sin duda, este último es uno de los fines esenciales del matrimonio en la actualidad.

1.7.3 Ley de Relaciones Familiares

Esta ley fue expedida en el Puerto de Veracruz por Venustiano Carranza en 1917, la cual definió al matrimonio como un contrato civil, pero con la innovación de que es un vínculo disoluble, como establecía en el artículo 13.

La ley de Relaciones Familiares tuvo vigencia hasta el 30 de septiembre de 1932 ya que el 1° de octubre del mismo año entro en vigor en el Código Civil vigente.

1.7.4 Código Civil Vigente

El Código Civil vigente para el Distrito Federal y Territorios en materia común y para toda la República en materia Federal se expidió el 30 de agosto de 1928, el presidente de la República Plutarco Elías Calles, en razón de las facultades extraordinarias que el Congreso de la Unión otorgó al titular del Poder Ejecutivo Federal, así, este ordenamiento inicia su vigencia el 1° de octubre de 1932.

Respecto al matrimonio, el Código Civil vigente no lo conceptualiza como lo hacían las anteriores legislaciones, pero dedica el Título Quinto donde se abordan los esponsales hasta el divorcio pasando por los requisitos para contraer matrimonio, impedimentos, deberes capitulaciones matrimoniales, etcétera.

Elementos esenciales y de validez.

En virtud de que el matrimonio es un acto jurídico, es evidente que éste tiene elementos esenciales.

1.- Consentimiento.- Éste es el acuerdo entre dos o más voluntades para la producción y transformación de derechos y obligaciones.

Así pues, Que a su letra prescribía: El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo

indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida en el matrimonio el consentimiento lo constituye el acuerdo de voluntades de ambos contrayentes para unirse en matrimonio, y además la declaración del juez del Registro Civil que los declara unidos legalmente en nombre de la ley y de la sociedad.

2.- Objeto.- Es la prestación material del acto que produce consecuencias jurídicas consistentes en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

3.- Solemnidades requeridas por la ley, estas solemnidades son esenciales para la existencia del matrimonio y solo son necesarias cuando la ley lo señala si faltan estas solemnidades el matrimonio será inexistente ya que si no existe el consentimiento de las partes, el objeto o la solemnidad requerida por la ley no existe el matrimonio.

Requisitos de Validez:

1.-Capacidad.

2.- Ausencia de vicios del consentimiento.

3.-Lícitud.

4.- Formalidades requeridas por la ley.

Requisitos para contraer Matrimonio:

a) Edad: es necesario que los contrayentes hayan llegado a la edad de 16 años en el hombre y 14 en la mujer.

Consentimiento. Los contrayentes que no alcancen la edad de 18 años no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, abuelos o tutores.

Formalidades Legales. Debe estarse a lo especificado en el Código Civil Vigente.

Formas de Terminación. Existen tres formas de terminación previstas por el Código Civil, la muerte, el divorcio y la nulidad del acto. Así en cualquiera de los tres supuestos se extinguen los derechos y obligaciones que fueron adquiridos por los contrayentes.

Una vez analizado en este capítulo el matrimonio y los esponsales, resulta por razón de su naturaleza que liguemos el tema del divorcio a efecto de dejarle establecido el impacto jurídico y social que producen dentro nuestro sistema de derecho, por ello partimos de su concepto.

CAPÍTULO II

LA DISOLUCIÓN DEL VÍCULO MATRIMONIAL SEGÚN LA LEGISLACIÓN CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

2.1 El Divorcio

EL divorcio "es la ruptura de un matrimonio válido en la vida de los consortes declarada por autoridad competente, y por alguna de las causas expresamente establecidas en la ley".¹⁰

La ley previa a la consideración de que para las causas en ella establecidas no es jurídica o moralmente posible que subsista la vida en común entre los consortes establece la posibilidad de la ruptura del vínculo que une al marido y mujer, aún cuando la intención de los consortes al celebrar el matrimonio es la que subsista la vida conyugal.

El artículo 266 del Código Civil del Distrito Federal señala. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

2.2 Antecedentes Históricos

El divorcio aparece en sus orígenes en Roma más remotos, cómo el derecho que tiene el varón a separarse de su consorte en ciertos casos, como adulterio y esterilidad de la mujer. "En el derecho Romano el matrimonio, se fundaba en la *affectio coniugalis*; la disolución de la *conferriatio* tenía lugar por medio de la "*diafarreatio*, como es sabido era la declaración de voluntad de separarse marido y mujer, por medio de la cual cesaba de producir los

¹⁰ Ignacio Galindo Garfias Derecho Civil., p.597

efectos entre los consortes la voluntad declarada en la ceremonia nupcial, de tomarse recíprocamente como marido y mujer. Si el matrimonio había sido celebrado bajo la forma de cometió, la disolución del vínculo procedía, por medio de la *remancipatio* de la mujer".¹¹

"Conforme a las ideas del catolicismo que prevalecían en la edad media y que forman hasta hoy el derecho canónico, es un vínculo indisoluble. Por lo tanto para los católicos solo se termina el matrimonio cuando uno de los cónyuges muere y solo así se permite contraer un nuevo matrimonio eclesiástico".¹²

Esta posición perdura hoy en día en el derecho canónico, sin embargo se estima que debía especificarse que no en todos los casos de muerte pueda prosperar porque estimó que bajo este fin y con idea arraigadas a la religión católica, mucho dependía de la muerte de un consorte para contraer nuevas nupcias

Es en el Siglo XVI con la reforma protestante, que solo se admite el divorcio en caso de adulterio, abandono de hogar conyugal y por la simple voluntad de los consortes.

La Revolución Francesa que sustentaba el principio de matrimonio es un contrato no un sacramento, y debía llevar necesariamente el principio de autonomía de la voluntad con base fundamental de los actos jurídicos y las ideas del individualismo, así llevaron la promulgación de la ley sobre el divorcio del 20 de septiembre de 1792, en la que se reconoció "las

¹¹ Ignacio Galindo Garfías, Derecho Civil, p. 599.

¹² Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil p. 371.

posibilidades de disolver el vínculo matrimonial por numerosas causas, entre las cuales se aceptan la incompatibilidad de caracteres".¹³

"En el código de Napoleón de 1804. Se reducen las causas de divorcio a tres que son, el adulterio, la sevicia y las injurias graves. Y sólo acepta el divorcio como acto culposo de uno de los cónyuges y lo rechaza en que alguno de ellos tenga una enfermedad mental, en los cuales no puede imputarse culpa alguna a los consortes".¹⁴

En sentido observo las pocas causales a raíz de los mismos a los conflictos sociales que en ese entonces afectaba a los consortes.

Los principios sustentados en el código Francés de 1804, en materia de divorcio influyeron en las legislaciones modernas de algunos países como son Inglaterra, Francia y los Países Bajos por culpa grave de uno de los esposos. Mientras otros como Suiza, Portugal y Turquía, permiten la disolución del vínculo aunque no medie culpa de los consortes.

Entre tanto, la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas o Rusia en la actualidad. Acepta la disolución del vínculo por el sólo deseo de uno de los cónyuges.

Ley de 8 de julio de 1944 tuvo amplia discusión en las directivas de la asamblea plenaria del tribunal supremo de la URSS promulgada en 1947 con estas palabras: Cuando se encuentra en un caso de divorcio, el tribunal deberá partir del principio base que es la consolidación de la familia soviética y por lo tanto del matrimonio, Los matrimonios deberán pues poner el mayor

¹³ Salvador Orizaba Mondroy, Matrimonio y Divorcio, p. 38.

¹⁴ Ignacio Rojina Villegas Op.cit p.371

cuidado en establecer las razones por las que se plantea una demanda de divorcio y comprender a la vez que una discordia pasajera en el seno de la familia y los conflictos entre consortes suscitados por causas accidentales y transitorias o bien por un deseo sin fundamento serio por parte de uno que puedan poner fin al matrimonio, no podrían ser consideradas como razones suficientes para la disolución del mismo"¹⁵.

En cambio en España, Irlanda y Australia, no lo aceptan para los cónyuges católicos.

En Colombia, Argentina y el sur de Québec en Canadá, no aceptan la disolución del vínculo por medio del divorcio. En Chile ya aceptan el divorcio, a partir del 2003.

2.3 Derecho Anglosajón

No es sino hasta 1975 cuando en Inglaterra se introduce dentro de su legislación, la figura del divorcio, el cual habría de solicitarse bajo las causales de adulterio, el incesto, la bigamia, la crueldad o hasta dos años de abandono, el rapto u actos contra natural.

Durante la época de la reforma, los tribunales eclesiásticos pronunciaban sólo sentencias en sentido de nulidad y de la separación a *mensa at thoro* y por tal motivo el único medio para lograr un nuevo enlace matrimonial era mediante la solución emanada del parlamento en el cual se decretaba el divorcio del vínculo.

¹⁵ Ignacio Galindo Garfias Op cit p. 61

2.4 En el Derecho Mexicano

Por lo que atañe a México, los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no aceptan el divorcio vincular y sólo permiten la separación de cuerpos, que es una dispensa a la obligación de cohabitación en ciertos casos como de enfermedad de algunos de los cónyuges. A principios del siglo, XX surge la ley de Relaciones familiares promulgada en abril de 1917, recoge disposiciones de la ley de divorcio de 1914, lo reglamenta minuciosamente e instituye el divorcio por mutuo consentimiento.

El Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales, acepta en términos generales las causas que conforme a la ley de Relaciones familiares permiten la disolución del vínculo matrimonial, por medio del divorcio, reconoce la posibilidad de disolverlo por mutuo consentimiento de los cónyuges e introduce un procedimiento especial administrativo de divorcio por mutuo consentimiento, sin intervención de la autoridad judicial, autorizado por el juez del registro civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.

En la actualidad, también se encuentra tipificado por la legislación civil, y en este caso se requiere tener un año de casados, no haberse casado por sociedad conyugal y no haber tenido hijos.

2.4.1 El Problema Jurídico Social del Divorcio

El matrimonio constituye la base de la familia en una sociedad organizada. Por consecuencia, la cohesión y estabilidad del grupo social, exige que el matrimonio se sustente sobre bases firmes y que la unión de los cónyuges subsista durante la vida de los consortes.

