

8810734



UNIVERSIDAD FRANCO MEXICANA, S. C. ¹ *Q.E.*

FACULTAD DE DERECHO

"formatio hominis"

**MATRIMONIO Y CONCUBINATO.
SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROSA MARIA ESTRADA LEY

Asesor: Lic. Clotario Margall Aquino

BOULEVARES, MEXICO.

1993

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**Dedico el presente trabajo en Memoria de mis Padres
SRA. GUILLERMINA LEY DE ESTRADA Y LIC. ANTONIO
ESTRADA GARCÍA, a quienes debo todo lo que soy.
"VA POR TI Y PARA TI PAPÁ"**

A mi Esposo y a mis hijos con todo mi amor.

***A mis hermanos : Antonio, Guillermo y Luis, con
profundo cariño.***

La elaboración de esta Tesis, fue llevada a cabo bajo la dirección del Licenciado José Clotario Mergall Aquino, así como la participación del Licenciado Juan Antonio Rangel Charles, a quienes agradezco infinitamente su ayuda para la culminación de mis estudios.

Gracias.

A mis familiares y amigos, con gran afecto.

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	2
CAPITULO I	
MATRIMONIO	
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	5
1.2. DEFINICIÓN	8
1.3. REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.....	9
1.4. EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO.....	16
CAPITULO II	
CONCUBINATO	
2.1. CONCEPTO	25
2.2. EVOLUCION Y ELEMENTOS DE ESA UNIÓN	26
2.3. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CONCUBINOS	30
2.4. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONCUBINATO	32
2.5. SEMEJANZAS Y ANALOGÍAS ENTRE EL MATRIMONIO Y EL CONCUBINATO	35
CAPITULO III	
ROBO	
3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	40
3.2. DIFERENTES CONCEPTOS	44
3.3. EFECTOS JURÍDICOS	46
3.4. ROBO ENTRE CÓNYUGES	51
3.5. ELEMENTOS DEL TIPO	53

CAPITULO IV

BIEN JURÍDICO QUE TUTELA EL DELITO DE ROBO

4.1.	CONCEPTO	64
4.2.	CRITERIO DE DIFERENTES AUTORES	66
4.3.	DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOCTRINA MEXICANA	69

CAPITULO V

DEL ROBO ENTRE CÓNYUGES

5.1.	OBSERVACIONES	74
5.2.	FORMA ESPECIAL DE PERSECUCIÓN EN EL ROBO ENTRE CÓNYUGES ..	78
5.3.	RÉGIMEN MATRIMONIAL	83
5.4.	CASOS DE JUSTIFICACIÓN	85

CAPITULO VI

LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR

6.1.	ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS	90
6.2.	CRÍTICA	97

	CONCLUSIONES	100
--	---------------------------	-----

	BIBLIOGRAFÍA	103
--	---------------------------	-----

**MATRIMONIO Y CONCUBINATO. SUS REPERCUSIONES
EN EL DERECHO.**

INTRODUCCION

Es indudable que a través del tiempo el matrimonio ha constituido una de las instituciones jurídicas más importantes en relación a la regulación de la vida del hombre en Sociedad; dicha organización legal definida y legislada en las diversas etapas evolutivas de la humanidad ha tenido diferentes matices a lo largo de éstas, haciéndose patente que la vida entre el varón y la mujer es un hecho natural que se ha significado desde los tiempos más remotos, ya que se trata de un grupo social primario.

El grupo social primario al que se hace alusión es la familia por la vida gregaria entre padres e hijos, llegando a su perfeccionamiento con la celebración del contrato-matrimonio.

Existe sin embargo, hasta nuestros tiempos esa unión que no reviste las características de un contrato por carecer sin lugar a dudas de los elementos que el legislador le ha constituido para diferenciar la relación perfecta real a una modalidad en relación entre varón y mujer llamada concubinato, puesto que esta relación contiene características específicas y que hacen la diferencia de uno y otro.

Han surgido diversas corrientes en cuanto a cuál debe de ser el bien jurídico tutelado por el matrimonio, el que en opinión propia se configura por la estabilidad e indisolubilidad de la propia familia.

Por otra parte, nuestra Legislación actual contempla el apoderamiento de una cosa mueble, sin derecho ni consentimiento de la persona que con arreglo a la ley puede disponer de ella, delimitándolo perfectamente en la Legislación Penal, conceptuándolo lisa y llanamente como **"delito de robo"**.

Esta figura delictuosa denominada Robo se ha contemplado entre cónyuges, revistiendo en consecuencia una significativa importancia para el legislador regular dicha situación, que es, en algunos de los casos motivo para la desintegración del núcleo familiar que, como anteriormente manifesté es uno de los bienes jurídicos que tutela el matrimonio.

Ante tal situación, se ha regulado en nuestro Derecho Positivo, tomando en consideración diversas corrientes, así como atendiendo nuestra idiosincrasia y forma peculiar de vida en nuestro País.

Surge por tanto la interrogante y ante todo la inquietud del porqué el legislador penal confería características especiales al robo entre cónyuges y no así al perpetrado entre concubinas, siendo que ambas uniones se determinan por los mismos derechos y obligaciones, con la única diferencia de la existencia de previo contrato matrimonial, lo que llevó al normador a dar un tratamiento diferente a estas fórmulas de vida en pareja, generadora de la familia mexicana en contravención a lo prescrito por el artículo 14 de nuestra Constitución, puesto que dicho precepto legal, consigna que ante la ley todos somos iguales, teniendo que pasar un largo tiempo para que el legislador, sin tabúes, ataduras ni reticencias afrontara tal situación, obstáculos eminentemente de orden moralista pero sin fundamento alguno, tal como se advierte del dispositivo jurídico 399 bis, en el cual ahora expresamente se regula la circunstancia del concubino infractor. Es por ello que interesada en este tema, procedo al estudio del mismo, esperando de una manera sencilla pero con toda firmeza, invocar desde mi punto de vista una severa crítica al proceder del legislador penal en cuanto a este tópico, puesto que tuvo que pasar mucho tiempo para que se afrontara esta realidad palpable de nuestro pueblo; así mismo externar un abierto reconocimiento al legislador al regular el procedimiento que se debe seguir en la

actualidad respecto a los concubinos, lo cual se encuentra plasmado en nuestro Código Penal actual.

Con este pequeño preámbulo a manera de introducción me avoco al estudio y exposición del tema:

"MATRIMONIO Y CONCUBINATO. SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO".

1. MATRIMONIO.

1.1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

a) Origen y Evolución del Matrimonio, Antecedentes.

Una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida en todos los aspectos es el matrimonio. Quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y en su evolución de los colosales o abrumadores estados.

Quizá tampoco, ninguna situación o estado tan combatido ni tan arraigado, perpetuo sembrador de ilusiones y de desengaños. Si la expresión se admite, el resumen de todos los ataques implacables y todas las fogosas defensas se traducen en definitiva, en que el matrimonio es una institución perfecta para seres tan imperfectos como los hombres combinados con las mujeres.

Algunos autores han ubicado el origen primario del matrimonio en la promiscuidad primitiva; en las comunidades primitivas existió en principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto la organización social de la familia se reguló siempre en relación a la madre.

"El matrimonio por grupos se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues la creencia mística deriva del testimonio, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan, de ahí la necesidad de buscar unión sexual con las mujeres de una tribu diferente".¹

"De lo anterior se deduce que en un principio predominó el matriarcado como institución reguladora de la familia, para que posteriormente cuando las tribus se vuelven sedentarias se dé paso al matrimonio por grupos, dando origen al régimen sociológico de la exogamia".²

"Con posterioridad y debido a que las diferentes creencias existentes entre las tribus, se generan guerras entre ellas, dando como una de las consecuencias de éstas que la tribu vencedora tomara o raptara a las mujeres, considerándolas como parte del botín de guerra, adquiriendo así al vencedor la propiedad de la mujer y en consecuencia considerándolo como matrimonio por raptó, en donde se deja ver el principio de la base patriarcal, que es consolidado en el matrimonio por compra, en donde es reconocida plenamente la potestad del varón dentro del núcleo familiar, ya que se le reconoce como Padre y esposo a la vez, en el Derecho Romano es reconocido este poder a través del pater-familias sobre los distintos miembros del grupo familiar, plasmándose en el mismo Derecho Romano.

¹ ROJINA VILLIGAS, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano", Editorial Porrúa, México 1975, pag 199

² NOJA G. CAHANELAS. "Diccionario de Derecho Usual", Tomo II, Séptima Edición, Hellasta, S.R.L., Buenos Aires, República de Argentina, 1972, pág. 149 "Exogamia. Obligación, practica u tradición de contraer matrimonio fuera del círculo familiar, racial o territorial"

"El matrimonio por compra a través de la coemptio; venta simbólica de la mujer al futuro marido, quien por ella pagaba un precio".³

Por último, el matrimonio se presenta como una libre manifestación de voluntades entre el hombre y la mujer para hacer vida en común y crear un estado permanente de vida y así dar paso a la procreación de la especie, dando origen al matrimonio consensual "que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera en distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del Estado, o como un acto de naturaleza completa en la que interviene además un funcionario público".⁴

³ GALINDO GARFIAS, IGNACIO, "Derecho Civil", Tercera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1979, pag. 473.

⁴ Rojas Villegas R., Op. Cit. pag. 200.

1.2.- DEFINICIÓN.

El Código de Napoleón reprodujo la definición que Portalis dio del matrimonio diciendo que: ***"Es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino"***. De dicha definición podemos decir que la perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para compartir su común destino no agota meramente el concepto primordial del matrimonio.

La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges pueden ser los motivos para la celebración del matrimonio. Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico radica en que a través de él, la familia como grupo social encuentra adecuada organización jurídica.

El antropólogo Robert H. Lowe, manifiesta que en donde quiera que encontramos un varón y una mujer compartiendo una vida común hallaremos también una forma de matrimonio y una familia.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como la Ley de soluciones familiares de 1917, coplaron la definición de Napoleón dada con anterioridad y por esa copia, esos cuerpos Legislativos son (fueron) acreedores a las mismas críticas de que fue objeto la definición de Portalis.

Planiol dice que el matrimonio es ***"el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no puede romper por su voluntad"***

1.3.- RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

Acorde al sistema regulado por el Código Civil en vigencia, existen dos regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse un matrimonio:

1. El de separación de bienes.
2. El de sociedad conyugal.

La fracción V del artículo 98 del Código Civil dispone que: **"...con la solicitud de matrimonio se presente el convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que se adquieran 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..."**. En consecuencia, la ley no presume ningún sistema, sino que es obligatorio convenirlo expresamente. El oficial del Registro Civil no deberá proceder a la celebración del matrimonio si no se cumple con este requisito previo de fundamental importancia.

En la actualidad se persigue como principal fin el de realizar la seguridad jurídica entre los consortes por lo que toca a sus bienes, de tal manera que la certeza en cuanto al régimen queda definida, no por una presunción legal, sino por un convenio que al efecto celebran los consortes.

Dicho contrato lleva el nombre especial de "Capitulaciones Matrimoniales" que el dispositivo legal 179 de la Ley Civil en vigencia define como "el pacto que los esposos celebran para constituir la Sociedad Conyugal o la Separación de Bienes y reglamentar la administración de estos en uno y otro caso".

Sociedad Conyugal.- Para el estudio de la Sociedad Conyugal es imprescindible analizar sus elementos esenciales y de validez, así como las causas que la extinguen y las cláusulas nulas en relación a dicho sistema.

"El Código Civil de 1884 en sus artículos 1986 a 1995 se refería a la Sociedad Conyugal voluntaria, y a falta de Capitulaciones Matrimoniales expresas se entendía celebrando el matrimonio bajo el régimen de Sociedad Legal, conforme a los artículos 1996 a 2071 del mismo Ordenamiento Legal".⁵

Consentimiento.- El consentimiento sigue las reglas generales de todos los contratos y específicamente se dará por el solo acuerdo de voluntades entre los pretendientes y por lo tanto crear una sociedad en relación a determinados bienes, o sea, si nos referimos en términos jurídicos, a crear una persona moral, dado el Régimen de Sociedad Conyugal que se contiene en los numerales 183 a 206 del Código Civil, en virtud del consentimiento para adoptar determinados bienes, naciendo una verdadera persona jurídica distinta a las personalidades de cada uno de los consortes y con un patrimonio propio; el artículo 189 del cuerpo normativo en cita no deja lugar a dudas, pues en las capitulaciones matrimoniales se crea un activo y un pasivo que viene a constituir el patrimonio de la sociedad.

Objeto.- El objeto directo de la Sociedad Conyugal será el de constituir la persona moral mediante la aportación de los bienes que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran el pasivo.

⁵Idem, págs. 128, 129 y 146.

El objeto indirecto está representado por el conjunto de bienes presentes o futuros y por las deudas u obligaciones que integran respectivamente el activo y pasivo de la Sociedad.

Forma.- Acorde a los artículos 185 y 196 del Código Civil las capitulaciones matrimoniales de la Sociedad Conyugal deberán constar en escritura pública. Asimismo toda reforma que se haga a las capitulaciones deberá también otorgarse en escritura pública, si las mismas requieren para su validez esa formalidad.

Capacidad.- Esta se encuentra reglamentada por el precepto jurídico 181 del Código Civil en vigor, el cual se refiere a la capacidad que exige la Ley para contraer matrimonio; por tanto, los menores de edad también podrán aportar capitulaciones matrimoniales, mismas que serán válidas si consisten en ellas las personas que de conformidad con la Ley deban también dar su autorización para que se celebre el matrimonio.

Terminación de la Sociedad Conyugal.- "Esta puede terminarse durante el matrimonio si así lo convinieran los esposos o cuando esta concluya por divorcio, nulidad o muerte de cualquiera de los cónyuges.

Durante el tiempo que dure el matrimonio puede tener dos causas: por convenio de los consortes o a solicitud de alguno de ellos en los casos previstos por el artículo 188 del Código Civil vigente.

Son causas de extinción de la Sociedad Conyugal las siguientes:

- 1.- Disolución del matrimonio que puede ocurrir por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges.
- 2.- Acuerdo de los consortes liquidando la sociedad.
- 3.- Declaración de presunción de muerte del cónyuge ausente.
- 4.- Los casos previstos en el artículo 188 del Código Civil en los que la sociedad termina a petición de alguno de los cónyuges, por las dos causas que el mismo precepto indica".⁶

Régimen de Separación de Bienes.- Este se encuentra regulado por los artículos 207 a 218 del Código Civil vigente y no presenta ningún problema dado lo accesible a la interpretación del mismo sistema de separación de bienes de los cónyuges.

En este sistema cada uno de los consortes conserva para sí los bienes adquiridos tanto antes de celebrarse el matrimonio como después de llevado a cabo el mismo, reservándose para sí la administración de dichos bienes.

Sin embargo, puede ocurrir y darse una separación parcial, acaeciendo por tanto un régimen mixto; por lo que respecta al tiempo también puede ocurrir una situación intermedia por cuanto a que ésta se pacte durante el matrimonio o se declare mediante una sentencia.

Los artículos 207 y 208 de la Normatividad Civil admiten las siguientes posibilidades:

⁶ Idem, págs. 330, 331, 332 y 333.

- a).- Régimen de Separación de Bienes pactados tanto para los bienes adquiridos antes del matrimonio como para los adquiridos después de celebrarse éste.

- b).- Régimen de Separación de Bienes pactado para que aquellos bienes que fueran adquiridos con antelación de la celebración del matrimonio, convirtiéndose en Sociedad Conyugal para los que se logren después de la celebración del matrimonio.

