

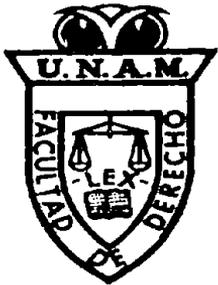


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CONSIDERACIONES JURIDICO-PENALES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA SUBSISTENCIA FAMILIAR

T E S I S QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA: TERESA HERNANDEZ GARCIA



ASESOR: MTRO. JOSE ANTONIO GRANADOS AYLACO

MEXICO, D. F.

ENERO 2005

m. 342639



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: TERESA
HERNÁNDEZ GARCÍA

FECHA: 6 ABRIL 2005

FIRMA: [Firma manuscrita]



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/031/SP/02/05
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna **HERNÁNDEZ GARCÍA TERESA**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. **JOSÉ ANTONIO GRANADOS ATLACO**, la tesis profesional titulada "**CONSIDERACIONES JURÍDICO-PENALES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA SUBSISTENCIA FAMILIAR**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. **JOSÉ ANTONIO GRANADOS ATLACO** en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**CONSIDERACIONES JURÍDICO-PENALES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA SUBSISTENCIA FAMILIAR**", puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **HERNÁNDEZ GARCÍA TERESA**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 23 de febrero de 2005

LIC. JOSE PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

AGRADECIMIENTOS.

Jamás pasó por mi mente la idea de estudiar una licenciatura de nueva cuenta, sin embargo, las circunstancias de mi propia vida, quizá, me condujeron a ello. Hoy me siento agradecida con la vida por haberme permitido recorrer este camino que, en lo personal, no resultó fácil, pero que confío me llevará lejos; y desde luego, a todos aquellos que colaboraron para la realización de este trabajo y aunque tal vez no sea suficiente, les digo desde mi interior, GRACIAS:

A Dios, nuestro Señor,
Por haberme permitido este privilegio;

A la Universidad Nacional Autónoma de México,
Por la segunda oportunidad de estar en sus aulas;

A Daniel,
Por todo lo que me dio para poder llegar a la meta;

A mi mami, a mi hija Daniela y a mi pequeño Sebastián;
A ellas, por haber sido incondicionales en los momentos en que tuvieron que suplirme en mis tareas cotidianas; y a él, por haber sido y ser un estímulo en la lucha.

A mi hermana Yolanda y a mi cuñado Mario;
Por el apoyo que siempre estuvieron dispuestos a darme; y

En especial, a mi asesor, el Maestro José Antonio Granados Atlaco,
Por el tiempo, esfuerzo y dedicación brindado por tan largo tiempo.

CONSIDERACIONES JURÍDICO-PENALES EN TORNO A LOS DELITOS EN CONTRA DE LA SEGURIDAD DE LA SUBSISTENCIA FAMILIAR

Introducción.	1.
CAPÍTULO UNO LA FAMILIA	
1.1. Origen y evolución.	5.
1.2. La institución del matrimonio.	13.
1.2.1. Europa.	13.
1.2.1.1. Grecia.	15.
1.2.1.2. Roma.	19
1.2.2. México.	33
1.2.2.1. Epoca precolombiana.	33.
1.2.2.1.1. Epoca colonial.	44.
1.2.2.1.1.1. México independiente.	52.
1.2.2.1.1.2. Epoca contemporánea	60.
1.3. Efectos jurídicos del divorcio en México. (Derecho comparado).	67
1.4. El concubinato.	86.
1.4.1. Concepto.	86.
1.4.2. Derechos.	89.
1.4.3. Obligaciones.	93.
1.5. El parentesco.	96.
1.5.1. Concepto.	96.
1.5.2. Clases de parentesco.	98
1.5.2.1. Civil.	98.
1.5.2.2. Afinidad.	99.
1.5.2.3. Consanguíneo.	100.
1.6. La filiación.	102.
1.6.1. Concepto.	102.
1.6.2. Derechos.	103.
1.6.3. Obligaciones.	105.

CAPÍTULO DOS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

2.1 Concepto.	107.
2.2. Origen y evolución de la figura jurídica de los Alimentos.	109.
2.2.1. Europa.	109.
2.2.1.1. Grecia.	109.
2.2.1.2. Roma.	110.
2.2.2. América.	114.
2.2.2.1. México.	114.
2.3. Acreedores alimentarios en el Derecho Positivo Mexicano.	122.
2.3.1. Menores de 18 años.	122.
2.3.2. Mayores de 18 años.	123.
2.3.2.1. Estudiantes.	123.
2.3.3. Ascendientes.	125.
2.3.4. Discapacitados.	127.
2.3.5. Interdictos.	127.
2.3.6. Cónyuge.	127.
2.3.7. Concubina.	129.
2.4. Cumplimiento por la vía civil.	134.
2.4.1. Procedimiento civil.	134.
2.4.2. Sanciones civiles por incumplimiento.	137.
2.4.2.1. Medidas de apremio.	137.
2.4.2.2. Pérdida de la patria potestad.	139.

CAPÍTULO TRES LA VIA PENAL EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

3.1. Requisitos de procedibilidad.	144.
3.1.1.1. Querrela.	144.
3.1.1.2. Denuncia.	153.
3.2. Elementos típicos en los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar.	
3.2.1. Elementos esenciales.	158.
3.2.2. Elementos básicos.	165.
3.3. Procedimiento Penal y el Juez.	171.
3.3.1. Consignación.	171.
3.3.1.1. Con detenido.	171.
3.3.1.2. Sin detenido.	174.
3.3.2. Plazo constitucional.	176.
3.3.3. Instrucción.	179.