Prescindiendo de consideraciones ético religiosas se encuentran en pugna los intereses superiores de la colectividad, por lo tanto, se dice por algunos tratadistas no se le puede aceptar por lo menos en principio como una institución deseable, sin embargo se le justifica. Por lo que debe existir discusión del problema considerándolo desde el punto de vista más humano en el sentido de justificar cuáles deben ser los motivos que en la ley se consideren como causas justificadas de divorcio, porque la resolución judicial que declare la disolución del vínculo debe ser pronunciada en el caso en que de hecho, el Estado matrimonial ya ha desaparecido entre los consortes.

La cuestión busca desplazar a la comprobación fehaciente, concienzuda de que efectivamente ya no existe en los consortes, que pretendan divorciarse, la situación socio familiar de un verdadero matrimonio. Por esto no podemos pensar que en este caso, la sociedad tenga interés de mantener un vínculo jurídico que de hecho ya no existe.

Riper y Boulanger se expresan así del divorcio, desde el punto de vista social:

Se destruye pues el matrimonio para satisfacer el interés individual de los esposos. El valor social de la institución se mide por los peligros de esa

destrucción. Si el divorcio es un remedio excepcional para situaciones trágicas, es un mal bastante leve. Lo lamentable es que la práctica del divorcio se ha difundido mucho y en todas clases sociales se termina por considerar el divorcio como la solución normal de un matrimonio a prueba. El matrimonio pierde así su fuerza y se quebranta la institución de la familia.

De acuerdo a lo dicho se tendría que profundizar la investigación del porqué se dan tantos divorcios en los matrimonios jóvenes o en los que llevan varios años de casados, es cuando se determina que este fenómeno de tantos divorcios sucede porque la estructura social ya no es la misma y la familia se está desintegrando en gran parte del mundo, y uno de los fenómenos importantes es que los valores son diferentes o no existen, de que la mujer ya tiene más alcance al trabajo remunerado, y los cambios acontecidos en la juventud así como un mayor desarrollo social económico y político del mundo y más en el siglo XXI. Sin embargo, todavía se sigue luchando por los derechos de las mujeres, porque siguen siendo discriminadas en muchas formas; esto solo cambiará la educación y sobre todo se cree conciencia de que las mujeres pueden ser iguales a los hombres.

2.5 Artículo 267.- Son Causales de Divorcio:

I. El adulterio debidamente comprobado, de uno de los cónyuges.

II. El hecho que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge siempre y cuando no se hubiere, tenido conocimiento de esta circunstancia.

III. La propuesta de un cónyuge de para prostituir al otro, no solo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que tenga relaciones, carnales con ella o con él.

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.

V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible siempre y cuando no tengan su origen en la edad avanzada.

VII. Padecer trastorno mental incurable previa declaración de interdicción que se haga respecto al cónyuge enfermo.

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que lo haya originado por la cual podrá ser invocada por cualesquier de ellos.

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga ésta y proceda la declaración de ausencia.

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos.

XII. La negativa injustificada de los cónyuges para cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento sin justa causa, por alguno de los cónyuges de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

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

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XV. EL alcoholismo o el hábito de juego cuando amenacen de causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada

XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges, contra el otro, o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos se entiende por violencia familiar la descrita en este código.

XVIII El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado tendientes a corregir los actos de violencia familiar.

XIX. El uso no terapéutico, de las sustancias ilícitas que hace referencia la ley general de salud y las ilícitas que produzcan efectos psicotrópicos cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida realizada, sin el consentimiento de su cónyuge.

XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro desempeñar una actividad en los términos dispuestos, por el artículo 169, de este código.

2.6 Clases de Divorcio

En los casos específicos del código civil, de acuerdo a los siguientes. Artículos:

Artículo 266. El Divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Se clasifica en voluntario y necesario y el administrativo. Es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por los cónyuges y se substanciará administrativa o judicialmente según las circunstancias del matrimonio. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama ante autoridad judicial, fundado en una o más de las causales a que se refiere el artículo 267 de este Código.

Artículo 272. Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo el régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

El juez del registro civil previa identificación de los cónyuges, levantará un acta, en la que hará constar la solicitud de divorcio, y citará a los cónyuges para que la ratifiquen, a los quince días. Si los cónyuges lo hacen el juez los declarará divorciados. Y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges, no cumplen supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas por la ley.

Artículo 273 Procede el divorcio voluntario por vía judicial cuando los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo anterior y por mutuo consentimiento lo solicitan ante el juez de lo Familiar, en los términos que ordena el Código de Procedimientos Civiles, siempre, que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I.-Designación de personas a que tendrá la guarda y custodia de los hijos, menores o incapaces durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

II.-El modo de atender de las necesidades de los hijos a quién deba darse alimentos tanto y durante el procedimiento, como después de ejecutoriarlo el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento.

III.-Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV.-La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias.

V.-La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor en los términos de la fracción II.

VI.-La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, durante el procedimiento y hasta que se liquide así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición y

VII.-Las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

Artículo 275 Mientras se decrete el Divorcio voluntario, el juez de lo familiar autorizará la separación provisional de los cónyuges, y dictará las medidas necesarias respecto a la pensión alimenticia provisional de los hijos

y del cónyuge, en términos del convenio a que se refiere el artículo 273 de este código.

Artículo 276. Los cónyuges que hayan solicitado el divorcio, por mutuo consentimiento, podrá reunirse de común acuerdo en cualquier tiempo, con tal de que el divorcio no hubiere sido decretado. No podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación.

Artículo 277. El cónyuge que no quería pedir el divorcio fundando en las causas enumeradas en las fracciones VI y VII del artículo 267 podrá, sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge y el juez, con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

Como se ha visto el divorcio, voluntario siempre va a ser por vía judicial, y éste pronuncia a solicitud de ambos cónyuges que declaran la voluntad de divorciarse, previa reiteración de la edad, y la voluntad durante el proceso, en dos audiencias sucesivas que celebran ante el juez de lo familiar, una de éstas se les exhorta a los cónyuges a que desistan de la idea de divorciarse, a quien corresponde hacer ver la trascendencia que para la familia y la sociedad, tienen tal determinación.

Recientemente ha entrado en vigor la reforma a la ley de nacionalidad y naturalización para poner fin a la viciosa e inmoral práctica de los extranjeros no residentes en México, proscribiendo categóricamente la posibilidad de la prórroga de jurisdicción o sea la sujeción de los consortes, que no vivan en

México, y que pretenden divorciarse a la jurisdicción y competencia de los tribunales Mexicanos.

El divorcio en la vía contenciosa requiere a) la existencia de un matrimonio válido b) que la acción de divorcio se haga valer por persona capaz, mayores de edad, o menores incapaces con sus tutores, c) la legitimación activa o pasiva de los consortes, y d) la demanda debe fundarse, precisamente en cualquiera de las causales del artículo 267, del Código Civil.

La acción de divorcio en la vía contenciosa, (juicio ordinario), sólo puede ser ejercida por el cónyuge, que no ha dado causa a él, y es juez competente el juez de lo familiar, del domicilio conyugal al admitir la demanda de divorcio el juez de lo familiar, decreta provisionalmente la separación de los cónyuges, el lugar donde deben permanecer los esposos durante el divorcio, a quién corresponda en forma provisional la guarda, de los hijos menores y la fijación de los alimentos que deben proporcionar el acreedor alimenticio mientras dura el juicio, si la mujer ha quedado en cinta, debe tomarse las precauciones para evitar la suposición de parto, la sustitución del infante o que se haga a parecer como viable al hijo que aquélla da a luz.

El artículo 267 del código civil enumera tácitamente las causas de divorcio, en aquellas, se pueden distinguir las que se fundan en una conducta culposa, del cónyuge que ha dado causa al divorcio, en tal manera grave que haga imposible la vida conyugal.

Como se determinó anteriormente, las fracciones I.II.IV VIII. X, XI, De acuerdo a lo que se refería el código civil, y también las fracciones sexta y séptima, las cuales se refiere, como causa de divorcio que uno de los

cónyuges padezca sífilis o cualquier otra enfermedad contagiosa o incurable o la impotencia, que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, igual sucede con la enajenación mental.

La acción de divorcio prescribe a los seis meses contados a partir, de la fecha de que el demandante, conoce de la causa que da lugar a él.

Los efectos de la sentencia de divorcio se producen con respeto a los consortes que se divorcian en relación con los hijos y en cuanto a los bienes de aquellos. Sobre la persona de los cónyuges que se divorcian en aptitud de contraer nuevo matrimonio, pero el cónyuge que ha dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse antes de dos años de la fecha que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

El juez tomando en consideración las circunstancias del caso, entre ellas la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos, a favor del inocente.

Si ambos cónyuges le han sido suspendidos el ejercicio de la patria potestad, corresponde o han perdido ésta, pasa al ascendiente o ascendientes que corresponda, y si no hay quien ejerza la patria potestad se nombrará un tutor.

En los casos en se decreta el divorcio por causas de enfermedad de el cónyuge demandado, el cónyuge sano conservará la guarda de los hijos, pero el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos consortes con excepción del caso de enfermedad mental incurable en que por virtud de la

plena declaración de interdicción, el cónyuge enfermo queda suspendido del ejercicio de la patria potestad.

La pérdida o suspensión de la patria potestad en casos de divorcio, no extingue la obligación del cónyuge culpable de proporcionar alimentos a los hijos de ambos.

Respecto de los bienes, el cónyuge culpable pierde todo lo que hubiere sido dado o prometido a su consorte o por otra persona, en consideración al matrimonio.

