

749
2ij.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



**"CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPORTANCIA
DE LA FAMILIA EN EL DERECHO PENAL Y
LOS DELITOS QUE LA AFECTAN".**

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN MANUEL SANCHEZ MACIAS

FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

I N D I C E

INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
1. Antecedentes Históricos	6
a) Internacionales	6
b) Nacionales	21
2. Concepto de familia	29
CAPITULO II	
FAMILIA Y CRIMINALIDAD	
1. Estructura familiar	36
a) Miembros y relaciones familiares	36
b) Relevancia del amor en los valores intrínsecos de la familia	43
2. La Familia generadora de delitos	46
a) Crisis familiar	46
b) El problema de las madres solteras	52
3. La familia como factor preventivo de la criminalidad	55
a) Familia y educación	55
b) Familia y moral	57
c) Importancia de la cultura	59
CAPITULO III	
INCESTO	
1. Antecedentes Históricos	63
a) El incesto en la evolución cultural	63
b) El Código Penal de 1871	67
c) El Código Penal de 1929	69
2. Causas del incesto	71

3.	Legislación Vigente.	73
	a) Elementos	73
	b) Generalidades.	73
4.	Estudio Dogmático en General.	75
5.	Estudio Dogmático del delito de incesto	86

CAPITULO IV

BIGAMIA

1.	Cuestiones Socio-Históricas.	98
2.	El Código Penal de 1871.	100
3.	El Código Penal de 1929	102
4.	Legislación Vigente y el Problema del Matrimonio.	103
5.	Posición Dogmática	106

CAPITULO V

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

1.	Historia.	118
2.	El Código Penal de 1871	120
3.	El Código Penal de 1929	123
4.	Comentarios sobre las hipótesis contenidas en el art. 277 Del Código Penal Vigente (Distrito Federal).	124

CAPITULO VI

ADULTERIO

1.	Antecedentes Históricos-Legales	136
2.	El Código Penal de 1871	141
3.	El Código Penal de 1929	143
4.	Legislación Vigente y el problema del tipo	144
5.	Consideraciones sobre la destipificación del adulterio.	150
6.	Posición Dogmática.	153
	CONCLUSIONES	161
	BIBLIOGRAFIA	165

I N T R O D U C C I O N

La finalidad del presente trabajo no es otra que la de resaltar la importancia y trascendencia que tiene la familia en el mundo actual; dichas importancia y trascendencia son de capital importancia en el campo del Derecho Penal. Es evidente que la familia ha pasado, a lo largo de los siglos, por una serie de transformaciones, crisis y progresos, que en algunos momentos históricos la han fortalecido, y en otros la han puesto al borde del colapso como, por desgracia, sucede en la actualidad...

"La familia es la célula de la sociedad", dijo Max Weber. Efectivamente, lo es y lo ha sido siempre; desde que surgió, al decir de Carrara, espontáneamente como grupo social, como núcleo social; surgiendo no sólo espontáneamente sino de manera independiente de otros grupos sociales que se erigieron o formaron por la necesidad de sobrevivir - como el caso de los clanes y las tribus -, o de convivir en sociedad con una serie de principios - como es el caso de las naciones o del Estado.- La familia ha sido el motor impulsor de la humanidad, pues siempre ha representado, tal institución, el primer campo de acción del ser humano; desde que el individuo empieza a vivir aun en las épocas más remotas, siempre ha buscado, en la mayoría de sus actos, por no decir en su totalidad, aprender de los que le han precedido en la vida; así, no nos es difícil imaginarnos, en los tiempos antiguos, al niño prehistórico observando los actos de sus mayores, y a veces hasta de los propios animales, para saber conducirse y protegerse en la vida. Ya analizaremos el origen de la familia como institución socio-jurídica, bastenos establecer que, humanamente, la misma surge casi en los albores mismos de la humanidad.

Pero ¿cuál ha sido el papel que ha jugado el Derecho y concretamente el Derecho Penal en relación con la familia? Sabemos que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad o sea "...el Derecho es el conjunto de normas humanas, es decir, elaboradas por el hombre en una situación histórica, apoyadas e impuestas por el poder público, normas con las cuales se aspira a realizar unos valores."(1).

(1) "Enciclopedia Jurídica Omeba". Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires (sin año), Tomo VI, DEFE-DERE, p. 894.

El Derecho, como producto social, como fruto humano de pronto tuvo que proteger los intereses esenciales del hombre y luchar por la realización y protección de los valores; es así, como, en determinado momento, al surgir los primeros vestigios de la familia y tal vez desde antes (por ejemplo, -- cuando el hombre ve la necesidad de tener un lugar exclusivo para cuidar de sus animales necesarios para su manutención, o para que la mujer tuviera un lugar de reposo durante el período de embarazo, etc.) surge la imperiosa necesidad de protegerse de sus propios congéneres, para que no le dañen, por ejemplo, robándole sus animales, sus hierbas, y a veces, inclusive, hasta a su propia mujer o compañera; surgiendo así las primeras penas impuestas al hombre por el hombre mismo, haciéndose presente, de tal manera el antecedente remotísimo del Derecho Penal: "...como que la historia del crimen es la historia de la civilización y el hombre mismo es un amasijo de ideas y sentimientos luminosos y de instintos egófstas. Junto al Fócil, al homo primigenius de Rodesia o Neanderthal, al hombre de Pilltdown, al pitecantropus de Java, al Sinántropo de Pekin - intermedio entre los monos antropoides más evolucionados y los hombres más antiguos, de rara habilidad para la decapitación- hallándose el hacha pétrea o el cuchillo de cuarzo o el puño hecho en cuerno de cervideo, que contundió su cráneo o le desgarró el corazón..."

(2). Así pues, es como se hace presente el Derecho Penal en la protección misma del hombre y de su propia familia. Ahora bien, ya dijimos que el Derecho Penal ha sido conceptualizado (Carrancá y Trujillo, Carrancá y Rivas) como la rama del Derecho que tutela los bienes jurídicos de la más alta jerarquía: a saber, la vida, la libertad, el patrimonio, el honor, etc., de las personas, y lo que nos interesa en este trabajo es ver cómo se protege el bien jurídico de la integridad familiar y los valores que giran alrededor de la misma; en este orden de ideas, seguimos el criterio del maestro de Pisa, Francesco Carrara, cuando nos dice que la protección de la familia debe ser, a saber, esencial y no meramente formal, porque si bien es cierto -- que todos los delitos afectan la estructura familiar (el aborto, el homicidio de un padre de familia, el robo a una familia, etc.) sólo nos avocaremos a aquellos que puedan poner en peligro la existencia de la misma, es decir, aquellos que comete un cónyuge contra los derechos del otro cónyuge, -- los que realizan estos contra los derechos de la prole, y los que comete ésta contra los derechos de aquellos.

(2) "Derecho Penal Mexicano". Carrancá y Trujillo Raúl. Editorial Porrúa, México, D.F., Décimaquinta edición, 1986, p.15

El mismo autor ubica dentro de los primeros al adulterio y a la bigamia, haciendo mención también al concubinato, idea ésta última superada (y sobre todo recordemos la época en la que vivió el gran autor clásico); en la segunda serie ubica la supresión de estado y los hechos análogos, así como la corrupción de menores; incluyendo en la última serie la sustracción de menores y los delitos análogos, así como por tradición histórica el incesto(3).

Mientras que nosotros, por nuestra parte, tomando en cuenta la legislación penal antecedente mexicana, a saber, los códigos penales de 1871 y de 1929, en donde sí se incluía un capítulo especial sobre los delitos en contra de la familia, y siguiendo el criterio de algunos tratadistas, entre los que sobresale el del profesor Mariano Jiménez Huerta (que sistematiza en su obra, un capítulo sobre tales delitos), pugnaremos porque se tomen en cuenta en la legislación penal vigente tales figuras, en un capítulo especial, que se denomine delitos en contra de la familia: Bigamia, Incesto, Aliteración del estado civil.

Lo anteriormente expresado no quiere decir que pensemos, que sintamos que el Derecho Penal sea el único ordenamiento que protege a la familia; obvio es que en tal protección intervienen otras ramas del Derecho, como son el Derecho civil o el Derecho Familiar; pero la idea del presente trabajo no es abarcar toda composición jurídica y estructura normativa de la familia, sino única y exclusivamente lo conveniente al Derecho Penal, es decir cuando el bien jurídicamente protegido es la familia y aún dentro de ésta rama analizar sólo la institución familiar como generadora de delitos y las medidas necesarias para que no se torne en tal situación, sino luchar porque sea un factor preventivo de tales ilícitos; así como el estudio de los delitos y otras figuras análogas que sin ser delitos pueden poner en peligro la médula o aspecto esencial de la misma y esto último porque estamos convencidos de que una familia desequilibrada ofrece a la sociedad un peligro en cada uno de sus miembros, al tenerlos, por las razones que ya analizamos, como individuos con mayores probabilidades de delinquir; no así, los miembros de una familia sana moralmente, culturalmente, sociológicamente y jurídicamente, la cual sería, repetimos, un factor preventivo de la delin-

(3) Carrara Francesco. "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL" Parte Especial. Editorial TEMIS, Bogotá, 1973, volumen V (Tomo III) traducción de José J. Ortega Torres y de Jorge Guerrero, p.p. 249 sigts.

cuencia.

¡Vivimos una crisis de valores, económica, cultural, social, etc., que repercute en lo más sagrado que tiene la sociedad humana: LA FAMILIA . Y si no se hace algo por salvar tal institución el mundo estará propenso, de un momento a otro, a la hecatombe!...

El mundo está en plena revolución, la revolución más -
sui génesis de la historia. Al frente de este cambio aparecen dos grandes potencias, dos grandes sistemas de vida. Y, sin embargo, ninguno de los dos colma las inquietudes del al ma humana. El uno por su designio de imperar y por su feroz totalitarismo que desprecia lo más noble y libre del hombre; - el otro por su desmedido espíritu de codicia y enriquecimiento, y por su implacable maquinismo, también eliminador del - hombre. Parecerá utópico, pero en cierto sentido nuestra -- crisis es más espiritual que política, tiene más que ver con las formas de la cultura que con las formas de la política. Sin embargo, siendo la política una expresión de la cultura, ante todo deben realizarse las bases de la cultura moderna. Esta es la labor que le corresponde, íntegra, a la Universi- dad. Y hecha tal revisión, construir un nuevo tipo de hombre implantarle, prepararle. Estamos, sin duda, transcurriendo de una edad a otra, de un tiempo a otro. Por esto es tan im portante, tan trascendental el papel de universitario.

Raúl Carrancá y Rivas.

"La Universidad Mexicana"

C A P I T U L O I

1. Antecedentes Históricos

a) Internacionales

b) Nacionales

2. Concepto de Familia

Antecedentes Históricos

a) Internacionales. Todo ser humano rechaza y reacciona cuando se le causa un daño; pero cuando ese daño lo ocasiona un ser querido, o alguien a quien tenemos en alta estima, el rechazo y la reacción son dobles. Desde los inicios de la humanidad, todos los seres humanos, de una u otra forma, se han lastimado... A veces dolosa, a veces imprudencialmente, pero, desgraciadamente, la agresión siempre ha estado presente en el ser humano. Y lo más triste es que hay ocasiones en las que quien nos agrede o a quien agredimos es un familiar, o alguien con quien nos une un lazo de confianza que en el momento de la agresión rompemos... Tales situaciones nos llevan al campo de los delitos en contra de la familia; pero ¿qué es la familia? y ¿qué conductas la afectan? Antes de entrar al análisis de tales figuras veamos cuál ha sido la evolución de la familia a lo largo de la historia y cómo se ha reaccionado en las diversas épocas cuando se ha afectado tal institución. Siguiendo al maestro Carrancá y Trujillo tenemos que el delito ha convivido con el ser humano desde su propia existencia: "Desde las primeras asociaciones humanas encontramos ya hechos extra y antisociales, que a su tiempo se convertirán en extra y antijurídicos" (4). No ocurriendo así con la familia, la cual tuvo que pasar por una serie de cambios, crisis y estructuraciones, para conformarse y evolucionar, para poder ser tenida como tal... Claro está que el delito también ha sufrido cambios, muchas acciones que hoy son consideradas delictuosas no lo fueron en épocas pasadas y viceversa; en una palabra, lo que se trata de resaltar es que si bien el delito viene con la existencia misma del ser humano, no así la familia, la cual tuvo que pasar por varios altibajos, y los sigue pasando, para ser tenida como tal.

(4) "Derecho Penal Mexicano". Parte General. Editorial Porrúa; México, D. F., Décimaquinta edición, 1986, pa. 15

Uno de los autores que con mayor exactitud trató el origen de la familia, fué sin duda, Federico Enggels, quien apoyándose en los trabajos - de Morgan y de Bachofen, realiza uno de los estudios más serios sobre el nacimiento de la misma, llegando a cuestiones y conclusiones más interesantes, reconociendo el mismo autor que "¡Cuán contradictorias son y cuan necesitadas están de ser examinadas y comprobadas críticamente incluso las noticias que poseemos respecto a las tribus humanas en estado salvaje (5). No obstante lo anterior, el autor, siguiendo las teorías de Morgan y obteniendo datos más concretos nos recuerda las épocas del salvajismo y de la barbarie que dieron paso a la civilización; dividiendo cada etapa en diferentes estadios: Salvajismo. Estadio Inferior.- Infancia del género humano. Los hombres permanecían aún en los bosques tropicales o subtropicales y vivían, por lo menos parcialmente, en los árboles, esta es la única explicación de que pudieran continuar existiendo entre grandes fieras salvajes. Los frutos, las nueces y las raíces servían de alimento; el principal progreso de esta época es la formación del lenguaje articulado. Estadio Medio.- Comienza con el empleo del pescado (incluimos aquí también los crustáceos, los moluscos, y otros animales acuáticos) como alimento y con el uso del fuego. Estadio Superior.- Comienza con la invención del arco y la flecha -dice el autor- fueron para el estadio salvaje lo que la espada de hierro para la barbarie y el arma de fuego para la civilización el arma decisiva. La Barbarie. Estadio Inferior.- Empieza con la introducción de la alfarería. Puede demostrarse que en muchos casos probablemente en todas partes, nació de la costumbre de recubrir con arcilla las vasijas de cestería o de madera para hacerlas refractarias al fuego; y -- pronto se descubrió que la arcilla moldeada servía para el caso sin la necesidad de la vasija interior. Estadio Medio.- En el Este comienza con la domesticación de animales y en el Oeste, con el cultivo de las hortalizas por medio del riego y por medio de adobes (ladrillos secados al sol)- y de la piedra para la construcción. Estadio Superior.- Comienza con la función del mineral de hierro,...(6).

(5) "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado". Editorial Progreso, Traducción al español de Editorial Progreso, 1978, p. 30

(6) Cfr. "El Origen de la Familia...", Op. cit. p.p. 19 a 23

Pero, independientemente de cómo evolucionó el hombre antiguo ¿cuál fué su trato con sus congéneres? ¿Cómo se formó la familia? ¿Cómo surgió el parentesco, y bajo qué circunstancias? La mayoría de los autores en la materia, coinciden en que el hombre primitivo vivía una vida de promiscuidad sexual absoluta, sin trabas, donde cada hombre podía tener acceso a las mujeres que quisiese y pudiese y la misma regla operaba para la mujer (7). Ahora bien, en las épocas antiguas que venimos estudiando "El clan fué la primera manifestación de solidaridad humana, la forma más primitiva destinada a lograr una posición de defensa, que hiciera factible la supervivencia en un medio hostil. Pero a medida que los sentimientos de los individuos se afinaban, el vínculo común y general fué siendo reemplazado, paulatinamente, por el sentimiento familiar que aunó grupos más pequeños y discriminados." (8).

Así pues, en la evolución histórica de la familia, Morgan(9) estudia y seguido por la mayoría de los tratadistas en la materia, estipula que el comercio sexual primitivo desenfrenado, al evolucionar en causas de mayor cohesión culmina con la primera manifestación familiar, que es la familia consanguínea, la cual deriva en otros grupos familiares como son la familia punalúa, la familia sindiásmica, hasta concretizarse en la familia monogámica. Durante el período primitivo de comercio sexual sin límites llega un momento en el que se prohíbe la relación sexual entre padres e hijos, al darse cuenta el hombre primitivo que se prestaba, sobre todo a malformaciones biológicas, y surge así, el primer grupo de familia.

La familia consanguínea. La primera etapa de la familia. Aquí los grupos conyugales se clasifican por generaciones: todos los abuelos y abuelas, en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí; lo mismo sucede con sus hijos, es decir, con los padres y las madres; los hijos de estas formas, a su vez, el tercer círculo de cónyuges comunes; y sus hijos, es decir, los bisnietos de los primeros, el cuarto. En esta forma de la familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes del matrimonio.

(7) Cfr. "El Origen de la Familia...", Op. cit. p.p. 28

(8) "Enciclopedia jurídica omeba". Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Tomo XI, Esta-FamI, p. 978

(9) Citado por Enggels, Federico; "El Origen de la Familia..." Op. cit.p.33

Hermanos y hermanas, primos y primas en primero, segundo y restantes-
grados, son todos ellos entre sí hermanos y hermanas, y por eso mismo to-
dos ellos maridos y mujeres unos de otros. El vínculo de hermano y herma-
na presupone de por sí en ese período el comercio carnal recíproco. La -
familia consanguínea ha desaparecido.

La familia punalúa.- Si el primer progreso en la organización de la-
familia -sigue diciendo el citado autor- consistió en excluir a los pa-
dres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fué la exclu-
sión de los hermanos. Se realizó poco a poco, comenzando, probablemente,
por la exclusión de los hermanos uterinos (es decir por parte de madre), -
al principio en casos aislados, y acabando por la prohibición del matrimo-
nio hasta entre hermanos colaterales (es decir, según nuestros actuales -
nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundo y primos terce-
ros). Sin duda, las tribus donde ese progreso limitó la reproducción con
sanguínea, debieron desarrollarse de una manera más rápida y más completa
que aquellas donde el matrimonio entre hermanos y hermanas continuó sien-
do una regla y una obligación. Pero apenas nacida, la idea de la impro-
piedad de la unión sexual entre hijos de la misma madre debió ejercer su
influencia en la escisión de las viejas comunidades domésticas y en la --
formación de otras nuevas que no coincidían necesariamente con el grupo -
de familias. Uno o más grupos de hermanas convertíanse en el núcleo de -
una comunidad, y sus hermanos carnales, en el núcleo de otra. Es decir, -
grupos de mujeres comunes, con exclusión de los hermanos, pues ya no te-
nían necesidad de serlo, sino "punalúa", es decir, compañero íntimo, como
quien dice socio, y lo mismo en el grupo de mujeres, ya no eran hermanas-
sino se llamaban entre sí "punalúa", o sea socia. Es decir, estamos fren-
te o ante un típico matrimonio por grupos. Y en ninguna forma de matrimo-
nio por grupos puede saberse con certeza quién es el Padre de la criatura
pero sí se sabe quién es la madre, por lo tanto sólo se reconocía y podía
establecerse la descendencia por vía materna, y por consiguiente sólo se
reconoce la línea femenina, a lo que Bachofen designó como "derecho mater
no".

La familia sindiásmica.- En el régimen de matrimonio por grupos, qui-
zá antes, formábanse ya parejas conyugales para un tiempo más o menos lar-
go, el hombre tenía una mujer principal (no puede decirse aún que una fa-
vorita) entre sus numerosas esposas, y era para ella el esposo principal

_entre todos los demás. La exclusión progresiva primero de los parientes cercanos y después de los lejanos y, principalmente, de las personas vinculadas meramente por alianza, hace imposible en la práctica el matrimonio por grupos; dando lugar al paso de la pareja, con la familia sindiásmica; en la que un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres; al mismo tiempo se exige la más estricta fidelidad a la mujer mientras dure la vida común, y su adulterio se castiga cruelmente. Sin embargo, el núcleo conyugal se disuelve con facilidad, por una y otra parte, como antes, los hijos sólo pertenecía a la madre; peor el paso de la comunidad sexual al matrimonio sindiásmico se debió gracias a la lucha de la mujer; pues le costó innumerables esfuerzos el pertenecer a un sólo hombre, aunque fuera determinado tiempo, o en algunos casos duradero, según las circunstancias y la voluntad de la pareja.

La familia monogámica.- Nace de la familia sindiásmica, en el período de transición entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie; su triunfo definitivo es uno de los síntomas de la civilización nascente. Se funda en el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar un día en posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos por deseo de cualquiera de las partes. Ahora, sólo el hombre, como regla, puede romper estos lazos y repudiar a su mujer. También se le otorga el derecho de infidelidad conyugal, sancionado al menos, por la costumbre, y este derecho se ejerce cada vez con mayor amplitud, y el predominio del hombre sobre la mujer se va acentuando cada vez más hasta llegar a tener un dominio casi total sobre la esposa y los hijos, lo mismo que, incluso, sobre otras personas (esclavos) y cosas, como sucedió en la Roma antigua: "Los razgos esenciales (de la transición a la familia monogámica), son la incorporación de los esclavos y la potestad paterna; por eso, la familia romana es el tipo perfecto de esta forma de familia. En su origen, la palabra familia no significa el ideal, mezcla de sentimentalismos y de disenciones domésticas, del filisteo de nuestra época; al principio, entre los romanos, ni siquiera se aplica a la pareja conyugal y a sus hijos, sino tan sólo a los esclavos. FAMULUS, quiere decir esclavo doméstico, y familia es el conjunto de los esclavos-

__pertenecientes a un mismo hombre."(10).

Ahora veamos, en base a lo que los autores nos dicen sobre la familia (11) como evolucionó dicha pareja conyugal con sus hijos, es decir, - la familia en las distintas culturas antiguas.

Egipto. Las clases más poderosas, empezando por los miembros de la familia real, practicaban la poligamia, pero el pueblo común se contentaba con una sola esposa. Los nobles y príncipes se casaban en una forma incestuosa, y colocaban en lugar de primera esposa o esposa principal a la hermana elegida. Estos matrimonios interfamilia tenían por objetivo - mantener -según los egipcios de la época- la pureza de la sangre y lograr la indivisibilidad de los bienes familiares; propósitos que no interesaban al pueblo bajo. Los antiguos egipcios debieron a Menes la institución del matrimonio. Desgraciadamente -nos dice el maestro Ibarrola- no fué regulado debidamente y el hombre se debatía de los hijos en todos sentidos, siendo la mujer la que en este orden de ideas, llevaba toda la carga.

(10) Engels Federico...Op. cit. p 55

(11) Cfr. "Enciclopedia Jurídica Omeba"... Op cit. p.p. 981 a 991; Engels, Federico...Op. cit. p.p. 60 y sigts. ; Fustel de Coulanges, "La ciudad antigua". Historia sobre el Culto y las Instituciones de Grecia y Roma. Editorial Porrúa; México, D.F., 1980. (libro Segundo, capítulos I a X), p.p. 25 a 82; Antonio de Ibarrola, "Derecho de familia". Editorial Porrúa; México, D.F., 1981, p.p. 75 a 92 ; López Rosado, Felipe, "Introducción a la sociología". Editorial Porrúa; México, D.F., 1982, p.p. 63 a 77.

NOTA.

Para la investigación del presente apartado se consultaron muchos más libros, pero sólo hemos consignado en la cita bibliográfica aquellos que di rectamente nos proporcionaron los datos que hemos manejado.

Fu  Cecropa el que subsanó esta deficiencia, así como la reglamentación del matrimonio. El matrimonio se celebra por contrato y crea entre los esposos una comunidad legal de bienes. El contrato matrimonial se hacé constar en actas públicas que se conservaban en registros especiales. De esta manera se formalizaban las nupcias solemnes (Justae nupciae), pero además de éstas, existían las nupcias poremptio que se realizaban simulando una compra, mediante la entrega de un pago o precio, que casi siempre era entregado a los familiares de la novia (similares figuras encontramos entre los romanos antiguos); los egipcios llegaban jóvenes a la pubertad, y los matrimonios se celebraban a una edad que en países más fríos se consideraba perteneciente a la infancia, y los familiares que de ellos surgían, componían familias muy numerosas, tanto las pudientes, como las mis rrimas. Amaban a sus hijos y protegían a todos los que nacían. En consecuencia, el infanticidio era un delito grave, porco común y severamente castigado por la ley.

Babilonia. La moral babilónica resultaría contraria a nuestros usos y costumbres, pero recordemos que no solamente en Babilonia, sino en muchos otros pueblos antiguos hubo prácticas que hoy consideramos crueles y horribles, pero que en la época eran totalmente lícitas.  Y no vayamos muy lejos, veamos cómo en la época actual muchas conductas de los  rabs por ejemplo, chocan, casi frontalmente con el mundo occidental! En relación con esta cultura poseedora del Código, en materia jurídica, más antiguo del mundo -el Código de Hamurabi- Herodoto nos relata que ninguna mujer podía llegar v rgen al matrimonio; era menester que antes se hubiera entregado a un extranjero en el Templo de Venus. Estas y otras prácticas eran lícitas y hasta necesarias en Babilonia, lo mismo que las uniones libres (sin que mediare adulterio) y la mujer para señalar su condición especial de concubina, debía llevar una insignia que era un olivo de piedra o de arcilla. Los matrimonios se convenían entre los padres, e iban acompañados por un intercambio previo de regalos. La patria potestad era absoluta sobre los hijos. Pero a pesar de estas prácticas el matrimonio era monógamo, y, cosa rara, los esposos solían conservarse fidelidad. El Código de Hamurabi, también consagra figuras sobre el repudio de la mujer; un antecedente, este, del divorcio; en los casos de adulterio, la incompatibilidad de humor, o la negligencia demostrada en la administración del hogar  imagin monos, si ésta última regla tuviera-

-validez en el mundo actual...! Las causas debían probarse plenamente, - si no la mujer tenía la facultad de buscar otro marido. Como consecuencia de estas disposiciones, la familia era en Babilonia, una institución poco estable, y los miembros de la misma población podían abandonarla en forma definitiva con una simple manifestación de la voluntad.

Asiria. En Asiria la familia estaba organizada de acuerdo a un severo régimen patriarcal, y uno de sus objetivos más importantes, dadas - sus características de país esencialmente guerrero, era la perpetuación y aumento de la especie. Las leyes y la moral influían grandemente en - el número de nacimientos. El aborto era severamente castigado: el empa- lamiento a la mujer que lo cometía. La ley y las costumbres reducían a - la mujer a una situación de inferioridad. Debía respetar y obedecer al marido; los matrimonios se realizaban por contrato y a veces se limita- ban a una simple compra.

Israel. En los albores de la civilización de este pueblo encontra- mos que tiene semejanzas, en relación con la familia, con otras culturas antiguas, y orientales, aunque acentuado con mayor rigor al aspecto reli- gioso. Las características de las uniones conyugales eran la unidad, la indisolubilidad, el mutuo auxilio, la santidad y las recíprocas presta- ciones. En un principio esa unión, que algunos consideraban casi perfe- ta, era por medio de un contrato de matrimonio y a veces también se veía reducida a una simple compra. Recordemos los trabajos que pasó Jacob pa- ra obtener por esposa a Raquel. Para este pueblo todo parte de Eva y -- Adán, después del pecado original viene la descendencia, Abel, Caín, -- Set, etc., La legislación Hebrea parte de los diez mandamientos, dados- a Moisés por Dios, estos a su vez inspiraron todo El Libro de la Ley. El quinto y el séptimo mandamientos se refieren específicamente a la organi- zación de la familia: "Honrarás a tu padre y a tu madre" y "no desearás- la mujer de tu prójimo". El quinto mandamiento la santifica, e incluía- también a los hijos solteros y a los casados con todo y su descendencia; la autoridad paterna era ilimitada; tanto la esposa como los hijos de- -- bián obedecerle ciegamente, incluso el padre concertaba las bodas de sus hijos sin consultarlos. En cuanto a la posición de la mujer, Jehová, -- fuente de toda ley, estableció para la misma que "tú desearás ser el de tu marido, y él reinará sobre tí". El hijo primogénito era el que tenía,--

prácticamente más derechos y obligaciones que los demás hijos por ser el mayor, incluso a la muerte del padre ese mismo hijo se debía encargar de la familia. El hombre podía repudiar a su esposa, aunque la ley de -- Moisés no permitía el divorcio, y no permitía el matrimonio entre los adúlteros, por ejemplo; al hombre le era permitido tener incluso varias concubinas; no obstante lo anterior, dadas las características, por demás religiosas del pueblo Hebreo, la monogamia era el tipo común de uniones conyugales y florecía con mucho respeto: "Ella es mi esposa y yo soy su marido a partir de hoy y para siempre". En el desierto de Judá se halló un contrato del siglo II de nuestra era con la fórmula tú serás mi mujer. En algunas tribus la novia trata, por juego, de escaparse de su novio, - que simula conquistarla por la fuerza, posible supervivencia del matrimonio por raptó (Ibarrola). Los judíos dieron gran importancia a la familia y también al matrimonio.

Persia. La legislación familiar persa está contenida en el zend --- Avesta, libro sagrado e importante que regulaba y sancionaba infinidad de situaciones sobre la familia. Al igual que Asiria era un pueblo netamente guerrero y por lo tanto le interesaba la procreación de la especie en grado sumo, por lo que no sólo el matrimonio familiar era bien visto, sino otras instituciones como el concubinato y el adulterio del varón; - no obstante, la familia unida por el matrimonio era la más sagrada. Antes de Darío, se dice, que la mujer tenía mayor libertad pero con el advenimiento del gran rey y estupendo estratega militar, la mujer fue más restringida, llegando al extremo de que ésta sólo podía tratar con su esposo, y con ningún otro hombre, aunque fuese su familiar. Para que un hombre fuese considerado verdaderamente respetable debía tener por lo menos una esposa y varios hijos. La madre se ocupaba de la crianza y educación de sus hijos hasta que los mismos llegaban a la edad de cinco años de los cinco a los siete quedaban a cargo de su padre, y luego eran enviados a la escuela, por medio de la cual el Estado controlaba su formación.

India. Estaba la antigua sociedad indú dividida en vanas o colores, para distinguir a los conquistadores Arios, de piel blanca, de los druidas oscuros y dominados. Brahmanes (sacerdote y estudiosos), Kshatriyas (soldados y gobernantes), Vaishyas (agricultores y comerciantes) Soudras (sirvientes). Ello limitaba la educación del Indú, su matrimo--

monio, sus prácticas religiosas y su libertad para moverse en sociedad. Se dice que el matrimonio común y más conveniente para hombres de las tres primeras clases era aquel que se celebraba con mujer no descendiente de uno de sus antepasados paternos o maternos hasta el sexto grado. No podía casarse un soudia más que con una soudia; un vaishya puede tomar una esposa de su clase o de la servil; un kahatiya, de las dos clases mencionadas y de la suya; un brahaman de cualquiera de las cuatro. Un brahaman que no se casa con una mujer de su clase y que introduzca una soudia en su lecho desciende al infierno, y si procrea un hijo, será desposeído de su rango. ¡Hoy en pleno siglo XX, sigue la existencia y di visión de clases y castas sociales en la India!

Pueblo maravilloso el Indú que nos legó una gran mujer como fue In dira Gandhy, al igual que en la cultura egipcia floreció la Gran Cleopatra. En la India radica el hombre conquistaba a su mujer ya fuese por compra, por raptó o mediante el consentimiento prestado por la misma. Este último procedimiento no era bien visto, las mujeres preferían ser compradas, y si se les raptaba, su orgullo resplandecía. La poligamia, lujo que sólo podían darse los grandes, era considerada lícita y hasta meritoria. El hombre se juzgaba como propietario y amo absoluto de sus mujeres e hijos; podía llegar a vender o descostar a estos últimos. No obstante, la mujer gozaba de una libertad familiar mayor que la que le fue concedida en épocas posteriores; era considerada y respetada, e incluso, muchas veces el esposo se dejaba guiar por sus opiniones. Pero esa libertad tan preciada, la fue perdiendo la mujer, a medida que fue siendo necesario el aumento de los componentes de las castas superiores, por lo que la mujer se vio reducida a ser una mera máquina procreadora; épocas en las que, por consiguiente, el Código de Manú, castigaba severamente el aborto y el infanticidio, por atentar contra la propagación de la especie. En el Código de Manú se dice: "Sea niña, joven o adulta, la mujer no debe hacer nada a su arbitrio". Se conservaba eternamente alieno iuris; de soltera la gobernaba su padre, después de casarse la dirigía el marido, y si llegaba a enviudar la mandaban los hijos; la mujer sobre llevaba esta carga con alegría y respeto para no perturbar la paz del hogar.

CHINA: La familia era considerada en este país como origen y modelo de la sociedad, su carácter esencialmente patriarcal, incluía también dentro de la familia, aparte del padre, la madre y los hijos, a los padres abuelos y tíos del esposo. Los mayores eran los verdaderos jefes de la familia, y la mujer debía obediencia absoluta no sólo a su esposo sino también a su suegra (¡Pobre china!), especialmente en los asuntos domésticos. Cuentan los anales chinos que en el comienzo los hombres no diferían nada de los animales en su manera de vivir: erraban por los bosques y las mujeres eran comunes: los niños nunca conocieron a sus padres, sino tan sólo a sus madres. Fue el emperador Fochi quien abolíó esta promiscuidad e instituyó el matrimonio. Quien se casaba sin el consentimiento de sus padres, ninguna persona decente debía aceptarlo como vecino suyo. Si bien había una gran preocupación por el comportamiento de la dama, había una gran despreocupación por su desarrollo intelectual: ni siquiera se les enseñaba a leer ni a escribir. La mujer era tratada con cariño pero en un plano de absoluta inferioridad, salvo raras excepciones en la familia real o en las clases superiores, en donde llegaron a destacar algunas emperatrices.

GRECIA: País este, de grandes tradiciones, cuna de la sabiduría occidental, a pesar de un gran poderío espiritual en algunas partes o polis como en Atenas, en otras dominaba el cuidado del físico y no el aspecto espiritual pues eran ciudades netamente guerreras, como Esparta. En Esparta seleccionó, incluso, una especie de Eugenesia, donde se seleccionaba a los niños recién nacidos y si venían "defectuosos" el padre despenaba los desde el monte Teigento, en otras ciudades de Grecia también hubo algo similar, recordemos la roca tarpeya. Quienes sobrevivían eran sometidos a una educación rigurosa en extremo y en los que el Estado intervenía hasta en los más mínimos detalles incluso familiares: determinaba que los varones debían contraer matrimonio a la edad de 30 años y las mujeres a la edad de 20 años.

A veces se permitía que la mujer tuviera relaciones sexuales con un varón bien dotado para que engendrara buena prole. Licurgo llegó a ridiculizar los celos y el monopolio sexual. El celibato era considerado como un delito y quien moría en tal estado era privado de varias ventajas y hasta honores.

Un dato curioso, que nos relatan los historiadores, es que si a pesar de la presión estatal, los varones y las mujeres no se casaban, -- eran encerrados en lugares oscuros, para que eligieran a tientas a su pareja. En Esparta la mujer gozaba de cierta consideración, e incluso intervenía en asuntos no sólo de su hogar sino asuntos de su marido en el exterior. Desde la época Homérica, la mujer en Esparta se desenvolvía con bastante libertad. En Atenas, se da un giro radical y no se preocupan tanto por el aspecto físico y guerrero, sino por una mayor armonía y la familia se desenvuelve en un clima de mayor suavidad. Aquí, el Estado ya no intervenía tanto en la organización familiar la que estaba compuesta por el padre, la madre, los hijos, algunas veces, una segunda esposa y los esclavos, hombres y varones, al igual que los hijos de estos. La mujer ateniense, en sus inicios, no tenía la libertad de la mujer espartana, o de la mujer de los tiempos homéricos, le estaban vedados muchos actos como el de poseer bienes, y era un poco más que -- una sirvienta doméstica que amaba a su marido y lo respetaba pero que no podía intervenir, ni siquiera en los asuntos fundamentales de la familia. Eran partidarios, los atenienses, del infanticidio y del poder y el padre tenía todos los derechos sobre sus hijos menores. Platón y -- Aristóteles eran partidarios del infanticidio aunque el segundo consideraba que el aborto era menos cruel. La educación de los hijos era rigurosa, aunque no tendiente a preparar guerreros, sino con fines hogareños y de las artes. Todos recordamos el gran auge que le dió a la educación en todos los aspectos y sobre todo a las artes el gran Pericles apoyado por esa gran mujer que fue su consejera y esposa, Aspacia. No obstante lo anterior, el varón era el que podía incurrir en sucesiva infidelidad, no así la mujer, a la que se le podía matar, incluso en caso de adulterio.

ROMA: La familia --coinciden la mayoría de los autores-- fué posiblemente, la más fundamental de las instituciones romanas. Lustel de -- Coulanges, en la obra ya citada, nos explica la evolución de las instituciones familia y hogar, que con el tiempo se fusionaron en una. El -- Dios Lar, dios del hogar, y el patrimonio, al igual que la figura del -- paterfamilias concluyen en la familia, como organización nuclear de la sociedad, en el Derecho Romano. Estaba integrada la familia por el padre, la madre, los hijos varones solteros y casados (recordamos que -- los hijos pasaban a formar parte de la familia del esposo), los respec-

tivas esposas de estos últimos (por la razón ya apuntada en el inciso anterior), los esclavos y los clientes; todas estas personas estaban, como ya dijimos sometidas al paterfamilias, cuya autoridad era extraordinaria, e incluso era el único que tenía derechos ante la ley. El Maestro Guillermo Floris Margadant. (12), nos explica todo el procedimiento que debía seguir un ciudadano romano para ser sui iuris y dejar de ser alieni iuris, todo esto en los albores de la República, pues en el siglo de oro de esta, la situación cambió con los Gayo, papiniano, Paulo, Ulpiano, etc., y sobre todo, durante la época del gran Cicerón. La mujer al igual que en la mayoría de las culturas antiguas ya vistas, estaban bastante restringidas jurídicamente aún y cuando en la época del Imperio fuera pieza decisiva en la vida del hombre, sobretodo, recordemos a Locusta, envenenadora profesional de la época; Livia, esposa de César Augusto y madre de Tiberio, Drusila, hermana y amante de Caligula; Mesalina, esposa de Claudio; y Agripina madre y amante de Nerón. Es indudable que cada una de estas mujeres, cada una en su época, cambiaron los designios de Roma. Pero vayamos a la familia común romana en la que la mujer, en ningún momento podía ser libre, pues siempre pertenecía a la tutela del padre o del esposo. Los niños eran muy bien recibidos en los hogares romanos. Dada la organización económica y militar de la Roma de la época, el aumento de población era mirado con muy buenos ojos, mientras que la falta de hijos era mal considerado por la opinión pública. Los hijos, al igual que los griegos, en la época de la monarquía y en la de la república, si nacían deformes, el padre los podía exponer hasta matarlos se consideraban hijos aceptados hasta los seis días de haber nacido. La religión y el carácter conquistador, o sea, guerrero del pueblo romano influyeron poderosamente en la educación de los hijos, formándose un concepto de dignidad, disciplina y decoro. Se casaban jóvenes, aunque la edad mínima en la mujer era de 12 años y en el varón de 14.

(12) Floris Margadant, Guillermo. "Derecho Romano". Editorial Esfinge 1980 pp...

Las formas en que se celebraba el matrimonio eran cum manu en la que se entregaba a la hija y a la dote a la potestad del marido, o cine manu, en la que la mujer seguía perteneciendo a la potestad del paterfamilias. (esta forma de matrimonio se podía realizar de tres formas: --- usus, vivir en comunidad por lo menos un año, coemptio, comprante, o confarreatio, ceremonia en la que se simulaba comerse una torta, este tipo de matrimonio, era casi siempre celebrado por los patricios, es decir, los que de abolengo por el nombre o por el dinero pertenecían a la clase más privilegiada de Roma(13). Pero esa época de esplendor de la Roma antigua por desgracia se vino abajo sobre todo en la época del Imperio Romano, época que incluso, algunos tratadistas, historiadores y hasta novelistas han identificado con la decadencia del mundo actual, y así tenemos que la familia romana perdió su cohesión y su importancia; los matrimonios se celebraban con carácter transitorio, por conveniencia o por pasión, sin temer que los hijos creasen un vínculo indestructible, ya que los mismos eran cada vez menos numerosos. Las mujeres -- buscaban una belleza más sexual que matenal y el afán general de placer y libertad parecía ir en contra de la necesidad de la raza. La prolongación del servicio militar mantenía lejos del matrimonio a un numeroso grupo de jóvenes, durante los años más propicios para la formación de un hogar. Notando lo anterior, Augusto estableció una serie de medidas para tratar de salvar la situación familiar, pero tal situación crítica, reflejo de lo que prevalecía en toda la sociedad de Roma que ya se empezaba a resquebrajar, dió origen a la caída de una gran etapa de la historia, afectada de paso por la llegada y dominación de los bárbaros.

