

LA VIOLACION DENTRO DEL MATRIMONIO COMO
CAUSAL DE DIVORCIO

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a:

VICTOR MOYO ARTEAGA





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CAPITULO I

- 1.- Introducción
- 2.- Metodo de desarrollo.

CAPITULO II

Matrimonio y Divorcio en Derecho Comparado

- 1.- Pueblo Hebreo.
- 2.- Roma.
- 3.- Francia.
- 4.- España.
- 5.- México, a), b) y c)
a).- Código Civil de 1870.
b).- Código Civil de 1884.
c).- Código Civil de 1932.

CAPITULO III

- 1.- Definición de la Violación
- 2.- Antecedentes.

CAPITULO IV.

- La Violación dentro del matrimonio como Causal de Divorcio.
- A).- Problema Legal.
 - B).- Problema Moral.
 - C).- La violación como causal de divorcio.

PROLOGO

El mundo en que actualmente nos desenvolvemos ofrece a nuestra vista maravillosos adelantos técnicos y científicos -- que hacen más cómoda y placentera nuestra existencia.

Admiremos los grandes adelantos logrados en el campo de la medicina, ingeniería, arquitectura, electrónica, su aplicación se traduce en beneficio de la humanidad. La fuerza atómica, por ejemplo es uno de esos magnos descubrimientos que lamentablemente su utilización ha sido con fines destructivos.

No obstante la tristeza que nos embarga cuando vemos que al margen de todo ese progreso existe una gama de problemas sociales que van acrecentándose en el transcurso del tiempo, y -- cuya solución parece ser realizada por el hombre. Uno de ellos -- es el caso del divorcio.

Al hacer un análisis de dicha situación, consideramos a la civilización como un cartabón en que se generan como -- hoy sucede, problemas tan grandes y tan complejos que bien pudiéramos atribuir a múltiples elementos, tales como nuestra precaria educación, factores que influyen a que sea aceptado entre -- nosotros la disolución del matrimonio, como un pasaje natural, -- tanto en el seno de la familia, como en la sociedad. Sin embargo la realidad nos hace ver, que esta situación corresponde a una -- etapa de retroceso evidente, ya que los divorcios traen aparejadas tremendas desgracias, como la desvinculación de la familia, -- el abandono de los miembros que una vez formaron un matrimonio, -- lo que si desde luego constituye un mal ejemplo para las generaciones venideras, pues la falta de estabilidad moral de un pueblo lesiona gravemente la formación educativa de los niños y re-

percute negativamente en la economía de un país.

Los esfuerzos realizados para salir de la situación económica aflictiva y elevar nuestro nivel cultural, han sido - caso muy patente, no nos hemos ocupado, se ha hecho caso omiso o en poca monta por evitar problemas tan serios como el de la disolución del matrimonio; figura jurídica que, por primera vez en la historia de nuestra Patria fué reglamentado con gran tino por el ilustre Benemérito de las Américas.

Por todo lo expuesto, considero como uno de los objetivos inmediatos de la sociedad actual la de buscar en forma afanosa la manera de erradicar por completo o en mayor grado posible los casos de divorcio, entre otras cosas porque su empleo destruye el verdadero espíritu de la familia. No hay que olvidar que de las desavenencias conyugales nace la desunión de las grandes esferas sociales que a la postre provocan el retroceso moral de un país. Urge a mi concepto, encontrar la fórmula tendiente a fortalecer la vida matrimonial, para bien de la sociedad y de la Patria.

CAPITULO I.

1.- INTRODUCCION.

2.- METODO DE DESARROLLO.

CAPITULO I
MATRIMONIO Y DIVORCIO. GENERALIDADES.

Vamos a abordar en este pequeño trabajo, uno de los temas de mayor actualidad en nuestro medio moderno, y que son -- los casos mas discutidos traídos a Tribunales y llevados por co lumnistas de periódicos que se editan en todo el mundo, con extremada exageración, la mayor de las veces enmarcado en un ambiente de sensacionalismo, en ciertos casos investidos de la -- morbosidad publicitaria, mal social moderno. Así son los artícu los dedicados al divorcio.

Particularmente en nuestro país, el fenómeno del di vorcio ha llegado a constituir un cáncer, una lacra en la socie dad que va acrecentándose día a día, presentando múltiples face tas y desarrollándose en las diferentes capas sociales, a menu do acompañada de escándalos mayúsculos.

El tema a desarrollar lo denominaremos "La viola--- ción como causal para el divorcio", y en él pretendo hacer un -- estudio del fenómeno de la violación como generador del divor cio. Desde luego que ello exigirá una breve alusión de la ins titución del matrimonio, supuesto necesario para la existencia- del divorcio.

Está de sobra comprobado que el matrimonio y el di vorcio presentan situaciones contravertidas. En los periódicos- vemos que, mientras las páginas dedicadas a matrimonio constitu yen un aliciente para lograr el acercamiento humano y el mejora miento social, los divorcios en cambio, situados en planas dedi cadas a crímenes, desvirtúan o tratan de alejar a las personas- de toda convivencia humana.

Obvio decir que el matrimonio, en el estudio que --

iniciamos, es indispensable, ya que de no existir jurídicamente, tampoco podríamos hablar de manera alguna de divorcio, uno y --- otro términos se complementan.

Etimológicamente la palabra matrimonio proviene de - dos vocablos latinos: MATRIS y MINIMUM, que significan: "carga o - gravamen para la madre", situación que se traduce o especifica - que la madre es la persona que de la pareja formada, soporta el - mayor peso, tanto antes como después del parto, según lo escribe el tratadista Joaquín Escriche (1).

Esta idea del matrimonio, no siempre ha sido acepta - da, pues en algunos Países, entre los que figuran Francia, Ita - lia e Inglaterra, entienden el matrimonio como una derivación de la cara. Así se habla de MARIAGE, MARITAGIE y MARRIAGE. En fin, - los datos históricos para determinar la génesis de la palabra -- matrimonio son diversos y controvertidos.

Podríamos aceptar como una definición legal del ma - trimonio: "es la unión de un solo hombre y una sola mujer, para - perpetuar su especie y ayúrdarse mutuamente a sobrellevar el peso de la vida".

Analizando la anterior definición encontramos como - elementos del matrimonio; primero: la unión de un solo hombre y - una sola mujer, de aquí que fué el matrimonio el peldaño que hi - zo posible la desaparición de la poligamia y dando realce a la - monogamia.

Existe en la definición a que hemos hecho referencia un elemento de tipo biológico que es la perpetuación de la espe - cie.

(1) ESCRICHE JOAQUIN, Diccionario Razonado de Legislación y Juris - prudencia, Librería de la Vda. de Ch. Bousset. París-México, - 1925, voz matrimonio. Pag. 1204.

Y finalmente existe asimismo en la noción dada del matrimonio un concepto excelentemente social que lo constituye la ayuda mutua, a darse por un cónyuge al otro en forma recíproca.

En un principio no existió la institución del matrimonio, sino más bien tuvieron lugar ciertas relaciones irregulares como la unión libre, que en aquellos tiempos fué aceptada.

Más tarde, en cambio, el hombre sintió la necesidad de salvaguardar o asegurar los derechos que creía tener respecto de la mujer, compañera de su vida, a la que más bien consideraba como de su propiedad y así fué como a través de la religión llegó a consolidarse tal derecho.

La religión fué entonces la primera o una de las primeras formas de reconocimiento de los derechos respecto de las uniones entre hombre y mujer, otro factor que intervino en la afirmación del matrimonio, es que el hombre, por virtud de su naturaleza misma se encuentra obligado a integrarse a diversos grupos humanos, que le son afines, por lo que vemos lo necesario que resulta el acercamiento y el común acuerdo de las voluntades, pues el ente humano por el hecho de ser un "ser político", siempre tenderá a la segregación humana, por clásica la tendencia del hombre de creer en algo temido por lo que a veces pudiera ser que vieran a la mujer como un escudo, o como la reguladora y guía de su ser, por las razones de su diversidad de facetas que tiene que cruzar.

Inicialmente, en la India, por virtud del matrimonio, la mujer era considerada un ser impuro, idea no aceptable actualmente por la doctrina. Consiste en lo establecido --

por la Ley Manava-Dharma-Sastra o Código de Leyes de Manú, cuya antigüedad se remonta a varios siglos antes de Jesucristo, en el que se establece la obligación de la mujer, según el Cuerpo de Leyes a que se ha hecho mérito, de reverenciar al marido, como a un Dios, teniendo este matrimonio como finalidad esencial, la procreación de un hijo varón. Inclusive se llegó a autorizar en caso de muerte del marido, sin dejar hijos, un hermano suyo podría hacer vida marital con la viuda a fin de asegurar la descendencia.

La procreación de un hijo, tuvo entre ellos tanta importancia, que inclusive, se admitía legalmente que la mujer carente de familia por infecunda con su marido, aún viviendo éste, podría procurarse descendencia con algún pariente de su esposo. (2)

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el matrimonio, para el pueblo Indú, se caracterizó con el predominio del hombre sobre la mujer en forma absoluta.

En la época de Carlo-Magno, se consideraba a la mujer con una situación jurídica inferior a la condición jurídica del hombre, no obstante el gran afecto que se le brindaba, vemos así que empieza a desaparecer aquella absoluta preponderancia del hombre sobre la mujer, según lo refiere el tratadista D' Aguanno (3).

No era aceptable en aquél tiempo que la mujer no vir gen volviera a contraer matrimonio, pero si se admitió que el --

- (2) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Editor Hijos de J. Espasa, Barcelona, t. 33 Pag. 1057.
- (3) D' Aguanno José. Pag. 434. Comp. Nicollay. Fdo. Op. Cit. Pág. 319.

por la Ley Manava-Dharma-Sastra o Código de Leyes de Manú, cuya antigüedad se remonta a varios siglos antes de Jesucristo, en el que se establece la obligación de la mujer, según el Cuerpo de Leyes a que se ha hecho mérito, de reverenciar al marido, como a un Dios, teniendo este matrimonio como finalidad esencial, la procreación de un hijo varón. Inclusive se llegó a autorizar en caso de muerte del marido, sin dejar hijos, un hermano suyo podría hacer vida marital con la viuda a fin de asegurar la descendencia.

La procreación de un hijo, tuvo entre ellos tanta importancia, que inclusive, se admitía legalmente que la mujer carente de familia por infecunda con su marido, aún viviendo éste, podría procurarse descendencia con algún pariente de su esposo. (2)

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el matrimonio, para el pueblo Indú, se caracterizó con el predominio del hombre sobre la mujer en forma absoluta.

En la época de Carlo-Magno, se consideraba a la mujer con una situación jurídica inferior a la condición jurídica del hombre, no obstante el gran afecto que se le brindaba, vemos así que empieza a desaparecer aquella absoluta preponderancia del hombre sobre la mujer, según lo refiere el tratadista D' Aguanno (3).

No era aceptable en aquél tiempo que la mujer no virgen volviera a contraer matrimonio, pero si se admitió que el

(2) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Editor Hijos de J. Espasa, Barcelona, t. 33 Pag. 1057.

(3) D' Aguanno José. Pag. 434. Comp. Nicollay. Fdo. Op. Cit. Pág. 319.

hombre casara con varias mujeres.

Hasta aquí, aunque en forma breve la génesis del matrimonio.

Por lo que toca a su naturaleza jurídica, muchos juristas opinan que es una institución, otros en cambio lo consideraran como un contrato.

El derecho francés, considera indisoluble las nupcias, al sostener que el matrimonio es un contrato, aunque hay otros en el mismo País que las consideran como una institución, entre ellos están los eclesiásticos.

Entre los partidarios de la primera posición, encontramos al jurista Joserand (4), quien establece que por contrato debe considerarse: "toda unión de dos o más voluntades con ánimo de crear derechos". Dentro de esta descripción del contrato incluye al matrimonio.

Esta opinión de Joserand de considerar al matrimonio como un acto jurídico de naturaleza contractual, se basa en la idea de que es una mutación o modificación de los derechos que les corresponden a las partes que llegan a celebrarlo. Es un contrato sui géneris, dice, pues se encuentra sometido a reglas sui géneris, diferente en algunos aspectos a los demás contratos civiles, en que las obligaciones o las prestaciones derivadas pueden renunciarse o cancelarse; en el vínculo matrimonial, si se cambian ni pueden cancelarse porque ello iría en contra de su misma naturaleza jurídica. Tampoco se pueden establecer o crear derechos más amplios que la propia naturaleza de los derechos que trae aparejado el matrimonio, ni puede encontrarse su-

4) JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Bs. Aires 1950. Tomo I. Volumen II, No. 692.

pedido a plazo o condición alguna.

En cuanto al matrimonio considerado como una institución, tenemos las versiones de Aftalión y García Olano, quienes sostienen: "la palabra institución se destaca por su imprecisión permitiendo que se designe con ella cosas tan heterogéneas, como el Estado, y la propiedad, la universidad y la prescripción, catastro y la propina" (5)

Desde luego existen diferencias entre institución y contrato, Renard, dice: La institución tiene estos elementos: - 1o.- Institución; 2o. Comercio, todos los intereses son coincidentes; 3o.- Jerarquía (organización y disciplina).

Los que lo consideran como contrato le encuentran los siguientes elementos: 1o.- Especulación.- 2o.- Igualdad; -- 3o. Efecto, relación entre las partes; 4o. Producto de la concurrencia; 5o. en su existencia; 6o.- Relación subjetiva de persona a persona.

Nuestra posición al respecto es la misma del Código Civil vigente, que concibe al matrimonio como un contrato, en virtud de que en él existen elementos esenciales para considerarlo como tal, que se hallan contenidos en los artículos siguientes:

Art. 97.- Las personas que pretendan contraer matrimonio presentarán un escrito al oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de ellas, que exprese:

I.- Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio, tanto de los pretendientes como de sus padres, si éstos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos fueren conocidos. Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la perso-

na con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de éste;

II.- Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III.- Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y si alguno no pudiere o no supiere escribir, lo hará otra persona conocida, mayor de edad y vecina del lugar.

Art. 98.- Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

I.- El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictámen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto no sea notorio que el varón es mayor de dieciseis años y la mujer de catorce;

II.- La constancia de que prestan su consentimiento para que el matrimonio se celebre, las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151;

III.- La declaración de dos testigos mayores de --- edad, que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;

IV.- Un certificado suscrito por un médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen sífilis, tuberculosis, ni enfermedad alguna crónica e incurable, que sea, además, contagiosa y hereditaria.

Para los indigentes tienen obligación de expedir -- gratuitamente este certificado los médicos encargados de los -- servicios de sanidad de carácter oficial.

V.- El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquirieran-

durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aún a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquirieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Oficial del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 185, fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

VI.- Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y

VII.- Copia de dispensa de impedimentos, si los hubo.

Una vez transcritos los artículos legales que describen el matrimonio y los requisitos que debe contener, veamos ahora lo que el propio ordenamiento, estatuye como contrato:

Art. 1793.- Los convenios que producen o transfie--

ren las obligaciones y derechos tomanel nombre de contratos.

Art.- 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más --- personas para crear, transferir, modificar y extinguir obliga--- ciones.

Como puede verse el convenio es el género y el contrato la especie.

Para la existencia del contrato es indispensable que se reúnan los elementos que cita el siguiente artículo.

Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere ren: I.- Consentimiento; II.- Objeto que pueda ser materia del - contrato.

Expuesto lo anterior, reiteramos nuestra posición de que el matrimonio es un contrato suí géneris, en el cual se encuentran establecidas normas suí géneris, con elementos suí géneris, aunque por el momento no ahondemos mayormente en el tema. - Más adelante lo trataremos de manera más amplia.

Los elementos que deben conjugarse para la existencia de todo contrato son: El consentimiento, o sea la voluntad de los contratantes para su formación y en el matrimonio vemos que sí existen esas dos voluntades, para crear, transferir o modificar obligaciones; dicha manifestación de voluntad debe ser libre y realizada por personas mayores de edad, o tratándose de menores, con el consentimiento de sus padres; 2o. El objeto que pueda ser materia del contrato.

Hasta aquí los breves apuntamientos sobre la figura jurídica del matrimonio. Nos avocaremos ahora al tema del divorcio propiamente dicho.

Sus primeras manifestaciones consisten en el repudio

como una de las formas más brutales de la ruptura de una penosa convivencia de una mujer al lado de un hombre, algo que tuvo sus orígenes en la arbitraria y preponderante autoridad del marido.

Respecto de esta forma inicial del repudio el tratadista Esriche (7) en su Antiguo Diccionario, nos dice: el repudio le fué permitido a los judíos por su dureza de corazón, --- propter turitiem cordis.... y el tratadista Cabanellas (8) autor más moderno atribuye el repudio a diversas legislaciones entre ellas la judía y la romana, sin embargo, consideramos que el repudio fué reconocido por diversos pueblos de Oriente en un gran número pues en el Código de Hamurabi que fué unos veinte siglos anterior a la época de Moisés, se establecía: "si una mujer ha menospreciado a su marido y le ha dicho: no quiero ser tuya, será examinada en secreto acerca del perjuicio de que sea víctima, y si es buena ama de casa, sin tacha y su marido sale y la descuida mucho, esta mujer no es culpable, puede tomar su ajuar e irse a casa de su padre.

Puede considerarse esta una forma de repudio a cargo de la mujer, aunque en el Código de referencia no encontramos caso alguno de repudio hecho por el marido a la mujer.

El Viejo Testamento, y en tratándose del divorcio, --- refiere en el versículo 14 del Capítulo XXI: Abraham esposo de Agar, madre de Ismael, se levantó muy de mañana y tomó pan, y un odre de agua y dióla a Agar, poniéndolo sobre su hombro y --- entrególo al muchacho (Ismael) y despidióla. Y ella partió y andaba errante por el desierto de Bar-Sheba".

(7) Esriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Librería de la Vda. de Ch. Bouset. París-México.

(8) Cabanellas, G. Diccionario de Derecho Usual, "3, Pag. 418.- Ed. Arayú. Bs. Aires, 1954.

En el Deuteronomio, Capítulo XXIV versículo uno y siguientes, se hallan regladas las formas para la integración legal del repudio (y el divorcio simultáneamente) encontrándose allí los siguientes preceptos: "cuando alguno tomara mujer y se casara con ella, si no le agrada por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio y se la entregará en su mano, y despidirála de su casa. Así la mujer salida de la casa del marido, podrá ir y casarse con otro hombre y si aborreciere a este último, y le escribiere carta de repudio, y se la entregara en su mano, y la despidiere de su casa; o si muriere el postrer hombre, que la tomó por sí, por mujer, no podrá su primer marido, que la despidió volverla a tomar para que sea su mujer, después que fué mancillada; porque es abominación delante de Jehová".

En el Código de Manú, Ley IX, 81, la mujer estéril podría ser reemplazada a cabo de dieciocho años de convivencia; de la misma forma, la mujer que bebe licores, si se porta mal, es enferma o pródiga", puede también ser reemplazada, y un motivo más; el caso que la mujer haya tenido hijos y éstos se le hubieren muerto en la minoría de edad o que no hubiere engendrado hijos varones, sino solo mujeres. Este Derecho de repudio le era concedido también a la mujer, cuando su cónyugue no conservase la virtud dentro del matrimonio.

Para demostrar lo que hemos expresado en relación al varón, tenemos que en el propio Cuerpo de Leyes, denominado Código Manú, en el versículo 285 del Libro IX, se dice que un hombre en cuanto dependa de sí mismo, de su mujer o de su hijo, puesto que el padre de familia no podría nunca separar de

es a la mujer, ni por abandono ni por venta a menos que la repudiara, en caso de que dicha hembra fuera estéril, espíritu de discordia o avergonzada conducta. (9)

Este caso de repudio se practicó en la Antigua Persia, China, Japón y Babilonia.

Pero dónde y cómo se generó el divorcio como institución jurídica. Los autores señalan lo siguiente:

En roma se conoció el repudio con antelación del divorcio. Hay referencia de que el divorcio se estableció en el siglo VI del Nuevo Testamento, se cree que en aquellos tiempos se llevaron a cabo los primeros divorcios en el mundo.

En las XII Tablas ya se admitía el divorcio según Cicerón, aún cuando ello ofrece ciertas dudas por la austeridad y severidad en las costumbres que observaban los romanos, sin embargo, con anterioridad a la fecha mencionada, tenemos noticias que existió el repudio como forma anterior al divorcio, pues el marido tenía sometida a su mujer a la "manus" de esposo con lo que se admitió el repudio por causas graves. (10)

En Atenas se practicaba el repudio tanto para el hombre como para la mujer. Una Ley de Solón le otorgaba a ambos cónyuges ese derecho y atribuye las causas de repudiación a las XII Tablas, así encontramos que posteriormente a la época de Rómulo la Ley establecía que para el divorcio no se necesitaba arguir razón alguna, situación que sí era necesaria para el caso de repudio, el cual era unilateral por parte del marido tanto en la Génesis como en el Deuteronomio. Tal situación ori-

9) Capdevila, A. El Oriente Jurídico. Pag. 33 y 34.

10) Goldstein M. Derecho Hebreo a través de la Biblia y el Talmud, Pag. 276, número 5. Ed. Atalaya, Buenos Aires 1946.

ginó que se regulara tal formalidad en la ley, surgiendo el -- llamado libelo de repudio, encontrándose supeditados tanto la escritura como la formación de escritos a los escribas, únicas personas destinadas para ello. Dicho escrito exigía que el marido venciera dos vallas más para acudir con éxito al repudio.

Así al correr del tiempo encontramos que la primera legislación que admitió el divorcio fué el TALMUD. la disposi-- ción legal en reglamentarla y de allí, las demás legislaciones mundiales.