Debe pagar al cónyuge que no ha dado causa al divorcio, los daños y perjuicios que le cause. La sentencia de divorcio pone fin a la sociedad conyugal, la que debe liquidarse desde luego, y también pone fin al matrimonio así como de las obligaciones que cause independientemente de lo que se refieran algunos autores, el divorcio no es fácil de sobrellevar, tanto para la pareja que quedó desintegrada, como para los hijos que tengan, y cuando los involucran es peor, porque los utilizan como medio para lastimarse o manipularse a ellos mismos sin pensar, en los hijos a los cuales siempre les va afectar la separación de sus padres, debido a esto encontramos también un rompimiento en la estructura familiar, sin embargo a veces es necesario que se de separación, para que la familia pueda seguir adelante, porque hay situaciones insostenibles ya sea porque se abusa de los hijos tanto física como emocionalmente, y que provoque también desestabilización, familiar así como el abuso, físico causado al cónyuge, o como nuestro tema que se de una violación y se comprueba que se ha producido

En el presente capítulo se analizó la evolución histórica del divorcio, así como su evolución desde cuándo surge hasta nuestros días, es importante entender que el divorcio es una forma de disolución del vínculo matrimonial, que se da porque los cónyuges ya no pueden convivir y esto trae como consecuencia el rompimiento, ya sea de manera voluntaria, necesaria o administrativamente, y en todos los casos, siempre hay una razón, es así como también el divorcio *es una solución* a los problemas o a la violencia en el matrimonio y la familia, es así como a pesar de toda la evolución que ha tenido el divorcio, nunca se toma en cuenta que sea una de las causales la violación en el matrimonio, y es como se analiza en el siguiente capítulo, y se da a través de la historia, y el porqué no se considera como violación en el matrimonio.

CAPÍTULO III

LA VIOLACIÓN COMO FENÓMENO SOCIAL EN NUESTRO SISTEMA DE DERECHO

3.1 Concepto de Violación

El diccionario jurídico mexicano define al ilícito de violación como la cópula efectuada mediante violencia física o moral con una persona de uno u otro sexo.

En el código penal se define como Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula, con persona de cualquier sexo.

Para Rafael de Pina La violación es el acceso carnal obtenido por la violencia, con persona de cualquier sexo y sin su voluntad.

Sin embargo, para otro autor como es Cuello Calón, que comete la violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los siguientes casos.

- Cuando se usare la fuerza o intimidación.
- Cuando la mujer se hallase privada de razón o de sentido por cualquier causa.
- Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurre ninguna, de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

El autor González de la Vega manifiesta: La imposición de cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o a la intimidación moral, es la que por tanto en la historia de las instituciones penales, como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual.

El maestro Díaz de León indica "Que es un delito cometido por quién utilizando la fuerza física o moral, obliga a la víctima a copular ya o tener acceso carnal".¹⁶

El maestro Maggiore, define al delito de violencia carnal expresando "Consistente en obligar a alguno a la unión carnal por medio de violencia física o amenazas".¹⁷

Para el doctor Celestino Porte Petit "por violación propia debemos entender la cópula realizada en persona de cualquier sexo por medio de *vis absoluta* o de la *vis compulsiva*".

De acuerdo a lo anterior, se afirma que comete el delito de violación al que por medio de la violencia física o moral impone cópula a persona de cualquier sexo; cuando sucede, en la mayoría de los casos las victimas no denuncian por temor a sus agresores o la forma en que son tratadas por la autoridad ministerial.

¹⁶ Celestino Porte petit, . Ensayo Dogmático del Delito de Violación, p.12.

¹⁷ Giuseppe Maggiore, Derecho penal parte especial, p. 56.

3.2 Reseña histórica universal del delito de Violación.

A través de la historia universal, el ilícito en estudio se sancionaba de muy diversas, formas; así es que en el derecho Romano respecto de la unión sexual violenta, la *Lex julia* imponía la pena de muerte; en Egipto al agente se le castraba; En el pueblo Hebreo, se le imponía la muerte o multa, dependiendo si la víctima era casada o soltera; en el código de *Manú*, se establecía la pena corporal siempre y cuando la mujer no fuera de la misma clase social, ni presentara consentimiento, pues si se realizaba en esas condiciones no se castigaba la violación.

3.2.1 En el Derecho Hebreo

El Pueblo hebreo, israelita o judío se estableció en Palestina territorio localizado entre Fenicia y el desierto de Siria, el desierto de Arabia y el Mar Mediterráneo. Fue eminentemente religioso y entre los documentos base de su derecho se encontraban el Antiguo Testamento y El *Talmud*.

El derecho de castigar provenía, por lo tanto, de una inspiración divina y los delitos cometidos constituían una ofensa a Dios, por lo que las sanciones buscaban además de hacer pagarse culpa al delincuente, su desagravio.

En el siglo VII A.C. el Deuteronomio establecía lineamientos a través de sus disposiciones sobre jueces, sacerdotes y profetas y formas determinadas de derecho penal, social y familiar. El derecho penal mosaico implanta a su vez la pena de muerte para diversos delitos, entre ellos violación.

En lo que respecta al delito de violación, el Derecho Hebreo se refería a la violencia carnal con mujer casada, virgen o soltera, y la víctima podía

escogerla al marido si se tratara de mujer casada a los padres si ésta fuera menor de edad.

“Cuando una mujer virgen era violada el violador era condenado a pagar cuatro indemnizaciones: Una por la afrenta, otra por los daños sufridos por el acto carnal, la multa de cincuenta escudos por la ley Bíblica, y otra más por el dolor. Además estaba obligado a desposar a la víctima, si ella y su padre así lo querían, y no podía divorciarse jamás. Al respecto, la misma establecía: “Si alguien se acusa a sí mismo de haber seducido a una joven, o haber violado alguna, está obligado a pagar la indemnización por la afrenta y por los daños, o el valor de lo que él ha violado, pero no la multa impuesta por la Biblia, en el caso de que la seducción o la violación ha sido comparados por otras personas”.¹⁸

En el Derecho Hebreo el Delito de violación se llegó a castigar hasta con la pena de muerte, aplicándose ésta en forma inmediata cuando se daba entre familiares.

En Grecia, el violador debía pagar una multa y se obligaba a unirse en matrimonio con la ofendida si así lo deseaba ella, de no ser así, se le condenaba a muerte. En la época de Teodorico, se impuso un edicto mediante el cual el agente debía casarse con la mujer atacada, otorgándole la mitad de sus bienes si era rico o noble.

En el derecho Canónico, únicamente se consideró el *sturtum violentum*, para el caso de que se realizara el desfloramiento obtenido contra o sin su consentimiento, no obstante se estipulaba que en la mujer ya

¹⁸ Mateo Goldstem, Derecho Hebreo: a través de la Biblia p. 116.

desflorada no se podía cometer el delito. En cuanto a las penalidades canónicas que eran prescritas para la *fornicatio*, no hubo la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales de pena de muerte.

3.3 En el Código de Hammurabi

La civilización mesopotámica legó al mundo una de las legislaciones más avanzadas de la antigüedad. El Rey Hammurabi elaboró un Código que permanecía en el templo dedicado al sol y cuyas normas debían ser observadas por todos los súbditos.

El código contiene más de 300 normas de comportamiento con sus respectivas sanciones. El objetivo de este código era poner en orden a los libertinos y malos, e impedir que el fuerte oprima al débil.

Dentro del elenco de delitos que castigó esta antigua ley, estaba el de violación cuya tipificación se puede encontrar en su artículo 130 que disponía lo siguiente: Si un señor ha dominado a la esposa de otro señor que no había conocido varón y que vivía aun en la casa de su padre y yació en su seno y le han sorprendido, ese señor recibirá la muerte; la mujer quedará en libertad.

Dicho artículo trata de una violación sexual cometida en contra de la futura esposa.

3.3.1 Ley de los Sajones

Este ordenamiento jurídico sancionaba al individuo que cometiera el delito de violación con una multa, misma que disminuía si lo consentía la víctima.

3.3.2 España

En el fuero viejo de España, se castigó la violación con la muerte o con la declaración de enemistad, los parientes de la víctima podían dar muerte al ofensor. En el fuero real, las cuatro primeras leyes del Lib. IV Tít. X, hacen referencia a la violación sin distinguirla del rapto y la sancionan con la pena de muerte, cuando era cometida en mujer soltera y con la cooperación de varias personas; igual pena se estableció en las leyes del estilo.

Más adelante en los códigos penales se impusieron para estos delitos la pena de muerte. En 1822, los códigos optaron por sancionar al ilícito en estudio con privación de la libertad. Ya en el código de 1848 fue más precisa su definición, así como en el establecimiento de la pena, quedando en forma más parecida a los códigos españoles recientes.

En el Fuero Juzgo se trata a la violación. En la ley primera se castigaba al que cometiera el delito de violación con cien azotes delante de todo el pueblo, y luego era dado como siervo al padre de la víctima siempre y cuando la mujer fuera virgen.

En la ley segunda, se castigaba con pena de muerte al que cometiera el delito de violación y a la víctima de éste en el caso de llegar a casarse.

En la Ley tercera, se castigaba al violador cuando la víctima se hallaba comprometida en matrimonio o era casada a ser siervo del prometido o esposo.

En la Ley Quinta, se condenaba al forzador de una mujer casada con la pena de tormento y pérdida de bienes que debían pasar por la mitad a la víctima y a su esposo.

En la Ley Octava, se castigaba con pena de decapitación al siervo que violaba a la mujer libre.

3.3.3 Francia

Emile Garcon comenta que En el antiguo Derecho Francés se castigaban con demasiada energía las acciones que realizaban en contra de las buenas costumbres, y a las que se les conocía con el nombre de crímenes de lujuria, calificando entre ellas el estupro, el incesto y el rapto en este último crimen se pretendía no sólo la conjunción sexual obtenida por la fuerza, sino también la tentativa, o según el término entonces usado: el atentado de este crimen.

Interesa especialmente la evolución posterior a la Revolución Francesa por la enorme influencia que tuvo en otras legislaciones. El Código Penal de 1791 castigó la violación, agravando la pena si se había cometido sobre una niña menor de doce años, o cuando el culpable había sido ayudado por una o varias personas.

El Código Penal de 1810, confundió en la misma disposición y castigó con la misma pena la violación y el atentado violento al pudor (abusos deshonestos) El artículo 332 agravaba la pena de un menor de 15 años y el artículo 333 también se imponía la misma pena si el autor del delito era maestro, criado, empleado público, etc. o si se hubiera cometido por dos o más personas.

3.4 El delito de Violación en México

En nuestro país, durante la época prehispánica, se encontró al delito sancionado en el pueblo Maya, castigándolo con lapidación con la participación del pueblo entero. Es muy importante recordar que en pueblos prehispánicos, a la mujer se le respetaba en gran forma, además de penalizar de manera muy severa ese ilícito, por lo cual no existía el índice de violaciones como en nuestros días.