GERMANIA La familia germana o bárbara tenía sólidas bases, sobre las que se asentaba toda la organización de la tribu. El poder obraba como amo absoluto, y podía disponer a su antojo de la vida de sus hijos y de sus esposas. Eran, por lo general, monógamos y a pesar de sus costumbres rudimentarias solían ser comprensivos tanto con las esposas como con los hijos. Las mujeres seguían a sus esposos, netamente guerreros a todas partes, en muchas ocasiones iban hasta el propio campo de batalla a servirle de compañía moral y hasta de armar a sus compañeros; Pueblo duro el Germano, que a través de la historia ha sabido salir adelante; incluyendo las guerras de la edad media y las dos grandes conflagraciones mundiales del presente siglo! No puede hablarse con relación-

(13) Cfr. Floris Margadant... Opues Cit. p.p. 374

a aquella época, de un verdadero derecho de familia, como tal vez si se podría hacer en relación con otras cultura; no había una ley escrita - o una religión que concluyera en un Código sagrado, pero a pesar de eso, la costumbre, que tenía carácter de ley se enfilaba a la protección de la familia y de la tribu, piedras angulares de sociedad germana; incluso en situaciones adversas la familia se hacía presente, en los casos, - por ejemplo de la comisión de algún delito, iban los parientes del reo a apoyarlo con sus dichos y hechos y se les denominaba los "conjurados", porque reforzaban mediante juramento lo dicho por el reo, se dice inclusive, que se podría tener como un antecedente de los "jurados".

EDAD MEDIA En esta época, ya los lazos de la familia se ven más estrechos, y forma la misma una organización económica más cohesionada y con el auge del cristianismo, las ideas y principios espirituales pasan a suavizar y a mejorar la situación familiar, el paterfamilia pasó a ser una guía de los hijos y un compañero de la esposa. La artesanía y la agricultura toman mayor importancia como forma económica de vivir y los señores feudales ven en la tierra el sustento fundamental de la familia y sobre todo una forma de administrarla es casi siempre la figura del hijo mayor y después los que le seguan fueron paulatinamente reclamando derechos similares y obteniéndolos por lo que las relaciones Padres e hijos fueron uniéndose más y tornándose más comprensivas. Así pues la familia durante la Edad Media (que es una época bellísima y aún no menos porque algunos autores la llaman oscurantista, creo que más bien hace falta estudiarla), recibe una dosis, en general de apoyo y cohesión dadas las características económicas de la época y sobre todo el cristianismo sirvió muchísimo para la interrelación entre los miembros de la institución familiar..

Los últimos siglos. Hemos visto cómo a lo largo de la historia -- ha evolucionado la familia hasta concluir en la época contemporánea en la que ya la familia es un lazo unido por sentimientos, amor, ayuda mutua y comprensión, que superaron a los instintos primitivos y a la organización guerrera, agraria y comercial de épocas pasadas. Es importante destacar que la revolución Industrial, dando lugar a una nueva forma de vida y la Revolución Francesa, que culmina con la declaración Universal de los derechos del Hombre y del Ciudadano, en la que la dignidad -

del ser humano como tal espreciada en su justa dimensión dándole la importancia debida a la misma, fueron dos fenómenos que influyeron en la nueva concepción y estructura familiar: en las organizaciones modernas la conveniencia determina la necesidad de un patrimonio común integrado con la participación económica de la mujer y del hombre; el hombre y la mujer han de participar en la vida moderna en los frutos y en las desventajas económicas, morales, espirituales, etc., de la unión familiar en las de los hijos y viceversa; hemos visto que a lo largo del devenir histórico el hogar es fundamental para el individuo y para la sociedad. librándola de los vendavales para que podamos seguir diciendo con Max Weber. "La familia es la célula de la sociedad".

B) NACIONALES

La historia pre hispánica, como dice el maestro Carrancá y Trujillo(14), es una historia por hacerse, pues por desgracia no hay fuentes cien por ciento directas para conocer la vida de las culturas prehispánicas, culturas tan bellas y tan ricas en su contenido, que por no ser este el lugar para estudiarlas únicamente nos ceñiremos a lo que es tudiosos en la materia han investigado en relación con la familia.

La mayoría de las culturas de la Antigua América basaron su poderío interno en una represión brutal y en donde vemos que se consagran varios delitos en los que el bien jurídicamente protegido es la familia como es el caso del adulterio, pero tales datos no los manejaremos en este título o apartado porque lo que nos interesa resaltar son los antecedentes de la familia, y no de los delitos que la afectan; cuando lleguemos al capítulo respectivo de cada delito en contra de la familia entonces sí manejaremos sus antecedentes.

La familia Nahua Veamos antes que nada su origen:

"Varios son los términos, bastante significativos, que expresan en náhuatl el concepto de familia... encalli vocablo compuesto de la partícula cen, que significa "enteramente, conjuntamente". y de la bien conocida voz calli o "casa". A la letra, cen-calli vale tanto como la ca

(14) Derecho Penal Mexicano... op. cit. p. 112.

sa entera, el conjunto de los que en ella viven" Se concibe así, en principio, a la familia desde un punto de vista que comprende a todos aquellos que, por diversas formas de relación, viven juntos en una misma cosa o morada. Quienes así se encuentran vinculados reciben, por tanto el calificativo de cen-caltin, "al conjunto de los moradores del Hogar" Pero si la expresada VOZ cen-calli señala ya una serie de vínculos o relaciones permanentes, encontramos otro término en náhuatl, referido también a la familia, todavía más significativo. Es este el de cen yel iztli, derivado de la misma raíz cen y del vocablo yeliztli, expresión de la idea abstracta de "naturaleza, estado, esencia de una cosa". El concepto significado por cen-yelistli en el de "estado o naturaleza de quienes viven entera y conjuntamente". Este análisis lingüístico permite enunciar una idea que parece de importancia: para el hombre prehispánico la familia constituye la primera forma de relación humana permanente y entera... La idea de familia entre los nahuas se nos muestra -- así como afirmación implícita de rasgos y atributos que se consideran-- requisito indispensable de esta institución(15).

El maestro Antonio de Ibarrola(16) nos presenta la siguiente forma de organización familiar entre los nahuas: la fase de la familia náhuatl era el matrimonio al que se tenía en muy alto concepto un bello y vigoroso ritual tenían que llevar a cabo los novios para poder ser tenidos por esposos; el respeto hacia la mujer lo hace resaltar el hecho de que invariablemente se requería su consentimiento para contraer matrimonio; podían casarse las viudas; pero siempre con un esposo que no podía casarse durante el tiempo de la crianza que duraba cuatro años. La posición de la mujer náhuatl dentro del matrimonio nunca fue de inferioridad frente al varón. Si bien este era el jefe de la familia, ella podía poseer bienes, celebrar contratos y acudir a los tribunales a solicitar justicia sin necesidad de autorización de su cónyuge. Al respecto el escritor León Portilla(17) nos dice: "atestiguan, entre diversas fuentes, los códices mendocino y florentino, el mismo Sahagún en su historia, Durán Ixtlixóchtli y torquemada, (que) la mujer náhuatl, desde pequeña, recibía una esmerada educación.

(15) León Portilla, Miguel. "TOLTECAYOTL. Aspectos de la cultura Náhuatl. Fondo de Cultura Económica, México 1980, 1a. Edición.p.p. 242 y243

(16) Derecho de Familia... Op. cit. pp. 93 a 106

(17) Op. cit. pág. 302

-Primero en el hogar, de labios de su padre, como lo muestran los va---
rios discursos que en náhuatl nos han conservado Fray Andrés de Olmos y
Sahagún. Hablado allí con su "palomita, cosa preciosa" le inculcan pa-
dre y madre los principios morales que regían la vida de la niña, la --
adolescente y la mujer"

LA NIÑA

"La niña: criaturita
tortolita pequeñita
tierrecita, bien alimentada..."

LA MUJER ADULTA

La mujer ya lograda
en la que se ponen los ojos,
digna, no es objeto de diversión,
la feminidad está en su rostro.
Trabaja, no está ociosa
emprende cosas, tiene ánimo.
.....

LA MADRE

La madre de familia: tiene hijos, los amamanta
Su corazón es bueno vigilante,
diligente caba la tierra
tiene ánimo, vigila.
Con sus manos y su corazón se afana,
educa a sus hijos
se ocupa de todos, a todos atiende" (18)

(18)Códice Matrinence de la Real Academia. Fol 88 vuelto, citado por León -
Portilla... op. cit. pags. 305 y 306

No se crea que porque los n̄huas eran un pueblo guerrero, también eran un pueblo b̄baro; a pesar de los sacrificios humanos que hacían en honor de -- los dioses le daban su importancia a la cultura del espíritu y a la educación; el mismo León-Portilla nos dice: "Mientras en la época actual, por varias razones...existe en México una lamentable escasez de escuelas, que impide a muchos niños y jóvenes recibir los beneficios de la educación, en el mundo n̄huatl prehispánico y aunque parezca sorprendente este hecho, sabemos por numerosos testimonios que no había un sólo niño privado de la posibilidad de recibir esa "acción que da sabiduría a los rostros ajenos" (educación). Concretamente, los informantes indígenas de Sahagún hablan precisamente del hecho de que entre las prácticas rituales existía la siguiente:

Quando un niño nacía,
 Le ponían sus padres
 o en el calmecac o en tepochcallí.
 Prometían al niño como un don,
 y lo llevaban al calmecac,
 para que llegara a ser sacerdote,
 o al tepochcallí,
 para que fuera un guerrero"(19)
 (código Florentino, libro III, p.49)

Ahora bien, "No obstante tan profundo respeto al matrimonio, la ley - y las costumbres, aunque no lo permitían y eran miradas con repugnancia y - decía, toleraban las relaciones ilícitas. Los mancebos antes de casarse, - y particularmente los nobles y ricos, pedían sus hijos principalmente a -- las madres, y con ellas vivían vida marital; estos mancebos se llamaban -- Tlacallalcalihueli, persona dejada, porque era como abandonada de sus padres" (20) Si nacían hijos durante esta unión el mancebo estaba obligado a casarse con la muchacha o devolverla a sus padres; y la esposa legítima se llamaba Cihuatlanti o Nocihuach,(21).

(19) Opus. cit. pags. 203 y 204

(20) Orozco y Berra, Manuel "Historia antigua y de las Culturas de México". Fuente Cultural; México, D.F., Segunda Edición, 1954, Tl. pag. 243.

(21) Ibid.

Es interesante y curioso el dato de que Netzahualpilli, rey de Texcoco, y sucesor de Netzahualcōyotl, tuvo 144 hijos (con sus respectivos concubinas). Los únicos facultados para vivir muchos años con concubinas antes de casarse oficialmente eran los altos dignatarios y los soberanos. Así aconteció a Netzahualcōyotl, rey de Texcoco (22)

Por otro lado, los mayas, cuya cultura fué un poco más refinada también protegían rigurosamente a la familia y a los menores, lo mismo que los zapotecos y los tarascos, entre otros. Tal situación se ve reflejada en las penas severísimas, que casi siempre era la de muerte, que tenían para los delitos de incesto, adulterio, por ejemplo (23).

Entre los mayas, dos pasajes muy oscuros de los libros de Chilam Balam de Mani y Tisimin hablan del rapto probablemente en 1475, de la joven esposa de cierto Ahulil, casique de Uxmal, por Chaco Xib Chac, que lo era de -- Chichen Itzá.

Otra cultura prehispánica y también rica en la materia fué la Inca, cuyo imperio se basaba en "...El ayllu, o conjunto de familias de un antepasado común, (y) que constituía la base de la organización social..."(24) También entre los Incas del Perú, se dice que a quienes se destacaban en la guerra o entre otros ministerios se les hacían concesiones o ventajas, entre las que resaltaba el hecho de darles mujeres, ya que no tenían por adulterio o bigamia el tener varias mujeres sino solamente cuando se casaban -- conforme al matrimonio solemnisimo y bajo ceremonia, la cual consistía en -- que el novio debía ir a la casa de la novia y ponerle una oteja(zapato), de lana si era señorita y de esparto si no lo era. Y posteriormente el Inca -- (El Emperador) en plaza pública solemnemente legal formalizaba el matrimonio -- dando su esposa a cada quien, previa ceremonia de la Oteja(25)

(22) Cfr. De Ibarrola, Antonio... Op. cit. págs. 97 y 98

(23) Véase la obra "Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México del Maestro Carranca y Rivas Raúl. Edit. Porrúa, México, D.F. 1986. págs. 33 y -- sigs.

(24) Pequeño Larousse Ilustrado. Buenos Aires, Perú, México, 1980, inc. p.1365

(25) Cfr. "Vida religiosa y Civil de los Indios (historia Natural y Moral de las Indias)" Joseph de Acosta Biblioteca del Estudiante Universitario; UNAM, México, 1978 págs. 117 y 118.

LA COLONIA La conquista de México (y de América) fue el choque de dos culturas, la confrontación de dos mundos, la fusión de dos formas de vida, totalmente distintas que devinieron en una síntesis que es nuestro actual ser. - Durante la Colonia, y sobre todo al principio de esta época hubo un proceso de asimilación entre las características de un pueblo como el mexicano y -- las de los conquistadores. Al principio, no se crea que hubo una unión física y espiritual entre ambos mundos; fué antes que nada un choque, una batalla entre mexicanos y españoles; aquellos, por enseñarles un mundo nuevo de experiencias, vivencias y una nueva concepción de la vida. Este proceso de asimilación entre un mundo y otro totalmente distintos, obviamente repercutió en la familia: la familia criolla por un lado en la que se celebraban los matrimonios conforme a la legislación española; por otro lado, la mestiza refleja la unión de los dos mundos ya que es el matrimonio de un español con un mexicano y por último la familia india que poco a poco se fué adhiriendo a la forma de ser y a la legislación española, aunque hubo excepciones (y en la actualidad todavía hay grupos étnicos con una propia cultura y legislación que permanecieron bajo su propia cultura). durante la colonia todavía hubo castas que marcaban la desigualdad entre los habitantes de la Nueva España; el trato no era el mismo sociológica, ni jurídicamente para los indios, que para los españoles; recordemos el cuerpo especial de las leyes de Indios aplicable a los indígenas de América: "en las leyes de India se recopilaron las disposiciones legales concernientes a la administración y gobierno de los territorios del Nuevo Mundo" (26). La organización de la familia durante la Colonia, fue el reflejo de la organización de la sociedad, es decir una sociedad al servicio de la colonia española y por lo tanto los lineamientos de la familia tenían que seguir los mismos cauces; - es decir, el Nuevo Mundo heredaba de la Madre Patria, España, una familia de costumbres arraigadas, de un sentimiento religioso, muchas veces más importante que el aspecto sociológico y que hasta el jurídico (todavía en la actualidad, en algunos lugares de nuestra hermosa patria vemos gente que le da más importancia al matrimonio religioso que al civil). La familia de la Colonia recibía los patrones culturales de la familia española en donde los

(26 "Derecho Penitenciario". Carrancá y Rivas, Raúl. Op. Cit. p. 63

NOTA.- En este caso sí damos antecedente de delitos en contra de la familia al no tener fuentes más claras de la organización familiar de la época, cuidándonos de no citar antecedentes de los delitos que más adelante se estudiarán.

-hijos crecían al cuidado de la madre y bajo la protección del Creador; la--
 mujer relegada, aunque respetada, a segundo plano de los aztecas y por la insti-
 tución del matrimonio patriarcal español, seguía sometida a los deseos del -
 varón; recordemos el caso de Sor Juana (1651-1695), que tuvo que vestirse de
 hombre para poder asistir a la escuela. No obstante lo anterior, la familia
 en la época Colonial fue protegida y los atentadores en contra del núcleo -
 de la misma eran castigados severamente; así , el maestro Carrancá y Rivas-
 nos presenta los siguientes datos:

DELITOS

"Idolatría y dar licencia para casa-
 mientos como en su infidelidad se a-
 costumbraba (proceso y ejecución de-
 la pena a cargo del Santo Oficio.
 Condena dictada por Fray Juan de Zu-
 márraga:"

Idolatría y propaganda política con-
 tra la dominación española.....

Idolatría por medio del sacrificio -
 de niños, cuyos cadáveres se precipi-
 taron en los cenotes (proceso a cargo
 de Fray Diego de Londa)...

PENAS

Salir con candelas en las ma-
 nos, descalso, en la fiesta -
 religiosa que se señalara; oír
 misa ; cien azotes y servir en
 las mismas con hierros en los
 pies.

Relajamiento al brazo seglar y
 muerte en la Hoguera, en la --
 plaza pública.

Se trata del famoso auto de Manú
 Tormento tan severo que muchos--
 indios quedaron mancos, y licia-
 dos, cuatro mil quinientos cua--
 renta y nueve colgados, ochenta-
 y cuatro ensambentados, multi-
 ples penitenciados, asotados, --
 trasquilados, penados con penas-
 pecuniarias.(27)

Pero la familia real Española (en cuyo nombre se aplicaba justicia en la
 Nueva España, aunque también es cierto , que a sus espaldas se cometieran mu-
 chos atropellos) nos da una muestra de la importancia psicossociológica que --

tienen la institución familiar y la llegada de un miembro nuevo a la misma.
 "Un jueves 11 de junio de 1658, por ejemplo, el virrey y los oidores visitaron las cárceles de corte, y en virtud de tres cédulas Reales despachadas por su majestad el 25 de diciembre del año anterior," en hacinamiento de -- gracias del parto de la reina nuestra señora, y haber parido príncipe llamado Felipe Prospero", se soltó de dichas cárceles a todos los que estaban -- por delitos criminales que de oficio se les había hecho causa" (28)

Hasta aquí, nuestros antecedentes históricos sobre la familia. Hemos visto que a lo largo de la historia, la familia siempre ha sido protegida y sobre todo las penas por los delitos que la han afectado han sido muchas veces sumamente severas. La familia, como núcleo de la sociedad, jurídicamente se la ha tutelado; sobre todo en los últimos años, en materia civil, -- va obteniendo importancia la rama del Derecho Familiar, pero es necesario -- que en materia penal exista también un capítulo, en el Código Penal, de los delitos en contra de la familia, como lo contenían los Códigos de 1871 y de 1929. Esto no quiere decir que en el Código Penal vigente (1931) no haya -- delitos en donde el bien jurídicamente protegido sea la familia, sí los hay lo que pasa, es que, como lo veremos en capítulos posteriores, dado la importancia y trascendencia de la familia, y fundamentalmente debido a la crisis por la que pasa la misma en la actualidad, es necesario que se le de -- un trato especial en un sólo capítulo, a la familia.

(28) "Derecho Penitenciario" Carrancá y Rivas... Op. Cit. pág. 65

2.- Concepto de familia:

Ya vimos en la parte histórica, que el término familia viene del latín *Famulus* que quiere decir esclavo doméstico, y familia es el conjunto de esclavos pertenecientes a un mismo hombre.

Siguiendo con la etimología de la palabra "Según una respetable mayoría de los escritores procede la palabra familia del grupo de los *famuli* --- (del osco *famel*, de *famer*, hombre. *Famulos* son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal, en osco *faamat* significa *habita*, tal vez del sanscrito *vama*, hogar habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos, domésticos, por oposición a los rurales (*servi*), llamando, pues familia y *famulía* al conjunto de todos ellos". (29)

También tenemos que "...el mismo nombre de hogar, casi sinónimo de familia, sugiere este lazo. Se dice funder un hogar por fundar una familia, y se habla a menudo de lo importante que es para la educación de los hijos el que crezcan en el mismo hogar; entendiéndose por ello la casa. Pero todo esto se transforma: hogar, vivienda, casa, familia es una cadena..."(30). Figuet de Coulanges(31). nos explica cómo en las culturas antiguas el hogar no era otra cosa sino el fuego que se prendía a los antepasados, a los muertos en ceremonia solemne para demostrar que seguían perteneciendo al grupo de descendientes que seguían vivos; así el hogar se identificó con el lugar, que era la misma casa simbólicamente, donde moraban los muertos antepasados con el tiempo el lugar sagrado de los muertos antepasados también abarcó a los vivos y así el hogar se convirtió en el lugar donde moraban los miembros de una familia, incluyendo sacramental y simbólicamente a los muertos.

(29) De Ibarrola Antonio, "Derecho de Familia..." Op. cit. págs. 1-2

(30) *Ibid* p.3

(31) "La Ciudad Antigua..." op. cit. págs 30 y sigts.

Hemos visto que etimológicamente no hay certidumbre sobre el origen de la palabra familia. En la actualidad no hay tampoco entre los estudiosos de la materia un concepto único o unívoco para referirse a la institución familiar; veamos algunos de dichos conceptos:

"Familis. F. Famille.- I. Family.- A. Familie, Sippe, Dienerchaft.- It. y P. Familia (del latín familia).

II f. Gente que vive en una casa bajo el mando del señor de ella.

II Número de criados de uno, aunque no vivan dentro de una casa. II conjunto de ascendientes y descendientes y colaterales de un linaje... II Parentela in mediata de uno..." (32)*

"Familia. Conjunto de personas que viven bajo un mismo techo, generalmente unidos entre sí por lazos de sangre y sometidos a la autoridad de un jefe de familia. Esta definición no constituye definición cabal del significado de la palabra, porque la familia es una institución humana importantísima a la que Pío XII describió como "la célula primera y esencial de la sociedad" (33)

(32) "Diccionario Básico, Espasa" Tomo 3, Engalle-Lagunar. Conversión en la mayoría de las voces en Francés, Inglés, Italiano, Alemán y Portugués.-- Cuarta Edición, Espasa-Calpe. S.A. Madrid, 1983 p.

*Curiosamente, las mismas definiciones, exactamente iguales, que las anteriores nos da la "Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española". Diccionario Léxico-Hispano" Tomo I A-F de W.M. Jackson, Inc., Editores, México, D.F., - UNDECIMA EDICION, 1983 p. 646.

(33) "Enciclopedia Ilustrada Cumbre. Lo esencial de los conocimientos actuales en forma clara, sustancial y amena" Tomo 6, Español-Gobi. Edit. CUMBRE, - S.A., Vigésima Tercera Edición, 1982.

"Familia f. Conjunto compuesto por un matrimonio y sus hijos, y, en un sentido amplio, todas las personas unidas por un parentesco ya vivan bajo el mismo techo, ya en lugares diferentes..."(34)

Estos son, entre otros algunos de los conceptos y significados de la palabra familia, la que por cierto, en realidad tiene una serie de sinónimos como "parentela, gente, casa, los míos, los tuyos, dinastía, prole, prosapia, -casta, estirpe, cepa, solar, hogar, generación, sucesión, descendencia, rama, varonía, mayorazgo, cuna, familión, nacimiento, sangre, linaje, sanguinidad, -vástago, consanguinidad" (entre otros) (35)

Ahora bien, la familia tiene como base el matrimonio. ¿Qué es el matrimonio? ¿Es necesario el matrimonio para que pueda haber familia y viceversa? -- Veamos lo que nos dicen los tratadistas al respecto.

Don Francisco de Cárdenas- citado por el maestro Carrancá y Rivas-(36), afirma que "en nuestro Derecho", e incluso el iberoamericano, vivirá eternamente la definición de la ley de Partida que deduciendo de la etimología de la palabra matrimonio, compuesta de las palabras latinas matrī y monium, la significación de oficio de madre, lo confirma diciendo porque si bien el padre engendra los hijos, la madre sufre muy gran embargo con ellos, é muy grandes dolores cuando han de nacer, é después que son nacidos ha gran trabajo en criar á ellos mismos por sí..."

(leyes 1a y 2a, tit. 20. partida 4a) y es muy bella - sigue diciendo el tratadista Carrancá y Rivas-, y muy impresionante la definición que del matrimonio da el Rey Sabio: ayuntamiento de marido é mujer, fecha con tal intención de fecer en uno é de non repartir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntado el varón a otra mujer ni ella a otro varón viviendo - ambos a dos" (37)

(34) "Diccionario LAROUSSE USUAL por García-Pelayo y Gross, Ramón. Ediciones-Larousse. París, Buenos Aires, México, 1982, p. 302.

(35) Ciencia del lenguaje y Arte del Estilo. Ed. Aguilar. 3a Edición, México, 1980. p 505.

(36) "El Drama Penal" Editorial Porrúa, la. Edición, México, 1982.

(37) Ibid. Págs. 310-311

Jurídicamente, tenemos que "... la familia siempre se ha basado en el matrimonio, que es una institución jurídica; la primera y más importante de las instituciones jurídicas privadas. Su antigüedad y su importancia en la historia de la Humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales. El matrimonio ha alcanzado esta preeminencia, no sólo en algunos pueblos o razas desarrolladas en condiciones especialmente favorables a su devoción, sino en la Humanidad entera. Las investigaciones etnológicas más recientes denotan con certeza que el matrimonio y la familia son estructuras primarias de la vida humana en común, a las que no cabe considerar como el producto de una lenta evolución" (38)

Así pues, el matrimonio ha sido regulado por nuestra legislación civil - (materia que no analizaremos, por no ser objeto del presente trabajo), en donde de la doctrina nos ha dicho que " es un contrato solemne: por ende la voluntad de las partes no es suficiente: se hace necesario seguir procedimientos y formalidades especiales estructurados por la ley. Consiste la forma en la presencia personal de las dos partes (los contrayentes) y en la celebración del matrimonio por un juetz del estado civil, antes oficial, representante de la ley y del Estado, que interviene para otorgar al matrimonio su carácter público. Todo matrimonio contraído en otra forma, o celebrado ante notario, o ante cualquier otro funcionario, adolece de nulidad. Más que eso, ante la ley no existe. Para nuestra ley el matrimonio religioso carece de todo valor"(39)

Ahora bien, el artículo 130 Constitucional, establece en su párrafo 3º-- que "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del Estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que con tal motivo establece la ley".

El matrimonio, por su importancia, requiere de una serie de requisitos y formalidades para contraerse y vivir dentro de él, que la legislación civil se ha encargado de regular, pero que por ser materia de otro tipo de investigación civil no los analizaremos. Bastenos decir, que el matrimonio es la base y protección de la familia; lo anterior no quiere decir, que sean más importantes las familias basadas en la institución matrimonial, pero sí se ha comproba

(38) De Ibarrola, Antonio, ... Op. cit. p11

(39) Ibid, p. 161

do, como lo veremos en capítulo posterior, que son las familias con matrimonio los que conforman la mayoría, y las más estables jurídica, psicológica y - sobre todo socialmente; esto no va en demérito de un número, cada vez mayor, de familias en las que los esposos no se casan, como en el caso del concubinato, o de otro tipo de uniones que en determinado momento pueden configurar una familia; en Suecia, por ejemplo existe el matrimonio "personal", o sea, - la unión sin boda. "Una estadística lo ilustra elocuentemente. En el año - de 1964 se celebraron 61.002 matrimonios; en 1969 sólo 47.969. Un descenso - impresionante. Otra estadística en 1964 nacieron 123,354 niños; en 1969, apenas 107.314. Esto es consecuencia lógica del matrimonio "personal" llamado - también "matrimonio de Estocolmo" y que en otros países se conoce (México, - entre otros) por concubinato"(40)

Así pues, antes de finalizar el presente capítulo, diremos que todavía - falta por investigar mucho sobre el origen y el concepto de la familia; son muy contradictorios y a la vez conciniden en lo esencial, los datos históricos sobre la evolución de la familia; no hay un concepto único sobre la institución familiar; de donde podemos concluir que, para nosotros la familia, - en sentido estricto, es el grupo formado por los padres y los hijos, así como por su descendencia (claro está que en sentido inverso, la familia también abarca a la ascendencia), o sea un tronco común (los padres), y sus ramas (los descendientes); y en sentido amplio, la familia en la unión y convivencia de dos o más personas vinculadas por lazos de consanguinidad, afinidad o civil, independientemente de que vivan bajo el mismo techo o no.

(40) Alatavilla, Enrico. "Proceso a la familia". Edit. Plaza y Janés, S. A., Barcelona, traducción de Juan Moreno, 1975, pág 25.

NOTA.- El paréntesis y la palabra subrayada de la nota anterior son nuestros.

B I B L I O G R A F I A

CONSULTADA PARA EL PRIMER CAPITULO.

- 1.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa, México, D.F., 15° Edición, 1986.
- 2.- Engels, Federico. El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado. Edit. Progreso, Moscú. Trad. Al Español de Edit. Progreso, 1978.
- 3.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires; Tomo XI, Esta-Fami
- 4.- De Coulanges, Foustel. La Ciudad Antigua. Historia sobre el Culto y las Instituciones de Grecia y Roma. Edit. Porrúa, México, D.F., 1980
- 5.- De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, México, D.F., 1981
- 6.- López Rosado, Felipe. "Introducción a la Sociología". Edit. Porrúa, México, 1982
- 7.- Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano Edit. Esfinge, México, D.F. 1980
- 8.- León Portilla, Miguel. "Toltecatoytl. Aspectos de la Cultura Náhuatl". Fondo de Cultura Económica; México. 1980, 1a. Ed.
- 9.- Orozco y Berra, Manuel. "Historia Antigua de las culturas de México". --- Fuente Cultural; México, D.F., 2a. Ed. 1954, Tomo I
- 10.- Carrancá y Rivas Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México. Edit. Porrúa, México, D.F., 3a. Ed. 1986
- 11.- Pequeño Larousse Ilustrado. Buenos Aires, París, México, 1980
- 12.- De Acosta, Joseph. Vida Religiosa y Civil de los Indios (Historia Natural y Moral de las Indias. Biblioteca del Estudiante Universitario, UNAM, México, 1978.
- 13.- Diccionario Básico Español. Tomo 3, Engalle-Lagunar con versión en la mayoría de las voces en Francés, Inglés, Italiano, Alemán y Portugués, 4a. Ed. Espasa Calpe, Sa. A. Madrid, 1983.
- 14.- Diccionario Léxico-Hispano. Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española. Tomo I, A-F. UNDECIMA EDICION
- 15.- Enciclopedia Ilustrada Cumbre. Lo esencial de los conocimientos actuales en forma clara, sustancial y amena. Tomo 6, Español-Gobi Edit. CUMBRE, - 23a. Edición.
- 16.- Ciencia del Lenguaje y Arte del Estilo. Edit. Aguilar; 3a. Edic. 1982.
- 17.- Carrancá y Rivas, Raúl. El Drama Penal. Edit. Porrúa 1a. Edic., 1982.
- 18.- Altavilla, Enrrico. Proceso a la Familia. Edit. Plaza y Janés, S.A., Barcelona; Traducción de Juan Moreno, 1975
- 19.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial. -

Secretaría de Gobernación 1983

20.- Código Civil para el Distrito Federal. Leyes y Códigos de México.
Cuadragésimoctava, 1980.

Quienes nunca han conocido la profunda-intimidad y el intenso compañerismo del feliz amor correspondido, han perdido-- lo mejor que la vida puede ofrecer; inconscientemente, si no conscientemente, así lo sienten, y la decepción resultante los inclina a la envidia, la opresión y la crueldad. En consecuencia, - el dar amor apasionado el puesto que le corresponde en materia de la que debería ocuparse el sociólogo (y el jurista) ya que si hombres y mujeres carecen de esta experiencia, no pueden llegar a -- realizarse plenamente y no pueden sentir hacia el resto del mundo esa especie de calor generoso sin el cual sus actividades sociales serán casi seguramente dañosas.

Bertrand Russell

"MATRIMONIO Y MORAL"

C A P I T U L O I I

FAMILIA Y CRIMINALIDAD

- 1.- Estructura familiar
 - a) miembros y relaciones familiares.
 - b) relevancia del amor en los valores intrínsecos de la familia

- 2.- "La familia generadora de delitos"
 - a) crisis familiar
 - b) el problema de las madres solteras

- 3.- La familia como factor preventivo de la Criminalidad
 - a) familia y educación
 - b) familia y moral
 - c) importancia de la cultura

1. ESTRUCTURA FAMILIAR

a) miembros y relaciones familiares

Es indudable que la familia influye en todos los actos del ser humano, por ser el primer círculo con el que se enfrenta el individuo; muchas de -- las conductas del hombre (en sentido neutro, es decir, hombre y mujer) como son desde las más comunes hasta los actos antisociales tienen, en un alto índice, relación con la familia; por ejemplo, nuestra forma de vestir, de conducirnos con los demás, y hasta de pensar, hallan sus más profundas raíces en la educación familiar. pero ¿Hasta qué punto la familia influye en esas acciones, sobre todo en las delictuosas? y ¿Hasta qué punto podemos afectar a la familia?

Es un hecho incuestionable que un individuo que se ha criado y desarrollado en el seno de una familia con problemas será un ser, el día de mañana con mayor índice de probabilidades de quebrantar el orden social; y viceversa, un individuo que crezca en un medio familiar estable podría afrontar -- con mayor fuerza los envates del "fantasma criminal" que a todos nos acecha (recordemos que justiciable lo somos todos, es decir, en cualquier momento podemos caer en las garras del delito) y que en determinado momento nos lleva a cometer delitos.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que toda familia con problemas arroje delincuentes, ni el caso contrario, o sea, que de una familia estable no surja un delincuente, sabemos que hay casos de excepción; pero está estudiado por la mayoría de los autores en la materia, que uno de los factores-fundamentales en la consumación de delitos es el desequilibrio familiar.

Ya vimos en el capítulo anterior que la familia se compone del padre, la madre y los hijos así como los que asciendan o desciendan de estas; pero ¿cuál es el papel de cada uno de los integrantes de la familia dentro de la misma? ¿qué se debe hacer para mantenerla en armonía? ¿cuál es el motor que mueve a la familia? la familia, todos sabemos, empieza por la unión de la pareja, ya sea dentro del matrimonio o fuera de él; la historia nos presenta, en todos los terrenos, ejemplos de lo que ha podido dicha unión.

El hombre (salvo en la época matriarcal), quierase que no, en relación con la mujer, siempre ha estado en la posición de conquistador, de protector, de gafa y de jefe de familia; en el capítulo anterior ya vimos cómo -- fué esa evolución, y aunque en la actualidad, la mujer cada día va logrando en mayor forma, una postura de igualdad ante el hombre, no obstante reconocemos que por desgracia, todavía en la actualidad hay varones que creen que el ser el novio y sobre todo el esposo les da un derecho de propiedad sobre la mujer; imponiendo una postura rígida y severa ante la mujer, lo cual desafortunadamente, en lugar de unirlos más con su pareja, lo resquebraja en relación con tal unión. Es cierto que en una sociedad como la nuestra (capitalista), debido a ciertos patrones sociales, es el hombre el que tiene que salir a trabajar la mayoría de las veces, y la mujer dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos, sobre todo cuando estos son muy jóvenes o aún niños; esta situación se repite en innumerables casos y es tomada muchas veces como pretexto para no convivir o bien con la pareja o con los hijos; es cierto que el mundo actual absorbe mucho el tiempo del ser humano y le impide llevar en armonía y paz la conducción de su hogar, pero creo que tenemos aunque suene raro, a los miembros de nuestra propia familia, es este caso a la pareja para una mayor comprensión y estabilidad familiar.

Las relaciones familiares entre el hombre y la mujer dentro del matrimonio deber ser lo más tolerables y comprensibles por el bienestar de la familia, sobre todo cuando hay hijos, pues estos se encontrarán con su primer contacto al mundo mediante sus padres, y si la relación entre los progenitores está en crisis, indifectiblemente repercutirá negativamente en la visión del mundo que tengan y adquieran los hijos.

Antes de ver cómo repercuten esas desavenencias familiares en los hijos veamos brevemente el papel del hombre y la mujer como cabezas de una familia. No se trata de ver si el varón es más que la mujer o viceversa; cada uno tiene su papel definido en la sociedad, y por ende, en la familia; - si cada uno de los miembros de la sociedad, tomará en su justa dimensión la función que le corresponde se aceptaría mejor al mundo en general y al familiar.

El artículo 4° de la Constitución General de la República establece -- que ante la ley, el varón y la mujer son iguales; la idea del legislador, -- como todos sabemos, es reconocer igualdad de circunstancias y de capacidad-jurídica tanto al hombre como a la mujer para evitar todo tipo de menosprecio, relego de la mujer ante el hombre, como sucedió en épocas pasadas en -- donde la misma (mujer), no se podía desenvolver con toda libertad en algunos campos sociojurídicos, por ejemplo en el trabajo, la educación, etc. Pero ¿es esta realmente cierto en el mundo fáctico? ¿En la realidad, el hombre y la mujer conviven mutuamente sin que la mujer sea desplazada? Afortunadamente, ese deber ser que marca nuestra Carta Magna se va obteniendo (no es todavía un logro!) cada día con mejores resultados. Pero lo anterior no quiere decir que el hombre y la mujer sean psíquica, biológica y emocionalmente iguales, como algunos grupos feministas han tratado de sostener llevandolos a los extremos; no, nada de eso, la mujer tiene su propia forma de pensar -- algún autor dijo que la mujer es impredecible por naturaleza-- , la mujer tiene también su muy particular forma de ver el mundo, -- que aunque debe complementarse con la del hombre, es totalmente distinta. No se trata tampoco como algunos pensadores pseudoliberales y también una corriente feminista pretende, de enfrentar al hombre y a la mujer como enemigos, disputándose la supremacía en la sociedad; no, cada uno tiene su papel y su función dentro de la misma y por lo consiguiente en el seno familiar. Uno de los autores que más han estudiado a la familia es sin duda -- Enrico Altavilla, quien sienta en el banquillo de los acusados a la institución familiar y analiza la crisis actual de la misma: "Ahora, la historia de la cultura matrimonial parece querer volver a sus orígenes, como una serpiente que se mordiera la cola". (41)

Lo anterior lo afirma el gran autor porque en toda su obra nos explica que de alguna o de otra forma la familia trata de regresar, al menos así se ve en algunos países nórdicos y en los Estados Unidos de Norteamérica, al origen de la familia en donde la unión familiar era más de hecho que de Derecho. Afirma Altavilla, que la pareja muchas veces falla en el matrimonio y se llega al divorcio, al adulterio o bien, en algunos países, como en Alemania se ha experimentado un fenómeno curioso que se ha dado en llamar el--

(41) Altavilla, Enrico. Proceso a la Familia. Edit. plaza y Janes.S.A., Traducción de Juan Moreno, 1975. p.14

"matrimonio por grupos": "...fenómeno en aumento: el del matrimonio "personal", osea, la unión sin boda. Una estadística lo ilustra elocuentemente.