3.3.4. Conclusiones.	183.
3.3.5. Juicio.	184.
3.3.6. La sentencia.	184.
3.3.6.1. Reparación del daño.	186.
3.4. Extinción de la acción penal.	189.
3.4.1. Cumplimiento de la pena o medida de seguridad.	190.
3.4.2. Muerte del inculpado o sentenciado.	191.
3.4.3. Perdón que otorga el ofendido en los delitos de querrela.	191.
3.4.4. Prescripción.	192.
3.5. Sustitutivos de la pena privativa de libertad.	199.

CAPÍTULO CUATRO

PRESUPUESTOS JURÍDICOS COMUNES ENTRE LOS DELITOS GRAVES Y LOS DELITOS NO GRAVES COMO LOS QUE SE REALIZAN CONTRA LA SEGURIDAD DE LA SUBSISTENCIA FAMILIAR

4.1. La media aritmética y sus fines.	204.
4.2. Consideraciones en torno a la comisión del delito.	210.
4.2.1. Agravantes.	210.
4.2.2. Reincidencia.	216.
4.2.3. Habitualidad.	218.
4.2.4. Dolo.	219.
4.2.5. Delito continuo.	223.
4.2.6. Concurso de delitos.	224.
4.3. La punibilidad en torno a la seguridad de la subsistencia familiar.	225.
4.3.1. Punibilidad, pena y punición.	225.
4.3.2. Por su relación civil.	229.
4.3.3. Por su relación de afinidad.	229.
4.3.4. Por su relación de consanguinidad.	230.
4.4. La punibilidad y la política criminal.	232.
4.4.1. Fines de la pena.	232.
4.4.2. Fines de la privación de la libertad como pena.	237.
4.4.3. Fines de la reparación del daño como pena.	240.
4.5. Consideraciones de política criminal en torno a los sujetos activos y a los sujetos pasivos en atención a la seguridad de la subsistencia familiar.	242.

CONCLUSIONES.	250.
PROPUESTAS.	253.
BIBLIOGRAFÍA.	256.

INTRODUCCIÓN.

Para el hombre, quizá no exista otra rama del derecho con mayor importancia que la penal. Su base sociológica, sus circunstancias ambientales, la propia índole de su naturaleza jurídica está en relación constante con el hombre, con su entorno vital y con sus acciones u omisiones, protegiendo los bienes jurídicos más preciados para la sociedad.

El derecho penal, en sentido subjetivo, es el derecho a castigar (*ius puniendi*), el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos actos o hechos (delitos) con penas y, en el caso de su comisión a imponerlas y a ejecutarlas, hallándose en esta noción su fundamento filosófico. En sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos y las penas, concepto que encierra el fundamento del Derecho Penal Positivo.

Por tanto, al salvaguardar los valores más altos de cada sociedad, el Derecho Penal mantiene una relación muy cercana, aunque quizá muy discreta, con el Derecho Familiar.

Cabe resaltar que en materia familiar, el trabajo legislativo se ha desarrollado con plenitud en México, y a nivel internacional, nuestro país fue el primero en contar con leyes autónomas relacionadas con la familia como por ejemplo la Ley de Relaciones Familiares promulgada por Venustiano Carranza en 1917.

Francisco Muñoz Conde señala que tradicionalmente el cumplimiento de los deberes familiares fue una cuestión jurídico-privada, marginal al Derecho Penal. Sólo la ruptura del deber de fidelidad conyugal y el quebrantamiento de otros deberes familiares cuando llevaba aparejada una lesión o puesta en peligro de algunos de los bienes jurídicos como la vida, la integración física de las personas integrantes de la familia, mereció un mayor interés del Derecho Penal.

Por su parte, Eduardo López Batancour, afirma que tal concepción fue cambiando con la aparición de nuevas tendencias e ideologías sobre la familia como núcleo natural y básico de la sociedad, y que la publicitación del Derecho Familiar, motivaron la introducción en los Códigos Penales de nuevas figuras de delitos que atentan fundamentalmente contra ella, pues el legislador se ha preocupado por delimitar los delitos contra la vida social como es el caso del abandono de los deberes familiares.

Los alimentos, como uno de los deberes familiares, han sido parte de la legislación civil y penal mexicana casi desde su nacimiento (sin olvidar que su origen se halla en las leyes romanas) con modificaciones fundamentales que en la actualidad, en la norma, en la tinta, parecería ser un deber difícil de eludir.

Evidentemente, los alimentos como derecho, en primera instancia de carácter civil y después penal, tienen como finalidad proteger lo que justamente el Código punitivo denomina *Seguridad de la Subsistencia Familiar*. Subsistencia que representa la base de desarrollo pleno de cualquier ser humano. No obstante, en el México real, al decir de un connotado periodista mexicano, los delitos contra dicha Seguridad de la Subsistencia Familiar, parecerían ser letra muerta por el casi nulo número de denuncias y querellas presentadas en las Agencias del Ministerio del Público del Distrito Federal.

En la exposición de motivos del Proyecto de Decreto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal se dice que los estudiosos del derecho penal y la criminología han coincidido en que los factores que incrementan la delincuencia son el desempleo, la marginación social, los bajos niveles educativos, la falta de sistemas de seguridad social eficientes, la crisis económica, la corrupción de las instituciones públicas, la impunidad y el surgimiento del crimen organizado, entre otros aspectos.

En este sentido, bien podría decirse que el germen de la delincuencia podría estar en primer lugar en la inseguridad de la subsistencia familiar, en la incertidumbre de poder hacer valer en los hechos, una pensión alimenticia para los menores de edad, para los mayores que abandonan la educación formal para laborar en condiciones desfavorables; para discapacitados y adultos mayores que no cuentan con ingresos económicos y viven del subempleo o de pedir limosna en las calles.