También en dicho texto legal se enunciaban las cau-- sales del divorcio, entre las que se encuentra la esterilidad -- de la mujer, como algo que iba en contra del objetivo del matri-- monio, que era el de creced y multiplicaos, según el evangelio, y en este caso se daba la facultad a los cónyuges de separarse legalmente, aunque para ello debiera de haber transcurrido el -- término de diez años durante el cual la mujer hubiera malparido. En este caso no comenzaban a correr los años aludidos. Lo mismo sucedía cuando la mujer se encontraba fuera del país o en cauti-- verio.

La mujer que se volviera a casar, si durante los -- diez años siguientes al nuevo matrimonio no tuviera descendencia, perdía para siempre el derecho de volver a casarse, con la obligación del segundo de los maridos de devolverle su dote con todas las ganancias. Esto en el caso de que él fuera estéril.

El adulterio por parte de la mujer, otra de las cau-- sales, se solía comprobar cuando éste conviviera con una mujer-- casada, o con una prometida en esponsales, pues el hombre no -- era adúltero sino por infidelidad a la mujer con quien se enoon

traba casado.

Para el Decálogo, la prohibición del adulterio era para el hombre y para la mujer, pues dicha falta se consideraba como un pecado ante Dios.

Mas para que tuviese lugar el adulterio debería presentarse al mismo tiempo los dos siguientes requisitos: primero existencia de un flagrante delito y segundo, la declaración de dos testigos, con la existencia de ambos elementos, la mujer acusada adquiriría la condición de "sospetosa de infidelidad", más de ninguna manera de adúltera.

2.- METODO DE DESARROLLO.

Para el presente trabajo trataré de emplear tanto - el método inductivo que es el que procede del conocimiento de ciertas verdades singulares, adquiridas gracias a la experiencia de los sentidos, al conocimiento de una verdad universal y - el deductivo que es el que se realiza por virtud de extraer consecuencias de un principio, proposición o supuesto, por tratarse de una situación un tanto compleja. (10)

CAPITULO II

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN DERECHO COMPARADO.

- 1.- PUEBLO HEBREO.
- 2.- ROMA.
- 3.- FRANCIA.
- 4.- ESPAÑA.
- 5.- MEXICO, a), b) y c).
 - a).- Código Civil de 1870.
 - b).- Código Civil de 1884.
 - c).- Código Civil de 1932.

EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- DERECHO HEBREO.

Ya vimos en el Capítulo precedente que el pueblo hebreo admitió la poligamia, que el marido tenía la facultad de repudiar a la mujer, siempre que al hacer el repudio por carta ésta le fuera entregada a ella en sus propias manos (2); la mujer-sobreviviente podía casarse con el hermano en caso de muerte de marido, y de éste con la obligación de que dicho hermano debía darle a la viuda un primogénito que llevara el nombre del marido fallecido (1).

Tenemos que al correr de los años, el pueblo hebreo, conoció varias formas de matrimonio.

El famoso tratatista Goldstein, lo clasifica en: 1.- Matrimonio por captura, o sea el contraído con mujeres tomadas como botín en las guerras; 2).- Matrimonio Sábico, en que los hijos eran creados en el clan de la madre; 3).- Matrimonio poli-gámico, de un hombre con varias mujeres y 4).- Matrimonio monogámico que se inició lógicamente al desaparecer el matrimonio poli-gámico, al finalizar el siglo IV de nuestra era.

Los hebreos consideraron como uno de los deberes primordiales del hombre, el de contraer matrimonio, veía con malos ojos al celibato, ya que para ellos éste constituía un crimen en contra de Dios y la Naturaleza.

Fueron también los hebreos quienes entre todos los pueblos del mundo, los que en un principio dieron dignidad a la

(1) Génesis, Cap. 32 No. 22, Cap. 29. No. 27 etc.

(2) Deuteronomio, Cap. 24 Nos. 1 y 3.

mujer, ya que en otros pueblos ésta tenía una valoración mucho mas bajo que la que se otorgaba al hombre, Levítico (XXVII), a este respecto declara que el varón de veinte hasta setenta --- años su estimación será de cincuenta siclos de plata, según el ciclo del santuario.... y si fuere hembra, la estimación sería de treinta siclos en el matrimonio; el único ser que se le --- otorgaba el atributo de único poseedor de bienes era el mari--- do, pues este era reconocido como el amo, y tenía tal preponde--- rancia que inclusive, podía anular los votos de la mujer.

La biblia refiere que a la mujer le fué concedida--- la oportunidad de ser testigo, hecho que desapareció en el Tal--- mud. Sin embargo, este Cuerpo de Leyes le daba cierta libertad a la mujer, así las habían dueñas de si mismas, que disponían--- de sus bienes o relegan al marido y cumplían con los actos de--- su existencia.

No se permitía al padre vender a su hija en cali--- dad de esclava o concubina, por lo tanto dicha hija, en caso --- de haberse visto seducida por algún individuo, podía negarse a contraer matrimonio con éste; el padre tampoco podía otorgarle marido sin que los jóvenes la conocieran y prestaron consenti--- miento.

Para el caso de que la mujer menor de edad hereda--- ra los bienes que constituyen la propiedad en caso de la defun--- ción del padre, éste tenía derecho a ser mantenida con la he--- rencia del padre, hasta que contrajeran nupcias, y así al ---- acontecer la unión matrimonial, se les entregaba una décima --- parte del importe de los bienes en calidad de dote.

La poligamia entre los hebreos, requería del con--- sentimiento de la primera mujer, ya que de no hacerlo, la men---

cionada esposa tenía el derecho de pedir el divorcio.

La convención que se denominaba Ketaba, servía para inventariar los bienes que la mujer llevaba al matrimonio, misma que fué la última fase del derecho matrimonial. En ellas se señalaba también que el marido no podía gozar de los bienes que la mujer obtuvo durante el matrimonio por donación o por herencia.

En tratándose del divorcio, podemos decir que entre los hebreos no se consideró el matrimonio como un vínculo indisoluble ni eterno, pues en caso de imposibilidad para llevar a cabo la convivencia en el matrimonio, se acudía a un mal necesario denominado repudiación, más tarde el divorcio; así encontramos que los hebreos aún cuando aceptaron el divorcio, manifestaron censura por dicha manera de disolver el matrimonio, pues según ellos no tenía razón de ser, que una familia no se llevara bien en un momento determinado, por haber sobrevenido motivos que obligaron a ambos a vivir distanciados, pues esto indudablemente en lugar de lograr uno de los fines del matrimonio o sea el de la vida en común y ayudarse mutuamente, estos dos objetivos no se llevarían a cabo de manera alguna, pues la procreación de hijos dignos y buenos solo pueden provenir de padres -- con los mismos atributos, y que los distanciamientos de marido y mujer no son aceptables pues provocarían un estado de ánimo -- deplorable para el o los hijos que llegaran a procrearse en dicho matrimonio.

Además de los prejuicios que pudieran repercutir en la familia, la situación anómala influiría también en la propia sociedad, ya que consideramos al divorcio como una lacra social, un mal, un cáncer, pero al fin y al cabo un mal necesario.

Han sido varios los autores, entre ellos el Marqués

de Pastoret, quienes sostienen que el divorcio es muy antiguo entre los hebreos; que se practicaba desde antes de Moisés como lo demostró el caso del destierro a que condenó Abraham a la madre de Ismael (5), sin embargo, consideramos que más bien era un caso de repudio y no de divorcio.

Son tres las causas por las que se podía dar por terminado el matrimonio, entre los hebreos, ellas son: a). Disolución por muerte de uno de los cónyuges; b).- Disolución forzosa por mandato legal y disolución voluntaria por repudio, indirectamente o por adulterio de la mujer.

Respecto de la primera causa, encontramos que en un principio la mujer no tenía derecho alguno, pues era considerada como una cosa propiedad del marido, pero que con el transcurso del tiempo y gracias a la evolución de los principios del derecho matrimonial, se obtuvo que la esposa ocupara una posición jurídica igual al marido, aunque sólo en algunos aspectos, y dejando de ser un bien sucesorio, como acontecía antes de la muerte de aquél. De esa manera, convirtiéndose en sui juris podía retener los bienes que hubiera aportado a la sociedad y podía conservar los que le hubieren sido entregados en forma de legado por el cónyuge fallecido.

En el aspecto legal, tenemos que por la comisión de un incesto, por haber contraído una enfermedad contagiosa, o en caso de ser imposible la cohabitación entre marido y mujer, como cuando el marido se dedicara al sacerdocio, se disolvía el lazo conyugal.

Voluntariamente el vínculo matrimonial se disolvía

(5) Génesis, Cap. XXII. v. 14.

en dos formas: por repudiación, que está legislada por la Biblia y del cual ya hicimos breve referencia y por el divorcio, regulado por el Talmud. El repudio fué el primero que apareció en la historia del matrimonio, como una faceta del divorcio.

Fué el Talmud el que estructuró el divorcio, señalando una variante entre éste y el repudio, que podrá ser unilateral, en tanto que el divorcio necesariamente era por voluntad de ambos cónyuges. Había una sola excepción, en el caso de esterilidad que no pudiera determinarse quien era el culpable de la misma, entonces cualquiera de los cónyuges podía promover el divorcio absoluto.

En período de guerra el marido dejaba una carta de divorcio a la mujer para el caso de que llegara a caer prisionero por más de tres meses o que su ausencia pudiera presumir su muerte por cuestiones bélicas.

Capital importancia tenía el divorcio y era evidente, la causal más denigrante en dicho cuerpo de Leyes era el adulterio de la mujer. El adulterio del hombre por infidelidad de la mujer sólo fue en el caso de que aquél ayuntamiento carnal con una mujer casada o compromiso de matrimonio.

Existía en cambio, el perdón por parte del marido a la mujer adúltera, pues estaba prevista la posibilidad de la reconciliación.

El levirato eran los matrimonios prohibidos por la Ley. Un caso podría ser el matrimonio del hermano con la viuda de su hermano fallecido, sin descendencia, con la sola obligación de que el primogénito de dicha unión llevara el nombre del marido desaparecido, de tal forma que este no pareciera en Israel. Dicho primogénito era quien podía disponer de los bie-

nes, por suceder al primer marido, con excepción de su propio padre y de otros hijos que aquél hubiere procreado con otras mujeres.

En caso de que el difunto hubiere dejado muchas mujeres, había la posibilidad de que alguno de los hermanos se casara con la viuda y así disfrutar del derecho a heredar los bienes del occiso, incluyéndose los de la mujer. Si ninguno de los hermanos del difunto quisiera casarse con la viuda, ésta quedaba libre para poder contraer matrimonio con alguna otra persona.

El tratadista Pastoret (6) comenta esta situación - en la forma siguiente: "Por más que la obligación del hermano - a casarse con la viuda parezca contener alguna dureza, no se puede negar que la idea de la leviración fué admirable, moral y políticamente, pues por ese medio se aumentaba la población, se conservaban las sucesiones de las familias, la viuda no perdía siempre la esperanza de gozar los placeres del matrimonio, la amistad fraterna enjugaba las lágrimas del amor conyugal, y el infeliz esposo no se llevaba consigo al sepulcro el desconsuelo de que se enterraba con el su posteridad y su nombre", situación ésta, que no es aceptada de manera alguna por nuestras leyes positivas. Actualmente no tiene aceptación el uso de la leviración entre los judíos del occidente, sujetos a principios y leyes que prohíben semejantes uniones forzosas.

2.- ROMA.

En la antigua sociedad romana, el matrimonio tuvo -

(6) Levy. R. Le divorce juif. Pag. 35.

importancia política y religiosa, pues era necesario para la continuación de la familia o gens, por virtud del cual la mujer adquiere los derechos de sucesión a la vez que sus bienes pasan al patrimonio de su nueva familia, al igual que la contrayente.

Para poder entrar a la familia del marido era necesario hacerlo por medio de la manus.

En tratándose de mujer alieni juris, se necesitaba del consentimiento del jefe de la familia o de sus herederos. Para las sui juris, tal consentimiento no era necesario.

La manus se podía adquirir en tres formas: 1o. Por el usus; 2o. Por la confarreatio y 3o. Por la coemptio.

La manus adquirida por el uso consiste en la sola posesión de la mujer por el transcurso de un año, dando con esto al marido la manus; en caso contrario, la mujer debería permanecer fuera del hogar conyugal por tres noches cada año; según las leyes de las XII Tablas.

Respecto de la manus adquirida por la Confarreatio, se dice que tuvo lugar en las primeras etapas del derecho romano, era exclusiva de los patricios. Consistía en una ceremonia que acompañaba al matrimonio y que tenía un carácter religioso. Ante el gran pontífice, el flamen Dialis y diez testigos se pronunciaban solemnes palabras ofreciéndose un pastel de harina (farreum) a Júpiter Farreus.

En cuanto a la manus adquirida por el Coemptio, manera corriente en la época clásica, se cree su origen posterior a las leyes de las XII tablas. Estaba destinado a los plebeyos que no podían hacer uso de la confarreatio. Consistía esta manera de adquirir la manus, en una venta imaginaria de la mujer al marido, ceremonia a la que debía asistir el jefe de la familia -

en caso de alieni juris o la autoridad del tutor, en tratándose de sui juris.

El derecho romano consideraba indispensable para la validez del matrimonio, las siguientes condiciones: 1o. La pubertad de los esposos; 2o. Su consentimiento; 3o. El consentimiento del jefe de familia; 4o. El connubium.

Por pubertad debe considerarse la edad en que las facultades físicas, tanto en el hombre como en la mujer se encuentran desarrolladas, condición necesaria para la protección de la familia. La edad de la pubertad, respecto de la mujer a los catorce años, y en cambio para el varón se establece cuando el exámen que se le hacía de padre de familia, se le encontraba señales de pubertad y para tal fin, si resultaba púbero, se quitaba la ropa que se ponía exprofeso para el exámen, adornada de una banda de púrpura, para ponerse una toga viril, totalmente blanca, de donde proceden las palabras praetestatus para nombrar al impúbero y vesticeps al hombre púbero (7).

En tratándose de la segunda de las condiciones, o sea el consentimiento de los esposos, requería que los esposos manifestaran el mismo, sin tomarse en consideración lo que pudiera decir el padre de familia, que en un principio si tenía ingerencia al respecto. Era necesario el consentimiento del jefe de la familia, cuando se trata de una persona que estuviera bajo su autoridad. Para la mujer no era necesario tal consentimiento sino únicamente usaba el del abuelo, cuando el jefe de familia no quería dar su consentimiento o se encontraba loco o cautivo o simplemente rehusaba su consentimiento.

(7) Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano. 1959. -- Editora Nacional, S. de R.L. Pag. 104.

Finalmente el elemento *connubiu*, que era la facultad que se tiene para contraer las *justae nuptiae*. Lo primordial es el de ser ciudadano romano, encontrándose privados de esta situación los esclavos y los bárbaros. Bajo el régimen de Justiniano, los parientes consanguíneos no podían casarse entre sí. Esta prohibición era aplicable también para el caso de adopción, ya que era mal visto el matrimonio entre el adoptante y el adoptado. Respecto de la línea colateral, el matrimonio solamente estaba prohibido entre hermano y hermana, entre sobrino y sobrina, pudiendo casarse los primeros hermanos, matrimonios frecuentes en tiempos de Tácito; pero prohibidos posteriormente en época de Teodosio el Grande, y siendo vetada finalmente por Arcadio y Honorio.

Los parientes de la mujer y del hombre que forman casados, no podrían contraer matrimonio en línea directa y en línea colateral. El matrimonio entre cuñado y cuñada solo se prohibió desde el tiempo de Constantino.

Hasta aquí el matrimonio en el Pueblo Romano. En cuanto al divorcio Montesquieu refiere que existía una ley de Solón que otorgaba tanto a la mujer como al marido el derecho de repudiar a su cónyuge, situación ésta que fué tomada en consideración e incluida en las XII Tablas.

Se consideraba como causal de divorcio la esterilidad de la mujer. Herodoto refiere que existieron dos reyes que por tal virtud de la esterilidad de sus mujeres se vieron obligados a repudiar a sus esposas.

Mas bien, para hablar del divorcio en el derecho romano es necesario hacer referencia a dos épocas: la primera que va desde la fundación de la ciudad de Roma, misma que se promon-

gó hasta las XII Tablas y en laque encontramos que había dificultad para el divorcio, situación que era conocida como *diarreatio*, respecto del matrimonio que se había contraído bajo la *confarreatio* o sea la unión entre las personas que formaban parte del grupo denominado *patricios*, habiendo acontecido en el año 232 antes de Cristo.

Durante el gobierno de Rómulo sólo era permisible el divorcio por el adulterio comprobado, o por el abandono de la mujer, provocación o por aborto, situación referida en la Ley *Jus Divortendi ne esto*.

Podemos afirmar sin lugar a equivocarnos que el repudio fué la manera inicial del divorcio, y que fué concedida únicamente al marido en forma unilateral quien podía repudir a la mujer por tener a ésta in manu, sin tener que consultarle en lo absoluto.

Otras causas del divorcio eran las siguientes: 1o.- Por la muerte de uno de los cónyuges; 2o. Por la pérdida de la *connubium*.

En el derecho romano, el marido podía casarse inmediatamente de haber fallecido la mujer, aunque esto no sucedía en tratándose de la mujer, pues ésta no podía casarse antes del período de diez meses en que debería guardar luto y preservar el parto, pues de lo contrario originaría la confusión en cuanto a la paternidad.

La segunda forma de disolverse el matrimonio, era por la pérdida del *connubium* que consistía en que si alguno de los esposos había sido prisionero por el enemigo, de hecho se rompía el lazo matrimonial, no operando retroactivamente ni con el regreso del esposo prisionero.

En la segunda etapa de las XII Tablas, hasta el advenimiento del Imperio, viene una inmensa relajación de la moral en Roma y que tuvo repercusión en todos sus habitantes, pero en especial en el seno familiar; se declinó la severidad de las costumbres anteriores, al grado que degeneraron también -- las relaciones entre los sexos, originando terribles sociedades secretas como las llamadas bacanales.

Durante esta etapa se eludieron por medio de matrimonios ventajosos las tutelas que ejercían los parientes respecto de la mujer, situación que propició el lucro y el enriquecimiento ilegal de muchos tutores. La Lex Oppia trató de -- subsanar dicha anomalía pero no pudo realizarlo.

Por fin, la situación anterior se normalizó cuando el emperador Augusto promulgó en el año 17 de la era contemporánea, un edicto de represión del adulterio denominado Lex Julia de fundo-dotalis et adulteris. Este cuerpo de leyes contenía disposiciones sobre los bienes dotales, matrimonio y paternidad, sancionando el adulterio. Además contenía una prescripción de carácter general que refiere: nadie en lo sucesivo cometerá un adulterio o un estupro".

Se consideró el adulterio como un delito público, -- y se impuso diversas sanciones en caso de ser sorprendida una persona inflagrante delito. El pater familia podía matar no -- sóloamente al amante, sino a ambos culpables. También se estableció que para configurarse el adulterio, era necesario que -- tal acto tuviere lugar en el domicilio del pater familia o en el del marido de la adúltera.

Por lo que toca al divorcio, éste se podía llevar-

a cabo en dos formas: La primera, denominada BONA GRATIA, por consentimiento de ambos cónyuges y la segunda por el repudio, siendo necesario para la mujer o el marido que pretendieran repudiar a su cónyuge, fundándose en una de las causas -- que habían establecido por primera vez Teodosio y Valentiniano. Para el caso de que no se encontraran encuadrados dentro de los extremos fijados para el repudio, el que lo hubiere hecho sin tomar en consideración la reglamentación fijada, se -- penaba en ciertas cuestiones pecuniarias, teniéndose que hacerse el repudio con la presencia de siete testigos y median-- do previamente el aviso del cónyuge que hace el repudio a su consorte, y además levantándose el acta respectiva, misma que contenía las siguientes palabras: "tuas res tibo habeto, dan-- lo que te pertenede; tuas res tibi agito, (arregla tu mismo -- tus negocios); de esto refiere el tratadista Ortolán (9) "ba-- jo esta situación el marido podía contraer matrimonio de inme-- diato, no así la mujer que debía esperar un año, y en el caso de hacerlo, sería acusada de infamia, al igual que su nuevo -- marido como ya lo establecimos anteriormente.

3.- FRANCIA.

Diez años después de haberse dictado la ley que -- admitió el divorcio en Francia, se discutió el proyecto del -- Código Francés, con base en él, pues el tratadista Portalis, -- quien sostenía la asociación del hombre por virtud del matrimo-- nio, expresando que la doble finalidad de éste, es el de per-- petuar la especie y ser permanentes las nupcias (9), el Códig-- o de Napoleón, adoptando una postura transaccional, no niega

el divorcio, admitiéndolo solamente en casos excepcionales y -- posteriormente, a la caída de Napoleón en el año de 1816, se -- llegó a la total supresión del divorcio.

Cabe hacer notar que muchas de las legislaciones -- existentes en el mundo, tomaron como patrón al Código Napoleóni -- co, por lo que al igual que éste, secularizaron el matrimonio, -- reivindicando para el Estado tanto su competencia como su jurisdicción.

La ley de 1792, reconoce como causales del divor-- cio: I.- La mala conducta notoria; II.- El abandono del hogar -- conyugal durante dos años, sin causa justa; III.- Las sevicias; IV.- Las injurias graves.- V.- Las condenas criminales; VI.- La locura (esquizofrenia); VII.- El estado de ausencia durante cin -- co años y emigración; y VIII.- La incompatibilidad de carácter. (10).