Durante la época colonial, se debe hacer memoria que se aplicaron algunas de las leyes que regían en España; por consiguiente, surgen en México colonial las leyes de Indias, la Novísima Recopilación de Castilla, la Nueva recopilación de Castilla, entre otras, así como las anteriores señaladas, el Fuero real, el fuero juzgo y las siete partidas, castigaban este delito. Del antiguo derecho Español aplicado en nuestro país después de la conquista, se establecía la pena de muerte con fuego para el siervo que violaba a una mujer libre y un castigo consistente en azotes, para el hombre libre que cometía el mismo delito y así también era entregado como siervo a la mujer violada. También se aplicaba la pena de muerte para el hombre y quienes le ayudaban a robar y violar a una mujer viuda, virgen casada o religiosa, siempre que se les probara el delito en juicio; y quién fue el violador, a qué mujer violó y el tiempo y lugar en que lo hizo.

Al respecto, el fuero juzgo señalaba en su ley XIV, Título V, libro III, si algún a *omne fiziere* por fuerza o adulterio con mujer libre; si el *omne* es libre recibe cien azotes o le sea dado de siervo a la mujer que hizo fuerza si es siervo, va a ser quemado vivo.

En los códigos penales modernos, sin que la infracción haya perdido su acento de máxima gravedad dentro de los delitos sexuales, se ha abandonado la pena de muerte para los casos de violación, sin perjuicio de extremar las sanciones mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando en ella coinciden otros eventos delictuosos, como los de contagio venéreo, asalto, incesto, lesiones y homicidio.

De acuerdo con lo anterior, nos damos cuenta que al igual que el matrimonio y el divorcio también hay una reglamentación desde la antigüedad sobre la violación y otros de los delitos que en aquella época se consideraban importantes y tenían la pena de muerte, lo cual hacía que se tomara en cuenta a la víctima, aún así algunas legislaciones, las penaban severamente de acuerdo a si la mujer era casada o soltera.

Conforme a lo anterior, las sanciones respecto al delito de violación, a la fecha, han disminuido considerablemente, esto debido quizá al humanismo que hoy en día globaliza al mundo entero.

3.4.1 Código penal de 1871

En este ordenamiento penal, el ilícito de violación lo ubican en el título sexto correspondiente a delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres. La definición del hecho delictivo es: Al que por medio de la violencia física o moral tiene cópula, sin la voluntad de esta sea cual fuere su sexo. Artículo 795. del código penal de esta fecha.

La cópula con una persona que se encontrara sin sentido, o sin tener expedito uso de razón, a pesar de ser mayor de edad se equiparaba esta conducta a la violación (Artículo 796. del ordenamiento legal mencionado.

A la violación le correspondía una sanción de seis años de prisión y multa de segunda clase, siempre que la víctima pasara de los catorce años de edad, si era menor de edad, el término medio de la pena era de diez años.

Si la violación era precedida o acompañada por golpes o lesiones, se observaban las reglas de la acumulación para los delitos que por ello resultarán (Artículo 798) del código penal.

Se aumentaban las penas señaladas en los artículos 796, 797, 798 comentados anteriormente, cuando el reo era ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido, cuando la cópula fuera contra el orden natural con dos años más, de igual forma si el reo era hermano, del ofendido, si el reo ejercía autoridad sobre el ofendido, o era su tutor criado o maestro, asalariado, de alguno de éstos o del ofendido, o realizaba el hecho delictivo abusando de sus funciones como funcionario público, médico, dentista, comadrón o ministro de algún culto o maestro, con seis meses más, quedando inhabilitados para ser tutores o en su caso, suspendiéndolos desde uno hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión.

3.4.2 Código Penal de 1929

En el artículo 860 del código penal de 1929 comete el delito de violación, el que por medio de la violencia física o moral tiene cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo. Como se observa esta definición es igual a la establecida en el código penal de 1871.

Se equipara a la violación, la cópula con una persona que se encontrara sin sentido o sin expedito uso de razón a pesar de ser mayor de edad (Artículo 861) de la legislación penal mencionada.

Para la violación cometida sobre persona púber, se imponía una sanción de seis años de segregación y multa de quince a treinta días de utilidad, si la persona era impúber, la segregación, se aumentaba hasta diez años (Artículo 862).del Código Penal de 1929.

Si la comisión del hecho delictivo, se acompañaba o precedía de otros delitos, se penalizaba de acuerdo a las reglas de la acumulación (artículo 863) del código mencionado.

La sanción aumentaba conforme a lo dispuesto en el artículo 862 entre otros, cuando el reo era ascendiente, descendiente, padrastro, madrastra o hermano del ofendido, o cuando la cópula fuera contra el orden natural; de dos a cuatro años si el reo ejercía autoridad sobre la víctima o era su criado o asalariado, tutor o maestro, o cometiere la violación, abusando de sus funciones como médico cirujano, dentista, comadrón, ministro de culto, funcionario o empleado público; estos quedando inhabilitados para ser tutores, curadores, y el juez podía, suspenderlos hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión.

Para el supuesto establecido en el artículo 860, del código mencionado cuando se cometía por un ascendiente o descendientes se le privaba al culpable de todo derecho a los bienes del ofendido y a la patria potestad respecto a sus ascendientes, e inhabilitaba para ser tutor, o curador. Si el reo era hermano, tío o sobrino de la víctima, no podía heredar ni ejercer en su caso, la tutela a curatela del ofendido (Artículo 866, del la legislación penal dicha con anterioridad).

Finalmente, siempre que se perseguía un delito de violación, se averiguaba de oficio si hubo contagio al ofendido, de alguna, enfermedad mayor, para imponer al agente la sanción que fuera mayor.

3.4.3 Código Penal de 1931

En el título decimoquinto **Delitos sexuales**, capítulo I del ordenamiento penal en examen, el delito de violación se preveía en los artículos 265 y 266.

Artículo 265 El texto original estipulaba: al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula, con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicara la pena de uno a seis años de prisión, si la persona ofendida fuere impúber la pena será de dos a ocho años y multa de dos mil a cinco mil pesos, si la persona ofendida fuera impúber será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos.

Artículo 266. La cópula con persona privada de razón o sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese, resistirla eran equiparables a la violación.

Por decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1984 que entro en vigor a los 90 días de su publicación fue reformado para quedar como sigue:

Artículo 265.- Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con una 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 anal o vaginal.

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

El párrafo segundo de este artículo, fue creado o adicionado por el artículo segundo del decreto del 22 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de enero de 1991, en vigor al día siguiente, así para efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Con fecha 30 de diciembre de 1997 fue adicionado el artículo 265 bis, quedando de la siguiente manera. Pero en la actualidad y con la reforma ahora es parte del artículo 265.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial de concubinato se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querrela.

Del estudio de los artículos antes citados se desprende en el último ordenamiento que ya no se fija una sanción especial o agravante para el ascendiente o descendiente que cometiera el delito, de igual forma, tampoco se menciona la violación cometida por funcionario público o por maestro.

3.5 La Violación cometida en la esposa o la concubina

Mediante la reforma legislativa de fecha 26 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997 vigente a los 30 días de su publicación, se creó y agregó al Código Penal el artículo 265 bis que establece un nuevo tipo de violación o una modalidad de tal ilícito que propiamente es el afirmar o precisar que la esposa o concubina pueden ser sujetos pasivos del delito de violación, con lo cual siempre ha sido obvio y evidente, sin embargo con una interpretación que nunca estuvimos de acuerdo es aquella que establecía que no existía violación si quien imponía la cópula en forma violenta era el cónyuge o concubinario, lo cual en nuestra opinión era inclusive negarle a la esposa o la concubina su calidad, mas bien el sujeto pasivo del ilícito ya que el precepto que tipifica la violación señalaba como sujetos pasivos a persona de cualquier sexo y obviamente una esposa o una concubina son personas y dicha interpretación, al excluir a la esposa y a la concubina como pasivos del delito les desconoce su calidad de sujetos pasivos.

Se ha criticado la creación e inclusión de dicho precepto en el catálogo de delitos del Código Penal, argumentando que desde el punto de vista era innecesaria tal disposición; estará de acuerdo que puede utilizarse y manipularse como instrumento de presión y de chantaje, es posible; pero en todo caso la mencionada interpretación hizo no necesaria, sitio indispensable la creación del artículo que nos ocupa, en la cual intervinieron no solo el Ejecutivo Federal y las Legisladoras Federales, también infinidad de mujeres han vivido y sufrido la profunda humillación de la cópula impuesta violentamente por el compañero; cónyuge o concubinario trecho lamentable y

frecuente como lo saben todos los que han laborado en los servicios públicos de procuración y administración de justicia.

En si el nuevo tipo, o modalidad del delito de violación no es más que la afirmación categórica, sin lugar a dudas, de que la cónyuge o la concubina pueden ser sujetos pasivos del delito de violación, e introduce la querella como requisito de procedibilidad, lo cual es novedoso, y llama la atención, habida cuenta del que el delito de violación por su naturaleza es un ilícito, eminentemente perseguible por denuncia, de oficio, pero dado el contexto en el que se produjo la reforma es plenamente explicable y razonable que se persiga por querella y consecuentemente se admita el perdón.

Con relación a lo anterior, es importante denotar que la violación se caracteriza por la violencia, sin embargo, en nuestra sociedad se considera que una particular o muy peculiar en este delito es el machismo que ha llegado a otros factores, actúa como acelerador de la conducta, debido a ello la pugna de las mujeres para que este ilícito se reforme en su connotación legal, así como la conducente, tendiente al hostigamiento, logros obtenidos cuando los legisladores propusieran dichas reformas.

Hay que comentar la posibilidad de la violación de la mujer hacia el hombre o concubina a concubino

3.5.1 La Violación en el matrimonio en el ámbito internacional

En el mundo se busca erradicar la violación o toda clase de violencia contra las mujeres, lo pidieron 300 mujeres reunidas en el foro mundial de mujeres que se realizó en Brasil, convención de Belem Dupara. 1995

En Valencia España, Naciones Unidas, consideraron a la violación como crimen de lesa humanidad; en materia de violencia familiar de promover que la violación dentro del matrimonio fuera considerada delito y en el caso de los países musulmanes, africanos erradicar la mutilación genital.