En este presente trabajo, se abordan, por tanto, las distintas consideraciones jurídico-penales en torno a la figura de los alimentos, denominada en el actual Código Penal para el Distrito Federal “Delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar”, a fin de poder observar la poca intimidación, como parte de la prevención general de la norma penal, que causa en las personas que realizan estas conductas delictivas, dadas las características del curso que sigue el procedimiento penal en los delitos en comento.

Se estructuraron cuatro capítulos en los que en primer lugar se analiza a la familia, su origen y evolución así como las fuentes de la obligación alimentaria reglamentadas por el Código Civil, iniciando con la institución del matrimonio, sus orígenes nacionales e internacionales más importantes, el divorcio y sus efectos jurídicos tanto en México como en algunos países sudamericanos, europeos y asiáticos, el concubinato, el parentesco y la filiación, precisando derechos y obligaciones que de ellas se generan.

En el capítulo dos se hizo un recorrido histórico sobre la figura jurídica de los alimentos en Grecia y Roma básicamente, para después observar cómo se dió ese mismo proceso en México. Asimismo, se describió el tipo de personas que son consideradas por nuestra legislación civil acreedores alimentarios y finalmente se mencionó de manera muy concisa el desarrollo del procedimiento para dar cumplimiento a la obligación alimentaria, haciendo hincapié en las sanciones y medidas de apremio que se aplican en el caso de incumplimiento.

Para un capítulo especial, es decir, el tercero, se reservó el análisis y descripción de la vía penal que se sigue cuando una persona realiza conductas que atentan contra de la Seguridad de la Subsistencia Familiar, precisando los requisitos de hecho y de derecho para presentar una denuncia o querrela ante el Agente del Ministerio Público, cuáles son los elementos del tipo penal en estudio, el desarrollo del proceso penal, las vertientes que pueden seguirse en una consignación con detenido o sin detenido, las que se dan en el auto de plazo constitucional con el inculpado, en la instrucción con el ofrecimiento de pruebas, el juicio y por supuesto la sentencia misma y los sustitutivos penales. En qué términos se puede exigir la Reparación del daño, cuándo procede, cómo se acredita, cómo se ejecuta y hasta qué momento la víctima o el ofendido por los delitos motivo de este trabajo, reciben recursos para atender a sus necesidades de subsistencia como consecuencia de una sentencia penal condenatoria.

Finalmente, en el capítulo cuatro se hizo una comparación entre los presupuestos jurídicos presentes en los delitos considerados graves y los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, que no es delito grave, tomando como base la media aritmética, agravantes, reincidencia, habitualidad, dolo, delito continuo y concurso de delitos. En este sentido, se analizaron los conceptos de punibilidad pena y punición y en particular los fines de la pena de prisión en concordancia con la política criminal para estar en condiciones de precisar por qué los delitos en estudio tendrían que ser considerados delitos graves con el único fin de poder lograr, en los hechos, el cumplimiento de la obligación alimentaria por la vía penal, salvaguardando así uno de los valores más preciados por la sociedad.

CAPÍTULO UNO

LA FAMILIA

1.1. Origen y evolución.

Las primeras divisiones de la prehistoria de la humanidad de que se tiene conocimiento son las realizadas por Lewis Morgan y posteriormente sistematizadas por Federico Engels. En ellas se aprecian tres fases con claras diferencias en el desarrollo del hombre denominadas salvajismo, barbarie y civilización, las cuales muestran cambios materiales y culturales de la vida humana, incluidos los distintos tipos de familia que se tuvo, como forma de organización social.

Morgan subdivide al salvajismo y la barbarie en estadios inferior, medio y superior con base en los progresos alcanzados en la producción de los medios de existencia, porque según él:

“La habilidad en esa producción desempeña un papel decisivo en el grado de superioridad y de dominio del hombre sobre la naturaleza: el hombre es, entre todos los seres, el único que ha logrado un dominio casi absoluto de la producción de alimentos. Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden, de manera más o menos directa, con las épocas en que se extienden las fuentes de existencia.”¹

Cabe señalar que el desarrollo de la familia se opera casi paralelamente al de la humanidad, razón por la que iniciaremos este trabajo con la descripción de los períodos delimitados por Morgan, con el objetivo de poder apreciar las circunstancias en que aparece la familia.

I. Salvajismo.

¹ MÉNDEZ MORALES, L. Silvestre. Dinámica Social, Curso de Universidad Abierta. Tercera Edición. Facultad de Contaduría y Administración, U.N.A.M., México, 1981, pp. 60-66.

1. Estadio inferior. Corresponde a los primeros tiempos de la humanidad en que los hombres permanecían aún en los bosques tropicales y vivían, por lo menos parcialmente y cohabitando en la tierra con animales de gran tamaño. Por ende su alimentación se basa en frutos, las nueces y las raíces siempre al alcance de la mano, pero desde luego ninguno de esos pueblos conocidos se encontraba en ese estado primitivo.

2. Estadio medio. El primer gran avance es el consumo de pescado, un alimento que sin duda incidirá en la estructura orgánica del hombre. Por otra parte el uso del fuego permitirá el cambio sin el riesgo inminente de perecer de frío, siguiendo el curso de los ríos y las costas de los mares, pudiendo, aún en estado salvaje, extenderse sobre la mayor parte de la tierra.

La Edad de Piedra, como se le conoce también a este período, da lugar a la creación de instrumentos de piedra muy rudimentarios utilizados sobre todo en la producción de alimentos, los cuales por cierto se diversificaron al poder cocerlos en cenizas calientes o en hornos excavados en la tierra, mediante la caza de animales (con la maza y la lanza) cuya carne se convirtió en un alimento suplementario y ocasional.