- c).- Régimen Parcial de Separación de Bienes, el cual se surte cuando las capitulaciones se pacten durante el matrimonio, esto es, que bien pudo existir primero separación de bienes o bien sociedad conyugal o viceversa.

- d).- Régimen Mixto, en cuanto se acuerde que existe la Sociedad Conyugal para ciertos bienes y separación para otros. A manera de ejemplo se podría citar la existencia de Sociedad Conyugal para las cosas muebles y la Separaciones de Bienes para los inmuebles.

Cabe señalar que es importante hacer mención en cuanto a la forma, efectos, bienes adquiridos en común por donación, herencia, legado o cualquier otro título y efectos de la Separación de Bienes en cuanto al usufructo legal.

- a).- **Forma.**- Por lo que ve a la forma en las capitulaciones de la Separación de Bienes, no será necesario que consten en escritura pública. Para su validez bastará sólo el convenio privado que debe ser acompañado con la

solicitud de matrimonio, en términos de lo dispuesto por los artículos 98, en concordancia al diverso 99, fracción V, de la invocada Ley Civil.

Si este régimen se pactare durante el matrimonio se deberán observar las formalidades exigidas para la transmisión de los bienes de que se trate; aquí se actualiza la hipótesis de la preexistencia de una Sociedad Conyugal, pues de acuerdo al Código Civil vigente la disyuntiva se impone: si no hubo Separación de Bienes, hubo entonces Sociedad Conyugal con antelación, por tanto para la transmisión de los bienes que fueron comunes en la Sociedad Conyugal y que en lo sucesivo por liquidación de ésta deberán repartirse entre los cónyuges, para lo cual se requerirá escritura pública si se trata de inmuebles o derechos reales inmobiliarios cuyo valor exceda de quinientos pesos.

Además de las formalidades mencionadas, las capitulaciones que estipulen la separación de bienes deberán contener un inventario en el cual se especifiquen los bienes de cada cónyuge, anteriores al matrimonio y una nota de las deudas que al casarse tenga cada consorte, tal y como lo dispone el artículo 211 del Código Civil en vigor.

- b).- **Efectos.**- En este régimen los consortes conservarán cada uno la total propiedad y además la administración de los bienes que respectivamente les correspondan con sus frutos y accesorios, asimismo serán propios de cada cónyuge los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que tuvieran por servicios personales, por el desempeño de un empleo o por el ejercicio de su profesión, comercio o industria.

- c).- **Bienes adquiridos en común por donación, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito.**- También a los usos anteriores se aplica el régimen de Separación de bienes, pero siempre y cuando se realice la división, dado que si se adquieren en común por ambos cónyuges, serán administrados éstos de común acuerdo o bien por uno de ellos de conformidad con el otro.
- d).- **Efectos de la Separación de Bienes en cuanto el usufructo legal.**- El articulado Civil en su dispositivo jurídico 217 estatuye: "El marido y la mujer que ejerzan la patria potestad se dividirán entre sí, por partes iguales, la mitad del usufructo que la ley les concede".

Por lo anterior, este régimen se extiende al usufructo legal que corresponde a los que ejerzan la patria potestad sobre la mitad de los bienes de sus descendientes, siempre que éstos no hayan sido adquiridos en virtud del trabajo de éstos últimos, otorgándose preferencia a los alimentos de los menores y sólo en caso de que éstos queden satisfechos, podrán los que ejerzan la patria potestad dividirse el excedente acorde a lo prescrito por el invocado numeral 217 del Cuerpo de Leyes en cita.

1.4.- EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO.

Sobre el particular se puede decir que los efectos jurídicos del matrimonio se producen desde tres puntos de vista: **

- 1.- Entre consortes.
- 2.- En relación con los hijos.
- 3.- En relación a los bienes.

En cuanto al primer punto el maestro Rafael Rojina Villegas manifiesta: "En el matrimonio tales derechos subjetivos principalmente se manifiestan en las facultades siguientes:

- 1.- El derecho de la vida en común, con la obligación correlativa de la cohabitación.
- 2.- El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente.
- 3.- El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos.
- 4.- El derecho y la obligación de alimentos con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua".⁷

Por lo anterior, es de suma importancia analizar cada uno de los puntos precisados en líneas precedentes.

⁷ Idem., págs. 307 y 309.

- a).- ***El derecho a la vida en común con la obligación correlativa de cohabitación.*** "Es 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 que constituye la relación jurídica fundante de la cual dependen un conjunto de relaciones jurídicas que podemos denominar fundadas o derivadas. La vida en común implica la relación jurídica fundante, porque si no se realiza, no podrán cumplirse las relaciones jurídicas fundadas".⁶

Al respecto estamos de acuerdo con lo expuesto por el maestro, ya que consideramos que el mejor medio para satisfacer las necesidades propias del matrimonio es el de realizar una vida en común, en la que se permita a la pareja no sólo el acercamiento, sino la identificación total en todos sus aspectos, tanto físico como moral y, por lo tanto, como consecuencia surge la necesidad y obligación moral de brindarse ayuda dentro de un mismo techo.

- b).- ***El derecho a la relación sexual con el débito carnal correspondiente.*** Es sin lugar a dudas otro de los puntos importantes, "...se trata de una forma sui-generis que sólo puede existir, como es evidente, en este tipo de relación inter-subjetiva, ya que cada uno de los sujetos está facultado para inferir en la persona y conducta del otro, pero en forma íntima, que impone la relación sexual".

⁶ Idem., pag. 310

"....Evidentemente que, como en todos los problemas del Derecho Familiar debe de prevalecer el interés siempre superior de la familia, de tal suerte que, en el caso se trata no solo de una función biológica, sino también de una función jurídica".

"....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".⁹

Sobre el particular es prudente señalar que este punto se encuentra íntimamente ligado con el deber de fidelidad, el cual trataremos con oportunidad, ya que la relación sexual entre la pareja es la continuación a la primera etapa del matrimonio, la que constituye por un simple acuerdo de voluntades en el que intervienen factores tanto morales como físicos y de ahí que si la pareja en principio estuvo acorde y cumplió con las formalidades requeridas para celebrar el matrimonio, adquiere la obligación y el deber a la relación sexual. El artículo 156 del Código Civil en su fracción VIII, hace alusión a este derecho, manifestando que es impedimento para celebrar el contrato de matrimonio "la impotencia incurable para la cópula..."; asimismo el numeral 246 de la invocada normatividad estatuye "la nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en la fracción VIII del artículo 156, sólo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días, contados desde que se celebró el matrimonio". En este dispositivo legal encontramos que la acción debe ser aducida dentro del término de los sesenta días a la fecha posterior de la celebración del matrimonio, ya que de no ser así

⁹ Idem, pag. 313

se sobreentenderá que tal impotencia sobrevino con posterioridad y por ello precluyó tal derecho. Por otra parte, la fracción VI del artículo 267 cita como causal de divorcio "...Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después, de celebrado el matrimonio". Aquí apreciamos nuevamente la alusión a la frase "La impotencia incurable", pero en el caso es dable el pensar que ésta sobreviene como consecuencia de alguna de las enfermedades citadas al principio del aludido numeral.

c).- **El Derecho a la Fidelidad.**- Es este también un punto de suma importancia a tratar, dado que al respecto encontramos que la Ley tutela este derecho, pues su inobservancia traerá como consecuencia la comisión del tipo penal de Adulterio. "...El derecho a exigir la fidelidad y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la Ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa y, por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones de intimidad con persona de otro sexo, que sin llegar al adulterio si implican un ataque a la honra y al honor del otro cónyuge".

"...La creencia vulgar de que las relaciones íntimas que tenga un cónyuge con persona de otro sexo, sin llegar al adulterio, no se encuentran sancionadas jurídicamente, sólo podría ser exacta desde el punto de vista estrictamente penal, pero el derecho civil es evidente que conceda una acción al cónyuge ofendido para exigir el divorcio por injuria grave. Si solo hubiere sanción al deber de fidelidad para el caso de adulterio, peligraría

la institución matrimonial, y razones de seguridad jurídica y de interés público motivan la necesidad de admitir las conclusiones anteriores".¹⁰

Es innegable que en el curso de la vida actual, nos encontramos ante un sinnúmero de problemas de índole social, entre los que podemos destacar el problema demográfico y de sobrepoblación, factores que en un momento determinado, a mi juicio podrían influir en el derecho a la fidelidad, puesto que las inter-relaciones entre el hombre y la mujer podrían otorgar cierto margen para que en determinado momento se llegara a fallar al derecho y deber de fidelidad. No obstante lo anterior, coincidimos con el maestro Rojina Villegas, ya que en cualquier situación en la que se encuentre uno de los cónyuges para faltar a ese derecho, no justificará su proceder y si en cambio, constituirá una grave ofensa para el honor del cónyuge afectado, lo que pondría en riesgo la estabilidad del matrimonio.

- d).- **Derecho de asistencia y ayuda mutua.** Este es otro de los derechos que contemplan los efectos jurídicos del matrimonio entre consortes. "...Una de las principales manifestaciones del derecho obligación que analizamos es la relativa a la prestación de alimentos que la Ley impone a los consortes; pero, fundamentalmente, no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial. El deber del socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De esta suerte tenemos un contenido moral en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el

¹⁰ Idem, págs. 314 y 317

artículo 147, así como por el 162, bajo los términos de "ayuda mutua" y "socorro mutuo".¹¹

De lo anterior podemos deducir que el deber de ayuda mutua no solo se refiere al aspecto económico de la vida de la pareja dentro del matrimonio, sino que, también existe el deber a la ayuda moral que se deben entre sí los consortes. Por lo que ve al factor económico deberá de entenderse a éste como uno solo, es decir, que la pareja tendrá que caminar de la mano y no dividirse las cargas en forma individual, configurándose como un total único que evitará que cada uno de los cónyuges soporte las cargas en forma individual y prueba de ello es que aunque el matrimonio se llegará a desintegrar, las cargas derivadas del vínculo proseguirían mancomunada y solidariamente entre la pareja, tal y como lo dispone el artículo 323 del Ordenamiento Civil en comento.

En efecto, al desintegrarse el vínculo matrimonial las cargas atudidas no se extinguen, sino que se extienden para con los hijos en lo referente a su manutención, si éstos no cuentan con los recursos suficientes para proveerse de las necesidades más primordiales.

¹¹ Idem, pág. 318.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO EN RELACIÓN A LOS HIJOS.

El propio autor define que estos efectos pueden apreciarse desde tres puntos de vista:

1. Para atribuirles la calidad de hijos legítimos;
2. Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio de sus padres; y
3. Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.

Por su importancia, cabe hacer un breve estudio y análisis sobre estos puntos.

- 1).- El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo. El artículo 324 del Ordenamiento Civil dispone:

Se presume hijos de los cónyuges:

- I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término

se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

- 2).- Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres.- Los artículos 350 y 354 del Código Civil regulan esta importante consecuencia que en nuestro Derecho sólo puede obtenerse por el matrimonio y no por un Decreto del Jefe de Estado.
- 3).- Certeza en cuanto a los derechos y obligaciones que impone la patria potestad.- En nuestro derecho a diferencia de otras legislaciones, el matrimonio no atribuye efectos respecto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales.

Por este motivo, nuestro Código Civil al regular la patria potestad no toma en cuenta la calidad del hijo legítimo o natural, sino que confiere este poder al padre y madre, a los abuelos paternos y maternos, conforme el orden reconocido en el invocado Ordenamiento Legal en su dispositivo jurídico 420, primero los padres, a falta de ellos a los abuelos paternos y en su defecto a los abuelos maternos. En los artículos del 415 al 418, expresamente el Código regula el ejercicio de la patria potestad para el caso de hijos naturales. Por consiguiente, el matrimonio solo viene a establecer una certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad respecto de los hijos legítimos.

En la mayoría de las legislaciones el matrimonio sí produce efectos; por lo que se refiere al padre se requiere que se trate de hijos legítimos para que ejerza la patria potestad respectiva, con el conjunto de derechos y obligaciones. En cuanto a la madre generalmente se admite que, tratándose de hijos naturales, a ella le corresponde la patria potestad. Existe un sistema distinto conforme al cual, tratándose de hijos naturales, no se reconocen los efectos de la patria potestad, sino que se somete a los menores a una tutela especial.

Partimos del supuesto de que se trata de hijos naturales reconocidos, pues faltando el reconocimiento o una sentencia que declare la paternidad o maternidad, es evidente que también en nuestro Derecho solo cabe el régimen de la tutela, dado que los padres son desconocidos. El problema por consiguiente, se plantea para los casos de los hijos naturales reconocidos a efecto de determinar si quedan sujetos a patria potestad o a tutela".¹²

¹² Idem., págs. 309, 310, 313, 314, 317, 318, 334, 335 y 316

2. EL CONCUBINATO.

2.1. CONCEPTO.

El Maestro Rafael de Pina Vara define el concubinato de la siguiente manera:

"La unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad".¹³

En otras palabras, este vínculo es de hecho unión libre. La actitud que asume el Derecho en relación con el concubinato es el problema moral más importante que se tiene en el Derecho de familia y, más que un problema de tipo jurídico, político o de regulación técnica es principal y fundamentalmente una cuestión de orden moral.

¹³ DE PINA VERA, RAFAEL, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, México.

2. EL CONCUBINATO.

2.1. CONCEPTO.

El Maestro Rafael de Pina Vara define el concubinato de la siguiente manera:

"La unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad".¹³

En otras palabras, este vínculo es de hecho unión libre. La actitud que asume el Derecho en relación con el concubinato es el problema moral más importante que se tiene en el Derecho de familia y, más que un problema de tipo jurídico, político o de regulación técnica es principal y fundamentalmente una cuestión de orden moral.

¹³ DE PINA VERA, RAFAEL, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, México.

2.2. EVOLUCIÓN Y ELEMENTOS DE ESA UNIÓN.

El concubinato es una forma de relación sexual muy antigua. En Roma era una institución expresamente reconocida a la que se atribuía un rango inferior al matrimonio. Era una forma de unión entre personas de distinto sexo. La mujer no adquiría la consideración de casada y los seguían la condición del padre, no de la madre. Este concubinato de consecuencias jurídicas, las cuales aunque van en aumento poco a poco nunca llegan al nivel del matrimonio.

Era el concubinato, en ocasiones, una forma de unión impuesta cuando se quería eludir los obstáculos constituidos por la existencia de determinadas condiciones de clase que deberían concurrir para celebrar las justas nupciales, entre personas de diferentes categorías sociales.

El Emperador Constantino estableció sanción contra el concubinato, sin perjuicio de la protección debida a los hijos nacidos de esta unión, a los que reconocía cierta participación en la herencia del padre.

En el antiguo derecho español, esta figura de unión tuvo una regulación encaminada principalmente a la tutela de los hijos.

En la actualidad existen algunas personas entre nosotros que pretenden cerrar los ojos ante la realidad social que representa el concubinato y proceden con una incompreensión lamentable. Asombrarse de que existe equivale a ignorar por completo las circunstancias que determinan al concubinato, tanto aquí como en los países en que se representa como una fórmula de unión para la

vida entre personas de distinto sexo, vinculadas y constituidas sin formalidad legal alguna.

El "remedio" que se encuentra para acabar con el Concubinato, por cierto remedio único, no está en estatuir junto al matrimonio formal y solemne otra especie de matrimonio de segunda, menos formalista y solemne, que en fondo, lo único que vendría a constituir sería un concubinato disfrazado, sino a elevar el nivel económico, moral y cultural de la población.

Aquí en México las autoridades vienen realizando una intensa campaña social encaminada a la regularización legal de estas uniones de hecho, acción que hasta ahora ha dado un resultado realmente venturoso tendiente a lograr poner término a estas situaciones irregulares mediante la aceptación del matrimonio civil por los concubinos.