Demandaron también igualmente, acciones coordinadas entre gobiernos, legisladores, sociedad civil y medios de comunicación, para erradicar la violencia que afecta al 50 por ciento de la población mundial, Declaran igualmente que la violencia contra las mujeres debe formar parte de los mecanismos de información de la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y exigir a los estados que impulsen planes de acción para acabar con ese flagelo.

Se discutió también no permitir más como indemnización el matrimonio, a las víctimas de violación, como sucede en Brasil.

África. Los altos índices de violencia doméstica, registrados en Uganda donde son comunes las palizas y las violaciones en el seno del matrimonio, hacen que las mujeres sean muy vulnerables al contagio del sida y por lo tanto, a la muerte según informe difundido por la organización humanitaria en la capital Ugandesa Kampala, las mujeres no toman medidas para prevenir el Sida por miedo a represalias y palizas de sus esposos.

En Europa, el 52.2 por ciento de las mujeres Portuguesas afirman haber sido víctimas de violencia por parte de sus parejas, en el Reino Unido muere una mujer cada tres días en manos de su compañero, la mayoría de las mujeres Nórdicas una de cada cinco, es víctima de la violencia sexual finlandesas casadas o que viven en pareja han sufrido malos tratos, solo en

Rusia mueren al año 13.mil mujeres, en España 60 de todas las edades y clases sociales, en Estados Unidos también existe un alto índice de violencia doméstica y de violaciones en el matrimonio; así se propone un ley en los Ángeles donde se sancionara este ilícito. Noticieros de México, agosto del 2003, periódico los Ángeles Time.

En el siguiente capítulo es donde se trata de diversas maneras de tratar el delito, los sujetos que en él intervienen y donde se pide se adicione por medio de una reforma al artículo 267 del código civil para el Distrito Federal, y sea tomada en cuenta como la causal de divorcio Número XXII. Ya que no se encuentra estipulada en la causal de violencia familiar.

CAPÍTULO IV

LA VIOLACIÓN EN EL MATRIMONIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

4.1 La violación en el Matrimonio

4.1.1 Conceptos Jurídicos y Doctrinarios del Delito en General

En su significado literal “la palabra delito deriva del verbo, latino *delinquere*” que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”.¹⁹

En cuanto a una definición de carácter universal para todas las épocas y lugares se refiere, la verdad es que no es posible su elaboración, toda vez que las costumbres y formas de ser de los pueblos son variadas, de tal forma que los actos que en algunos son considerados delitos, en otros no lo son.

Sin embargo, si el concepto legislativo del delito hemos de hablar, es necesario señalar que en el Código Penal de 1931, vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la república en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal, y concretamente en su artículo 7, primer párrafo, se encuentra la definición legal del delito, creada por nuestros legisladores y que a la letra dice: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales

Así también, en los Códigos Penales de otras entidades federativas, se encuentra este concepto, como es el caso de los códigos de Chiapas (Artículo 3), Hidalgo (Artículo 5), Tabasco (Artículo 4), Zacatecas (Artículo 5),

¹⁹ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos elementales del derecho penal, p.125

aunque también hay entidades federativas, cuyos Códigos Penales no contienen el concepto legal del delito como sucede con el Estado de México.

Este concepto legislativo de delito ha sido cuestionado por algunos autores del Derecho, lo que ha traído como consecuencia el surgimiento de opiniones a favor y en contra del mismo. "Estar sancionando un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absoluta y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con y no pena, sin ser delitos, y no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato extremo, usual en nuestros tiempos para la represión y por lo común se podrá identificar el delito con más o menos aproximación: pero que sea inherente al mismo y, por tanto, útil para definirlo. Una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la cosa definida, pero esos datos y propiedades han de ser tales que radiquen el objeto que se define o se relacionen con él de manera que, a través del tiempo y del espacio haya la certeza de que acompañarán necesariamente a todos los individuos de la especie definida y, acumulados, sólo convendrán a ellos..." "Por lo demás, decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, sugiere de inmediato la cuestión de saber por lo que lo sancionan o cuál es la naturaleza de ese acto para merecer los castigos o las sanciones penales".²⁰

Y en contraposición a la opinión anterior y a favor de la definición del delito en el Código Penal es la siguiente: es un concepto lógico. Un juicio a posteriori que asocia al delito como causa y a la pena como efecto.

²⁰ Ibid p.192.

Por otra parte, la simple lectura de cuál de las normas penales singulares incluidas, en la parte especial de los Códigos Penales permiten observar que ésta se integra de dos partes: el precepto y la sanción. "El precepto no es sino la descripción de un modo de conducta prohibida inscrita en la norma, la sanción, la privación de un bien jurídico con que se conmina a la ejecución de esa conducta".²¹

Las aportaciones de Ignacio Villalobos y Fernando Arilla Bas, antes mencionados, respecto del concepto legislativo del delito plasmado en el Código Penal, sólo da una idea mínima del análisis crítico a que ha sido sometido por los pensadores y creadores del Derecho.

Ahora bien; respecto de la integración de un Concepto Doctrinario del Delito que pudiera tener el carácter de universal, sólo podrá reafirmar que ha sido y será imposible, debido a la diversidad de pensamiento de quienes militan en el mundo del Derecho. Al respecto basta mencionar los siguientes ejemplos:

En la doctrina extranjera. En el derecho penal colombiano el delito es un hecho antijurídico descrito en la ley, imputable a un hombre y que acarrea responsabilidad penal a su autor (Luis Carlos Pérez). El delito es todo hecho, al cual ordenamiento jurídico asigna como consecuencia una pena (Gerardo Azuela). De acuerdo a estos conceptos siempre que se produce un acto humano contrario a una norma penal existe delito.

En la doctrina penal mexicana: El delito es siempre una conducta (acto u omisión), reprobada o rechazada (sancionadas), la reprobación opera

²¹ Fernando Arilla Bas., El procedimiento penal en México, p. 9.

mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales) no es necesario que la conducta tenga eficaz secuencia en la pena; basta con que ésta amenace, es decir, se anuncie como consecuencia misma legalmente necesaria (Raúl Carrancá y Trujillo). El delito es pues esencialmente una conducta, activa u o misiva cuya ejecución se conmina por la norma con imposición de una pena (Fernando Arilla Bas).

En estos conceptos se puede advertir su total carácter formalista o legal, es decir, concuerdan o se basan en el primer párrafo del artículo 7 del Código penal Federal.

Después de que se ha hecho un esbozo sobre los conceptos legislativo y doctrinal del delito se puede concluir de la siguiente manera:

a) No es posible la creación de un Concepto Legislativo del delito que escape a las críticas del pensamiento jurídico de los autores del derecho, por lo tanto, el creado por los legisladores de cada país, para plasmarlo en sus respectivos Códigos penales será el de mayor validez jurídica por haber sido elaborado conforme a la forma de pensar de quienes respetan los intereses de la sociedad del mismo.

b) Los conceptos doctrinarios del delito han sido y serán el resultado de las inquietudes de los estudiosos del Derecho, por lograr un concepto que pudiera tener el carácter de universal, siendo esto como ya se mencionan que es imposible por la diversidad de costumbres y manera de pensar de los pueblos de nuestro mundo.

4.2 Los elementos del delito

Debido a la gran diversidad de criterios de los autores del Derecho, no es posible lograr una uniformidad doctrinaria respecto a los factores o elementos que integran el delito, sin embargo; haciendo una generalización de la mayoría de esos criterios van a señalar lo siguiente:

La conducta.- Ha sido considerada el elemento principal u objetivo del delito, tomando en cuenta que sólo la conducta del hombre puede ser objeto de sanción cuando contraviene las normas jurídicas pre-establecidas. El maestro Castellanos Tena dice refiriéndose a la conducta "es el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".²²

La conducta se puede manifestar por un hacer (acción) o por un no hacer (omisión) es decir, el ser humano puede infringir la ley por un actuar o por un no actuar. Según Cuello Calón "la acción en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca".²³

Respecto de la manifestación de la conducta por un "no hacer" Sebastián Soler dice "el delincuente puede violar la ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención".²⁴ Al respecto se debe mencionar que existe omisión simple y comisión por omisión.

²²Ibid p.149

²³Ibid .p.271

²⁴Sebastián Soler. Derecho pena! Argentino. p.336

De lo anterior se puede deducir lo siguiente:

- 1) Cuando el ser humano comete un delito por una acción (un hacer), es porque con ella viola un precepto o preceptos jurídicos pre- establecidos.
- 2) Cuando lo comete por un no hacer (omisión), está dejando de hacer lo mandado expresamente por esos preceptos.
- 3) Y cuando lo comete con base en la comisión por omisión, está dejando de obrar conforme lo establecen los preceptos jurídicos y a la vez se está absteniendo en cumplirlos.

Es fácil advertir que la conducta del hombre puede manifestarse en forma positiva, pero también puede manifestarse en uno de sus aspectos negativos, como es su ausencia, dando lugar a la no configuración del delito. Esto sucede siempre que falle alguno de sus elementos.

a) Tipicidad y Atipicidad. En México como en todos los países del mundo, los legisladores de nuestro Derecho Penal tuvieron que describir literalmente las conductas consideradas delitos, y una vez establecidas (en su caso) las conductas de quienes forman la sociedad que representa, para determinar si pudieran o no ser delitos. A esa descripción que hacen los legisladores se le da el nombre de tipo o creación legislativa penal de la tipicidad para el maestro Celestino Porte Petit la tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*. Javier Alba Muñoz considera al tipo como descripción legal de la conducta al tipo, que se resume en y por ende, acción y resultado, quedan comprendidos en el tipo penal.

Es conveniente mencionar que hay tipos muy completos en los que se describen todos los elementos del delito y hay otros que son la descripción de la parte de él.

Con respecto de la Tipicidad el Artículo 14 de la Constitución Federal, en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata, esto quiere decir que no puede existir delito sin tipicidad.