En el año 1964, se celebraron 61.002 matrimonios; en 1969, sólo 47.969 un descenso impresionante..." (42) Sigue afirmando el autor, que en Dinamarca, por ejemplo, se opina lo siguiente: "...¿Porqué ir a buscar otro hombre y otra mujer fuera del matrimonio? sobre gustos no hay nada escrito. Pero, afortunadamente, se trata de gustos que los pueblos latinos no comparten, - excepción hecha de algunos degenerados que a veces, después de haber cedido la mujer a los amigos, matan a aquella y a estos". "En Escandinavia y Alemania, el "intercambio de mujer" (o de amiga) es cosa normal de estudiantes - de uno y otro sexo que conviven juntos en la misma casa,..."(43)

Los anteriores fenómenos, entre otros, se empiezan a presentar en la familia del siglo XX, un siglo que está culminando y que tiene en jaque a la sociedad en general y a la familia. Otras causas importantísimas, y que en la actualidad los autores las han manejado bastante para la estabilidad-familiar son las situaciones sexual y emocional. En cuanto al sexo, Wilhem Reich, psicólogo alemán ha apuntado, en la "Revolución sexual de los jóvenes" y en otras obras, que una de las principales causas de la incompatibilidad de las parejas es la relación sexual, por no conocerse, durante el noviazgo o la primera relación, en este terreno; muchos pensadores actuales y un grupo mal informado, sobre todo de jóvenes, han llevado ésta idea al extremo y se han desbordado en un libertinaje sexual, que a lo único que -- lleva es a un desequilibrio social y psicológico en el ser humano, fundamentalmente al joven inmaduro y desorientado, que sigue estas ideas de la relación sexual sin medida, criterio y ubicación; nosotros por nuestra parte -- creemos que la relación sexual, efectivamente, es importantísima en el ser humano, pero ésta debe ir acompañada de amor, comprensión y sobre todo pensamos que no debe ser el fin fundamental de una unión sino el medio para alcanzar el complemento espiritual y emocional con la pareja. Por lo que toca al aspecto emocional, este es y debe ser muchas veces todavía más importante que otros aspectos, incluyendo el sexual, pues sin sentimientos el -- hombre no puede realizar ninguna función, ni siquiera en la que se supone -- que el hombre da rienda suelta a sus pasiones como es la del sexo; solamente una máquina no tiene sentimiento y una máquina no ama, y mucho menos, --

(42) Op. cit. p 25

(43) Idem. p. 39

-tiene relaciones sexuales. El ser humano, creemos debe encontrarse en el siguiente punto: "Hacia el hombre, a través de la mujer, es en realidad -- que avanza el Universo. Toda la cuestión (la cuestión vital para la tierra ...) es que ellos se reconozcan" (44)

Pero la pareja no es la única en la relación familiar; el complemento de esa pareja, cuando los hay, son los hijos (independientemente de los ascendientes o descendientes del tronco común, por ejemplo, abuelos, nietos, etc.); sí, los hijos, ese tesoro invaluable que toda pareja espera tener algún día y que cuando lo tiene, su vida se cimbra, en todos los sentidos, para lograr sacarlo adelante lo mejor posible.

Ese tesoro, ese hijo, empieza por ser un niño, y es en la familia en donde el ser humano como hijo, tesoro y niño, obtiene sus primeros valores, sus primeras experiencias; la familia es su primer contacto con el mundo -- que lo rodea, de ahí que para nosotros la familia sea uno de los factores fundamentales de educación física y mental del niño, de ese niño que el día de mañana como adulto será miembro de una sociedad en la que tendrá que manejarse según sus principios y su forma de ver la vida, y los primeros principios y la primera óptica del niño para ver la vida los adquiere u obtiene dentro de la familia: "El origen y nacimiento del sujeto están vinculados a su hogar. Es evidente que el origen legal o (ilegal), que la procedencia de matrimonio, legal o de simple concubinato, influyen en la formación moral del hombre e incluso en su condición social...." (45)

Las palabras anteriores son del gran maestro Raúl Carrancá y Trujillo, y tan es cierto lo que dice que una familia desequilibrada puede crear en sus hijos, futuros delincuentes, o bien una familia estructurada emocional y humanamente en forma estable será un escudo para que los hijos que nazcan y se críen dentro de ella, no sean el día de mañana infractores o delincuentes sociales.

(44) Teilhard de Chardín, citado por Carrancá y Rivas, Raúl.

"El Drama Penal". Edit. Porrúa, México, 1982. p. 305

(45) Carrancá y Trujillo Raúl. "Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal" Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM Méx. 1955

Pero ¿qué es lo primero que hacen los padres con sus hijos? ¿qué principios tratan de inculcarles? y ¿cómo son las relaciones entre unos y otros? "No es fácil ser padre, aunque es la tarea más noble y bella del ser humano", nos decía el maestro Antonio de Ibarrola en la cátedra de familia; "Ser padre, representa ser sociólogo, niño, juez, todo, pero fundamentalmente representa ser honesto y humano con ilusión de convivir y encausar al pequeño..." nos recuerda a diario el maestro Carrancá y Rivas. Wolf Middendorff (46), extraordinario tratadista alemán nos dice: "El medio ambiente más importante de una persona, y por ello también de los jóvenes, es su familia es la primera responsable de su evolución, buena o mala".

Va apuntamos, siguiendo a los autores anteriormente señalados, que la familia se encuentra en crisis o por lo menos en una etapa de transición, en la época actual; por lo tanto las relaciones entre padres e hijos, muchas veces se tornan difíciles y problemáticas, lo que ha venido a romper un modelo o parámetro de lo que se entendía por una relación "normal o estable" - entre padres e hijos: la madre al cuidado de los hijos y la presencia del padre, como gafa del hogar, como ejemplo a seguir, y como el héroe de la familia; la madre abnegada dedicándose a las labores domésticas para cuidar del hogar y de la educación de los hijos... En la actualidad no se puede hablar ya tan fácil y llanamente de este tipo de relaciones; en el mundo de hoy el niño, el joven, están más expuestos a los embates crueles de la sociedad; hoy en día, la mujer ha ampliado su campo de acción social (¡qué bueno!), lo cual representa menos tiempo al lado de los hijos - hecho que no implica necesariamente menor cuidado a los mismos - , y por esta situación el niño o el joven buscan en los amigos el compañerismo necesario para jugar, divertirse en los tiempos libres, es aquí donde hay que tener el mayor cuidado para que el niño sea encauzado correctamente a través de esa amistad que es el reflejo de la sociedad... también en la actualidad, el padre ya no es, en muchos casos, la figura suprema y estelar de la familia, - ha sido suplido por los héroes de la televisión... Pero detengámonos un momento en esta observación. Qué bueno, por un lado, que el niño no dependa en su totalidad de los padres, porque esto lo hará un niño inseguro, y al día de mañana, como adulto, no podrá o sabrá tomar decisiones por sí sólo; - hay que dejarlo a veces que se enfrente sólo, con el mundo exterior para --

(46) Criminología de la juventud. Estudios y experiencias. "Traducción - Castellana, prólogo y notas de José María Rodríguez Devesa, Ediciones ARIEL BARCELONA, 1963.p 111

que adquiriera por sí mismo experiencias que lo harán madurar a lo largo de su crecimiento. Ahora bien, por otro lado, hay que tener mucho cuidado con -- que esas experiencias no lo vayan a acabar o a causar algún problema o trauma porque entonces el único perjudicado sería el menor; por ejemplo, una cosa es dejar al menor que por sí sólo conozca el mundo que lo rodea y otra -- cosa totalmente distinta es no preocuparse en lo más mínimo por él; otro -- ejemplo, está bien por un lado que el niño se divierta con instrumentos que lo unen con la sociedad y otra cosa, diametralmente opuesta, es descuidarnos y dejar que los hijos tomen como marcos de vida y como prototipos de hombre bueno y héroe a los personajes de "la mala televisión" (porque no toda la -- televisión es mala). Más adelante veremos cómo las fallas, en la educación familiar por ejemplo, repercuten terriblemente en el desarrollo de los hijos, las discusiones entre los cónyuges, el mal trato a los hijos, etc., -- pueden devenir en la familia generadora de delitos"... Bastenos por el momento decir que las relaciones entre padres e hijos, aunque difíciles, deben ser lo más tiernas, puras, directas y sobre todo sanas, lo más posible, -- decíamos, porque el calor familiar, será el ambiente que lleve a los hijos a un ambiente de seguridad y de tranquilidad con sus padres, consigo -- mismos y con la sociedad. Wolf Middendorff afirma "Los factores más importantes de la educación paterna (enténdase la del padre y de la madre)* son -- un permanente amor y solicitud, constante dirección y jefatura y la mayor -- consecuencia posible y, en resumen, una atmósfera familiar equilibrada y libre de tensiones"(47)

* El paréntesis es nuestro

(47) Middendorff, Wolf... op. cit.p.117

b) Relevancia del amor en los valores intrínsecos
de la familia

El amor es lo que le hace falta al mundo en general; la falta de valores y de principios han convulsionado gravemente la estabilidad social y por ende, la familiar en los tiempos actuales. Hoy en día, dado la sociedad consumista y enagenante en que vivimos, no nos preocupamos sino por producir y producir en sentido mercantil; Erick From en el arte de amar, nos explica siguiendo una idea de Carlos Marx, que el hombre contemporáneo se ha -- convertido en una máquina, que realiza sus actos sin pensar- proceso de eng genación-; que se mueve en la sociedad como si fuera un autómatas, un robot;- que anda a las carreras sin tener un sólo momento para pensar, ya no digamos en los demás en él mismo!...

Efectivamente el desvirtuamiento y quebranto de los valores o la falta de respeto a los mismos ha hecho que el ser humano se insensibilice con sus propios congéneres, y que no le importe en lo más mínimo, la vida, la libertad, el patrimonio de los demás y lo que es más triste, que no le interesen ni siquiera su familia. Hoy en día cuestiones como la solidaridad están dejando de ser cuestiones fundamentales en la vida del hombre; no se preocupa por los demás, sólo su propio ego e interés busca satisfacer, sin importar le por encima de quién pase y los principios que tenga que pisotear. La -- dignidad por desgracia la va dejando en segundo plano... para buscar metas insanas y a veces hasta inmorales (claro está que dependiendo de la moral de cada sociedad). El amor en general es único; amor al ser humano, el --- amor al prójimo, ¡el amor a uno mismo!; por cierto que de ese género se deriva el amor ya en sus distintas facetas; por ejemplo el amor conyugal, el amor fraternal, el amor filial, etc., pero se derivan de eso: ¡del amor!... valor y sentimiento que por desgracia en la actualidad se ha visto lastimado en sus fibras más íntimas por el propio ser humano: Homo Homini lupus.

Lo anterior no quiere decir que sea una regla única y absoluta, pero-- por desgracia sí en una crisis que vive la sociedad actual. Hesse y Ortega y Gasset nos dan muestras fehacientes y dolorosas de lo que decimos, en sus distintas obras. El amor es el motor del mundo. Sin amor por ejemplo, no podríamos desenvolvernos en nuestro trabajo; todo lo que hace el ser humano debe hacerlo con amor ya que de lo contrario no estará a gusto o conforme con lo que haga. Lo anterior es todavía más importante en relación con las per sonas; necesitamos amor al prójimo, y amor sobre todo a las personas que -

nos rodean para que la relación con tales personas sean lo más fructíferas-
posibles.

La historia nos demuestra lo que puede hacer y ha hecho el ser humano-
movido por el amor, sobre todo, el amor a la pareja: el amor por ejemplo de
Pericles y Aspacia, unió sus vidas y voluntades en una sola para hacer de -
la Grecia de la época, una sociedad riquísima, cultural, espiritual y mate-
rialmente; a veces el amor también derriba obstáculos, por más difíciles que
sean como fué el caso de Romeo y Julieta, a quienes no les importó la pugna
entre Montescos y Capuletos, para unirse para siempre, no er vida, que fué-
un drama pero sí en la muerte; otras veces el amor es persistente y enfer-
mizo y nos lleva a cometer delitos, por celos, por pasión, etc., como en --
las tragedias griegas (48).

Bertrand Russel, experto en el conocimiento de la naturaleza humana y -
estudioso de la sociología, así como de la psicología individual y social -
nos dice, al respecto, lo siguiente: "... por un lado, es el tema principal-
de la poesía, de novelas y obras de teatro; por el otro, es completamente--
ignorado por la mayoría de los sociólogos serios, y no se lo considera como
uno de los desideratum en los planes de reforma política o económica. No --
creo justificable esta actitud. Considero que el amor es una de las cosas-
más importantes en la vida humana,..."(49).

Cuánta razón encierran las palabras del gran sociólogo Russell, porque
efectivamente, debemos preocuparnos más, en todos los terrenos, sobre el --
sentimiento esencial del ser humano, el amor.. y -sigue diciendo nuestro-
autor-"Las tres princip: las actividades extrarracionales en la vida moderna
son la religión, la guerra y el amor; las tres son extrarracionales, pero-
el amor no es antirrational, es decir, que un hombre razonable, puede rego-
cijarse razonablemente porque el amor existe"(50). Sí, el amor existe y de
be ser el factor fundamental en la vida del hombre, ya que sin ese precioso
elemento, tanto el hombre como la mujer no podrán dar lo mejor de sí para -
los demás y para ellos mismos; abrigando, de esa forma una personalidad in-
completa que poco les ayudará para crear un mundo mejor.

(48) Vease, sobre el particular, la gran obra "Del amor al delito", de Vico
Mellusi. (Capítulo, los delincuentes por celos) Centro Editorial de Góngu
ra, Madrid. (sin edición y sin año), T.I. P.p. 119 ysgs.

(49) Russell, Bertrand. "Matrimonio y Moral" Ediciones siglo veinte Buenos -
Aires, 1965 p. 83

(50) Idem p. 84

Así pues, sentimos que tal es la vida del ser humano; una constante -- búsqueda de su otro yo, de su complemento, del ...amor, para poder dar feli cidad y comprensión a los demás, pues si una persona no ha tenido la oportu nidad de amar y de ser amada, creemos que le faltará mucho por conocer a -- sus congéneres y debe de ser de una otra forma, un individuo adaptado emocio nalmente con el mundo que le rodea... ¿No fue Jesús, quien por amar a sus -- semejantes ofreció su vida para salvar el mundo...? Esto es, repetimos, lo -- que le hace falta al mundo: ¡Amor!

Concluamos este pasaje de nuestro trabajo con una cita preciosa del -- maestro Carrancá y Rivas (51): "pues bien, en un precioso texto Teilhard dí ce "el amor es la más universal, la más formidable, la más misteriosa de -- las energías cósmicas". Por lo tanto, no se trata de un amor "color o cosa" sino de una energía que mueve al mundo entero y cuya riqueza va desde los-- más infinitesimales elementos celulares hasta la más compleja manifestación espiritual. No será el amor - se pregunta Teilhard-, simplemente, en su -- esencia, ¿"la atracción misma ejercida sobre cada elemento consciente, por el centro en formación del Universo?" El amor nos hace evolucionar; por eso es que "la manera más expresiva - escribe- , la más profundamente verdadera de contar la Evolución universal será sin duda referir la Evolución del --- Amor". y Teilhard culmina algunos de estos pensamientos diciendo lo sigui-- ente sobre el amor: ... aliciente de sencibilización y de acabamiento reci-- procos, donde la preocupación de salvar la especie se funda gradualmente en la embriaguez más basta de consumir, entre dos, un Mundo..."

(51) El Drama Penal... op. cit. p. 305

2.-LA FAMILIA GENERADORA DE DELITOS

a) Crisis familiar

Ya apuntamos anteriormente que la familia desequilibrada afecta sensiblemente las estructuras medulares de la sociedad, porque es aquella precisamente la célula de ésta; hemos dejado establecido, también, que es necesario

el amor y la comprensión en el hogar familiar para que el niño o joven, - que el día de mañana será adulto, pueda desenvolverse y desarrollarse en -- una forma más sana y estable. Pero ¿qué pasa cuando se rompen esos postulados y hacen presa de la familia la depresión, el caos y la insensibilidad? - Porque la familia tiene enemigos infernales que constantemente la acedian y la ponen en peligro... A lo largo de toda la historia, como hemos visto, la Institución familiar ha pasado por innumerables cambios que han cimentado y moldeado su estructura, pero, hoy más que nunca antes, la familia está pasando por una serie de cambios que la tienen bastante lastimada; y son una serie de conductas y de fenómenos, que en determinados momentos la pueden llevar hacia una crisis letal amenazando su propia estructura medular y esencial...

Uno de los primeros problemas que afectan a la familia, es el interés - desviado para estructurar y edificar a la misma, es decir, cuando debieran - ser el amor y el sentimiento de ayuda y comprensión, los elementos que motivaran a los seres humanos para formar la familia, vemos que no sucede así, y ya desde su inicio se ve lastimada la institución familiar, al verse unida - por el sólo interés económico, social, por el famoso "qué dirán", porque "ya se tienen que casar", o por alguna otra causa triste que en lugar de servir de base para apuntalar una familia con cohesión, servirá para que cuando ya estén casados el hombre y la mujer, surjan situaciones de incompatibilidad y los hagan lastimarse mutuamente y por desgracia, la mayoría de las veces, -- también a los hijos: "... Se está imponiendo un tipo distinto de familia, -- ya no es sólo fábrica de hijos y que, por el contrario, debe servir para el complemento del individuo a través de otro individuo, o sea, a través del -- otro cónyuge, del cual se espera obtener no sólo comprensión y amor, sino -- también protección y seguridad. Con frecuencia, hoy se casan las personas - por miedo. Y la solidez del matrimonio deriva muchas veces del miedo que del amor" (52)

(52) "Proceso a la familia"... op. cit. p. 126

Las anteriores palabras de Enrico Altavilla nos demuestran que en muchos países, como son los que él ha estudiado, fundamentalmente europeos, -- aunque también se empiezan a vislumbrar tales hechos en algunos países de América, no importa ya tanto el sólo amor, sino tomando en cuenta las cada vez menos posibilidades, económicas, sociales, culturales, etc., que presenta la sociedad actual tanto el hombre como la mujer buscan también protección y seguridad en esos aspectos: "La búsqueda de la seguridad a través del matrimonio no es un fenómeno nuevo. Pero en otro tiempo --el tiempo en que -- había más amor y menos miedo--, la seguridad se buscaba a través de la consistencia de una posición económica o social: el hombre quería la dote; la mujer pretendía un puesto en la sociedad. Hoy, en la Europa Centro septentrional, todos ganan, y mucho; hasta las mujeres y la protección contra el mundo externo se busca en la consistencia de los efectos.

"por tanto, más fácil resulta equivocarse. Porque resulta fácil evaluar la posición económica de una futura esposa o la posición social de un futuro marido, que, a menudo, no experimentan modificaciones durante el matrimonio. En cambio, resulta difícil valorar la consistencia de los efectos. Y a menudo se descubre, después de la boda, que no se tienen tantas cosas en común como se había creído." (53)

Así pues, este es el primer enemigo del hogar familiar, el que podríamos llamar "matrimonio por interés", es decir, un interés distinto al que estamos acostumbrados a tomar en cuenta para la unión de una familia y que es el amor, con todos sus componentes colaterales: comprensión, ayuda mutua, -- desinterés, etc....

Es indudable que los hijos habidos en este tipo de matrimonios, de una o de otra forma se verán afectados cuando los padres discutan sobre la estabilidad del hogar, al darse cuenta cabal que se casaron por simple interés y que las cosas esenciales de la vida hay que enfrentarlas con apoyo mutuo y, a veces, con un alto índice de sacrificio personal en beneficio del cónyuge y de los hijos, los que no tendrán ellos, precisamente por no haber cimentado fuertemente la unión inicial...

Ahora bien, ya una vez que se ha unido la pareja ya sea con amor o sin él hay otros fenómenos terribles que pueden causar un grave daño a la familia, algunos de los principales, que no los únicos, son los siguientes:

a) la inmadurez. Sí la falta de madurez y la inexperiencia en relación con la vida han llevado, por desgracia, a muchos matrimonios al fracaso en su vida interna. Son muchas las parejas que se casan demasiado jóvenes o bien, aunque mayores, inexpertas en los conocimientos de la vida misma; ya sea por una mala educación familiar, por una mala interpretación de lo que es la vida en sí, o por no tener el carácter suficiente para afrontar los problemas de la vida o por no saber, incluso, educar a los hijos -hay quien dice que no sólo hay que educar a los hijos sino también a los padres-; por una o por otra causa pero tanto el hombre como la mujer se ven inmiscuidos en esa problemática, la cual sí no tiene el suficiente criterio se ve favorecida para lastimar y hasta vulnerar a la familia.

b) el dinero. No la pobreza, porque si bien es cierto que en determinado momento la pobreza o la miseria son los principales aliados de los delitos patrimoniales, esto no quiere decir que por la miseria una familia se resquebraje en su estructura medular, aunque reconozcamos que sí el aspecto económico afecta la estabilidad familiar, pero, raramente, no al grado de poner en crisis su estructura. El poderoso señor don dinero, ese "noble caballero", que a veces ciega al hombre o a la mujer y los hace irse por caminos malos que afectan cruelmente a la familia: "junto a la corrupción de costumbres vemos aparecer indefectiblemente al hoy nombrado dios dinero, como fetiche a quien rinden culto los hombres de nuestra nueva generación hoy más que nunca, ya que el culto al dinero, la auero sacrafames bien viejos en la historia de nuestra humanidad. Más se limitan los hijos en las ricas mansiones magistralmente descritas por Abel Quezada, donde abundan los automóviles, -- los excesos insensatos, el cruel despilfarro, el lujo indecente y rascacuero que en las familias de los necesitados. ¡Cuántas veces las personas adineradas se preocupan en adquirir quintas campestres o residencias a la orilla del mar, sin siquiera ponerse a considerar previamente las cantidades que éstas van a demandar en el futuro por gastos de mantenimiento!..." "Es muchas veces el afán de lucro el que obliga inclusive a la mujer a abandonar su hogar dejando a los pequeños privados de amor y de cuidado. Es enemigo también de la familia, y muy grave, el lujo" (54) Efectivamente, a veces el dinero en exceso, los lujos innecesarios y lo superfluo, hacen que el ser humano se olvide de las cosas esenciales de la vida y se pierda, sobre todo -- cuando es joven en las cosas que realmente no le dejan sino una sensación de

(54) De Ibarrola Antonio, "Derecho de Familia..." op. cit. p. 15

que domina el mundo y de que todo lo puede, afectándose así mismo y por consecuencia a su familia y a la sociedad.

c) Hay otros factores exógenos, como son la drogadicción, el alcoholismo, los medios masivos de comunicación, etc. que afectan a la familia pero que son materia de otro capítulo, y por lo tanto, en dicho lugar los revisaremos.

d) Un elemento interno que afecta a la familia, es sin duda, la des--- unión entre los miembros de la misma y que muchas veces tiene como causas -- las anteriormente descritas y otras; la falta de comunicación entre los componentes del núcleo familiar es triste y desalentadora para el buen desarrollo de la misma. En ocasiones, por las razones ya señaladas la pareja rompe la relación cordial o bien nunca la llega a tener y se torna alrededor de -- ellos una barrera infranqueable para salir adelante en su hogar familiar; -- otras veces, el padre o la madre no encuentran el vínculo esencial que los -- una con el hijo, como sucede en muchos casos, sobre todo cuando el padre varrón se encuentra "demasiado ocupado" con sus actividades laborales o socia-- les y no tiene el suficiente contacto ni físico, ni espiritual con su hijo; -- todo ello origina que el miembro que no encuentra contacto o eco con su fami-- lia trate de buscar dicho eco, o contacto fuera de la misma para que se le -- de apoyo a sus ideas o experiencias... Es aquí donde puede estar el peligro de dicho miembro de la familia, ya que puede estar mal orientado en relación con esas experiencias y por no tener la suficiente comunicación con sus familia-- res, esa situación se puede tornar en un problema y afecte senciblemente su vida y la de su familia. Una vez más apuntamos que la armonía y tranquilidad en la familia se puede alcanzar poco a poco si tratamos de poner cada -- vez más de nuestra parte para lograr un beneficio familiar y social; la tarea no es fácil pero tampoco imposible...

Así pues, éstas son algunas de las causas que pueden llevar a la "familia generador de delitos". "...Entre las condiciones sociales que influyen en la conducta delincuente, debe destacarse especialmente, por su particular importancia, el hogar: tema de estricta competencia de la Sociología Criminal, por cuanto constituye el medio natural en que se forma la personalidad-social del hombre" (55).

(55) Carrancá y Trujillo, Raúl. "Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal... op. cit. p. 103

"El medio ambiente más importante de una persona, y por ello también de los jóvenes, es su familia; es la primera responsable de su evolución, buena o mala..." (56)

Repetimos, las anteriores no son las únicas causas que afectan a la familia y que la podrían convertir en factor criminógeno; la irresponsabilidad de los padres (y a veces de los hijos), es un enemigo también de tal institución: el abandono de las obligaciones como padres, el abandono de los niños, el descuido en el cuidado de los hijos, etc. Aunque el caso contrario también en extremo es lo peligroso, o sea, el cuidado excesivo y la extrema protección del menor, haciéndolo el día de mañana un hombre inseguro y dependiente de alguien para salir adelante en la vida; imaginemos una persona, como las hay, que hace lo que los demás le aconsejan sólo porque no tiene el suficiente carácter para negarse y porque desde pequeño sus padres todo le hacían y él sólo sabía obedecer...

Todos los anteriores aspectos, en determinado momento se unen y afectan al individuo y lo hacen más propenso a ser víctima de las garras del delito, es decir, delincuente.

Y por otro lado ¿qué pasa cuando alguno de los individuos falta en la familia? ¿qué sucede con la familia incompleta? indudablemente al faltar uno de los miembros familiares, el círculo del hogar se cimbra hasta en sus raíces; no obstante lo anterior, no toda familia completa promete una estabilidad familiar y social en sus miembros y *viceversa*; sin embargo, "No existe duda alguna de que la mutilación de la familia influye fuertemente en el destino de niños y jóvenes y, en verdad, la mayoría de las veces en sentido negativo..." (57)

(56) Middendorff, Wolf "Criminología de la juventud"... op. cit. p. 111

(57) Middendorff, Wolf... op. cit. p.p. 125-126

Por último, uno de los factores que también afectan a los miembros de la familia es el divorcio, aún y cuando éste sea a veces un "mal necesario"; hay gente que logra superar tal situación ya se trate del hombre o de la mujer, pero por desgracia, la mayoría de las personas, de una o de otra forma se ven resentidas en su forma de ver al sexo opuesto en el aspecto emocional o bien en sus relaciones cotidianas se convierten en personas quisquillosas. Pero aquí no estriba el problema, sino en la forma de conducir y educar a -- los hijos; es indudable que el hijo de padres divorciados, se siente carente en el fondo de algo; ese algo, según los psicólogos, es la añoranza de la vida o del tiempo en que sus padres vivieran juntos, aunque también hay casos en los que tal unión fue tan terrible que por eso fue la separación mediante el divorcio. Sobre este fenómeno, veamos algunas observaciones que hace Al-tavilla(58) en relación con los países europeos: "...¿qué suerte espera a los hijos de padres divorciados? ¿sufren a causa de la separación de los padres? A esta pregunta, responden negativamente los sociólogos escandinavos, y de las numerosas encuestas llevadas a cabo con hijos de padres divorciados se desprende que el fracaso del matrimonio no parece tener consecuencias en el desarrollo psíquico de los muchachos. Digo "parece", porque el divorcio de los padres podría tener para los hijos el efecto de una bomba de explosión retardada, provocando neurosis y complejos, que podrían manifestarse sólo al cabo de muchos años..." " los Sociólogos suecos han examinado dos grupos de niños, constituido el primero, por hijos de padres divorciados, y el segundo por hijos de padres no divorciados, y han encontrado el mismo porcentaje de trastornos psíquicos entre los niños de uno y otro grupos. Por tanto el divorcio, al menos en apariencia, no ejerce ningún efecto negativo". De lo anterior se podría desprender que el divorcio no causa mal mayor en los excónyuges ni en los hijos, pero observamos que el autor maneja las palabras "parece" y "en apariencia" o sea que no son observaciones que en los países europeos ya se tengan como ciertas, sino que se manejan con mucho cuidado. El mismo autor nos dice que "... Se debería añadir, para terminar, que los niños que se ven obligados a vivir en compañía de padres que no quieren y que discuten y riñen continuamente, sufren más que aquellos cuyos padres se separan. Como sostienen también los investigadores alemanes, un buen divorcio es mejor que un mal matrimonio..."

(58) "Proceso a la familia"... op. cit. p.p. 27 y sigs.

Aquí parece ser, que el divorcio sería lo menos perjudicial para los hijos que el mismo matrimonio malsano de sus padres... Así pues, ¿qué hacer ante tal situación? Altavilla observa algunas reflexiones y medidas al respecto: "Las personas que se divorcian deberían decir a sus hijos: como cónyuge estamos separados; pero como padres seguimos siendo, para siempre, tu padre y tu madre, y, superando las amarguras que los llevaron al divorcio podrían mantener relaciones amistosas, en bien de los hijos..." "Otro posible trauma es el de los hijos que ven cómo la madre contrae nuevo matrimonio, "traicionando" de una manera definitiva a su padre..."

Así pues, el divorcio es algo que existe, y no es este el lugar para -- analizar toda su complejidad, bastenos apuntar, para efectos de nuestra investigación que, si no se le sabe enfrentar, con cordura, y objetividad, pugna de afectar tanto a los cónyuges o excónyuges, como a los hijos, sobre todo a estos últimos.

Los anteriores fenómenos marcados como agentes atacantes de la familia, repetimos, son los únicos pero que la resquebrajan, la lastiman y la hacen verse substancialmente afectada, y una familia que es afectada en tal forma es la que por desgracia se convierte o tiende a convertirse en "La familia generadora de delitos"... Una familia con problemas, por ejemplo de índole de los que hemos manejado, es una familia susceptible de caer en el velo obscuro y tenebroso del delito.

b) El problema de las madres solteras

Hemos querido manejar también, esta situación, es decir, la de las madres solteras, porque una madre de tal naturaleza, es un ser como cualquiera otro, y por desgracia, la sociedad muchas veces las rechaza, si no frontal -- sí expresamente. Lo primero que se le ocurre a la gente, ante una mujer -- que es madre soltera consiste en pensar que la que está mal es ella, no el -- marido, y mucho menos la sociedad... Sí, porque querámoslo o no, vivimos en -- una sociedad machista, en la que pocas veces se reconoce en su justa dimensión la falta de un hombre en relación con "la falta" de una mujer y esto --

NOTA.- En México también se han hecho estudios en relación con las consecuencias del divorcio e igualmente se ha encontrado que no afecta ni a los cónyuges, ni a los hijos, cuando se le sabe manejar, y casi siempre en relación -- con los hijos Ver la multitudinaria obra "Derecho de familia" de Antonio de -- Ibarrola, p.p. 283 y sigs.

ocurre en cualquier terreno, y en todo orden de ideas. y también, se minimiza la responsabilidad de lo social, en relación con la conducta de un ser humano, y sobre todo con la de la mujer; así, si una mujer tiene problemas, pocas veces se verá en su exacta magnitud, la responsabilidad de tercero, incluida la sociedad.

No nos estamos poniendo ahora, en el papel de protectores de la mujer, y exponiendo al hombre como un ogro y a la sociedad como un cáncer; no, no se trata de eso, sólo estamos reconociendo un hecho real de nuestra vida diaria, que es el problema de las "madres solteras", y que por desgracia, les ha afectado bastante, a quienes tienen esa situación...

Antes que nada distingamos grupos, ubiquemos conceptos. La ley reconoce sólo dos tipos de estado civil en las personas: soltero o casado. Así, la madre soltera, será aquella mujer que por naturaleza o por adopción jurídica, o de hecho tiene hijos; no siendo casada; Un grupo lo forman las mujeres -- viudas o divorciadas --cuyo estado civil es el de soltera--, con hijos; aquí no es mayor el problema, aunque sí repercute, como ya vimos en la familia incompleta, en el desarrollo de los hijos; y otro grupo lo forman las mujeres que nunca fueron casadas y que sin embargo son madres. Hay, lamentablemente, muchos casos en los que el hombre y la mujer, llegan, irresponsablemente al acto sexual, y cuando la mujer queda embarazada, el hombre la abandona a su suerte; ya sea porque la familia del varón se opone al matrimonio, ya sea por que solamente la quería para llegar a la cópula, o por cualquier otra circunstancia, pero el caso es que, por desgracia, la mujer en este tipo de casos siempre sale perdiendo, sobre todo psicológica y socialmente. Pero a lo que vamos es a esto: en relación con la familia ¿qué tiene que ver esta situación? ¿ forma la madre soltera, con su(s) hijo(s) una familia? Sí, si tiene mucho que ver la situación de este tipo de mujeres con la familia, y por otro lado, afirmamos que la madre soltera, con sus hijos sí forma una familia... En la mayoría de los casos, la mujer que fue burlada por un sujeto nefasto al embarazarla y no hacerle frente a tal situación (sobre todo ahora se da más este caso ya que se quitó la seducción como elemento de delito de estupro; así que ya pueden seducir libremente "los tipos sin sentimientos"-- a las jovencitas y embarazarlas sin tener que responder penalmente por su fechoría*),

* Véase al respecto las notas que el maestro Carrancá y Rivas apunta al respecto del delito de Estupro (art. 262 c.p.) en la obra "Código penal Anotado de Carrancá y Trujillo, Raúl/ Carrancá y Rivas, Raúl. Edit. Porrúa, México, D.F., 12° Edición, 1986, p.p. 634 y sigs.

-se queda en el núcleo familiar al que pertenece, y obvio es que tal núcleo familiar se ve afectado emocional y socialmente; por lo que sería una familia más lastimada, aunque repetimos, puede que se de el caso en el que tal núcleo familiar supere tal situación y se vea afectado lo menos posible; -- por otro lado tenemos a la madre soltera que no se queda en el grupo familiar al que ya pertenece, sino que sale de él y trata de formar su propia familia, enfrentándose a todos los problemas que ya analizamos; la sociedad el impacto psicológico, la educación de su hijo, que será todavía más difícil por la ausencia del cónyuge, que para el niño será la ausencia del padre.. y problemas de tipo económico, por la falta de apoyo para salir adelante en la vida, etc; y por desgracia, repetimos, esta situación de las madres solteras es un fenómeno, no poco común en una sociedad como la nuestra, donde abundan el machismo y otros vicios que afectan al propio ser humano, es decir, a la propia familia...

3.- LA FAMILIA COMO FACTOR PREVENTIVO DE LA CRIMINALIDAD

a) Familia y Educación

Ya vimos cómo la familia, por desgracia, puede ser generadora de conductas delictuosas; ahora veamos, desde nuestro punto de vista, en qué medida-- la familia puede ayudar a prevenir dichas conductas delictuosas. La Educación ha sido estudiada por los entendidos en la materia y se ha llegado a la conclusión de que es uno de los factores fundamentales para la prevención de la delincuencia, e incluso, para la rehabilitación social del delincuente: -- "La difusión general del alfabeto permite la más fácil uniformidad de las --- ideas y, después, la más rápida evolución intelectual. Aunque el conocimiento del alfabeto sólo es vehículo inmediatamente de ilustración, es indudable que por el comercio de las ideas que el conocimiento del alfabeto permite, -- se está mejor capacitado para convivir socialmente con los demás..."(59).

Ahora bien, es indudable que el ser humano recibe su primera educación-- y tal vez la principal-, en el seno de la familia; sus primeros valores educativos los adquiere a través de sus familiares el ser humano; por ejemplo,-- la madre al reprender al niño porque "le pegó a su hermanito..." le está inculcando desde ya el respeto a los demás..., cuando lo regaña porque tomó el juguete del primo o del amigo le está instruyendo sobre el respeto por las cosas que no le pertenecen; y al llamarle la atención porque el niño hizo el clásico "berrinche", porque no se le dió todo lo que quiere, se le está preparando para que tome conciencia de que no todo lo que desea y deseará en-- el futuro siempre le será dado; claro está que estas son cuestiones elementales y, si se quiere, hasta rudimentarias en la vida del ser humano, pero son los primeros pasos para que ese niño adquiera las bases del respeto hacia el mundo que lo rodea... obvio es que lo anterior no es nada fácil, es decir,-- la educación de los hijos es una labor bastante difícil; al educar a los hijos, los padres, tienen que hacerlo, evitando los malos tratos, los sentimientos de culpabilidad en el menor, las malas palabras, así como otras conductas que pueden afectar al niño en su desarrollo normal; sin que esto quiera decir que a veces no sea necesaria la reprimenda fuerte y enérgica de los padres, sólo que debe hacerse, pensamos, sin llegar a los extremos ya señalados, los que pueden resultar altamente perjudiciales para el menor.

(59) "Principios de Sociología criminal y de Derecho Penal"..., op. cit.p.153

Después esta primera educación familiar es complementada con la educación escolar donde los maestros a veces substituyen a los padres y otras, -- son estos los que substituyen a los maestros en la educación del menor... Lo anterior no quiere decir que un niño bien educado nunca llegue a cometer un delito pero "las estadísticas norteamericanas permiten concluir que ciertos delitos acusan un ritmo descendiente cuando aumenta el nivel de la educación básica..."(60). Pensamos que lo mismo ocurre en otros países, así como en México.

Así pues, el factor educativo es una de las bases de lo que será la persona del ser humano, cuando dicho factor se empieza a manejar en los primeros años del individuo: "Durante la primera parte de su vida, el niño sólo está expuesto a los influjos educativos, mejores o peores, de sus padres, pero a continuación comienza para el niño una época en la que tiene que vivir en una comunidad independiente de la casa paterna. Nuevos influjos parten entonces de los maestros y de sus compañeros de estudios; la escuela, en su conjunto, gobierna el devenir del joven ser humano en medida decisiva. Allí tiene que insertarse en un orden igual para todos y con frecuencia incómodo. El joven es valorado con arreglo a su capacidad y al resultado de su trabajo y recibe un puesto fijo en la comunidad escolar, a menudo, su conducta en esta situación apunta ya la evolución que posteriormente ha de producirse"(61)

Por otro lado, la familia y la educación están íntimamente ligados también desde el punto de vista social y hasta político. La educación que recibimos durante nuestra vida es reflejo de una educación de la sociedad en general. La primera educación que recibimos, en el seno de nuestra familia, forma parte de la educación social; y en ese sentido, los especialistas en psicología social y en criminología apuntan que no sólo se necesita educar a los niños, sino también reeducar a los adultos; hacerles ver a estos que los valores fundamentales de la convivencia humana debemos comprenderlos y enharbolarnos como estandartes de lucha para un futuro mejor y con mayores beneficios de la comunidad humana... Además, desde el punto de vista político, es necesario que el Estado realice una estricta y radical política educativa en la que se reformen y estructuren los programas de educación nacional

(60) "Principios de Sociología Criminal..." op. cit. p. 153

(61) "Criminología de la juventud..." op. cit. p. 137

-en la que se fortalezcan y refuerzen los valores esenciales y fundamentales del ser humano; política en la que se pulan y enfatizan los sentimientos mínimos de convivencia social y de unión familiar. Actualmente, el Estado Mexicano, a través de instituciones como el DIF (Desarrollo Integral de la Familia), ha puesto mayor cuidado y énfasis -con sus fallas, claro está-, en la institución de la familia; también, actualmente, los medios masivos de comunicación están trabajando en la importancia que para la familia y para la sociedad posee una madre, un padre, un tío o un hermano, etc., con quien podamos en determinado momento contar como un apoyo en nuestro desarrollo humano.

b) Familia y Moral

Una sociedad sin moral es una sociedad sin principios, una sociedad en decadencia... La moral es un instrumento importante para el desarrollo sano y potente de toda comunidad; una organización social está basada en una serie de principios jurídicos, pero es necesario una buena moral que ayude a que el ser humano no se deshumanice, y que vea en sus congéneres valores muy propios y particulares que aquel tendrá que respetar, por pertenecer a la esfera más íntima de la conciencia de estos y sin los cuales su personalidad se vería trunca... pero ¿cuál es el papel actual de la moral? y ¿cómo es que debe manejarse en beneficio de la comunidad y de la familia? Ya sabemos que cada persona y cada familia tienen su propia moral la cual no es, como ya hemos dicho, sino un reflejo de la moral social; es aquí donde pueden verse afectados los intereses de los individuos si la moral social, se ve lastimada o mal encauzada en relación con los valores de esta materia; creemos que si una sociedad da rienda suelta, en el sentido moral, y permite que cada individuo pase por encima de los valores de los demás esto sería perjudicial para la familia y para la sociedad en general, es decir, si en determinado momento los individuos viven su vida de manera desenfrenada, sin el mínimo respeto por los padres y por los principios básicos morales de la sociedad esto será un peligro para aquella y para ésta; lo mismo sucederá si nos vamos al extremo contrario, es decir, si la moral social se torna rígida y amenazadora, se estará coartando al ser humano en su forma de conducirse y no podrá obtener una compenetración con sus familiares y con la sociedad.