Aunque en ciertos casos, el concubinato tiene actualmente su origen en la ignorancia y la miseria, el único instrumento para combatirlo racionalmente sería el atacar de raíz la causa de estas plagas sociales y no cerrar los ojos ante una realidad palpante. Pero la acción más conveniente y eficaz y sobre todo más respetuosa al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sería la que mencionamos con antelación y que es "La aceptación del matrimonio civil por los interesados".

A manera de ejemplo, otra fórmula que han propuesto como solución del problema social del concubinato consiste en instituir dos tipos de matrimonio civil, uno para pobres y otro para ricos; en esto se puede apreciar que dicha

idea no es acorde para la solución de este tipo de problema, como lo es la unión libre o el concubinato.

Los elementos constitutivos del concubinato serían los siguientes:

- I). Un elemento de hecho consistente en la posesión de estado de los concubinos para tener el "nomen", el "tractatus" y la fama de casados, es decir, vivir como marido y mujer semejando la unión matrimonial.
- II). Una condición de temporalidad que puede ser entendida implicando continuidad, regularidad o duración en la relaciones sexuales; o bien, frecuencia, permanencia o hábito en las mismas. Con relación a este elemento, con anterioridad hemos indicado que el artículo 1635 de nuestro ordenamiento civil traduce el elemento temporal a una duración de cinco años en cohabitación.
- III). Una condición de publicidad; la Ley Francesa de 1912 requiere para la investigación de la paternidad que se trate de un concubinato notorio, por lo tanto, la clandestinidad en el mismo impide que se le tome en consideración para ese efecto jurídico.
- IV). También una condición de fidelidad.
- v). Una condición de singularidad; esta condición requiere la existencia de una sola concubinata.

- VI). Un elemento de capacidad; este consiste en exigir a los concubinos la misma capacidad que se requiere para contraer matrimonio, principalmente el de que sean libres legalmente, es decir, que no exista el impedimento de diverso vínculo anterior.
- VII). Un elemento moral; este último requisito es el que tiene, desde luego, mayor validez para que el derecho pueda tomar en cuenta al concubinato.

2.3. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CONCUBINOS.

La primera posición que ha asumido el Derecho en relación a los concubinos es que no se considera como un hecho ilícito para sancionarlo, ni tampoco una unión antijurídica que produzca relaciones legales entre las partes. Ante tal actitud, se estima que el Concubinato es una unión de hecho, como podrían serlo la amistad o los convencionalismos sociales. (Reglas de educación, de cortesía, de urbanidad, etc.).

También las consecuencias jurídicas respecto a los hijos parten de un criterio moral, pues considera que si entre los concubinos no deben tomar partido alguno, la regularización jurídica sí es necesaria para proteger a los hijos, determinando sobre todo la condición en relación con el padre. Tal es la posición adoptada por nuestra legislación civil en vigor, al reconocer ciertos derechos a la concubina para heredar o recibir alimentos en la sucesión testamentaria. El artículo 383 de dicha normatividad estipula:

"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I). A los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II). Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".

Otra postura que rara vez ha sido asumida por el Derecho; en la época de la República, el concubinato se consideró como un simple hecho que pudo ser

"Stuprum" o "Adulterio", según mediase las circunstancias configurativas de esos injustos. En el Derecho Canónico, primero se siguió la tendencia Romana, pero después se consideró que el concubinato implicaba un delito de naturaleza aún más grave que el fornicario, dado que constituía un estado continuo de fornicación. Con posterioridad se llegó a excomulgar a los concubinos y se autorizó el uso de la fuerza pública para romper tales uniones.

La siguiente actitud tomada por el Derecho respecto a este tópico, ha constituido en regularlo jurídicamente para reconocer una unión de grado inferior. En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil en vigencia tiende a dar efecto al concubinato entre las partes y no sólo para beneficiar a los hijos, independientemente de las disposiciones que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación. Se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubinario si vivió con éste como si fuera su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o si tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el de "cujus" no hubiere tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las disposiciones antes anotadas, exigir una pensión de alimentos dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario.

2.4. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONCUBINATO.

La calificación de matrimonio de hecho que se le aplica corrientemente al Concubinato, no pretende negar que produce determinadas consecuencias jurídicas, negativa que, por otra parte, quedaría desautorizada con la simple lectura de algunos de los artículos del Código Civil para el Distrito Federal en vigor; en efecto, dicho cuerpo de Leyes atribuye a esta unión determinados y bien precisados efectos. (En particular con lo referente a la sucesión testamentaria). Este fenómeno de unión de hecho, entre las clases populares, especialmente en la ciudad, constituye una realidad que el legislador no puede desconocer, por lamentable que sea.

El reconocimiento de determinados efectos que nuestra legislación civil contiene respecto al concubinato, aunque fueran bien limitados, han suscitado múltiples censuras que, en verdad carecen de un real y serio fundamento. Los legisladores de acuerdo a los tiempos, en aquellas sociedades en que el concubinato se presenta como una realidad insoslayable ha tenido necesariamente que entregarle efectos más o menos considerables, por razones de humanidad y en defensa de la concubina y de los hijos nacidos de la unión libre, mas que en lo que el concubinato representa en sí. El Código Civil no protege el Concubinato ni los efectos que le reconocen son susceptibles de que lo domine el legislador; únicamente se limita a reconocer la existencia de esta realidad, ante la cual no puede cerrar los ojos.

"El concubinato, es una situación de hecho susceptible de ser probado en cualquier medio". (Anales de Jurisprudencia, T.LXVII, Pág. 25).

La Ley Federal de la Reforma Agraria, en su dispositivo jurídico 82 establece que se otorgará a la concubina la sucesión de los derechos agrarios del ejidatario en las circunstancias que señala. Por otra parte, el derecho a la pensión que por fallecimiento de un militar corresponde a la concubina, que de acuerdo a la Ley de Retiros y Pensiones Militares, ha sido reconocida y sostenida por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, con un criterio amplio y generoso, declarando a este respecto que **"...es evidente que el derecho moderno, en sus recientes disposiciones, especialmente en las de carácter laboral; ha ampliado a tal extremo los beneficios que deben reconocer a la concubina, que con las limitaciones y existencias a que las mismas se refieren, la equipara a la esposa legítima"**. (Revista Fiscal 321/1954, resuelta el 2 de febrero de 1955).

Para que la concubina pueda ser considerada como tal, en términos del artículo 1635 del Código Civil, el Tribunal Superior, de Justicia del Distrito Federal ha expresado los requisitos que deben concurrir, bajo el siguiente tenor:

"...Concubina es la mujer que vive y cohabita con un hombre, como si fuera éste su marido, es decir, que faltándole únicamente la solemnidad legal del matrimonio, es la compañera fiel, honesta y obligada del hombre con quien realiza el concubinato, llegando a ser madre de sus hijos, y formando con él un hogar, que ha sido respetado hasta por la intransigencia religiosa, pues desde el primer concilio de Toledo, resumió el año 400, y en el que se excomulgó al hombre casado que tenía tratos sexuales con una barragana (concubina) no fue desechado de la comunión.

El soltero que tenía una concubina, dándole el lugar de la esposa, lo que hizo decir al abate Andrés, en su libro *La Moral del Evangelio*, publicado en París a mediados del siglo XVIII que "En todo rigor de derecho, no debía llamarse concubinario nada más que al que tiene una concubina con su propia casa". Este concepto así como la tradición jurídica española, inspira a los autores de nuestro Código Civil cuando redactaron el artículo 1635 del citado cuerpo legal, que dispone que la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido, durante los últimos 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 conforme a las reglas que el propio Artículo señala". (*Anales de Jurisprudencia T. LII, pág. 5*).

2.5. SEMEJANZAS Y ANALOGÍAS ENTRE EL MATRIMONIO Y EL CONCUBINATO.

Para poder equiparar el Concubinato con el matrimonio se necesita estudiar diferentes sistemas, los cuales los analizaremos:

Primeramente veremos el Código del Matrimonio; la tutela que se hace en Rusia hace una equiparación entre el matrimonio celebrado ante el Oficial del Registro Civil y la unión que por mutuo acuerdo se establece entre el hombre y la mujer que han llegado a la edad núbil para originar un estado de vida más o menos permanente.

En el artículo III, se dice a la letra ***"Las personas que vivan maritalmente de hecho y cuyo matrimonio no esté registrado conforme al sistema establecido, tiene el derecho de formalizar en cualquier momento sus relaciones mediante el registro indicado el plazo en que efectivamente hubiesen vivido en común"***,

En el Artículo XII se decía lo siguiente: ***En el caso de que el matrimonio no se haya registrado, el tribunal admitirá como pruebas de cohabitación la existencia de ésta junto con una economía común, la exteriorización de relaciones de carácter matrimonial ante terceras personas, en la correspondencia personal y otros documentos, así como las circunstancias del caso, el sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos, etc....***

En la relación que antecede se desprende que el Código Ruso hace una absoluta equiparación entre el matrimonio y el concubinato siempre que éste reúna las siguientes condiciones:

1. Cohabitación marital.
2. Economía común entre las partes.
3. Exteriorización de las relaciones maritales ante terceras personas.
4. Sustento material recíproco o mutua educación de los hijos, si los hubiere.

El Código derogado de Tamaulipas exponía en su artículo 70 "Para los efectos de la Ley, se considerará matrimonio la unión, convivencia y trato sexual continuado de un solo hombre con una sola mujer". Tal precepto del referido Código daba el paso más arriesgado en esta materia; equiparar en forma absoluta el concubinato con el matrimonio, claro, con la salvedad de que el concubinato con ciertas condiciones para poder ser elevado al rango de una unión que produzca efectos iguales al matrimonio. Esto es así, pues tal Ordenamiento Jurídico definía el concubinato como: Una convivencia y trato sexual de un solo hombre con una sola mujer, pero, afortunadamente, dicho numeral exigía determinadas condiciones. Si el pluricitado numeral se hubiese limitado a tal definición habría concubinato entre la unión entre hermanos o ascendientes o descendientes o con persona que hubiera graves impedimentos para celebrar lo que tradicionalmente llamamos matrimonio. El siguiente artículo se exige fundamentalmente para que la unión concubinaria del Código de Tamaulipas produzca los mismos efectos que el matrimonio y sea considerada como tal, que las partes tengan la capacidad jurídica suficiente para poder unirse.

Y en este dispositivo legal se enumeran los impedimentos que los demás Códigos de la República estiman, valga la redundancia, como impedimentos para celebrar matrimonio, es decir, el no haber cumplido determinada edad, el parentesco por consanguinidad o por afinidad en línea recta, el parentesco colateral entre hermanos, etc.

También contemplaba la existencia de un matrimonio anterior porque de lo contrario ya habría adulterio y bigamia. El enajenado no podría celebrar esta unión que el Código de Tamaulipas, para ese caso ya no llamaba matrimonio y que sería simplemente una unión de hecho.

Posteriormente, ya en una reglamentación de los actos del Registro Civil, se permite en el Código de Tamaulipas que quienes lleven esa vida marital de hecho, la registren para tener un Acta Matrimonial.

Pero existió en Tamaulipas el matrimonio registrado y el matrimonio no registrado, exactamente como en el Código de la Familia de las Repúblicas Socialistas Soviéticas. Puede el matrimonio existir como tal matrimonio sin registro, pero lo fundamental es la unión de esas condiciones, o bien, puede el matrimonio ser formalizado como un acto del Registro Civil para tener la prueba auténtica de su celebración.

El artículo 43 de la Constitución de la República de Cuba está concebido en los siguientes términos:

"Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será

equiparada por su estabilidad y su singularidad, al matrimonio civil". En el precepto transcrito, el Concubinato ya no es un matrimonio de grado inferior, sino que hace una equiparación absoluta con la unión legítima, pero se deja a la decisión de los tribunales que principalmente deben fundarse en razones de equidad para resolver en este sentido, siempre y cuando las partes tengan capacidad legal para contraer matrimonio y hayan realizado una unión estable y regular.

En ese orden de ideas, se puede apreciar por los sistemas anteriormente estudiados que parece inmoral y escandaloso sostener que el Concubinato con determinadas condiciones surte efectos jurídicos semejantes al matrimonio, como lo pretende el Código Civil de Morelos, al darle derecho a la concubina para heredar y para exigir alimentos, o bien, la solución radical del Código de Tamaulipas, o la fórmula más sensata contenida en la Constitución Cubana.

Nótese que sólo existe una diferencia formal entre concubinato y matrimonio; el matrimonio simplemente difiere de esta unión, ya que ante el Oficial del Registro Civil se ha manifestado la voluntad y se ha firmado un Acta, es decir, una cuestión simplemente de formalidad. En la unión de hecho, la voluntad se ha manifestado día a día con esa ventaja sobre el matrimonio; que siendo al principio unión que en cualquier momento puede destruirse, disolverse, ha logrado permanencia y estabilidad, es decir, hay sinceridad, espontaneidad en la unión y si esa unión tiene socialmente la importancia de ser base de una familia, si se han procreado hijos, si la concubina se mantiene en una conducta igual a la de la esposa, no vemos la razón por la cual no venga la Ley en auxilio de ella, a reconocer determinados derechos, por ejemplo, el derecho a

alimentos, para que no pueda ser abandonada en cualquier momento por el concubinario.

Es un hecho real y palpable que existe ya una familia formada y el legislador no puede permanecer indiferente ante este hecho.

3. ROBO.

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Sobre el particular, el maestro Francisco González de la Vega manifiesta: "Los antecedentes históricos que pueden ser utilizados para la explicación retrospectiva de nuestros preceptos legales vigentes en materia de robo son, principalmente, los principios del Derecho Romano acerca de las diferentes sustracciones de la propiedad (*furtum*) y las reglamentaciones francesa y española, la primera relativa al delito de robo y la segunda referente a hurto y robo.

"...Los juristas latinos llamaban en general *furtum* a los delitos consistentes en apropiarse las cosas ajenas, distinguiéndose las siguientes clases:

1. Hurto en general y sobre todo, de bienes privados,
2. Hurto entre cónyuges,
3. Hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*sacrilegium*) o al Estado (*peculatus*),
4. Hurto de cosechas,
5. Hurtos calificados de la época imperial (para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los fracturadores, para las circunstancias de nocturnidad, etc.), y
6. Hurto de herencias.

El hurto violento, sin quedar excluido del concepto general de *furtum*, se consideraba como un delito de coacción.

" Dentro de la noción amplísima del hurto romano se incluían, sin tipificarlos especialmente, las modernas nociones diferenciadas de robo, abuso de confianza, fraudes y ciertas falsedades, por estimarse su elemento común el ataque lucrativo contra la propiedad. Según sentencia del jurisconsulto Paulo, recogida por el Digesto y las Institutas, *furtum est contractatio fraudulosa, lucri faciendi causa, vel ipsius rei, vel aliam usus ejus, possessionisve.*

Los elementos del furtum eran:

- a) La cosa debería ser mueble.
- b) La contractatio, o sea el manejo, tocamiento o, en tiempos posteriores, la sustracción de la cosa.
- c) La defraudación, consistente en que la apropiación había de ir encaminada al enriquecimiento ilegítimo del que la lleva a cabo; y
- d) El perjuicio, la apropiación indebida no era punible sino cuando hubiere causado algún daño a los bienes de otro.

" Debido a la influencia romana, en principio el Derecho Penal Francés no pudo delinear específicamente el delito de robo y no fue sino hasta el Código Penal de 1910, en donde se tipificó a este delito, diferenciándolo de otros delitos como: el abuso de confianza, el fraude y las destrucciones o perjuicios a las cosas.