Es importante mencionar que pese a la utilización del fuego y algunas herramientas para cazar, existía aún gran incertidumbre respecto a las fuentes de alimentación, razón por la que la antropología aparece en este estadio, evidenciando así la carencia de lazos familiares entre los grupos primitivos de esta época.

3. Estadio superior. Inicia con la invención del arco y la flecha, gracias a los cuales llega la caza a ser un alimento regular, y la única de las actividades constantes de los grupos nómadas. "El arco, la cuerda y la flecha, forman ya un instrumento muy complejo, cuya invención supone larga experiencia acumulada y facultades mentales desarrolladas, así como el conocimiento simultáneo de otros inventos. Si comparamos pueblos que conocen el arco y la flecha, pero no el arte

de la alfarería (con el que empieza según Morgan, el tránsito a la barbarie), encontramos ya algunos indicios de residencia fija en aldeas, cierta maestría en la producción de medios de subsistencia hizo posible la creación de vasijas y trebejos de madera, el tejido a mano con fibras de albura, cestos trenzados con albura o con juncos, instrumentos de piedra pulimentada (neolíticos).”²

La vivienda construida con materiales específicos y propios para resguardarse de las inclemencias del clima y por supuesto de los ataques de animales salvajes, fue sin duda, el avance más importante de este estadio, en pueblos del noroeste americano, quienes usaban ya el arco, la flecha y el hacha con razonable destreza pero que sin embargo, desconocían el arte de la alfarería, lo que muestra finalmente un grado más alto de avance en el dominio de la naturaleza en su lucha por sobrevivir.

II. La Barbarie.

1. Estadio inferior. El recubrimiento de vasijas de cestería o de madera con arcillas para hacerlas resistentes al fuego fue el paso definitivo a una etapa superior llamada barbarie. La alfarería es sólo uno de los descubrimientos que dio paso a otros más para permitir un cambio de vida del hombre en el aspecto material.

La domesticación de animales junto con el cultivo de plantas fue la causa de que en el continente oriental y occidental, el hombre se desarrollará de modos muy diferentes. Mientras en el mundo oriental existían casi todos los animales domesticables y todos los cereales propios para el cultivo (menos uno), el mundo occidental, América, no tenía más mamíferos domesticados que la llama y uno sólo de los cereales cultivables, el maíz.

2. Estadio medio. La fase media de la barbarie implica la plena domesticación de animales en la parte Este del planeta y el cultivo de las

² Ibidem. pp. 61-62.

hortalizas por medio del riego, en el punto Oeste, donde también aparece el uso de adobes y piedra en la construcción de casas.

Las ideas de Federico Engels sobre los cambios fisiológicos que genere el consumo de carne en el hombre se confirmaron en los pueblos como el de los semitas quienes ya pastoreaban rebaños en las praderas del Eufrates y del Tigris en esa época que dio como resultado hombres física e intelectualmente más desarrollados.

Por su parte, en el continente americano, los pueblos de Nuevo México, limitados durante mucho tiempo, casi exclusivamente al consumo de vegetales, tuvieron un cerebro mucho más pequeño que los habitantes del estadio inferior de la barbarie, lo que significa niveles distintos de evolución en muchos aspectos. En este estadio desaparece poco a poco la antropofagia como medio de supervivencia aunque continua como parte de sus rituales religiosos.

2. Estadio superior. La fundición del hierro marca el inicio de la última fase de la barbarie para finalmente considerar al hombre como parte de una sociedad civilizada, al dominar la escritura alfabética y su empleo para la literatura.

El estadio inferior de la barbarie existió de manera independiente sólo en el mundo oriental y superó desde luego, a todos los anteriores juntos en cuanto a los progresos obtenidos, y a él pertenecieron los griegos de la época heroica, las tribus itálicas antes de la fundación de Roma, los germanos de Tácito y los normandos del tiempo de los vikings.

La invención del arado de hierro tirado por animales domésticos hizo posible la roturación de la tierra en gran escala y el aumento casi ilimitado de los medios de existencia y con ello el incremento de la población.

En sus poemas Homero describe las bondades del manejo del hierro en los florecientes pueblos bárbaros quienes contaban con instrumentos de hierro

perfeccionados como el molino de brazo, la rueda de alfarero, la preparación del aceite y el vino, el labrado de metales elevado a la categoría de arte, la carreta y el carro de guerra, la construcción de barcos con tablones y vigas, los comienzos de la arquitectura como arte, las ciudades amuralladas con torres, etcétera.

Sin duda, la creación de la familia también constituyó un avance en el progreso de la humanidad; peculiar en sus primeras formas de manifestación, la familia estuvo delimitada en gran parte, por la etapa de supervivencia del hombre primitivo, sin embargo, su aparición más o menos formal corresponde al período civilizado cuyo desarrollo se ve determinado por el entorno cultural, económico, religioso y político de cada época.

Si la familia tuvo sus orígenes prácticamente en la fase intermedia de la barbarie y la civilización fue por la duración de la prehistoria. "Para dar una idea aproximada de la inmensa duración de los tiempos prehistóricos, conviene recordar lo que dijo H. G. Wells sobre el tiempo humano: si redujéramos a diez horas toda la historia del hombre, la parte conocida, la que corresponde a la civilización, desde el surgimiento de la alta cultura en Egipto y Mesopotamia, hasta nuestros días, se reduciría a cinco minutos. Los restantes nueve horas y cincuenta y cinco minutos forman los tiempos prehistóricos."³

Reconstruyendo retrospectivamente la historia de la familia Morgan, de acuerdo con la mayor parte de sus colegas, a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promiscuo, "de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres."⁴

³ Ciencias Sociales, culturas, sociedades y naciones. Segundo grado, Volúmen I, Décima séptima Edición, SEP, CONAFE, CNI, Porrúa, México, 1990, p. 21.