Así tenemos que la Ética, como ciencia que estudia a la moral, nos explica - que si el individuo desde su infancia -en el seno familiar-, no aprende a -- amar los valores como la vida, el amor, la fraternidad, la libertad, etc, di fícilmente podrá aceptarlos y respetarlos de adulto... El fenómeno de los va lores desde el punto de vista moral raya en un delicado y fino encuentro con el fenómeno religioso, jurídico, filosófico y hasta estético... y lo que es-- más, no es la misma moral social en un país que en otro; el multicitado au-- tor Altvillla (62) nos explica que hay sociedades y países en donde la moral - reinante permite que la familia se reestructure para bien o para mal, tal es el caso del "matrimonio por grupos" que ya en algunos países como en Alema-- nia se presenta y que en otros países, por ejemplo, México, dista mucho de a ceptar tales uniones... Pero lo importante es que esa moral social no se a-- parte, como decíamos, de otros aspectos que juntos forman la forma de ver la vida de un pueblo, tal es el caso, por ejemplo, de la religión, la filoso-- fía, El Derecho, etc... Jellinek por ejemplo decía que en toda norma jurídi-- ca hay un mínimo de mínimo moral, y Carrancá y Trujillo apunta: "Un clásico-- venerable - Rossi -, transido su espíritu por la más pura y noble experien-- cia humanista, escribió que el Derecho Penal es la más importante rama entre todas las de la Ciencia de las Leyes, ya por sus relaciones morales, bien -- por las políticas: "Todo progreso de la ciencia penal es un beneficio para - la Humanidad, y por ello economiza sufrimientos y, sobre todo, secunda la -- marcha del hombre hacia su desenvolvimiento moral"(63)

De tal forma, tenemos que, en una familia donde la moral sea bastante - flexible se corre el riesgo de que se incurra en conductas que no sólo afec-- ten a la moral social, sino al Derecho y a la Sociedad en todos sus órdenes, - tal es por ejemplo, el caso del incesto, de la bigamia, en donde si no se -- tiene una clara conciencia de lo que son los valores del amor, la fidelidad, etc., pero tamados en su justa dimensión, sin malos prejuicios, o normas mo-- rales recalcitrantes, se puede lastimar seriamente a la familia. Y en el ca-- so contrario, si una familia lleva al extremo las cuestiones de sus normas - morales y por ejemplo, si los padres no permiten la menor libertad en el de-- sarrollo moral de los hijos, como podría ser el caso de hablar con consciencia y sin tabúes, o prejuicios exagerados, en lo referente al sexo, o si -- los reprimen dejándoles un "sentimiento de culpabilidad".

(62) Cfr. op. p. 125 y sigts.

(63) "Derecho Penal Mexicano"... Op. cit. p. 13

Otro problema fuerte es, por desgracia, cuando los padres no permiten que - sus hijos se desenvuelvan libremente con sus amigos, entonces les estarán causando un daño extremoso también, que si bien no inmediatamente, si, en el futuro, repercutirá incluso cuando lleguen -los hijos- a formar su propia fa familia, y así por ejemplo en la vida conyugal, en cuanto al sexo, la pareja, - aún y cuando alcansen comprensión en ese terreno, los atacará por momentos - el fantasma que arrastraron toda su vida como hijos de familia, en el sentido de que de alguna forma el sexo es malo... (64)

También en este terreno tenemos que apuntar que es necesario una justa-reestructuración de la moral en la sociedad mexicana ya que, por desgracia, - nuestra comunidad muchas veces recibe el embate de otras culturas que no corresponden a nuestra tradición moral y cultural, tal es el caso de que en -- los últimos años México se ha convertido en un país receptor de una forma de vida totalmente distinta a la nuestra como es la norteamericana, a través de las películas, el pensar de la gente, cierta literatura, etc. Claro está -- que no es tarea fácil ubicar una fuerte moral en cualquier país, pero estamos seguros de que nuestra sociedad con su rica tradición moral en ese sentí do, aunque con sus fallas, puede salir adelante y ayudar a que la familia no se desintegre...

c) Importancia de la Cultura

Es importantísima para el desarrollo integral del ser humano; la cultu ra no es sólo educación, sino es toda una forma de vida, individual y colec tiva; creemos, siguiendo a varios de los autores ya citados, que un individuo culto, es un individuo más preparado para hacer el bien y aguantar los-embates terribles, del mundo tan convulsionado como el que nos ha tocado vi vir; la Cultura es educación del espíritu, del alma...; es asimilación de ciertos elementos y principios que sólo entran por la vía delicada de los -sentidos: no sólo el que lee es culto, sino, también el que sabe oír, el - que sabe comer, el que se regosija ante una obra de arte, y, fundamentalmen te el que sabe vivir...

(64) Véase al respecto la obra ya citada, "Natrimonio y Moral" de Bertrand Russell (Capítulo, El puesto del sexo entre los valores humanos)

Ahora bien, un pueblo debe tener su propia cultura y tratar de que cada familia, como célula que es de la sociedad, la asimile y la perfeccione... para que en un proceso dialéctico y llegado el caso, sea en el interior de - cada familia donde se luche por superar las crisis culturales de la sociedad y se aspire a un mejor mundo... México en cada familia despliega su cultura, es decir, México, contrariamente a lo que piensan algunos pensadores, tiene su propia cultura; una tradición cultural riquísima en la que respaldada y se ha respaldado, a lo largo de su historia, nuestro país. Lo que sucede es que luego ciertos escritores confunden cultura con civilización... Acepto que - un país como los Estados Unidos o alguno de Europa podría estar más civilizado que el nuestro -y eso habría que comprobarlo-, y puede ser que el avance de la tecnología en esos países permita un proceso de civilización más completo... pero lo que no aceptamos de ninguna forma es que se pretenda hacer pasar al pueblo mexicano como un país inculto o "inculturizado", sin una tradición histórica y sin metas hacia el futuro; no, nuestro país se ha cohesionado y preparado culturalmente, desde nuestros antepasados precolombinos pasando por la conquista fundamentalmente, y por otra serie de movimientos que han marcado el paso y la transición de nuestra cultura nacional, tales como la independencia, la revolución, y otros que le han dado al pueblo de México su propia cultura y su muy especial forma de vida... y esa forma de vida la recoge, la asimila y la transforma cada familia; es en la familia -- donde se reproducen nuestros patrones culturales; es en la familia, en donde los individuos deben asimilar una forma honesta, leal, recta y clara de convivencia en relación con los demás miembros de la sociedad. Por eso es injusto y contrario a nuestra tradición cultural e histórica el que a diario nos matemos y nos lastimemos unos a otros en asaltos, robos, violaciones, -- etc., y sobre todo que listiemos al receptáculo celular de la cultura y de la sociedad, o sea, a la familia, con éste tipo de conductas y con las que directamente la ponen en peligro de resquebrajarse como son el incesto, la bigamia, la alteración del estado civil, o llegado el caso el adulterio, como - lo veremos más adelante.

La familia, hasta lo que llevamos visto es el baluarte y la salvación - de la sociedad; una familia fuerte refleja una comunidad fuerte... ¡Pongamos, en la medida de nuestras posibilidades, todo lo necesario para respetarle el lugar que tiene y que debe seguir teniendo, y que es el número uno en todos los ordenes!...

B I B L I O G R A F I A

consultada para el segundo capítulo

- 1.- Altavilla, Enrico. "proceso a la Familia". Editorial Plaza y Janes-- S.A., traducción de Juan Moreno, 1975.
- 2.- Carrancá y Rivas, Raúl. "El Drama Penal". Editorial Porrúa, Primera-Edición, México, 1982.
- 3.- Carrancá y Trujillo, Raúl. "Pincipios de Sociología Criminal y de De Recho Penal". Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM México, 1955.
- 4.- Middendorff, Wolf. "Criminología de la juventud, Estudios y Experiencias". Traducción castellana, prólogo y notas de José María Rodríguez Devesa. Ediciones Ariel, Barcelona, 1963
- 5.- Mellusi, Vincenzo "Del Amor al Delito". Centro Editorial de Góngora, - Madrid, (Sin edición y sin año) T.I.
- 6.- Deutsch, Helene. "La psicología de la Mujer". Traducción de Felipe Jimenez de Asúa, Editorial Lozada, S.A. Buenos Aires, Quinta Edición, - Buenos Aires, 1952, Primera Parte.
- 7.- Russell, Bertrand. "Matrimonio y Moral" Ediciones siglo veinte, Buenos Aires, 1965
- 8.- De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia" Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1981.
- 9.- Carrancá y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas, Raúl "Código Penal Anotado" Editorial Porrúa, México, D.F., Décimasegunda Edición, 1986.
- 10.- Carrancá y Trujillo, Raúl. "Derecho penal Mexicano", Editorial Porrúa México, D.F.. 1986, Décimaquinta edición, revisada, puesta al día, -- Adicionada doctrinalmente y con índice y textos legales por Carrancá y Rivas, Raúl.

"El mundo es la realidad misma: la realidad abierta e infinita se hace mundo cuando Magallanes rodea -- facticamente la tierra; cuando Newton demuestra experimentalmente que la materia estelar no es más -- que esta misma materia; cuando Amstrong pone su pie en la luna; cuando el brazo automático del Vikingo-1 excava una cucharada de suelo marciano el 28 de julio de 1976 y la deposita en un pequeño laboratorio biológico para efectuar los análisis sobre la existencia de vida en el planeta rojo. El hombre hace de la realidad su mundo porque quiere, encomiablemente, estar en su casa. El mundo es la respuesta práctica a ese humano afán de hospitalidad..."

ANTONIO DE IBARROLA

Derecho de Familia

C A P I T U L O I I I

INCESTO

- 1.- Antecedentes Históricos y Legales
 - a) el incesto en la evolución cultural
 - b) El Código Penal de 1871
 - c) El Código Penal de 1929
- 2.- Causas de Incesto
- 3.- Legislación Vigente
 - a) elementos
 - b) generalidades
- 4.- El Estudio Dogmático en General
- 5.- Estudio Dogmático del Delito de Incesto

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

a) El Incesto en la Evolución cultural

Ya vimos en los dos primeros capítulos, cuál ha sido el origen, la evolución histórica y la importancia que tiene la familia en el Derecho Penal y en la sociedad en general; ahora estudiaremos cuáles son los delitos que la ponen en peligro de requebrajarse, independientemente de que la mayoría de los delitos afectan en determinado momento a la familia; los que analizaremos en éste y en próximos capítulos son los que la doctrina en general, - con sus pequeñas variantes ha encuadrado dentro de la clasificación de "los delitos en contra de la familia", clasificación que, por desgracia, no incluye el código penal vigente.

Hemos visto ya, en el capítulo anterior, lo complejas y difíciles que son las relaciones humanas, y fundamentalmente, entre los miembros de una familia; hemos visto cómo, a veces, por situaciones de carácter psicológico, sociológico, nos lastimamos unos a otros... Pero ¿qué pasa cuando los miembros de la familia llegan a una posición en la que se manejan ciertos "privilegios" como el de enamorarse del hermano o del padre, e incluso llegando a tener relaciones sexuales...? En la actualidad, en la mayoría de las culturas y sistemas jurídicos, tal situación provocaría escándalo y confusión; pero tal fenómeno, conocido como incesto o relación incestuosa, no ha sido siempre visto con tales ojos, hubo épocas y culturas que no sólo lo permitieron, sino que hasta lo reglamentaron, y en algunos casos, se llegó a creer, que era privilegio de seres superiores...

Así las cosas, tenemos que "... La palabra latina incestus, de donde viene incesto, es lo mismo que non castur, según unos; pero según otros, -- tal origen de cestus, que entre los antiguos representaba la cintura de Venus, la cual rodeaba a los casados, menos cuando había algún impedimento para casarse; de suerte que el matrimonio contraído a pesar del impedimento - se llamaba incestuoso, esto es, sin cintura, como si se tuviese por indecoroso el hacer intervenir la diosa del amor en una unión tan repugante al orden de la naturaleza."(65)

(65) Escriche, citado por la "Enciclopedia jurídica Omeba". Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, Tomo XV, Impo Insa, p.367

Por otro lado, hay pensadores y escritores que llevando al extremo las últimas palabras con las que termina la anterior cita, es decir, "una unión tan repugante al orden de la naturaleza", han cometido el error, como el Diccionario de la Real Academia, de definir el concepto como "el pecado carnal cometido por parientes dentro de los grados en los que está prohibido el matrimonio. Pareciera -dicen los autores de la obra jurídica Omeba-, de esta definición, que toda relación carnal es pecaminosa y que se convierte en incesto cuando ella se efectúa entre personas unidas por un parentesco de -- cierto grado..." (66) Claro está que esa no fue la intención del Diccionario de la Real Academia, cosa que no dicen los autores de la obra jurídica-Omeba, pero en lo que sí concidimos con dichos autores es en marcar el defecto de la definición, pues la función de un Diccionario es explicarnos y aclararnos el significado de una palabra; y no confundirnos sobre el mismo. Por lo que tenemos que el incesto es la "unión sexual entre parientes dentro de los grados en que está prohibido el matrimonio"(67)

Así pues, el incesto a través de la historia no siempre ha sido considerado como delito "El incesto no repugnó a los hebreos primitivos -remembra -Manzini-, los que hacían descender toda la humanidad del habido entre Adán y Eva. Y como existen también al respecto otros notorios ejemplos bíblicos,-- es posible afirmar que la ilicitud no surgió solamente de las leyes humanas-- sino también de las divinas"(68) Sobre la postura bíblica tenemos en el Génesis: "y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó, varón y hembra los creó". "y los bendijo Dios; y díjoles Dios: Fructificad y multiplicad, y henchid la tierra, y sojuzgadla, señoread en los peces de la mar, y en las aves de los cielos, y en todos las bestias que se mueven sobre la tierra"(69)

(66) Ibid.

(67) Diccionario Larousse Usual...op. cit.. p. 385

(68) Jiménez Huerta, Mariano."Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa,S.A. México, 1985, Tomo V, p.51

(69) Biblia, Antiguo Testamento, Libro de Moisés, El Génesis. Versículos 27 y 28. Editorial Española Desclee de Brouwer, S.A., 1976. Henao 6 -Bilbao-9- p. 5

Desde este punto de vista no sólo los hijos de Adán y Eva tuvieron relaciones incestuosas entre ellos y con su madre, como fue el caso de Caín, sino que toda la descendencia, lo sería hasta nuestros días, ya que como hijos de Dios, todos somos hermanos... A mayor abundamiento; desde la posición bíblica, "Todavía algunos autores señalan en la Biblia otro antecedente de incesto colateral, pues en el Arca de Noé únicamente entraron con éste sus tres hijos con sus respectivas mujeres, queda también fuera de duda que la procreación sucesiva tuvo que originarse por lo menos en la relación entre primos hermanos..." (70) Pero independientemente del aspecto bíblico, las tribus en sus épocas más remotas realizaban el incesto, como algo muy natural como ya vimos en el caso de la familia consanguínea en la cual, recordemos había una promiscuidad sexual entre parientes, incluso, entre padres e hijos, sin restricción alguna...

Con el transcurso del tiempo, no sólo en las tribus, sino también en -- culturas ya definidas como la egipcia fue común que los faraones se casaran con sus hermanas, y entre los mismos egipcios, los Ptolomeos practicaban el incesto para la perpetuación de la especie(71).

Entre las persas la madre se amancebaba con los hijos(72). Por otro -- lado, y ya en un campo jurídico más estructurado y evolucionado (fundamentalmente en materia civil), como fue el Derecho Romano tenemos que "Desde los primeros tiempos del Derecho Romano se establecieron prohibiciones para contraer matrimonio entre próximos parientes. Estas prohibiciones fueron mantenidas, ampliadas y culminaron en su punición en el derecho imperial, debido al mal ejemplo originado porque el incesto frecuentemente venía de las clases altas..."(73)

(70) Enciclopedia Jurídica Omeba... op. cit. Tomo XV p. 367

(71) Cfr. González Blanco, Alberto. "Delitos Sexuales, en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano" Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México 1979, p. 176

(72) Enciclopedia Jurídica Omeba... op. cit. Tomo XV p. 367

(73) Jiménez Huerta, Mariano...op. cit. T. V p. 51

(¡Recordemos el caso del Emperador Calígula que mantuvo relaciones incestuosas con su hermana Drusila!). Posteriormente el Derecho Canónico estableció la siguiente medida; en el Consejo de Trento (cap, V, sesc. 24 de reformat, matrim): "... quien contrae a sabiendas matrimonio dentro de los grados prohibidos de parentesco, debe ser separado de su consorte, privándosele de la esperanza de conseguir dispensa..."(74) Posteriormente, el maestro Alberto González Blanco nos presenta los siguientes datos: "El fuero juzgo en sus leyes la. y 7a. lib. III, tit. IV, incrimina el casamiento y el adulterio con la mujer de los descendientes y con la mujer del linaje de éstos equipara a este delito las relaciones sexuales con los barraganos de los padres y hermanos.

El fuero Real, en su ley 3a. lib. IV, tit. VIII, sanciona hechos análogos, con la característica de que las penas que se aplicaban no eran muy severas.

Las partidas, en sus leyes 2a. y 3a. tit. VIII, part VII, castigan como adulterio las relaciones sexuales con pariente o con cuñada" (75): "El incesto es pecado fecho contra castidad, y cae en este pecado el que yace a sabiendas con su pariente, hasta ese mismo grado"(76)

También, -dice el maestro González Blanco (77) la novísima Recopilación, en sus leyes la. 2a y 3a lib. VII, tit. XIX, extienden la pena a las relaciones sexuales con religiosos y a los criados por los cometidos con las parientas y barraganos de los señores y con los otros criados de la casa; y lo definió diciendo: "Grave crimen es el incesto, el cual se comete con parientes hasta el cuarto grado, o con comadre, o con suñada, o con mujer que comete maldad con hombres de otra ley;..." Entre los mayas el incesto era castigado en primer grado de consanguinidad o de afinidad con la pena de muerte(77bis)

(74) Enciclopedia Jurídica Omeba,... op. cit. tomoXV p. 369

(75) Op. cit. p. 177

(76) Enciclopedia Jurídica Omeba...op. cit. Tomo XV, p. 369

(77) Op. cit. p.p. 177-178,

(77bis) "Derecho penitenciario" Cárcel y penas en México, Carrancá yRivas -- Raúl, edit. porrua, Segunda Edición

Por último, "... Existieron códigos- a la cabeza de ellos el francés de 1810, seguido por los preunitarios de las dos Sicilias y el de Panamá- que no penalizaron el incesto. Otros códigos - los de Italia de 1889 y 1930 - condicionaron su punición a que el incesto se efectuase con escándalo..."(78)

b) el Código Penal de 1871

Este ordenamiento, en su LIBRO TERCERO (de los delitos en particular),- TITULO SEXTO (Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o -- las buenas costumbres), Capítulo III (Atentados al Pudor Estupro.-violación) establece: "A las penas señaladas en los arts. 794, 796,797, y 798 se aumentarán: Dos años cuando el reo sea ascendiente, descendiente, padrastro ó madrastra del ofendido; ó la cópula sea contra el orden natural: Un año cuando el reo se hermano del ofendido; seis meses si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido, ó fuere su tutor, su maestro, criado asalariado de alguno - de éstos ó del ofendido, ó metiere la violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón, ó ministro de algún culto (artículo 799). De la primera parte del presente artículo se desprende que aunque se reguló el incesto en su esencia, no se le dió autonomía y ni siquiera se le consideró como tal sino como circunstancia agravante de otro delito que es el de estupro en opinión del eminente tratadista Jiménez-Huerta Regulado en el Art. 794 de tal precepto ; y también el de violación delito equiparable a la misma, en nuestra opinión, ya que si bien en la legislación vigente los delitos de violación y de incesto se excluyen por el elemento esencialísimo del consentimiento, en el código de 1871 el legislador no los excluyó, en cuanto a la punibilidad, al establecer la acumulación de penas en el art. 794, que ya vimos que regulaba el estupro, y al establecer también el mencionado art. 799 los artículos 796 que regulaba las penas del delito equiparable a la violación, y el 797 que regulaba las penas para el delito de violación, Efectivamente, el art. 799 no se refiere al art. 795 -- que tipifica al delito de violación, pero sí se refiere, como ya vimos al -- art. 797 que establece las penas para tal delito.

(78) Jimenez Huerta, Mariano... op. cit. Tomo V p. 51

Al respecto el autor citado - Jiménez Huerta- escribe: "...-los Códigos- españoles y el mexicano de 1871- valoran el incesto como circunstancia agravante del delito de estupro ..." (79). Y sigue diciendo el autor- "El Código Penal de Martínez de Castro, como se acaba de indicar, no tipificó el delito de incesto, aunque en su artículo 837 castigaba a "los que contraigan - un matrimonio que según el Código Civil sea ilícito..." y en el 799 disponía que las penas señaladas en el art. 794 para el estupro se aumentarán cuando el reo fuese ascendiente, descendiente, padrastro madrastra o hermano del - ofendido..." (80)

Nótese que el tratadista Jiménez Huerta, no menciona en su comentario,- del que hacemos cita, los artículos 796 y 797 a los que también hace mención el art. 799 del código de 1871.

Mención aparte, de nuestro análisis anterior, merece el art. 798 el que también es citado por el art. 799, y en donde no hay duda que sólo se refiere a la acumulación de sanciones.

(79) Ibid

(80) Ibid

c) El Código Penal de 1929

Este cuerpo legal en su LIBRO TERCERO (de los tipos legales de los delitos), TITULO DECIMOTERCERO (de los delitos contra la libertad sexual), CAPITULO III (del incesto) regulaba en sus artículos 876 y 877 de manera autónoma - el delito de incesto:

"Los padres que tuvieran relaciones sexuales con sus hijos, perderán todos los derechos que sobre ellos ejercieren y se les aplicará segregación por más de dos años, según la temibilidad revelada. Los hijos quedarán al cuidado del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social - para su educación, corrección o regeneración" (art. 876).

"El incesto entre hermanos se sancionará con multa - de quince a treinta días de utilidad y permanencia mínima de un año en establecimiento educativo o de corrección, - si alguno o ambos fueren menores de edad.

Al mayor se le aplicará segregación hasta por dos - años" (art. 877).

Habría muchas críticas a los citados artículos, sobre todo en su última - parte nos preguntamos por que al mayor se le impone la segregación; supongamos que dos menores de edad uno de 13 y otro de 14 años cometen incesto... -- ¿Habrá mucha diferencia psicológica entre el de 13 y el de 14 años...? Ahora bien, inmediatamente después, los arts. 878 a 885 regulan los delitos cometidos contra la familia: Delitos contra el estado civil de las personas; abandono de hogar, adulterio, bigamia y celebración de matrimonio nulo o ilícito. Al respecto, coincidimos con la observación que hace el tratadista Francisco González de la Vega (81):

(81) "Derecho Penal Mexicano" Los delitos. Editorial Porrúa, S.A., Décimosexta edición, México, 1980, p. 308

"El Código Penal de 1929, en títulos separados, distinguió: a) Los delitos contra la moral pública (ultrajes a la moral pública o a las buenas costumbres, corrupción de menores, lenocinio, provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio); b) los delitos contra la libertad sexual (atentados al pudor, estupro, violación, raptó, incesto), y c) Los delitos cometidos contra la familia (delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios ilegales). (títulos VIII, XII y XIV del libro III del Código Penal de 1929). En general, esta distribución acusa mejor técnica, salvo que indebidamente se empleó para el título -- XIII la denominación de "Delitos contra la libertad sexual", ya que el atentado al pudor y el raptó en sus formas consensuales de comisión, el estupro y el incesto, no constituyen atentados contra la libertad sexual, pues más bien ofenden la seguridad sexual los tres primeros, y el buen orden familiar el último de los mencionados. En cambio, fue plausible la clasificación del adulterio dentro de los delitos contra la familia"

Así pues, los códigos de 1871 y de 1929, consagraron en sus textos, un capítulo en particular para la familia y regularon, el primero en forma subordinada y el segundo en forma autónoma, al delito de incesto. Aún y con las deficiencias ya mencionadas entre otras, una posición así fue un adelanto, no nos explicamos por qué el legislador del Código Penal Vigente (1931) no incluyó un capítulo que consagrara los delitos en contra de la familia.

2. CAUSAS DEL INCESTO

La mayoría de los autores coinciden en que las causas que llevan a los seres humanos son de orden histórico-psicológico o bien de orden sociológico como la promiscuidad derivada de la miseria.

Dentro de las primeras y hablando concretamente de las históricas, recordemos que existió la familia consanguínea, en la que hubo un comercio sexual sin trabas, y aunque eso se ha superado, existen, aún hoy en día, familias, en las que entre otros aspectos como el religioso, moral, etc. sólo se pueden casar entre ellos, tales son los casos por ejemplo de los sistemas monárquicos, o el de los judíos. Esta situación no nos convence ~~el to~~ sin embargo, es un hecho que podemos confirmar fácilmente viendo la forma de vida cultural en cuanto a la familia de dichas comunidades. (82)

En cuanto a las causas de tipo psicológicas, la mayoría de los autores las centran en el estudio psicoanalítico que realizó Freud, sobre el complejo de Edipo, o en alguna deficiencia mental. "Conforme a las primeras doctrinas psicoanalíticas - no siempre aceptadas en todo su alcance por la crítica-, a través de un procedimiento que pudiéramos calificar de ontogénico-filogénico en el niño aparecen fenómenos anímicos semejantes a los del primitivo humano vivir. Durante el curso de la infancia, especialmente en la segunda niñez, - la vigorosa y errante lívida empieza por primera vez a proyectarse al exterior, fuera del propio cuerpo del sujeto, estableciéndose entonces como objeto de la atracción sexual la persona del progenitor del sexo contrario, formándose así tendencia psíquica de tono incestuoso..."(83) "Desde un punto de vista diferente, ha sido considerada la influencia que en el incesto tienen otros factores de tipo individual tales como la debilidad mental, el idiotismo, el alcoholismo, la paranoia, la epilepsia y otras anomalías de tipo psicopático..." (84)

(82) Véase "El origen de la familia..." Op. cit. p.p' 32 y sigts.

(83) González de la Vega... op. cit. p.p.

(84) Enciclopedia Jurídica Omeba... Op. cit. Tomo XV p. 368

Desde el punto de vista sociológico se dice que las principales causas del incesto son: "la corrupción de costumbres o estados degenerativos en algunos individuos y, especialmente, las condiciones de miseria que obligan a las familias a convivir promiscuamente en una sola habitación o a tener un lecho común a padres e hijos, a hermanos y hermanas." (85);

"La etimología del incesto ha sido estudiada por diversos autores y pudiera señalarse como una de sus principales causas la que se deriva del hacinamiento y de la promiscuidad en la habitación..." "Entre otras causas que algunos autores señalan al incesto (viudez, frigidez sexual, repugnancia hacia el propio cónyuge), cabe determinar la derivada del aislamiento en lugares apartados." (86)

Yo queremos cerrar el presente subcapítulo sin recordar que por las razones anteriores, ya sean unas u otras, la historia, la literatura y la vida contemporánea misma nos han estrujado con casos como los siguientes: el de Calígula, que tuvo relaciones sexuales con su hermana Drusila, Nerón que tuvo las mismas relaciones con su madre Agripina o Agripinila, la cual fue la última esposa de su tío que fue Claudio, a quien por cierto mandó matar para que pudiera subir al trono su hijo Nerón; el caso de los Borgia en donde César y Lucrecia, hijos del terrible papa Alejandro VI (Rodrigo Borgia), tienen relaciones sexuales, e incluso un hijo incestuoso, por cierto este fenómeno se llevó a las pantallas cinematográficas con la película "Adiós hermano cruel"; En México también, se conmocionó la opinión pública con un caso de incesto, que fue llevado por Luis Spota a la literatura con la obra "La cargajada del gato" y al cine con la cinta "El catillo de la Pureza".

(85) González de la Vega... op. cit. p. 423

(86) Enciclopedia Jurídica Omeba... op. cit. Tomo XV p. 368

* Nota.- Sobre estos casos y otros, de relación incestuosa en la historia y en la literatura se pueden consultar las obras "Yo claudio", Robert Graves "Claudio el dios y su Esposa Mesalina", Robert Graves; "Calígula", William Woward. - "La Sangre Dorada de los Borgia". autores varios.

3. LEGISLACION VIGENTE

a) elementos

El Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, establece en su artículo 272:

"Se impondrá la pena de uno a seis años a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

"La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

"Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos."

Del texto del mencionado artículo se desprende que son tres elementos necesarios para que se de el delito de incesto: a) relaciones sexuales; b) entre ascendientes y descendientes, o entre hermanos y, como apunta toda la doctrina, c) el conocimiento del parentesco.

El análisis de estos elementos lo realizaremos cuando hagamos el estudio analítico o dogmático del tipo señalado, bastenos por el momento señalar la hipótesis legal marcada por el código penal como incesto.

b) generalidades

Independientemente de que en el estudio analítico del presente delito estudiaremos con más detenimiento el elemento del dolo en el incesto podemos decir que se trata, de un dolo sui géneris para nosotros, ya que un requisito esencial es el consentimiento entre los sujetos del delito y en éste caso no se lastiman el uno al otro sino, a la familia directamente e indirectamente a la sociedad. Vemos --- en el incesto, que es uno de los pocos delitos en donde realmente no se le quiere hacer un daño a nadie, sino "todo lo contrario", lo que pasa es que no se castigan en sí las relaciones sexuales, si no el hecho de llevarlas a cabo con un familiar. También por lo mismo se opina que el problema del sujeto activo y del sujeto pasivo en este delito es -

muy controvertible ya que hay autores que opinan, como lo veremos más adelante, que aparte de ser sujeto-----pasivo la familia, lo es el familiar, que contra su voluntad sufre relaciones sexuales por otro miembro de la familia; posición esta con la que no estamos de acuerdo y que más adelante explicaremos; el tema no es fácil, ni de fácil solución; aún y cuando en la actualidad la mayoría de los países tienden a punir tal conducta, no obstante hay legislaciones y pensadores que pugnan por que se suprima como delito porque la pena no contribuye a mantener la riqueza familiar y porque el hecho es puramente inmoral,"Carrara' impugna su definición como delito propio cuando -- tenga lugar el consentimiento, pues entonces no hay derecho particular ni universal lesionado y a la mujer que consiente no puede llamársele víctima -- del delito;..."(87)

(87) Carrancá y Trujillo , Raúl / Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anticarrara". Editorial Porrúa, S.A., Décima Segunda Edición, México, 1986, p. 655

4. ESTUDIO DOGMÁTICO

Para el tratadista Celestino Porte Petit "Debe entenderse en su debido sentido el término "dogma". En realidad, la ley es como un dogma, porque-- es el instrumento con que trabaja el juzgador, pero no entendido como un "fetiche", sino como una norma a la que hay que descubrir su voluntad. Por -- tanto, consideramos que la dogmática jurídico penal consiste en el descubri-- miento, construcción y sistematización de los principios rectores del orde-- namiento penal positivo" (88). Ahora bien , el Derecho Penal, para su estu-- dio se divide en dos grandes partes: Parte general, relativa al conocimien-- to de la ley, el delito, y la pena (algunos autores hablan también del de-- linciente); y la parte Especial, que se centra en el estudio ya, de los de-- litos en particular; y en esta Parte Especial, tenemos que hay varios méto-- dos para el estudio de los delitos, en donde resalta el estudio dogmático;-- método que ha adquirido, en los últimos años gran importancia, por lo que -- creemos necesarios incluir en este trabajo el análisis dogmático de los de-- litos que, como ya explicamos en la introducción, son los que fundamental-- mente afectan a la familia.

No obstante lo anterior, y a pesar de la brillante explicación que ha-- cen el tratadista Porte Petit y otros grandes autores, sobre la importancia de la Dogmática Jurídico Penal, hacemos la aclaración, y que sirva de ate-- nuación que nos falta muchísimo por aprender sobre el tema, que, por el mo-- mento, no somos asiduos partidarios de la posición dogmática--aún y cuando -- reconocemos su importancia-- , por considerar que el Derecho es controverti-- ble por naturaleza, y que cualquier posición dogmática choca con la razón -- de ser, y con el aspecto medular de la norma jurídica, reflejada en la ley. (89). tan es así, que incluso, dentro de la posición dogmática hay discre-- pancias: "La doctrina para explicar la construcción del delito ha recurrido a dos concepciones: la totalizadora o unitaria y la analítica o atomizadora. Una y otra se encuentran en franca oposición, dentro de la atomizadora en-- contramos la bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, exatómica y hep-- tatómica, según el número de elementos que consideran para estructurar el -- delito.

(88) Porte Petit Candaudap, Celestino. "Importancia de la Dogmática Jurídi-- co Penal". México, 1954 p. 22

(89) Cfr. Carrancá y Rivas, Raúl "El Drama Penal"... op. cit. p.p. 68 y -- sigs

"Los unitarios sostienen que el delito "es un bloque monolítico que, si bien es susceptible de presentar aspectos diversos, no es en manera alguna - fraccionable". Y los analíticos, como E. Hafter, hacen incapié en que se debe "reconocer que el concepto del delito es una unidad y que la descomposición en elementos, es sólo un medio para aprender más claramente las partes de este concepto" (90).

Así las cosas, centraremos nuestro estudio analítico, siguiendo la corriente exatómica y que considera como el elemento del delito: A) la Acción-o Conducta; b) Antijuridicidad; c) tipicidad; d) la imputabilidad e) la culpabilidad; y, f) la punibilidad. Antes de entrar al análisis breve de cada uno de los elementos citados; expresaremos someramente, la explicación de la clasificación de los delitos, para después aplicar dicha clasificación -- junto con toda la teoría del delito a los delitos que en este trabajo manejaremos.

En tal virtud y siguiendo el pensamiento del autor Fernando Castellanos Tena (91) tenemos que la clasificación de los delitos es la siguiente:

1.- Por la gravedad, pueden ser faltas, si sólo afectan reglamentos de policía y buen gobierno, u otros de aspecto administrativo ; o bien delitos -- si afectan los bienes protegidos penalmente en el Código Penal o en alguna - Ley Especial.

2.- Por la conducta del agente, o manifestación de la voluntad de los delitos son de acción y de omisión. En el primer caso, se viola la ley prohibitiva con un hacer, y en el segundo caso con un no hacer se viola algo -- que la ley nos obliga a realizar. A su vez los delitos de Omisión se subdividen en delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, en los -- que independientemente del resultado material, se sanciona la sola omisión; -- y delitos de comisión por omisión en los que hay un resultado material por -- la decisión de no actuar. En la simple omisión hay una violación jurídica y un resultado puramente formal y en la comisión por omisión hay una violación jurídica y un resultado material.

(90) Porte Petit C. Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal op. cit. p.p. 25-26

(91) "Lineamientos elementales de Derecho Penal. Parte General" Editorial Porrúa, Vigésimoprimer edición, México, 1985, p.p. 135 a 146

3.- Por el resultado que producir, los delitos son puramente formales o de mera conducta, en los que sólo se viola la norma, sin necesidad de que haya un cambio en el mundo exterior; y materiales, cuando si se requiere - que se presente un cambio externo.

4.- Por el daño que causan al bien jurídicamente protegido a la víctima los delitos son de peligro, cuando no se requiere un daño directo a la víctima o al objeto jurídico, basta con que se lo ponga en peligro; y de lesión, cuando directamente se afecta a la víctima o al bien jurídicamente protegido.

5.- Por su duración, los delitos se dividen en instantáneos, cuando la acción se agota en el momento mismo de llevarla a cabo; instantáneos con efectos permanentes, cuando se lesiona el bien jurídicamente protegido en el momento mismo de consumar la acción, pero sus consecuencias nocivas permanecen; continuos, cuando como dice el código penal, con unidad de propósito delictivo y pluralidad de acciones se viola un sólo precepto legal; y permanente o continuo, cuando la acción delictuosa se prolonga en el tiempo.

6.- Por el elemento interno o culpabilidad, los delitos son dolosos, cuando se quiere conscientemente el resultado dañoso; imprudenciales; --- cuando se quiere el medio productor del resultado dañoso, pero no tal resultado, ya sea que por descuido, negligencia, etc, se quieran ciertas conductas y estas provoquen un resultado delictuoso no querido; y preterintencionales, cuando el resultado obtenido va más allá de lo realmente querido.

7.- Por su estructura o composición, los delitos pueden ser simples o complejos; en el primer caso se viola únicamente un precepto legal mientras que en el segundo, se violan dos infracciones independientes una de otra, pero que el legislador las subsume en una sola para formar un delito independientemente de los dos anteriores que le dieron vida.

8.- Por el número de actos, que integran la acción delictuosa los delitos son uniusubsistentes cuando sólo se requiere de un sólo acto para consumarse aquellos; y plurisubsistente, cuando se necesitan dos o más actos - que por si solos no configuran delito alguno pero en su conjunto agotan el ilícito.

9.- Por el número de personas, que intervienen en la realización del ilícito los delitos son uniusubjetivos cuando con la intervención de una sola persona se da la consumación del ilícito, y pluribusubjetivos cuando por la descripción típica se requiere de dos o más personas para su consumación.

10.- Por la forma de su persecución, los delitos son de oficio, cuando basta la sola noticia criminosa que tengan las autoridades correspondientes, para entablar la acción necesaria; y de querrela, cuando se requiere de la queja por parte de la víctima, o en algunos casos del ofendido; cabe señalar que en todos los casos, perseguibles por querrela, la ley debe hacer mención de tal situación si no se tendría como delito perseguible de oficio.

11.- por la materia, los delitos son comunes, cuando los establece la ley local; federales cuando los establece el Congreso de la Unión; militares cuando pertenecen a la legislación castrense; oficiales, cuando son cometidos por un funcionario en el ejercicio de sus funciones; y políticos, cuando la legislación establece que "atentan contra la estructura del Estado".

12.- Por último, en cuanto a la clasificación legal, el Libro Segundo del Código Penal Vigente, establece una serie de clasificaciones casi siempre en relación con el bien jurídicamente protegido, otras en razón de quien comete la infracción, etc.

Ahora, veamos brevemente, el desglose de los elementos del delito tanto positivos, es decir, cuando dan vida al mismo, como negativos, o sea cuando la ausencia de los primeros impide que exista el delito.

A) El Primer elemento es la acción o conducta y su ausencia. Es el elemento objetivo y primordial, sin el cual no podrían desencadenarse todos los demás elementos que dan vida al delito: "Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta es así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre, si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado"(92).

Para Jiménez de Asúa (93), se trata de un acto (en sentido amplio) que consiste en la "... manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguardó."

Así pues, tenemos que la acción, acto, conducta, hecho, etc. nosotros - preferimos referirnos a la acción (en un sentido amplio), tenemos tres elementos, a saber: a) la manifestación de la voluntad; b) un resultado; y c) -- un nexo causal que une a la voluntad con el resultado.

Ahora bien, cuando no se presenten los tres elementos anteriores, no podrá integrarse la acción y por lo tanto no habrá delito. La mayoría de los autores consideran como causas que impiden la conducta las siguientes: a) - Vis Absoluta, es decir, una fuerza proveniente del ser humano que impide que el sujeto sea responsable b) Vis maior, es decir, una fuerza mayor proveniente de la naturaleza. Existen autores que también hablan de los actos reflejos, osea, movimientos humanos involuntarios, y del hipnotismo, en donde la conducta la realizaría el hipnotizador y el sonambulismo, pero otras opiniones hablan de imputabilidad y no de falta de acción.

Por último, el código penal en su artículo 7, primer párrafo, dice: -- "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". y el artículo 15 en su fracción primera estipula: "Son circunstancias excluyentes de -- responsabilidad: I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria".

B) La tipicidad y su ausencia. La tipicidad es reconocida por la mayoría de los tratadistas, como la adecuación de la conducta a la descripción-- abstracta que hace la ley; mientras que el tipo es la descripción in abstracto hecha por la ley; así las cosas, en el momento, o que la conducta (de la que ya hablamos) de un individuo se adecúe a lo establecido por el tipo, -- es decir, por la descripción normativa que hace la ley habrá tipicidad: "La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que causan daños en alto grado la convivencia social y se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos.

(93) "La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal", Editorial Hermes/Sudamericana. Buenos Aires/México. 1986. p. 210

Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo- según el -- creador de la teoría-, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descontando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga - en la ley como delito" (94).

Pero el tipo para poder tener vida necesita que se den todos sus elementos, en donde resaltan (también hay otros autores que toman otros elementos); a) sujetos activos y sujetos pasivos, en donde el legislador en ocasiones exige cierta calidad en uno o en otro, b) objeto jurídico, es necesario el bien jurídicamente protegido en todos los tipos; y, c) objeto material, - es imprescindible que en todos los tipos hay algo o alguien sobre quien recaiga el daño.