"... El Artículo 379 del Código Francés, define al delito de robo de la siguiente manera: *Qui conque a sustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol. "cualquiera que sustraer fraudulentamente una cosa que no le pertenece es culpable de robo".*¹⁴

De la anterior definición se desprenden los elementos que constituyen el delito de robo y que son:

1. La cosa mueble.
2. La sustracción fraudulenta; y
3. Que la cosa sustraída pertenezca a otro.

Comparativamente, el Código Francés difiere del Mexicano en que el concepto de sustracción es más limitado que el elemento "apoderamiento". Para nuestro Ordenamiento Legal bastará que el ladrón realice la aprehensión de la cosa, aún cuando inmediatamente la abandone o lo desapoderen de ella; en cambio, la sustracción fraudulenta, elemento del delito en Francia, supone dos movimientos sucesivos pero distintos; en primer lugar, el apoderamiento, es decir la aprehensión, manejo o la maniobra sobre la cosa y, en segundo lugar, el enlevement, o sea el desplazamiento de ésta, su movilización que da como resultado la consumación del cambio de la posesión del legítimo detentador al autor del hecho punible.

"... Por su parte la legislación Española señalaba en sus artículos 493 y 505, I párrafo: *"son reos del delito de robo los que con ánimo de lucrarse se*

¹⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, Ob. Cit. Editorial Porrúa, México, D.F. págs. 163, 164 y 365.

apoderan de las cosas mueble ajenas con violencia o intimidación en las personas, o empleando fuerza en las cosas".

(Párrafo 1 del Artículo 505) **"Son reos de hurto, los que con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño".**¹⁵

De las definiciones que anteceden se evidencia una distinción que las leyes españolas hacían de los delitos de robo y del hurto, lo que no acontece en nuestra legislación actual, toda vez que ésta presenta dos modalidades o singularidades de conformidad a las circunstancias de su comisión: será robo ordinario o simple el perpetrado sin violencia física o moral; será robo con violencia aquél en el que se logra el apoderamiento por medio de la fuerza física o por intimidaciones de índole moral.

¹⁵ Idem., pag. 166

3.2. DIFERENTES CONCEPTOS.

El Código Penal en vigor, en su numeral 367, define dicha figura reprochada de la siguiente manera: ***"Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la Ley"***.

"...Esta definición se tomó del Código de 1871, Artículo 368, que repite en su Artículo 1112 del Código de 1929, sólo que tanto el Código de 71 como el de 29, prestan mayor atención al robo con violencia a las personas, como lo define el primero, o al robo con violencia, como lo define el segundo, pues a él se refieren ambos ordenamientos en sus capítulos separados, y no en el mismo capítulo, como en el Código vigente, que lo limita a simple circunstancia agravante.

"...La terminología que usan nuestros Códigos, robo simple y robo con violencia, de clara ascendencia francesa, no es, sin embargo, la comúnmente aceptada en el Derecho Comparado, pues las distintas legislaciones suelen emplear varias denominaciones".

"...Los Códigos que, como el nuestro, han seguido el sistema francés en cuanto a la denominación, como lo hace Austria, Bélgica, Groenlandia, Finlandia, Liechtenstein, Luxemburgo, San Marino y la extinta Checoslovaquia, aceptan la distinción entre el robo simple y robo con violencia; otros como el de Bulgaria se refiere en su Código a robo y vandalismo; España y con ella casi todos los países latinoamericanos, distinguen al hurto del robo, correspondiendo el primero a nuestro robo simple.

y el segundo al robo con violencia; Grecia distingue también el robo del latrocinio como lo hace Islandia, Rumania, Suiza, Suecia, Turquía; El Código soviético y el yugoeslavo, además de establecer dicha distinción agregan otras figuras como el pillaje, el bandidismo, etc. y otros; finalmente, en capítulo o en secciones agrupan la malversación con el robo y el hurto; el chantaje con el latrocinio; el fraude con el abuso de confianza, como aparece en los Códigos de Alemania, Noruega, etc.". ¹⁶

¹⁶ CARDENAS F., RAUL, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, 1977, Págs. 92 y 93.

3.3. EFECTOS JURÍDICOS.

Al respecto, el Maestro Francisco González de la Vega expone: **"Grave problema ha sido para todas las legislaciones, presentes y pretéritas, encontrar adecuado sistema punitivo para el delito de robo. El acentuado polifasismo de éste ha dificultado grandemente la solución del problema, independientemente de que las técnicas adoptadas no pueden reputarse definitivas, por la constante variación de las circunstancias que la motivan"**. Variados y complejos son:

- a). Los derechos protegidos por la sanción del robo,
- b). Las causas del delito,
- c). Los móviles y finalidades que lo presiden,
- d). Las formas de su comisión,
- e). Las circunstancias personales del infractor y las de modo y lugar; y
- f). Los efectos dañosos que pueden producir en la víctima".¹⁷

Es indudable que los derechos protegidos por la sanción del robo son los que se refieren al patrimonio de las personas afectadas, el cual no se limita únicamente a la propiedad, sino que, abarca cualquier derecho posesorio sobre la cosa mueble, por lo que se configura como un delito que lesiona la propiedad, misma que se ve afectada por la conducta del sujeto activo con el apoderamiento ilícito.

Las causas del delito son sin lugar a dudas muchas y muy variadas, aún más en este mundo actual saturado de problemas de toda índole, en el que las

¹⁷ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, Ob. Cit. pág. 179.

clases desprotegidas, las cuales suman la mayoría, se enfrentan a los poderosamente económicos que, afortunadamente se encuentran en un número inferior que las primeras. Sobre esto el maestro Francisco González de la Vega impone: ***"El robo es una manifestación material de la circulación ilícita de la riqueza mobiliaria en perjuicio de la colectividad. Se observa su evidente naturaleza económica porque, a pesar de que su etiología es muy compleja, reconoce como causa muy constante y preferente la desproporción patrimonial entre un escaso número de privilegiados y la masa de miserables, obstinándose los primeros en no ser desalojados, en mantener un feudalismo económico, mientras sobre la vida de millones de seres pesan la ignorancia, la insuficiencia de los alimentos, las habitaciones malsanas, el salario exiguo frecuentemente defraudado y el alcoholismo, que producen como infortunadas consecuencias los fenómenos de la mendicidad, de la vagancia y del crimen. La explosión demográfica, las grandes crisis económicas, tan frecuentes en el mundo entero después de las grandes guerras, el acaparamiento de las fuentes de trabajo, la invasión del maquinismo y la especialización cada vez más acentuada en las diversas industrias, excluyen a un gran número de individuos aptos de todo trabajo, por lo que buscan la satisfacción de sus necesidades en la detención del caudal ajeno"***.¹⁸

De la anterior exposición nos sobrecogería la pregunta, ¿de qué forma se podría dar solución al problema de la desigualdad social?. Obviamente la solución no es sencilla, y de ser así, ¿en qué forma podría influir para acabar con el delito de robo?. Basta recordar que el robo se presenta a través de

¹⁸ Idem pag. 180

diferentes matices y circunstancias, desde satisfacer una necesidad de primer orden, hasta obtener una riqueza por mera satisfacción personal, dada la insaciable codicia del poder económico.

De la misma manera, entre los móviles y finalidades que presiden a esta hipótesis antijurídica, nos encontramos con una muy variada gama, como podrían ser: La satisfacción de necesidades elementales (comer, vestir, medicinas, etc.), el deseo de venganza y, como ya indicamos la ilimitada codicia encaminada hacia la obtención de poder económico.

Las formas de su comisión son también muy variadas, entre las que podríamos destacar el robo con violencia, física o moral, el robo bajo amenazas, mismo que podría apreciarse desde el punto de vista del impartidor de justicia como robo perpetrado con la utilización de medio comisivo la violencia moral, el robo astuto mediante la habilidad para lograrlo, el empleo de determinados procedimientos que no permitan al ofendido la menor intervención ni su conocimiento, etc.

Por lo que ve a las circunstancias personales del delincuente y las de modo y lugar, también son muy diversas, toda vez que para ejecutar la comisión de dicho injusto el infractor podrá valerse de ciertos lazos de familiaridad que le unan con el pasivo del delito; asimismo, podrá usar la confianza en él depositada; aprovechando ciertas relaciones de prestación de servicios contractuales, etc.; por otra parte, el robo podrá perpetrarse de día o de noche, en lugares poblados o en despoblado, en tiempos de tranquilidad pública o en tiempos de desastre, en sitios públicos o privados como casas habitación,

edificios; podrán emplearse para tales fines instrumentos mecánicos que facilitan su comisión como llaves, ganzúas, etc.

En cuanto a los efectos o resultados dañosos que suelen producir en la víctima, estos nos remiten al aspecto económico que de igual forma suelen variar, pudiendo ser desde un robo cuya cuantía puede ser insignificante relativamente, hasta robos por cantidades estratosféricas, como sucede en los robos llevados a cabo contra Instituciones Bancarias; subjetivamente también varía el daño causado en el pasivo, ya que esto dependerá de la situación económica en que se encuentra el ofendido, así como del valor de uso que les destine a las cosas.

Respecto a lo anterior, el maestro Francisco González de la Vega se manifiesta: *Las legislaciones de los distintos países ante el complejo polifasismo del delito de robo a que nos hemos venido refiriendo -dado lo variado de su cuantía y de sus circunstancias concurrentes-, han optado para regular la penalidad por un sistema minuciosamente objetivo y casuista en que la pena se mide más o menos en proporción paralela al importe de lo robado y se agrava por la concurrencia de calificativas derivadas de circunstancias de modo o lugar de comisión o personales del infractor.*

"...Este paralelismo métrico es el que, en general, sigue nuestro Código Penal vigente que, aún cuando disminuyó notablemente las reglas detalladas y meticolosas del clásico Código Penal de 1871, conservó como base de la penalidad una métrica relativamente casuista. Afortunadamente, dada la amplitud de márgenes de la pena establecida

para cada caso concreto, el uso del prudente arbitrio judicial puede dar un contenido elástico y subjetivo a las sanciones".¹⁹

¹⁹ *Ibidem*, pág. 193.

3.4. ROBO ENTRE CÓNYUGES.

Anteriormente el Código Penal en su Artículo 376 establecía: ***"El robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal; pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado"***.

Del precepto legal transcrito debemos tomar en consideración la frase que sobre el tema a tratar es de vital importancia: ***"El robo cometido por un cónyuge contra otro..."*** sobre el particular, el maestro Francisco González de la Vega nos manifiesta: ***"El Código Penal de 1871, en sus artículos 373 y 375, establecía que el robo entre cónyuges no divorciados no producía responsabilidad penal..."***.

"El Código vigente modificó el sistema asimilando el robo entre cónyuges a los que producen responsabilidad penal, pero requieren para su persecución la querrela del ofendido".

De este último párrafo podemos apreciar la situación que la Ley Punitiva asumió al señalar que para la persecución del robo entre cónyuges solo podría llevarse a cabo a petición de la parte agraviada. Sin embargo, abordaremos más adelante este tópico en lo referente a la forma de persecución en este ilícito (Tema V, inciso "b").

Más sin embargo, por considerarlo de importancia señalaremos la siguiente observación: ***La alusión que se hace a los cónyuges como posibles sujetos activos del delito en comento, se refiere a que la legislación consideraba únicamente para tal efecto a los cónyuges que hablan contraído matrimonio civil y siempre y cuando este no hubiese sido disuelto por divorcio o nulidad, excluyendo de tal manera al matrimonio canónico, ya que la ley considera al matrimonio como un contrato civil, y que éste y los demás actos del estado civil de las personas son competencia exclusiva de los funcionarios y autoridades del orden civil.***

En ese contexto de ideas, consideramos que esta breve introducción al Robo entre Cónyuges y a manera de preámbulo es suficiente por ahora, cuenta habida que en el Capítulo relativo se abundará con más precisión sobre este particular.

3.5. ELEMENTOS DEL TIPO.

Los elementos materiales y normativos que configuran la estructura del tipo penal de ROBO, acorde a su conformación legal, son los siguientes:

- I. Una acción de apoderamiento.
- II. De cosa mueble.
- III. Que la cosa sea ajena.
- IV. Que el apoderamiento se realice sin derecho.
- V. Que éste se ejecute sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la Ley.

Conviene enfatizar que para la configuración del delito de robo se hace imprescindible la concurrencia de todos y cada uno de los elementos citados en líneas precedentes, toda vez que si llegase a faltar algún elemento el delito sería inexistente, motivo por el cual se precisa estudiar por separado cada uno de los aludidos elementos.

- I. El apoderamiento: Apoderarse de la cosa significa que el agente activo tome posesión material de la misma, la ponga bajo su control personal. En el robo la cosa no es entregada voluntariamente al autor, éste va hacia ella, la toma y la arranca de la tenencia del propietario o detentador legítimo. Esta noción se refiere a la acción de apoderamiento, de asirse de una cosa, ya sea en forma directa o indirecta: será directa cuando el autor del delito la tome sin derecho y sin consentimiento; será indirecta cuando el sujeto activo se valga de otros medios para apoderarse de ella (instrumentos mecánicos, animales amaestrados, etc.). Luego entonces, la

tenencia primaria de la cosa no es requisito indispensable para la
 constitución de tal antisocial.

El apoderamiento ilícito y no consentido por el ofendido es la constitutiva típica del robo, ya que permite diferenciarlo de otro delito de índole patrimonial de enriquecimiento indebido, como lo es el abuso de confianza, figura antijurídica en la que el agente activo ya tiene la posesión de la cosa, de la cual le fue transmitida la tenencia, pero no el dominio sobre la misma.

Al respecto, el numeral 369 del Código Penal señala: ***"Para la aplicación de la sanción, se dará por consumado el robo desde el momento en que el ladrón tiene en su poder la cosa robada: aún cuando la abandone o lo desapoderen de ella..."***.

Del contenido del precepto transcrito, sin lugar a dudas, revela que basta el manejo sobre la cosa, la aprehensión de la misma, para que se consume el delito, siempre y cuando estén reunidos los demás elementos configurativos del hecho punible en cita.

"...En resumen, daremos por consumado el robo en el preciso momento de la aprehensión directa o indirecta de la cosa, aún en los casos en que el ladrón, por temor a ser descubierto la abandone inmediatamente sin haberla desplazado o alejado del lugar donde la tomó, o en que, al ser sorprendido en flagrante delito, se vea desapoderado del objeto antes de cualquier desplazamiento del mismo. Esta conclusión está más de acuerdo con las doctrinas modernas del Derecho Penal, para las que

importa, principalmente más que el daño final, la estimación de la peligrosidad en las acciones delictivas".²⁰

Al respecto, estamos de acuerdo con el maestro, ya que para apoderarse de una cosa, es obvio que el activo vaya hacia la cosa, con la intención de quedarse con ella o bien, desplazarla a otro lugar, situación que nos permite en un momento determinado diferenciar el injusto de robo de otros delitos como el abuso de confianza, que afecta también el patrimonio de las personas, con la diferencia de que la cosa objeto del delito le fue confiada o encargada para su manejo al sujeto infractor.

II. La cosa mueble. "Por determinación expresa del artículo 367 del Código Penal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede recaer la acción delictiva de robo. La palabra "mueble" puede tener diversas significaciones según se le examine:

a). Desde el punto de vista puramente material o gramatical ó

b). De acuerdo con la clasificación, en muchos casos utilitariamente ficticia, que en el Derecho Privado hace de los bienes en general dividiéndolos en muebles e inmuebles.