⁴ GARCÍA SIMMERMAN, Josefina. Derecho de Familia. Antología. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, División de Universidad Abierta, México, 1999, p. 7.

En el siglo pasado se había ya hablado de tal estado primitivo, pero solo de una manera general; Bachofen fue el primero que lo tomó en serio y buscó sus huellas de una forma de organización familiar que se dio ya en el período de civilización denominada matrimonio por grupos.

“Engels afirma que el matrimonio por grupos, aún habiendo existido, pertenece a una época tan remota que de ningún modo podemos prometernos encontrar pruebas directas de su existencia, ni aún en los fósiles sociales, entre los salvajes más atrasados.”⁵

No obstante lo anterior, cabe recordar que el hombre primitivo pudo sobrevivir en pequeño número incluso en una situación de aislamiento, en la que la forma de sociabilidad más levada fue la pareja, sin duda una pareja que se construyó entre hombre y mujer, pero donde no existieron los celos como manifestación afectiva del hombre hacia la mujer en aras de conseguir la unidad del grupo.

En este sentido, Morgan afirma que los pueblos bárbaros pasaron a la civilización con estructuras familiares distintas, dejando atrás ese estado de promiscuidad sexual. Tal es el caso de la familia consanguínea, la familia punalúa, la familia sindiásmica hasta llegar a la familia monogámica.

1. La familia consanguínea, corresponde a la primera etapa de la familia donde los grupos conyugales se clasifican por generaciones. Todos los abuelos y abuelas son maridos y mujeres entre sí; lo mismo ocurre con sus hijos, es decir, padres y madres, y los hijos de éstos forman un tercer círculo de cónyuges comunes hasta llegar a los biznietos. En conclusión los únicos que están excluidos de los derechos y deberes que implica el matrimonio, incluso los sexuales, son ascendientes con descendientes.

⁵ Idem.

2. La familia punalúa. Después de prohibir la vida sexual entre ascendientes y descendientes, la nueva estructura familiar se redujo aún más. Las relaciones sexuales entre hijos de la misma madre se consideraron inadecuadas; al principio fue en casos aislados y luego gradualmente, hasta llegar a la prohibición entre hermanos colaterales; de esta suerte los maridos de un grupo de mujeres, en las que no estaban sus propias hermanas, se llamaba entre sí "punalúa", lo que quería decir, compañero íntimo, pasando igual con las mujeres.

Si el primer progreso en la organización de la familia consistió en excluir a los padres y los hijos del comercio sexual recíproco, el segundo fue en excluir a los hermanos. Por la mayor igualdad de edades de los participantes, este progreso fue infinitamente más importante, pero también más difícil que el primero. Se realizó poco a poco, comenzando probablemente por la exclusión de los hermanos uterinos, es decir, por parte de la madre), al principio en casos aislados, luego gradualmente, como regla general, (en Hawai aún había excepciones en el presente siglo), y acabando con la prohibición del matrimonio hasta entre hermanos colaterales (es decir, según nuestros actuales nombres de parentesco, los primos carnales, primos segundos y terceros).

La familia punalúa puso de manifiesto el principio de la selección natural al excluir de su sexualidad a sus propios hermanos para conseguir así una mejor raza. Sin embargo, la comunidad doméstica se dividió con este proceso, dando lugar a la formación de otras. La idea de la impropiedad de la unión sexual entre hermanos o hermanas uterinas dio lugar a que ellas se convirtieran en el núcleo de una comunidad y ellos en el de otra. El cambio social incidió en las relaciones políticas y económicas del grupo, pues se constituyó como un círculo cerrado de parientes consanguíneo por línea materna que no pueden casarse unos con otros, círculo que desde ese momento se consolidó cada vez a través de cultos religiosos y costumbres propias de cada tribu.

3. La familia Sindíásmica. La tribu de los sénécas que habitaba todavía en los años noventa en Nueva York adoptó a Lewis Morgan desde su niñez, razón

por la cual, éste, con conocimiento de causa, describe su sistema de parentesco como una familia sindiásmica, en la que el matrimonio era fácilmente disoluble por ambas partes.

En esta organización familiar se encuentra el primer asomo de la monogamia debido en gran parte a que a finales de la barbarie, **la prohibición del matrimonio entre todos los parientes** con que cuenta cada sistema de parentesco de una tribu, se hizo más común. Por tanto el hombre comienza a vivir con una mujer durante lapsos más o menos largos, **pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad siguen siendo un derecho para los hombres**, exigiendo, sin embargo, la estricta fidelidad de la mujer mientras dura la vida en común.

El matrimonio era tan efímero que sólo por efecto de la voluntad de cualquiera de los cónyuges podía darse por terminado, siendo la madre la encargada de cuidar a los hijos. Respecto al comercio sexual, los sindiásmicos excluyeron en primer término a los hermanos de sangre, después a los parientes más próximos y por último a los más lejanos, todo lo cual originó la falta de mujeres y el nacimiento del matrimonio por compra o por raptó fuera de la tribu.

4. La familia monogámica. Fue el resultado final de la sindiásmica en donde los lazos conyugales son mucho más duraderos sin poder disolverse por el sólo deseo de los cónyuges, pero permitiéndole al varón repudiar a su mujer por infidelidad o alguna otra cosa grave.

“Se funda con el predominio del hombre; su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible, y esta paternidad indiscutible se exige porque los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar en la posesión de los bienes del padre.”⁶

⁶ Ibidem. p. 100.