Y los tipos también tienen sus diferencias y sus clasificaciones; Castellanos Tena(95), después de explicarnos que no es la única, nos presenta la siguientes clasificación, y es la que seguimos:

a) Por su composición: Normales y Anormales. Los primeros son aquellos en los que el legislador hace una descripción objetiva de la conducta, y, los segundos son aquellos que contienen palabras o conceptos de orden subjetivo en los que se necesita una valoración cultural o jurídica.

b) Por su ordenación metodológica: Fundamentales o básicos, cuando constituyen la esencia o fundamento de otros tipos; especiales, cuando se forman agregando un requisito al tipo fundamental al cual se subsumen; y, complementados, cuando con una peculiaridad distinta se constituyen al lado del fundamental o básico.

c) En función de su autonomía o independencia: Autónomos, cuando tienen vida por sí mismos; y, subordinados, cuando para su existencia dependen de la vida de otros.

(94) Idem. p. 235

(95) cfr. op. cit. p.p. 170 a 174

d) Por su formulación: casuísticos, cuando la ley preve varias hipótesis o medios para su consumación; y, amplios, cuando describen una sola hipótesis, o sea, que el tipo se colma con cualquier medio.

e) y, por el daño; de lesión, cuando protegen la afectación, destrucción o disminución del bien jurídicamente protegido; y, de peligro, cuando protegen la posibilidad de lesionar el objeto jurídico.

Ahora bien, en el momento en que haya ausencia de tipo o de tipicidad-- tampoco habrá delito. En el primer caso puede ser que el legislador omita la descripción legal; o bien, en el segundo caso, puede ser que la conducta no se adecúe a las exigencias del tipo, ya sea por ausencia de calidad en el sujeto activo o en el pasivo; por ausencia de referencias temporales, o de referencias especiales; por ausencia de objeto jurídicamente protegido; por ausencia de objeto material; por ausencia del elemento subjetivo del injusto o bien por la inidoneidad de los medios comisivos; o en el caso por ausencia de la antijuridicidad especial.

C) La antijuridicidad y su ausencia. La antijuridicidad la mayoría de los autores la manejan como lo contrario a Derecho, identificándola así, Max Ernest Meyer y el profesor Carrancá y Rivas como el aspecto formal de la misma, porque en su aspecto material o esencial es "la oposición a las normas de cultura reconocida por el Edo." (96). Así pues, en el momento en que una conducta vaya en contra de lo establecido por la ley penal y por las normas de convivencia y de cultura que el estado y la sociedad han tomado para una mejor estructura de la vida social, en ese momento habrá antijuridicidad. Por otro lado, la ausencia de antijuridicidad se dará cuando se encuentre la conducta en contra de tales situaciones, o bien, cuando por las causas que marca la ley o por otras suprolegales, la conducta se ampare por una causa de justificación, y son, a saber:

a) legítima defensa "cuando se contratacar a fin de que una agresión grave no consume el daño con que amenaza inminentemente(97) (art. 15 fracción III c.p.)

b) Estado de necesidad tratándose de bienes de diferente jerarquía, -- o sea, cuando se decide a actuar el agente lastimando un bien jurídico para proteger otro de mayor validez, (fracción IV del act. 15 del C.p.)

(96) Carrancá y Trujillo, Raúl. "Derecho Penal Mexicano"...op. cit. p. 531

c) cumplimiento de un deber o de un derecho legales, es decir, cuando el agente ejecuta la acción cumpliendo algo a lo que está obligado o ejerciendo un derecho amparado por la ley; e impedimento legítimo, cuando el individuo deja de hacer lo que la ley le manda a hacer lo que la ley prohíbe, pero por un verdadero impedimento legítimo(98), (art. 15, frs. IV, V y VIII, c.p.)

d) La imputabilidad y su ausencia. La imputabilidad ha sido definida por la mayoría de los autores como la capacidad de querer y entender el resultado, es decir, un individuo será imputable cuando sea, desde el punto de vista formal mayor de 18 años y desde el punto de vista material o esencial, cuando este libre de alguna deficiencia mental. Hay autores que manejan la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad (Castellanos Tena, Carrancá y Trujillo, etc); otros la consideran presupuesto del delito (Porte-Petit) y hay otros, a los que nos agregamos, que la conciben como elemento del delito; efectivamente, si un individuo no es imputable, aunque sea culpable (tal es el caso de los menores, por ejemplo) no habrá acción delictuosa; o sea, que si no se puede prescindir de la imputabilidad para que el delito tenga existencia, no vemos razón por la cual no se le considere como elemento del mismo. Por otro lado, la ausencia de imputabilidad, es decir, cuando el individuo se encuentra en un estado de inconsciencia, o, bien, es menor de edad, se puede dar por las causas siguientes: a) trastorno mental, b) desarrollo intelectual retardado, c) miedo grave y d) minoría de edad. Creemos que no merecen mayor explicación salvo, el miedo grave, el que consiste en un miedo elevadísimo o grave causado por cuestiones internas del propio individuo y lo llevan a cometer el delito, cuando se ve presionado por un mal inminente, (creemos que no es el lugar adecuado para analizar la imputabilidad disminuida, en la que hay una responsabilidad atenuada, y las acciones liberales in causa, en las que el sujeto es responsable por ponerse bajo el influjo de alguna substancia que le de impulsos o ánimos para cometer la acción delictuosa). Miedo grave (fr. VI, art. 15, c.p.).

(98) Cfr. Idem. p. 233

e) La culpabilidad y su ausencia. La culpabilidad es el elemento más ímportante y esencial que nos va a dar la pauta de la responsabilidad del hombre delincuente, ya que es el nexo que une a la voluntad con el resultado, y si existe el vínculo podremos hacer, como decía Carrara, el juicio de reproche; es decir, "se considera culpable la conducta según Cuello Calón cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor debe serle jurídicamente reprochada... el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado..."(99) . Ya vimos, líneas arriba, que la culpabilidad puede ser dolosa o culposa y preterintencional. Ahora bien, la ausencia de culpabilidad o inculpabilidad es decir, "la absolución del sujeto en el juicio de reproche" (100) se da por las causas siguientes: a) error invencible, cuando una falsa concepción de la realidad lleva a cometer la conducta, (antes de la reforma, se hablaba también de inculpable - ignorancia) b) obediencia jerárquica, cuando el sujeto obedece una orden ilícita, de un superior, por miedo a sufrir graves consecuencias, o porque desconoce la ilicitud del mandato; c) No exigibilidad de otra conducta, o sea, cuando al sujeto no se le puede obligar a obrar de otra forma ya que no le quedaba otra manera de conducirse que como lo hizo; d) temor fundado, el que se presenta cuando el sujeto, con fundamentos reales teme un daño inminente que puede recaer sobre su persona; y, e) estado de necesidad, tratándose de bienes de jerarquía, en el que el individuo, obra necesariamente lastimando un bien jurídico y para salvar un bien igual de la misma validez (frs. XI, VII, VI Y IV respectivamente, del art. 15 c.p. excluyendo la suprallegal de no exigibilidad de otra conducta).

f) La punibilidad y su ausencia. Es la amenaza de la penalidad aplicable al delito de que se trate. Algunos autores explican que no es elemento del delito sino consecuencia; nosotros pensamos que la que es consecuencia del delito es la pena, y en este sentido, sí puede haber delito sin pena, pero no puede haber delito sin punibilidad porque sin la amenaza coactiva de la pena, o sea, sin punibilidad no puede haber delito: "Nulum crimen sine pena". Como aspecto negativo de la punibilidad tenemos a las excusas absolutorias, las cuales dejan el carácter de delito pero excluyen la pena. Es necesario destacar que las excusas absolutorias tienen que ser consagradas en la ley para que puedan tener validez.

(99) Citado por Castellanos Tena, Fernando...op. cit. pa. 233.

(100) Jiménez de Asúa, Luis, Citado por Castellanos Tena... op. cit. 257

Por último, las condiciones objetivas de punibilidad, para nosotros no son elemento del delito ya que nos son un requisito indispensable en todos los delitos, es decir, hay delitos que subsisten sin tales condiciones, o requisitos que sólo los exige la ley para determinados ilícitos penales.

La vida del delito (Iter Críminis). Es el camino que recorre el delito y consta de dos faces, la interna o psíquica y la externa o física(101). La fase interna consta de tres momentos: a) Idea criminosa o ideación, en donde al sujeto se le presenta en su mente la idea de delinquir, y que puede ser rechazada o aceptada; b) deliberación, donde el individuo calibra los pro y los contra que tiene la idea de delinquir, c) resolución, etapa en la que el individuo asume la intención de delinquir. Fase externa también consta de tres momentos: a) manifestación, momento en el que la idea criminosa aflora al exterior como pensamiento o idea; b) preparación, en donde se realizan actos que se encuentran entre la manifestación y la ejecución del delito, o sea, los actos preparatorios; y por último, c) la ejecución, es decir el pleno momento de la ejecución del delito, que puede devenir en tentativa o en consumación del delito.

La tentativa puede revestir dos formas: a) Acabada o delito frustrado, cuando el sujeto realiza todos los actos encaminados a la consumación del delito pero por causas ajenas a su voluntad, este no se consume, b) inacabada o delito intentado, cuando el sujeto realiza actos encaminados a la consumación del ilícito pero por raras o extrañas causas omite uno o varios, y por tal situación el delito no se presenta, es decir hay una incompleta ejecución. La tentativa acabada es punible salvo el caso, de espontáneo arrepentimiento, o sea, cuando el sujeto suspende, voluntariamente, los actos, mientras que la inacabada sólo será punible cuando el ilícito penal se evita por causas ajenas a la voluntad del agente.

El delito imposible, es aquel que, ya sea por inidoneidad de los medios empleados o por falta de los objetos, material o jurídico, no puede darse, por lo tanto no es punible. (102).

(101) Cfr. Carrancá y Trujillo... "Derecho Penal Mexicano"... op. cit. p. 661

(102) Cfr. Castellanos tena... op. cit. p.p. 281 a 289

La participación. A veces el delito es cometido por dos o más personas sin que necesariamente la ley los exija (delito plurisubjetivo), y entonces estaremos en presencia de la participación; en donde todos y cada uno de los partícipes tendrán responsabilidad, en la medida en que hayan intervenido. Así, tenemos, responsables principales, si su papel fue determinante en la consumación del delito y accesorios, si su intervención fue menor; intelectuales, si prepararon o idearon sólo la consumación y materiales, si ellos mismos lo realizaron; autores, quienes llevan toda la responsabilidad del delito y cómplices, si sólo auxilian al autor. El artículo 13 del Código Penal dice:

" Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y,
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.

Por último, el encubrimiento, es la figura por medio de la cual se presta auxilio, con posterioridad al hecho y sin previo acuerdo, al autor de delito (art. 400 c.p.)

(art.18 C.P.) El concurso. La doctrina en general, y así lo ha recogido la ley sostiene que hay concurso ideal o formal, cuando con una sola conducta se cometen varios resultados; y existe concurso real o material, cuando con varias conductas se cometen varios resultados.

Nota. Se hace la aclaración de que en este recordatorio del estudio dogmático, no se manejan ejemplos, en base a la brevedad de espacio, y en razón de que ya aplicaremos la teoría del delito, en nuestros delitos a estudio.

Estudio Dogmático del delito de incesto.Clasificación del delito de incesto

1.- Por su gravedad es un delito; el artículo 272 de Código Penal, así lo establece:

"Se impondrá la pena de uno a doce años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con - sus descendientes.

"La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

"Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos".

2.- Por la conducta del agente el delito de incesto es de acción; es - decir, sólo se puede realizar con un hacer positivo; el elemento fundamental de la conducta que es el tener relaciones sexuales, no se puede llevar a cabo por simple omisión, ni por comisión por omisión. Al respecto, el tratadista Alberto González Blanco (103) nos dice: "En orden a la conducta, el incesto se clasifica como delito de acción, pues por su naturaleza no presenta la forma de omisión o comisión por omisión;..."

3.- Por su resultado el incesto para nosotros, es formal, pues al realizarse la conducta delictuosa (las relaciones sexuales) no hay un cambio en el mundo exterior. Al respecto González Blanco(104) opina que es un delito-material; y Marcela Martínez Roaro (105) lo clasifica como un delito de resultado formal

4.- Por el daño que causa al bien jurídicamente protegido, el incesto para nosotros es de lesión, pues consideramos que directamente se daña la integridad de la familia, aunque sólo se ponga en peligro la sanidad de la estirpe en algunos casos; no obstante que clasificamos al delito de incesto como un delito formal en cuanto al resultado, consideramos que, aunque no haya un cambio en el mundo exterior al tener relaciones sexuales, sí se afecta -

(103) Op. cit. p. 183

(104) Ibid

(105) "Delitos Sexuales". Editorial Porrúa, S. A., México, 1985, tercera edición, p. 260

-la estructura familiar, pues esta no depende solamente del escándalo, como apunta la legislación italiana, sino que, como ya vimos en capítulos anteriores, la estructura familiar también tiene resortes morales y sobre todo psicológicos, que si afectan conductas como el incesto, aún y cuando la sociedad, o ni siquiera los otros miembros familiares descubran el ilícito. Para Marcela Martínez Roaro (106) el delito de incesto es de peligro, mientras -- que para el tratadista Carrancá y Trujillo es de Lesión(107).

5.- Por su duración el delito de incesto es instantáneo, pues la acción delictuosa se agota en el momento mismo de tener relaciones sexuales entre familiares.

6.- Por el elemento interno de la culpabilidad el incesto es eminentemente doloso. Casi la totalidad de los autores coinciden en este sentido, precisamente por el elemento de la voluntad; aunado al conocimiento del parentesco.

7.- Por su estructura o composición el incesto es un delito simple, -- pues única y exclusivamente se viola un precepto legal, y no se fusiona con otro para dar nacimiento a uno distinto.

8.- Por el número de actos el incesto es unisubsistente, pues la ley -- no exige dos o más actos para su consumación a pesar de que el art. 272 se refiera a "relaciones sexuales"; Marcela Martínez Roaro opina que el delito puede ser plurisubsistente, nosotros opinamos que un delito es plurisubsistente cuando la ley marca necesariamente para su consumación dos o más actos. Sin embargo, coincidimos con Jiménez Huerta (108) en el sentido de que la solución al respecto la da el maestro Carrancá y Trujillo: "El delito se consume por el hecho de la verificación de coito o cópula, así se trate de -- uno sólo, no obstante que la ley está construida con el plural "relaciones sexuales" (109)

(106) Ibid

(107) "Código Penal Anotado", ... op. cit. p. 656

(108) "Derecho Penal Mexicano",... op. cit. p. 54

(109) "Código Penal Anotado", ... op. cit. p. 656

9.- Por el número de personas el incesto es plurisubjetivo, ya que la ley establece dos o más personas para su consumación: "los ascendientes", "sus descendientes", "entre hermanos", y porque es claro que una sola persona no puede tener relaciones sexuales...; se necesitan dos (o más) personas para tal situación.

10.- Por su forma de persecución el incesto es de oficio, ya que la ley no establece querrela o queja alguna por parte del ofendido para su persecución.

11.- Por la materia el delito es común, pues se sanciona localmente ya que cada estado de la República establece su propia tipificación para tal delito, y además, no está incluido dentro del catálogo de los delitos de orden federal.

12.- Por último, en cuanto a la clasificación legal, el incesto se encuentra ubicado en el Libro Segundo, Título Decimoquinto (delitos sexuales), capítulo III, art. 272, del C.P.

La acción y su ausencia en el incesto

La acción consiste en el incesto precisamente en tener relaciones sexuales con las circunstancias que marca el precepto que sanciona tal conducta: "La conducta en el incesto de acuerdo con el artículo 272, consiste en el acceso carnal pero a condición que se sujete a todos los requisitos exigidos por la descripción legal, es decir, que medie consentimiento pleno para el acto..."(110). Y González de la Vega (111) nos dice: "Los elementos constitutivos que se desprenden literalmente de la redacción del precepto son: I-- Una actividad de relaciones sexuales; II. Que estas se efectúen: a) entre ascendientes y descendientes; o b) entre hermanos. Debe agregarse como elemento psicológico del delito: III Conocimiento de la liga de parentesco".

(110) González Blanco, ... op. cit. p. 183

(111) "Derecho Penal Mexicano"... op. cit. p. 426

Ahora bien, el maestro Carrancá y Trujillo (112) establece: "Por relaciones sexuales deben entenderse tanto el coito como la cópula..." y, apunta el mismo autor citando a Manzini y a Eusebio Gómez que "La copula es "la introducción del órgano viril de una persona en el cuerpo de otra, de modo que haga posible el coito o un equivalente anormal de éste" (Manzini)... "El coito o cópula stricto sensu se realiza por la introducción del pene en la vagina. Existe la cópula lato sensu cuando la introducción es en el ano o en la boca. No se requiere para el coito que el acceso carnal alcance su perfección fisiológica, ni la desfloración de la víctima. (en este caso de la mujer incestuosa) pudiendo tratarse de una introducción incompleta" (E. Gómez). (113)

Creemos, por otro lado, que las causas de ausencia de conducta no se dan, pues sería imposible que alguien por fuerza absoluta o mayor tuviera relaciones sexuales. Ya dijimos que para algunos autores los actos reflejos son causa de ausencia de conducta, opinamos que no se dan; lo mismo el sonambulismo; caso rarísimo sería que exactamente dos personas, por ejemplo, el padre y la hija, sufrieran de sonambulismo y realizaran incesto; nos inclinamos por pensar que no se da; lo mismo se podría decir el hipnotismo. Recalcamos que para nosotros estas tres últimas hipótesis serían ausencia de imputabilidad y no de acción; porque aunque la acción o conducta se daría, lo que sucede es que estaría viciada. También podríamos pensar que uno de los dos estuviera para tal efecto bajo el influjo del hipnotismo o el sonambulismo; si es la mujer, creemos que se configuraría el delito de violación en su persona, y si es el ascendiente o hermano (hombres) y ella acepta creemos que ella cometería el delito de incesto, y él quedaría bajo una causa de imputabilidad (casos extremos estos últimos, pero los apuntamos en base a que muchas veces la realidad es más rica que las hipótesis jurídicas).

(112) "Código Penal Anotado..." op. cit. p. 656

*El paréntesis es nuestro

(113) Idem P. 634

La tipicidad y su ausencia en el incesto. En el momento en el que por ejemplo, el padre con su hija tuviera relaciones sexuales, o que estas se dieran entre dos hermanos su conducta se estaría adecuando a lo que establece el art. 272 del C.P. y en ese momento habría tipicidad, es decir, por su adecuación al tipo. Veamos cual es la clasificación del tipo de incesto y cuáles sus elementos para después observar qué causas de atipicidad se presentarían.

Por su composición el incesto es un tipo normal, pues sólo hace una descripción objetiva de la conducta.

Por su ordenación metodológica es fundamental, pues no agrega una característica distinta de otro para ser especial, ni se constituye al lado de otro para ser complementado.

En función de su autonomía o independencia es autónomo, pues subsiste por sí mismo.

Por su formulación es libre, ya que no se requieren dos o más hipótesis para cometer el ilícito.

Por último, ya vimos que el tipo es de lesión, por el daño, ya que se afecta directamente a la familia (v. supra).

Ahora bien, los elementos del tipo de incesto son: a) sujetos activos: los que realizan relaciones sexuales siendo ascendientes y descendientes entre sí, o siendo hermanos; al respecto hay una gran contradicción doctrinaria en cuanto a si se deben tomar en cuenta los lazos de afinidad y civiles en razón del parentesco, y nosotros coincidimos con Carrancá y Trujillo(114) cuando establece: "La ley no señala limitación de grados a los ascendientes y descendientes, unos y otros coautores del delito; pero dados los orígenes históricos del mismo y el empleo en la ley de las expresiones "ascendientes y descendientes", con lo que se indica a los padres, abuelos, etc. de quienes uno asciende y a los que descienden de ellos, entendemos que la línea de parentesco es sólo la de consanguinidad y no la de afinidad ni la civil."

(114) "Código Penal Anotado"... op. cit. p.p. 655-656

"La línea de parentesco consanguínea puede ser recta o transversal; es recta la compuesta de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras y transversal entre personas que sin descender unas de otras proceden de un progenitor o tronco común (art. 297 c.c.p.) La línea recta ascendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden (art.298 c.c.) "Por otro lado, en base a la redacción del art. 272, parece, en cuanto a la interpretación gramatical, que quedan excluidos los primos, pues el precepto sólo se refiere a los hermanos, y a por cierto "la ley no distingue, por lo que puede tratarse de hermanos de padres comunes (germanos), de madre común (uterinos) o sólo de padre común"(115). En cuanto a tal situación de los primos y otros grados de consanguinidad, coincidimos con el autor mencionado al expresar: "La ley se refiere, a nuestro parecer, a ascendientes y descendientes consanguíneos en la línea recta y transversal, cualquiera que sea su grado"(116). El sujeto activo es pues, calificado o propio.

b) Sujetos pasivos. Creemos que dada la naturaleza del delito debido a su plurisubjetividad, y a que es necesaria la voluntad de ambos familiares para cometer el delito, no habría, en sentido estricto, sujeto pasivo, sino solo en sentido amplio; la familia. No obstante lo anterior, podríamos pensar un ejemplo en el que el padre tiene relaciones sexuales con su hija, conociendo el vínculo consanguíneo que los une, pero ésta desconoce tal vínculo, por error esencial de hecho e invencible, por ejemplo, que se le halla hecho creer que la persona con la que vive su madre es su verdadero padre con consanguinidad; en tal caso, ella sería víctima del delito de incesto, o sea sujeto pasivo.

Es necesario pues, para que se pueda dar el delito y se colme el tipo penal, el conocimiento del vínculo de parentesco; calidad de parentesco que se desprende de los sujetos del tipo de incesto, o sea la referencia personal de relación de parentesco.

(115) Ibid

(116) Ibid

2.- Objeto jurídico protegido. En el delito de incesto el bien jurídicamente protegido es la unidad moral de la familia, así como la salud de la estirpe. En tal sentido opinan Carrancá y Trujillo (117) y Martínez Roa (118).

3.- Objeto material. En este caso lo configuran los propios sujetos activos, en el momento de tener relaciones sexuales.

La atipicidad en el incesto creemos que podría operar en los casos siguientes: a) Ausencia de referencia personal o de calidad en sujetos; es decir, que no haya el parentesco que exige la ley; b) Ausencia de objeto material; si los sujetos activos no realizan el coito o la cópula, sino otros actos, por ejemplo erótico o libidinosos sin llegar a tener relaciones sexuales; y c) Ausencia del objeto jurídico protegido, cuando, por ejemplo, -- dos supuestos hermanos tienen relaciones sexuales, y en las investigaciones sobre el ilícito se comprueba que no había tal parentesco. Hay casos especiales de atipicidad, mencionamos en cuanto a la calidad en los sujetos; a) Si es mujer menor y no da su consentimiento habrá violación, y b) si es menor de 12 años, aunque de el consentimiento será violación impropia y c) Si es varón menor, con o sin consentimiento, uno de los sujetos será corrupción de menores.

La antijuridicidad y su ausencia en el incesto. Desde el punto de vista formal el incesto es contrario a derecho, contrario a Derecho Penal, y concretamente contrario (aunque más que contrario se adecua, de ahí que muchos autores identifiquen a la tipicidad con la antijuridicidad formal), El artículo 272 del C.P. desde el punto de vista material o esencial ya vimos que el incesto afecta una norma de cultura reconocida por el Estado que es la moral familiar, y una norma de seriedad que también se subsume en un patrón cultural dado, la salud de la estirpe. En cuanto al aspecto negativo de la antijuridicidad, o sea, las causas de justificación creemos que no se presentan en el incesto, pues sería absurdo pensar que los familiares por estado de necesidad, legítima defensa, obediencia jerárquica, etc. tuvieran relaciones sexuales.

(117) Ibid

(118) Op. cit. p. 260

La imputabilidad y su ausencia en el incesto.- Cuando los sujetos de este delito sean mayores de edad y tengan la capacidad de querer y entender el resultado habrá imputabilidad. En cuanto a la inimputabilidad creemos que se pueden dar: a) un transtorno mental (accidental y transitorio), suponiendo que involuntariamente a dos hermanos los hagan ingerir, por ejemplo alguna substancia tóxica; b) desarrollo mental retardado, por ejemplo dos hermanos mongoloides; c) en general cualquier afectación mental que recaiga en la fracción II del art. 15 del c.p. y obviamente si alguno de ellos (o los dos) es menor de edad no habrá delito.

En cuanto a las acciones libres en su causa, pero determinadas en su resultado tenemos que si hay responsabilidad cuando, por ejemplo, el padre y la hija, se pongan bajo el influjo de alguna droga, enervantes, etc., para cometer el delito, o sea tener relaciones sexuales, y por lo tanto no opera la inimputabilidad.

Por otro lado, la imputabilidad disminuye en donde las zonas de paso, o como dice Carrancá y Trujillo (119), las zonas entre la razón y la locura, no se podría dar en el incesto; pues si bien es cierto que en algunos momentos como los de cansancio, la mente ---- disminuye lo suficiente como para impedir que un ascendiente se de cabal cuenta de que está teniendo relaciones sexuales con su descendiente por ejemplo.

La culpabilidad y su ausencia en el incesto. El delito de incesto, da do que es necesario para que se de la presencia de la voluntad para realizar las relaciones sexuales por ambos sujetos, y el conocimiento del parentesco, es un delito eminentemente doloso. Para Marcela Martínez Roaro también se puede dar por imprudencia; posición que no compartimos porque en tal virtud no se presentarían la voluntad de querer el resultado. La inculpabilidad en el incesto se da en el caso de error esencial e invencible, -- por ejemplo, si se desconoce el parentesco cuando nunca se han visto las -- personas y por causas de la vida se llegan a tratar y tienen relaciones sexuales, comprobándose después que son hermanos; al respecto, Giuseppe Maggiorre (120) nos dice: "El error acerca de la existencia o el grado del vínculo. por ser error sobre normas extrapenales (de derecho civil), tiene como efec

(119) "Derecho Penal Mexicano"... op. cit. pág. 436

(120) "Derecho Penal". Volum IV Delitos en Particular. Segunda Edición Editorial TEMIS, Bogotá, 1972, p. 212

to la no imputabilidad del culpable..." y también se podría presentar la no exigibilidad de otra conducta, cuando por ejemplo los familiares fueran prisionados (vis moral) bajo una grave amenaza por un tercero, para tener relaciones sexuales. En igual sentido opina Martínez Roaro (121).

La punibilidad y su ausencia en el incesto. El multicitado art. 272 establece la punibilidad al decir "Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes..." "La pena aplicable a estos últimos (descendientes) será de seis meses a tres años de prisión (en caso de incesto entre hermanos). No se configura o presenta ninguna excusa absolutoria en el incesto, a pesar de que para los ascendientes se agrava la pena, como podemos ver.

No obstante y aunque en determinado momento no se pudo comprobar por -- ejemplo un acto preparatorio, esta presente la vida del delito, sobre todo -- si tomamos en cuenta que estamos frente a un delito doloso.

Formas de aparición del delito de incesto. 1.- La vida del delito (Iter críminis) de incesto, no se ve con toda la claridad -recordemos que es un delito instantáneo y formal- ya que sólo lo percibimos en su parte externa y - casi siempre en la etapa de la ejecución, es decir, en el momento de su consumación, en el momento de darse el resultado. No es configurable la tentativa (122), (la cual no se presenta en los delitos formales); certeramente -- apunta González Blanco (123): "En el delito de incesto no cabe la tentativa. En efecto, si ésta es, como sabemos, la ejecución incompleta de un delito, y su existencia comienza con la ejecución o sea cuando la conducta del sujeto activo penetra en el elemento descriptivo de la acción, que en el caso a estudio es tener relaciones sexuales, es evidente que, como la cópula, simple unión o conjunción carnal, no requiere para su consumación la eyaculación iniciar la cópula es tanto como realizarla y por lo tanto, la tentativa y la consumación se identifican en un mismo acto. Los preliminares a la cópula incestuosa constituirían más que actos de ejecución, actos preparatorios".

(121) Op. cit. p. 261

(122) "Código Penal Anotado" . Carrancá ... op. cit. p. 637

(123) op. cit. p.p. 187-188

2.- La participación en el incesto se da en todas sus formas, no obstante-- que González Blanco(124) opina que dada la naturaleza del delito (bilateral) no se puede hablar de coautoría; nosotros opinamos que sí se da la coautoría pues esta no es una subespecie de la autoría, sino una determinación conjunta de realizar el delito; cómplice sería aquel que les facilitara los medios para realizar el incesto, por ejemplo "vigilando", para no ser sorprendidos, y el encubrimiento, se da, suponiendo, que un tercero, familiar o no, - con posterioridad al hecho tenga conocimiento del mismo y nos los delate. -

3.- El concurso de delitos en el incesto es un tema bastante controvertible sobre todo en cuanto al concurso ideal, pues mientras algunos autores se inclinan a pensar que el incesto es incompatible con otros delitos como la violación y el estupro(125), otros opinan (126) que sí es compatible el incesto con tales delitos. Nosotros somos de la opinión de que en el delito de incesto sí se da, solamente en un caso, el concurso ideal, dicha hipótesis la recogeremos de Alberto González Blanco (127): "El Incesto es como el adulterio, un delito de participación necesaria, y de ahí que, su existencia requiera la voluntad de ambos sujetos para las relaciones sexuales." "El incesto es compatible con el adulterio, toda vez que, ambos tienen como elemento común, la voluntad. Si uno de los interesados es casado, existe el adulterio delictuoso siempre y cuando concorra además alguna de las circunstancias a que alude el artículo 273 del Código Penal, es decir, si se comete en el domicilio conyugal o con escándalo,..." En cuanto al concurso material se pugna de dar si además de tener relaciones sexuales se realizan por ejemplo, actos libidinosos o por otra parte contra la moral y los buenas costumbres, si por ejemplo, en un parque realizan el incesto.

¡Cuanta importancia tienen los artículos 51 y 52 del Código Penal, sobre la individualización de la pena, en los que debe basarse el juez, al dictar sentencia, sobre todo en casos como el del incesto, en donde, como ya vemos, las causas son muy diversas y complejas, y el juzgador deberá atender a la instrucción, cultura, edad, etc, de los sujetos activos del delito!

(124) op. cit. p. 186

(125) Maggiore... op. cit. p. 212

(126) Jiménez Huerta... op. cit. p.p. 57-58

(127) op. cit. p.p. 186-187

B I B L I O G R A F I A

Consultada para el capítulo III

- 1.- Enciclopedia Jurídica Omeba Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos--Aires, Argentina, Tomo XV, impo-Insa
- 2.- Diccionario Larousse Usual
- 3.- González Blanco Alberto. Delitos sexuales en la doctrina y en el dere--cho Positivo Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., cuarta Edición, México,-1979
- 4.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa, S.A., Henao 6-Bilbao-9
- 6.- Código Penal de 1871
- 7.- Código Penal de 1929
- 8.- González de la Vega, Francisco .Derecho Penal Mexicano los delitos. Edit. Porrúa, S.A., décimosexta edición, México, 1980
- 9.- Carrancá y Trujillo , Raúl; Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado Editorial Porrúa, S.A., Décimasegunda edición, México, 1986
- 10.- Porte Petit Candaudap, Clestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Pe--nal México. 1854
- 11.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, - parte general . Editorial Porúa, Vigésimo Primera edición, méxico, 1985
- 12.- Carrancá y Rivas Raúl, Apuntes de Cátedra
- 13.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa, Dé--cimo sexta edición, México, 1986
- 14.- Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales, editorial, Porrúa, S.A., Méxi--co 1985, Tercera Edición.
- 15.- Magglore, Giuseppe. Derecho Penal Volumen IV. Derecho Penal Delitos en particular . Segunda Edición, Editorial Tennis, Bogotá, 1972
- 16.- Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Carcel y Penas en México, Edit. Porrúa, México, D.f., 3a. Edición 1986
- 17.- Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Principios de Derecho Penal-- Edit. Hermes, Sudamericana. Buenos Aires, México. 1986

"... el amor maduro significa unión a condición de preservar la propia integridad, la propia individualidad. El amor es un poder activo en el hombre un poder que atraviesa las barreras que separan al hombre de sus semejantes y lo une a los demás; el amor lo capacita para superar su sentimiento de -- aislamiento y separatidad, y no obstante le permite ser él mismo, mantener su integridad. En el -- amor se da la paradoja de dos seres que se convierten en uno y, no obstante, siguen siendo dos."

ERICH FROMM

EL ARTE DE AMAR

CAPITULO IV

BIGAMIA

- 1) Cuestiones socio-históricas
- 2) El Código Penal de 1871
- 3) El Código Penal de 1929
- 4) Legislación Vigente y el Problema del Matrimonio
- 5) Posición Dogmática

1.- CUESTIONES SOCIO-HISTORICAS

El delito de bigamia ha tenido una evolución compleja y nunca ha sido uniforme; tomemos en cuenta que "Mientras la cultura occidental se basa, en lo que respecta a la familia, en el matrimonio monogámico, no pocos países orientales y aún africanos y oceánicos mantienen una concepción poligámica del matrimonio" (128) . Además la Bigamia no siempre ha sido conocida como actualmente la sancionan la mayoría de las legislaciones penales, es decir, como "la celebración de un segundo matrimonio, cometido a sabiendas por --- quien aún se encontraba vinculada por un matrimonio válido precedente".

Al decir del art. 279 del C.P. para el D.F., "Se impondrán... al que es tanto unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, -- contraiga otro matrimonio con las formalidades legales"; Carrara nos explica que... "los antiguos prácticos presentaron de la bigamia una enumeración más amplia en sus especies. Prescindiendo de los que la distinguieron en seis especies, y de los más osados que llegaron hasta encontrar ocho, por lo general se señalaban tres: la verdadera (que es la que hemos descrito), la similitudinaria y la interpretativa. La similitudinaria era la que cometeía el que estando ligado por una orden sagrada o por votos solemnes, contraía matrimonio, y la interpretativa era quien se casaba con mujer viuda" (129). El mismo Carrara se encarga de hechar por tierra las formas similitudinaria y la interpretativa: "Pero mientras esta tercera forma no puede considerarse materia del derecho penal, la segunda no puede considerarse como bigamia sino como delito contra la religión, en el caso de que la tenga en cuenta el derecho penal. Como para la generalidad de los prácticos el estupro de una moza se consideraba como adulterio, era apenas natural que el matrimonio contraído con ella recibiera el nombre de bigamia. Aún más, algunos canonistas encontraron en este hecho un caso de incesto, debido al comercio carnal realizado con la esposa de Dios, que es padre común; pero es cuestión que otros deben decidir si esta idea presenta un figura retórica o es una deducción exacta. Sólo debe observarse que si la incuestiona--

(128) "Enciclopedia Jurídica Omeba...". op. cit. Tomo II, B-CLA, p. 322

(129) "Programa de Derecho Criminal". Carrara Francisco, Parte Especial, Volumen V (el interior del libro dice Volumen III) Editorial Temis, Bogotá 1969. Traducción de José S. Ortega Torre y Jorge Guerrero, p.399

-ble paternidad de Dios respecto a todos los hombres se equipara al vínculo de sangre que sirve para constituir el delito de incesto, es claro que también son incestuosas las nupcias de la monja con la divinidad, porque ella también es hija de dios. ¡Cuántas veces el lenguaje figurado ha influido sobre la suerte de los acusados y ha servido para encender hogueras" (130). No obstante lo anterior y aunque tales ideas nos parezcan, hoy en día, obsoletas, códigos penales como los de Bolivia y Nicaragua consagran como delito de bigamia, el primero, el matrimonio contraído por presbítero, diácono o subdiácono o algún regular profeso; y el segundo, sanciona a al que contrajere matrimonio estando ordenado in sacris. Y en cuanto a la bigamia interpretativa, también subsisten varias legislaciones penales latinoamericanas que sancionan el matrimonio con mujer viuda si no se ha dejado transcurrir el tiempo que marca la ley para poder celebrarlo (131). -- Por otro lado. "En un tiempo fueron severísimas. las penas contra la bigamia y aunque en virtud de la L. 2, tit. De incestis et inutilibus nuptis, -del Código, parece que en la Roma primitiva se castigó sólo con infamia y con pena al arbitrio del juez, sin embargo Justiniano elevó el castigo a la muerte mediante la Novela 117. A su vez, la Constitución criminal Carolina, en su art. 121, también la castigó con la muerte, en tanto que otros estatutos penales impusieron pena pecuniaria, fustigación o también el último suplicio... (132).

Por otro lado, ya en América, y en la época de la Colonia, el tribunal de la Santa Inquisición, obvio es decirlo, que fue muy severo sobre las penas impuestas a los delincuentes que iban contra las instituciones - que, en la época, dependían de la religión y de la Iglesia; así el maestro Carrancá y Rivas nos dice: "En ese mundo Colonial tan complejo proferir ma las palabras, deshonestas o bien demasiado sonoras, también era motivo de castigo. E igualmente lo eran la Bigamia y las uniones-muy frecuentes-realizadas a espaldas de la Iglesia..." (133) .

(130) Ibid, p.p. 411-412.

(131) Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba..." op. cit. tomo II, B CLA. p. 322

(132) "Programa de Derecho Criminal". Carrara. op. cit. p. 410

(133) "Derecho Penitenciario..." op. cit. p. 81

2.- EL CODIGO PENAL DE 1871

Este ordenamiento, en su LIBRO TERCERO (DE LOS DELITOS EN PARTICULAR), TÍTULO SEXTO (DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS, LA MORAL PUBLICA, O DE LAS BUENAS COSTUMBRES), CAPITULO VII (Bigamia ó matrimonio doble y otros matrimonios ilegales), establece en su artículo 831: "Comete el delito de bigamia el que habiéndose unido con otra persona en matrimonio válido y no disuelto todavía, contrae uno nuevo con las formalidades que exige la ley." Realmente este precepto es casi idéntico al actual, y sirvió de fuente al art 279 del Código Penal vigente. Al respecto, Jiménez Huerta (134), al criticar la redacción del vigente 279 (punto que más tarde analizaremos) en cuanto a la ubicación de tal delito en el código, dice: "El dislate se hace más patente si se tiene en cuenta que el Código Penal de 1871 incluyó la bigamia en el Capítulo VII de su título sexto del Libro Tercero, cuyo título llevaba por rubro "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres".

Lo importante de dicho ordenamiento, desde nuestro punto de vista, es que hablaba sobre el momento consumativo del delito: "El delito de bigamia se consuma al momento en que el acta de matrimonio queda firmada por los contrayentes. Si aquella se extendiere, pero no llegare a firmarse, el delito quedará reducido a conato (tentativa), y se castigará como tal" (art.832). Independientemente de que las interpretaciones doctrinaria y judicial entraran en polémica, el legislador del 71 fue, sobre el particular, demasiado claro.

El artículo 833, para efecto de la penalidad apuntaba sobre el conocimiento o no del estado civil con quien se casaba la persona: "El reo de bigamia será castigado con cinco años de prisión y multa de segunda clase, cuando la persona con quien celebre el nuevo matrimonio sea libre y no sea que aquel es casado.

"Si lo supiere, se impondrá a uno y a otro la pena de tres años de prisión y multa de segunda clase."

(134) Op. cit. p.)

El infortunado art. 834 contenía dos grandes errores, pues decía que:
"Son circunstancias atenuantes de cuarta clase:

I. Haber tenido el reo motivos graves, a juicio del juez, para creer disuelto el primer matrimonio.

II. No haber tenido hijos en su matrimonio anterior el contrayente casado."

El primer error se encuentra en la fracción primera, pues si el o los sujetos tienen motivos graves, para creer disuelto el matrimonio anterior, tal circunstancia nos es atenuante sino una causa de inculpabilidad por --- error, que elimina el dolo, y en tal virtud no hay delito. El segundo --- error está en la segunda fracción, pues el hecho de no haber tenido hijos - en el matrimonio anterior es una circunstancia totalmente ajena a los delitos de bigamia y ni siquiera debió tomarse en cuenta.

Por último , el artículo 935 establecía que "Es circunstancia agravante de cuarta clase, que el bigamo tenga cópula con su nuevo cónyuge". Cuag tión, también, totalmente ajena al delito por tratarse de un hecho poste--- rior a la realización del ilícito; no obstante, autores como Maggioreo to--- man en cuenta tal situación, no como agravante, sino como elemento mismo -- del ilícito para considerarlo permanente.