²⁰Idem pag. 169

Precisa examinar por separado estas dos significaciones para determinar con exactitud lo que el legislador penal quiso entender por cosas muebles al describir el delito de robo".²¹

- a. Desde el punto de vista puramente material, o de acuerdo a su naturaleza física de las cosas, serán bienes muebles, todos aquellos que son susceptibles de ser llevados de un lugar a otro sin que se modifique su sustancia, tal es el caso de los animales o semovientes; a contrario sensu serán bienes inmuebles aquellos no susceptibles de moverse de un lugar a otro, tal es el caso de los edificios, terrenos, etc.

- b. De acuerdo al Derecho Privado, serán bienes muebles los que dada su naturaleza física pueden ser trasladados de un lugar a otro, ya sea por sí mismos o por una fuerza extraña o exterior. En segundo lugar, por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de su acción personal (Arts. 753, 754 y 755 del Código Civil), de las anteriores deberán exceptuarse aún cuando tengan naturaleza móvil, los estimados legalmente como inmuebles, sea por disposición expresa de la ley o por el destino que le ha conferido su propietario, como son las estatuas, pinturas o créditos y demás documentos con obligatoriedad jurídica.

En relación a esto, el Maestro Raúl F. Cárdenas nos menciona: *"...El elemento mueble, distingue el robo de otros delitos en contra del patrimonio, como el fraude y el llamado despojo entre nosotros o usurpación en otros países, pero, ¿qué son bienes muebles para el*

²¹ Idem

Derecho Civil, ya que el Derecho Penal no los define? El artículo 752 del Código Civil distingue los bienes muebles por su naturaleza, de los bienes inmuebles por disposición de la ley. **"...Son bienes muebles por su naturaleza, según el artículo 753 del mismo Ordenamiento, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una causa exterior.**

"...Los muebles por disposición de la Ley, son las acciones que cada socio tiene en las sociedades, aún cuando éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles, las embarcaciones, los materiales de la demolición de un edificio y los que se hubieren escoplado para repararlo o para construir uno nuevo, en tanto no se hayan empleado en la fabricación, así como los derechos de autor".²²

Como podemos apreciar por lo que respecta a la cosa mueble, ambos maestros coinciden al señalar que se deberá entender por cosa mueble aquellos objetos que son susceptibles de moverse de un lugar a otro, es decir, en el espacio y tiempo, sea por sí mismos o por efectos de una causa exterior. Asimismo, habrá bienes muebles por disposición de la ley, o bien por la finalidad asignada por el propietario, aún cuando dentro de éstas últimas haya bienes con características de bienes inmuebles; es por tanto aconsejable no meternos en deducciones que a la larga podrían traernos problemas de interpretación, debiendo entender en definitiva por bienes muebles aquellos que pueden ser trasladados de un sitio a otro, y por bienes inmuebles aquellos que se encuentran sujetos a la tierra o a un lugar

²² CARDENAS F., RAUL., Ob. Cit. págs. 146 y 147.

determinado y de los que el propietario no quiera disponer como cosas muebles.

- III. La cosa ajena. "Que la cosa sea ajena, es un elemento del delito del robo indispensable de demostrar en los procesos, aún cuando sea por pruebas indiciaria o confesional, por que el robo como los delitos de enriquecimiento indebido, constituyen en su esencia jurídica un ataque dañoso a los derechos patrimoniales de cualquier persona".

"Nadie puede robarse a sí mismo, nadie puede cometer robo en sus bienes propios; estas conclusiones son evidentes a pesar que en el mismo capítulo de robo, la fracción I del artículo 368, sanciona la disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutadas por el dueño, si la cosa se encuentra dada en prenda o en ciertos depósitos obligatorios; pero este atentado cometido por el dueño en sus propios muebles no es propiamente un robo, sino, como lo expresa el encabezado del precepto que lo define, un delito que "se equipara al robo y se castiga como tal".

La locución "cosa ajena", empleada por la ley para tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional: la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se dé por comprobado este elemento normativo e imprescindible en el robo basta que se demuestre por cualquiera de los sistemas probatorios procesales que el objeto mueble materia de la infracción no pertenece al autor. Para la configuración del delito, poco interesa determinar con exactitud quién es el legítimo propietario o poseedor; este dato tendrá sumo interés para determinar quienes son los perjudicados

a los que se debe de reparar el daño causado por el ladrón, pero no es necesario para la demostración del delito..."²³

- IV. Por su parte, el Maestro Raúl F. Cárdenas, manifiesta: **"Para que se configure el delito de robo, nuestro Código señala otro elemento: La ofensidad"**. Como quiera que éste no es propio del robo, sino común a todos los delitos patrimoniales.

"Por lo que se refiere a los diferentes delitos patrimoniales que define nuestro Código, se precisan en ellos los casos en los cuales el propietario puede cometer delitos; así por ejemplo, si bien define al robo como apoderamiento de la cosa ajena, el abuso de confianza como disposición de la cosa ajena y el despojo como la ocupación de predio ajeno, establece excepciones; al principio comúnmente aceptado de que, en los delitos patrimoniales, el propietario no puede ser sujeto activo de la infracción.

En opinión del tratadista Raúl Cardenas F., "por cosa ajena deberá entenderse aquella que pertenece al agente activo, concepto que debe de aplicarse a todos los delitos patrimoniales definidos en nuestro Código Penal, por lo que, salvo los casos de excepción, el propietario no puede ser autor de un delito patrimonial".

Como se ha apreciado ambos autores son acordes al sostener que el propietario del bien mueble no podrá ser sujeto activo del delito de robo; sin embargo, el maestro González de la Vega hace alusión a la necesidad de comprobar por cualquiera de los medios probatorios que la cosa sea ajena,

²³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Ob. Cit. págs. 172 y 173

elemento indispensable que nos sirve para diferenciar en un determinado momento a un delito de otro semejante, como es el robo y el abuso de confianza, situaciones que el maestro Raúl F. Cardenas define como casos de excepción.

- IV. Que el apoderamiento se realice sin derecho. La mención que nuestro ordenamiento legal hace al elemento "sin derecho", resulta por demás innecesario toda vez que para que un ilícito llegue a integrarse necesitará antes que nada ser antijurídico, en otras palabras deberá de existir la antijuricidad en el delito de robo, situación que queda surtida al ejercitarse el apoderamiento sin derecho, un elemento "sine qua non" según el decir de Jiménez de Asua.

El Maestro Raúl F. Cárdenas expone: *"En la definición del robo se incluye un elemento que no dudamos en considerar de carácter subjetivo el "antijurídicamente" del párrafo 242 del Código Alemán, "ilegítimamente" del artículo 164 del Código Argentino, "Fraudulentamente" del artículo 379 del Código Francés, etc., elemento que consideramos innecesario que se haya incluido en la definición del robo, ya que si actúa conforme a derecho, legítima o jurídicamente, no existe delito. Este no es un elemento privativo del robo, sino del delito en general..."*²⁴

En tal tesitura, coincidimos con el mencionado maestro, toda vez que como ya se aseveró con antelación, para dar nacimiento a un delito se necesitará que se comprueben todos y cada uno de los elementos que lo componen de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de la materia.

²⁴ CÁRDENAS F., RAÚL., Ob. Cit. pag. 153

V. El apoderamiento sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa conforme a la ley. Esta situación puede manifestarse en tres diversas formas, según los medios de ejecución utilizados por el sujeto activo del delito:

- a. Contra la voluntad del ofendido, obteniéndose mediante el uso de la violencia física o moral.
- b. Contra la voluntad del sujeto pasivo, pero sin empleo de violencias, sino que debido a la astucia, rapidez o habilidad del autor que hace imposible toda intervención de aquél.
- c. Sin consentimiento del agraviado, así como sin su intervención, cuando el injusto es cometido en forma furtiva o subrepticamente.

De las tres formas anteriores podemos denotar un elemento común que es sin lugar a dudas la falta de consentimiento del propietario del bien mueble, pues de lo contrario desaparecería la figura de robo, por carecer de un elemento normativo; cuando el bien sea entregado al infractor del delito por medio de engaños, mentiras, falacias, maniobras o artificios dolosos y, éste haga mal uso de la cosa, estaremos en presencia del delito de fraude, injusto tipificado por el artículo 386 del Código Penal en vigor.

Con relación al párrafo antes transcrito, el maestro Raúl F. Cárdenas difiere al expresar: Lo mismo podemos decir del elemento "sin consentimiento"

de la persona que pueda disponer conforme a la Ley, pues si el agente se apodera de la cosa "con consentimiento" actúa con derecho y, por lo tanto su conducta no es antijurídica.

"Sin embargo, este elemento que lo podemos relacionar con algunos aspectos negativos del ilícito y no sólo con la antijuricidad, nos suscita graves y numerosos problemas, cuya solución no siempre la encontramos en la parte general del Derecho Penal, ni de otras disciplinas jurídicas, ni en el empleo de los verbos rectores de los diversos tipos definidos en el Código Penal.

"Así, por ejemplo, para el maestro González de la Vega, si la cosa la entrega voluntariamente la víctima, como resultado de la violencia física o moral que sobre la misma ejerza el activo, se dará el robo, pues "esa voluntad ficta de entregar la cosa, no destruye el apoderamiento ilícito", opinión con la que no coincidimos, pues si la entrega es voluntaria, no hay apoderamiento, sino entrega; pero como quiera que está viciada la voluntad por la violencia, se adecua al tipo descrito en la fracción I del artículo 284 del Código Penal, que dispone que "si el amenazador cumple su amenaza se acumulará la sanción de ésta a la del delito que resulte".²⁵

De las opiniones vertidas por ambos maestros, consideramos más apropiada la expuesta por Francisco González de la Vega, por considerar que al utilizar la violencia física o moral el activo de la conducta reprobada en contra del sujeto pasivo del mismo, se estará configurando un tipo especial, que en el caso concreto será el de robo con violencia, situación

²⁵ Idem., págs. 153 y 154

muy comúnmente dada en los tiempos actuales en los que el empleo de la intimidación se hace palpable a través de los diversos medios de ejecución de este delito; por ejemplo, podríamos citar el robo a múltiples Instituciones Bancarias, a grandes y pequeños comercios, circunstancia que nos podría poner en presencia de un delito continuado, que sería el de robo, portación de arma prohibida, amenazas, etc.

Lo anterior acarrearía como consecuencia lógica las agravantes del caso y, por ende, originaría la acumulación de la sanción a la que hace mención el Maestro Raúl F. Cárdenas.

4. BIEN JURÍDICO QUE TUTELA EL DELITO DE ROBO.

4.1. CONCEPTO.

Es bien sabido que para cada tipo delictivo existe un interés jurídico que lo protege. Así encontramos por ejemplo que el delito de homicidio, el bien jurídico tutelado será la vida; para el delito de estupro lo será la falta de madurez de juicio en el ámbito sexual; así para el delito en estudio lo será el patrimonio de la colectividad. Es por tanto, importante realizar un breve estudio sobre el concepto de patrimonio.

Al respecto, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos nos refiere: *"Sobre el patrimonio se han elaborado, fundamentalmente, dos conceptos, uno de carácter económico y otro jurídico"*. Desde el punto de vista económico, patrimonio lo define Maggiore como *"El conjunto de bienes mediante los cuales el hombre satisface sus necesidades"*. Y, en sentido jurídico, agrega el mismo autor, *"Es el conjunto de relaciones jurídicas económicamente valiosas"*.

La noción civilista tradicional ha considerado el patrimonio como una universalidad de derechos y obligaciones, pecuniariamente apreciables pertenecientes a una persona. Comprende por tanto, un activo y un pasivo. Penalmente el concepto civilista resulta no sólo estrecho sino inadecuado, pues únicamente la parte activa del patrimonio puede ser afectada por las sanciones típicas que conforman los delitos patrimoniales y el valor económico del objeto del delito como sucede específicamente en el delito de robo, no

juega el papel preponderante que pueda suponerse, según lo pone en claro el dispositivo del artículo 371 del Código Penal..."²⁶

Del anterior concepto, estamos de acuerdo con el maestro Pavón Vasconcelos, al señalar que sólo el activo del patrimonio de los sujetos puede ser objeto para configurar los delitos patrimoniales y en el caso concreto, el de robo, toda vez que resultaría ilógico que el pasivo al que hace alusión el concepto civilista resultara afectado, como se desprende de la redacción del numeral 371 del Código Penal, que a la letra reza: ***"Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor intrínseco del objeto del apoderamiento; pero si por alguna circunstancia no fuere estimable en dinero o si por su naturaleza no fuere posible fijar su valor, se aplicará prisión en tres días hasta cinco años..."***

En tal tesitura y dada la gran complejidad de este concepto, nos adentraremos un poco más al exponer sobre el particular el criterio de otros autores, todos ellos doctos, en esta materia.

²⁶ PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, "Comentarios de Derecho Penal (Parte Especial)" Editorial Jurídica Mexicana, Segunda Edición, México 1964, págs. 11 y 12.

4.2. CRITERIO DE DIFERENTES AUTORES.

Respecto a este t3pico el Maestro Ra3l F. C3rdenas nos dice: "Cierto que la determinaci3n del inter3s jur3dico protegido para cada tipo delictuoso, gen3rico o espec3ficamente considerado, no deja de estar erizado de dificultades te3ricas y pr3cticas, a las que ya hicimos menci3n en diversas ocasiones, pero es indispensable, en todo caso determinarlos en el empe1o de estudiar t3cnica y cient3ficamente la parte especial del C3digo Penal.

Gen3ricamente, el inter3s protegido por el robo es el patrimonio; pero espec3ficamente, la parte que se afecta del mismo, con el tipo que estamos estudiando, es la posesi3n".²⁷

Por otra parte, el Maestro Mariano Jim3nez Huerta, define este bien jur3dico como el Quid Patrimonial tutelado, manifestando al respecto: "Antes empero de examinar los diversos requisitos que yacen en la estructura de este tipo penal, es necesario precisar claramente, por la determinaci3n y fijaci3n de sus perfiles y contornos, el quid patrimonial que se tutela en el delito de robo o, de otra manera dicho, el activo patrimonial protegido penalticamente en esta especie t3pica y el aspecto del mismo sobre el que se proyecta la tutela penal. De la simple lectura del art3culo 367, se pone en relieve, que la tutela penal en el delito de robo se proyecta rectil3neamente sobre aquellas cosas de naturaleza mueble que integran el acervo patrimonial, en tanto en cuanto dichas cosas muebles est3n en poder del titular de dicho patrimonio. Es, pues, el poder de hecho que se tiene sobre las cosas muebles o la posesi3n de las mismas, el inter3s patrimonial que se protege en este delito, habida

²⁷ C3RDENAS F., RAUL, Ob. Cit., p3g. 93.

cuenta que la conducta típica que la integra consiste en el apoderamiento de la cosa mueble, lo cual presupone conceptualmente desapoderar de ella a quien la tiene en su poder. Tener la cosa mueble en nuestro poder, tanto significa civilísticamente como poseerla. El artículo 790 del Código Civil elocuentemente proclama que "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre de ella un poder de hecho..." En el delito de robo el alcance de la tutela penal abarca ampliamente toda posesión, esto es, todo poder de hecho que el sujeto pasivo tenga sobre cualquier cosa mueble que le interesa conservar. No es necesario, empero, que este poder de hecho sea permanente e interrumpido...".²⁵

A su vez, el Maestro Francisco González de la Vega manifiesta: **"...Para comprender los méritos relevantes de la moderna designación -delitos en contra de las personas en su patrimonio-** Se requiere breve análisis del alcance jurídico.