Esta organización familiar es el resultado final de la sindiásmica. La diferencia fundamental con aquella es que la monogámica establece **lazos conyugales mucho más duraderos que no pueden ser disueltos por el sólo deseo de alguno de los cónyuges**, permitiendo al hombre repudiar a su mujer por infidelidad o alguna otra causa grave.

El hombre primitivo y nómada del salvajismo no pudo sino vivir en promiscuidad sexual en un medio hostil en el que la principal preocupación era alimentarse y subsistir de los peligros de la naturaleza. El paso a la familia consanguínea fue causa del sedentarismo pero el sentido de pertenencia material y social llegó con la formación de la gens y la familia punalúa en donde lo que había, era para todos incluida la sexualidad, pero bajo las reglas tendientes a conseguir un desarrollo físico e intelectual seguro.

En tanto, la acumulación de bienes, es decir, la propiedad privada propia de cada gens originó el surgimiento de la familia sindiásmica en donde la filiación parte fue su principal característica a pesar de la poligamia del varón y la poliandria de la mujer previo al matrimonio; finalmente motivada por un cambio cultural aparece la familia monogámica cuya finalidad original fue la certeza de la transmisión hereditaria de la riqueza del padre y que con el tiempo dio lugar a la búsqueda del equilibrio de los derechos y obligaciones de la unión de un solo hombre con una sola mujer.

1.2. La institución del matrimonio.

1.2.1. Europa.

En una de las siete bendiciones del matrimonio hebreo, se dijo: "¡Bendito seas tú, oh Señor, que creaste el júbilo y la alegría, al novio y a la novia!. El matrimonio es una institución jurídica; la primera y más importante de todas ellas."⁷

⁷ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 149

Al decir de algunos doctrinarios, la base fundamental de la familia es finalmente el matrimonio pues las demás instituciones que integran el derecho de civil son simplemente el resultado de aquel. En este sentido, el derecho civil contempla al matrimonio como la institución jurídica más importante porque forma y constituye el fundamento de la sociedad civil, esto es, la certeza jurídica sobre la comunidad de vida entre un hombre y una mujer se da sólo mediante el matrimonio.

Etimológicamente, la palabra matrimonio significa carga, gravamen o cuidado de la madre, viene de *matris* y *manium*, carga o cuidado de la madre más que del padre. En este sentido el matrimonio aparece casi desde que el hombre habita la tierra aunque no con la estructura que hoy conocemos. Lewis Morgan estableció, como vimos en el apartado anterior, un esquema sobre la evolución de la familia y del matrimonio que fue modificado por investigadores como J. McLennan (*Studies in Ancient History, primitive Marriage*, Londres, 1876), señalando como grados de evolución de la familia a la promiscuidad, poliandria, matriarcado y matrimonio matriarcal monógamo.

Por su parte, "la teoría del profesor Knecht afirma que dentro del mundo antropológico, toda vida social se remonta al núcleo familiar en su concepto de relación establecida sobre la convivencia mutua recíproca del hombre y la mujer, de padres e hijos. La familia humana aparece históricamente hasta donde alcanza la investigación, como la base de toda comunidad de vida; como institución social primigenia que surge en todos los lugares y en todos los siglos doquiera que actúa el hombre histórico y contemporáneo. Pueden existir o han existido épocas y países sin estado, pero no ha existido vida humana *sin el lazo familiar*. La familia, forma social fundamental, basada inmediatamente en la naturaleza humana, exigida por ésta para los fines de propagación, educación y progreso de la especie... más la comunicación de sexos y la procreación de hijos no constituye ni por sí solos el matrimonio, y menos aún la familia que de él procede sin la intervención ulterior de un factor psíquico, de un acto voluntario destinado a su

formación, común al varón y a la mujer y recíproco entre ambos: *el contrato matrimonial*.⁸

1.2.1.1. Grecia.

“En cuanto a los griegos de una época más reciente, debemos distinguir entre los dorios y los jonios. Los primeros, de los cuales Esparta es el ejemplo clásico, se encuentran desde muchos puntos de vista en relaciones conyugales mucho más primitivas que las pintadas por Homero. En Esparta existe un matrimonio sindiásmico modificado por el Estado conforme a las concepciones dominantes allí y que conserva muchos vestigios del matrimonio por grupos.”⁹

Las uniones estériles se rompen: el rey Anaxádrides (hacia el año 560 antes de nuestra era) tomó una segunda mujer sin dejar a la primera, que era estéril, y sostenía dos domicilios conyugales; hacia la misma época, teniendo el rey Aristón, dos mujeres sin hijos, tomó otra pero despidió a una de las dos primeras. Además, varios hermanos podían tener una mujer común; el hombre que prefería la mujer de su amigo podía participar de ella con éste; y se estimaba decoroso poner la mujer propia a disposición de “un buen semental” (como diría Bismarck), aún cuando no fuese un conciudadano. Por esta razón, era cosa inaudita el adulterio efectivo, la infidelidad de la mujer a espaldas de su marido.

Otra cosa muy diferente era lo que pasaba entre los jonios para los cuales es característico el régimen de Atenas. Las doncellas no aprendían sino a hilar, tejer y coser, a lo sumo a leer y escribir. Prácticamente eran cautivas y sólo tenían trato con otras mujeres. Su habitación era un aposento separado en el piso alto o detrás de la casa; los hombres, sobre todo los extraños, no entraban fácilmente ahí a donde las mujeres se retiraban en cuanto llegaba algún visitante. Las mujeres no salían sin que las acompañase una esclava, dentro de la casa se veían, literalmente, sometidas a vigilancia.

⁸ Ibidem. pp. 149-150.