En cambio el Código de Napoleón y la Ley de Divor-- cio de 1884, señalan como causales del divorcio, las siguientes: a).- El adulterio que se encuentra detallado en los Artículos - 229 y 230 del citado Cuerpo de Leyes; b).- El exceso y la sevi -- cia; Artículo 231; c).- Las injurias graves y d).- Las condenas criminales.

Finalmente el Código Neolandés que en su artículo = 264 establece como causales de divorcio: a).- El adulterio. --- b).- El abandono malicioso; c).- Las lesiones graves; y d).- -- Ciertas condenas penales.

Para evitar el encadenamiento indefinido entre los -- esposos la ley francesa autoriza el divorcio a petición de algu -- na de las partes por causas diversas que la misma ley reconoce-

y así tenemos que los tratadistas Colin y Capitant opinan lo siguiente: "... El matrimonio como todo contrato debe poder deshacerse por la voluntad concorde, por el mutuo disenso de los contrayentes, por consiguiente la ley autoriza el divorcio por mutuo consentimiento y permite a los esposos romper su unión -- por un simple acto administrativo". (10).

Las causas que motivan el divorcio en el derecho -- francés, son, el adulterio referido por el artículo 229 que dice: "El marido puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer. El artículo 230 por su parte señala que la mujer puede pedir el divorcio por causa de adulterio del marido, siempre que éste haya tenido concubina en su propia casa. El Código Napoleón en el año de 1884, puso en igualdad de circunstancias a ambos cónyuges en tratándose de adulterio como causal de divorcio.

Respecto de la injuria, como causal de divorcio, en el derecho francés, se estudió como toda violación a los deberes nacidos del matrimonio y un atentado a la dignidad del cónyuge, que bien puede ser de palabra o por actos contrarios a las obligaciones legales recíprocas de los esposos.

Así tenemos que hay injuria, cuando una palabra o una carta se dirige a un cónyuge según las circunstancias y el medio social en que se desenvuelve. A veces las solas imputaciones injuriosas de un cónyuge al otro podrán ser consideradas como injurias.

La injuria grave como causal de divorcio, se encuentra reglamentada en el artículo 231 de la Ley Francesa.

Por virtud de la Ley de 18 de abril de 1886, no se admitió que el cónyuge acusado de adulterio al venir el divorcio se pudiera casar con su cómplice. La ley del 15 de diciem--

bre de 1904, cambió dicho caso potestativo para los cónyuges. Pero una ley de 1908, hace obligatorio decidirlo, y así encontramos que el que se había divorciado y volvía a contraer nuevo matrimonio no podía divorciarse nuevamente sino por condena o pena aflictiva. La Ley de 5 de abril de 1919 por su parte, - ya elimina la última posibilidad del carácter indisoluble del matrimonio, y finalmente en la Ley de 26 de marzo de 1924 desaparecen las restricciones impuestas a los esposos que se habían divorciado con antelación para poder casarse con posterioridad al divorcio sentenciado.

Finalmente la ley de 12 de abril de 1945, limita en forma considerable las causales de divorcio en Francia.

4.- ESPAÑA.

El Código Civil Español de 1889, dice que la ley reconoce como forma de matrimonio: el canónico y el civil.

En España, al igual que la gran mayoría de países -- del Mundo, el matrimonio es: a).- Monogámico; unión de un solo hombre con una sola mujer; b).- Es permanente, mientras no surja causa alguna de desunión; c).- Es excepcionalmente disoluble, esto es solo en virtud de alguna causal que destruya la unión de ambos cónyuges; y d) Es civil, siendo el estado el competente en la materia y quien ejercer jurisdicción en tal materia y ---- quien estimula las medidas tutelares como la libertad de trabajo para los casados.

El Derecho español, a partir de Alfonso el Sabio, - apoya sus raíces primordiales tanto en el derecho romano, como

en el canónico, teniendo asimismo aportaciones en menos cuantía de algunas legislaciones, como la germánica. Su regulación sigue muy de cerca las reglas establecidas por la iglesia católica en forma especial desde 1564, en que Felipe II dictó una Real Cédula introduciendo el matrimonio canónico, mediante lo establecido por el Concilio de Trento. (11).

Por su parte el Derecho Indiano admitió gran libertad para la celebración de los matrimonios, mismo que influye notablemente en el derecho argentino al igual que el derecho español. El derecho indiano es el aplicable en las provincias de España, donde el matrimonio responde a las características del derecho canónico por el gran arraigo que tiene en el pueblo español la religión eclesiástica.

Después de la Revolución de 1810, dictó un Decreto (de 1817) el Director Supremo Juan Martín de Pueyrredón, en que se ordenaba que no se debía permitir el matrimonio entre jóvenes americanos con españoles que no obtuvieran carta de ciudadanía. Esta disposición fué derogada más tarde en el año de 1821, por Martín Rodríguez.

Con fecha 25 de septiembre de 1867, entregó en vigor el Código Civil Español, siendo sancionada dicha época por la Cámara de representantes, una ley en que se le dió al matrimonio civil el carácter de obligatorio, y estableciéndose además, que quien no se haya casado civilmente, sus nupcias religiosas serían nulas.

El Código Civil de 1871 establece en sus artículos 167 y 168 que el matrimonio entre personas católicas debía celebrarse según los cánones y solemnidades prescritos por la iglesia, reconociéndose como impedimentos los establecidos por

(11) Prayones Eduardo. Derecho de Familia. 1a. Ed. Bs. Aires. 1924. No. 10. Pag. 24.

las leyes canónicas y correspondiendo a la autoridad eclesiástica decidir sobre los mismos y otorgar dispensas.

El artículo 180 por su parte señala... "que el matrimonio entre católicos y cristianos no católicos, debía ser celebrado como fuese la práctica en la iglesia de la comunión a la que profesaba el esposo no católico.

Continuando con el tema, el artículo 183 establece: que el matrimonio celebrado sin autorización de la iglesia católica es el que se contrae entre cristianos no católicos y entre personas que no profesan el cristianismo, produciendo en la República todos los efectos civiles del matrimonio válido como si fuese celebrado con ritos de la iglesia a que los contrayentes pertenecieron".

El Fuero Juzgo, en el cual tuvo predominio el elemento eclesiástico, se admitió el divorcio y fijó como causas del mismo, el ingresar en orden, que allí persiste hasta nuestros días, y sólomente fué admitido el divorcio por adulterio, otorgando los efectos de disolución del vínculo matrimonial en favor del cónyuge ofendido.

En la Ley I, Título VI, Libro III, dicho documento dice: "la mujer que fuere dexada del marido, ninguno non se case com ella, si non supiere que la lexo certamientre por escripto, o por testimonio". La Ley V Título V, Libro III, dispone: "Todavía si el marido es tal que yaze con los varones, o si quisier que faga su mujer adulterio con otro, non querendo ella, o si le permitió... mandamos que la mujer pueda casar con otro si se quisiere".

Por su parte Las leyes de la Partida, establece: "Ligamento e fortaleza muy grandé ha el casamiento en sí, de ma-

nera que pues que es fecho entre algunos como debe, non se puede desatar que matrimonio non sea, mageier que algunos delles -- se faga herege, o judio, o moro, o ficiere adulterio. E como -- Quier que esta fortaleza haya el casamiento, departirse puede -- por juicio de santa iglesia por cualquiera destas quatro cosas-- sobredichas, para non venir en uno.... Más si alguno de los que fuesen casados cegase, o se ficiese sordo o contrahecho, o perdiere sus miembros por dolores, o por enfermedad, o por otra -- manera cualquiera, por ninguna destas cosas, ni aunque se ficie se gafo, non debe uno desamparar al otro, et proveerle de las -- cosas que menester le fueren según su poder".

Hata el separarse marido y mujer debe de hacerse sin lugar a dudas por sentencia judicial y no por mutuo propio, por que si el marido así como la mujer tratan la separación o la -- proponen, dicha petición debe de ser substanciada la causa con el defensor de matrimonios, personaje éste creado por Constitución de Benedicto XIV, de 5 de noviembre de 1941; asimismo se -- decretó la situación del depósito de la mujer en lugar diverso-- del del marido, si así lo solicita la mujer y cuando ésta no -- puede vivir al lado del marido durante el juicio de separación, situación que debe de promoverse en vía sumaria. Igual sucede -- en nuestro derecho Adje-tivo, cuando el artículo 192 establece la prohibición de inquietar a la mujer, y la obligación de darle alimentos en forma provisional; párrafo II del numeral 430 -- del Código de Procedimientos Civiles.

En conclusión, podemos decir que las leyes españo-- las regulan las instituciones del matrimonio y el divorcio. En primer lugar, el Fuero Juzgo admitió el divorcio absoluto por -- adulterio de la mujer siempre y cuando el marido quería obtener lo y en segundo las Partidas suprimieron el divorcio absoluto y

optaren por la disolución del matrimonio conforme a las leyes -- canónicas.

5.- MEXICO.

a).- Antecedentes.- Durante la vigencia del Código -- Civil de 1870, se concedió plena libertad a los presuntos cónyuges de casarse bajo el régimen de separación de bienes o de sociedad conyugal. En cuanto a las capitulaciones matrimoniales había ciertas reglas a que debían sujetarse los pretendidos como --- aquella de que debía constar en escritura pública.

Ahora vamos a estudiar lo que establece el Código de 1870 respecto del matrimonio y tenemos la no existencia de noticias suficientes para llegar a un estudio pormenorizado del divorcio, pues nuestros ancestros por regla general tenían por costumbre la monogamia, basada en las propias costumbres, en los ritos semejantes, mucho se habla del matrimonio, sin embargo, del divorcio son pocas las noticias que existen al respecto, tan escasas que en el Sur de nuestra República Mexicana, la única manera de disolver el matrimonio era por el repudio de los cónyuges, -- teniéndose como causal para tal fin, la infidelidad de la mujer, en la inteligencia de que los hijos habidos en el matrimonio, -- una vez que aconteció el repudio, si eran menores de edad los -- hijos, se quedaban al lado de la madre y los hijos no siendo menores se quedaban al lado del padre.

Durante el tiempo del repudio la mujer repudiada, -- podía unirse con otro hombre o simplemente vivir con el varón -- con quien se encontraba casa, puesto que existía una gran facili

dad para tal fin.

Según varios tratadistas, los mayas en sus diversas legislaciones ya hablaban del estado civil de las personas, de las herencias y los contratos y del matrimonio. Las disposiciones legales de dichos antepasados, solamente podía aceptarse como la unión de una sola mujer con un sólo hombre.

Los Aztecas por una parte, no admitían el divorcio, o mejor dicho hay *excepticum*. Así lo afirma el tratadista Madero en el prólogo del libro de Kholer, denominado "El Derecho de los Aztecas", donde dice que, siendo tan impreciso el derecho en la época que nos ocupa, no ha dejado huella en el derecho nacional mexicano.

Otra versión tomada de la obra denominada "México a través de los siglos", de Alfredo Chavero (12), nos dice: "El divorcio era consentido pero no autorizado. Zurita dice que — eran raros y que los jueces procuraban conformar a los esposos y reprendían ásperamente al culpado; de donde deducimos que tanto el marido como la mujer podían pedir el divorcio, lo cual se autorizaba por sentencia judicial. No sabemos si era absoluto — ni qué pasaba con los hijos; pero por lo que hemos visto al respecto, lo que en otros pueblos sucedía, podemos suponer que los divorciados quedaban libres para casarse otra vez, que los hijos varones vivían con el padre y las hembras con la madre".

En el pueblo maya no se admitía el divorcio, sino únicamente se practicaba el repudio. En el azteca si se admitió el divorcio aún cuando no se encontraba autorizado, según la obra México a través de los siglos, que acabamos de citar.

(12) México a través de los siglos.— Tomo I. Capítulo IV.

b).- Código Civil de 1870.

El Código Civil de 1870 considera legal al matrimonio como la sociedad de un hombre con una sola mujer y cuya vínculo es indisoluble ante los funcionarios que la misma ley determina y con las formalidades que la propia ley refiere, no siendo necesario para tal fin los esponsales del futuro.

Como impedimentos para contraer matrimonio enuncia:

I.- La falta de edad requerida por la Ley; II.- La ausencia del consentimiento de la persona que deba de otorgarlo cuando se ejerza la patria potestad sobre la o el cónyuge presunto menor de edad y en caso de que no pueda obtenerse dicho consentimiento lo otorgará el Juez en los casos que sea necesaria dicha situación; III.- El error, en tratándose de las personas o de la persona que pretendan contraer el matrimonio; IV.- Parentesco - por consanguinidad legítima e natural sin límite de grado en la línea recta ya sea ascendente o descendente. En línea colateral dicho impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos; también se encuentran impedidos para casarse los tíos y sobrinos, o al contrario, tía y sobrinos, siempre que estén dentro del tercer grado y para el caso de no haberse obtenido la dispensa respectiva. V.- El parentesco de afinidad en línea recta sin limitación alguna.- VI.- El atentado contra de la vida de uno de los cónyuges para casarse con el que quede libre; VII.- La fuerza o miedos graves. Para el caso de que haya rapto. VIII. La locura constante e incurable y finalmente, IX.- El matrimonio celebrado con persona distinta de aquella con quien se pretendía casarse.

Señala dicho documento que, por virtud del matrimonio, el marido se encuentra obligado a trabajar para sostener a la mujer y darle los alimentos correspondientes e igual obliga-

ción tiene la mujer casada rica que tenga bienes, para el caso de que el marido se encuentre impedido para trabajar. No obstante que la mujer tenga bienes, si el hombre no se halla impedido para trabajar persiste su obligación mencionado. Cuando la mujer tiene bienes le corresponde al marido su administración, por lo que ella no puede vender dichos bienes o comprometerlos sin autorización de aquél.

El Código de 1870 no acepta el divorcio en forma completa y total, sino únicamente permite la separación temporal e indefinida de los cónyuges. Por tanto permanecen vigentes algunas de las obligaciones emanadas del matrimonio.

El tratadista Manuel Mateos Alarcón (13) en su obra denominada "Derecho Civil Mexicano", conceptúa al vínculo matrimonial como "uno de los principales fundamentos de la sociedad", por lo que estima que en caso del divorcio deben permitir con toda razón las obligaciones civiles demandadas dentro del vínculo matrimonial, pues la única diferencia en este caso es el de no llevar los cónyuges vida marital común.

En su artículo 227 el Código de 1870 considera como causal del divorcio la separación o abandono sin causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años.

El mutuo consentimiento en dicho cuerpo legal no constituía una causal de divorcio.

c).- Código Civil de 1884.

Muy pocas aportaciones hizo este Código Civil al de 1870, que le precedió, y al cual viene a derogar lo relativo a la unión matrimonial. La única referencia y crítica que -

(13) Manuel Mateos Alarcón. Derecho Civil Mexicano. "Estudio de los códigos de 1870 y 1884. Tomo 1, Pag. 118 a 135.

se hace al mismo es respecto a que en forma infamante hizo alusión a los hijos nacidos fuera del matrimonio, a quienes llama hijos espúrios. El artículo 100 dice: La designación de hijos espúrios se hará en el acta de nacimiento, y se tendrán por designados para los efectos legales aquellos cuyo padre o cuya madre hayan hecho constar su nombre en forma debida.

Consideramos injusto el calificativo, ya que no tiene culpa dar al hijo o fruto de la unión extramarital alguna de su triste condición, en estos casos creo que se debería tratar con mayor dureza a las personas que hicieran vida extramatrimonial y darse un nombre infamante a los mismos y no a los hijos, que resultan a todas luces criaturas inocentes de las culpas de los padres.

Se repite en este Código la disposición establecida en el Código del 70, respecto de que el marido es el administrador de los bienes de la mujer, con la que haya contraído matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal, pudiendo la mujer realizar dicha actividad conforme al consentimiento del marido o en ausencia o por impedimento de este, haciendo referencia a dos formas de sociedad conyugal, la voluntaria y la legal: La primera que se rige en forma necesaria por las capitulaciones que son convenidas y celebradas por los contrayentes, en tratándose de la administración de sus bienes que pueden llevarse a cabo antes o durante la constitución de la sociedad y la legal, en la cual las partes se someten de acuerdo con lo dispuesto por las referidas Leyes.

Respecto de la separación temporal o indefinida de los cónyuges, el artículo 227 dice: "Ninguno de los cónyuges que se encuentren dentro de dicha separación pueden encontrarse

en aptitud para unirse a otra persona, o tengan posibilidad de hacerlo, ya que el matrimonio sólo es disoluble con la muerte.

Podemos ver aquí la gran influencia que tuvo el derecho español en nuestro régimen jurídico. Según el Código Civil de 1884, son causales de divorcio las siguientes: 1o.- La negativa de uno de los cónyuges a ministrar al otro alimentos conforme a la ley; 2o.- El hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; 3o.- Los vicios incorregibles de juego o embriaguez. 4o.- La enfermedad crónica o incurable; 5o.- La infracción a las capitulaciones matrimoniales y 6o.- El mutuo consentimiento.

Lo establecido nos lleva a afirmar que tanto la legislación civil como la de 1884, no admiten en forma absoluta y definitiva el divorcio como sucede en nuestros días y cuyo uso, se ha llevado al exceso.

Y la diferencia fundamental entre los Códigos de 1870 y el de 1884, es que en el segundo se reglamenta ya el divorcio por mutuo consentimiento tomando de las disposiciones legales chilenas las que lo reglamentaron por primera vez en el mundo.

d).- Código Civil de 1932.-

Este Código se promulgó en el año de 1928, pero su vigencia empezó a partir del día 1o. de enero de 1932, por lo que lleva su nombre. En el artículo 9o. transitorio, se define al matrimonio como un contrato celebrado ante los funcionarios xprofeso designados para tal fin y con las solemnidades esta--

blecidas por la Ley, respecto de un hombre y de una mujer que hallan cumplido catorce y dieciseis años, siendo necesario que en este caso, sea otorgado el consentimiento de las personas o persona que ejerciten la patria potestad, entendiéndose como fines del matrimonio el de perpetuar la especie y ayudarse mutuamente según lo expresan los artículos 146 y 147.

El artículo 146, dice: El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley y con las formalidades que ella exige.

El artículo 147 por su parte señala: Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta.

El hijo o hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos, o del que sobreviva, derecho éste, que corre a cargo de la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella. Faltando los padres o encontrándose estos imposibilitados, se requiere el consentimiento de los abuelos paternos, si vivieren ambos, o en su caso, del que sobreviva, y a falta de éstos o encontrándose imposibilitados, el consentimiento de los abuelos maternos.- La falta de padres y abuelos se suple con el consentimiento de los tutores, y a falta de éstos, el Juez de Primera Instancia de la residencia del menor suplirá el consentimiento, en el Distrito Federal y dadas las reformas de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Distrito y Territorios Federales, Fuero Común, le corresponde dar el consentimiento al Juez de lo Familiar, cuya competencia se encuentra determinada en el artículo 58 del citado Código.

Se borra el calificativo de espurio para los hijos-

nacidos fuera de matrimonio, y se le da derecho de investigar a quien es su madre, prohibiendo dicho Cuerpo de Leyes la investigación de la paternidad, para cuidar que mujeres sin pudor pudieran explotar a personas inocentes con el pretexto de conseguir paternidad a su hijo. Considerándose a los hijos nacidos del concubinato presuntivamente hijos del concubinario y de la concubina, borrándose la odiosa diferenciación entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio.

El artículo 266 define el divorcio en los siguientes términos: El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Existen tres categorías de divorcio que son: El divorcio necesario; el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio administrativo.

Respecto de las causas de divorcio, el artículo 267 dice:

Son causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; situación que debe hacerse valer por el cónyuge que pretenda el divorcio, durante los seis meses, desde que tuvo conocimiento del adulterio.

II.- El hecho de que la mujer de a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; puesto que en caso contrario, por el sólo matrimonio de los cónyuges se legitimará el hijo mencionado.

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga re

laciones carnales con su mujer; como comentario a esta causal - diremos, que ella se encamina a la protección de la mujer, pues se daría el caso de muchos cinturitas por el sólo hecho de vivir a expensas de la mujer contraerían matrimonio con ésta, que dando desvirtuados los fines del matrimonio, que son la procreación de la especie y la ayuda mutua.

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. Esta causal podría considerarse al igual que - la anterior.

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la - tolerancia en su corrupción. Al respecto el artículo 270 en su parte final establece, que la causal debe de consistir en actos positivos y no en simples omisiones.

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera --- otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio. Aquí podemos ver que se trata de dos situaciones, el padecimiento de las enfermedades que se determinan a alguna crónica o incurable, ya que de persistir la vida marital entre los cónyuges, daría motivación al contagio del cónyuge sano y en tratándose de la impotencia; por dicha - situación no se podría de manera alguna cumplir con la finalidad o una de las finalidades del matrimonio, como es la perpetuación de la especie.

VII.- Padecer enajenación mental incurable; pero la causal que nos ocupa, para hacerse valer, resulta necesario el transcurso de dos años desde que se inició a padecerse la enfer

medad, pues podría darse el caso de una enajenación transitoria.

VIII.- La separación de la casa cónyugal por más de seis meses sin causa justificada. En el mundillo de los Tribunales, es la causal o una de las causales más socorridas que se invocan para el logro del divorcio, pero en algunos casos muy frecuentes por no demostrarse los extremos de la misma se dictan sentencias absolutorias.

IX.- La separación del hogar cónyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable demanda de divorcio. Consideramos que esta causal tiene la finalidad o se constituyó por ser contraria a los fines del matrimonio.