"La determinación certera y clara, desde luego nos recuerda que las personas, tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas, y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho de propiedad, sino en general, la salvaguarda jurídica de cualquier otros derechos que pueden constituir el activo patrimonial de una persona. En otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que puedan ser estimables en dinero, o sea que forman su activo patrimonial, ya que el patrimonio es **"el conjunto de derechos y de cargas de una persona, apreciable en dinero"**.

²⁵ IBERIA JIMENEZ, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa, México 1973.

"Como hace notar con su acostumbrada claridad Marcel Planiol, existe una liga íntima entre la persona y el patrimonio. **"La noción de patrimonio es inseparable de la noción de persona en derecho"**. Precisa recordar esta capitular idea jurídica, porque los atentados que enumera el Título que estamos comentando no se cometen lesionando una entidad abstracta, como lo es el patrimonio aisladamente considerado, sino se realizan directa y únicamente contra las personas, salvo que en sus bienes patrimoniales".²⁹

De las anteriores definiciones, como hemos podido observar, existe un común denominador en el criterio de los autores aludidos, el cual sin lugar a dudas se refiere a que el bien jurídico que tutela el delito de robo es el patrimonio, entendido este en la suma de sus elementos genérica y específicamente hablando, pues no sería conveniente hacer una separación entre la posesión y el patrimonio, pues resulta evidente que si la posesión se ve afectada por el apoderamiento ilícito del objeto mueble, de igual manera se afectará el patrimonio; hablando en otros términos, sería un efecto al que configuraríamos como la posesión y una causa que vendría a ser el patrimonio. Cabe hacer notar que tanto el patrimonio como la posesión en este delito al que nos hemos venido refiriendo es sobre cosas muebles, cuenta habida que si se tratara de bienes inmuebles, como lo hemos señalado en capítulos anteriores, estaríamos en presencia de otro tipo de delitos que sin lugar a dudas son también de orden patrimonial, pero que no encuadrarían en el delito de robo.

²⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, Ob. Cit., pág. 51

4.3. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DOCTRINA MEXICANA.

"No siempre ha sido utilizada la expresión **"delitos contra el patrimonio"** en los Códigos Penales, pues también en ocasiones se han denominado a los tipos penales que con características comunes se agrupan bajo tal género, **"delitos contra la propiedad"**.

La primera denominación se ha adoptado por aquellos que considera más conveniente su uso por constituir un progreso técnico, ya que su contenido, más amplio que el de propiedad, lleva a comprender a ciertos delitos que no protegen tal derecho real, sino otros diversos, aunque de la misma naturaleza.

Respecto a la utilización de una u otra denominación o terminología, se han formado varias corrientes:

1. La de quienes defienden la expresión **"delitos contra la propiedad"**, tanto desde el punto de vista doctrinal como legislativo,
2. La de los que estiman más adecuada la denominación **"delitos contra el patrimonio"**; y
3. La de aquellos que desechan ambas por considerarlas inadecuadas e impropias.

El primer criterio ha sido defendido invocando fundamentalmente la tradición jurídico penal, alegándose que el concepto **"propiedad"** se utiliza dentro de

nuestra disciplina como una connotación amplia, comprensiva de otros derechos tanto reales como personales.

Dentro de la segunda corriente, Federico Puig Peña estima que la expresión "**delitos contra el patrimonio**" debe de ser aceptada, ya que con ella se entiende empleada, en sentido lato la palabra propiedad, puesto que se comprenden además otros derechos, como el de posesión, aún en su forma de simple tenencia y los derechos reales en general. Dicha expresión, opina Maggiore, representa un evidente adelanto técnico, mientras por su parte, Carlos Saltello Romano Difalco la califica como "**un perfeccionamiento de técnica legislativa...**".

Por último, el tercer criterio rechaza las dos expresiones anteriores. Así, Quintano Ripollés, al referirse al Código Español, critica el epígrafe del Título XIII que emplea el sustantivo "**...propiedad...**" por considerar que incurre en una inexactitud terminológica, ya de antemano denunciada por los tratadistas, pues no es la propiedad ni el sentido civil del término lo que constituye el bien jurídico violado con estas infracciones. Igualmente le parece criticable el uso de la terminología de algunos Códigos modernos, como el italiano, por considerar que no resolvería tampoco de un modo definitivo la cuestión".³⁰

Ahora bien, el propio Maestro Pavón Vasconcelos hace una interrogante en cuanto a si existe una doctrina del patrimonio dentro del Derecho Penal, y al respecto nos dice: "**Sobre este particular existen diversos criterios:**

³⁰ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. Cit. págs. 12 y 13

- a. Teoría de la identidad de la noción penal del patrimonio con la del Derecho Civil. Esta teoría, señala Maggiore, sostiene la identidad de las dos nociones y reconoce carácter exclusivamente sancionador al Derecho Penal.

Conviene recordar la antigua polémica sobre el carácter constitutivo o sancionador del Derecho Penal. Se han pretendido reconocerle carácter constitutivo en cuanto tiene "autonomía" con relación a otros Derechos, por ser creador de normas mediante la determinación de los hechos punibles, en tanto la otra corriente le niega esa supuesta categoría, precisando su naturaleza puramente sancionadora, lo cual, como apunta Eduardo Novoa, no le resta ni rango científico ni jerarquía jurídica.

- b. Teoría de la autonomía del concepto del patrimonio en el Derecho Penal. En opinión de Maggiore es la más entendible, no sólo porque se ha comprobado inaceptable, en sentido absoluto, la concepción sancionadora del Derecho Penal, sino porque no siempre es posible transferir los conceptos civiles en la esfera, ya restringida, ya más amplia, señalada por la necesidad de la tutela penal. En igual sentido se inclina Eugenio Cuello Calón al afirmar que las necesidades de la administración de justicia no permiten siempre la estricta observancia de los preceptos civiles, sino en ocasiones obligan a reformarlos.

Con mayor precaución procede Jiménez Huerta cuando, al argumentar que el Derecho Civil, precisa la orientación de la teoría en la influencia que dicha finalidad puede tener respecto a la significación de un Instituto referido en dos normas, una civil y la otra penal, para externar la opinión de

que tal problema no puede resolverse en forma general y excluyente, sino en razón del caso concreto".³¹

Como hemos podido observar, no siempre ha sido empleada la denominación de delitos contra el patrimonio, sino que en algunos Ordenamientos Legales como los Códigos Penales de 1871 y 1929, se le configuró al delito de robo dentro de la denominación "Delitos contra la Propiedad", empero el Código Penal de 1931, siguiendo la corriente moderna, ha cambiado la terminología empleada en los Códigos de 1871 y 1929 de "Delitos contra la Propiedad", para adoptar el término "Delitos en contra de las personas en su patrimonio", vigente en la actualidad, denominación que a nuestro parecer, va más acorde a la época y situaciones actuales.

En resumen, podemos decir que la legislación actual al denominar "Delitos en contra de las personas en su Patrimonio", ha dejado plasmado un evidente avance tanto en la terminología de su expresión empleada como en la aplicación que se puede dar a este tipo de delitos patrimoniales en un determinado caso concreto.

Tan lo es así, que en la obra "Código Penal Anotado" de los Maestros Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, en su Título Vigésimo Segundo, a la fecha denominado "Delitos en contra de las personas en su Patrimonio... Artículo 367.- Comete el delito de robo: *El que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley...*", queda evidenciado lo descrito con anterioridad, apuntando dichos autores que se

³¹ Ídem pág. 14.

entenderá por apoderamiento: **"...es la aprehensión de la cosa, por la que se entra en su posesión o sea que se ejerce sobre ella un poder de hecho siendo el objeto Jurídico del delito el patrimonio económico de las personas..."**.³²

Respecto al bien jurídico tutelado por la legislación, los citados autores definen el patrimonio como **"...un objeto corporal susceptible de tener un valor, el cual no debe ser necesariamente económico..."**, **"...Es ajena la cosa que no pertenece al agente y sí pertenece a alguien..."**.³³

³² CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL, "Código Penal Anotado"
Editorial Porrúa, Décima Octava Edición, México, D.F., 1993, págs. 905, 906 y 907.

³³ Ídem.

5. DEL ROBO ENTRE CÓNYUGES

5.1. OBSERVACIONES.

Hasta antes del Decreto de fecha treinta de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el Diario Oficial de la Federación de trece de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, el Código Penal en vigencia establecía en su artículo 378: ***"El robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal; pero no se podrá proceder contra los delincuentes sino a petición del agraviado"***.

Respecto al numeral antes citado, el Maestro Francisco González de la Vega, exponía: ***"La reglamentación contenida en el artículo 378, anteriormente transcrito, da lugar a hacer las siguientes observaciones: La mención que se hace de los cónyuges como posibles protagonistas del robo perseguido por querrela necesaria, debe entenderse en el sentido de que la Ley sólo se refiere a los que han contraído matrimonio civil no disuelto por el divorcio y no anulado, con exclusión del matrimonio canónico, puesto que el cuarto apartado del artículo 128 Constitucional declara que el matrimonio es un contrato civil, y que éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil."***

A pesar de que, salvo el requisito previo de la queja del ofendido, el robo entre cónyuges produce responsabilidad penal, el juez deberá examinar con severo

escrúpulo las pruebas en que se funde la acción penal, para determinar si efectivamente existe un robo por el apoderamiento ilícito y no consentido hecho por uno de los cónyuges en los bienes del otro. Al efecto deberá establecerse en el proceso si el matrimonio ha sido celebrado bajo el régimen de Sociedad Conyugal o bajo el régimen de Separación de Bienes. Si existe la primera forma, y este establece copropiedad o comunidad posesoria para ciertos bienes, deberá aplicarse las reglas que mencionamos en los anteriores números 217 y siguientes de este libro. Si se trata de régimen de Separación de Bienes, es preciso fijar, durante la instrucción del proceso, si el cónyuge acusado de robo tenía la plena posesión de los bienes en que recayó la acción que se le imputa, porque esa previa circunstancia **«la posesión material»** elimina la noción de apoderamiento ilícito".³⁴

Como se ha podido observar, de los párrafos anteriormente transcritos la alusión que se hace al robo cometido por un cónyuge en contra de otro cónyuge, era contemplada por la Legislación Penal para aquellos que se encontraban unidos por el contrato solemne del matrimonio y que el mismo no hubiese sido disuelto ni por divorcio ni haya sido anulado. Es por tanto importante, hacer mención a los calificativos "divorcio" y "no anulado", debiéndose entender en el primer caso, el divorcio que haya causado ejecutoria, es decir, que haya causado estado, en el cual la Ley no puede retrotraerse para dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de iniciarse el juicio de divorcio respectivo y, que dado el caso, se necesitaría forzosamente de la celebración de un nuevo matrimonio, el cual

³⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, Ob. Cit., págs. 12 y 13.

NOTA: Los números 217 y siguientes de la obra *Derecho Penal Mexicano*, de Francisco González de la Vega, se refieren a las aplicaciones de los Artículos 937, 939, 940 y 796 del Código Civil, así como a los Artículos 387, fracción II y 368, fracción I del Código Penal.

inevitablemente deberá observar y aceptar lo dispuesto por el Código Civil vigente, con relación al divorcio por mutuo consentimiento.

Por lo que ve a la frase "no anulado", debemos entender que dicha unión matrimonial no debía encontrarse afectada ni por nulidad relativa, ni por nulidad absoluta, acatando de igual forma lo dispuesto por el Ordenamiento Legal en cita respecto a las nulidades.

Así las cosas, coincidimos con el maestro Francisco González de la Vega en lo referente a que el juzgador deberá de tener muy en cuenta las pruebas que sean aportadas en la especie para determinar la existencia del delito de robo, pues como hemos señalado en capítulos anteriores, para que un tipo penal llegue a configurarse requerirá imprescindiblemente de la existencia de todos y cada uno de los elementos que integran la corporeidad del mismo y en el caso a estudio, el apoderamiento ilícito y no consentido es factor primordial para poder acreditar la existencia del delito de robo, debiendo el resolutor examinar minuciosamente el régimen dentro del cual se encontraban unidos los consortes, bien sea Sociedad Conyugal o Separación de Bienes, toda vez que como hemos precisado en el Capítulo I, pudiera existir una Sociedad Conyugal mixta, en la que formarán parte del acervo de la misma determinados bienes, ya presentes, ya pasados adquiridos antes de celebrarse dicho régimen y otros cuya posesión, disfrute y administración seguirán en manos de quien los haya adquirido para sí, en cuyo caso se desvirtuará la noción del apoderamiento ilícito y no consentido. Para poder determinar en estricto apego a Derecho la anterior hipótesis, tal y como lo señala el Maestro González de la Vega, será la secuela procesal,

específicamente en el periodo de desahogo de pruebas, donde se ventile tal circunstancia.

5.2. FORMA ESPECIAL DE PERSECUCIÓN EL ROBO ENTRE CÓNYUGES.

El Código Penal de 1871, en sus dispositivos jurídicos 373 y 375, establecía que el robo entre cónyuges no divorciados no producía responsabilidad penal y los cometidos entre suegro y yerno y nuera, entre padrastros e hijastros y entre hermanos o viceversa, daban lugar a la persecución siempre que mediara querrela del ofendido. Muy semejante era el Código Penal de 1929 al respecto. Con posterioridad, la Ley punitiva modificó el sistema asimilando el robo entre cónyuges a los que producen responsabilidad penal, pero requerían para su persecución la formal querrela, denuncia o acusación del ofendido.

"La razón que se tomó en consideración para establecer la persecución por querrela necesaria en el delito de robo entre cónyuges o entre ciertos parientes cercanos, fue la de no hacer intervenir oficiosamente a la autoridad en los conflictos de la intimidad familiar, prefiriéndose dejar a la decisión del cónyuge o pariente ofendido el juicio de la conveniencia de la persecución: éste debía resolver el conflicto que se le presentaba entre una posible desorganización de su familia y la necesidad de represión de él o los autores del delito. No obstante esta consideración moral, el sistema adolece del defecto general de la forma de persecución a instancia de parte, en que la necesaria acción pública represiva, se sustituye, por una acción cuasi de Venganza Privada".³⁵

³⁵ Idem., págs. 211 y 212.

Soy acorde con la anterior transcripción a considerarla aceptable, cuenta habida que la situación de que, para establecer la persecución por querrela necesaria para el delito de robo entre cónyuges, así como entre parientes cercanos, derivó de una consideración moral y que ésta queda al libre arbitrio del ofendido. Esto es así, puesto que a él únicamente le compete la decisión de elegir entre los alcances que pueda producir dentro del seno familiar el querrellarse en contra de su cónyuge como sujeto activo del antijurídico, situación que pudiera traducirse en futuras desconfianzas entre la pareja, pudiendo repercutir con posterioridad en otros factores como los son el inconformismo, el despecho, el rencor e inclusive el odio, por un lado y por el otro la desintegración del núcleo familiar, elección que a nuestro parecer, es de más difícil decisión, toda vez que es bien sabido que en nuestro país media una tradición eminentemente católica y religiosa y sobra señalar que este tipo de costumbres influyen en la mayoría de los casos en forma determinante, tan lo es así que las costumbres son la fuente creadora del derecho consuetudinario. De aquí que se deje al criterio del sujeto pasivo del delito el solicitar o no la intervención de la autoridad ministerial, lo cual en muchos casos el hacer del conocimiento del Órgano Investigador los hechos delictivos entre consortes suele resultar infructuosa e innecesariamente, habida cuenta que basta que el cónyuge ofendido otorgue su perdón para que todo lo actuado por la autoridad quede sin efecto alguno, puesto que de la simple redacción del dispositivo jurídico 93 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal se aprecia tal circunstancia, habida cuenta que dicho numeral a la letra reza: ***"El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o***

ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón éste "no podrá revocarse..."