Por otra parte, numerosos autores del Derecho Penal han establecido polémicas sobre si toda conducta típica es antijurídica, y al respecto Mezger expresa. El que actúa típica es antijurídicamente, en tanto no existía una causa de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad

Mezger aclara así que ante la presencia de una causa de justificación, una conducta aparentemente típica y por lo mismo antijurídica deja de ser ambas cosas, para quedar como conducta conforme a derecho.

Ahora bien si hemos dicho que el Tipo es la descripción literal de las conductas consideradas delitos, hechas por los legisladores en representación del Estado, y que tipicidad es la descripción literal de las conductas consideradas delitos, hechas por los legisladores en representación del Estado, y que tipicidad es la adecuación de esas conductas (cuando es posible) a los tipos descritos; cuando la descripción literal no expresa claramente el tipo de delito se presenta la ausencia de tipo" y si a una conducta no es posible adecuarla al tipo descrito del delito, se

presenta también la atipicidad que es el aspecto negativo del delito, y si la conducta no es típica no podrá ser delictuosa, es decir, no se configurará el delito.

La Antijuricidad y causas de justificación, cuando una conducta realizada por un individuo, es encuadrada por el juzgador en el tipo penal señalando previamente en el Código de la materia, como ya lo vimos se da la tipicidad. Al configurarse el delito éste, se está transgrediendo implícitamente señala que dicha conducta no debe de realizarse, so pena de recibir una sanción para quien la lleve a cabo. Por estar transgrediendo estas normas jurídicas existe en ella la antijuricidad es otro elemento del delito y sólo anula su existencia alguna de las causas de justificación que son su elemento negativo, pero puede no ser antijurídica por obrar en defensa de su vida."Una conducta antijurídica cuando siendo típica está protegida por una causa de justificación.

Las causas de justificación son el aspecto negativo del delito y son circunstancias o condiciones que tiene el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica. Estas justificantes no deben ser confundidos con otras causas o eximentes de responsabilidad, ya que entre otras, existen causas de imputabilidad y causas de inculpabilidad que tienen otro efecto sobre la antijuricidad. Generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito y bajo otra determinación, como la de causas que anulan el delito y bajo otra denominación, como la de las causas de exclusión del delito, que de acuerdo con su artículo 15. Son: Legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

1.-Legítima Defensa.

La legítima defensa es la repulsa inmediata necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminentemente para bienes tutelados por el derecho.

El artículo 29, fracción IV del Código Penal, dice El delito se excluye cuando: IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no mediante provocación dolosa suficiente, e inmediata, de parte del agredido o de la persona a quien se defiende. La ley constituye esta justificante con la existencia de una agresión real, actual o inminente; con la acción de defensa, que consiste en repelar la agresión, en protección de bienes jurídicos, propios o ajenos condicionándolo a la necesidad del acto defensivo, a la racionalidad de los medios empleados y a la ausencia de provocación dolosa, suficiente e inmediata, de parte del agredido o de las personas a quién se defiende, elementos todos ellos contenidos en la definición.

Múltiples son las definiciones dadas sobre la legítima defensa pero los tratadistas han visto en ella la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el agresor, cuando no traspasa la medida necesaria para la protección, o bien la defensa estimaba necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor.

El artículo 29, fracción IV, consagra el derecho de defensa contra una agresión actual o inminente; el texto vigente adopta una fórmula genérica al referirse como objeto de tutela a toda clase de bienes jurídicas y no sólo a la

vida y a la integridad física de la persona, a su honor o a sus bienes económicamente considerados, ampliando tal derecho de defensa: Tratándose de la defensa legítima se refiere a una conducta no fundada en un deber de titular no puede optar entre el ejercicio o no ejercicio de tal derecho (salvo que no le sea exigible), dado que la omisión de la conducta ordenada sería constitutiva de un delito.

Se desprende de la noción legal, como elementos de la legítima defensa los siguientes a) La existencia de una agresión actual, violenta, antijurídica (sin derecho) b) Un peligro inminente de daño, derivado de ésta y c) Una defensa de la propia persona, del honor, de los bienes, rechazando la agresión o contra ataque para repelerla.

El segundo párrafo del artículo 29, describe las presunciones de la legítima defensa señalando Se presume que existe legítima defensa , salvo prueba contrario, cuando cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite en forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que existía la misma obligación, igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

La doctrina ha considerado estas circunstancias como una legítima defensa privilegiada basándose en la presunción de peligro implícito en aquellos actos descritos en la misma ley, que excluyen la posibilidad de exigir

la prueba de la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados en ella.

2.-Estado de Necesidad.

El estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes o distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio.

Al estado de necesidad lo define la fracción V, del artículo 29 del Código Penal señalando "V" se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Para apreciar los siguientes supuestos jurídicos del estado de necesidad.

a) La existencia de un peligro real, grave e inminente. El peligro (posibilidad de un daño, un mal), debe ser real, no simplemente imaginativo, sino apoyado en los hechos exteriores que lo confirmen; debe ser además, grave, es decir, que la amenaza sea seria y de un peligro importante, lo que deberá valorarse en función del sujeto intimidado; o inminente, muy inmediato.

b) El peligro debe recaer 1) en la propia persona del agente o en sus bienes; nuestro Derecho comprende todos los bienes jurídicos de la persona,

incluyendo los individuales, corporales y patrimoniales; 2) En la persona o bienes de un tercero, sea pariente o extraño.

c) La categoría de daño que puede causar el agente en estado de necesidad no se menciona, ni limita en la ley; no precisa establecer criterio de proporcionalidad o de valoración o de que el mal causado sea mayor, igual o menor el que se tiende a evitar.

d) Debe existir necesidad en el sacrificio de los bienes jurídicos ajenos; el daño se justifica siempre que no existía otro medio practicable y menos perjudicial.

El estado de necesidad se extiende ampliamente a todos los bienes, como lo dejan claro los respectivos preceptos del Código Penal.

Como casos de estado de necesidad, de la situación que encuentra su esencia en un estado de necesidad aunque hay una lesión a los derechos reales de propiedad, posesión o uso, la conducta del agente es ilícita por encontrarse justificada en la ley, siendo ésta la que da el carácter jurídico o antijurídico a un proceder humano; y el aborto terapéutico (artículo 148 no se aplicará sanción; cuando de no provocarse aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del médico, que la asista oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que éste fuera de lo posible y no sea peligrosa la demora) en el que la muerte del producto de la concepción es ilícita, en virtud del estado de peligro corrido por la futura madre, requiriéndose que el juicio del médico se apoye en el dictamen de otro de ser posible esto y no peligrosa la demora, con la cual se pretende acreditar la necesidad del aborto.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

El exceso en el estado de necesidad supone el peligro pero también la causación de un daño mayor al indispensable, el cual puede originarse en una actividad de un daño mayor al indispensable, el cual puede originarse en una actitud dolosa o simplemente culposa del agente a virtud su falta de previsión. 3.- Cumplimiento del deber.

En el uso común, cumplir es ejecutar, llevar a efecto; hacer uno aquello que debe o que esta obligado. Deber es aquello a que está obligado el hombre por algún tipo de normas, particularmente jurídicas o religiosa también se entiende, desempeñar el oficio o ministerio de que está encargado.

El artículo 29, fracción VI del Código Penal declara que el delito excluye cuando. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo el agente de la autoridad al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprensión decretada por el juez, no priva ilegalmente su libertad al acusado; el actuario, al secuestrar la cosa cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmente, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño, no realiza una conducta antijurídica en ambos casos se trata de conductas lícitas, autorizadas legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber. En estos ejemplos, la obligación del cumplimiento de un deber no emana directamente de la ley, sino de una orden dictada por un funcionario superior a quien tiene la obligación de obedecer, por estar su mandamiento fundamentado en una norma de Derecho.

Dentro de la noción de cumplimiento de un deber se comprende la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de ley como la ejecución de conductas en ella autorizada.

Lo expresado demuestra que los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuricidad pueden derivar de una norma jurídica y de una orden de autoridad

4.- Ejercicio de un deber.

El artículo 29 fracción VI declara que el delito se excluye cuando. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercitarlo.

El ejercicio del poder se origina:

En el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitando. Esta es la situación más común y el problema fundamental consiste en determinar si el ejercicio del derecho debe siempre supeditarse a los procedimientos legales o si queda amparado en la causa de justificación el empleo de las vías de hecho. Si el texto original del Código Penal de 1931 no estableció precepto sancionar sobre el indebido ejercicio del propio derecho, como sucedió en el Anteproyecto de Código de 1958, cuyo artículo 189 prescribía prisión hasta de 3 años para hacer efectivo un derecho que debía ejercitarse por vía legal, empleare violencia en las personas o las cosas, el artículo 226 del Código Penal Vigente señala que "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que debía ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año" En principio se niega la vía de hecho como medio ilícito, por no estar autorizadas en la ley para ejercitar el derecho que la misma reconoce.

b). De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida legalmente excluye la antijuricidad de la conducta o del hecho, pero la autorización extra no tiene la virtud de hacer dicha conducta o hecho conforme a derecho.

La facultad o autorización concedida requiere: que derive de una autoridad que está dentro del marco de su competencia y que la autorización reúna los requisitos legales.

Como ejemplo de ejercicio de un derecho como el caso del artículo 294 (derecho de corrección) derogado por Decreto el 30 de diciembre de 1983 (Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984) pero como los derechos individuales están condicionados por los derechos de terceros, en la estimativa de la eximente de hacer necesaria para el juez la valoración jurídica de las acciones efectuadas. Sin embargo esta el artículo 347 Del Código Penal que establecía Los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, no son punibles, esta excusa absoluta era idéntica a la del artículo 294, ahora ambos derogados.

Del presente capítulo se observa que la ley contempla situaciones jurídicas en las cuales existiendo una conducta ilícita, falta alguno de los elementos constitutivos del tipo penal, y es considerada circunstancia excluyente del delito; es decir, no existe punibilidad en la realización de la conducta.

d) Imputabilidad e Inimputabilidad

La imputabilidad.

Para ser culpable un sujeto, precisa que sea imputable, si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades, para que el individuo conozca la ilicitud de un acto y tiene el deseo de realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, determinándose en función de lo que conoce, entonces la aptitud constituye en un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad debe considerarse como el soporte o cimiento de la culpabilidad, y no como elemento de delito, siendo la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traiga consigo las consecuencias penales de la infracción.