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia; consideramos que esta causal está considerada desde el punto de vista que desapareciendo uno de los cónyuges y teniéndose al matrimonio como un contrato, deja de existir el mismo al desaparecer uno de los sujetos de la relación jurídica mencionada.

XI.- La sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro. Como comentario diremos que desgraciadamente en el medio de la judicatura nacional, es la causal mas invocada para la disolución del vínculo matrimonial, siendo dicha situación en detrimento de la familia, es decir, de la descendencia de los cónyuges en la que repercuten las injurias y las consecuencias de las mismas.

XII.- La negativa de los cónyuges de darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 164, siempre que puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166.

Como comentario a dicha causal, mencionamos que es necesaria para la procedencia de la misma, tener un fallo definitivo a favor de la persona que pretende demandar el divorcio y en contra de la persona que va a ser demandada y siempre y cuando si la obligación corre a cargo del marido que va a ser demandado, que la mujer no tenga bienes propios y que no desempeñe algún trabajo, o ejercere alguna profesión, oficio o comercio, puesto que en este caso tiene la obligación asimismo de contribuir a los gastos de la familia, en una proporción que no exceda de la mitad de los gastos aludidos, con excepción en los casos en que el marido estuviera imposibilitado para trabajar y careciera de bienes propios, pues en este caso los gastos totales para el fin ya determinado correrían a cargo de la mujer.

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Quizá esta causal se encuentre apoyada en el hecho de que existiendo divergencia en las voluntades de los cónyuges, éstos no podrían perpetuar la especie ni ayudarse mutuamente, por el odio engendrado entre ellos, puesto que de ninguna manera podrían satisfacer por más que quisieran la obligación de ayuda mutua.

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años. Esta causal trata del caso de que si uno de los cónyuges se ve afectado --

moralmente por la situación difamante, dicha situación no debe proyectarse al cónyuge inocente, pues esto vendría en detrimento de la familia y de la sociedad, y quizás la situación llegaría a proyectarse en dimensiones insospechadas hasta lesionar a los descendientes de todo un grado.-

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal; muy loable resulta la tarea del legislador al determinar esta causal como motivación para el divorcio, puesto que hemos visto que generalmente las personas jugadoras o briagas, así como las drogadictas, son del todo personas carentes de moral, de principios y en ocasiones de una cimentación pecuniaria que haría dar al traste con cualquier familia, puesto que los pleitos y discusiones que se derivaran de dicha situación y encontrándose presentes los hijos, lo cual resulta la mayor de las veces, esto tendría una repercusión en la formación de los descendientes de los matrimonios desavenidos y quizás fuera el origen de traumas psicológicos, que más tarde repercutirían en su formación, dando por motivo que el hijo que fuera alegre, se volviera hosco y retraído.

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.- Situación esta que deja completamente indefensa a la familia, si se tratara del marido, puesto que este es el pilar del matrimonio en nuestro medio y al desvirtuarse dicha situación, se dejaría a la familia al garete, además, la situación infamante tendría aplicación no solamente -

moralmente por la situación difamante, dicha situación no debe proyectarse al cónyugue inocente, pues esto vendría en detrimento de la familia y de la sociedad, y quizás la situación llegaría a proyectarse en dimensiones insospechadas hasta lesionar a los descendientes de todo un grado.-

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal; muy loable resulta la tarea del legislador al determinar esta causal como motivación para el divorcio, puesto que hemos visto que generalmente las personas jugadoras o briagas, así como las drogadictas, son del todo personas carentes de moral, de principios y en ocasiones de una cimentación pecuniaria que haría dar al traste con cualquier familia, puesto que los pleitos y discusiones que se derivaran de dicha situación y encontrándose presentes los hijos, lo cual resulta la mayor de las veces, esto tendría una repercusión en la formación de los descendientes de los matrimonios desavenidos y quizás fuera el origen de traumas psicológicos, que más tarde repercutirían en su formación, dando por motivo que el hijo que fuera alegre, se volviera hosco y retraído.

XVI.- Cometer un cónyugue contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.- Situación esta que deja completamente indefensa a la familia, si se tratara del marido, puesto que este es el pilar del matrimonio en nuestro medio y al desvirtuarse dicha situación, se dejaría a la familia al garete, además, la situación infamante tendría aplicación no sólomente -

en el cónyugue actor del delito, sino que también desvirtuaría la buena fama del cónyugue inocente.

XVII.- El mutuo consentimiento. Consideramos que esta causal sería el punto de desfogue, en situación difícil de los matrimonios, puesto que haciendo uso del divorcio por la causal aludida, no se enlodaría como en muchos casos sucede, el buen nombre de los hijos y además, que caso tendría, que los esposos que se divorcian por una causal infamante, posteriormente se reconcilien y vuelvan a casarse aportando el índice de fugo con que son señalados y derivado de la causal mencionada. El mejor consejo que podría dar un abogado cuando llegara el cliente tratando de demandar a su cónyugue el divorcio, por causales como la de amenazas e injurias, sería el convencerlo para llegar a un avenimiento y poder divorciarse por mutuo consentimiento.

Además hicimos referencia con antelación al divorcio administrativo: que es aquél que se dá cuando ambos consortes, hayan llegado a la idea de divorciarse, siendo mayores de edad, no tengan hijos, no tengan bienes o de común acuerdo hubieren disuelto la sociedad conyugal bajo la cual se encuentren unidos, pues en este caso, la petición del divorcio no se entabla ante un Juez de lo Familiar, de la Ciudad de México, sino que en forma excepcional la petición se dirige al Oficial del Registro Civil, del lugar de su domicilio, comprobándose ante dicho funcionario que los cónyugues son casados, mayores de edad y la voluntad de divorciarse de una manera terminante y explícita.

CAPITULO III

LA VIOLACION EN MATERIA PENAL.

1.- DEFINICION DE LA VIOLACION.

2.- ANTECEDENTES.

A).- ROMA.

B).- DERECHO CANONICO.

C).- ESPAÑA.

D).- ARGENTINA.

E).- MEXICO.

LA VIOLACION EN MATERIA PENAL.

1.- Definición.

Con el objeto de abordar debidamente el estudio de la -- violación, como tema del presente trabajo, es necesario hacer un análisis histórico de nuestra legislación.

a) Código Penal de 1872.

El Código Penal de 1871 en el Título Sexto del Libro Ter cero, nos habla de "delitos contra el orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres", quedando encuadrado dentro de dicho capítulo el ilícito penal de violación, del cual pa ra mayor amplitud y conocimiento en la exposición transcribimos el articulado referente y así tenemos:

Art. 795.- Comete el delito de violación: el que por medio de la violencia física o moral, tiene cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexto.

Art. 796.- Se equipara a la violación y se castigará como ésta: la cópula con una persona que se halle sin sentido, o que no tenga expedito el uso de su razón, aunque sea mayor de -- edad.

Art. 797.- La pena de la violación será de seis años de prisión y multa de segunda clase, si la persona ofendida pasare de catorce años. Si fuere menor de esa edad, el término medio de la pena será de diez años.

Art. 798.- Si la violación fuere precedida o acompañada de golpes o lesiones, se observarán las reglas de acumulación.

Art. 799.- A las penas señaladas en los artículos 794, - 796, 797 y 798 se aumentarán: Dos años cuando el reo sea ascen-- diente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido, o la cópula sea contra el orden natural.- Un año cuando el reo sea -- hermano del ofendido, seis meses si el reo ejerciere autoridad -

sobre el ofendido, o fuere su tutor, su maestro, criado, asalariado de alguno de estos o del ofendido, o cometiere la violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón, o ministro de algún culto.

Art. 800.- Los reos de que se habla en la fracción tercera del artículo anterior, quedarán inhabilitados para ser tutores; y además podrá el juez suspender desde uno hasta cuatro años en el ejercicio de su profesión, al funcionario público, médico, cirujano, comadrón, dentista o maestro que hayan cometido el delito, abusando de sus funciones.

Art. 801.- Cuando los delitos de que se habla en los artículos 795, 796 y 797, se cometan por un ascendiente o descendiente; quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido, y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes. Si el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no se podrá heredar a este-

Art. 802.- Siempre que del estupro o de la violación resulte alguna enfermedad a la persona ofendida; se impondrá al estuprador la pena que sea mayor entre las que correspondan por el estupro o violación y por la lesión, considerando el delito como ejecutado con una circunstancia agravante de cuarta clase.- Si resultare la muerte de la persona ofendida, se impondrá la pena que señala el artículo 557.

Art. 557.- Cuando alguno cause involuntariamente la muerte de una persona a quien solamente se proponga inferir una lesión que no sea mortal; se le impondrá la pena que corresponda al homicidio simple con arreglo a los seis artículos que preceden; pero disminuída por la falta de intención, que se tendrá como circunstancia atenuante de cuarta clase, menos en los casos que exceptúa la fracción 10a. del Artículo 42.

De lo anterior llegamos a la conclusión que el legislador en el Código ya referido lo que trató como se establece en el propio título, fue el de proteger el orden de las familias, la moral pública y las buenas costumbres, estableciendo penas mayores para el caso de violación de menores de catorce años, cuando la misma va precedida de golpes o lesiones, cuando se trate de ascendiente, descendiente, padrastro o madrastra del ofendido y cuando se tratase de algún hermano de la víctima, si el reo ejerciere autoridad sobre el ofendido o fuere su tutor, maestro o criado asalariado de alguno de éstos o fuere sustutor del ofendido, o cuando se cometiere la violación abusando de sus funciones como funcionario público, médico, cirujano, dentista, comadrón, o ministro de algún culto; hablándose asimismo de la inhabilitación de los reos, para ser tutor y suspensión de uno a cuatro años en el ejercicio de su profesión, de las personas descritas con antelación y para el caso de que el delito lo cometiere por un ascendiente o descendiente quedará el culpable privado de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad respecto de todos sus descendientes y para cuando el reo fuere hermano, tío o sobrino del ofendido, no se podrá heredar a éste; igualmente se impondrá al violador o estuprador la pena mayor entre las que correspondan a la violación o estupro para el caso de que la víctima resulte con alguna enfermedad o lesión y en caso de devenir el deceso de la persona violada se le aplicará al violador las penas del homicidio simple.

b) Legislación actual.

Habiendo hecho un análisis minucioso de la legislación transcrita con antelación y revisando nuestra legislación actual, encontramos que ésta lo que trata de proteger en el deli-

to de violación no son ni las buenas costumbres, ni la situación moral pública, ni la honestidad, en forma primordial, como lo refiere el mencionado Código Penal de 1872, sino que tiende a una-protección más importante, la libertad sexual, situación que con antelación no se tomaba en consideración, por la persistente imposición de los padres de casar a los hijos con la persona que ellos estimaban, bien sea el mejor partido, la mejor familia del núcleo humano, del que formaban parte los desposados, sin tomar en cuenta el acercamiento que debe de haber entre los mismos, -- la afinidad de caracteres, sin proteger de manera alguna lo que constituye en la violación el bien jurídico tutelado, que no es más que la facultad del individuo para que pueda disponer sexualmente de su cuerpo.

Habiendo realizado una breve referencia del bien jurídico tutelado, por medio del delito de la violación, resulta necesario llegar a la definición del ilícito mencionado.

Nuestro Código Penal vigente, al regular la violación, - dispone:

Artículo 265.... "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos" Sigue diciendo la disposición legal anterior: Si la persona ofendida fuere impúber la pena de -- prisión será de cuatro a diez años y la multa será de cuatro mil a ocho mil pesos".

Deesta definición encontramos que los elementos constitutivos del delito son: a) La cópula; b) La violencia física o moral; c) Una relación entre medio y fin; y d) Ausencia de voluntad por parte del sujeto pasivo.

La cópula de acuerdo con la Real Academia Española signifi

fica: Unirse o juntarse carnalmente. Cópula es, mas bien, todo - genero de unión o ayuntamiento carnal que pudiera considerarse - lascivo o lujurioso para determinada persona.

El tratadista mexicano don Francisco González de la Vega(1) entiende por cópula cualquier forma de ayuntamiento o conjunta-- ción sexual, con eyaculación o sin ella, normal o anormal; la -- introducción del pene en el vaso idóneo para el coito, la vagi-- na, o en vasos no apropiados para él, como la boca o el ano".

Entre los tratadistas que se han destacado por los estu-- dios hechos en relación a los elementos constitutivos del delito de violación, tenemos al paraguayo Teodosio González (2) que al-- respecto dice: "la cópula tiene lugar cuando se realiza un verda-- dero ayuntamiento, que haga posible la SEMINATIO IN VAS".

Lo anterior lo podemos resumir en los siguientes térmi-- nos: En la cópula se efectúa el fenómeno de penetración, de in-- troducción del miembro viril en un vaso corporal del sujeto pasi-- vo de la copulación, que puede ser el vaso natural o idóneo para el coito, que un vaso no idóneo o antinatural.

No debe confundirse los términos cópula y coito. Una vez definida la primera veremos que es el coito.

La Real Academia Española, nos dice que por coito se de-- be entender el ayuntamiento carnal del hombre con la mujer, en -- tal virtud, podremos decir que el coito constituye una especie - que se encuentra encerrada dentro del género cópula, así tendre-- mos que todo coito es una cópula carnal, sin embargo no podría-- mos decir que toda cópula sea un coito, por la sencilla razón de que la cópula entendida como la hemos esbozado anteriormente pue

(1) F. González de la Vega. "El Código Penal Comentado", Pág. 242

(2) Teodosio González, "Derecho Penal", Tomo III, Asunción Para-- guay, 1928, Pág. 29.

de darse entre dos personas del mismo sexo.

El tratadista S. Freud, en su obra denominada Introducción a la Psicoanálisis, nos dice: "la función propia de la sexualidad es diertamente la procreación, pero la libido frecuentemente se desvía hacia otras zonas del cuerpo, inhábiles para la procreación que reciben el nombre de zonas erógenas" (3).

Y continuamos "Cuando se renuncia a la procreación y sólo se busca el placer como fin, se origina la perversión sexual en el individuo". (4)

La Legislación Mexicana de 1871, consideraba que no solamente la mujer podía ser víctima de violación. También nuestro Código Civil actual, tomando el ejemplo del Código Napolitano, refiere que la violación bien puede cometerse en persona de uno u otro sexo.

Ahora veamos lo que debe entenderse por violencia. Según la doctrina es aplicabilidad de fuerza física sobre el cuerpo de la víctima capaz de vencer la resistencia de esta; o también la amenaza de un daño, material o moral, inminente y grave, que pueda intimidarla en forma tal, que su resistencia psíquica quede dominada.

Nuestra Ley Penal hace referencia tanto a la violencia física como a la violencia moral y al respecto dice: que la violencia física se entiende como la presión material, bien sea sujetando a la víctima o derribándola. Se discute cuando una persona del sexo masculino de una fuerza moral, logre por la violencia de una persona del sexo femenino el ayuntamiento carnal-constituya violencia.

Al respecto Francisco González de la Vega (6) dice: "no-

(3) Freud. Introducción a la Psicoanálisis II. Teoría general de las Neurosis, Madrid 1929, pág. 96.

(4) S. Freud. Obra citada. Pág. 101.

se trata de un problema de mecánica, en que sólo hayan de medir se dos fuerzas que se oponen, para deducir una resultante. El empleo de la violencia física tiene una repercusión psíquica -- que se traduce en un estado de intimidación, que relaja o anula la voluntad y la resistencia". De lo anterior se deduce que tanto la energía muscular como la energía nerviosa y psíquica, --- obran en forma conjunta por tratarse de movimientos reflejos o de voluntad.

Debe de tomarse en consideración en relación al estudio de la violencia, lo referido por el tratadista Joaquín Francisco Pacheco (7) quien sostiene: "no debe olvidarse que la fuerza no es el principio común de los actos entre el hombre y la mujer, -- sino el consentimiento, por lo que sólo pruebas terminantes, -- indicios de un valor robusto, pueden persuadir de la falta de consentimiento".

Hasta aquí los apuntamientos respecto de lo que se puede entender por violencia física. Veamos ahora lo que es violencia moral.- Se dice que es el acto o manifestación tendiente a producir miedo en la situación anímica de la víctima, o puede también consistir en el hecho de amenazar al sujeto pasivo con algún arma o causarle alguna herida, o inclusive la muerte en caso de no acceder a las pretensiones carnales.

En relación al miedo podemos adoptar la definición que al respecto hace el tratadista Joaquín Escriche en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia: "es la perturbación del ánimo, originada de la aprehensión de algún peligro o riesgo que nos amenaza o que recelamos: Metus est instantis vel

(7) Joaquín Francisco Pacheco. "El Código Penal Concordado y Comentado". Cuarta Edición, Madrid 1870. Tomo III. Pág. 126.

futuri periculi causa mentis trepidatio. Hay miedo leve y miedo grave: leve es el que se halla en el ánimo de un hombre tímido, como sería el de desagradar a alguno e incurrir en su desgracia; grave es el que puede espantar a un hombre intrépido, como el que se tiene a la muerte, al tormento del cuerpo, al perdimento de un miembro, de la libertad, de la honra o de los bienes etc."

Consideramos violencia moral capaz de provocar la existencia de un ilícito de violación, aquella que infundiera en la víctima un miedo grave, como aquella que se intentara algún daño a una tercera persona para que presionara a la víctima, a fin de que ésta accediera al acto carnal.

El tercer elemento constitutivo de la violación: La relación de medio a fin o sea entre la violencia y el logro de la cópula. Es necesario que la violencia sea el medio eficaz para vencer la resistencia física de la víctima o para doblegar su voluntad, para lograr el ayuntamiento carnal.

Este elemento es de mucha importancia para la configuración del delito de violación, pues suponiendo que después de realizado el acto carnal, el sujeto activo golpee por algún motivo a la víctima y le infringiera algunas lesiones como es el caso del sadismo de algún degenerado, que siente placer por golpear a la mujer que ha alquilado para que tolere en su cuerpo la tortura. En ambos casos no estaríamos de manera alguna ante el delito de violación, ya que este solo tiene lugar cuando por medio de la violencia física o moral se logra la copulación.

Finalmente otro de los elementos constitutivos de la violación, es la ausencia de voluntad por parte del sujeto pasivo. Tendríamos el delito de violación para el caso de tratarse-

del ayuntamiento carnal realizado en una persona privada de razón o que el sujeto pasivofuera una criatura de corta edad, -- pues en ambos casos los sujetos pasivos carecen de voluntad, -- pues se tratará en primer caso de personas carentes de razón y y en el segundo de libre albedrío.

2.- ANTECEDENTES.

A) ROMA.

En Roma la violación era considerada en algunos casos - como la causa generadora de una pena que bien pudiera ser la de la muerte, así se consideraba en las Leyes de las XII Tablas, - en las Leyes Republicanas de Roma y en la Constitución Imperial llamada Lex Julia de Ví Pública.

En tales disposiciones legales la pena variaba para los violadores, más tarde una reacción jacobina trató de estabilizar la aplicación de las penas en los casos de violación por -- los juzgadores.

La pena señalada por la Ley es el máximum, sin embargo debía haber parte acusadora, pues de lo contrario aunque existiera el delito de violación, si nadie se querellaba no se sancionaba al delincuente.

Sin duda que en Roma el castigo a la violación era muy irregular. La sanción no era la misma en tratándose de patri--- cios romanos como esclavos o siervos. A estos últimos se les -- aplicaban las penas mas crueles que se tenga memoria.

Roma atribuye los orígenes del delito de violación, el atropello de que fueron víctimas las Sabinas. En Homero y Vir--- gilio se encuentran múltiples narraciones de violación, perpe--- tradas en mujeres de aquellas épocas, por esclavos o siervos a los que se les aplicaban como ya se dijo, las penas mas duras.

La audiencia de Madrid en el año de 1949 por ejemplo, - al condenar por haberse cometido la violación en grado de tenta--- tiva de un cochero contra una señora, se sentenció al cochero -- a cuatro penas de muerte; una que era apoyada en el dicho de -- Ulpiano, la otra de Ley Julio de Vi, otra más por adulterio se-

gún las Leyes de Partida y, finalmente, una fundada en Cánones - Antiguos. Se tomó en consideración en los puntos resolutivos que si se hacía efectiva la primera pena de muerte, quedaría burlada la justicia, pues se encontraba imposibilidad física de aplicarlas otras penas de muerte, por tanto se substituyeron las tres - penas de muerte restantes por las de cien azotes y galeras (1)

Aquí no se consideraba en forma alguna como objeto jurídico tutelado el de la libertad sexual, pues esto no existía en aquellos tiempos, sino más bien el predominio del derecho del -- hombre sobre las mujeres de sus Gens o de su familia o feudo.

B) DERECHO CANONICO.

En el Derecho Canónico se hace referencia respecto del delito de violación, mencionando asimismo violación de cementerios, de la iglesia, del secreto confesional y del secreto sacramental, según lo expresa el tratadista Fernando Della Rocca (8); existiendo algunas alusiones a la violación, equiparándola con el estupro. Según el Derecho Canónico la violación de una mujer será castigada con la pena de cadena temporal. La violación, di ce se comete yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos -- siguientes:

- 1.- Cuando se usa de la fuerza o intimidación.
- 2.- Cuando se haya privado de razón o de sentido por -- cualquier causa.
- 3.- Cuando sea menor de 12 años cumplidos, aunque no -- concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos --- numerales anteriores. (9)

(8) Fernando Della Rocca.- Manual de Derecho Canónico. Ed. Guadarrama S.C. Madrid 1962. Pág. 325.