Por otra parte, diferimos respecto a lo manifestado por el maestro González de la Vega en el sentido de que la necesaria acción pública se sustituye por acción de venganza privada, ya que no debe perderse de vista que lo más importante para un matrimonio es la unidad y lealtad que debe prevalecer dentro del seno familiar y si estas circunstancias se ven afectadas por la comisión de un ilícito, conducta que a todas luces reviste el carácter de desleal por parte del cónyuge infractor del injusto, el consorte afectado no puede establecer la situación de venganza privada, sino que más bien efectúa una reconsideración en cuanto a cuál de las circunstancias mencionadas le resultaría más adecuada en su caso específico, sea la de querrellarse ante la autoridad competente o bien, conservar en el anonimato el robo sufrido en sus intereses patrimoniales con tal de no exponerse a una situación que pudiera afectar no sólo a la pareja, sino también a los familiares cercanos y principalmente a los hijos habidos dentro de dicha unión.

Para finalizar este punto y a manera de comentarlo y crítica a la vez, conviene destacar que anteriormente este Cuerpo de Leyes en su Instituto Jurídico 83 establecía que para que el perdón procediera debía ser concedido antes de que la Representación Social formulará su pliego de conclusiones y siempre y cuando el reo no se opusiera a su otorgamiento. En la actualidad, la Ley represiva ha ampliado el término para otorgarlo, tal y como se evidencia de la anterior transcripción, siendo hasta antes de que se pronuncie fallo del Tribunal de Alzada, en otras palabras, en segunda instancia, lo cual desde el punto de vista muy particular consideramos un gran acierto por parte del

legislador, puesto que si tomamos en consideración que la sentencia de primera instancia era impugnada y el Órgano Revisor no había emitido su resolución respecto de la resolución recurrida, por lógica jurídica el negocio se encontraba sub júdice, es decir que técnicamente estaba pendiente de resolución judicial y por tanto operaba unilateralmente en perjuicio del encausado, situación que en el Código Penal vigente se estima purgada de ese vicio.

Por otra parte, a ciencia cierta desconocemos la intención del legislador al emplear la frase "**siempre que el reo no se oponga a su otorgamiento**". En efecto, tal y como lo consignan los insignes maestros Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas, "**...¿Qué quiere decir la Ley con la frase siempre que el reo no se oponga a su otorgamiento?**" El ofendido que otorga su perdón o el legitimado para hacerlo, como lo llama la Ley (sería mejor decir "autorizado legalmente"), están en todo su derecho al otorgarlo y no es quién el reo para impedirse los. Pero supongamos que el reo declara no aceptar el perdón, o sea, su concesión. ¿Qué sucede entonces? ¿Qué acaso la acción penal, su razón de ser, su existencia, dependen de la voluntad del reo? ¿Si hay perdón qué deben hacer el Ministerio Público y el juez, habida cuenta de que aquél opera solamente en los delitos que se persiguen por querrela de parte ofendida? Sin duda tomarlo en cuenta al margen de la posible oposición del reo".³⁶

Finalmente y a manera de colofón, debe precisarse que el Cuerpo Normativo en cita vigente en la actualidad, el legislador sana esta situación comentada, la cual se contenía en el anterior Código Penal. Con relación al punto tratado

³⁶ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL Y CARRANCA Y RIVAS, RAÚL, Ob. Cit. pág. 306

en el párrafo que antecede, totalmente coincidimos con los ilustres maestros Carrancá respecto a sus atinados comentarios, por lo que con el espíritu de una sana crítica encaminada al mejoramiento de la administración de justicia, desde nuestro punto de vista, queda en evidencia que el contenido del artículo 93 del Código Penal actual propone una fórmula de carácter eminentemente procesal, motivo por el cual estimamos que tal instituto jurídico debería contemplarse inmerso en el Código de Procedimientos Penales, cuenta habida que, más que un precepto sancionador es, desde la visión técnica del Derecho, puramente de carácter procedimental.

5.3. RÉGIMEN MATRIMONIAL.

Como quedó precisado en el Capítulo I de la presente tesis, acorde al sistema regulado por el Código Civil en vigencia, existen dos clases diferentes de regímenes posibles en cuanto a los bienes al celebrarse la unión matrimonial, el de Separación de Bienes y el de Sociedad Conyugal.

Ahora bien, como ya se ha mencionado también, sumamente importante será para el juzgador determinar dentro de cuál de los regímenes citados se encuentran los consortes al momento de cometerse el ilícito penal de robo, toda vez que como veremos a continuación, tal circunstancia es de vital importancia para que el juez pueda determinar si se encuentran reunidos todos los requisitos necesarios para la configuración del delito, esto es, los elementos constitutivos del mismo. De tal manera que si el matrimonio fue celebrado bajo el primer régimen aludido, cada uno de los consortes conservará para sí los bienes adquiridos tanto antes de celebrarse el matrimonio, como después de efectuado, reservándose para sí la administración de tales bienes. Indispensable es pues, que el apoderamiento ilícito sea llevado a cabo en los bienes del cónyuge que conforme a la Ley puede disponer de los mismos.

Por lo que ve al régimen de Sociedad Conyugal, podemos advertir que la plena posesión de los bienes corresponde a ambos consortes, ya que el objeto directo de la precitada sociedad será el de constituir una persona moral mediante la aportación de los bienes que constituyen el activo de la misma y las deudas que integran el pasivo; a su vez el objeto indirecto estará representado por el conjunto de bienes presentes o futuros y por las deudas u

obligaciones que conforman respectivamente el activo y el pasivo de la sociedad; luego entonces, la connotación de "apoderamiento ilícito" a que se refiere el artículo 367 del Código Penal, se desvanecerá por completo, porque como hemos hecho mención, otro de los elementos de primordial importancia que requiere este tipo penal es que la cosa sea ajena, habida cuenta que nadie puede robarse a sí mismo ni persona alguna puede cometer robo en sus propios bienes y, en este caso concreto, la posesión y disfrute de los bienes adquiridos en Sociedad Conyugal pertenecen a ambos consortes.

Sin embargo, como lo hemos señalado, los numerales 207 y 208 del Código Civil contemplan las siguientes posibilidades:

- a. Régimen de Separación de Bienes pactado para aquellos que se adquirieron antes del matrimonio,
- b. Régimen Parcial de Separación de Bienes, el cual se surte cuando las capitulaciones se pacten durante el matrimonio, o sea que bien pudo existir primero Separación de Bienes o Sociedad Conyugal o viceversa; y,
- c. Régimen Mixto, en cuanto se acuerde que existe la Sociedad Conyugal para determinados bienes y Separación para otros. En tal tesitura, de igual forma, para efectos de determinar la existencia de la figura reprochada de robo entre cónyuges, deberá estarse a lo dispuesto por cualquiera de los regímenes ya mencionados, bien sea el de Sociedad Conyugal o el de Separación de Bienes.

5.4. CASOS DE JUSTIFICACIÓN.

Actualmente dos son los preceptos legales que encuadran en las causales de justificación en el delito de robo. En efecto, lo son los dispositivos jurídicos 375 y 379 del Código Penal vigente, numerales que dada su importancia y para una mejor comprensión de este fenómeno de inimputabilidad, es imprescindible efectuar un breve estudio de tales institutos jurídicos.

Artículo 375.- Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia".

Para que logre operar la excusa absolutoria a que se contrae el invocado precepto legal es indispensable que concurren todos y cada uno de los elementos que lo conforman de acuerdo a la Ley punitiva y que son:

1. Que el valor de lo robado no exceda de diez veces el salario mínimo vigente en la época de la comisión del injusto,
2. Que sea restituido espontáneamente y el activo satisfaga los daños y perjuicios,
3. Que dicha restitución se realice antes de que el Órgano competente tome conocimiento del evento; y

4. Que el robo no haya sido perpetrado con violencia.

Consigna el Maestro Pavón Vasconcelos: *"...aquí el agente del delito se arrepiente del hecho ilícito ejecutado y devuelve no sólo lo robado, sino además paga los daños que haya causado, así como los perjuicios, antes de que la autoridad haya tomado conocimiento del hecho. Tanto el arrepentimiento como la ausencia de medios violentos en la comisión del apoderamiento, revelan la inexistencia de peligrosidad y tal razón fue la que llevó el legislador a establecer la citada excusa".*³⁷

Creemos que lo anterior no necesita de mayores explicaciones, dada la claridad con la que se conduce el Maestro Pavón Vasconcelos, puesto que los factores de arrepentimiento y carencia de medios violentos demuestran sin lugar a dudas la ausencia de peligrosidad social del ente activo del ilícito, motivo en el cual finca el legislador su razonamiento para establecer la precitada justificación.

Artículo 379.- *No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".*

Sobre el contenido de este artículo el Maestro González de la Vega, expone: *"...Existe un caso típico incluido dentro de esta excluyente que estudiamos. O sea el robo por hambre, que la mayoría de los Códigos reglamenta en forma*

³⁷ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO, Ob. Cit.

destacada, sobre todo en los reglamentos capitalistas, para no considerarlo como absolutamente lícito. En el Código Penal anterior figuraba como excluyente (Artículo 45, Fracc. VII) la indigencia para el que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apoderaba una sola vez del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares de alimentación del momento. El legislador del Código vigente consideró que este caso especial, al que los penalistas llaman "hurto necesario", no ofrece ese carácter de generalidad para todos los delitos que presentan nuestras excepciones de inimputabilidad, y por lo mismo cabe como un caso especial dentro del delito de robo, y así lo puso en el artículo 379, modificando el texto relativo, pues como se encontraba en el Código del 29, sólo cabía para alimentos, habiendo tenido que condenarse en muchos casos al que, medio desnudo, expuesto a morir de frío, se apoderaba de mantas para abrigarse, lo cual era inhumano, pues no sólo el hambre impulsa al estado de necesidad, sino también la miseria, el frío y la dificultad de ganar el sustento propio o el de los miembros de la familia. Esta modalidad en nuestro Código es de las más avanzadas, pues sólo el Código Ruso y los de Friburgo y los Grisones la tienen".

"Por nuestra parte, analizando la redacción del precepto que justifica el robo por estado de necesidad, observamos, en primer lugar, que se excluye de la exención de penalidad el caso en que el apoderamiento se efectúe por medios violentos o engañosos. La violencia en sí misma, por el peligro que atrae a las personas en las que se comete, es estimada como una circunstancia agravadora en la ejecución de los robos, que aumenta su penalidad. Por el empleo de engaños en el robo, no deben entenderse aquellas actitudes falaces o maniobras dolosas empleadas por el sujeto para lograr

inmediatamente la entrega voluntaria de la cosa objeto del delito, porque entonces se tipifica el delito de fraude previsto en la fracción I del artículo 386 del Código Penal, sino las falacias empleadas como medios preparatorios que faciliten la posibilidad de un apoderamiento no consentido, o sea de un verdadero robo".

"En segundo lugar, el precepto que reglamenta el robo de indigente, como lo llama Francisco Argüelles, limita la justificación a una sola vez. Desgraciadamente -agregamos nosotros-, la realidad de los hechos desmiente el optimismo del legislador, pues es indudable que el estado de hambre o el de necesidad, manifestaciones del instinto de conservación, no se remedian en muchos casos con el apoderamiento singular de los elementos estrictamente indispensables. ¿Qué razón existe, si se repiten las ocasiones de verdadera necesidad, para no justificar un segundo o tercer robo? Afortunadamente, no obstante la literalidad del precepto que comentamos que parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente, la solución puede encontrarse en la redacción de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, dentro de cuyos amplísimos términos caben todos los casos de necesidad".

"Por supuesto, la excluyente por indigencia no ampara a aquellos casos en que el agente finja necesidad para justificar su vagancia o malvivencia habituales".³⁸

Como se ha podido apreciar de la clara exposición del Maestro González de la Vega, con el que compartimos sus opiniones, el estado de necesidad, se

³⁸ CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL., Ob. Cit.

refiere a que por una sola vez el sujeto activo del delito se apodera de aquellos elementos necesarios para subsistir para sí o para sus familiares, debiéndose entender por "elementos esenciales" todos aquellos que se hacen indispensables para sobrevivir como lo son los alimentos, ropa, casa habitación donde protegerse de las inclemencias del tiempo y mediciones. Sobre el particular podríamos poner como ejemplo el caso de que la esposa se ve abandonada por su cónyuge y no le deja medios económicos para sobrevivir, entonces la esposa se ve en la necesidad de vender o empeñar los bienes muebles que están dentro del hogar; en este caso específico, como se ha explicado, no se configurará delito alguno, cuenta habida que el injusto de abuso de confianza que hipotéticamente pudiera darse se desvanecería, ya que el estado en que se encuentra la esposa y que la lleva a disponer de los objetos muebles del hogar, obedece al estado de necesidad y por una sola vez, circunstancias éstas que justificarían legalmente su proceder, anulando por completo todo tipo delictuoso.

6. LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR

6.1. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS.

El anterior Código Penal establecía en sus numerales 377 y 378 diversas disposiciones que contenían casos de justificación para determinadas personas. Para una debida comprensión se precisa establecer un estudio a fondo de dichos dispositivos legales.

"Artículo 377.- El robo cometido por un ascendiente contra un descendiente suyo o por éste contra aquél no produce responsabilidad penal contra dichas personas. Si además de las personas de que habla este artículo tuviere intervención en el robo alguna otra, no aprovechará a ésta la excusa absolutoria, pero para castigarla se necesita que lo pida el ofendido. Pero si precediere, acompañare o siguiera el robo algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señale la ley"

"Artículo 378.- El robo cometido por un cónyuge contra otro, por un suegro contra su yerno o nuera, por éstos contra aquél, por un padrastro contra su hijastro o viceversa, o por un hermano contra su hermano, produce responsabilidad penal; pero no se podrá proceder contra los dolientes sino a petición del ofendido".

De los preceptos legales transcritos, los cuales en la actualidad se encuentran derogados se pone en evidencia que el legislador omitió observar y precisar

expresamente el procedimiento al que estaban expuestos los concubinos al incurrir en el pluricitado tipo penal de robo, pues mientras los parientes cercanos y los cónyuges que incidían en esta conducta antijurídica se encontraban a salvo de cualquier sanción penal, con excepción de los casos en que el ofendido se querrelaba, pudiendo bien reincidir en la comisión del injusto a su libre albedrío, casos de exclusión de responsabilidad penal que, como indicamos, única y exclusivamente amparaba a los suegros, yernos, nueras, hermanos y de una manera muy especial a los cónyuges. Pero al referirse al legislador a estos últimos solamente consideraba como tales a las parejas enlazadas por solemne ceremonia y formal contrato establecido entre funcionario público. Pero entonces, *¿qué sucedía con los concubinos?* La realidad aunque cruda y drástica era que éstos eran tratados como ciudadanos de segunda clase por carecer de un contrato firmado ante el Oficial del Registro Civil; oficiosamente la autoridad investigadora procedía penalmente contra el concubino infractor, no obstante que no podemos negar, tal y como lo hemos precisado en capítulos anteriores, que el concubinato en una unión de hecho, misma que define al maestro Rafael de Pina Vara como la unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a persona alguna, realizada en forma voluntaria y sin formalización legal, para cumplir con los fines atribuidos el matrimonio en la sociedad. En efecto, es la vida en pareja con todos los derechos y obligaciones del matrimonio formal como son la cohabitación, el socorro y ayuda mutua, la fidelidad y lealtad, el débito carnal y en especial la procreación de la especie, con la única diferencia de ausencia de formal contrato que hace desaparecer el calificativo de "deber", más no en relación a los hijos en términos del artículo 336 del Código Penal vigente.