Se puede definir a la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el área del Derecho Penal, aceptando sus consecuencias jurídicas incluyendo en esto las condiciones mínimas de salud y desarrollos del autor, en el momento del acto típico Penal, que la capacitación para responder del mismo.

Se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico consistente en la salud mental.

Desde hace tiempo se ha tomado en cuenta para la declamatoria de responsabilidad del delincuente, no solamente el resultado objetivo del delito, sino también la causalidad psíquica. Por la influencia del Cristianismo en la Legislación Penal, el libre albedrío se convirtió en el eje central del Derecho represivo. La Escuela Clásica fundamentó tal elemento en la imputabilidad moral y el libre albedrío, distinguiendo entre imputables e imputabilidad moral y el libre albedrío, distinguiendo de su culpabilidad moral; sin embargo la

revolución positivista y filosofita intentó cambiar el fundamento de la responsabilidad, negando en primer lugar el libre albedrío y afirmando en segundo que el hombre es responsable social y no moralmente, de manera que imputables e imputables deben responder, por igual, de hecho ejecutando y contrario a derecho.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado con imputables aquellos sujetos que tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para querer o entender pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Suele existir cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad, en algunas ocasiones se utiliza como sinónimo de culpabilidad, igualmente a la imputabilidad, en un sentido se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder del hecho ante tribunales, demostrando, según el caso, la antijuricidad o la culpabilidad en su conducta, por otra parte se utiliza el término autor en su acto típico contrario a Derecho, si obró culpablemente los fallos suelen concluir así teniendo al acusado como penalmente responsable del delito.

La imputabilidad ha sido considerada como un presupuesto general del delito; como un elemento integral el mismo, o bien como el presupuesto de la culpabilidad. Parte de la doctrina penal se demuestra inclinada a considerar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, especialmente los psicoanalistas, al identificar la culpabilidad con relación psicológica existente entre el hecho y su autor, la cual necesita carácter de imputable.

La inimputabilidad.

La inimputabilidad es la ausencia de capacidad y como consecuencia la incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Consideramos que las causas de inimputabilidad son todas aquellas que son capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto conoce de aptitud psicológica para actuar ilícitamente.

La ley mexicana adopta un sistema bio psicológico psiquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológicas (minoría de edad) como psicósíquicas (estados de inconciencia y enfermedades mentales). La ley positiva vigente, en el artículo 29 fracción VII comprende a los trastornos mentales, tanto de carácter transitorio, como permanente, que nulfican en el sujeto la capacidad de comprensión del carácter ilícito del hecho o le impiden conducirse de acuerdo a esa comprensión, de igual forma se incluyen a los sujetos de desarrollo intelectual retrasado que al igual que los que se sufren trastorno mental se encuentran en imposibilidad de comprender el carácter ilícito del hecho.

La fracción VII del artículo 29 consagra los casos de inimputabilidad, comprendiendo a quienes actúan bajo trastorno mental, así como a los sujetos cuyo desarrollo intelectual retardado les impide comprender el carácter ilícito del hecho, o bien conducirse de acuerdo con dicha comprensión, con excepción de las señaladas en el mismo precepto.

Para señalar que en los estados de inconciencia el sujeto se encuentra bajo un trastorno mental y desarrollo intelectual retardado abarcan, la primera, toda clase de trastorno mental, en tanto la segunda comprende los casos en que, si bien no existe un trastorno mental propiamente el sujeto por su desarrollo intelectual retardado o incompleto no se encuentra en posibilidad de comprender el carácter lícito del hecho o conducirse de acuerdo con ésta comprensión.

Los sujetos que actúan bajo trastorno mental, pueden ser objeto del tratamiento que en cada caso corresponde lo dispuesto en los artículos 62,63,64,65 y 66 del Código Penal, pues bien y dado su carácter de sujetos inimputables, no son responsables penalmente, pueden sin embargo, estar sujetos a simples medidas de seguridad, cuando ésta se estime procedente al juicio del juzgador.

La expresión *acto libera in causa* hace referencia directa a ciertas acciones que ejecutadas por un sujeto en estado de inimputabilidad, son estimados por el derecho como manifestaciones de una voluntad libre y consciente de origen.

En ocasiones sucede, que el agente plenamente imputable al ejecutar el hecho que va a determinar el resultado, es inimputable en el momento de producirse éste, como en el caso del guardavías que se embriaga para no accionar la aguja a la llegada del tren y originar así su descarrilamiento, pues llegando al instante de ejecutar la acción de él esperada el incapaz, por su embriaguez, de mover la palanca de cambió de la vía del tren; en este ejemplo, el agente era imputable al comenzar a beber, pero ya no lo era cuando el desastre se produjo. En situaciones de esta índole, se está en

presencia de las llamadas *acciones librea in causa*, esto en las que hay imputabilidad porque entre el acto voluntario y su resultado existe relación de causalidad; en el momento decisivo en el impulso para el desarrollo de la cadena de causalidad, el agente era imputable.

El artículo 29 fracción del Código Penal que excluye el delito cuando el agente, al momento de realizar el hecho típico, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del mismo o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, elimina el beneficio de dicha causa de exclusión a quien dolosa o culposamente hubiere provocado su trastorno mental, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

La culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito; sin el cual no es posible concebir su existencia. En amplio sentido, la culpabilidad es estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reciprocidad personal de la conducta antijurídica, mientras en sentido estricto es la calidad específica del desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable.

De lo anterior se concluye que culpabilidad equivale a responsabilidad, de donde la culpabilidad jurídico-penal no puede ser en sí el hecho en su significación psicológica, sino la propia situación de hecho regulada normativamente.

Al Coincidir con la idea de Ignacio Villa Lobos, lo cual es de posición psicológica, estimando integrada la culpabilidad con dos elemento: una

actitud psicológica del autor y una valoración normativa de aquélla, productora del reproche en virtud de la oposición en que con relación al derecho se coloca el sujeto que teniendo presente que el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuricidad, es el nuevo elemento que por sí solo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo el proceso de valoración, de reproche y aún de punibilidad.

Conforme a lo anterior, el autor de un delito, únicamente se le podrá declarar culpable si el hecho pasó por su conocimiento y fue ordenado por su voluntad, o si omitió su deber cautelar, de procedimiento con ligereza, desinterés o desprecio hacia la posible lesión del orden jurídico. Luego, la culpabilidad es susceptible de asumir dos formas de aparición: dolosa si la voluntad consiente se encamina a la ejecución del hecho y culposa, cuando éste se produzca aún sin haberlo pretendido, a consecuencia de una obra imprudente o negligente.

Por su parte, la teoría psicológica da a la imputabilidad el carácter de presupuesto de la culpabilidad y fija el contenido de ésta en el puro hecho psicológico, por cuanto en él yace necesaria relación entre la acción antijurídica y su autor.

Mezger determina, como contenido del juicio de culpabilidad al acto de voluntad (parte psicológica de la culpabilidad); a los motivos del autor (parte caracterológica de la culpabilidad).

La punibilidad y las excusas absolutorias.

La punibilidad.

Se entiende por punibilidad la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

La punibilidad consiste entonces en el merecimiento de una pena en función de realización de ciertas conductas; entendiéndose que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor de una pena trayendo consigo, la aplicación de una sanción.

La punibilidad se caracteriza por a) Merecimiento de penas: b) imposición de sanciones si se cumplen los presupuestos legales y c) Al definir al delito, se entiende que es la conducta o el hecho típico antijurídico, culpable y punible, desprendiéndose éste de un ordenamiento jurídico; de este modo a la punibilidad se le da el carácter fundamental o elemento integral del delito. Desde el punto de vista formal el concepto de delito puede reducirse a la conducta punible (acto u omisión que sancionan las leyes penales), como lo señala el artículo 7 del Código Penal.

El Derecho Penal se ocupa del delito, del delincuente de las penas y medidas de seguridad, constituye el objeto de la ciencia penal ,por tanto, debe tenerse siempre presente el concepto del artículo 7 del código penal, al definir al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales

El concepto del delito en el artículo 7, ha sido criticado en cuanto no destaca la totalidad de los caracteres que lo forman, estimándose insuficiente; sin embargo, se señala un carácter específico que separa el delito de otras infracciones sancionables.

Excusas Absolutorias.

Las causas de impunidad de la conducta o hecho típico antijurídico y culpable, denominados excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo y culpable, y originan la inexistencia del delito, por tanto, las excusas absolutorias son aquellas causas que dejarlo subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, a esto se la considera el factor negativo de la punibilidad.

4.3 Los sujetos del delito de violación

A) Los Sujetos: El sujeto Activo y Pasivo.

El sujeto activo del delito de violación puede ser cualquier persona del sexo masculino, pues la violación de mujer a varón no es factible de realizarse por la naturaleza propia de los hechos y la imposición de actos lésbicos por cualquier medio aun no violenta, no constituye una cópula, amén de lo señalado en el último párrafo del artículo 265 del Código Penal, que atribuye a la posibilidad como sujeto activo del delito de violación para quien introduzca por vía anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril a cualquier persona inclusive del sexo femenino.

El sujeto pasivo en el delito de violación no requiere ninguna condición o cualidad especial, puede ser cualquier sujeto independientemente de su sexo, edad o cualquier otra situación.

B) El bien jurídicamente tutelado

Conforme al delito de violación, el bien jurídico tutelado constituye ser la libertad sexual, entendida con que la potestad tiene todo el sujeto para realizar o no la cópula.

C) El Objeto Material

El objeto material en este ilícito lo constituye el propio sujeto pasivo víctima del delito, toda vez que es su cuerpo en donde se realiza el fin del delito, o sea, el coito por medio de violencia físico o moral.

4.4 Clasificación del delito en relación a la conducta y al tipo penal

En relación a la conducta.

La violación es un delito material, porque en su relación se produce un resultado material, el cual es la cópula obtenida a través de la violencia física o material.

En relación al tipo penal.