(9) Diccionario de Derecho Canónico arreglado a la Jurisprudencia Eclesiástica española Antigua y Moderna. Casso y Romero Ignacio.

C) ESPAÑA.

Al hablar de España encontramos que el bien jurídico tutelado era sin lugar a dudas la honestidad, pues la violación se encuentra incluida dentro del título IX del Libro Segundo que se denomina "DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD".

Viada y Villaseca (2) formulando un comentario al Artículo 453 del Código Español, respecto del delito de violación, establecen que éste es un verdadero acto de barbarie, a la vez un atentado feroz contra la honra y la libertad de la mujer. El bien jurídico tutelado era pues la honra de la mujer, así como su libertad sexual.

Joaquín Francisco Pacheco (3) por su parte sostiene que el bien jurídicamente tutelado en la violación lo era algo más que la honestidad. Comentando el artículo 363 del Código Penal Español de 1848, opina: "La violación es algo más que un atentado contra la honestidad, es un atentado contra las personas". El adulterio es un delito de refinamiento; la violación lo es de barbarie. La grosería y la brutalidad son sus características.

Vemos que tampoco la legislación española trata de proteger la libertad sexual, sino mas bien el derecho del hombre sobre las mujeres de su familia, por lo que este mismo hombre fué el guardián celoso de la honra femenina dentro de la antigua legislación ibérica.

La violación fué considerada como un delito infamante, dentro del reinado de los Reyes Católicos, no se conformaban con la pena de muerte al violador, sino que ordenaban la hoguera pa-

- (2) Salvador Viada y Villaseca. "Código Penal Reformado de 1870. Concordado y Comentado". Cuarta Edición Madrid 1870. Tomo III. Pág. 118.
- (3) Joaquín Fernando Pacheco. "El Código Penal Concordado y Comentado". Cuarta Edición. Madrid 1870. Tomo III. Pág. 121.

ra el mismo, pues se consideraba que la violación era infamante delito, un ultraje a la dignidad humana hecha a figura de Dios.

D) ARGENTINA.

Al ocuparnos del derecho argentino, vemos que dentro -- del inciso denominado delitos contra la honestidad, en el Libro II, Título III, Capítulo II, se encuentran regulados los delitos de violación, estupro y abuso deshonesto. El artículo 119 -- ordena: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1o. Cuando la víctima fuere menor de 12 años; 2o.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra cause no pudiera resistir; 3o.- Cuando se usare de fuerza o intimidación.

Por lo que toca al Código Penal, el artículo 78 equipara la violación, con el empleo de medios hipnóticos o narcóticos directamente utilizados para posibilitar la cópula.

El artículo 122 del Código Penal Argentino ordena: "La reclusión o prisión será de 8 a 20 años, cuando en los casos -- del Artículo 119 (violación), resultare un grave daño en la salud de la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, -- descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquella o con el concurso de dos o más personas".

Sin dudas, el caso de mayor penalidad respecto a la violación se encuentra estipulado en el Artículo 124 que dice: "Se impondrá reclusión o prisión de 15 a 25 años, cuando en los casos de los artículos 119 (violación) y 120 (estupro) resultare-

la muerte de la persona ofendida.

La penalidad por virtud de la violación en el Derecho Penal Argentino son: a) El resultado; b) El parentesco; c) La calidad del autor unida a su vinculación con la víctima; d) El número de los autores.

En cuanto a la calidad del autor y su vinculación con la víctima, el Código Penal Argentino establece en el precitado artículo 122 una sanción mayor o más rigorista para la persona que además de violador, trasgrede los particulares deberes que a su cargo corresponden o en su caso obligaciones que llegare a contraer. El sacerdote, el encargado de la guarda de la víctima, el profesor, la institutriz, el curador o cualquier persona que hubiera recibido al sujeto pasivo para su custodia, se hallan en otra cita.

Finalmente encontramos en la legislación argentina la agravación de la penalidad por virtud del número de los autores. Consideran algunos que para que quede encuadrada la situación anterior resulta necesaria la existencia de dos personas - sujetos activos,¹ y otras manifiestan que deben ser los sujetos activos para su encuadramiento.

Entre los que otorgan su voto porque sean dos las personas que intervengan en la violación están los tratadistas M. Núñez (4) y Moreno (5) y de los tratadistas que refieren que deben participar tres, el autor y otras dos personas más, se encuentra Ricardo C. Núñez (6).

(4) "El concurso de dos o más personas en la violación". I.L.T. 34. Pág. 1073.

(5) Obra citada. Pág. 258.

(6) Obra citada Pág. 278.

E) MEXICO.

Nuestro Código Penal en el Título Décimo Quinto Capítulo Primero regula lo relativo a Derechos Sexuales.

El artículo 265 dice: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión o multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida -- fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa de cuatro mil a ocho mil pesos.

Analizando la definición anterior, encontramos que los elementos constitutivos del delito son: a) La cópula; b) La violencia física o moral; c) Una relación entre medio y fin, y finalmente un elemento más que considero sería la ausencia de voluntad del sujeto pasivo.

Nuestra ley dice que la violación puede darse en persona de cualquier sexo, bien sea masculino o femenino.

Ahora vamos a ver lo que se entiende por sujeto activo de la violación. Se discute si la mujer puede ser sujeto activo de la violación o nó. Entre los que se niegan a ello se encuentra en el derecho italiano, el tratadista Manfredini (7), y sostiene que la mujer no puede ser sujeto activo del delito de violación; García Zavallía (8) apegado a la idea asegura que es un delito que única y en forma exclusiva se encuentra reservado para el hombre. Sin embargo hay quienes afirman que la mujer puede ser sujeto activo de la violación por el solo hecho de que para hacerlo puede valerse de amenazas u otros subterfugios para buscarse y obtener la excitación del hombre (9); entre los

(7) Manfredini, Delitti contra la moralità pubblica e il buon costumbre, 1934, Pág. 128.

(8) García Zavallía "La violación inversa". Anales de la Sociedad Argentina de Criminología. T. XI. Pág. 123.

(9) Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de Editores, - Buenos Aires, 1940, Tomo III, Pág. 119.

que tal cosa opinan está Carrara; para quien la mujer podría -- violar a una persona como en el caso de aquellos que se aprovechan de un menor de edad o una persona falto de razón.

Nuestro derecho, dice que la violación pueden darse las siguientes situaciones: 1o.- Que el delito se lleve a cabo porque el sujeto activo venciendo la resistencia que puede oponer el sujeto pasivo para llevar a cabo el acto carnal; 2o. Que el sujeto activo aprovecha la imposibilidad de la víctima para defenderse del acto carnal o bien; 3o. Que se lleve a cabo la --- continencia carnal sin la voluntad de la víctima, por faltarle a ésta capacidad legal para manifestar su excitación para la -- fornicación.

La primera situación la contempla nuestro Código Penal en su artículo 265, que a la letra dice: "Al que por medio de -- la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sea -- cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho --- años de prisión y multa de mil a cinco mil pesos.

La segunda situación se haya contenida en el Artículo -- que dice: "Se equipará a la violación y se sancionará con las -- mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que -- por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".

En caso de pluralidad de sujetos activos, el artículo -- 266 ordena: "Cuando la violación fuere cometida con interven--- ción directa o inmediata de dos o más personas, la prisión será de ocho a veinte años y la multa de cinco mil a doce mil pesos; y más adelante continúa: "A los demás partícipes se les aplicarán las reglas contenidas en el artículo 13 de este Código, que

a la letra dice: "Son responsables de los delitos... Los que - intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos- II.- Los que inducen o compelen a otro a cometerlos; III.- Los que prestan auxilio o cooperación de cualquiera especie para su ejecución; y IV.- Los que, en casos previstos por la Ley auxili- lien a los delincuentes una vez que estos efectuaron su acción- delictiva.

En tratándose de la violación realizada por una persona en contra de sus familiares nuestra ley impone sanciones aumen- tando la penalidad, pues las sanciones de referencia son de las que van de los seis meses a los dos años de prisión cuando fue- re cometido por un ascendiente en contra de su descendiente, -- por éste en contra de aquél, por el tutor en contra de su pupi- lo, o por el padrastro o amasío de la madre de la ofendida en -- contra de la hijastra. Además de la penalidad anterior, se im-- pone una pena civil que es el caso de la pérdida de la patria -- potestad del sujeto activo o la tutela que el mismo ejerciera -- sobre la víctima. Además el derecho de heredar para el caso que el ofendido tenga bienes.

Finalmente el mismo artículo 266 bis, en su parte final expresa:.."Cuando el delito de violación sea cometido por quien desempeña un cargo o un empleo público o ejerce una profesión -- utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporci-- nan, será destituido definitivamente del cargo, empleo o suspen- dido por un término de cinco años en el ejercicio de dicha pro- fesión.

Nuestra Ley Penal preveé también violación imprudencial que tiene lugar cuando la víctima se halle incapacitada para -- oponer resistencia al acto carnal. En el artículo 266 dice: "Se

equipará a la violación y se sancionará con las mismas penas, - la cópula con una persona menor de doce años o que por cual----- quier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa".- De lo anterior pueden deducirse dos situaciones: primero, que el sujeto pasivo no pueda producirse violentamente en sus relaciones sexuales, como es el caso del loco, el idiota, - el demente o de una persona que no pudiere resistir la conducta delictuosa por ser una persona enferma y por tanto imposibilitada físicamente para resistir la imposición sexual.

CAPITULO IV.

LA VIOLACION DENTRO DEL MATRIMONIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

A).- PROBLEMA LEGAL.

B).- PROBLEMA MORAL.

C).- LA VIOLACION COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

LA VIOLACION DENTRO DEL MATRIMONIO COMO
CAUSAL DE DIVORCIO.

A).- Problema Legal.

Iniciaremos el presente capítulo, con unos apuntes acerca de lo que entendemos por violación, la situación jurídica de la misma, su objetivo y el bien tutelado y así vemos que el Maestro Celestino Porte Petit en su Ensayo Cognático, nos da un concepto de la violación expresando "La violación consiste en el ayuntamiento, cópula o acceso carnal logrado mediante la violencia física o moral y sin la voluntad de la víctima o agente pasivo del delito, cuando el acto principia".

En consecuencia, el ayuntamiento, cópula o acceso carnal violento, es el elemento objetivo en el delito de violación, entendiéndose por violación, la fuerza o ímpetu con que una persona se le obliga a hacer lo que no quiere, ya sea físicamente o mediante la coacción moral que se produce con amenaza de un mal grave presente o inmediato, capaz de intimidable.

De los elementos referidos, encontramos que por medio del delito de violación o en la violación no se trata de proteger tanto la virginidad ni la honestidad del sujeto pasivo, sino la libertad y la seguridad sexual, como lo hacemos afirmando anteriormente y de allí que consideramos que el delito de violación debiera quedar clasificado entre los que atentan contra la dignidad de la persona humana, ésta, sin lugar a dudas, única quien puede disponer de su propia persona.

Tenemos asimismo que por medio de la violación se tiende a proteger el derecho a la libertad sexual y que no se ofende a la honestidad, como sentido del pudor que repudia las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad, así co -

mo la dignidad de la persona humana.

Encontramos que en el Semanario Judicial de la Federación se hace mención al elemento objetivo del ilícito penal - del que nos venimos ocupando y al respecto dice: "El acceso carnal violento es el elemento objetivo del delito de violación, - ya sea mediante cópula normal o anormal, o de relaciones homo-- sexuales o heterosexuales". (1)

El tratadista mexicano Celestino Porte Petit, apoyándose en Ramón Valdés, nos da un concepto de fuerza diciendo: "fuerza es la violencia que se hace a otro, con intención de -- causarle daño en su persona o en sus cosas, no pudiendo defen-- derse de ella". (2) Afirmando el maestro Porte Petit, que: "la- via absoluta es la fuerza de naturaleza material y bastante o - suficientemente desplegada en el sujeto pasivo, para la obten-- ción de la cópula; es decir, para vencer la resistencia en el - sujeto pasivo, debe ser seria no rebuscada para simular hones-- tidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente con-- trario" y "mantenida hasta el último momento, sin que exista el comienzo y luego se abandone para dar lugar a un doncurso en el mutuo goce"; "pues si el agente pasivo cede al que violentamen-- te intenta poseerle, no puede considerarse víctima de viola---- ción".

El propio autor, hace consistir la "vis compulsiva" o violencia moral en la "exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la - cópula".

La Suprema Corte de Justicia en ejecutorias emiti--

(1).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo CIV. página 479. 5a. época.

(2).- Ramón Valdés. Diccionario de Jurisprudencia Criminal Me-- xicana, Páginas 167-168. México, 1850.

tidas con antelación, ha decretado que los elementos constitutivos del delito de violación consisten en la cópula, entendiéndose ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con ayaculación o sin ella, con persona de cualquier sexo, en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción y con la concurrencia de la violencia física o moral, es decir, ya sea que el sujeto activo recurra a la fuerza material para anular la resistencia de la parte ofendida, vi absoluta, o que la amenace de males graves que la intimiden, vis compulsiva, logrando así realizar el ultraje" y que " para la integración del delito de violación, no es necesario probar la castidad y honestidad de la ofendida, elemento que corresponde al delito de estupro, sino, por el contrario, acreditar violencia física o moral del sujeto activo para tener cópula con una persona y que sea sin la voluntad de ésta, cualquiera que sea su sexo", (3) pues el empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza de un peligro grave e inminente en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, o bien contra un tercero, cuando con ello cauce una fuerte coacción sobre el ánimo de aquélla, como la amenaza de matar a un ser querido" (4); y por lo tanto, "el bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje" (5).

(3).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXV, págs. — 1132-1134, 5a. época y Tomo XLIII, pág. 95, 6a. época.

(4).- Semanario Judicial de la Federación, Tomo LX págs. 768-769, 5a. época.

(5).- Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXV, págs. — 117 2a. parte, 6a. época.

Habiéndose determinado los elementos constitutivos del delito de violación, los bienes jurídicos tutelados, los sujetos que intervienen en su integración y las diversas formas en que puede cometerse entramos al estudio de si es jurídicamente posible o no, que el delito de violación pueda configurarse, al exigirse el débito sexual entre cónyuges y entre concubinos, por la fuerza o por medio de amenazas o lesiones y -- así encontramos varias corrientes.

La primera corriente es la que acepta la posibilidad de que pudiera existir el delito de la violación entre consortes y uno de los tratadistas que cultiva dicha corriente es Eusebio Gómez, que refiere: "El argumento de la licitud de la cópula, emanada del derecho a la misma, que al marido pertenece, y es innegable tal derecho que tiene su fundamento en la institución del matrimonio y a sus finalidades; pero agrega: -- "la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar que... contra todos los principios, el marido tenga facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer y esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza, finalizando que por respeto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido -- que por medio de la violencia física o moral, tiene acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación" (6).

El tratadista Carrancá y Trujillo, es la persona o de las personas que sostienen la segunda corriente y que niega que entre las relaciones sexuales entre marido y mujer pueda darse el delito de violación expresando: "no es constitutivo --

(6) Eusebio Gómez. Tratado de Derecho Penal. III. Págs. 1, 122, y 23. Buenos Aires. 1940.

del delito, el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta, y aún empleando la violencia, pues ello es en ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión -- ilegítima". (7)

Otra de las personas que apoyan esta corriente, lo constituye el tratadista Cuello Calón, quien al respecto aduce: "el ejecutado por el marido con violencia o sin el consentimiento de la mujer no constituye violación pues aquél, al -- disponer sexualmente de ésta, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, pero además la mujer no puede invocar en el caso -- de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos -- casos, ser responsable en vías de hecho de lesiones causadas -- a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación", (8) ; y Garraud que afirma: "un marido que toma a su mujer por la fuerza, no cometería ciertamente el delito de violación... salvo la sanción por lesiones que podía haber cometido". (9) Finalmente Porte Petit menciona que "El cónyuge -- tiene de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, al realizarla, ejercita un derecho y al efectuar dicha cópula por mediación de la violencia física o moral está ejercitando ilegalmente su derecho. Además no obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el delito de violación, ya que el su-

(7) Cuello Calón. Código Penal anotado, Pág. 616. nota 870 México 1972.

(8) Cuello Colón, Derecho Penal, II, p. 551, 9a. ed. Barcelona 1955.

(9) Garraud. Traité Theorique et pratique Du Droit Penal --- francais, J. p. 473, 3a. ed. París, 1924.

jeto tiene derecho a la cópula aún cuando haya abuso de ese -- derecho, originándose, en todo caso, un diverso ilícito penal; sigue diciendo, "a virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquéllos y, consiguientemente, cuando realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o la vis compulsiva, no ataca la libertad sexual porque ésta no existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación". (10)

En la obra que se alude, Porte Petit menciona al -- inicio del presente capítulo, muy someramente, la violación -- entre concubinos, y al efecto existen dos posiciones, la primera sostenida por Manfredini, que considera que no existe el -- delito de violación entre concubinos, "tampoco es antisocial -- y por ende, no es antijurídicamente la violación sobre la concubina de un hombre que viva en concubinato, siendo obvio que las relaciones sexuales en estas hipótesis deben tener en el -- hecho aquella demostración de constancia, de unión sexual consentida que ésta incita en el matrimonio", (11) Vainini sostiene la posición contraria a la anterior diciendo que "la concubina no puede ser equiparada a la esposa y por tanto es posible la violación carnal del hombre sobre la concubina, porque la concubina no tiene ninguna obligación jurídica de prestaciones carnales frente al amante" y "no por el hecho de que la ley no prohíba convivencia more uxorio no confiere al hombre ningún derecho a prestaciones sexuales por parte de la mujer con quien

(10) Celestino Porte Petit, Ensayo Dogmático, Ob. cit. páginas 52 y 53.

(11) Manfredini, Delitti contra la moralidad pública e il buon costurne p. 132. Milano, 1934.

convive, incluso porque sería extraño no admitir el delito de violación carnal del soltero sobre la concubina y en cambio, admitirlo en la violación carnal del casado sobre la concubina". (12)

De la anterior afirmación en la tesis expuesta -- por Vannini, encontramos la necesidad de establecer con precisión los elementos que constituyen el delito de violación en México y de acuerdo con nuestras tradiciones, costumbres y legislaciones, el estado jurídico del concubinato, creado mediante la constante reiteración de los actos de voluntad que lo constituyen, aunque no tengan el propósito y las formalidades que se necesitan para producir efectos jurídicos, pero -- que por su frecuente realización en los medios sociales más -- populosos, por un elemental sentido de justicia social y por el interés que reviste para la prole, adquiere como estado -- jurídico continuado muy importantes consecuencias.

Con relación al débito conyugal, por virtud del -- matrimonio, uno de los fines de éste, (13) nos enseña que -- son múltiples los fines que los autores señalan al matrimonio; satisfacción del instinto genésico, moralización del -- amor, procreación, educación de la prole, auxilio recíproco -- de los cónyuges, felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento y complemento sexual; situación ésta con la que Kant -- no estaba acorde, pues para él, el fin del matrimonio era únicamente el goce mutuo de las facultades genitales; para Letou rneau, el reglamentar las uniones sexuales para dar satisfac-

(12) Vannini. Il delitto di violenza carnale, III, Milano, -- 1949, pág. 6.