Desde nuestro muy particular enfoque, la unión de hecho o concubinato es en nuestra sociedad una fórmula de vida en pareja que bien se puede equiparar al matrimonio, dadas las condiciones de cohabitación, lealtad, fidelidad, ayuntamiento sexual, ayuda mutua, etc., circunstancias que regulan a ambas uniones de hombre y mujer, resultando en muchos de los casos, el enlace informal la relación de pareja ideal, en donde se observa realmente la lealtad y fidelidad de ambos en su más amplia expresión, con una verdadera ayuda y procuración recíproca y la debida atención a los hijos habidos dentro del concubinato y cuando llegaba a presentarse una conducta de apoderamiento no consentido, los concubinos eran tratados de oficio, al margen del verdadero espíritu de la ley penal (artículo 378), pudiendo ser en muchos casos, los cónyuges formales antes de una mayor peligrosidad para la Sociedad, sujetos éstos que actuaban protegidos por los invocados institutos jurídicos del Código Penal, puesto que se transformaban en agentes inimputables del derecho sancionador, aunque obraran con plena capacidad de discernimiento para alcanzar a comprender la magnitud dañosa de su conducta dolosa. Más lo mismo no acontecía entre concubinos, pues la falta de contrato solemne se traducía en la desventaja de no poder recibir al mismo tratamiento que los cónyuges formales, circunstancia que consideramos, contraviene flagrantemente el real objetivo de Nuestra Carta Magna, habida cuenta que dicho Cuerpo Normativo estatuye que ante la Ley todos somos iguales, lo cual reflejaba una total incongruencia entre el Código Penal y La Constitución Federal; de ahí que, se exigía a gritos urgentemente que al concubinato quedara al resguardo de la Ley Penal, puesto que no debo perderse de vista que en nuestro país, este tipo de unión es muy frecuente.

Respecto a lo anterior, el Maestro González de la Vega consigna: "...Llama la atención el silencio que guarda el legislador sobre los robos entre concubinos, no obstante que en México el amancebamiento es una forma muy común de unión sexual, en la que, de facto, se establece generalmente entre los concubinos cierta unidad patrimonial en los bienes que constituyen el caudal doméstico. Estas circunstancias seguramente fueron tomadas en cuenta en el artículo 1635 del Código Civil, al establecer ciertos derechos sucesorios para la concubina. Cabe objetar a la táctica seguida por el legislador penal que si fueron consideraciones de resguardo del régimen familiar, de integridad y armonía domésticas, las que condujeron a establecer al robo entre cónyuges por persecución particular, es evidente que no llegó al fin que se propuso, ya que la familia mexicana, en su mayoría, se constituye en virtud de relaciones no sancionadas legalmente, sino por simples amancebamientos. Independientemente de la reglamentación, precisa llamar enérgicamente la atención de los tribunales acerca de la insinceridad de ciertas denuncias vengativas entre amantes; sucede a menudo que el concubinato abandonado encuentra, con la denuncia de robo, eficaz instrumento de venganza, para lo cual le basta acusar a la fugitiva de apoderamiento de sus objetos particulares y del mobiliario que generalmente lleva consigo. La frecuencia de esta clase de denuncias demanda una más justa protección, un mejor equilibrio, de resguardo para la institución de la familia en general, aún cuando ésta no se encuentre asentada en previo contrato de matrimonio; al propósito civilizador de la ley estableciendo privilegios en favor de las uniones legales, hay que anteponer otro nacido de estricta justicia, teniendo en cuenta la secular tradición mexicana que prefiere, especialmente entre

determinada clase social, el libre ayuntamiento al sancionado por las leyes. Estas consideraciones deben hacer que el juez ponga todo su escrúpulo al examinar denuncias o pruebas de robos cometidos entre amantes, porque no es extraño que el que se dice ofendido haya hecho una donación tácita o expresa de los bienes que reclama a su amante; o puede acontecer que existe indivisión en cuanto a los derechos patrimoniales de los amancebados por haberse adquirido los bienes con la cooperación o los recursos de ambos, siendo de aplicarse entonces las reglas que ya estudiamos. Esta interpretación evitará en la práctica, con su correcta aplicación, la imposición de penas inequitativas".³⁹

Plenamente coincidimos con el insigne maestro, cuenta habida que es indudable que la finalidad que persiguió el legislador al redactar el contenido del numeral 1635 de la ley civil en el que instituyó ciertos derechos para la concubina, no cumplía la finalidad deseada, toda vez que se contemplaban situaciones que en muchos de los casos obedecían a acciones de venganza originadas por problemas familiares, por lo que compartimos la línea del ilustre maestro en cuanto a que el juzgador deberá de tener en consideración y poner especial atención a las denuncias hechas entre concubinos, ya que si bien es cierto que éstos no se encuentran bajo el amparo del contrato matrimonial, no menos lo es que los mismos son generadores de la familia mexicana, núcleo de nuestra Sociedad.

Todas las circunstancias narradas en líneas precedentes obligaron al legislador penal a regular la situación en que se encontraban los cónyuges y concubinos, puesto que mientras los primeros estaban exentos de

³⁹ GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, Ob. Cit. pág. 213.

responsabilidad penal en el robo, todo lo contrario acontecía con estos últimos, pues, de oficio se les perseguía, en muchos casos injustamente, dada la ausencia de contrato de matrimonio. Pero lejos de asentar en el Código la fórmula reguladora de dicha situación, al enfrentarse a ello el legislador, de tajo, simple y llanamente consideraba únicamente la situación de los cónyuges unidos por formal contrato de matrimonio, omitiendo precisar el cómo deberían ser tratados los concubinos, situación mucho más cómoda desde el punto de vista estrictamente moralista, siendo ciego ante la palpable realidad de que el Concubinato es una verdad insoslayable en nuestro país, unión integradora de la familia mexicana, enlace que aunque real, trataba de evitar tocar el tópic.

Los concubinos marginados por el legislador penal tuvieron que ver pasar largo tiempo para que se afrontara el problema de frente, sin tapujos ni tabúes moralistas que, sin fundamento alguno lo consideraban como inmoral y hasta delictivo.

Fue que, este velo moralista fue despejado por el regulador de normas penales hasta que, por medio del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación en 13 de enero de 1984, al quedar derogados los artículos 377 y 378, cobra vida jurídica el diverso **399 bis** del Código Penal en vigencia, Instituto Jurídico en el cual por fin se toma en cuenta a la relación de hecho o Concubinato, ya que éstos quedan regulados en el ámbito penal, contemplando los supuestos comisivos del ilícito en comento, ya que siendo una realidad palpable en nuestra Sociedad, por mucho tiempo se temió y evitó enfrentar.

En efecto, en la actualidad los concubinos que incurren en robo entre pareja, al igual que los formales cónyuges se encuentran comprendidos dentro del invocado dispositivo legal **399 bis**, al cual refiere la procedencia de la querrela de parte para la persecución de los antisociales, el consignar:

"Artículo 399 Bis.- Los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad, asimismo hasta el segundo grado..."

Al entrar en vigor el referido artículo es cuando, en estricta justicia quedan regulados los concubinos infractores de igual manera que los consortes formales en acatamiento a la Constitución General de la República, puesto que pasan a ser iguales ante la Ley tanto los cónyuges como los concubinos, principio de equidad y justicia que por mucho tiempo fue conculcado en perjuicio de las parejas no constituidas formalmente. Es por lo anteriormente señalado que, nos abocamos a realizar una crítica y a la vez un franco y abierto reconocimiento al proceder del legislador penal.

6.2. CRITICA.

Como ha quedado asentado a lo largo de la presente Tesis, el robo cometido entre cónyuges producía responsabilidad penal pero para su persecución se precisaba de la forzosa denuncia del consorte ofendido, tal y como lo disponía el artículo 378 de la ley represiva, pero el hecho de vivir en pareja sin contrato solemne de matrimonio los excluía de dicho razonamiento, siendo tratados oficiosamente, no contemplando y valorando que también tales uniones se regulaban bajo los mismos derechos y obligaciones que los primeros, lo cual consideramos no era justo, puesto que sin entrar a fondo se apreciaba que se violaba el principio contenido en nuestro máximo Cuerpo Normativo de igualdad de todas las personas ante la ley, considerando que en el caso específico deberían ser tratados como los cónyuges formales sin que fuera óbice la ausencia de previo contrato matrimonial, pero en el criterio del legislador, pesó más la circunstancia moralista que el aspecto técnico jurídico, habida cuenta que no sólo beneficiaría al concubino que incurría en tal figura reprochada, sino también a la familia de éste, principalmente a los hijos habidos dentro de esa unión de hecho, los cuales en la mayoría de los casos se encuentran ajenos al problema suscitado entre sus padres, por su minoría de edad y dada la ausencia de plena capacidad de comprensión y repercusiones dentro del seno familiar, unión ésta que no se encuentra en la actualidad al resguardo de la ley debido a la carencia del pluricitado contrato formal, pero lo que no podemos negar es que el Concubinato si se encuentra contemplado por un Derecho Consuetudinario, nacido con base en las

costumbres del pueblo mexicano, en su mayoría sujetos a relaciones no sancionadas por la ley.

Creemos que dada la evolución social que ha sufrido el pueblo de México, el legislador penal se tardó en demasía para regular expresamente la situación de los concubinos infractores, quizá por la eminentemente enorme influencia que ejercen en general las costumbres moralistas que derivan de la religión.

Por otra parte, al no encontrarse contempladas en el Código Penal tales uniones informales, el juzgador se encontraba imposibilitado para dar a los concubinos la calidad de cónyuges, habida cuenta que en materia penal está prohibida la analogía, deducciones o conclusiones por mayoría de razón, tal y como lo estatuye el dispositivo jurídico 14 de la Constitución General de la República. Por tanto, cobra mayor intensidad e importancia el contenido del instituto jurídico 399 Bis de la Ley en cita, puesto que expresamente refiere el tratamiento que en la actualidad debe darse a los concubinos, término real de unión que por mucho tiempo fue satanizado y por lo mismo, tácitamente prohibido el regular al respecto desde el punto de vista jurídico y no totalmente moralista.

Es por esto que, independientemente de la crítica que hacemos valer, debemos invocar un abierto y público reconocimiento al legislador penal, pues al sacudirse tales ataduras moralistas sin fundamento alguno, expresamente determinó el tratamiento al que están sujetos los concubinos infractores de la

ley penal, situación que evidentemente viene a traducirse en un gran acierto encaminado hacia la recta y justa administración de la justicia, lo cual viene a repercutir principalmente en el bien jurídico que tutela el matrimonio y que lo es la estabilidad de la familia, núcleo de nuestra Sociedad.

CONCLUSIONES

1. Como se ha podido observar, la evolución del matrimonio a través de los tiempos se ha podido contemplar mediante las diversas etapas que van desde la promiscuidad primitiva regulada en relación de la madre, matrimonio por raptó en donde se vislumbra la base patriarcal, el matrimonio por compra en el cual es ya reconocida en forma total la potestad del hombre, hasta llegar finalmente al matrimonio aceptado como una libre manifestación de voluntades.
2. Actualmente el matrimonio civil constituye un verdadero contrato, puesto que debe contener los requisitos esenciales y de validez para su configuración, mismo que podrá celebrarse ya sea por el régimen de Sociedad Conyugal o bien por el de Separación de Bienes, el cual deberá ser manifestado ante el Oficial del Registro Civil en forma expresa, dando de esta manera origen a las Capitulaciones Matrimoniales. De tal manera que los efectos jurídicos del matrimonio se dan entre consortes, en relación a los hijos y respecto a los bienes.
3. Por otra parte, encontramos dentro de nuestra Sociedad actual, otro tipo de unión, que no se encuentra regulada ni como Institución ni como contrato alguno, sino que nace a través de la unión voluntaria del varón y de la mujer, denominado Concubinato. Su problema fundamental se plantea en la base moral de la Sociedad y que la ley contempla únicamente a través de los artículos 1635 y 383, del Código Civil en vigor, el primero respecto a los derechos de la concubina para heredar en sucesión testamentaria, la que deberá satisfacer los requisitos de temporalidad, carecer de vínculo matrimonial con persona diversa, etc., y el último en relación a los hijos.

4. En cuanto al delito de robo podemos señalar que este tipo penal ha sido contemplado desde los tiempos más remotos, traducido en diferentes significados como hurto, robo y cuya comisión es ejecutada por diversos factores que van desde una necesidad de primer orden hasta la insaciable codicia de poder económico a través de muy variadas formas de comisión y que específicamente recaerá sobre los bienes muebles, siendo el patrimonio el bien jurídico que la legislación tutela.

5. Importante es hacer notar lo significativo que este delito representa cuando es cometido entre cónyuges, ilícito que conforme el artículo 378 del Código Penal, ahora derogado, producía responsabilidad penal, pero solamente se podía proceder contra el cónyuge infractor a petición del consorte ofendido. El punto medular para el juez en este tipo de antijurídicos, era el de precisar dentro de cual de los regímenes posibles, sea de Sociedad Conyugal o de Separación de Bienes se encontraban los consortes al momento de la comisión del delito. A la fecha, existen dos casos de justificación que contemplan los preceptos legales 375 y 378 del Código Penal Vigente.

6. Dado lo anterior, el legislador penal había incurrido en una omisión al no precisar expresamente el procedimiento al que estaban expuestos los concubinos que cometen tales hechos delictuosos, al imponerse sobre el punto de vista jurídico el religiosamente moralista, dando un tratamiento de ciudadano de segunda al concubino infractor por carecer de contrato de matrimonio que le otorgara legalmente el carácter de cónyuge, en contravención con el espíritu de Nuestra Constitución. Esta laguna jurídica vino a disiparse mediante Decreto de 30 de diciembre de 1983, derogando los artículos 377 y 378 de la ley penal, cobrando

vida jurídica el diverso 399 Bis, en el cual, expresamente el legislador señala la regulación para el tratamiento de los concubinos en este tipo de injustos, determinación que es loable y de gran reconocimiento pero sin que obste el invocar una severa crítica al legislador represivo, puesto que tardó en demasía en regular una realidad insoslayable que se presenta en nuestro país y que debido a ataduras morales omitió enfrentar la situación, más aunque tarde, dicha circunstancia en la actualidad se encuentra ya regida expresamente en el Código Penal en Vigencia, puesto que tal unión de hecho **es generadora del núcleo de nuestra Sociedad, La Familia.**

BIBLIOGRAFIA

1. Cárdenas F. Raúl, **Derecho Penal Mexicano del Robo**, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1977.
2. Galindo Garfias, Ignacio, **Derecho Civil**, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1979.
3. González de la Vega, Francisco, **Derecho Penal Mexicano**, Décima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1977.
4. G. Cabanelas, **Diccionario de Derecho Usual**, Tomo II, Séptima Edición, Editorial Heliasta, S. de R.L., Buenos Aires, República de Argentina, 1972.
5. Huerta Jiménez, Mariano, **Derecho Penal Mexicano**, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1973.
6. Pavón Vasconcelos, Francisco. **Comentarios de Derecho penal (Parte Especial)**, Editorial Jurídica Mexicana, Segunda Edición, México, D.F., 1964.
7. Pina Vara de, Rafael. **Diccionario de Derecho**, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1981.
8. Rojina Villegas, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1975.

9. **Código Penal para el Distrito Federal**, Trigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1982.

10. Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, **Código Penal Anotado**, Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición, México, D.F., 1971

11. **Código Civil para el Distrito Federal**, Cuadragésima Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1977.

12. **Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para Toda la República en Materia Federal**, Editorial Pac, S.A. de C.V., México, D.F., 1995.

13. Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, **Código Penal Anotado**, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., Décima Octava Edición, 1995.