3.- EL CODIGO PENAL DE 1929

Este ordenamiento, en su LIBRO TERCERO (DE LOS TIPOS LEGALES DE LOS DELITOS), TITULO DECIMOCUARTO (De los delitos cometidos contra la familia),-- CAPITULO IV (De la bigamia y de otros matrimonios ilegales), en sus artículos 901 a 905 no hace sino repetir exactamente lo estipulado por los artículos respectivos del Código Penal de 1871, por lo que no hacemos más comentarios que los ya apuntados para tal ordenamiento. Solamente digamos -- que Jiménez Huerta (135) al hacer, como ya dijimos, la crítica del código vigente y que viene del Código del 71 apunta que también fue recogida por el código de 1929;"... y otro tanto es dable decir del Código Penal de 1929 en que aparece comprendido (el delito de bigamia) en el capítulo IV del Título XIV del LIBRO TERCERO, título denominado "De los delitos cometidos -- contra la familia".

El Código Penal de 1929, después de repetir íntegramente lo estipulado por el Código Penal de 1871, establece en su artículo 906: "Los testigos -- del bigamo que intervengan en la celebración del matrimonio, serán considerados como coautores para la aplicación de la celebración correspondiente". Gramaticalmente, por lo menos, este artículo contiene, a nuestro modo de -- ver, una falta grave, pues no basta con ser testigo del matrimonio para hacerse acreedor a la sanción, por "coautoría", sino que es necesario el conocimiento por parte de los testigos de la existencia del matrimonio anterior para que pueda haber dolo, y por lo tanto, responsabilidad; además de que, -- en tal caso, no serían coautores, sino cómplices.

Antes de concluir el presente apartado apuntemos dos anteproyectos que cita Jiménez Huerta (136): "En el Anteproyecto del Código Penal elaborado -- por la Procuraduría General de la República en 1958, el delito de bigamia -- aparece recogido en el Capítulo Quinto del Libro Décimosegundo que lleva -- por rubro "Delitos contra el orden de las familias". Y en el Anteproyecto de Código Penal tipo para toda la República Mexicana desaparece de su artículo toda alusión directa al delito de bigamia por considerar la Comisión Redactora, según explica en la Exposición de Motivos, que dicho delito no -- merece trato especial, pues queda comprendido en el capítulo en que típi-

(135) Op. cit. Tomo V p. 39

Nota.- El paréntesis es nuestro, en la cita de Jiménez Huerta.

(136) Ibid.

-ca y penaliza los matrimonios ilegales. Empero este criterio no lo reputamos enteramente correcto, dado los problemas que presenta el delito, oriundos de su genuina naturaleza".

4.-LEGISLACION VIGENTE Y EL PROBLEMA DEL MATRIMONIO.

Sobre el matrimonio hay dos cuestiones, una sociológica y otra jurídica. Sobre la primera podemos decir que, se presentan una serie de datos en la actualidad que en determinado momento chocan con la bigamia; como lo veremos más adelante, el bien jurídico tutelado en este delito es el orden monogámico del matrimonio, base de la familia; pero recordemos (véase el capítulo II) que la familia en la actualidad, al decir de Errico Altavilla(137) pasa por una gran convulsión, y en base a tal pensamiento ya estudiado en otro capítulo (II) nos preguntamos: ¿En dónde quedará la bigamia, en un futuro, ante los matrimonios por grupos? ¿Cuál será el papel de la bigamia ante el matrimonio "personal" sin autoridad civil? Recordemos que tales fenómenos ya se empiezan a bismbrar en algunos países europeos y en algunos estados de la Unión Americana. Tal vez prequemos de demasiado tradicionalistas pero esperamos y pugnamos porque tales fenómenos no se propaguen y se retome el cause del matrimonio monogámico, como sucede en Occidente por el bien de la familia. En cuanto al mundo oriental y otras culturas nos preguntamos: ¿realmente puede haber una familia en un individuo que tiene varias esposas, por ejemplo, en un Aram árabe? ¿Qué suerte les espera a los hijos de tales "familias"? ¿El padre tiene el suficiente tiempo para ayudarlos y comprenderlos? ¿qué sucede si cae de su gracia una de sus esposas? Ya se sabe que para todo hay respuesta y solución sobre todo si tomamos en cuenta que se trata de culturas totalmente distintas a la nuestra y su forma de enfocar el mundo difiere, muchas veces, radicalmente, del enfoque que le damos en la cultura occidental; no obstante lo anterior creemos que se ganaría más, en beneficio de la sociedad en general, si se cuentan las bases de una verdadera familia, empezando por una fuerte estructura matrimonial, en donde todos los miembros gozen en la medida de lo posible, de una tranquilidad social y emocional, que repercuta en beneficio de todos los demás miembros de la familia y por ende, de la colectividad...

(137) Cfr. op. cit. p. 13 y sigts.

-ca y penaliza los matrimonios ilegales. Empero este criterio no lo reputamos enteramente correcto, dado los problemas que presenta el delito, oriundos de su genuina naturaleza".

4.-LEGISLACION VIGENTE Y EL PROBLEMA DEL MATRIMONIO.

Sobre el matrimonio hay dos cuestiones, una sociológica y otra jurídica. Sobre la primera podemos decir que, se presentan una serie de datos en la actualidad que en determinado momento chocan con la bigamia; como lo vemos más adelante, el bien jurídico tutelado en este delito es el orden monogámico del matrimonio, base de la familia; pero recordemos (véase el capítulo II) que la familia en la actualidad, al decir de Errico Altavilla(137) pasa por una gran convulsión, y en base a tal pensamiento ya estudiado en otro capítulo (II) nos preguntamos: ¿En dónde quedará la bigamia, en un futuro, ante los matrimonios por grupos? ¿Cuál será el papel de la bigamia ante el matrimonio "personal" sin autoridad civil? Recordemos que tales fenómenos ya se empiezan a bismbrar en algunos países europeos y en algunos estados de la Unión Americana. Tal vez parecemos de demasiado tradicionalistas pero esperamos y pugnamos porque tales fenómenos no se propaguen y se retome el cause del matrimonio monogámico, como sucede en Occidente por el bien de la familia. En cuanto al mundo oriental y otras culturas nos preguntamos: ¿realmente puede haber una familia en un individuo que tiene varias esposas, por ejemplo, en un Arabe? ¿Qué suerte les espera a los hijos de tales "familias"? ¿El padre tiene el suficiente tiempo para ayudarlos y comprenderlos? ¿qué sucede si cae de su gracia una de sus esposas? Ya se sabe que para todo hay respuesta y solución sobre todo si tomamos en cuenta que se trata de culturas totalmente distintas a la nuestra y su forma de enfocar el mundo difiere, muchas veces, radicalmente, del enfoque que le damos en la cultura occidental; no obstante lo anterior creemos que se ganaría más, en beneficio de la sociedad en general, si se cuentan las bases de una verdadera familia, empezando por una fuerte estructura matrimonial, en donde todos los miembros gozen en la medida de lo posible, de una tranquilidad social y emocional, que repercuta en beneficio de todos los demás miembros de la familia y por ende, de la colectividad...

(137) Cfr. op. cit. p. 13 y sigts.

Sabemos que la situación es difícil pero confiamos en que en un futuro no lejano la familia supere y salga bien librada de ese proceso del que nos habla Altavilla. ¡Una familia sólida será pilar de una sociedad sólida!

En cuanto a la segunda situación, la jurídica del matrimonio, en cuanto al delito de bigamia tenemos que para que se pueda dar tal delito es necesaria la existencia de un matrimonio anterior, al celebrar el segundo; al respecto, al hablar sobre ese presupuesto fáctico, o sea la existencia del primer matrimonio, hacemos nuestras las palabras del tratadista Jiménez Huerta (138):

"El artículo 279 estatuye, como presupuesto lógico e imprescindible de la conducta delictiva que describe, que el sujeto activo primario realice el hecho típico... "estando unido con una persona en matrimonio..." Si es ta condición o circunstancia previa de índole personal, es imposible que pueda cometerse el delito de bigamia.

"...Y aunque el artículo 279 no lo expresa, incontrovertiblemente dicho artículo se refiere exclusivamente al matrimonio civil -único- con valor legal en el ordenamiento jurídico-, sin que tengan consistencia alguna ante la Ley penal cuantas disposiciones pudieran hacerse en torno a los llamados matrimonios religiosos, - pues sabido es que todos ellos carecen de realidad jurídica, y, por tanto, son inexistentes ante el Derecho positivo..."

"No impide la existencia del presupuesto fáctico-- del delito, la circunstancia de que el matrimonio hubiere sido contraído en el extranjero, pues el artículo 12 del Código Civil establece que "Las leyes mexicanas... se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados o sean transeúntes..."

También apunta el autor señalado que no importa que después de celebrado el segundo matrimonio, muera el cónyuge del primero, o se declare nulo y viceversa, pues el delito ya se consumó.

Así pues, estos, entre otros, son los problemas y las características que sociológica y jurídicamente presenta el matrimonio en relación con el delito de bigamia.

5.- POSICION DOGMATICA

Ya no apuntaremos, en este capítulo ni en los siguientes la teoría del delito, en general. Así, empezaremos por su clasificación, en cuanto en la bigamia.

1.- Por su gravedad, la bigamia es delito; el artículo 279 del Código Penal estipula:

"Se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo contraiga otro matrimonio con las formalidades legales".

2.- Por la conducta del agente, la bigamia es un delito de acción, --- pues el hecho de contraer un segundo matrimonio sin estar disuelto el anterior, sólo puede llevarse a cabo mediante un hacer positivo y nunca por omisión o comisión por omisión.

3.- Por su resultado, la bigamia es un delito material, pues en ella hay un cambio en el mundo exterior; no solamente se da la violación jurídica, sino también un resultado material; resultado jurídico que se da por el sólo hecho de contraer un segundo matrimonio, del cual queda una constancia exterior que es el levantamiento del acta respectiva; además de que el mundo exterior la sociedad, tendrá a partir del "perfeccionamiento" del segundo matrimonio a "los supuestos contrayentes" como casados, y no ya como lo que se hizo o se hicieron pasar, o sea como solteros. Pero hay autores que lo ubican como un delito formal (139).

4.- Por el daño que causa, la bigamia es un delito de lesión, pues -- afecta directamente al bien jurídicamente protegido que es el orden monogámico del matrimonio (base este de la familia). En igual sentido opina Carrancá y Trujillo (140).

(139) típicamente Sebastian Soler así lo considera "Derecho Penal Argentino Till. editorial tipográfica Argentina; Buenos Aires, 1956 p. 429

(140) "Código Penal Anotado"... op. cit. p. 666

5.- Por su duración, la bigamia es un delito instantáneo: Se le consuma por el hecho mismo (y en ese mismo momento) de contraer el distinto - matrimonio, firmando el acta respectiva que lo registra fehacientemente, aun que el matrimonio quede rato y no se consume por el acceso carnal" (141). En igual sentido opinan Carrara (142), Antonio de P. Moreno (143) y Jiménez --- Huerta (144). Maggiore (145) opina que se trata de un delito permanente.

6.- Por el elemento interno de la culpabilidad, no hay duda, y la mayoría de los autores así lo reconocen, la bigamia es un delito eminentemente doloso; dolo que consiste en el querer y entender el segundo matrimonio a sabiendas de que existe un vínculo matrimonial anterior "no disuelto, ni declarado nulo", tal y como lo expresa la ley, por lo que si falta el dolo no habrá delito.

7.- Por su estructura o composición la bigamia es un delito simple, -- pues sólo hay una violación legal y no se subsume con ningún otro delito para dar nacimiento a uno distinto.

8.- Por el número de actos, la bigamia para nosotros, es un delito unisubsiste, pues aunque a primera vista pareciera que nos encontramos ante un delito plurisubsistente, posición que asume Jiménez Huerta, por cierto: "Si-tenemos en cuenta que el delito de bigamia es de naturaleza plurisubsistente pues para su perfección antológica requiere una serie de actos unidos unos y otros por una singular o plural voluntad,..." (146), pero realmente aunque -- dichos actos encadenados devengan en el resultado dañoso, todos ellos se configuran, en uno sólo y pasan a segundo término, al tomar relevancia el sólo-acto con el cual se configura o consume el delito que es el levantamiento -- del acta respectiva; sin decir que es unisubsistente, Carrancá y Trujillo o-pina en igual término (147), osea, el delito se consume con un sólo acto; la celebración del segundo matrimonio.

(141) Ibid

(142) "Programa"... op. cit. Volumen V p.p. 395 y sigts.

(143) "Curso de Derecho Penal Mexicano"Parte especial de los delitos en par-ticular. Editorial Porrúa, México 1968, p. 299

(144) Op. cit. T.V. p. 43

(145) Op. cit. T. IV p.

(146) Op. cit. Tomo V, pág. 50

(147) "Código Penal anotado"... op. cit. 656.

9.- Por el número de personas, que intervienen en el delito, la bigamia, para nosotros, es un delito unisubjetivo; fundamentalmente y en base a redacción del texto legal, es obvio que es unisubjetivo el art. 279 dice: "...al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto, ni declarado nulo contraiga otro matrimonio con las formalidades legales". El texto legal no hace ninguna referencia a la segunda persona con la que se contrae matrimonio, o sea, que según el texto de la ley habrá bigamia cuando una persona contraiga un segundo matrimonio sin haber disuelto el anterior, y el otro "cónyuge", sería sujeto pasivo si desconoce el estado civil del primero o cómplice si conoce dicho estado civil de casado con la persona que contrae matrimonio; ahora bien, si el segundo "contrayente" también es casado en ese caso el delito podría parecer plurisubjetivo, la ley no requiere que necesariamente sean los dos casados; por lo tanto, repetimos, estamos ante un delito unisubjetivo; ya se sabe que los delitos plurisubjetivos necesitan de dos o más personas para su consumación, pero en el caso de la bigamia no se requiere necesariamente dicha participación o acuerdo de voluntades, pues aunque efectivamente, para casarse una persona requiere de otra y de un juez civil y de testigos, aunque puede realizarse bigamia sin el conocimiento de estos, de que ya está casado con una persona, aceptar tal hipótesis, en nuestra opinión sería tanto como afirmar que el delito de homicidio es plurisubjetivo, porque para privar de la vida a "otro" es necesario ése "otro"; y no es este caso, como en la bigamia, ese otro es sujeto pasivo, o como ya dijimos, en relación con el cómplice si se conoce el vínculo anterior, salvo el caso que este segundo también sea casado, en cuyo caso sería coautor, es decir también bigamo, caso no necesariamente exigido por la ley. En sentido contrario opina Sebastian Soler(148) pues para él, la bigamia, aunque no lo diga la ley, es un delito de doble actividad por necesitarse la presencia para la consumación del delito de los supuestos contrayentes, del juez civil y de los testigos, independientemente de que puedan ser penalmente responsable o no.

10.- Por su forma de persecución, el delito de bigamia, es de oficio, pues la ley no hace mención alguna a que tenga que seguirse por querrela.

(148) Derecho Penal Argentino. Tomo III. op. cit, p.p. 425-426

11.- Por la materia, el delito de bigamia es común ya que se sanciona localmente por el Código Penal del Distrito Federal, en su artículo 279, y no es delito al que las leyes le den el carácter Federal.

12.- Y, en cuanto a su clasificación legal, la bigamia está comprendida, en el libro segundo del Código Penal, título décimosexto, delitos contra el Estado Civil y Bigamia; artículo 279.

Ahora veamos los elementos del delito, tanto positivos como negativos, aplicados al delito de bigamia, así como sus formas de aparición.

La acción y su ausencia en la bigamia.- La acción o conducta consistirá precisamente, tal y como lo establece el tipo en "estar unido con una -- persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo y contraer otro matrimonio con las formalidades legales".

Al respecto, nos dice Jiménez Huerta (149) "...De una manera elíptica-- hace mención la descripción típica a que el nuevo matrimonio ha de ser "civil", dado que éste es únicamente el que puede contraerse con "las formalidades legales". Los matrimonios contraídos conforme a los ritos o solemnidades, dogmas o formas de cualquier religión quedan a extramuros de la descripción típica, pues son insusceptibles de ser contraídos "... con las formalidades legales", habida cuenta de que éstas son exclusivamente las establecidas en preceptos de ley: en la especie, las normas jurídicas contenidas en los artículos 97 a 113 y 146 a 161 del Código Civil.". Es de explorado conocimiento que el segundo matrimonio es nulo de pleno derecho, punto sobre el que no nos detendremos, y en el que la mayoría de los autores están de acuerdo.

En cuanto a las causas de ausencia de conducta creemos que no se da -- ninguna de ellas; la verdad, sería imposible sostener que una persona celebrara un segundo matrimonio, sin disolver el anterior, por fuerza física irresistible, por una fuerza de la naturaleza, incluso la propia fuerza moral, pues aunque la mayoría de los delitos se pueden dar por una fuerte ame

(149) Op. cit. Tomo V, p. 43

naza o cantaje, creemos que por la misma naturaleza de la bigamia, esto no sería posible; en igual sentido negativo opinamos de los actos reflejos, el sonambulismo y el hipnotismo.

La tipicidad y su ausencia en el delito de bigamia.— En el momento en que una persona estando casada, contraiga un nuevo matrimonio en los términos de ley, su conducta se estará adecuando a lo establecido por el artículo 279 del Código Penal y en ese momento habrá tipicidad. Veamos la clasificación del tipo de bigamia y sus elementos.

Por su composición el tipo de bigamia es normal, pues sólo hace una -- descripción objetiva de la conducta, y todos entendemos lo que significa -- "estar" (estando) unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo", y contraer (contraiga) otro matrimonio con las formalidades legales"; no se necesita de una valoración judicial, sino que "la vigencia de la unión matrimonial es un elemento normativo del tipo penal, y de valoración jurídica."(150).

Por su ordenación metodológica es fundamental o básico pues no agrega una característica especial, de otro, para ser especial, ni se constituye - al lado de otro para ser complementado, aún y cuando en este caso no constituya la esencia de otros tipos, como sería el caso del homicidio.

Por su autonomía o independencia, el tipo de bigamia es autónomo, pues no requiere de la existencia de otros tipos para subsistir, es decir existe y subsiste por sí mismo.

Por su formulación es libre, pues por cualquier medio se puede cometer el delito y la ley no marca dos o más hipótesis para consumarlo.

Y por último, ya vimos que este tipo es de lesión, pues afecta directamente al bien jurídicamente protegido, que es el orden monogámico del matrimonio.

(150) "Código Penal Anotado" ... Carrancá... op. cit. pág. 666

Los elementos del tipo de bigamia son: 1. sujeto activo. En este caso lo es quien estando unido en matrimonio, contrae otro con las formalidades legales, tal y como establece la ley; y si la persona con la que contrae matrimonio, también está unida en matrimonio anterior, al igual será coautor y sujeto activo del delito, pero si no es casada, la ley, como ya vimos no dice nada, ni establece sanción alguna al respecto, aún y cuando conociera el estado civil de casado del otro contrayente, pues en tal caso solamente será participe del delito: "... El hecho de que en la celebración del segundo matrimonio intervenga otra persona, no exige a ésta necesariamente en sujeto activo del delito; sólo tiene un valor conceptual para la configuración de la figura típica, máxime si se tiene en cuenta que dicha persona puede devenir en sujeto pasivo..." (151) Esto es, que el sujeto activo en este delito es calificado, ya que sólo puede cometer dicho delito el que "estando unido" con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales."

2. sujeto pasivo. Lo es el cónyuge del anterior matrimonio, y puede haber pluralidad de sujetos pasivos: si el otro contrayente también es casado y además puede erigirse en sujeto pasivo la persona soltera que contrae matrimonio engañada por el otro contrayente que si esta casado. En este sentido opina Carrara, Carrancá y Trujillo, Jiménez Huerta, entre otros en sentido contrario opina Colacci, citado por Jiménez Huerta (152).

3. objeto jurídico protegido. Sobre éste particular Carrancá y Trujillo dice "Objeto jurídico del delito: el interés público de asegurar el status jurídico matrimonial. (153) o sea el Estado trata de preservar el orden no gámico del matrimonio, basu de la familia indiscutiblemente.

4. objeto material. Ya sabemos que es la cosa o persona sobre la que recae el delito, y en este caso lo es, el matrimonio anterior con el que esta o están unidos el o los contrayentes del segundo matrimonio. Carrara (154) opina al respecto, que si, por ejemplo no hay matrimonio anterior, sino concubinato fallará el objeto material del delito.

(151) Jiménez Huerta... op. cit. p.p. 46-47

(152) Op. cit. p. 47

(153) "Código Penal Anotado"... op. cit. p. 666

(154) Op. cit. Tomo v. P.

En cuanto a la atipicidad, opinamos que se podría dar en los casos siguientes:

1. Ausencia de referencias personales. La ley establece que el delito sólo puede cometer el que "estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo..." es decir que se necesita ser casado; y si la persona que contrae segundas nupcias, por ejemplo, ya ha disuelto el primer matrimonio ya no sería casado y su segundo matrimonio sería totalmente válido y no habría delito. 2. Ausencia de referencias temporales. No se dan en este delito; la ley no marca un término en este sentido, no obstante que la ley civil marca el tiempo que debe transcurrir para volver a contraer nupcias después del divorcio, ya que si no se respeta tal lapso, el matrimonio será nulo, y podría darse otra figura ilegal, pero nunca habrá bigamia, porque el divorcio ya ha puesto fin al matrimonio anterior. 3. Ausencia del objeto jurídico. Se podría dar en el caso de que un árabe, o algún miembro de la cultura indígena como la tarahumara, tuviera varias esposas, pero como para ellos no se podría aplicar el art. 279, porque pertenecen a un sistema jurídico distinto, ahí no se presentaría el bien jurídico tutelado, es decir, el interés jurídico de asegurar el orden monogámico del matrimonio. 4. Ausencia de objeto material. Si se podría presentar, si por ejemplo una persona cree que su matrimonio anterior subsiste y contrae nuevas nupcias, realmente no hay matrimonio o sea, objeto jurídico sobre el cual recaiga el daño; o bien, si contrae el segundo matrimonio y este no se perfecciona, pues tampoco habría objeto material, el segundo matrimonio ^{no sería} válido sobre el cual recaería el daño, independientemente del problema de la tentativa que más adelante señalaremos. 5. Ausencia de referencias especiales. No se dan pues, como ya vimos "Es indiferente que el matrimonio válido haya sido contraído en México o en el Extranjero".(155)

La antijuridicidad y su ausencia en la bigamia. La antijuridicidad formal consistirá en que la bigamia es una acción contraria a Derecho y rubricada parcialmente porque se está afectando a la institución matrimonial, que hoy por hoy es el soporte de la familia y ésta ya vimos la importancia que tiene dentro de la sociedad. En cuanto a las causas de justificación, creemos que sería descabellado sostener que por estado de necesidad, legítima defensa, obediencia jerárquica, etc, se contrajera matrimonio, es cuando unido por otro anterior.

(155) Cfr. Carrancá... Código Penal... op. cit. p. 666

La imputabilidad y su ausencia en la bigamia. Si los contrayentes del segundo matrimonio tienen capacidad de querer y entender el resultado del acto ilícito que están celebrando, entonces habrá imputabilidad. Creemos que no se dan ninguna de las causas de inimputabilidad, y ni siquiera la imputabilidad disminuida, ni las acciones libres en su causa, pues cualquiera de tales hipótesis ni siquiera permitiría, en los términos de la legislación civil contraer matrimonio.

La culpabilidad y su ausencia en la bigamia. En el momento que haya una relación de causalidad entre la conducta del agente, es decir, realizar libremente un segundo matrimonio estando unido a otro anterior, y el resultado, es decir el perfeccionamiento del matrimonio con las formalidades legales, o sea, el levantamiento del acta respectiva, justamente en ese momento aparecerá la culpabilidad. Es decir, es un delito eminentemente doloso. En cuanto a las causas de inculpabilidad, creemos que sólo se presenta el error esencial de hecho, cuando alguno de los contrayentes desconoce el estado civil de casado del otro; la mayoría de los autores concuerdan en este sentido.

La punibilidad y su ausencia en el delito de bigamia. El propio artículo 279 empieza diciendo que "se impondrá hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que..." , por lo que esa es la punibilidad en el delito en cuestión. En cuanto al aspecto negativo de tal elemento, la ley no marca ninguna excusa absolutoria al respecto.

Formas de aparición del delito de bigamia. La vida que recorre el delito, (iter criminis), de bigamia se da en todas sus formas: En la fase interna el individuo(s), casado(s) previamente, idea o piensa el segundo matrimonio; después delibera sobre si debe cometerlo o no; y, por último, resuelve no realizarlo. Posteriormente, en su fase externa, primero manifiesta exteriormente como idea o pensamiento su propósito de contraer nuevas nupcias (hasta aquí recordemos que cogitationis delinquere non potest: el pensamiento no delinque); posteriormente prepara el ilícito, es decir, realiza los actos preparatorios; por ejemplo, realiza el examen médico prenupcial, llena la solicitud correspondiente, etc. (realmente, para nosotros, aquí tampoco habría punición, pues opinamos que los actos preparatorios no deben ser punibles); y por último, ejecuta el acto, o sea, realiza con las formalidades de la ley el segundo matrimonio, levantándose el acta respectiva, momento en el cual se consumaría el delito de bigamia.

La tentativa presenta un singular problema en la bigamia que, en la teoría, la doctrina no ha podido dejar en claro; podríamos decir que se han centrado en intrincada lucha, los autores que sustentan por un lado, la punibilidad de la tentativa en la bigamia, como Carrancá y Trujillo(156), Jiménez Huerta (157), Carrara(158), entre otros; y los que, por otro lado, sostienen la imposibilidad de la tentativa en dicho de delitos, como Eusebio Gómez (159) y Odorigo(160), entre otros. Para nosotros, no obstante que catalogamos nuestro delito como formal o de mera actividad, y que para la mayoría de los autores concuerdan en que no cabe la tentativa en el delito formal; no obstante eso, pues, creemos que en el delito a estudio si cabe la tentativa por ejemplo si se empieza a redactar el acta y por causas ajenas a la voluntad del agente, la misma no termina de extenderse, o parece en esos momentos la primera y legítima esposa.

La participación en la bigamia se presenta en todas sus formas: autor, el sujeto bigamo; coautor el otro cónyuge si también es casado con anterioridad cómplice, los testigos, si saben del impedimento; llegado el caso también podría serlo el Juez del registro civil si conoce del impedimento; y, el encubrimiento, si por ejemplo, alguien conocedor del segundo matrimonio, se da cuenta de la existencia del primero y no denuncia el ilícito.

El Concurso de delitos en la bigamia se da en sus dos formas; ideal: - subsiste el delito de bigamia con el delito de falsificación de documentos - consagrados en el art. 244 del Código Penal--

(156) "Código..." op. cit. p. 666

(157) "Derecho Penal"... op. cit. p. 47. Este autor opina que como se trata de un delito plurisubsistente, y se requieren una serie de actos unidos unos a otros es de configurarse la tentativa. Este criterio no nos convence mucho pues el homicidio es un delito unisubsistente y cabe la tentativa.

(158) Programa... op. cit. p.

(159) Cfr. "Tratado de Derecho Penal" TOMO III, compañía Argentina de editores, Buenos Aires, Argentina, 1940, p. 286.

(160) Citado por Soler, Sebastián "Derecho Penal..." op. cit. p. 420

"El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

I...

II...

III...

IV...

V.- Atribuyéndose el que extiende el documento, o atribuyéndolo a la persona en cuyo nombre lo hace, - un nombre o una investidura, calidad o circunstancia que no tenga y que sea necesaria para la validez del acto."

Aquí, es obvio que la aplicamos al funcionario, o sea, al juez del Registro Civil que conoce del estado civil de casado de uno de los contrayentes, - y lo hace pasar por soltero, en el acta respectiva; en tal caso será penado - por cómplice del delito de bigamia y por falsificación de documento.

También subsiste el delito de bigamia con uno de los delitos de "falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a la autoridad". El artículo 247, del Código Penal tipifica el delito de falsedad:

" Se impondrán...

I. Al que interrogado por una autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad"

En este caso, el contrayente casado anteriormente y que oculta tal situación en el acta respectiva, será sancionado por bigamia y por falsedad.

2. Y, por último, el concurso material puede darse si por ejemplo el "cónyuge" no casado y que sabe del estado civil del otro supuesto contrayente, y éste, en la llamada noche de bodas, tienen relaciones sexuales se configurarían el delito de adulterio, conforme a la legislación vigente, pues se configurarían el escándalo con el segundo matrimonio.

B I B L I O G R A F I A

Consultada para el cuarto capítulo

- 1.- Enciclopedia Jurídica Omeba Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos -- Aires, Argentina; Tomo II B-Clá.
- 2.- Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. parte especial, Volumen V, Edit. TEMIS, BOGOTÁ, 1969 . Traducción de José S. Ortega Torres y Jorge Guerrero.
- 3.- Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario Cárcel y Penas en México. Edit. Porrúa, México, D.F., 3a. edic. 1986
- 4.- Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Edit. Porrúa, - México, D.F., 1985
- 5.- Altavilla, Enrico. Proceso a la Familia Edit. Plaza y Janés; Barcelona, 1975 traducción de Juan Moreno.
- 6.- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino. T. III. edit. Tipográfica Argentina; Buenos Aires. 1956
- 7.- Carrancá y Trujillo, Raúl /Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado- Edit. Porrúa, México. D.F., 12a. edic. 1986.
- 8.- De pa. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano parte Especial - de los delitos en particular. Edit. Porrúa, México. 1968
- 9.- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal Columna IV. Delitos en Particular. 2a. Edic.; Edit. TEMIS, Bogotá, 1972
- 10.- Gómez Eusebio Tratado de Derecho Penal T.III. Edit. Compañía Argentina - de Editores; Buenos Aires, Argentina, 1940
- 11.- Jiménez Huerta Mariano Derecho Penal Mexicano T.B. Edit. Porrúa, México. D.F., 1985
- 12.- González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado Edit. Porrúa, 1978

Entré a la prisión con espíritu de rebeldía, sólo pensando y hablando de sublevarme y escapar. Se supone que la prisión quiebra al hombre. Las prisiones se construyeron para eso, para quebrar a los hombres, y cuando el hombre ha sido roto, entonces la sociedad queda satisfecha, pues ha consumado su desquite. Yo, sin embargo, estaba dispuesto a no dejarme quebrar. Pronto reconocí la impotencia, aún la del más tenaz criminal, contra la autoridad férrea de la administración de la cárcel. JAN - VALTAIN. "LA NOCHE QUEDO ATRAS".

C A P I T U L O V :

DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

- 1.- Historia
- 2.- El Código Penal de 1871
- 3.- El Código Penal de 1929
- 4.- Comentarios sobre las hipótesis contenidas en el artículo 277 del Código Penal Vigente (Distrito Federal)

1.- HISTORIA.

Antes de dar algunos datos históricos sobre este grupo de delitos digamos que "El estado civil de las personas (estado de familia) es la relación de familia, originada por el nacimiento, que une a una persona con las demás (161) y "... todas las personas, cualesquiera que sea su filiación legítima ilegítima poseen un estado civil (162). Carrara (163) nos explica que en to dos los casos, por el simple hecho de nacer los individuos adquieren dere--chos universales, como el derecho a la vida o la libertad, y todos tienen el deber de respetarlos; pero hay ocasiones en las que el individuo tiene la ne cesidad de pedirle a alguien que le proteja ciertos derechos como el de vestirlo, alimentarlo, educarlo, darle un nombre, protegerlo, etc. y tales der chos sólo se pueden dar dentro del estado de familia, y así surgen para los padres, e incluso para terceros, la prohibición de atentar contra tales der chos que forman el estado civil de las personas. *

Así las cosas, Carrara (164) opina: "En los tiempos de menos civiliza--ción, la tarea de registrar el estado civil de un niño (sentido instintivamente por todos los pueblos) la llenaron los ministros de la religión y sus instituciones, en las cuales se encuentra el origen de toda vida civilizada. Dondequiera que destelló un albor de civilización para sacar al hombre de la vida animal y salvaje, la religión introdujo ritos y ceremonias que en su ar cano sentir también tenían en cuenta el fin de preparar, para la vida futura del recién nacido, una ostentación o documento cualquiera que le diera poder de afirmar a qué tribu, casta o familia pertenecía". Y, sigue diciendo el mismo autor: "... muchos han pretendido sostener que también en los primiti vos tiempos de Roma tenía vigencia la obligación impuesta a los padres de de nunciar ante la autoridad civil el nacimiento de los hijos... otros... han sostenido que el primero en ordenar en Roma la profesio liberorum imposita - nomine, esto es, la denuncia de los hijos al prefecto del Erario, dentro de los treinta días del nacimiento, fue el Emperador Antonino Pío, en una constitución hoy perdida, y que éste había dictado con el fin preciso de impedir la suposición de niños..."(165).

(161) "Derecho Penal". Cuello Calón, Eugenio. Parte Especial Tomo II, v.2 Décimotercera edición; edit. BOSCH; Barcelona, 1972 p. 708

(162) Ibid

(163) Cfr. programa... op. cit. vol. V, p.p. 413 y sigts.

* Independientemente de cómo se manejan tales derechos en materia civil, en el presente trabajo sólo veremos su tutela penal.

(164) "Programa... " op. cit. vol. V, p. 416

(165) Ibid.

Otro autor español, el tratadista cuella Calón (166) nos presenta estos datos: "En el derecho romano la suposición de parto se penó como crimen falsi. En el mismo criterio se inspiraron los partidos (Partida VII, cit. VII, Ley 3a.) que después de describir minuciosamente la suposición de parto declaran " que es gran falsedad".

Ahora bien, las legislaciones contemporáneas, inspiradas en su mayoría en las legislaciones antiguas española e italiana, coinciden casi unánimemente en el tratamiento de la supresión y suposición de estado, figuras que más adelante veremos.

Y entre los Aztecas tenemos el siguiente dato:

DELITO	PENA
"Venta de algún niño perdido, simulando que es esclavo....."	Pérdida de la libertad y de los bienes de cuyo producto se aplica la mitad al niño para sus alimentos, y del resto se paga el precio al comprador para restituir al dicho niño su libertad" (167)

Aunque el anterior dato histórico encontrado en las leyes de los aztecas más bien parecería un antecedente del art. 366 bis, por el móvil económico, - resulta también un antecedente del atentado contra el estado civil de un menor, por un tercero, pues al encontrarse perdido, es decir desligado de su familia, y hacerlo pasar por esclavo, es obvio que se está perjudicando su estado de familia. Ya vimos en capítulo precedente (1) que las culturas nahuas fueron respetabilísimas en cuanto a la institución familiar.

(166) "Derecho Penal" Tomo II, vol. segundo, op. cit. p.p. 708-709

(167) "Derecho Penitenciario". Carrancá y Rivas, Raúl, op. cit. p. 31

2.- EL CODIGO PENAL DE 1871.

Este cuerpo legal establecía el LIBRO TERCERO (de los delitos en particular) TITULO SEXTO (Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, ó las buenas costumbres), CAPITULO I (delitos contra el estado civil de las personas), arts. 775 a 784, los delitos contra el estado civil:

Art. 775. Son delitos contra el estado civil de las personas: la suposición, la supresión, la sustitución y la ocultación de un infante que se ejecute con el fin de que alguno adquiriera derechos de familia que no le corresponden, ó pierda los que tiene adquiridos, ó se imposibilite para adquirir otros.

En los artículos siguientes, el C.P. de 1871, hacía la tipificación de cada uno de dichos delitos, que por no variar en esencia, al igual que el C.P. de 1929, del Código Actual, no haremos mayor análisis o comentario de los mismos, pues lo haremos en relación con la legislación vigente: Al respecto, Jiménez Huerta (168), hablando del Código de 1931, escribe: "Este ha seguido en general, los lineamientos del Código de Martínez de Castro -- (art. 775 a 784)...". Así pues, estos son los artículos respectivos, en el Código de 1871:

Art. 776. La suposición de infante se verifica:

- I. Cuando el hijo recién nacido de una mujer, se atribuye a otra que no ha parido en esa ocasión:
- II. Cuando alguno hace registrar falsamente, ante un juez del estado civil, un nacimiento que no se ha verificado.

La pena de este delito será la de seis años de prisión.

Art. 777. Se impondrán seis años de prisión por la supresión de infante:

- I. Cuando los padres de un infante no lo presente al juez del estado civil para su registro:
- II. Cuando lo presenten los padres ocultando el -- nombre de ellos, ó suponiendo que lo son otras personas;
- III. Cuando los padres de un infante que se halle vivo, declaren falsamente ante el juez del estado civil que aquel ha fallecido.

Art. 778. La sustitución de un infante por otro, -- se castigará con seis años de prisión:

Art. 779. es reo de ocultación de infante: el que, estando encargado de un niño menor de siete años, -- rehusare hacer la entrega o presentación de él a la persona que tenga derecho de exigirlos.

La pena de este delito será: de ocho días a ocho-- meses de arresto, multa de 20 a 100 pesos, y apercí- bimiento de que, si después de sufrir el reo esa pena resistiere todavía entregar o presentar al niño, -- se le castigará con arreglo al artículo 781.

Art. 780. Se impondrán ocho años de prisión al roba dor de un infante menor de siete años, aunque éste lo siga voluntariamente.

Pasando de esa edad el ofendido, se castigará el delito como plagio.

Art. 781. Los ocho años de prisión de que habla la -- primera parte del artículo anterior, se aumentarán en los términos que dice el artículo 812, cuando el raptor del infante menor de siete años de halle en el ca so de dicho artículo.

Art. 782. El que, por medio de suposición, sustitución, supresión u ocultación de infante perjudique -- los derechos de la familia de este o de cualquiera -- otro individuo; no podrá heredarlos abín testato ni por testamento.

Art. 783. Cuando una persona que tenga obligación de dar parte del nacimiento de un infante, no lo presente dentro del término legal, pero sin ánimo de causarle perjuicio en su estado; sufrirá una pena de 5 a 50 pesos.

Art. 784. Cualquiera otro hecho contra el estado civil de las personas, que no sea de los mencionados en los artículos que preceden; se castigará con la pena de arresto mayor a dos años de prisión, si no constituye otro delito que tenga señalada una pena mayor; pues en tal caso se aplicará esta.

3.-EL CODIGO PENAL DE 1929

Este cuerpo legal, al igual que el de 1871 es demasiado casuístico, y - de hecho, en los artículos correspondientes: LIBRO TERCERO (De los tipos legales de los delitos), TITULO DECIMO CUARTO (De los delitos cometidos contra la familia), CAPITULO I (De los delitos contra el estado civil de las personas, 878 a 885, no hace más que repetir, con modificaciones de penas - como la de segregación, o de la edad en el menor (10 años) que fue robado, - etc. lo que dice el c.p. de 1871, razón por la que no vemos necesidad de transcribir tales preceptos salvo la innovación del contenido del art. 885 y que apunta Jiménez Huerta (169), después de escribir, como ya vimos anteriormente, que el Código Vigente en su art. 277, sigue los lineamientos generales del código de 71 "... con el agregado sintético introducido en el artículo 885 del código de 1929 relativo a la usurpación del estado civil de otro, en el que se recogen algunos conceptos flotantes e indeterminados a que hacían mención los artículos 775 y 784 del Código de 1871". Literalmente dicho precepto establecía:

" Al que usurpe el estado civil de otro con el, fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan, se le aplicará de seis meses de arresto a dos años de segregación.

Si por este medio se cometiere otro delito, se observarán las reglas de acumulación"

Antes de cerrar el presente apartado digamos que "El anteproyecto de 1958 en su artículo 214 reduce las conductas típicas del código vigente "... al que suprima o altere el estado civil de otro" y "... al que registre un nacimiento inexistente" Por su parte, en el Ante proyecto del Código Penal tipo para toda la República Mexicana de 1963 se reproducen sustancialmente - los lineamientos del artículo 277 del código de 1931 con ligeras variaciones" (170)

(169) op. cit. tomo v, p. 61

(170) Jiménez Huerta... op. cit. tomo V, p. 61

4.-COMENTARIOS SOBRE LAS HIPOTESIS CONTENIDAS EN EL ART. 277 DEL
CODIGO PENAL VIGENTE (DISTRITO FEDERAL).