(13) Enciclopedia Universal Ilustrada de Espasa Calpe S.A. To mo 33, pág. 1015 y sigts.

ción al apetito amoroso, olvidando uno y otro que la necesidad genésica es la simple mediación de fines más elevados; al grado que Aristóteles señaló que el fin del matrimonio es el de la procreación de los hijos y el de complemento mutuo de los esposos; Santo Tomás de Aquino detalló diciendo que los fines del matrimonio son la procreación o perpetuación de la especie; la educación de la prole o de los hijos y el mutuo auxilio; que entre los efectos del matrimonio comunes a ambos cónyuges, tiene mayor importancia y más grande aspecto moral la obligación de la cópula, viviendo cada cónyuge obligado a prestar el débito al otro; que esta obligación es fundamental para cumplir el fin de la procreación y de aquí se desprende que contrarían a la naturaleza del matrimonio los que no observan o apegan su conducta a tal fin, viviendo obligados ambos cónyuges a oponerse a todo lo que pueda dificultarlo; que para Dalmacio Iglesias, hay una fusión material y espiritual de dos cuerpos y dos almas, perfecta traslación de dominio, sobre lo que no puede ser objeto de él, comunicación de dos vidas para formar una tercera a impulsos del amor, que cada una de las esferas se encuentre limitada por la otra, debiendo la mujer respetar las iniciativas del marido. Con relación al débito conyugal sigue refiriendo, que es la obligación que en el matrimonio tiene cada uno de los cónyuges de realizar la cópula con el otro cuando éste lo exija o pida; que es obligación jurídica; pero las leyes civiles positivas no la sancionan, atendido a que no puede penetrarse en el sagrado de la familia y a que del empleo de la coacción pudieran derivarse mayores males; que la obligación de prestar el débito es consecuencia de los fines del matrimonio y aparece terminantemente mandada por San Pablo; que su negativa sin motivo grave produce peca-

do mortal; que son causas graves para negar el débito, el grave daño prole, el escándalo público, el pedirse un lugar sagrado y otros y que en todos los casos, el privado de pedir el débito puede y debe prestarlo si el otro cónyuge lo exige con justicia. (15)

Autores españoles como Sánchez Román se refieren en general a la vida en común, afirmando "que ésta es la obligación legal que pesa sobre ambos cónyuges no puede ofrecer duda, además de que por las razones que la hacen necesaria, porque así lo declara terminantemente el artículo 56 del Código.. si se atiende a que la obligación de vivir juntos es de carácter legal, igual que el derecho que ambos tienen de reclamar la unidad de domicilio, parece necesario que aquella obligación y este derecho tengan en la ley la garantía de una sanción, o sea la manera de asegurar su cumplimiento; pero es lo cierto que ni el dejar al arbitrio de los Tribunales la determinación de los medios de cumplir esta obligación legal, ni el hacer su incumplimiento materia de ciertas consecuencias, como la pérdida de los alimentos por parte de la mujer, ni el violento recurso del empleo de la fuerza pública para restituir a la mujer al domicilio del marido o para obligar al marido a tener en su compañía a la mujer, son criterios que satisfagan plenamente para la resolución de este problema... El mismo recurso de impenetrar la fuerza de la autoridad para que se haga eficaz esta obligación y derecho respectivos que a la vida común tienen ambos cónyuges, es en la realidad punto menos que ilusorio, y puede dar lugar a penosas violencias, estériles, además para el cumplimiento esencial de esta obligación de vi-

(15) Enciclopedia Universal Ilustrada de Espasa Calpe, S.A. tomo 17, p. 1171.

da común que no puede imponerse cuando es resistida por uno de los cónyuges, aunque sin llegar a formalizar por esto reclamación de divorcio, ya que tampoco es esa causa bastante para -- provocarlo según la ley, ni nada se conseguiría con llegar a -- una mera convivencia, física impuesta por la fuerza y contra-- ría a toda normalidad de la vida conyugal. Es éste uno de tantos aspectos de los que se sustraen en la sociedad conyugal a la coacción eficaz de la Ley social y cuya garantía, es, más -- bien que legal, de un orden moral, afectivo y de personal dis-- creción en los cónyuges. (16)

Para poder ubicarnos y estar en posibilidad de --- emitir nuestro personal punto de vista, debemos partir de lo -- que entendemos por matrimonio, y así tenemos que: El artículo- 13 de la Ley Sobre Relaciones Familiares decía: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, -- que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y -- ayudarse a llevar el peso de la vida". En el Código vigente ya no se contiene una definición del matrimonio, pero se estatuye en el artículo 147 que cualquiera condición contraria a la per-- petuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los -- cónyuges, se tendrá por no puesta. En el derecho canónico se -- considera como un elemento en la definición del matrimonio el -- relativo a la perpetuación de la especie. En el mismo sentido- Planiol hace notar que pueden considerarse como excepcionales-- aquellos matrimonios que se autorizan en artículo de muerte, -- pues no cumplen las finalidades de la institución. Desde el -- punto de vista jurídico, dice el tratadista mexicano Porte Pe-- tit "El deber de relación sexual se encuentra sancionado jurí-

16) Sánchez Román. Derecho Civil Español. Tomo V. Vol. I. --- págs. 590 y 591.

dicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio"; (16) sigue observando el mismo autor y dice: "bajo los sistemas en los que se establece la potestad marital, el marido si ejerce un derecho subjetivo -- sobre la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica -- de su mujer. En el Código Civil vigente en el Distrito Federal, Territorios Federales y algunos Estados de la República, ha desaparecido la potestad marital, de tal suerte que ambos cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones tanto en sus relaciones recíprocas, como respecto a los hijos y a la administración del hogar"; de acuerdo con lo establecido por el Artículo 162 del Código Civil que a la letra dice: "El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de bienes que a estos pertenezcan. En caso de controversia sigue diciendo el numeral aludido: "En caso de que el marido y mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de lo Civil (lo actualmente --- Juez de lo Familiar) correspondiente procurará avenirlos, y si no lo logra, resolverá, sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos"; mismos dere--- chos "se ejercen de manera continua durante todo el tiempo -- que permanezca vigente el vínculo conyugal", bien entendido -- que "los deberes de vida en común, mutuo auxilio, asistencia y socorro en casos de enfermedad, fidelidad y débito carnal, -- varían en intensidad, supuesto que dependen de circunstancias -- especiales"; sin olvidar que "solo en el matrimonio tenemos --

(16) Celestino Porte Petit, Ensayo Dogmático, Pags. 437 y 438
Volúmen I, Tomo II.

el derecho subjetivo de poder interferir en la persona misma - del sujeto pasivo para exigir la prestación más íntima y personalísima que reconoce el derecho; el débito carnal".

De lo anterior podemos dar como punto de vista --- nuestro, apoyando la segunda de las corrientes, que la violación no es posible darse en el matrimonio, puesto que en caso de violencia del marido con la mujer para obtener la apetencia sexual, pudiera ocasionar el caso de injuria y por tal motivo darse como causal para el divorcio, establecida por el Artículo 267 del Código Civil, que a la letra dice:

Art. 267.- Son causas de divorcio:

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

Ahora bien, consideramos que si puede concebirse - la violación como causal de divorcio, respecto del matrimonio, para el caso de que uno de los cónyuges sea sujeto activo del delito y exista sentencia ejecutoriada emitida por el Juez Penal respectivo, y esta situación la encuadraríamos en la fracción catorce del artículo 267 que a la letra dice:

Art. 267.- Son causas de divorcio:

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

Ahora bien, tomando en consideración que el Código Penal vigente establece una penalidad mayor de dos años como - es de verse del artículo 265 que dice: Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos.

De lo anterior vemos que sin lugar a dudas el delito de violación no es un delito político, pero sí infamante, -- pues el mismo es de los ilícitos que proporciona inestabilidad moral y afectiva tanto entre los miembros del matrimonio, como sociales que repercuten en perjuicio tanto del sujeto activo -- del mismo como en sus familiares, en el seno de la comunidad -- donde se desenvuelven dichas personas, por una parte, y por la otra, la penalidad a cargo del violador es mayor de dos años -- que refiere el Código Civil como causal para el divorcio, misma que ha quedado transcrita con antelación.

B).- Problema moral.

Resulta necesario combatir el delito de violación, -- ya que el mismo trae como resultado problemas tales como la demoralización del amor, la inestabilidad de la familia, desvinculación de los miembros del matrimonio, ocasionado por el mal ejemplo dado al núcleo familiar y social por el violador, y la falta de identificación y acercamiento de los seres humanos, necesarios éstos para la ayuda mutua que debe obtenerse en núcleos humanos a efecto de hacer posible soportar las contrariedades -- cotidianas, el peso de la adversidad y las molestias y sinsabores que nos proporcionan las enfermedades.

Precisamente y por ello, ya actualmente nadie discute situaciones contrarias a combatir el delito de violación, pues se ha llegado a concluir que defendiendo, con la imposición de penas severas por virtud de la violación, se preserva el derecho que cada quien tiene que resolver, en tratándose de

la libertad sexual, pues ello da motivación a obtener la satisfacción que da el placer sexual, del cual cada quien debe de disfrutar en relación directa el derecho de disposición que socialmente se nos reconoce y que nosotros reconocemos de los demás, pues de lo contrario se desvirtuarían y desmoronarían instituciones tales como el matrimonio, dando margen a las discusiones maritales y en muchos casos al divorcio.

LA VIOLACION COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Según el Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación escrito por Celestino Porte Petit, ese delito consiste en el --- ayuntamiento, cópula o acceso carnal logrado mediante la violencia física o moral y sin la voluntad de la víctima o agente pasivo del delito, cuando el acto principia. Por tanto, el ayunta--- miento, cópula o acceso carnal violento es el elemento objetivo en el delito de violación, entendiendo por violencia la fuerza - o ímpetu con que a uno se le obliga a hacer lo que no quiere, ya sea físicamente o mediante la coacción moral que se produce con la amenaza de un mal grave presente o inmediato, capaz de intimi--- darlo. De tales elementos se desprende que el delito de viola--- ción no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad y la seguridad sexual de quien por cualquier causa no pueda re--- sistir la violencia, recibiendo así el máximo ultraje contra su dignidad sexual, por lo que tal vez este delito debiera quedar - clasificado entre los que atentan contra la dignidad de la perso--- na humana.

En otras palabras, el bien jurídico tutelado es la seguridad en la libertad sexual, o sea el derecho a la libertad de disposición carnal de sí mismo. Además de la libertad sexual, la violación ofende la honestidad, como sentido del pudor que re--- siste a las relaciones sexuales fuera de la normalidad y moralidad, así como la dignidad de la persona humana.

Por tanto, "El acceso carnal violento es el elemento - objetivo del delito de violación, ya sea mediante cópula normal o anormal, o de relaciones homosexuales o heterosexuales" (S. J. F.- Tomo CIV p. 479, 5a. época)

Ramón Valdés, citado por Porte Petit, expresa que "la fuerza es la violencia que se hace a otro, con intención de causarle daño en su persona o en sus cosas, no pudiendo defenderse de ella". (Diccionario de Jurisprudencia Criminal Mexicana, pp. 167-168, México, 1850.)

Según Porte Petit, "la vis absoluta es la fuerza de naturaleza material y bastante o suficientemente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula; es decir, para --- vencer la resistencia que en el sujeto pasivo debe ser seria no rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de -

un querer decididamente contrario" y "mantenida hasta el último momento, sin que exista al comienzo y luego se abandone para dar lugar a un concurso en el mutuo goce"; "pues si el agente pasivo cede al que violentamente intenta poseerle, no puede considerarse víctima de violación".

Para el mismo autor, la "vis compulsiva" o violencia moral consiste en la "exteriorización al sujeto pasivo de un mal inminente o futuro capaz de constreñirlo para realizar la cópula".

En ejecutorias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia se ha resuelto que "los elementos constitutivos del delito de violación consisten en la cópula, entendiendo ésta como cualquier forma de ayuntamiento o conjunción sexual, con eyaculación o sin ella, con persona de cualquier sexo, en ausencia del consentimiento del sujeto pasivo de la infracción y con la concurrencia de la violencia física o moral, es decir, ya sea que el sujeto activo recurra a la fuerza material para anular la resistencia de la parte ofendida, vis absoluta, o que la amenace de males graves que la intimiden, vis compulsiva, logrando así realizar el ultraje" y que "para la integración del delito de violación, no es necesario probar la castidad y honestidad de la ofendida, elemento que corresponde al delito de estupro, sino, por el contrario, acreditar violencia física o moral del sujeto activo para tener cópula con una persona y que sea sin la voluntad de ésta, cualquiera que sea su sexo". (S. J. F., Tomo XXV, pp. 1132-1134, 5a. época y Tomo XL III, p. 95, 6a. época); pues El empleo de la violencia moral se caracteriza por la amenaza de un peligro grave e inminente en la persona de la ofendida, en su reputación o intereses, o bien contra un tercero, cuando con ello cauce una fuerte coacción sobre el ánimo de aquélla, como la amenaza de matar a un ser querido" (S. J. F., Tomo LX pp. 768-769, 5a. época); y por lo tanto, "el bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual, contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo ultraje"... (S. J. F., Tomo CV, pp. 829-830, 5a. época; Tomo XX, 2a. parte, p. 180 y Tomo XXV, p. 117, 2a. parte, 6a. época).

Señalados así los elementos constitutivos del delito de violación, los bienes jurídicos tutelados, los sujetos que intervienen en su integración y las diversas formas en que puede cometerse. Porte Petit estudia si es jurídicamente posible que el delito de violación sea cometido al exigir el débito sexual entre cónyuges y entre concubinos.

Acerca de la violación entre cónyuges, la doctrina citada por Porte Petit apunta con Gómez, "que los que no admiten la posibilidad jurídica de la violación entre cónyuges invocan - el argumento de la licitud de la cópula, emanada del derecho a la misma, que al marido pertenece, y es innegable tal derecho que tiene su fundamento en la institución del matrimonio y a sus finalidades; pero -agrega- la licitud de la conjunción carnal entre cónyuges, que está fuera de toda controversia, no es argumento bastante para fundar que...contra todos los principios, el marido tenga facultad de recurrir a la violencia para ejercitar su derecho cuando le es negado por la mujer y esta negativa autorizará el divorcio, pero jamás el empleo de la fuerza, finalizando que por respeto a la dignidad humana, debe scatenarse que el marido que por medio de la violencia física o moral, - tiene acceso carnal con su cónyuge, comete el delito de violación". (Tratado de Derecho Penal, III, pp. 122-123, Buenos Aires, 1940)

Sin embargo, de los otros tratadistas citados por Porte Petit, Abarca afirma que "siendo el ayuntamiento sexual acto propio del matrimonio, el marido tiene derecho a ejecutarlo con su esposa y por lo tanto no cabe la legítima defensa de ésta, - salvo el caso de que el marido lo intentare contra naturam o en condiciones que dañen gravemente la salud de la mujer o que la ofendan"; (El Derecho Penal en México, p. 285, México, 1941) -- Carrancá y Trujillo sostiene que "no es constitutivo del delito el coito del marido con su cónyuge sin el consentimiento de ésta, y aún empleando la violencia, pues ello es en ejercicio de un derecho y la mujer no puede resistir ese ejercicio amparándose en legítima defensa, pues no hay agresión ilegítima" (Código Penal anotado, p. 616, nota 870, México, 1962); Cuello Calón dice que "el ejecutado por el marido con violencia o sin el consentimiento de la mujer no constituye violación pues aquél, al disponer sexualmente de ésta obra en el ejercicio legítimo de un

derecho, pero además la mujer no puede invocar en el caso de resistencia violenta, la legítima defensa, pues no hay por parte del marido agresión ilegítima. Podrá aquél, en ciertos casos, -- ser responsable en vías de hecho de lesiones causadas a consecuencia de la cópula violenta, pero no de un delito de violación" (Derecho Penal, II, p. 551, 9a. ed. Barcelona, 1955): y Garraud que afirma: "un marido que toma a su mujer por la fuerza, no cometería ciertamente el delito de violación... salvo la --- sanción por lesiones que podía haber cometido" (Traité Theorique que el pratique du Droit Penal francais, J. p. 473, 3a. ed. Paris, 1924), Finalmente, el propio Porte Petit comenta que "El cónyuge tiene, de acuerdo con el matrimonio, derecho a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud. Por tanto, al realizarla, ejercita un derecho. Ahora bien, al -- efectuar dicha cópula por medio de la violencia física o moral está ejercitando ilegalmente su derecho... Por otra parte, no -- obstante que se realice la cópula violentamente, no existe el -- delito de violación, ya que el sujeto tiene derecho a la cópula aún cuando haya abuso de ese derecho, originándose, en todo caso, un diverso ilícito penal; en otros términos --insiste-, a -- virtud del matrimonio los cónyuges limitan su libertad sexual -- por lo que respecta a la cópula normal exenta de circunstancias que la maticen de ilicitud, ya que existe una recíproca obligación sexual de parte de aquéllos y, consiguientemente, cuando -- realiza uno de ellos la cópula por medio de la vis absoluta o -- la vis compulsiva, no ataca la libertad sexual porque ésta no -- existe por el mismo matrimonio, no produciéndose, en consecuencia, el delito de violación". (Ob. Cit. páginas 52 y 53)

En el ensayo que comento, Porte Petit menciona también, aunque muy someramente, la violación entre concubinos, anotando que, según Manfredini, "tampoco es antisocial y por ende, no es antijurídicamente la violación sobre la concubina de un hombre que viva en concubinato, siendo obvio que las relaciones sexuales en estas hipótesis deben tener en el hecho aquella demonstración de constancia, de unión sexual consentida que ésta insita en el matrimonio" (Delitti contra la moralidad pública e il buon costurne p. 132, Milano, 1934); Vannini observa que "la concubina no puede ser equiparada a la esposa y por tanto es posible -- la violación carnal del hombre sobre la concubina, porque la -- concubina no tiene ninguna obligación jurídica de prestaciones carnales frente al amante" y que el hecho de que la ley no --

prohíba convivencia more uxorio no confiere el hombre ningún derecho a prestaciones sexuales por parte de la mujer con quien convive, incluso porque sería extraño no admitir el delito de violación carnal del soltero sobre la concubina y en cambio, admitirlo en la violación carnal del casado sobre la concubina". (Il delitto - di violenza carnale, III, Milano, 1949, p. 6).

Esta última afirmación en la tesis expuesta por Vannini, sugiere la necesidad de precisar los elementos que constituyan para nosotros, en México y de acuerdo con nuestras tradiciones, costumbres y legislaciones, el estado jurídico del concubinato, creado mediante la constante reiteración de los actos de voluntad que lo constituyen, aunque carezcan del propósito y de las formalidades necesarias para que produzcan efectos jurídicos, pero que por su frecuente realización en los medios sociales más populares, -- por un elemental sentido de justicia social y por el interés que reviste para la prole, adquiere como estado jurídico continuado -- muy importantes consecuencias.

A propósito de los fines del matrimonio y con relación al débito conyugal, la Enciclopedia Universal Ilustrada de Espasa Calpe, S. A., tomo 33, páginas 1015 y siguientes, nos enseña que son múltiples los fines que los autores señalan al matrimonio; satisfacción del instinto genésico, moralización del amor, procreación, educación de la prole, auxilio recíproco de los cónyuges, -- felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento y complemento sexual; que para Kant, el fin era únicamente el goce mutuo de las facultades genitales; para Letourneau, el reglamentar las uniones sexuales para dar satisfacción al apetito amoroso, olvidando uno y otro que la necesidad genésica es simple medio de fines más elevados; que Aristóteles señaló que el fin del matrimonio es el de la procreación de los hijos y el de complemento mutuo de los esposos; que para Santo Tomás de Aquino son fines del matrimonio la procreación o perpetuación de la especie, la educación de la prole o de los hijos y el mutuo auxilio; que entre los efectos del matrimonio comunes a ambos cónyuges, tiene mayor importancia y -- más grande aspecto moral la obligación de la cópula, viviendo cada cónyuge obligado a prestar el débito al otro; que esta obligación es fundamental para cumplir el fin de la procreación y de -- aquí se desprende que contrarían a la naturaleza del matrimonio -- los que no tienden a tal fin, viviendo obligados ambos cónyuges a oponerse a todo lo que pueda dificultarlo; que para Dalmacio Iglesias, hay una unión material y espiritual de dos cuerpos y dos -- almas, perfecta trasla-

ción de dominio, precisamente sobre lo que no puede ser objeto de él, comunicación de dos vidas para formar una tercera a --- impulsos del amor, que cada una de las esferas se encuentre limitada por la otra, debiendo la mujer respetar las iniciativas del marido. Con relación al débito conyugal dice que es la --- obligación que en el matrimonio tiene cada uno de los cónyuges de realizar la cópula con el otro cuando éste lo exija o pida; que es obligación jurídica; pero las leyes civiles positivas - no la sancionan, atendido a que no puede penetrarse en lo sa--grado de la familia y a que del empleo de la coacción pudieran derivarse mayores males; que la obligación de prestar el débi--to es consecuencia de los fines del matrimonio y aparece terminantemente mandada por San Pablo; que su negativa sin motivo - grave produce pecado mortal; que son causas graves para negar el débito, el grave daño prole, el escándalo público, el pedir se un lugar sagrado y otros y que en todos los casos, el priva--do de pedir el débito puede y debe prestarlo si el otro cónyu--ge lo exige con justicia. (Ob. Cit: Tomo 17 p. 1171.)

De los autores españoles, Sánchez Román se refiere - en general a la vida en común, afirmando "que ésta es la obli--gación legal que pesa sobre ambos cónyuges no puede ofrecer duda, además de por las razones que la hacen necesaria, porque - así lo declara terminantemente el artículo 56 del Código...si se atiende a que la obligación de vivir juntos es de carácter legal, igual que el derecho que ambos tienen de reclamar la --unidad de domicilio, parece necesario que aquella obligación - y este derecho tengan en la ley la garantía de una sanción, o sea la manera de asegurar su cumplimiento; pero es lo cierto - que ni el dejar al arbitrio de los Tribunales la determinación de los medios de cumplir esta obligación legal, ni el hacer su incumplimiento materia de ciertas consecuencias, como la pérdi--da de los alimentos por parte de la mujer, ni el violento re--curso del empleo de la fuerza pública para restituir a la mu--jer al domicilio del marido o para obligar al marido a tener - en su compañía a la mujer, son criterios que satisfagan plena--mente para la resolución de este problema...El mismo recurso - se impenetrar la fuerza de la autoridad para seuse haga ----

eficaz esta obligación y derecho respectivos que a la vida común tienen ambos cónyuges, es en la realidad punto menos que ilusorio, y puede dar lugar a penosas violencias, estériles, - además, para el cumplimiento esencial de esta obligación de vida común que no puede imponerse cuando es resistida por uno de los cónyuges, aunque sin llegar a formalizar por esto reclamación de divorcio, ya que tampoco es esa causa bastante para -- provocarlo según la ley, ni nada se conseguiría con llegar a una mera convivencia física, impuesta por la fuerza y contraria a toda normalidad de la vida conyugal. Es éste uno de tantos aspectos de los que se sustraen en la sociedad conyugal a la coacción eficaz de la ley social y cuya garantía, es, más bien que legal, de un orden moral, afectivo y de personal discreción en los cónyuges". -Derecho Civil Español, Tomo V, Vol. I, páginas 590 y 591.