⁹ MÉNDEZ MORALES. L. Silvestre. Op. Cit. p. 101.

“La primera institución establecida por la religión doméstica fue seguramente el matrimonio. La ley familiar de la clásica Grecia se basó invariablemente en el concepto de *oikos*. En su significado original de casa, el vocablo significó la familia del ciudadano, colectividad que reposó invariablemente en lazos y deberes religiosos comunes y en un patrimonio común sobre el cual los miembros de la familia tuvieron derechos potenciales. La religión del hogar y de los antepasados se transmitió de varón en varón. Su ejercicio no pertenecía exclusivamente al hombre, pues la mujer tuvo siempre su parte en el culto. Soltera, asistía a los actos religiosos de su padre; casada, a los de su marido. Cuando el secularismo se acrecentó en el siglo IV a.C. *oikos* tuvo un sentido más material de *caudal relicto*. El matrimonio no sólo consistió en pasar de una casa a otra: la mujer abandona el hogar paterno para adoptar los ritos, las oraciones y la religión del marido: prohibido estaba invocar en el hogar a dos dioses diferentes.”¹⁰

Asimismo, los requisitos para ingresar a la *oikos* fueron distintos dependiendo de cada familia. En Atenas, por ejemplo, durante la etapa democrática, únicamente los hijos legítimos descendientes del varón cabeza de familia podían pertenecer a la *oikos*, a falta de varones, una hija sin hermanos era a la que se consideraba parte de la *oikos*. En ausencia de descendientes legítimos, los hijos adoptados o de concubinas eran los que ingresaban a la familia griega.

El principal objetivo del matrimonio griego fue la creación de una familia compuesta por descendientes legítimos que ante todo perpetuaran la *oikos*; por eso la capacidad de los cónyuges para contraer matrimonio fue una condición previa *sine qua non*, dentro de la cual estaba la de ser ciudadanos griegos. En un principio la monogamia fue la regla pero llegado el período democrático en Atenas básicamente, hubo cambios significativos para la familia griega pues se **autorizó**

¹⁰ DE IBARROLA, ANTONIO. Op. Cit. p. 100.

a un ciudadano a tener más de una *oikos* y a excluir de ésta a los hijos de las concubinas.

“El marido podía tomar, amén de su esposa, una concubina. Nosotros tenemos cortesanas para el deleite -dice Demóstenes-, concubinas para la diaria salud de nuestro cuerpo y esposas para darnos legítima descendencia y para que sean fieles custodios de nuestros hogares “; en cuya tremenda frase aparece condensado el punto de vista sobre la mujer de los griegos de la época clásica. Las leyes de Dracón autorizaban el concubinato y, después de la expedición de Sicilia del año 415, habiendo disminuido el número de ciudadanos a causa de la guerra, por lo que muchas jóvenes no podían encontrar marido, las leyes permitieron expresamente los matrimonios dobles; y entre los que cumplieron con tan patriótica obligación figuraron Sócrates y Eurípides. La esposa solía aceptar a la concubina con resignación oriental, segura de que, cuando se marchitásen los encantos de la "segunda mujer", se convertiría de hecho en una esclava doméstica, y de que solo la prole del primer matrimonio era reputada legítima.”¹¹

La ceremonia del matrimonio entre los griegos se celebraba en tres actos:

a) En la casa de la joven, en presencia del pretendiente y de toda la familia, el padre de aquella ofrece un sacrificio y por medio de una frase sacramental entrega a su hija al prometido, momento a partir del cual se le considera ajena al culto familiar paterno y parte del de su nuevo esposo.

b) Posteriormente es llevada a la casa de su marido y tras una lucha simulada, levantada en brazos por él, es introducida al hogar conyugal cuidando que sus pies no rocen el umbral, para dar inicio así, a un acto sagrado.

c) La esposa se pone frente al dios doméstico, se le rocía con agua lustral, se toca el fuego sagrado, se dicen algunas oraciones y luego los esposos comen de la misma fruta y pan.

¹¹ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 35.

La comunión religiosa fue primordial en el matrimonio griego, sin embargo la condición social de **la mujer seguía siendo inferior al de su esposo toda vez que se le consideraba parte de sus propiedades**, con la salvedad de que el Estado y por la sociedad veían con buenos ojos el divorcio, pudiendo regresar la mujer divorciada a su familia paterna.

“La mujer no podía abandonar libremente a su esposo, pero sí podía solicitar de los arcontes la concesión del divorcio fundándose en la crueldad o los excesos de su cónyuge.”¹²

El marido por su parte sí podía repudiar a su mujer sin ningún formalismo, máxime si la mujer era estéril pues recordemos que la razón del matrimonio era la procreación de herederos legítimos. Se llegó al extremo de permitir (la ley griega y la opinión pública) la fecundación de la esposa por algún pariente del marido estéril.

“Para dar una idea de la moral familiar de los griegos, se dice que cuando un niño venía al mundo, debía ser presentado a su padre, y que no era admitido en la familia si el padre no lo levantaba en brazos; y se nos conmueve el corazón con el número de niños abandonados que se encontraban en Atenas en el tiempo de su máximo esplendor. Sin embargo, parece más bien que la recepción del hijo por el padre en la edad clásica, no era más que una formalidad, una solemnización del nacimiento.”¹³

El interés público también figuró en los fines del matrimonio al considerarlo un deber patriótico; así la ley ateniense prohibía el ejercicio de funciones públicas al soltero en tanto Platón afirmaba que el ciudadano que no se hubiera casado antes de los 35 años debía pagar una multa anual de cien dracmas, sin tener derecho a gozar en su vejez del respeto de los jóvenes.