La mayoría de los autores que hemos manejado en el presente trabajo hablan al respecto, o sea, tratan el tema de los delitos contra el estado civil de las personas; de tal tratamiento hemos considerado la conveniencia de extraer los comentarios más apropiados en relación al art. 277 del c.p. También - queremos resaltar que dada la estructura de dicho artículo que abarca 5 fracciones, en las que se tipifican diversos delitos, nos apartaremos, en este capítulo del estudio dogmático y sólo nos centraremos en los comentarios que que nuestro concepto, consideramos más trascendentes, sobre tales figuras.

El artículo 277, ubicado en el Libro Segundo (de los delitos en particular), TITULO DECIMOSEXTO (Delitos contra el estado civil y bigamia), CAPITULO UNICO (Delitos contra el estado civil y bigamia), establece en su primer párrafo.

"Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes"

Hemos subrayar la frase " Con el fin de ", ya que tal frase nos constituye en el acto a ubicarnos dentro de un grupo de delitos de carácter eminentemente doloso: "Los tipos configurados en el art. comentado son todos de tendencia interna trascendente: "con el fin de alterar el estado civil" de una persona, expresa el art. comentado. Es este un elemento subjetivo referido al dolo o intención..." (171). Esto es que tales delitos en ningún momento se podrán presentar o dar por imprudencia pues en el momento en que falte el elemento de "la intención de alterar", o sea el dolo, no habrá delito.

(171) "Código Penal Anotado"... Carrancá y Trujillo... op. cit. p.663-664

Ahora bien, aunque el Código Vigente se apartó y es loable, de los códigos de 1871 y de 1929, no incluyó por desgracia, consideramos un error del legislador, una fórmula general que abarcara a los casos que quedan fuera de la hipótesis comprendidas dentro del art. 277, porque, "... su contenido es restricto, pues no abarca, ni mucho menos, todos los actos antijurídicos del estado civil de las personas..." (172). No obstante que el autor de la cita anterior opina que se tomaron en cuenta "... sólo aquellos que trascienden al status familiar aludido, con mayor o menor claridad,..." consideramos que se debió incluir la mencionada fórmula genérica para abarcar los casos que la vida presenta a diario y que por el principio de tipicidad o de legalidad, quedan al margen del campo penal; ya sabemos que la realidad siempre es más rica que la ley y que nunca se podrán abarcar todos los acontecimientos lesivos del ser humano o de la sociedad en la ley, pero en este caso, dada la naturaleza de este grupo de delitos sentimos que se debió prever legalmente tal situación.

Así las cosas, tenemos que conforme al artículo 277,

Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de arerar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I. Atribuir un niño a mujer que no sea realmente su madre;

II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;

III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;

IV. A los que substituyan un niño por otro, o cometan ocultación de infante,

V. Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.

Del mencionado artículo se desprenden los siguientes hechos delictivos: 1. Atribución falsa de un recién nacido; 2. Registro de nacimiento no verificado; 3. Supresión de estado, 4. Sustitución de niño; 5. Ocultación de infante; y 6, usurpación de estado civil (173). Y el autor González de la Vega -- (174) los resume en tres: 1, suposición de infante (frac. I y II) 2. Supresión u ocultación de infante (frac III y parte final de la IV), y 3. Substitución de infante (parte primera de la frac. IV). No nos explicamos el porqué este autor no tomó en cuenta la frac. V del citado artículo.

Así las cosas, analicemos la primer fracción: Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre. La atribución falsa de un recién nacido para Carrancá y Trujillo (175) es la "Suposición de parto" de la legislación española, mientras que para Jiménez Huerta (176) el art. 277 en su frac. I no presupone la suposición de parto sino la realidad de éste. Creemos que el punto de vista del primer autor no excluye, el del segundo, pues Carrancá y Trujillo tiene razón al afirmar que se trata de la "suposición de parto", ya que entendemos que se refiere a la mujer que no sea realmente la madre" y no a la que es realmente la madre, efectivamente, como opina Jiménez-Huerta hay una realidad de parto, de la verdadera madre.

Ahora bien, "atribuir" es el verbo activo del tipo. Dicho verbo tanto significa como asignar, achacar o imputar el objeto material del delito - "un niño recién nacido" a una mujer que no es su madre por no haberle parido..." (177). Por cierto, en la cita anterior podemos observar que el objeto material, y estamos totalmente de acuerdo, es el niño recién nacido, y sobre el cual se han dado muchas interpretaciones de qué debe entenderse por tal y hagta qué edad; creemos al respecto que el maestro Carrancá y trujillo (178) da

(173) Cfr. Jiménez Huerta...op. cit. Tomo V. p. 62

(174) Cfr. Código Penal Comentado". Porrúa, séptima edic. Méx 1987 p.391-392

(175) Cfr. "Código Penal comentado"... op. cit. p. 664

(176) Cfr. op. cit. tomo V, p. 62

(177) Ibid.

(178) "Código ..." Op. cit. 664

-la acepción más acertada: "aquel el que por su edad no puede tener conciencia de sus relaciones de familia ni defenderlas,..." En cuanto al objeto jurídico del delito lo es el verdadero estado civil de las personas. El sujeto pasivo lo es el niño recién nacido (no se integra el delito por el hecho de la anotación en el registro civil; se requiere la presentación física del pasivo). Es configurable la tentativa (imaginemos el caso de una persona -- que llega al Registro Civil diciendo que va registrarlo porque es hijo de la persona que lo acompaña y al esperar su turno llega la verdadera madre). La suposición de preñez no es constitutiva del delito sino un acto preparatorio del mismo (179).

Ahora bien, Jiménez Huerta (180) apunta que "... En contra de lo afirmado por algún comentarista del vigente código, descartamos que el hecho pueda efectuarse por la mujer o quien se atribuye el recién nacido, ya que lingüísticamente la conducta típica no es conectable a ella, sin perjuicio de que -- pudiera cometer otra infracción" . Suponemos que se refiere a Carrancá y Trujillo (y si no es a tal autor la observación que hacemos es igualmente válido) ya que es el único autor nacional que se refiere a que el "sujeto activo del delito: lo es la supuesta madre..." (181). Creemos que a los dos les -- asiste en parte la razón pues el delito como opina Jiménez Huerta puede cometerlo cualquier tercero, pero esto no excluye que, como opina Carrancá y Trujillo, pueda también cometerlo la supuesta madre; en éste mismo sentido opina Antonio de P. Moreno (182).

La segunda fracción, que tipifica otro delito dice: "Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado". Este delito tiene gran similitud con el anterior, tan es así que González de la Vega (183) -- como ya vimos, los ubica dentro de uno solo "Suposición de infante (fracs I -- y II). Consiste en atribuir la maternidad de un niño a mujer que no ha dado a luz; o, b) fingir la existencia de un niño no nacido para su registro"

(179) Cfr. Ibid

(180) "Derecho Penal..." op. cit. tomo V, p. 63

(181) "Código..." op. cit. p. 664

(182) "Derecho Penal Mexicano" ... op. cit. p. 296

(183) "El Código Penal Comentado" .. op. cit. p. 391

Pero aunque parecen son figuras totalmente distintas porque la falsa distribución se puede hacer ante cualquier persona, sin que necesariamente se tenga que ir, para que se configure el delito, al registro civil, como se exige en el registro de nacimiento no verificado. Antonio de P. Moreno (184) opina que "Esta acción la denominan los autores " suposición de parto" "; Pero Jiménez Huerta opina que se puede registrar un nacimiento no verificado sin - que necesariamente preceda a tal registro una simulación de parto (185), con lo que estamos de acuerdo Por otro lado, es obvio que sujeto activo puede ser lo cualquier persona la que se vale de un tercero, el juez del Registro Civil, ya que sólo él puede levantar el acta , para cometer el delito. Y se puede - configurar la tentativa si por ejemplo se esta levantando el acta respectiva- y por causas ajenas a la voluntad de los agentes no se perfecciona tal documento. El problema se presenta en cuanto al sujeto pasivo; tanto Antonio de P. Moreno (186) como Jiménez Huerta (187) rotundamente niegan que pueda ser sujeto pasivo el supuesto niño porque no ha nacido y por lo tanto no se puede alterar su estado civil; con lo que estamos plenamente de acuerdo. Después, - los mismos autores, débilmente y sin hacer una afirmación categórica afirman que se puede afectar el estado civil de los supuestos padres, con lo que --- igualmente estamos de acuerdo y también se apunta de manera suave que "La -- falsa inscripción altera el estado civil del niño materialmente presentado, -- como nacido, para su registro..." (188) Nosotros, por nuestra parte, afirmamos categóricamente que si tal alteración , aparte de alterar el estado civil en todos los casos, se hace con el fin de perjudicar al niño presentado está - será siempre sujeto pasivo. No obstante lo anterior, tomemos en cuenta que - los móviles para alterar el estado civil del niño presentado pueden ser piadosos, en cuyo caso estamos totalmente de acuerdo con Arera (189), Jiménez -- Huerta (190) en el sentido de que no hay delito, nos citan una serie de casos en la que el móvil es proteger al menor, como el ejemplo de la peinadora Victoria Fernández tomado de Jiménez de Azúa por Jiménez Huerta (191) en el que

(184) Op. cit. p. 296

(185) Cfr. "Derecho Penal.." Tomo V op. cit. p. 64

(186) Cfr. op. cit. p. 296

(187) Cfr. op. cit. tomo V p. 65

(188) Jiménez Huerta .. Ibid

(189) Cfr. Programa... op. cit. vol.V op. cit. p. 434-435

(190) Op. cit. Tomo V p.p. 65-68

(191) Op. cit. Tomo V p.p. 66-68

-fue sentenciada en primera instancia a seis años de prisión en España, pero absuelta, ante el tribunal superior porque alteró su estado civil (el del menor) con el fin de librarlo de la muerte si se quedaba en un orfanatorio -- paupérrimo, llamado "inclusa", y le dio su nombre y su fortuna, y en tales casos como el del ejemplo no hay delito por ausencia de antijuridicidad, --- pues aunque formalmente se va en contra de lo que dice la ley, materialmente no se lastima ningún ideal valorativo de la comunidad.

La fracción III tipifica otro delito contra el estado civil: "A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas." El presente es un tipo de los llamados casuísticos, o sea, que el mismo cuerpo legal establece tres distintas hipótesis por medio de las cuales se consuma el delito, con una sola que se presente: 1. los padres que no presenten a un hijo suyo con el propósito de hacerle perder su estado civil". Es evidente que nos encontramos ante un "delito de omisión doloso"(192) y en donde "la tendencia interna trasciende en forma permanente" (193). El tipo es muy claro y nos establece que este delito sólo puede ser cometido por "los padres", es decir, el sujeto activo es calificado: el padre o bien la madre; no es necesario que se presenten los dos: no obstante que el art. 55 del -- Código Civil amplía el número de personas, que tienen la obligación de presentar al hijo al Registro Civil, a los abuelos cuando aquellos faltan, estos no incurrir en responsabilidad penal si omiten tal presentación (194). Pero ya hemos visto que la vida es muy amplia y a veces por negligencia, ignorancia, etc., los padres incurrir en la omisión de presentar a su hijo al Registro, pero mientras no esté presente el elemento subjetivo de la antijuridicidad no habrá delito, pues faltaría precisamente lo que la ley castiga: "el propósito de hacerle perder, al hijo, su estado civil (195). Sujeto pasivo lo es el menor sobre el que recae la omisión delictuosa. Por último, - Jiménez Huerta (196) establece que el delito está sujeto a dos modalidades, una de lugar y otra de tiempo; para nosotros más bien serían ausencia de referencias especiales, pues la ley exige que no sea presentado en el registro el menor; y ausencia de referencias temporales, pues la ley exige que deben pasar seis meses para poder responsabilizar penalmente a los padres que incurran en tal omisión.

(192) Carrancá y Trujillo ... "Código..." op. cit. p. 664

(193) Idem

(194) Cfr. Jiménez Huerta... "Derecho Penal..." Op. cit. tomo V.p. 69

(195) Cfr. Idem

(196) Cfr. Idem

2. La segunda hipótesis o forma de cometer el delito en cuestión es que los padres "... declaren falsamente su fallecimiento..." -con el mismo propósito de hacerle perder al menor su estado civil realmente no merece mayor comentario la presente fracción pues únicamente se diferencia con la primera en que en esta segunda omisión al declarar falsamente la muerte del hijo se altea la verdad, en relación con una autoridad y se presentaría el concurso ideal de delitos.

3. La tercera hipótesis contiene dos formas con las que se consume el delito : a) presentación del hijo ocultando sus nombres(los padres) o b) su poniendo que los padres son otras personas. Como podemos ver en este tercer caso sí hay presentación del menor sólo que - con la misma finalidad-los padres ocultan sus nombres o suponen que otras son los verdaderos padres del niño presentado. Por último sólo nos resta decir que esta fracción tercera rebaza el contenido del párrafo primero del art. 277 que habla de "alterar el estado civil" y esta III figura delictuosa habla del fin de hacer "perder" el estado; sea hay un elemento subjetivo de la antijuridicidad que va más allá de los límites del elemento interno del delito (197).

La fracción IV del art. 277 consagra otro delito casuístico: A los que - substituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante; aquí los autores opinan que se trata de dos delitos distintos, aunque ubicados en una sola fracción: 1. La substitución de un niño por otro; y 2. ocultación de infante. El primer delito se comete por cualquier persona, o sea no es calificado el sujeto activo, no necesariamente tienen que ser los padres, pero necesita el ánimo o la intención de alterar el estado civil, lo que nos lleva, al igual que los anteriores delitos, al elemento necesarísimo del dolo para la existencia del delito, por lo que no puede cometerse imprudencialmente: "...En ocasiones los hechos constitutivos pudieran parecer también culposos o imprudenciales, por negligencia, falta de precaución o de cuidado; p.e., la enfermera de un sanatorio de maternidad que, por descuido, substituyera a un recién nacido por otro. Per o aun en estos casos no se configurar la culpabilidad por ausencia de dolo " (198) . En cuanto al sujeto pasivo "lo son tanto el niño-sustituido como el niño sustituto; no es menester que sean recién nacidos.." (199).

(197) Cfr. Jiménez Huerta... op. cit. Tomo V, p. 68

(198) Carranra y Trujillo, "Código Penal ..." .op. cit. p.p. 664-665

(199) Ibid

Ahora bien, para el Maestro Carrancá y Trujillo (200) el delito se consue-
 ma "por el solo hecho de la sustitución, siendo prueba plena de ella la pre-
 sentación del sustituto para su inscripción en el Registro civil; mientras --
 que para Jiménez Huerta (201) el delito "...puede realizarse antes o después
 de ser uno o los dos inscritos en el registro;..." Al respecto, opinamos ---
 igual que el segundo autor, puesto que si la sustitución se hace posteriormen-
 te a la inscripción, ya no hace prueba plena la presentación del sustituto -
 para su inscripción en el Registro civil, puesto que ésta ya se realizó con -
 autoridad a la ocultación, es decir, al delito.

Por último, Jiménez Huerta (202) apunta un dato importante: "...aunque -
 el sujeto activo tuviere únicamente el fin de alterar el estado civil de un -
 y no posea dicho propósito respecto al otro, por serle indiferente todo cuan-
 to se relacione con el mismo, queda intetrado el elemento típico subjetivo --
 que exige el párrafo primero del artículo 277, pues la sustitución se hizo -
 con el fin de alterar el estado civil"

En cuanto al segundo delito que establece la fracción cuarta, se sancio-
 na a los que "... cometan ocultación de infante". y "ocultación es acciôn-
 y efecto de ocultar; y ocultar es; esconder, tñpar, #isfrazar, encubrir a la
 vista..." (204) Pero "La ocultación de que es objeto el niño (no necesaria-
 mente recién nacido) consiste solamente en esconderlo, pero sin darle muerte,
 o sin procurársela (cf. art. 302 c.p.) ni lucrarse con el rescate (cf. art. -
 366 fr. V, c.p.), (con base en la reforma de 1985, nosotros agregamos que tam-
 poco cambiándola de una familia a otra con o sin consentimiento de los padres
 haya o no beneficio económico, porque entraría el art. 366 bis), pues estos -
 son objetos finalísticos de delitos distintos." (205). Por último, Jiménez -
 Huerta (206) después de hacer críticas, no del todo sólidas en nuestro concep-
 to, a los autores nacionales que tratan el tema, y después, también, de anali-
 zar la supuesta concurrencia o conflicto de tipos penales concluye que ur-
 ge se revisen profundamente los artículos 277, 342 y 343 del c.p., ya que es-
 tos dos últimos hablan del abandono del menor en casa de expósitos, lo que en

(200) Ibid

(201) Op. cit. Tomo V, p.p. 70-71

(202) op. cit. tomo V, p. 71

(203) Idem

(204) De p. Moreno, Antonio "Derecho penal" op. cit. p. 298

(205) Carrancá y Trujillo... "Código Penal" op. cit. p. 665

(206) op. cit. tomo V, p.p. 72 a 75

determinado momento trae una ocultación, pero como no se hace con el móvil -- que sanciona el art. 277 se descartan o excluyen y es necesario que el legislador en opinión de Jiménez Huerta- aclare tales complicaciones.

Y, en la última fracción del art. 277 establece: "al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden". Nuevamente nos encontramos ante un dolo específico que sobrepasa - al dolo consagrado en la parte primera del artículo a estudio; es decir, para que se pueda dar este delito de la fracción quinta, no basta alterar el estado civil de una persona, sino que tiene que hacer además usurpar con el -- fin de adquirir derechos de familia. Ahora bien, "por la usurpación se quita su estado civil al que legítimamente lo tiene. La usurpación puede efectuarse mediante falsificación documental (material o ideológico), sustitución material de personas, etc. El medio ha de ser idóneo. El dolo específico, consiste en la voluntad y conciencia del agente de aparentar el estado civil del pasivo quitándose a éste y adquiriéndolo para sí en el capítulo de los derechos de la familia" (207). Así pues, es necesario que el delito - se cometa con el fin de alterar el estado civil, usurpando el mismo; por lo -- que, como dice el tratadista español Pacheco (208), si una persona usurpa el estado civil de otra sólo para obtener un pasaporte, evitar una vejación, etc no habrá delito puesto que no se tiene la intención de adquirir derechos de - familia, aunque en ese momento sí se usurpe el estado civil de otro, por lo - que se invocaría la presencia de otro delito pero no del que analizamos. Pero cómo debe ser ese otro del que habla la ley? al respecto seguimos el pensamiento de Jiménez Huerta que dice: "No puede usurparse el estado civil de - una persona inexistente, ya que ésta no es ni ha sido y la fracción V del artículo 277 requiere que . . . se usurpe el estado civil de otro..." Más controvertida es la cuestión de si puede usurparse el estado civil de una persona - muerta... Cuando, por vía de ejemplo nuestro Código Penal establece que comete el delito el "que usurpe el estado civil de otro...", gramatical y conceptualmente se refiere a otro ser viviente, pues la persona muerta aunque lo -- fue, ya no es otro; su existencia se extinguió con la muerte. El estado civil que en la familia tuvo perdura en el recuerdo, pero fingiere ser una persona ya fallecida e intentase arrogarse sus derechos . . . , no cometería un delito de usurpación de estado civil, pero podría incurrir en otro delito,..." (209) . Por último, apuntemos que "El delito de usurpación de estado civil -

(207) Carrancá y Trujillo... "Código Penal..." op. cit. p. 665

(208) Cfr. citado por Jiménez Huerta, ...op. cit. tomo v, p. 77

(209) Op. cit. Tomo V, p. 78-79

queda consumado en cuanto el agente realice algún acto externo de suplantación del estado civil de otro, aunque no llega a adquirir los derechos de familia - que a éste corresponden. Esta adquisición no es el resultado del delito sino el elemento tipo subjetivo que preside y matiza desde su inicio la delictiva - conducta externa" (210)

Así pues, los anteriores delitos ubicados en las cinco fracciones del artículo 277 tipifican una serie de casos que afecta, el estado civil de las personas; y por ende, a la familia. Sólo nos restaría decir que el artículo 278- consagra una pena secundaria o accesoria para quienes cometan los anteriores - delitos, aparte de la establecida en la parte primera del ya visto artículo -- 277: "El que cometa alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, perderá el derecho de heredar que tuviere respecto de las personas quienes -- por la comisión del delito perjudique en sus derechos de familia." Al respecto, el maestro Carrancá y trujillo expresa: "Además de la pena prescrita en - el art. 277 c.p., la de privación de derechos, en el caso hereditario, es consecuencia de la circunstancia agravante de ser el agente heredero del pasivo, siendo presumible por ello un móvil último de codicia en el delincuente. No tase que la ley se refiere a todos los pasivos, ya del delito, ya del daño."-- (211) y, por su parte, Jiménez Huerta deja entrever que esta segunda sanción es de dudosa constitucionalidad, además de que, sostiene, no debió el legislador sancionar por igual todas las figuras delictuosas, del art. 277, pues cada una mantiene una densidad antifurídica distinta (212); criterio, estos últimos, -- con los que estamos totalmente de acuerdo.

Como podemos ver este grupo de delitos consagrados en el artículo 277 tienen una gran complejidad, que dista mucho de ser totalmente clara; por los comentarios que nos hemos permitido hacer, siguiendo a los autores y expertos en la materia, podemos establecer que aún falta mucho ^{por} decirse sobre el particular. Nosotros, por nuestra parte seguiremos estudiando el tema.

(210) Idem

(211) "Código Penal..." op. cit. p. 665

(212) op. cit. tomo V, p.p. 79-80

B I B L I O G R A F I A

CONSULTADA PARA EL CAPITULO V

1. Cuello Calón, Eugenio "Derecho Penal" Parte Especial. Tomo II, volumen -segundo; Décimo tercera Edición; edit. BOSCH, Barcelona, 1972
2. Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal" Parte Especial Volumen V. Edit. Temis. Bogotá, 1969. Traducción de José J. Ortega Torres y -Jorge Guerrero.
3. Carrancá y Rivas, Raúl. "Derecho Penitenciario". Cárcel y Penas en Méxi-co. Edit. Porrúa. México, D.F., 3a. Edic., 1986
4. Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Tomo V; Edit. Porrúa México, D.F., 1985
5. Código Penal de 1871
6. Código Penal de 1929
7. Carrancá y Trujillo, Raúl / Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado" Edit. Porrúa, México, D.2 Décima segunda edic., 1986
8. González de la Vega, Francisco. "Código Penal Comentado". Edit. Porrúa, Mé-xico, 1978
9. De P. Moreno, Antonio. "Curso de Derecho Penal Mexicano" Parte Especial,- De los Delitos en Particular; edit. Porrúa, México, 1968
10. Código Civil para el Distrito Federal.

Ninguna ciencia alcanza a explicar o interpretar la existencia misma del hombre; sus más profundos sentimientos, sus grandes ideales y sus fuertes emociones, lo hacen el ser más complejo de todos; el ser -- más incomprensible. En su alma se anidan la ternura de un niño y la rudeza de una fiera.

JUAN MANUEL SANCHEZ MACIAS

C A P I T U L O V I

ADULTERIO

- 1.- Antecedentes Histórico-Legales.
- 2.- El Código Penal de 1871
- 3.- El Código Penal de 1929
- 4.- Legislación Vigente y el Problema del tipo
- 5.- Consideraciones sobre la destipificación del Adulterio
- 6.- Posición Dogmática

1.- ANTECEDENTES HISTORICO-LEGALES.

Antes de entrar en materia, digamos que "La etimología que comunmente nos dan los autores de la palabra adulterio -ad alterius thorum ire (andar en -tálamo ajeno)- aunque desde el punto de vista histórico y gramatical sea mucho menos que exacta, sin embargo expresa suficientemente el concepto general del hecho en forma figurada, es decir, la violación del lecho conyugal..." -- (213). O bien, que "La doctrina define el adulterio (adultere, Ehebruch), en general, como la unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su propio cónyuge." (214). En México Carrancá y Trujillo (215) - nos dice: "Sabido es que adulterio -de ad alter thorum- es yacer ilícitamente en lecho ajeno. Es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, --- siendo uno de ellos o los dos casados..."

Uno de los autores que más profundamente han tratado el tema del adulterio en todos sus aspectos, incluyendo el histórico es, sin duda alguna, el -- maestro de Pisa Francesco Carrara, quien, junto con otros autores, nos presenta los siguientes datos históricos. Tissot, citado por Carrara (216) expresa: "no hay hecho humano en torno al cual no haya habido tanta diversidad - en los distintos pueblos como este de la infidelidad conyugal, lo que es prueba segura de que el castigo de ésta no cuenta con un principio jurídico constante sobre el cual pueda apoyarse; ...". y el mismo Carrara estipula: "Aún - antes de ser publicadas las leyes julias existía en Roma una ley que castigaba el adulterio, pero con penas muy benignas, como se infiere de Tito Livio.. (217); y aún mucho antes de la existencia de tal ley, es decir, "En los primeros tiempos de Roma, según opinan la generalidad de los autores la represión del adulterio, estaba a cargo del pater familias, por estar este investido -- del derecho de vida y muerte sobre los miembros de su familia. Más tarde al generalizarse el matrimonio libre, esa facultad pasa al marido ofendido"(218).

(213) Carrara Francesco "Programa de Derecho Criminal"... op. cit. vol.V p. 271

(214) Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal"...op. cit. p. 186

(215) "Código Penal Anotado"... op. cit. p. 657

(216) Op. cit. ... Vol. V, p. 278

(217) Programa... op. cit. col. V p. 281

(218) González Blanco, Alberto. "Delitos Sexuales"... op. cit. p.p. 189-190

-Carmona, citado por González Blanco (219) expresa: "... En una oración de - Catón recopilada por Aulo Gelio, se lee: "A menos de divorcio, el marido es Juez de su mujer en vez de su censor, sobre ella tiene un imperio absoluto. - Si ella hace algo deshonesto o vergonzoso, si ha bebido vino o faltado a la - fe conyugal, él la condena y castiga". "Si sorprendieras a tu mujer en adulterio podrías impunemente matarla sin juicio, Si tú cometieras adulterio, -- ella no se atrevería a tocarte con el dedo: así es la ley". (Aulo Gelio, Noches Aticas. Trad. Esp. de Navarro. Libro X. Vol. 24 Madrid 1893)."; el mismo González Blanco establece: Con el fin de poner coto a la corrupción alcanzada por la vida familiar romana, El emperador Augusto expidió el Edicto conocido con el nombre de "Ley Julia de fundadocali et adulteris". (220); pero volviendo a Carrara (221), quien hace un enfoque global de la legislación romana, tenemos que: "Lo que parece indudable es que todas las leyes Julia-- la sumptuaria, la de adulteris, la de pudicitia, la de maritandi ordinibus y la Papia Poppea, publicada en el año 761 (año 8 d. de C.)-, tuvieron como mira promover los matrimonios, que cada día eran objeto de mayor odio por parte de los patricios romanos. Además, Hermann Canegieter... observa que en la roma pagana también la religión sirvió de Comodín al adulterio, pues que las matronas romanas se aprovechaban muy a menudo de las fiestas religiosas para entregarse más libremente en brazos de sus amantes" Por lo demás, es opinión común que los romanos no castigaban el adulterio de las criadas;..." Por otro lado, en la antigua legislación española encontramos los siguientes datos: 1) El código de Eurico sancionaba sólo el adulterio cometido por mujer casada, pudiendo el marido dar muerte a los culpables si los sorprendía en el momento de cometer el delito. 2) El código de Alarico retoma aspectos de la legislación romana, concretamente de la Ley Julia. 3) El Fuero Juzgo reguló la represión del adulterio en las leyes del Tit IV, libro III. 4) El fuero Viejo de Castilla no prevé en forma expresa el adulterio, refiriéndose únicamente al forzamiento de mujeres. 5) El Fuero Real contiene ya una regulación más exacta y completa del delito de adulterio, vislumbrándose una influencia germana, canónica y romana, ley 4a. tit. VII Lib. IV 6) Las leyes de Estile, contenían disposiciones complementarias sobre el adulterio, en las que se facultaba al marido ofendido dar muerte a los culpables pero si alguno de ellos

(219) Idem. p. 190

(220) Ibid.

(221) Programa... op. cit. col. V, p. 281

-lograba escapar cesaba dicha facultad hasta que se le encontrara (prácticamente este es un antecedente del principio en el que perdón a uno de los adúlteros alcanza al otro) 7) Las partidas definen el adulterio (222) y la acción de perseguir a la mujer adúltera se otorga al marido en su defecto - al padre, al hermano, e incluso al tfo. 8) Los fueros Municipales y la legislación foral eximían de pena al marido que castrase al individuo encontrado con su mujer o con su hija, pudiendo incluso, mutilar a la adúltera 9)- El ordenamiento de Alcalá también facultaba para dar muerte a los adúlteros pero a condición de que fuera a ambos. 10) Las leyes de toro le permitían al marido que encontraba, en el momento del delito a los adúlteros, darles muerte pero sólo cuando la autoridad le delegaba tal facultad. 11) La leyes Recopiladas reproducen disposiciones del Fuero en materia de adulterio; y también en la Nueva y en la Novísima Recopilación, se sanciona el adulterio. Por último los Códigos españoles de 1922, de 1848 y de 1870 diferencian el adulterio del amancebamiento, y admiten el perdón del marido, haciéndolo extensivo a ambos adúlteros, en cualquier momento (223).

y, para terminar, en nuestra América fue severísimamente sancionado el adulterio desde el "Código Penal de Netzahualcóyotl" para texcoco, con la lapidación para los adúlteros (224), pasando por la mayoría de las culturas prehispánicas(225):

(222) Carrancá y Trujillo hace textualmente dicha definición: "...Yacimiento que ome faz a sabiendas con mujer casada o desposada con otro..."VII,t.17 ley la. Código Penal Anotado... op. cit. p. 657

(223) Cfr. González Blanco,... "Los Delitos Sexuales... op. cit. p.p. 191

(224) Cfr. Carrancá y Rivas, Raúl. "Derecho Penitenciario"... op. cit. p.17

(225) Cfr. Carrancá y Rivas..."Derecho Penitenciario"... op. cit. p.p.29-41

PUEBLO AZTECAPENADelito

Adulterio (no se reputaba tal el comercio
del marido con una soltera).....

Lapidación o quebrantamiento de la cabeza por dos lozas en Ichcatlan, a la mujer acusada se le descuartizaba y se dividían los pedazos entre los testigos; en Ixtepec, la infidelidad de mujer se castigaba por el mismo marido, con autorización de los jueces, que en público le cortaba la nariz y los ojos.

PUEBLO MAYAPENADelito

Adulterio.....

Lapidación al adúltero varrón si el ofendido no perdona (dejar caer una pezada piedra sobre la cabeza desde lo alto). En cuanto a la mujer, nadamás su vergüenza o infamia; o bien lapidación tanto al hombre como a la mujer o bien muerte por flechazos, en el hombre. O bien arrastramiento de la mujer por parte del esposo y abandono en sitio lejano para que se la devoraran las fieras. O bien, como remate de la venganza privada, matrimonio del marido engañado con la mujer del ofensor.

PUEBLO ZAPOTECAPENADelito

Adulterio Muerte para la mujer si el ofendido la solicitaba; en caso contrario, crueles y notables mutaciones, con prohibición al marido de volver a juntarse con la mujer; al cómplice de la adúltera multa severa y obligación de trabajar para el sostenimiento de los posibles hijos, fruto de la unión delictuosa).

PUEBLO TARAZCODelito

Adulterio (muerte ejecutada en público)

2. EL CODIGO PENAL DE 1871.

Este ordenamiento reguló en su LIBRO TERCERO (De los Delitos en Particular), TITULO SEXTO (Delitos contra el orden de las Familias, la moral pública, o las buenas costumbres). CAPITULO VI, arts. 816 a 830, el delito de adulterio.

art. 816. la pena del adulterio cometido por hombre libre y mujer casada, es de dos años de prisión y multa de segunda clase; pero no se castigará al primero sino cuando delinca - conociendo el estado de la segunda.

El adulterio de hombre casado y mujer libre se castigará - con un año de prisión, si el delito se comete fuera del domicilio conyugal. Si se cometiere en este se impondrán dos años; pero en ambos casos se necesita para castigar a la mujer que sepa que el hombre es casado.

Creemos que la influencia de la época fue la que llevó al legislador a castigar más severamente el adulterio de la mujer casada, que el del hombre casado. El tipo de este artículo lleva inserta una causa de inculpabilidad por error esencial de hecho, al desconocer uno de los dos la situación de casado del otro. Los artículos 817, 818 y 819 hablaban sobre penas accesorias atenuantes y agravantes del delito respectivamente. El art. 20 estipulaba la querrela necesaria para proceder contra los culpables. El art. 821, de manera curiosa decía: La mujer casada sólo podrá quejarse de adulterio, en tres casos: Primero, cuando el marido lo cometa en el domicilio conyugal; Segundo, cuando lo cometa fuera de él con una concubina; Tercero, cuando el adulterio cause escándalo, sea quien fuere la adúltera y el lugar en que el delito se cometa. Pero no se dice cuándo el marido podía acusar a su esposa; entendemos que, también, por influjo de la época, en cualquier caso de adulterio por parte de su esposa, pero nada le costaba al legislador, ya que contemplaba la situación de los casos de queja por parte de la mujer, incluir la del hombre. El art. 822 establecía lo que debía entenderse por domicilio conyugal; lo que en la actualidad se ha dejado al campo civil. El art. 823 regulaba la situación de que si se querrelaba contra uno sólo de los adúlteros, debía procederse contra ambos. El desafortunado art. 824 hablaba de -- que sólo se sancionaría el adulterio consumado, (sin decir cuándo se tenía por consumado -el mismo error sigue subsistiendo en la legislación vigente y agregaba otro error tal precepto al establecer que si el conato constituía-

otro delito se castigaría con la pena para dicho delito ¿en qué momento había conato y sobre todo que conllevara en sí un delito? tal vez pensó el legislador del 71 en el caso en que uno de los cónyuges amenazara al otro, injuriándolo y calumniándolo, con cometer adulterio...-de otra forma no nos explicamos tal precepto-. Los artículos 825, 826, 827 y 828 se refieren al perdón del ofendido, que alcanza a los dos adúlteros y que en casos opera aquel. El art. 829 estipulaba que el adúltero no podía utilizar como excusa el anterior adulterio- si lo hubiere- de su esposo. Y por último, otra regla protectora para el hombre fue contenida en el art. 830 : No se castigará al soltero que cometa adulterio con mujer pública. Pero a esta se le impondrá la pena que corresponda con arreglo á los anteriores artículos de este capítulo. Si el hombre fuere también casado, se le castigará en los casos de que habla el artículo 821 en su LIBRO TERCERO (De los tipos legales de los delitos), TITULO DECIMOCUARTO (de los delitos cometidos contra la familia) Capítulo III, del adulterio.

3.- EL CODIGO PENAL DE 1929.

Este ordenamiento aunque repite en esencia los postulados del Código Penal de 1871, incluye, modificaciones importantes, como la de quitar las normas protectoras para el hombre adúltero que el Código Penal de 1871 conservaba, al imponer éste menor penalidad a dicho delito que al cometido por una mujer; también dicho ordenamiento suprime el adulterio cometido con la concubina; y suprime, también favorablemente las hipótesis contenidas en el Código Penal del 71 en las que solamente la mujer podía acusar a su marido de adulterio; modifica también la penalidad, excluyendo la prisión al decir: "La sanción que corresponda a los adúlteros; será hasta de dos años de segregación y suspensión hasta por seis años del derecho de «tutores o curadores»" (art. 895). Por lo demás, el Código del 29 no agrega nada nuevo en relación al código del 71, aunque, como ya vimos, suprime algunos errores contenidos en este ordenamiento. Por último, este cuerpo legal prácticamente sienta las bases en su art. 891 de lo que es el actual art. 273 del Código Penal vigente: "Sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo".

Así las cosas podemos concluir con Mariano Jiménez Huerta (226) que "... Mejor técnica siguieron los viejos Códigos de 1871 y 1929 al ubicarlo en el capítulo referente a los delitos contra el orden familiar, pues, al menos dejaron alguna constancia del bien jurídico tutelado."

4. LEGISLACION VIGENTE Y EL PROBLEMA DEL TIPO.

El Código Penal de 1931, que hasta la fecha nos rige estipula en su art. 273: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles - hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo". Y por su parte el art. 275 establece: "Sólo se castigará el adulterio consumado".

Los anteriores preceptos, sobre todo el art. 273 que tipifica el delito de adulterio han suscitado una gran polémica en la doctrina, tanto nacional como extranjera en cuanto a la descripción de lo que debe entenderse por adulterio y si es necesario que se ubique tal concepto o no en el tipo. Al respecto el tratadista Jiménez Huerta nos dice: "No son, ni mucho menos, claros los elementos constitutivos del tipo penal a que aluden los artículos 273 y 275 - del Código Positivo. El primero establece la pena imposible: "...a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, pero, como ya anteriormente se dijo, no describe qué se entiende, a los efectos penales, por adulterio. Esta laguna descriptiva el artículo 275 trata de llenarla en cuanto dispone que "Sólo se castigará el adulterio consumado". Pero, en verdad, este último no resuelve el problema, pues de inmediato surge el siguiente interrogante: ¿Cuándo el adulterio queda consumado? (227). Por otro lado González Blanco (228) dice: "Nuestra ley penal no define el adulterio. - Se limita en su artículo 273 a establecer las dos condiciones objetivas para su punibilidad, sea su realización en el domicilio conyugal, o, fuera de él, con escándalo" y sigue diciendo el autor: "La falta de esa definición, ha servido de fundamento a algunos tratadistas, entre ellos a Celestino Porte Petit y a José Almaraz, para sostener que su penalidad implica una violación al principio Nullum crimen sine lege, consignado en el artículo 14 Constitucional, por encontrarnos, según ellos, frente a una hipótesis de ausencia de tipo" y culmina el mencionado autor: "No estamos de acuerdo con esta opinión, por las razones expuestas a continuación" y las razones de este autor son entre otras, algunos criterios de la suprema Corte de justicia y el hecho de que -dice el autor- "... Es cierto que de acuerdo con la teoría de la tipicidad, la adecuación de la conducta al tipo, solamente puede establecerse si este último contiene una descripción minuciosa de aquella, pero también lo -

(227) Op. cit. Tomo V, p. 24

(228) "Delitos Sexuales"... op. cit. p. 209

-es que desde un punto de vista histórico, el dogma de la legalidad, tiene vi da jurídica sin necesidad de afirmar que la descripción legal de la conducta debe ser exhaustiva"(229).

Desde nuestro punto de vista nos parece interesante el esfuerzo que hace González Blanco por defender que no hay ausencia de tipo en el art. 273 que-- analizamos, pero creemos que, desde el punto de vista jurídico, es bastante - endeble y cae por su propio peso su razonamiento : el punto de vista históri- co que cita el autor para su argumento nos da muestras claras que en la histo- ria efectivamente, muchos dictadores y malos gobernantes tipificaron un sínü- mero de figuras delictuosas sin describirlas en la ley, pero las más de las - veces, lo recordamos fue ante la imposibilidad de fundamentar la antijuridicidad esencial de tales figuras delictuosas: repasamos en la historia de la de- cadencia romana o del despótico absolutismo.