Castán Tobeñas se refiere al débito conyugal, expresando que "Algunos sectores de la moderna doctrina incluyen el deber de prestación sexual (débito conyugal) dentro de la obligación o de la de asistencia que la ley civil impone recíprocamente a los cónyuges. Pero la opinión más generalizada estima que la obligatoriedad del débito conyugal no puede estar sujeta a sanciones civiles y sí sólo a las censuras de tipo moral y religioso... En Derecho Español no parece que la satisfacción del débito conyugal constituya un deber jurídico que puede ser comprendido entre las obligaciones a que hace referencia el -- artículo 56 del Código civil, ni incluido tampoco en la hipótesis del abandono de familia previsto en el Art. 487 del Código Penal". (Derecho Civil Español, Tomo V, Vol I, p. 190). En las notas apuntadas por Castán Tobeñas se expresa que: "En Francia, Planiol-Ripert-Boulanger nos dicen que la obligación de cohabitación comprende el deber conyugal, aunque el Código no hable de él. La jurisprudencia decide que la negativa injustificada a tener con el cónyuge relaciones sexuales constituye una violación de las obligaciones del matrimonio... Los tribunales --- consideran que hay injuria grave (a los efectos del divorcio) si uno de los esposos no quiere tener relaciones carnales con su consorte (Traité élémentaire, ed. cit., núms. 1,100 y 1,719,

páginas 404 y siguiente y 608 V. también Ripert-Boulanger, Traité de Droit civil, ob. cit., t. I núms. 1,437 y 2,110 págs. 562 y sig. y 787). "En Italia sostiene Manzini que el deber de pregnación sexual del cónyuge es un deber de asistencia, por lo --- cual su negativa constituirá una violación del deber de asistencia familiar y por tanto el delito de abandono de familia" (Trattato di diritto penale, t. VII, pág. 749). "Puede verse, entre los civilistas, a Manresa, Valverde y Covián (artículo Matrimonio en la Enciclopedia jurídica Española) y entre los penalistas a Cuello Calón, quien nos dice que la satisfacción del débito conyugal, con arreglo a nuestro Derecho, no constituye un deber jurídico, sino un deber moral para cuya infracción no se --- concibe otra sanción que la reprobación de la conciencia. (El --- delito de abandono de familia, ed. cit., pág. 51). Orientación contraria sigue, aunque muy timidamente, Puig Peña, que se --- expresa así: En nuestra legislación, la obligación del débito --- no ha tenido nunca una sanción de tipo directo contra el esposo causante del incumplimiento, y sólo se ha tolerado en la práctica la realidad de una separación de hecho, o, si acaso, la posibilidad de obligar a través de procedimientos indirectos. Po--- dría, sin embargo, llegar a admitirse que si la negativa a practicar el débito conyugal proviene de una actitud injusta por --- interferencia de relaciones sexuales entrañas, situaciones de --- odio o menosprecio carentes de razón, injuria continuada en el plano social, etcétera, el cónyuge ofendido pudiera en algún su --- puesto caso especialísimo de los deberes inherentes al estado --- del cónyuge, por la conducta desordenada, que establece el artículo 487 del Código Penal. Esta interpretación, sin embargo debe admitirse con particular recelo y sólo en situación particularmente extrema de mala fe y reiterado desprecio". (Tratado, t. II, vol., lo. pág. 226). En Iberoamérica, Fernando Fueyo Laneri, Profesor Extraordinario y Ordinario de Derecho Civil de la Universidad de Chile, (Derecho Civil Tomo Sexto.- Derecho de Familia, volumen I, páginas 241, 242 y 243) enseña que: "La convivencia de los cónyuges, o el deber de cohabitación o la residencia conjunta, como también se le llama, es la vida común y habitual en la misma casa". "El vivir juntos" de que hablan las le-

yes, lleva incluida la obligación de prestarse los cónyuges el débito conyugal; solución conforme con la esencia íntima del matrimonio, la tradición histórica y el propio derecho canónico. (Derecho al cuerpo en orden a los actos de suyo aptos para la procreación de la prole). En el Código Chileno, como en otros, no se menciona expresamente el débito conyugal, habiéndose prudentemente de vivir juntos, que es lo genérico. Seguramente ante el temor de tratarse el tema de modo indefinido; fuera de que su regulación es un punto menso que imposible. Ha dejado, pues, el Código, el problema, entregado a los moralistas y a la realidad misma. Lo que no quita, repito, que en palabras de la ley esté entendido el débito conyugal. Con todo, la causal de divorcio No. 7 del art. 21 de la Ley de Matrimonio Civil, cita la falta a las obligaciones conyugales", lo cual constituye el débito conyugal, como ya se dijo. La obligatoriedad del débito conyugal es en relación con la generalidad de las concertaciones sexuales de los cónyuges, faltándose a tal obligatoriedad sólo por "negativas reiteradas, injustificadas, sin causa alguna que las explique o motivo, y acompañada de frases o actitudes de desaire o desvío del amor conyugal". Se descarta, pues, el caso de rechazo aislado, en consideración a determinadas circunstancias, situación que cae en el campo de la intimidad del matrimonio, de carácter privado, que no permite la intromisión del legislador. Para la hipótesis de obligatoriedad, primeramente enunciada nuestra legislación proporciona la solución del divorcio (separación de cuerpos) temporal. A falta de legislación expresa sobre los efectos del no cumplimiento del débito conyugal, la doctrina extranjera ha estimado que, en los casos, la materia ha de quedar al margen del orden jurídico, sin perjuicio de la sanción que tal comportamiento merezca en lo religioso, moral o social. Otras corrientes doctrinales contradicen la señalada posición pasiva y estiman que hay injuria de parte de uno de los cónyuges hacia otro, motivando un fundamento para el divorcio. Y aún ha llegado a decirse que "el cónyuge desairado puede pedir una indemnización de daños y perjuicios por el daño moral que tal comportamiento provoca". Entre nuestros pocos autores de Dere-

cho Civil, el gran Kateos Alarcón en sus Lecciones de Derecho Civil, tomo I, página 100, comentando el Código Civil de 1870 con referencia al de 1884, se refiere a la obligación que --- tiene la mujer de vivir con su marido, expresando que "de --- otra manera no se podría cumplir con los fines del matrimonio. Así lo ha estimado la ley, imponiendo esta obligación no como un deber moral, sino haciéndolo exigible mediante una sanción, pues señala, como causa suficiente para el divorcio, el abandono del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años".

Rafael Rojina Villegas en su Derecho Civil Mexicano. Tomo II, Volumen, I, páginas 435 a 438, enseña que de los --- efectos del matrimonio, "a).- El derecho a exigir una vida co mún, con la obligación de habitar bajo el mismo techo, es --- indiscutiblemente el principal de todos los enumerados, dado que sólo a través de él puede existir la posibilidad física - y espiritual de cumplir los fines del matrimonio. Podemos decir -afirma- que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen el conjunto de relaciones jurídicas que pod mos denominar fundadas o accesorias. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no pod rán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas. El derecho y la obligación correlativa de obtener y hacer vida en común en el matrimonio, se encuentran sancionadas jurídicamente, --- pues cada cónyuge está autorizado para exigir judicialmente, si fuere necesario, que se cumpla con ese estado jurídico. La fuerza pública puede ser empleada para lograr en la vía de --- apremio que el cónyuge rebelde haga vida en común, pero este procedimiento resulta desde el punto de vista de la realidad, impracticable, dado que sería necesario aplicar en forma ---- continua la intervención coactiva del Estado. Por esto se --- explica en la doctrina que principalmente el incumplimiento - de tal obligación se sanciona también con el pago de daños y perjuicios y, en su caso, con la acción de divorcio. Aun ---- cuando el artículo 163 (del Código Civil) se refiere expresamente a la obligación de la mujer para vivir al lado de su ma rido, es evidente que también existe aquel deber en éste, según los términos generales del artículo 162 que obliga a --

los cónyuges a contribuir cada uno por su parte a los fines - del matrimonio"; b).- Otro derecho interesante en el matrimonio es el relativo a exigir el cumplimiento del débito carnal. Se trata de una forma sui generis que sólo puede existir, como es evidente, en este tipo de relación intersubjetiva, ya - que cada uno de los sujetos está facultado para interferir en en la persona y conducta del otro, pero en la forma íntima -- que impone la relación sexual. No sólo se trata de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe establecer en qué términos y con condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y ejercitarse esa facultad. Evidentemente que, como en todos los -- problemas del derecho familiar, debe prevalecer siempre el -- interés superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de -- una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio, de acuerdo con el imperativo general impuesto por - el artículo 162, para que cada cónyuge contribuya por su parte a tales fines. En algunas definiciones tanto de la doctrina como de la ley, se señala la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que para ese efecto, fundamentalmente, cada cónyuge está facultado para exigir el débito carnal. El artículo 13 de la Ley Sobre Relaciones Familiares decía: "El matrimonio es - un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida." Ya el Código vigente no - contiene una definición del matrimonio, pero estatuye en el - artículo 147 que cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta. En el derecho canónico se considera como un elemento en la definición del matrimonio el relativo a la perpetuación de la especie. En el mismo sentido --- Planiol hace notar que pueden considerarse como excepcionales aquellos matrimonios que se autorizan en artículo de muerte, pues no cumplen las finalidades de la institución. La Ley los ha reconocido, dado que generalmente persiguen un fin noble - que no se opone a los intereses superiores que debe tutelar -

el derecho familiar. Desde el punto de vista jurídico "el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio". (Ob. Cit. pp. 437 y 438, Vol. I, Tomo II) pues como el mismo autor observa, "bajo los sistemas en los que se establece la potestad marital, el marido si ejerce un derecho subjetivo sobre la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de su mujer. En cambio, en otros sistemas, como el vigente en el Distrito Federal, Territorios Federales y algunos Estados de la República, ha desaparecido la potestad marital, de tal manera que ambos consortes tienen los mismos derechos y obligaciones tanto en sus relaciones recíprocas, como respecto a los hijos y a la administración del hogar"; (página 199, Vgl. I, Tomo II) tales derechos "se ejercen de manera continua durante todo el tiempo que permanezca vigente el vínculo conyugal", (página 122, Vol. I, Tomo II) - bien entendido que "los deberes de vida en común, mutuo auxilio, asistencia y socorro en casos de enfermedad, fidelidad y débito carnal, varían en intensidad, supuesto que dependen de circunstancias especiales"; sin olvidar que "solo en el matrimonio tenemos el derecho subjetivo de poder interferir en la persona misma del sujeto pasivo para exigir la prestación más íntima y personalísima que reconoce el derecho; el débito carnal"; (pág. 123) y que " en los deberes subjetivos familiares, las obligaciones de dar son excepcionales; en cambio, se presentan frecuentemente las obligaciones de hacer. Además, podemos mencionar una cuarta categoría que no está comprendida en la clasificación romana, referente a las obligaciones o deberes de tolerancia. Esta especie no puede quedar comprendida en las obligaciones de no hacer, dado que éstas caracterizan por la simple abstención del sujeto pasivo para realizar determinados hechos o actos jurídicos; en cambio, los deberes de tolerancia implican la posibilidad en el sujeto activo de interferir en la esfera jurídica del sujeto pasivo y la necesidad, por parte de éste, de sufrir el acto de interferencia en su persona, conducta, patrimonio, o actividad jurídica".

(Fóginas 163 y 164.- Vol. I, Tomo II)... "es esencial esta -- cuarta categoría que agregamos a la vieja clasificación romana, porque en las relaciones conyugales, el sujeto pasivo debe permitir que el pretensor interfiera directamente en su esfera jurídica de una manera constante, principalmente en su persona, como ocurre en los deberes maritales de vida en común, cohabitación y débito carnal". (Fógina 164, Vol. I, Tomo II.)

El artículo 159 del Código Civil de...1870 y el -- artículo 155 del Código Civil de 1884, definían el matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unían con vínculo indisoluble para perpetuar su -- especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. El artículo -- 13 de la Ley de Relaciones Familiares que estuvo en vigor casi 15 años, consideró el matrimonio como un contrato civil -- entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Actualmente, el Código Civil de 1928 no define el matrimonio; sin embargo, el artículo 147 correlativo del -- 158 del anterior y del 16 de la Ley que sólo se referían a -- los fines esenciales del matrimonio; sin embargo, el artículo 147 correlativo del 158 del anterior y del 16 de la Ley que -- sólo se referían a los fines esenciales del matrimonio, dispone que cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se -- tendrá por no puesta, con lo que determina los fines del matrimonio respecto de los cuales ambos cónyuges están obligados a contribuir.

Por otra parte, el artículo 280, fracción 7a. del -- Código Civil de 1870, así como la Fracción VII del artículo -- 257 del Código de 1884, señalaban como causa de nulidad del -- matrimonio la impotencia incurable para la cópula, anterior -- al matrimonio y legalmente comprobada; correlativa de esas -- disposiciones, la fracción VIII del artículo 17 de la Ley de Relaciones Familiares señalaba como impedimento la impotencia por causa física para entrar en el estado matrimonial siempre que fuese incurable. El artículo 156 fracción VII del Código en vigor señala simplemente la impotencia incurable para la -- cópula.

El artículo 159 del Código Civil de...1870 y el artículo 155 del Código Civil de 1884, definían el matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre con una sola mujer que se unían con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. El artículo 13 de la Ley de Relaciones Familiares que estuvo en vigor casi 15 años, --- consideró el matrimonio como un contrato civil entre un hombre y una sola mujer que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Actualmente, el Código Civil de 1928 no define el matrimonio; sin --- embargo, el artículo 147 correlativo del 158 del anterior y --- del 16 de la Ley que sólo se referían a los fines esenciales --- del matrimonio, dispone que cualquiera condición contraria a --- la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta, con lo que determina --- los fines del matrimonio respecto de los cuales ambos cónyuges están obligados a contribuir.

Por otra parte, el artículo 280, fracción 7a. del Código Civil de 1870, así como la Fracción VII del artículo 257 del Código de 1884, señalaban como causa de nulidad del matrimonio la impotencia incurable para la cópula, anterior al matrimonio y legalmente comprobada; correlativa de esas disposiciones, la fracción VIII del artículo 17 de la Ley de Relaciones Familiares señalaba como impedimento la impotencia por --- causa física para entrar en el estado matrimonial siempre que fuese incurable. El artículo 156 fracción VII del Código en --- vigor señala simplemente la impotencia incurable para la cópula.

Finalmente el artículo 76, fracción IV de la Ley de Relaciones Familiares consideraba causa de divorcio, ser cualquiera de los cónyuges incapaz para llenar los fines del matrimonio; y la fracción VI del artículo 267 del Código Civil en --- vigor determina como causa de divorcio la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

La Suprema Corte de Justicia resolvió el amparo directo 4663/1959 el 8 de junio de 1961, estableciendo la tesis de que "en lo tocante a la causal de impotencia, procede asentar que la impotencia a que se refiere la ley es la que consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual,

y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia sino esterilidad y como para esterilidad no constituye causa de disolución del matrimonio porque no imposibilita para la cópula. Así se resolvió en la sentencia de 14 de octubre de 1960, Amparo Directo 101/60, debiéndose advertir que la impotencia para la cópula es causa de divorcio tanto para el cónyuge masculino como para el femenino, toda vez que la mujer puede ser impotente para la cópula por la existencia de obstáculos vulvares o vaginados que la impidan". En la expresada sentencia de 14 de --- octubre de 1960, dijo la Corte: "Según el artículo 291, fracción II, del Código Civil del Estado de Jalisco, es causa de nulidad de un matrimonio que se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 145. Conforme al --- artículo 301, la nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en la fracción VI del artículo 145, sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días, --- contados desde que se celebró el matrimonio, y de acuerdo con el artículo 153, los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y es contraria a estos fines, cualquier condición que afecte a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, por lo que se tendrá por no puesta. Del tener de las disposiciones legales citadas, se desprende que su correcta interpretación --- jurídica lleva a sostener que la impotencia a que se refieren tanto como impedimento para la celebración del matrimonio, como para pedir su nulidad o para demandar la disolución del vínculo cónyugal, es la impotencia física, permanente, incurable y no la impotencia transitoria curable, porque la ley no puede permitir la nulidad ni la disolución del matrimonio, por una incapacidad pasajera, toda vez que si uno de los fines del matrimonio posiblemente el más importante, es el de la perpetuación de los hijos, no es el único, pues tiene otros muy nobles que lo justifican y mantienen, como los de la vida en común y la ayuda mutua que deben prestarse los cónyuges. Además, el Código se refiere a la impotencia para la cópula, para el acto carnal, que es, en el hombre, incapacidad para engendrar, y en la mujer, --- incapacidad para concebir, de modo que no por ser estéril se es impotente ni se tiene impedimento legal para el matrimonio ni -

y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia sino esterilidad y como para esterilidad no constituye causa de disolución del matrimonio porque no imposibilita para la cópula. Así se resolvió en la sentencia de 14 de octubre de 1960, Amparo Directo 101/60, debiéndose advertir que la impotencia para la cópula es causa de divorcio tanto para el cónyuge masculino como para el femenino, toda vez que la mujer puede ser impotente para la cópula por la existencia de obstáculos vulvares o vaginales que la impidan". En la expresada sentencia de 14 de octubre de 1960, dijo la Corte: "Según el artículo 291, fracción II, del Código Civil del Estado de Jalisco, es causa de nulidad de un matrimonio que se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 145. Conforme al artículo 301, la nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en la fracción VI del artículo 145, sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio, y de acuerdo con el artículo 153, los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte, a los fines del matrimonio y es contraria a estos fines, cualquier condición que afecte a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, por lo que se tendrá por no puesta. Del tener de las disposiciones legales citadas, se desprende que su correcta interpretación jurídica lleva a sostener que la impotencia a que se refieren tanto como impedimento para la celebración del matrimonio, como para pedir su nulidad o para demandar la disolución del vínculo cónyugal, es la impotencia física, permanente, incurable y no la impotencia transitoria curable, porque la ley no puede permitir la nulidad ni la disolución del matrimonio, por una incapacidad pasajera, toda vez que si uno de los fines del matrimonio posiblemente el más importante, es el de la perpetuación de los hijos, no es el único, pues tiene otros muy nobles que lo justifican y mantienen, como los de la vida en común y la ayuda mutua que deben prestarse los cónyuges. Además, el Código se refiere a la impotencia para la cópula, para el acto carnal, que es, en el hombre, incapacidad para engendrar, y en la mujer, incapacidad para concebir, de modo que no por ser estéril se es impotente ni se tiene impedimento legal para el matrimonio ni -

se incurre en causa de nulidad de éste, ni tampoco se dá causa para su disolución, para el divorcio. La impotencia incurable para la cópula, y cualquier conformidad especial que sea contraria a los fines del matrimonio porque impide sus funciones relativas, que haya sido impedimento para contraer matrimonio y que haya sido causa de su nulidad, solamente puede hacerse valer por los cónyuges dentro del término breve de sesenta --- días contados desde que se celebró el matrimonio y una vez --- transcurrido, deja de tener eficacia, se extingue y el matrimonio subsiste válido. Esa impotencia incurable será causa de divorcio si sobreviene en el matrimonio por accidente, por enfermedad u otra causa; pero por surgir de un hecho preciso, determinado en un acto concreto, deberá hacerse valer por el otro cónyuge, pidiendo el divorcio dentro de los seis meses siguientes al día en que llegó a su noticia, y de no hacerlo, caduca su causal en los términos del artículo 332 del Código Civil. La impotencia a que se refiere la ley, se repite, es la que -- consiste en la imposibilidad física de llevar a cabo el acto sexual, y la impotencia para la generación no es propiamente impotencia, sino esterilidad, y como mera esterilidad, no constituye causa de nulidad ni causa de disolución del matrimonio, por ser evidente que no imposibilita para la cópula".

Resulta evidente, por lo tanto, que el matrimonio -- impone a los cónyuges el débito sexual no solamente con fines generativos para perpetuar la especie; lo impone también y muy principalmente, para satisfacer el ímpetu carnal de cada uno, mediante expresiones cuya mayor frecuencia es recomendable para crear y mantener el amor conyugal como vínculo de acercamiento y hasta de identificación que les ayude a soportar el peso de la adversidad, de la enfermedad y de las contrariedades cotidianas. Justamente por eso y contra los prejuicios que tanto se opusieron, actualmente nadie discute el derecho que cada pareja tiene de resolver, a su arbitrio, si se hace el amor para reproducirse o solo para unirse con mayor intimidad, defendiendo así, con el derecho sexual, la libertad de reproducirse o solo de amarse, y satisfaciendo en ambos casos el placer que todos deben disfrutar.

Este orden de ideas nos conduce a la afirmación de --

que el llamado débito conyugal constituye un derecho y un deber que marido y mujer han de ejercitar y cumplir durante el matrimonio, siempre voluntariamente y con amor, para realizar los fines que persiguieron al contrario; que su exigencia puede resultar desconsiderada o insatisfactoria y que su incumplimiento -- puede motivar el divorcio que es como la rescisión del contrato de matrimonio; pues la negativa y aún la simple abstención de -- cualquiera de los cónyuges al ejercicio del acto sexual, motivada aún por causas meramente emocionales, debe equipararse a la impotencia para la cópula, por que falta al cumplimiento de los fines esenciales del matrimonio y puede fundar por sí misma el divorcio, como sanción de incumplimiento, sin que sea necesario recurrir a la causa de injurias cuya naturaleza requiere de --- actos ofensivos que el cónyuge culpable tal vez no se haya propuesto cometer.