En este supuesto la clasificación del delito de violación en relación al tipo penal se manifiesta de la siguiente manera:

- Por su composición, es un tipo normal porque únicamente en su contenido existen elementos objetivos.
- Por su ordenación metodológica, es fundamental o básico porque tiene plena independencia, en virtud de que se plasma una conducta ilícita sobre un bien jurídico tutelado.
- Por su autonomía, este tipo penal es autónomo, porque no requiere para su existencia otro tipo penal.
- Por su formulación, es causístico porque en el texto legal, plantea diversas hipótesis, al señalar que la violación puede cometerse por medio de la violencia física o moral, mediante introducción del miembro viril vía vaginal, anal u oral o en su caso, mediante introducción de un elemento distinto del miembro viril, por vía vaginal o anal.
- Por el daño que causa, es de lesión, debido al menoscabo de la libertad sexual del sujeto pasivo.

4.5 La participación de la mujer en el delito de violación

Bajo las consideraciones que se han vertido con anterioridad en tono al tipo básico de la violación que exige para su tipicidad que el sujeto activo de dicho delito ilícito necesariamente debe ser un varón por su condición natural de que fisiológicamente posee miembro viril que debe introducirse este mismo en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral independientemente de su sexo, utilizando la violencia física o moral, consecuentemente dicho tipo deja sin posibilidad alguna a que la mujer participe materialmente en la

comisión de dicho ilícito, toda vez que por razones naturales la misma no posee el miembro viril que caracteriza fisiológicamente al varón para distinguirlo de la mujer, en virtud de que interpretando el texto el tipo penal básico, resulta imposible que la mujer introduzca un miembro viril del cual carece, en la vagina, ano o boca de la víctima, supuesto del cual se condiciona la adecuación del sujeto activo al tipo penal previsto en el artículo 265 párrafos primero y segundo del código penal, el cual para conformar la cópula, exige forzosa y necesariamente la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima, por lo que en estas circunstancias, es de concluirse que la mujer jamás puede participar materialmente en la comisión del delito de violación, sin embargo, habrá que recordar las reglas de participación en las cuales quedó aclarado que ésta misma suele acontecer en la comisión en el delito de violación a nivel intelectual o material, descalifica su participación por carecer del miembro viril debido a razones naturales, sin embargo su participación sí puede realizarse a nivel intelectual, ya sea instigado como cómplice de quien materialmente ejecuta la conducta del delito de violación.

4.6 Necesidad de implementar una Reforma Legislativa al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

En vista de lo expuesto en capítulos que anteceden el matrimonio es la institución protegida por el derecho, por lo tanto, todo lo relativo a su constitución es también previsto por la ley, de ahí entonces se estima inaceptable el hecho de que el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal omita prever como causal de divorcio la violación en el matrimonio, si como se ha precisado, no es remoto y menos imposible de que se suscite en el matrimonio, así pues, se considera deleznable que tal conducta civilmente

no sea sancionada por razón de que es tan vil que cualquiera de los cónyuges que sufra esta conducta siga atado en matrimonio a su victimario.

Por otra parte, es un secreto a voces el hecho de que muchos cónyuges sufran a diario tan lamentable conducta, que de ser probado legalmente haría procedente la disolución del vínculo marital con todas sus consecuencias de derecho, que vistas desde diversos ángulos serían positivas y negativas. En tal sentido, es pertinente también aclarar que la propuesta se prestaría a juegos entre cónyuges al pretender causarse daños, debido a que muchas de las veces los cónyuges acostumbran a tener sexo con violencia, por lo que, el enojo de uno de ellos, incluso por causas ajenas daría cabida a denunciar la violación y probar, la procedencia del divorcio, sin embargo, hay que recordar que todo ilícito debe ser estudiado en una descomposición minuciosa en donde otras ciencias y no tan solo el derecho permitan tener por acreditado o no el ilícito comentado, bajo la probabilidad de que aquél que denuncie sin justificar su acusación sea compelido a responder de su conducta, como hasta hoy lo prevé nuestro Código Penal.

Cabe decir además que mi propuesta se conduce necesariamente a que una vez acreditada la conducta delictiva en la etapa ministerial o concluida ésta, sea suficiente para que de manera inmediata pueda la víctima demandar con causa plenamente acreditada la disolución del vínculo matrimonial.

Al margen de todo ello, cabe comentar que en ninguno de los Códigos Civiles de la República Mexicana consideran la violación entre cónyuges como causal de divorcio, debido a ello es innovadora la propuesta, no sin antes poner de manifiesto que en sistemas de derecho extranjero, como es el

de California en los Estados Unidos de Norte América sí contempla lo que hoy proponerlo como causal de divorcio.

Por otro lado y para efecto de que la propuesta no quede plasmada solo en papel se debe someter a la comisión de atención ciudadana a la Asamblea de Representantes del Gobierno del Distrito Federal para que en un futuro próximo pueda ser discutida.

En esa tesitura se estima prudente la adición al artículo 267 del Código Civil para el DF misma que debe quedar como sigue: es causal de divorcio.

XXII La violación de uno de los cónyuges hacia el otro debidamente acreditada

De esta forma se estimará necesaria la adición al artículo que se comenta por las razones expuestas.

En este orden de ideas, es cumplido el objetivo y por ello surge la necesidad de que se adicione como una causal más de divorcio, la violación en el matrimonio.

CONCLUSIONES

Para entender el presente necesariamente debemos conocer el pasado; así los esponsales constituyeron un precedente al matrimonio, que hoy en día aun cuando la ley no los prevea, continúan forjándose como figura previa al matrimonio, elemento consensual de su formalización.

La promesa de matrimonio hoy en día no obliga a contraerlo y mucho menos produce efectos jurídicos, por lo tanto, la sanción relativa a ello dejó de ser jurídica y pasó al plano moral, por lo que se considera puntualizar si esto implica un avance o retroceso en el Estado de derecho, debido a que entre más conductas omitan sancionarse por derecho, más liberal será la sociedad.

El matrimonio es un vínculo jurídico formal que obliga de manera recíproca a quienes lo contraen a respetarse, procurarse y ayudarse de manera mutua, postulados que se estima a la fecha en gran medida incumplidos por razón de la liberalidad social, sin embargo debe ser protegida dicha institución a fin de que sus postulados sean tales que permitan la preservación de que la especie se constituya como familia y célula protegida por el derecho.

El divorcio independientemente de constituir la ruptura del matrimonio, es consentido por la sociedad cuando los fines por los que se contrajo dejaron de ser funcionales y alteraron la vida de los consortes.

Hoy en día y no obstante la diversidad de causales previstas por la legislación civil para hacer procedente la disolución del vínculo matrimonial y derivado de la dinámica social, deben preverse muchas otras causales, que bajo su estudio, prueben la necesidad de romper con el vínculo matrimonial, tal es el caso de la violación en el matrimonio.

La violación como fenómeno social se gesta con mayor frecuencia hoy en día en el matrimonio, por ello rompe con los lazos de consensualidad que dicha figura forja de manera obligatoria y al suscitarse, rompe también con los lazos de amor y respeto que deben guardarse los cónyuges y que en gran parte consolidan el matrimonio.

Es evidente que la dinámica social afecta a todos los sectores sin que escape, por lo tanto la figura del matrimonio, caso en el cual se estima inaceptable que nuestra legislación Civil para el Distrito Federal omita prever como causal de divorcio la violación en el matrimonio debidamente acreditada, ya que esta conducta deleznable amerita ser sancionada de manera jurídica.

Es así como se considera necesaria la reforma o adición al artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. El cual prevea como causal de divorcio la violación en el matrimonio debidamente acreditada.

En estas circunstancias, se arriba a la consideración de que la pregunta inicial formulada al comienzo del estudio de la presente investigación, queda contestada al confirmar mediante el estudio de la propuesta se valida.

Por razón de lo anterior, se considera procedente por haber obtenido el propósito al probar que es necesaria la adición a las causales de divorcio previstas por el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, proponer como reforma ante la Comisión de Asuntos Ciudadanos de la Asamblea de Representantes del Gobierno del DF. la adición a las causales de referencia.

BIBLIOGRAFÍA

LEYES Y CÓDIGOS

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista, S.A.de C.V México, 2003 p.p. 30.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista, S.A. de C.V. México 2003 p.p. 68.

BBLIOGRAFIA

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUEN ROSTRO, BAEZ, Rosa linda, Derecho de Familia y Sucesiones México Editorial Harla 1997.493.pp

BEJARANO SÁNCHEZ Manuel Obligaciones Civiles, México Editorial Harla 1994.621.pp.

CARRANCA Y TRUJILL O, Raúl, Código Penal Anotado, México, Editorial Porrúa 1998.987.pp.

CASTELLANOSTENA Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, México Editorial Porrúa 1989.457.pp.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, El Derecho Privado Romano, México Editorial Esfinge 1960.532.pp.

GALINDO GRAFIAS Ignacio, Derecho Civil. 13° Edición, México Editorial Porrúa 1998.790.pp.

GARCÍA MÁYNEZ Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho. 46° Edición México Editorial Porrúa 1994.563.pp.

GOLDSTEM Mateo, Derecho Hebreo, a través de la Biblia y el Talud única Edición Buenos Aires, Editorial Atalaya 1947.393.pp.

IBARROLA Antonio de Derecho de Familia México Editorial Porrúa 1993.457.pp.

LÓPEZ, BETANCOURT, Eduardo, Delitos en Particular II, México Editorial Porrúa 1985.415.pp.

MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia México Editorial Porrúa 1992.429.pp.

ORIZABA Y MONROY Salvador, Matrimonio y Divorcio, México Editorial Pac.1999.456.pp.

PALLARES Eduardo, El Divorcio en México México Editorial Porrúa 1998.347.pp.

PETIT Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano.México Editorial Nacional 1961.717pp.

ROJINA, VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I México, Editorial Porrúa, 1988.526.pp.

SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo, Derecho Civil, México 1998.346.pp.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Los Grandes Caminos en el Derecho de Familia, México Editorial Porrúa 1991.795.pp.

TENA RAMÍREZ Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808 -2002 México Editorial Porrúa 2002.1179.pp.

VENTURA SILVA Sabino, Derecho Romano México Editorial Porrúa 1996.486.PP.

VON HAGEN Víctor, Los Aztecas México Editorial Planeta1989.486.PP.