Ahora bien, sobre este mismo problema, el tratadista Carrancá y Trujillo- (230) nos presenta un punto de vista y una serie de datos por demás importan- tes: "pero aunque se conozca lexicográficamente la connotación de la palabra- "adulterio", otra cosa es la que jurídicamente deba entenderse por ella a los efectos penales. El art. comentado nos lo dice e igual hace) en la República los códigos Colima (art. 239) Coahuila (art. 249), Chiapas (art. 275), Guerre- ro (art. 240), Hidalgo (art. 259), Sinaloa (art. 238), San Luis Potosí (art.- 294), Morelos (art. 245), y en nuestra América los de Argentina (art. 118) y- Brasil (art. 240). Y nos sigue citando el autor: "Entre nosotros define el- adulterio el Código Penal Aguascalientes: "Cometen el delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, si uno de ellos o- los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo" (art. 249) También tabasco (art. 264) -- ofrece una interesante definición:" Se entiende por adulterio, el trato car- nual de mujer casada con hombre que no sea su marido, o de hombre casado con - mujer que no sea su esposa. Para considerar comprobado el adulterio, no se- necesita que lo sea el acto carnal mismo, sino que otras circunstancias com- probadas lo hagan suponer fundadamente"... y- escribe Carrancá y Trujillo- con diversa concepción, el Código Penal Chile, en nuestra América: "Comete adulte- rio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio -- (art. 375), concepción que es consecuente con la tradición legislativa que --

(229) Idem, p.p. 210 y 211

(230) "Código Penal..." op. cit. p.p. 657 y 658

priva en los códigos españoles" Después apunta el mismo autor: "El buen -- ejemplo que da el Código Penal Aguascalientes no lo recoge el del Distrito Fe deral. Por ello el art. 273 configura un tipo anormal..." "La comparación - legislativa, nacional y extranjera, en-aña que no hay un concepto unitario ju rídico de lo que sea el adulterio.. lo que hace patente una vez más la necesi dad de una definición en los códigos penales" y concluye su pensamiento sobre este particular con un comentario por demás importante: "El Profesor Fernan- do Castellanos considera "incorrecto el nombre que al delito en-cuestión le - señala el ordenamiento jurídico... puesto que el tipo se configura precisamen te con un adulterio verificado en el domicilio conyugal o con escándalo... -- siendo incorrecto designar el todo con el nombre de una de sus partes... No - importa la falta de definición del elemento "adulterio", porque exigirla equi valdría ^{al censurar} al legislador por no haber definido, p. e. la cópula en el estupro, la vida en el homicidio, el concepto del bien ajeno en el robo etc". (Tipo y tipicidad en el delito de adulterio, criminalia, México, nov. 30, 1960). Co mo hemos demostrado con los datos de legislación comparada recogidos en la -- presente nota, el concepto jurídico de "adulterio" es vario, no único, lo que no ocurre con los conceptos "cópula", "vida", "bien ajeno", etc.; y por ello se impone la necesidad de una definición de lo que la ley nacional comprende- por adulterio".

Hasta aquí los pensamientos de Carrancá y Trujillo con los que estamos - de acuerdo y de los que vemos que tíntamente se inclina por pensar que no -- hay descripción legal en el art. 273, y más adelante veremos que en otra obra lo señala expresamente. Pero digamos algo, en relación con el criterio del profesor Castellanos Tena Fernando, que citó el tratadista Carrancá y Truji- llo. No estamos, en primer lugar, de acuerdo con su punto de vista, porque - no se trata, a nuestro parecer, de que el art. 273 tipifique como un todo el adulterio no una parte de ese todo, o sea un elemento; pues es clarísimo que el legislador recogió tal precepto de los códigos de 1871 y de 1929 en los -- que solamente se castigaba, como ya lo vimos, el adulterio que se llevara a - cabo en el domicilio conyugal o escándalo; es decir, que tanto los legislado- res de 1871, 1929 y 1931 pretendieron que el adulterio sólo debía castigarse cuando se "lleva a cabo bajo ciertas condiciones objetivas de punibili dad, pero de ahí a que hayan pretendido que cometer adulterio era -- un elemento que se integraba con cualquiera de los otros dos - según Castellanos Tena, a saber, en el domicilio conyu- -

gal o con escándalo, para darles unidad, la verdad, lo dudamos bastante.

Por último, en cuanto a este problema, Jiménez Huerta (231) asume una - posición, creemos bastante cuidadosa al apuntar que "El problema es planteado sobre pendulares bases. Pues si bien, está en lo cierto Castellanos Tena -- cuando niega que estamos ante una ausencia de tipo, pues este - perfecto o - imperfecto, normal o anormal - está a la vista de cuantos leyeren el art.273 Carrancá y Trujillo no hace la afirmación de que estemos ante una ausencia de tipo sino que se limita a sostener que nos hallamos ante un "tipo anormal".

Antes de seguir adelante con el criterio de Jiménez Huerta, él afirma - en la parte última de la anterior cita que "... Carrancá y Trujillo no hace - la afirmación de que estemos ante una ausencia de tipo sino que se limita a - sostener que no hallamos ante un "tipo anormal". Efectivamente, Carrancá y Trujillo hace, como ya vimos, la afirmación de que nos "hallamos un tipo --- anormal (v. supra) pero, tásitamente admite la ausencia de tipo, como ya expresamos y también apuntamos que en otra de sus obras admite expresamente -- tal ausencia, y dichas obra es su Derecho Penal Mexicano (232) en donde al - explicar el cuadro dogmático del delito nos dice:

...
 ...
 AUSENCIA DE TIPICIDAD (Caso específico de adulterio art. 273 -
 ... del Código Penal)
 ...

Y continuamos con Jiménez Huerta (233) quien con esa posición cautelosa que citabamos, concluye diciendo: "... Las consecuencias jurídicas que se de rivan de dicha "anormalidad" encierran cuestiones diversas que hay que resol ver al interpretar el sentido y alcance del art. 275". Posteriormente, des pués de analizar no sólo el alcance del art. 275 sino también del 273, expre sa: "Cobran así teórica vigencia en nuestra legislación los agudos concep tos que escribiera Pisapia en torno a la italiana: "El Código Penal Ita-- liano divorciándose de la técnica generalmente seguida (que individualiza el resultado y a veces describe la acción ejecutiva del delito) no ministra nin

(231) Op. cit. Tomo V, p. 25

(232) Op. cit. p. 233

(233) Op. cit. Tomo V, p. 25

guna descripción del hecho constitutivo del adulterio, sino que se limita a designarlo en forma elíptica y presupone como algo notorio la definición del adulterio..." (234)

Podríamos seguir citando autores en un sentido y en otro, pero creemos que con los mencionados se puede ilustrar lo complicado que ha resultado el debate doctrinal sobre tal cuestión. Nosotros al respecto, definitivamente creemos que sí hay una ausencia de tipo que rompe el principio de legalidad-consagrado en el artículo 14 Constitucional, en su párrafo III, haciendo --- nuestros en su mayoría los comentarios de Carrancá y Trujillo, sobre todo --- cuando dice: "Si se recuerda -escribe Luis Jiménez de Asúa- que el tipo ejerce un trascendental papel de garantía, destacará en toda su importancia lo --- necesaria que es la descripción..." (235). Y sostenemos también que hay ausencia de tipo, porque recordemos que este no es sino la descripción legal --- de la conducta y en el art. 273 no hay tal descripción, pues el legislador --- únicamente se limitó a apuntar los presupuestos de una conducta no descrita. Y el art. 275, que como bien apunta Jiménez Huerta quiso substituir tal anomalía (V. supra) al apuntar que "sólo se castigará el adulterio consumado, --- no hizo sino complicar las cosas pues, nos preguntamos con el mencionado autor ¿cuándo se tiene por consumado el adulterio?

Para finalizar este apartado, transcribimos los artículos que se refieren a la querrela de la parte ofendida (art. 271), y a los efectos del perdón por parte del ofendido (art. 276), así como a la reparación del daño --- cuando haya hijos (art. 276 bis) y que a nuestro juicio no requieren mayor --- comentario.

Art. 274. No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando éste formule su querrela -- contra uno sólo de los culpables se procederá contra los dos y los que aparezcan como codefincuentes.

Esto se entiende en el caso de que los adúlteros vivan estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se encuentre en esas condiciones.

(234) Idem p. 25 y 27

(235) "Código..." op. cit. p. 658

art. 276. - Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables.

art. 276 bis.- Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio.

5.-CONSIDERACIONES SOBRE LA DESTIPIFICACION DEL ADULTERIO.

Se ha suscitado, también, una polémica doctrinal en cuanto a la consideración o no del adulterio como delito; no obstante lo anterior, y a pesar de opiniones tan doctas y experimentadas como la de Carrara (236) "... La doctrina contemporánea generalmente se inclina en un sentido abolicionista. Esta orientación principalmente se finca en la dificultad de denotar con certidumbre el verdadero objeto y utilidad de la tutela penal contra el adulterio en las dificultades prácticas de su comprobación en la esterilidad de su represión y en la crisis actual del matrimonio " (237) y (238); el autor de la cita anterior expone igualmente el criterio de Langle Rubio "cuya opinión es compartida por Jiménez de Asúa y Oneca (quien) indica: "... Reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar la infracción de los deberes morales más que jurídicos; ..." (239); y -- posteriormente, el mismo autor (González de la Vega) cita de nuevo a Langle: "A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente... por inmoralidades que sólo afectan a sí propio .." (240); por otro lado Vicente Tejera (241) expresa que la familia es una unión, o empieza por ser tal, entre dos personas lo que es un asunto de carácter meramente privado, y por lo tanto, cuando -- una situación anormal la lastima, debe ser dada por el derecho privado, y nunca trascender al ámbito del derecho público concretamente del derecho penal. Por otro lado, Jiménez Huerta acinadamente expresa: "El adulterio debe ser únicamente causal de divorcio (art. 267 del Código Civil); sin-signo antijurídico no puede rebasar este ámbito . Es atentorio contra la dignidad y la libertad humana, el que pueda en nuestro tiempo servir de base a una condena penal."(242). Más elocuentes y certeras no pueden ser las palabras del tratadista citado. Nuestro maestro Carrancá y Rivas da en el blanco, desde el punto de vista humano ¿Dónde está la antijuridicidad material, esencial, en el adúltero? ¿Qué norma de cultura transgrede p.e. Juan,-

(236) Cfr. op. cit. p. 273-274

(237) González de la Vega.. "Derecho Penal..." op. cit. p. 428;

(238) No obstante la anterior cita y otras en el mismo sentido, este autor pugna por su punición.

(239) González de la vega... "Derecho Penal..." ... op. cit. p.p. 428

(240) Idem

(241) Citado por González de la Vega... cfr. Derecho Penal" op. cit. p.429-430

(242) Op. cit. Tomo V, p. 31

-quien casado con Martha, deja de amarla y se enamora de Margarita con la -- que mantiene relaciones sexuales? No queremos decir, con esto que la familia deba quedar desprotegida; y de hecho y jurídicamente no lo está pues está lavó civil que es la que trata el adulterio como causal de divorcio (243).

La verdad es que resultaría prolijo seguir citando autores, -que cada - vez suman más -, que pugnan por la destipificación del adulterio, y cuyos -- pensamientos han influido en las legislaciones de muchos países para: incriminar en la actualidad el adulterio, así tenemos que : "El delito de adulterio ha desaparecido del Derecho vigente en Inglaterra, Suecia, Dinamarca, - Noruega, Finlandia, Alemania Federal, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Japón, Israel, Bulgaria, Italia, Francia, Polonia, Yugoslavia, Cuba, Costa Rica y Colombia. Y por cuanto se refiere a España.. fue derogado por la Ley 22/1978 de 26 de mayo, el delito de adulterio." (244). Completan do la lista anterior tenemos que "Beccaria, Voltaire, Filanghieri, Pessina, - entre los clásicos, Manzini contemporáneamente, han sostenido la inutilidad de la punición penal del adulterio inclinándose a su supresión de los códi-- gos represivos..." (245). Y en cuanto a la República Mexicana, no tipifica el delito de adulterio los estados de Michoacán, Puebla, Veracruz y Yucatán. ..(246), así como Campeche.

Y para finalizar, hacemos nuestros los argumentos de la profesora Martínez Roero; " Nos parece mucho más adecuada y moral la solución que el Dere-- cho Civil confiere al problema, puesto que , además de considerar el adu-- lterio en sí mismo y en todas sus formas en que pueda manifestarse, otorga al - cónyuge que efectivamente se sienta lesionado en su honor, en su dignidad, - etc., la solución de romper el vínculo que le une a la persona que le está - infiriendo una ofensa, un daño moral, o como quiera considerársele. Y ade-- más le concede las acciones necesarias para exigir al cónyuge culpable el -- cumplimiento de las obligaciones y las sanciones a que se haga acreedor (ar-- tículos 235, 243, 283, 285, 288 del Código Civil), como por ejemplo, el sos-- tenimiento económico de la familia en el caso generalmente del hombre adúl-- te ro (cosa que no se le puede exigir a un hombre encarcelado por adulterio).

(243) Apuntes de Cátedra 1982- Sem I. "Que es actualizar el Derecho Penal" Con-- ferencia sustentada en el aula Magna Jacinto Pollares, de la Facultad de De-- recho, V Curso de actualización en Materia Penal . México; 21 de julio 1986

(244) Jiménez Huerta
Op. Cit. Tomo V, p. 19

(245) Manzini, citado por Carrancá y Trujillo... "Código..." op. cit. p. 657

(246) Carrancá y Trujillo... "Código..." ... op. cit. p. 657

"Es bajo el número de denuncias presentadas por adulterio.. muchas veces el perdón del Cónyuge (por lo general mujer) se otorga antes de llegara la sentencia y es excepcional que se siga al mismo tiempo la vía civil, como causal de divorcio.

"si el legislador del Código Penal vigente tuvo dudas al incluir el --- adulterio en la lista de los delitos, hoy día no debe haber la menor duda de que el (los) artículo (s) 273 y 274 , 275 y 276 que le son relativos, no deben estar tipificados como no lo están en algunos códigos de los Estados, ni en los proyectos de 1958 y 1963" (247).

(247.) "Los Delitos Sexuales"... op. cit. p.p. 273-274

6.- POSICIÓN DOGMÁTICA.

La clasificación de este delito es: 1. Por la gravedad, el adulterio es un delito, así lo establece el art. 273 del Código Penal : "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, - a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo". 2.- Por la conducta del agente es un delito de acción, pues la esencia misma de la conducta (relaciones sexuales) excluye la omisión y la comisión por omisión. 3.- Por el resultado es un delito formal, pues no se requiere un cambio en el mundo fáctico; sólo se viola el precepto jurídico. 4.- por el daño que causa el adulterio es un delito de lesión pues - afecta al bien jurídicamente protegido, que en este caso es la fidelidad sexual que se deben los cónyuges. 5.- Por su duración el adulterio es un delito instantáneo, ya que se agota o consume en el momento preciso tener acceso carnal con otra persona que no sea el cónyuge propio. 6.- Por el elemento interno o culpabilidad el adulterio es un delito eminentemente doloso, pues se requiere el conocimiento de que uno de los dos partícipes es casado y a sabiendas de tal situación llevar a cabo la acción delictuosa 7.- Por su estructura o composición el adulterio es un delito simple pues únicamente se viola tal figura delictuosa. 8.- Por el número de actos el adulterio es un delito unisubsistente, pues basta con el acceso carnal (un solo acto) sin necesidad de otro acto para que el delito se consume⁴ por la mayoría de los autores como plurisubjetivo pero nosotros pensamos que no necesariamente siempre sucede así, y por lo tanto el delito puede subsistir unisubjetivamente: "El adulterio... es un delito plurisubjetivo... (a menos que opere en favor de uno de los sujetos, por ejemplo, una causa de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable);..." (248) y, "... Por genérica vía y con la sola y simple base del mencionado artículo, dijérase, a primera vista, que el adulterio es un delito plurisubjetivo - y específicamente de encuentro- -- aunque en realidad no lo es, pues no siempre y en todo caso los protagonistas del adulterio son culpables, ya que puede acontecer - como frecuentemente acontece- en los adulterios surgidos de encuentros entre desconocidos o, dicho de otra manera, de conquistas callejeras o en cines, teatros y otros lugares de común y honesto esparcimiento, que uno de los que después entablan con el otro relaciones íntimas le hubiere ocultado a éste su estado matrimonial; hipótesis ésta frecuente en la vida de las grandes ciudades, pues es - paladino que el amante que ignora el estado matrimonial de su amado, en mane

(248) Castellanos Tena, Fernando. "Lineamientos..." op. cit. p. 143
 49.- Por el número de personas el delito es...

ra alguna puede ser, como exige el artículo 273, culpable de adulterio..." (249). 10.- por la forma de su persecución el adulterio es un delito de -- querrela, pues sólo se podrá proceder contra el o los culpables a petición del cónyuge ofendido 11.- Por la materi el adulterio es un delito común -- pues cada Estado (lo que lo ubica como delito) tiene su propia legislación al respecto. 12.- y, en cuanto a la clasificación legal, el adulterio erróneamente (antes que nada está considerado delito) está regulado en el art.- 273 del C.p. que pertenece al título Décimoquinto (Libro Segundo), en el -- que se consagran los delitos sexuales.

(249) Jiménez Huerta... op. cit. Tomo V, p.p. 29-30

La conducta y su ausencia en el adulterio. La conducta en este delito consiste precisamente, tal y como lo establece el art. 273 del Código Penal en realizar adulterio (relaciones sexuales en el domicilio conyugal (por lo tanto, uno o los dos sujetos deben estar casados, con un tercero) o con escándalo; es decir "La conducta típica en el adulterio, se integra por la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o ambos unidos - por vínculo matrimonial, con un tercero. Para ello, esa conducta debe realizarse con los modos de comisión establecidos en el artículo 273; de lugar, - o sea la verificación del hecho fuera del domicilio conyugal, pero con escándalo." (250).

Así pues la conducta se integra con: relaciones sexuales (coito o cópula; vease al respecto lo establecido sobre este tema en el capítulo III referente al incesto); 2. existencia de un vínculo matrimonial (solamente el matrimonio civilmente válido; vease sobre el asunto del matrimonio lo manejado en el capítulo IV sobre la bigamia) 3. en el domicilio conyugal, el cual "es la casa o el lugar donde están establecidos o donde viven permanente o transitoriamente los casados, conforme a la ley civil. (251), y 4.- Con escándalo, el cual "... consiste en el desenfreno exhibido en la notoriedad que se da públicamente a la situación adúlterina, lo que afrenta al cónyuge inocente y ofende por el mal ejemplo a la moral pública..." (252).

En cuanto a la ausencia de conducta no se presenta en este delito pues sería ilógico sostener que alguien comete adulterio por una fuerza humana o de la naturaleza superior. En cuanto a los movimientos reflejos creemos que no se dan; aunque imaginando un poco no sería difícil que por sonambulismo o hipnotismo se diera el delito; claro, con las reservas del caso.

(250) González Blanco, "Delitos Sexuales"... op. cit. p. 214

(251) Carrancá y Trujillo / Carrancá y Rivas... "Códigos Penal..." Op. cit. p. 659

(252) Idem

La tipicidad y su ausencia en el adulterio.

En el momento en que un individuo (hombre o mujer) mantenga con tacto sexual con persona distinta de su cónyuge, su conducta se estará adecuando a lo establecido por el art. 273 del código penal y en ese momento se presentará la tipicidad. Ahora, bien el tipo de adulterio tiene los siguientes elemento y clasificación:

1.- Por su composición es un tipo anormal pues aunque a primera vista parece que hace una descripción objetiva realmente no lo es pues ya hemos visto que se necesita de la interpretación y valoración en elementos como - el adulterio, o el escándalo.

2.- Por su ordenación metodológica el adulterio es fundamental, pues - no requiere característica distinta de algún otro tipo pues sería especial, ni se constituye al lado de otra para ser complementado.

3.- Por su formulación es casuístico ya que sólo se puede cometer por cualquiera de las dos hipótesis que marca la ley; "en el domicilio conyugal o con escándalo".

4.- Ya vimos que es un tipo de lesión.

En cuanto a los elementos del adulterio tenemos que estos son: Sujetos o sujetos activos, lo son el o los adúlteros que estando casados legalmente y tienen acceso carnal con persona distinta del cónyuge; es decir, el sujeto activo es calificado por lo menos en uno de los caso ya sea el hombre o la mujer que esten casados; no obstante lo anterior, sea que aunque uno de los sujetos sea casado y el otro no, los dos son adúlteros, pues no es como en la bigamia, en la que solo es bigamo el que se casa por segunda vez, y no la persona soltera, que sólo es cómplice; recordemos que adulterio viene de ad alter thorum, yacer en lecho ajeno, y aunque uno de los sujetos es soltero, pero tiene conocimiento del estado de casado del otro, está yaciendo en lecho que no le pertenece, ajeno, o sea está adulterando un lecho conyugal. Además de que la ley los reputa a ambos como adúlteros. b) sujeto pasivo lo es el cónyuge inocente, es decir el esposo de quien comete adulterio. 2.- objeto jurídico. Lo es la fidelidad sexual que se deben -- los cónyuges y que incluso está estipulada en el contrato civil.

3.- objeto material, lo es el matrimonio habido entre el cónyuge inocente y el cónyuge adúltero.

La atipicidad en este delito se podría dar en los casos siguientes: a) ausencia de objeto material, en el caso de que uno de los adúlteros no estuviera casado con el tercero sino que viviera p. e. en concubinato. b) ausencia de referencias especiales, en el caso de que el adúltero se cometa en un lugar distinto del domicilio conyugal. c) ausencia del medio, cuando el adúltero se cometa sin escándalo (y obviamente fuera del domicilio conyugal).

La anti-juridicidad y su ausencia en el adulterio. Realmente aquí creemos que sólo nos encontramos ante una anti-juridicidad formal, o sea la violación del precepto contenido en el art. 273 (lo contrario a derecho) pues no encontramos cual sea la norma de cultura que viole (no acaso el pasaje bíblico nos recuerda que Jesús perdonó a la mujer adúltera, cuyo único pecado era haber amado tanto). En cuanto a las causas de justificación opinamos que no se da ninguna, pues sería absurdo pensar que se pudiera cometer adulterio por efecto de cualquiera de las causas de licitud, como cumplimiento de un deber, legítima defensa ejercicio de un derecho, etc. La profesora Martínez Roaro (253) ubica aquí el consentimiento del sujeto pasivo; estamos de acuerdo con tal criterio sólo que nosotros la ubicaríamos como una ausencia de culpabilidad (por ausencia de dolo) y obviamente causa supralegal.

La imputabilidad y su ausencia en el adulterio. Cuando el o los adúlteros, sean mayores de edad y tengan capacidad de querer y entender, habrá imputabilidad y a contrario sensu, cuando sean menores de edad o tengan alguna deficiencia mental que reca en la fracción II del artículo 15 del C.P. no habrá delito, por inimputabilidad o por ausencia de imputabilidad.

La culpabilidad y su ausencia en el delito de adulterio. Es evidente que el delito es doloso y que se requiere, la voluntad de querer tener relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge, para que se pueda dar el juicio de reproche del que hablaba Carrara. Y habrá inculpabilidad en los casos de error esencial de hecho e invencible, cuando, por ejemplo, una persona desconozca el estado de casado de la persona con la que contrae relaciones sexuales (obvio, siendo aquella soltera); también por no exigibilidad de otra conducta, imaginemos el caso de que la mujer necesitada de dinero y que acce-

de a tener relaciones sexuales siendo casada con un amigo, o su jefe, a cambio de un premio de carácter económico; sobre este asunto la profesora Martínez Roaro (254) que el caso de no exigibilidad de otra conducta sería la -
 vis compulsiva; no compartimos su opinión porque hemos visto que el adulterio requiere de la voluntad y si alguien lo hace por violencia moral no estaría dando libremente su voluntad y en tal caso se presentaría el delito de -
 violación.

La punibilidad y su ausencia en el adulterio. Los artículos 273 y 276--
 bis establecen la penalidad para este delito: "Se aplicará prisión hasta de-
 dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años...", "Cuando..
 resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para
 éstos, y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para-
 casos de divorcio". Y excusas absolutorias que son el aspecto negativo de -
 la punibilidad, no hay en este delito pues la ley no las establece.

Formas de Aparición del delito de adulterio. Realmente el iter crimi--
nis o la vida del delito, no se ve con toda precisión en el adulterio, pues-
 además de que es un delito formal e instantáneo, su comprobación es sumamen-
 te difícil. No obstante recordemos que la vida del delito siempre se da (en
 los delitos dolosos) y aunque en determinado momento sea difícil comprobar -
 la manifestación o un acto preparatorio en el adulterio la vida del mismo -
 está presente, precisamente por ser un delito eminentemente doloso. La ten-
tativa en el adulterio no es configurable, porque aparte de ser un delito --
 formal, el artículo 275 no deja posibilidad para tal situación al establecer
 que "Sólo se castigará el adulterio consumado". La participación en el adu-
 lterio es doble en todas sus formas incluyendo el encubrimiento; pensemos en
 caso, citado por la mayoría de los autores, de la sirvienta que vigila la -
 llegada del patrón mientras la esposa de éste se encuentra en su recámara --
 con su amante, y una tercera amiga entretiene al esposo para que se demore -
 en la llegada a su domicilio conyugal. Además de que los artículos 275 y 276
 establecen respectivamente cuando el cónyuge ofendido formule su querrela --
 contra uno sólo de los culpables se procederá contra los dos "... y los que
 aparezcan como codeincuentes"; y el perdón del cónyuge ofendido "... favore-
 cerá a todos los responsables."

Y por último, se pueden dar los dos tipos de concurso: ideal, si por ejemplo, un padre tiene relaciones sexuales con su hija que es casada, será responsable, al igual que ella, de adulterio y de incesto; y el material si en el mismo caso, el también rompe algún mueble de la casa conyugal de su hija y amante (daño en propiedad ajena) y por las prisas de tan "delicado momento" forza la chapa de la puerta de la casa (daño en propiedad ajena, y-- si sale con algún objeto que no le pertenece (robo).

Así pues, esta es toda la problemática del delito de adulterio; un delito que no debería estar incluido en el Código Penal del D.F. ni en ninguno de la República, como ya lo han suprimido muchas legislaciones extranjeras y a las que se acaba de sumar en días pasados, aparte de los Estados ya mencionados, el de Querétaro. Si bien es cierto que en este trabajo pugnamos por un capítulo exclusivo de delitos contra la familia y porque ésta sea el vértice real y esencial de toda la sociedad, también es cierto que figura como el adulterio no tienen razón de ser, en el Código Penal y la lesión que causan a la familia es meramente de orden privado, competencia únicamente del Derecho Civil. Además de que ya vimos que en muchos casos, aparte de la lujuria y de otros malsanos intereses interviene el amor, y no creemos justo que por el error de no haber desbaratado antes el vínculo matrimonial, asunto meramente civil con todas sus consecuencias, los sujetos tengan que verse inmersos en la amenaza de la pérdida de la libertad.

B I B L I O G R A F I A

CONSULTADA PARA EL CAPITULO VI

1. Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal". Parte Especial, -- Volumen V, Edit. Temis, Bogota, 1969. Traducción de José J. Ortega Torres, y Jorge Guerrero.
- 2.- Maggiore, Gluseppe. "Derecho Penal". Volumen IV. Delitos en Particular 2a. edic. edit. Temis, Bogota, 1968
- 3.- Carrancá y Trujillo, Raúl/ Carrancá y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado". Edit. Porrúa, México, D.F. 12 edic. 1986.
- 4.- González Blanco, Alberto. "Delitos sexuales". En la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Edit. Porrúa, s.a. Cuarta edición, 1979.
- 5.- Carrancá y Rivas, Raúl. "Derecho Penitenciario. Cárcel y Penas en México". Edit. Porrúa, México, D.F., 3a. Edición, 1986.
- 6.- Código Penal de 1871
- 7.- Código Penal de 1929
- 8.- Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano". Tomo V, Edit. Porrúa-México, D.F., 1985
- 9.- Carrancá y Trujillo, Raúl . "Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa, México, D.F. Décimo sexta edición, 1986.
- 10.-González de la vega, Francisco, "Código Penal Comentado". edit. Porrúa,-México. 1978
- 11.-González de la Vega, Francisco, "Derecho Penal Mexicano" edit. Porrúa, México, D.F., 1968
- 12.-Martínez Roaro, Marcela. "Delitos sexuales" Edit. Porrúa, S.a. Tercera ed. México, 1985
- 13.-Castellanos Tena, Fernando . "Lineamientos elementales Derecho Penal" Parte General edit. Porrúa,Vigésimo primera edic. México, 1985

CONCLUSIONES

1.- La familia en la actualidad pasa por una grave crisis que la ha -- afectado emocional y estructuralmente, como ya lo vimos en el desarrollo de nuestro trabajo; y es necesario que para que no deje de ser la célula de la sociedad, la humanidad trabaje conjuntamente, cada quien en la medida de sus posibilidades, para rescatar los valores esenciales como el amor, el respeto la ilusión, etc., que son necesarísimos entre los miembros de una comunidad; pero más lo son en el interior de la familia para que esta siga teniendo el lugar preponderante y esencial dentro de la sociedad.

2.- Es esencialmente necesario el elemento del amor para la integración y el desarrollo de toda familia; ya hemos visto que la falta de tal sentimiento repercute negativamente en el desenvolvimiento no sólo de la institución familiar sino de toda la sociedad, como por desgracia, está sucediendo en la actualidad.

3.- Es importantísimo que toda pareja esté plenamente consciente de las glorias y tropiezos que trae el hecho de formar una familia. El tomar las cosas a la ligera en una cuestión tan delicada ha traído a lo largo de la historia problemas serios y graves, no sólo a los cónyuges sino también a sus descendientes.

4.- Las relaciones entre todos y cada uno de los miembros de una familia deben ser, en la medida de lo posible, motivadas por el diálogo, la comprensión y la ayuda recíproca, dejando a un lado intereses particulares y egoístas que impiden la armonía y tranquilidad necesaria para el desenvolvimiento positivo de todo ser humano.

5.- El factor educativo es de capital importancia, pues es dicho factor el vértice del ser humano, y como toda la educación de un individuo tiene -- sus bases en el interior de la familia, la educación que el hombre reciba en el seno de aquella repercutirá en su comportamiento ante la sociedad; es necesaria, en este sentido, una campaña, dirigida por el Estado, para fortalecer, no sólomente este punto sino todos los valores inherentes a la institución familiar, en este orden de ideas, ese factor educativo debe ser fiel reflejo de nuestra cultura, y de otras instituciones como la moral, la religión, etc; en una palabra, reflejo de nuestra forma de vivir, evitar tomar parámetros culturales o educativos de otros países; la familia mexicana tie-

ne su propia cultura, que, como ya vimos en el presente trabajo, es riquísima, y debemos luchar y trabajar arduamente para salvar nuestra tradición histórica-cultural.

6.- Una familia fortalecida con los anteriores puntos, entre otros también importantes, será un factor preventivo de la criminalidad, pues las estadísticas comprueban que un alto índice de la delincuencia en México tiene entre sus principales causas la desintegración familiar. Y efectivamente, - un individuo que desde su infancia no aprendió a respetar a sus propios familiares, o no aprendió tampoco los valores fundamentales de la vida, en su edad adulta tampoco sabrá respetar a sus congéneres, sin que esto quiera decir que toda familia con problemas, arroje delinquentes y que todo individuo proveniente o miembro de una familia estable no delinca, pero, como ya analizamos en el curso de este trabajo, en el primer caso habrá más propensión a caer en las garras del delito que en el segundo.

7.- La familia tiene múltiples enemigos, a los que se les tiene que atacar a toda costa para que aquella no se vea ultrajada; así, no sólo los delitos la afectan sino también otra serie de factores que sin ser delictuosos pueden generar delitos y resquebrajar a la familia: la drogadicción, los medios masivos de comunicación (p.e. la mala televisión), el alcoholismo, etc., y en la actualidad, en nuestro México, el terrible monstruo de la crisis económica.

8.- Así pues, la familia en la actualidad necesita un fuerte sustento tanto jurídico y humano para tratar de ir frenando fenómenos y hechos antisociales que la afectan; y aunado a todo lo anterior, jurídicamente podemos concluir que: En cuanto al incesto es necesario no sólo que se sancione penalmente sino que se lleve a cabo toda una serie de principios y medidas socio-psicológicas para erradicar de la mente de algunas personas, incluso psicólogos actualmente connotados, que ven en tal hecho delictuoso algo normal si eso le trae tranquilidad y paz a quien lo realice". En cuanto a la bigamia, también para atacarla, en menester no sólo la legislación penal sino una educación consciente para acabar con fenómenos tan nefastos como el matrimonio, que generan éste y otros ilícitos (violación, estupro, etc.)

* Se sugiere que el legislador realice una reforma al artículo 272 en la que se aclare hasta qué grado se da el incesto entre primos.

En cuanto a los delitos que atentan contra el estado civil de las personas es necesarísima una reforma en el sentido de que el legislador omitió -- lo que creemos un error--, incluir una fórmula general para los casos no previstos en las cinco fracciones del artículo 277 del Código Penal Vigente, -- pues dichas fracciones no abarcan toda la gama de atentados que en la realidad se pueden presentar en contra del Estado civil de las personas. Y por último, en cuanto al adulterio sostenemos siguiendo a los autores que el artículo 273 del Código Vigente no tipifica delito alguno, sino los presupuestos o modalidades del mismo; por lo que nos encontramos ante una clara ausencia de tipo, y por lo tanto no hay tipicidad, ya que al decir del maestro Carranca y Mivas, al legislador se le olvidó describirnos la conducta o acción. Por otro lado, el adulterio no debe ser considerado como delito, no debe encontrarse en el Código Penal, por las razones ya expuestas en el lugar correspondiente de este trabajo, entre las que sobresale la razón de que un incumplimiento de deber íntimo como el de la fidelidad sexual, que se centra en disposiciones meramente de derecho privado no tiene por que trascender al campo del derecho Público, concretamente al Derecho Penal; además de que, como lo han considerado modernamente varios tratadistas y legisladores del mundo, el hecho de que una persona mantenga relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge carece de antijuridicidad penal.

9.- Los tres delitos manejados en este trabajo (Bigamia, Incesto, delitos contra el estado civil de las personas) excluyendo al adulterio son -- los que directamente, en cuanto a su esencia, afectan y pueden resquebrajar a la familia; es decir, afectan los valores esenciales de toda institución familiar (pues todos los demás delitos la afectan indirectamente; p.e. el homicidio del padre, la violación a un familiar, el robo a la casa habitación -- donde está el hogar, etc.)

10.- Se propone, por último, la inclusión de un capítulo en el Código Penal Vigente, sobre los delitos en contra de la familia; donde se regulen con sumo cuidado y conocimiento, las figuras delictuosas que afectan a la -- institución más importante de la sociedad; capítulo en el que quedarían incluidos los tres delitos ya mencionados (Incesto, Bigamia, delitos en contra del estado civil de las personas; con exclusión del Adulterio), con las críticas que los doctos en la materia tengan que hacer, a las que modesta y típicamente agregamos las apuntadas en este trabajo, ya que consideramos un error restarle importancia a la familia (tanto como objeto material, al igual

(y todavía más) como objeto jurídico); cosa que no hicieron los códigos pre-cedentes de 1871 y de 1929, pues tales ordenamientos, aunque con sus defi-ciencias, tuvieron el acierto de incluir un capítulo de los delitos en con-tra de la familia.

11.- La familia, lo hemos visto desde varios enfoques, es el receptá-culo de la vida entera del ser humano, si la familia entra en crisis, el mun-do también lo hará ¡Regresemosle la importancia y dignidad que tan importan-te y bella institución tiene!

BIBLIOGRAFIA GENERAL
 POR ORDEN ALFABETICO

- 1.- Altavilla, Enrrico. Proceso a la Familia. Edit. Plaza y Janés, S.A., Barcelona; Traducción de Juan Moreno, 1975
- 2.- Biblia. Antiguo Testamento" Editorial Española De-clé de Brouer, S.A Henao 6-Bilbao-9
- 3.- Carrancá y Rivas, Raúl. "Derecho Penitenciario" Carcel y Penas en México. Edit. Porrúa, México, D.F., 3a. Edición 1986.
- 4.- Carrancá y Rivas, Raúl "El Drama Penal" Editorial Porrúa, Primera Edición, México, 1982.
- 5.- Carrancá y Trujillo, Raúl Carrancá y Rivas, Raúl "Código Penal Anotado" Editorial Porrúa, México, D.F., Décimasegunda Edición, 1986.
- 6.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa - México, D.F., 1986, Décimaquinta edición, revisada, puesta al día, -- Adicionada doctrinalmente y con índice y textos legales por Carrancá y Rivas, Raúl.
- 7.- Carrancá y Trujillo, Raúl. "Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal". Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM México, 1955.
- 8.- Carrara, Francesco. "Programa de Derecho Criminal". Parte Especial , - Volumen V. Edit. TEMIS, BOGOTA, 1969. Traducción de José S. Ortega Torres y Jorge Guerrero.
- 9.- Castellanos Tena, Fernando. "Líneamientos elementales Derecho Penal" - Parte General edit. Porrúa, Vigésimo primera edic. México, 1985.
- 10.- Cuello Calón, Eugenio "Derecho Penal" Parte Especial, Tomo II, volumen segundo; Décimo tercera Edición; edit. BOSCH, Barcelona. 1972.
- 11.- De Acosta, Joseph. Vida Religiosa y Civil de los Indios (Historia Natural y Moral de las Indias). Biblioteca del Estudiante Universitario-- ríó, UNAM, México. 1978.
- 12.- De Coulanges, Foustel. La ciudad Antigua, Historia sobre el Culto y las Instituciones de Grecia y Roma. Edit. Porrúa, México, D.F., 1980
- 13.- De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. edit. Porrúa, México, D.F., 1981
- 14.- De P. Moreno, Antonio "Curso de Derecho Penal Mexicano" Parte Especial, de los Delitos en Particular; edit. Porrúa, México, 1968
- 15.- Deutsch, Helene. "La psicología de la Mujer" Traducción de Felipe Jiménez de Asúa, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires. Quinta Edición, -- 1952, Primera Parte.

- 16.- Engels, Federico. "El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado." Edit. Progreso, Moscú. Trad. Al español de Edit. Progreso, 1978.
- 17.- Floris Margadant, Guillermo. "Derecho Romano" edit Esfinge, México, D.F., - 1980
- 18.- Gómez Eusebio. "Tratado de Derecho Penal" T. III. edit. Compañía Argentina de Editores; Buenos Aires, Argentina, 1940
- 19.- González Blanco Alberto. "Delitos Sexuales. En la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano" Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México, - 1979.
- 20.- González de la Vega, Francisco, "Código Penal Comentado." Edit. Porrúa, - México. 1978
- 21.- González de la Vega, Francisco, "Derecho Penal Mexicano" edit. Porrúa, México, D.F., 1968
- 22.- Jiménez de Asúa, Luis. "La ley y el Delito" Principios de Derecho Penal.- Edit. Hermes Sudamericana. Buenos Aires, México. 1986
- 23.- Jiménez Huerta Mariano. "Derecho Penal Mexicano." Edit. Porrúa, S.A., México 1985, T.V.
- 24.- León Portilla, Miguel. "Toltecatoytl. Aspectos de la Cultura Nahuatl" Fondo de Cultura Económica; México, 1980, 1a. Ed.
- 25.- López Rosado, Felipe. "Introducción a la Sociología." Edit. Porrúa, México, 1982
- 26.- Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal," Columen IV. Delitos en particular. Segunda Edición, Editorial Tennis, Bogotá, 1972.
- 27.- Martínez Roaro, Marcela, "Delitos Sexuales," Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, Tercera Edición.
- 28.- Mellusi, Vicenzo "Del Amor al Delito." Centro Editorial de Góngora, Madrid, (sin edición y sin año) T. I.
- 29.- Middendorff, Wolf. "Criminología de la juventud. Estudios y Experiencias" Traducción castellana, Prólogo y notas de José María Rodríguez Devesa.- Ediciones Ariel, Barcelona, 1963
- 30.- Orozco y Berra, Manuel. "Historia Antigua de las culturas de México." --- Fuente Cultural; México, D.F., 2a. Ed. 1954, Tomo I
- 31.- Porte Petit Candaudap, "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal." Cles tino México, 1854
- 32.- Russell, Bertrand. "Natrimonio y Moral." Ediciones siglo veinte, Buenos - Aires, 1965

LEGISLACION CONSULTADA

- 33.- Código Civil para el Distrito Federal
- 34.- Código Penal de 1871
- 35.- Código Penal de 1929
- 36.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal.
- 37.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

- 38.- Ciencia del Lenguaje y Arte del Estilo. Edit. Aguilar; 3a. edic., 1982
- 39.- Diccionario Básico Espasa, Tomo 3, Engalle-Lagunar con versión en la mayoría de las voces en Francés, Inglés, Italiano, Alemán y Portugués, 4a. Edición. Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1983
- 40.- Diccionario Larousse Usual
- 41.- Diccionario Léxico-Hispano. Enciclopedia Ilustrada en Lengua Española.- Tomo 1, A-F UNDECIMA EDICION
- 42.- Enciclopedia Ilustrada Cumbre. Lo esencial de los conocimientos actuales en forma clara, sustancial y amena. Tomo 6, Español-Gobi Edit. CUM_Bres, 23a. Edición.
- 43.- Enciclopedia Jurídica Omeba Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina, Tomo XV, impo-insa