Ya la Suprema Corte de Justicia, refiriéndose al débito conyugal, ha establecido que "La falta del débito conyugal -- no es causa bastante para el divorcio; este simple hecho no --- obliga al juez a pronunciar la disolución matrimonial. Es necesario, además, que la omisión indicada de parte del marido o la negativa de la mujer se realice en condiciones injuriosas. Es -- necesario, que exista una injuria suficientemente grave". ---- (Informe de... 1934, pág. 34) y que "La abstención del deber -- conyugal no es una causa perentoria del divorcio, a menos que -- se realice en condiciones injuriosas; por lo cual el juez de -- los autos debe apreciar las circunstancias en las que ha tenido lugar la abstención del marido o la negativa de la mujer, por-- que si se debió a defectos físicos o a un acuerdo celebrado --- entre los esposos, no existe la injuria necesaria para decretar el divorcio; pero si al contrario, obedece a un desprecio ofensivo de uno de los cónyuges para el otro, existe una injuria su-- ficiente para considerar fundada la acción, pero cuando tal ne-- gativa por parte de la mujer obedece al deseo de no morir para cuidar a los hijos ya procreados, esto no constituye una inju-- ria para el marido, y, por lo mismo, no basta para hacer procedente la acción de divorcio". (S. J. F.- Apéndice al Tomo ---- xcVII-T Jurisprudencia definida 1958, tomo I, pág. 709).

España define el concubinato como "Comunión, trato o comercio sexual ilegítimo del hombre con su concubina", y comenta que en el Derecho Romano era la vida marital sin propósito de constituir matrimonio, entre personas cuya unión no --- estaba por la ley; que no toda vida marital fuera de justas -- nupcias se reputaba concubinato, sino que debían concurrir las siguientes condiciones: 1.- No podrían unirse en concubinato -- los que se hallaban ya en matrimonio con tercera persona o ligados de grado de parentesco que impidiese el matrimonio, pues de lo contrario habría adulterio o incesto; 2.- Debían existir libre consentimiento por ambas partes y no haber mediado por tanto, violencia o corrupción; finalmente, que no era permitido tener más de una concubina, de donde resultaba una semejanza con el matrimonio. En España, dice la Enciclopedia, el concubinato tomó el nombre de "Barraganía". Esta es la unión sexual de ---- hombre soltero con mujer soltera bajo condiciones de permanencia y fidelidad. La barraganía era un concubinato y la Barragana una concubina que el hombre podía dejar cuando quisiera y la mujer también.

Don Joaquín Escrivá en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1874, nos dice, a propósito de la barragana que: "Antiguamente, la amiga o concubina que se conservaba en la casa del que estaba amancebado con ella; y --- también la mujer legítima, aunque desigual y sin el goce de los derechos civiles.

Esta palabra se compone de la voz árabe barra, que significa fuera y de la castellana gana, de modo que las dos -- palabras juntas quieren decir ganancia hecha fuera de legítimo -- matrimonio; y así los hijos de una barragana se llamaban hijos de ganancia: ley 1, título 14, Partida 4.

Según fuere y costumbre antigua de España, se distinguían tres clases de enlaces de varón y mujer autorizados o tolerados por la ley; primero, el matrimonio celebrado con todas las solemnidades de derecho y consagrado por la religión; se--- gundo, el matrimonio juramentado, y era casamiento legítimo, pero oculto, clandestino, y por decirlo así, un matrimonio de --- conciencia, que inducía perpetuidad y las mismas obligaciones -- que el solemne, del cual no se distinguía sino en la falta de -

solemnidad; tercero, la barraganía, que era la unión o enlace de soltero, era fuese clérigo o lego, con soltera, a quien -- llamaban barragana para distinguirla de la mujer de bendiciones o mujer velada, y de la mujer áyuras.

La barraganía no era un enlace vago, indeterminado y arbitrario; se fundaba en un contrato de amistad y compañía, cuyas principales condiciones eran la permanencia y fidelidad. La generalidad con que los fueros hablan de las barraganas, -- así de los clérigos como de los legos, y aun de los casados, y sus disposiciones políticas y leyes civiles acerca de la -- conservación, subsistencia y derechos de hijos y madres, --- prueba cuán universal era la costumbre de tenerlas; y si bien por algunos fueros estaba prohibido a los legítimamente casados tener barraganas en público, esta prohibición no se extendía a los solteros, a los cuales no era indecoroso contraer y conservar desocultamente semejante género de amistades. Los legisladores dejaron de castigar el desorden por precaver mayores males, y toleraron esa licencia consultando al bien público, teniendo presentes las ventajas de la población. Los fueros consideraban las barraganas de los legos como unas mujeres de segundo orden, y les otorgaban casi los mismos favores que a las legítimas.

Según las leyes de las Partidas, para llamarse barragana una mujer se requirió que fuese una sola y tal que pudiera casarse con ella el que la tuviese; ley 2, tit. 14, Part. 4.

El preámbulo del tit. 14, Part. 4, dice que, aunque la Iglesia ha prohibido siempre a todos los cristianos el tener barraganas; sin embargo, los antiguos legisladores permitieron a algunos que las pudiesen tener sin pena temporal, -- porque estimaron menos malo el uso de una que el de muchas, y porque fuesen mas ciertos los hijos de ellas.

Se podía recibir por barragana, según la Ley primera, d. tit. I Part., la mujer ingenua, esto es. la que había nacido y continuado libre, como igualmente la liberta y la -- sierva. Podía tomarla el que no se hallase impedido por orden sacro o casamiento, con tal que no la tomase virgen, menor de doce años, ni parienta en cuarto grado de consanguinidad o --

afinidad. El que elegía una viuda honesta a otra mujer libre de buena fama, debía tomarla ante testigos, expresando que la recibía por tal barragana; pues de otro modo resultaría contra él - la presunción de ser su mujer legítima, porque entonces eran válidos los matrimonios clandestinos; pero siendo viuda de otra - clase, como de muy vil linaje, o de mala fama, o mujer juzgada de adulterio con hombre casado, no era necesario recibirla ante testigos: d. Ley 2, tit. 14, Part. 4^{ta}.

En la misma Enciclopedia se define marido, como ---- hombre casado; maridoja, como enlace, unión y conformidad de -- los casados; marital, lo perteneciente al marido o a la vida -- conyugal; y maritalmente, de un modo marital e conyugal, como - marido y mujer.

Nuestro Código Civil determina los elementos integrantes del concubinato como estado jurídico voluntario y consensual, al disponer que la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente (artículo 382, fracción III); que el testador debe dejar alimentos a la mujer con quien vivió como si fuera su marido, - durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su ---- muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, en la inteligencia de que si fueran varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos (artículo 1368 fracción V) y que la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar como concubina en los términos que establece el artículo 1635, si al morir el autor de la herencia no tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas, porque entonces ninguna de ellas heredará (artículo 1635). Por otra parte, el - artículo 82 de la Ley Federal de la Reforma Agraria, incluido - dentro del capítulo de los derechos individuales de los ejidatarios, dispone que cuando el ejidatario no haya hecho designación

de sucesores o ninguno de los señalados pueda heredar por imposibilidad marital o legal, los derechos agrarios se transmitirán de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: a).- Al cónyuge que sobrevive; b).- A la persona con quien hubiere --- hecho vida marital y procreado hijos; c).- A uno de los hijos del ejidatario; d).- A la persona con la que hubiera hecho vida marital durante los dos últimos años; y e).- A cualquiera --- otra persona de las que dependan económicamente de él. Y finalmente, la nueva Ley Federal del Trabajo en su artículo 501 --- fracción III, determina que tendrá derecho de recibir la indemnización en los casos de muerte del trabajador, a falta de la viuda y concurrendo con los hijos y ascendientes del trabajador, la mujer con quien éste vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, pero si al morir el trabajador tenía varias concubinas, ninguna de ellas --- tendrá derecho a la indemnización.

Las disposiciones expresadas determinan el concubinato es el estado jurídico que Raúl Ortiz Urquidí, en sus comentarios al artículo 70 del Código Civil del Estado de Tamaulipas, denomina matrimonio por comportamiento, integrado por los siguientes elementos: la unión de un solo hombre con una sola mujer, libres de matrimonio; la convivencia marital y el trato sexual, cuando de esa unión han habido hijos o porque se ha mantenido durante cierto tiempo anterior a la muerte del varón. En efecto, después de analizar las diversas doctrinas que consideran el matrimonio como institución, es decir como el conjunto de las normas jurídicas que lo rigen; como acto jurídico condición cuyo propósito es el de condicionar la aplicación de una situación jurídica general a un caso particular; como acto jurídico mixto por la concurrencia del consentimiento de los --- particulares, consortes, con la intervención del Oficial del --- Registro Civil en representación del Estado, desempeñando un --- papel constitutivo y no simplemente declarativo; como contrato ordinario, según la tesis tradicional que lo apartó del concepto canónico; como contrato de adhesión, porque los consortes --- no son libres de establecer derechos y obligaciones distintos

de los que imperativamente determina la ley; como estado jurídico, que produce situaciones jurídicas permanentes permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones jurídicas determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinida y que por lo tanto "no se agota en el solo acto de su celebración", sino que "la plenitud de sus consecuencias jurídicas, la realización de su vida y sobre todo, el cumplimiento de las obligaciones entre hombre y mujer y en relación con los hijos, dependen del estado matrimonial"; como acto de poder estatal, por la importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos debe ser dada al oficial y por él recogida personalmente en el momento del pronunciamiento, de tal modo que ninguna otra declaración o contrato tiene ese valor jurídico; como acto de unión de intereses de ambos pretendientes y, finalmente, como convención en el sentido técnico, esto es, como negocio no contractual, Raúl Ortiz Urquidí afirma que la Iglesia Católica considera el matrimonio como un verdadero contrato según el canon 1012 del Código de Derecho Canónico de Lorenzo Miguelez, Sabino Alonso Morán y Marcelino Cabrerros de Anta. (Madrid, 1951, p. 732) en el cual se dice que Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados; que por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento; que en la dicha obra (p. 372) se define el matrimonio como un contrato legítimo entre un hombre y una mujer, mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos; que una de las razones que tuvo el constituyente mexicano al crear el contrato del matrimonio civil, fue la de arrancar de la Iglesia la ingerencia exclusiva que ejercía en la formación de la familia; que antes del siglo V en que se efectuó la invasión de los bárbaros en el Imperio Romano, hasta el Concilio de Trento que tuvo lugar de 1545 a 1563, el matrimonio permaneció consensual, aunque en el primer Concilio de Letrán, celebrado en ...1223,

la Iglesia trató de convertirlo en sacramento, pues fue el mismo Jesucristo quien lo elevó a esa dignidad; que sin embargo, aunque la Iglesia innovó la concepción del matrimonio mediante el concepto del matrimonio romano, que no exigía forma para su celebración aunque la recomendaba estrictamente, y que a partir de la Conquista, la aplicación en Indias de los preceptos tridentinos no se hizo de una manera absoluta e ineludible, pues en los primeros tiempos, se reconoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios; el maestro Gabriel García Rojas, en su exposición ante la H. Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al discutir el amparo directo... 4382/352/2a., afirmó que "la cristianización del pueblo de México duró aproximadamente un siglo, de 1521 a 1635 o 1640; el Concilio de Trento funcionó de 1545 a 1563; los Indios eran polígamos y al cristianizarlos los misioneros les enseñaron la forma de ser monógamos y al mismo tiempo les enseñaron la manera de casarse, anterior al Concilio de Trento, entre fieles, consistente en convenir, tener trato sexual continuado, con deber de fidelidad y un tratamiento de igualdad en el matrimonio. No se necesitaba la bendición del cura... bastaba con que se reunieran hombre y mujer para que la unión se convirtiera en matrimonio eclesiástico, canónico, cristiano, válido, que es el que nuestro pueblo practica. Hay un porcentaje muy grande de los llamados concubinatos, amasijos; pero no es por malas costumbres o por malos hábitos, sino porque a eso fueron enseñados. Ya cuando se recibieron las bulas en México vino el matrimonio Tridentino; pero la costumbre del matrimonio consensual antitridentino no ha desaparecido entre nosotros. Desde entonces, las manifestaciones de la voluntad por el comportamiento han tenido gran trascendencia en nuestro Derecho"; y que fue hasta 1957 en que se promulgó la Ley de 27 de enero cuando se estableció en la República Mexicana el Registro Civil, con la separación de la Iglesia y el Estado proclamada en la Ley Constitucional el 25 de septiembre de 1873. -- (Raúl Ortiz Urquidí.- Matrimonio por Comportamiento. Tesis Doctoral.- México, 1959).

Sin embargo, en la ejecutoria pronunciada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia el 21 de marzo de 1947 - por unanimidad de 5 votos, publicada en la página 2921 del tomo XCI 5a. época del Semanario Judicial de la Federación, se -----

afirma textualmente que: "en forma legal alguna puede equipararse el matrimonio civil con la mera unión de dos personas de sexo contrario; y si bien conforme al artículo 70 del Código Civil del Estado de Tamaulipas, para los efectos de la Ley se considerará matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado entre personas de diferente sexo, también lo es que dichos efectos de la ley... no son otros que los relativos al registro del matrimonio propiamente dicho, sin el cual la unión entre personas de diferente sexo queda dentro de los límites del concubinato"; y en la ejecutoria dictada por la Sala Auxiliar de la misma Suprema Corte de Justicia el primero de julio de 1954, Amparo Directo número 876/951/2a., se sostuvo que "el propósito de las Leyes de Reforma consistió en sustraer la validez y el régimen jurídico del matrimonio a las leyes de la Iglesia para someterlo a las normas dictadas por la autoridad civil; de acuerdo con esa intención debe ser interpretado el artículo 130 de la Constitución; la eficacia de la disposición exige la celebración expresa del matrimonio ante funcionario público, pues si bastará la demostración de la existencia de un acuerdo de voluntades tendientes a crear el vínculo matrimonial, la celebración del matrimonio religioso satisficaría dicha exigencia y los propósitos de la Constitución se frustrarían; la Ley de 14 de diciembre de 1874, Orgánica de las Adiciones y Reformas de 1873, es un elemento muy valioso para esclarecer el espíritu del legislador... el artículo 22 de dicha ley reproduce la disposición constitucional; el artículo 23 establece que "corresponde a los Estados legislar sobre el estado civil de las personas y reglamentar la manera en que los actos relativos deban celebrarse y registrarse sujetando sus disposiciones a las siguientes bases"... "Estas normas y las de la misma ley que prohíben la celebración del matrimonio entre incapacitados y perennes en cierto grado y norman la nulidad y validez del matrimonio, demuestran con evidencia el espíritu del legislador de concebir el matrimonio como un contrato formal celebrado con intervención de un funcionario del Registro Civil. De acuerdo con estas normas se ha desarrollado la tradición jurídica del matrimonio mexicano. La -

sola idea de contrato basta para demostrar la anticonstitucionalidad de leyes como la del Estado de Tamaulipas incorporan - el régimen jurídico del matrimonio situaciones de hecho como - la vida en común y la relación sexual prolongada... a que la - exposición de motivos del Código de Tamaulipas alude como situación real, capaz de producir consecuencias comprendidas dentro de la esfera del derecho, la cual corresponde al hecho jurídico, más no a la figura específica del contrato; ni la lógica, ni - la psicología autorizan para presumir que quienes conviven durante tiempo prolongado y mantienen relaciones sexuales han manifestado su conformidad de contraer matrimonio; esto es cierto aún en el supuesto de que el matrimonio sea mirado como una institución, en tanto que los derechos y obligaciones que le - son inherentes no dependan de la voluntad de los contratantes sino de la ley, pues en todo caso, para que dos personas queden colocadas dentro de las situaciones jurídicas integrantes de la institución, es preciso una formulación expresa de voluntad orientada en tal sentido".

Por último, en el voto particular de la ejecutoria - finalmente citada se dice que "la situación de hecho prevista en el artículo 70 del Código Civil de Tamaulipas, constituye - una situación contractual en la que concurren, para la configuración de un contrato, los elementos sustanciales del consentimiento y del objeto; que si se reconoce que entre un hombre y una mujer han existido, durante siete u ocho años, convivencia y trato sexual continuado y que han hecho vida marital, debe - estimarse, en justicia, que en esa situación no pueden faltar la voluntad ni el consentimiento del hombre y de la mujer para objeto determinado; que el artículo 70 no niega sino que afirma que esa situación constituye un contrato y que lo que más - se le podría atribuir es el criterio de que el matrimonio fáctico que describe es consensual; pero que tal contrato es el - convenio revestido de formalidades como el que, por autorizado así en determinados casos la ley, se constituye por la sola manifestación de voluntad de los interesados o el cumplimiento - voluntario".

CONCLUSIONES.

1.- Creemos firmemente que atento lo establecido por el Código Civil, el matrimonio es un contrato sui generis.

2.- El matrimonio representa para la Iglesia un vínculo indestructible y perpetuo entre el hombre y la mujer.

3.- Consideramos que la separación de cuerpos no es el remedio más eficaz para solucionar los problemas que puedan derivarse del matrimonio, sino el divorcio, pues si bien es cierto que no estamos en favor de éste, sí lo consideramos en ocasiones necesario, como último reducto para la felicidad y buen ejemplo de los hijos procreados por los cónyuges durante el matrimonio.

4.- Consideramos y estamos de acuerdo en que se permita el divorcio entre las clases populares cuando exista el predominio del alcoholismo y otros vicios producidos por la propia miseria, para evitar que se desarrolle en su totalidad la destrucción de muchos hogares, ya que en esos casos en lugar de constituir el divorcio una lacra como hemos señalado, sería una situación benéfica.

5.- Creemos que las finalidades primordiales del matrimonio son la procreación de la especie y la ayuda mutua, existiendo la obligación a cargo de ambos cónyuges a contribuir cada uno, por su parte, a los fines del matrimonio.

6.- De acuerdo con nuestro Código Civil vigente, sólo se permite el matrimonio entre dos personas de sexos opuestos, en contra de legislaciones que permiten la unión matrimonial de personas del sexo masculino, entre ellas Inglaterra.

7.- Sin lugar a dudas la primera manifestación de la ruptura de la convivencia derivada fué el repudio, cuya forma actual se encuentra representada por el divorcio.

8.- Por virtud de la violación se protege no la -- virginidad ni la honestidad del sujeto pasivo de dicho ilícito, sino la libertad y la seguridad social, como bienes humanos, -- dignos de ser protegidos por las leyes penales.

9.- Nuestro derecho penal considera que tanto el -- hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y pasivos de la violación.

Llegamos a la conclusión de considerar que los elementos constitutivos del delito de violación son cuatro: 1.- La cópula; 2.- La violencia; 3.- Una relación teleológica entre la violencia y el logro de la cópula; 4.- La ausencia de la voluntad del ofendido.

10.- La ausencia de la voluntad del ofendido por la violación es el elemento esencial de dicho ilícito penal.

11.- Por ausencia de la voluntad en la violación -- debe entenderse: a) La simple falta de consentimiento; b) Inca -- pacidad para otorgarlo; c) La exigencia de una voluntad ajena.

12.- Consideramos que la violación puede ser consi -- derada como causal de divorcio, pues al constituirse uno de los cónyuges como sujeto activo de la violación dá motivación a una situación infamante, quedando sujeto a una condena superior a -- los dos años que refiere la fracción XIV del artículo 267 del -- Código Civil.

13.- De manera alguna aceptamos que pueda conside -- rarse que por virtud de violencia, injurias o amenazas de par -- te del cónyuge en el acto carnal, por virtud del matrimonio, se dé motivación a la violación, y como consecuencia de este al -- divorcio.

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

- 1.- A. Capdevila. El Oriente Jurídico.
- 2.- Bonafante Pedro, Instituciones de Derecho Romano. Ed. Reus, Madrid, 1929.
- 3.- Colín y Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Edición Reus. Tomo I, Madrid, 1941.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos México, 2a. Edición preparada por la Secretaría de la Presidencia de la República Mexicana.
- 5.- Carrancá Raúl y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Antigua Librería Robredo de Jose Poncia e Hijos. 5a. Edición. México, 1951.
- 6.- Editorial Porrúa. Código de Derecho Civil para el Distrito y Territorios Federales. Décima Quinta edición 1972.
- 7.- Editorial Porrúa. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Editorial Porrúa. Decima Quinta Edición, 1972.
- 8.- Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisdicción. Bouret. París.
- 9.- Foustel de Coulanges. La Ciudad Antigua.
- 10.-González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa, S.A. 4a. Edición. México, 1955.
- 11.-G. Pachioni. Corso di Diritto Romano. Turín 1922. Tomo 3 Párrafo 1.
- 12.-G. Cabanellas. Diccionario de Derecho Usual. Ed. Argón.-Buenos Aires, 1954. Tomo 3.
- 13.-Goldstein. Derechos Librería a través de la Biblia y

el Talmud. Buenos Aires 1946. 276.

- 14.- Jimenez de Azúa. Tratado de Derecho Penal. Editorial Lozada, S.A. Buenos Aires 1952.
- 15.- Jiménez de Azúa. La Ley y el Delito. México, Buenos-Aires, 1954. 2a. Edición.
- 16.- Lafaille Héctor. Derecho de Familia. Buenos Aires -- 1950.- Núm. 37.
- 17.- Mateos alarcón Manuel. Derecho Civil Mexicano y Estudios de los Códigos de 1870 y 1884. Tomo I. Códigos 118 a 135.
- 18.- Mateus Laurencio. Diritto Criminali de Don Antonio - de Sanalia en Madrid. Comentado Cuarta Edición. Madrid 1870.- Tomo III.
- 19.- Pichardo Estrada Félix. Derecho Romano. Introducción e Historia.
- 20.- Prayones Eduardo. Derecho de Familia. Ed. de Buenos-Aires.- 1924. Núm. 10.
- 21.- Pacheco Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado. Cuarta Edición. Madrid 1870. Tomo III
- 22.- Soler Sebastián. Derecho Penal. Editora Argentina.-- 2a. Edición, Buenos Aires, 1953.
- 23.- Torres Amat F. La Sagrada Biblia. Traductor de la Edición valgata latina.
- 24.- Viada Salvador y Villaseca. Código Penal Reformado - de 1870. Concordado.