¹² Ibidem. p. 36.

¹³ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 101.

1.2.1.2. Roma.

Es importante señalar que el matrimonio en Roma estaba directamente vinculado a la familia como institución jurídica, de la que dependían, entre otras cosas, los derechos y obligaciones que surgían entre un hombre y una mujer, casados o en concubinato, así como los de los hijos de ambos; tal es el caso del tema que nos ocupa: los alimentos.

El término familia en Roma se usaba con diverso significado. En sentido limitado y propio, la familia es el conjunto de personas sujetas a la patria potestad de un mismo jefe. Era la típica “*domus*” romana integrada por los siguientes miembros: el *paterfamilias*; la esposa *in manu*; los hijos de ambos sexos; los nietos nacidos de sus hijos varones y dependientes de ulterior grado, pues la potestad paterna no terminaba por la mayoría de edad o matrimonio de los descendientes y sólo por causas específicas, reguladas por la ley; las personas que hubiere adoptado; las esposas de sus hijos o descendientes de ulterior grado, casadas *cum manus*.

No estaban sujetas a la patria potestad del *paterfamilias* y, consiguientemente, no formaba parte de la *domus*, en su sentido propio: la esposa *sine manus*; las mujeres de sus hijos o descendientes de ulterior grado casadas *sine manus*; los descendientes de sus hijas que pertenecían a la *domus* del esposo; los hijos emancipados; las hijas casadas *cum manus*; y los hijos que daba en adopción.

“En su sentido amplio familia se entiende al conjunto de personas ligadas por el parentesco civil, *agnación*, aún cuando no estén sujetas a la autoridad de un jefe. Por ejemplo, al morir el *paterfamilias* sus hijos se hacían *sui iuris* y, consiguientemente, cada uno de ellos, varones, tenía la patria potestad sobre sus hijos y sus esposas *in manu*.”¹⁴

¹⁴ LEMUS GARCÍA, Raúl. Derecho Romano (Compendio). Cuarta Edición, Editorial Limusa, México, 1979, p. 95.

"La familia romana antigua se basaba en la autoridad patriarcal, sólo se tomaba en cuenta el parentesco por línea paterna; era una familia *agnaticia*, unida sólo por lazos civiles, lo que da por resultado que sólo se tuvieran abuelos paternos, que los hermanos uterinos de diferente padre si eran hermanos, que los descendientes de la hija casada *cum manu* no fueran parientes de su familia natural, etcétera. A través de la intervención del pretor, se reconocieron paulatinamente derechos a los parientes maternos; pero fue hasta el derecho Justiniano, al unificarse el *ius civile* y el derecho honorario cuando se rompieron por completo los rastros de la *agnatio* y se configura la familia cognaticia que toma en consideración el parentesco paterno y materno, como hoy en día."¹⁵

Así su régimen social fue el patriarcado y el jurídico la *agnatio*, de donde se desprenden figuras jurídicas como la tutela, curatela, sucesión, y mucho tiempo después, en el Imperio, época clásica y post clásica, los **alimentos**.

Sistema agnaticio. Correspondiente al sistema patriarcal de los comienzos del derecho romano, señala el hecho de que, en lo que concierne al derecho, sólo el parentesco en línea paterna contaba. Como consecuencia de esta disposición, la historia jurídica romana nos muestra la evolución de este sistema desde la estricta *agnación* original hasta la *cognación* del derecho Justiniano. La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues, como ya se había mencionado, el parentesco civil emanaba de la figura del padre ya que del *paterfamilias* dependía la composición de la familia, a la cual él podía cambiar a su arbitrio. El derecho civil concedía grandes prerrogativas a este parentesco, sobre todo en lo referente a tutela, curatela y sucesiones.

La *cognatio* es el parentesco natural o de la sangre, que une a las personas descendientes en línea directa o de un autor común, sin distinción en cuanto al

¹⁵ BIALOSTOSKY, Sara. Panorama de Derecho romano. Tercera Edición, UNAM, México, 1990, p. 74.

sexo. Fue aceptado desde la época del emperador Justiniano, cuando el pretor comenzó a reconocerle derechos oponiéndolo al parentesco civil antes citado.

La comprensión de los términos *cognatio* y *agnatio* está dada tanto por el interés sociológico que reviste la evolución del sistema familiar romano, como por la necesidad de comprender en su significado más completo posible las figuras romanas que antecedieron directamente al derecho moderno, así como por el hecho de que la comprensión del *Hábeas Juris Civiles* debe basarse en el conocimiento previo de las líneas fundamentales del derecho romano correspondiente a la familia, base del parentesco.

Por otra parte, es importante describir brevemente la columna vertebral de la familia romana, es decir, al *paterfamilias*, para comprender el estricto sentido del concepto familia, que si bien en un principio fue una institución cerrada, severa y dominante para sus miembros, con el paso de ella por las tres etapas del pueblo romano (Monarquía, República e Imperio), dicha institución llega a nuestro sistema jurídico con muchas características hoy vigentes, entre las cuales está el derecho a los alimentos.

El *paterfamilias* era el centro de toda *domus* romana, quien era dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre los *libertos*. Tenía la patria potestad sobre los hijos y los nietos, muchas veces poseía, mediante la *manus* un vasto poder sobre la esposa y nueras casadas *cum manu*. También ejercía, además, funciones de juez al interior de la *domus* así como de sacerdote dentro del ámbito hogareño. El ejercicio de su poder no tenía límites pudiendo imponer, inclusive, la pena de muerte a sus súbditos a través del ejercicio del *ius vitae necisque*, cuya aplicación, sin embargo, era supervisado, en primera instancia, por la organización gentilicia, y luego, del censor.

Cabe señalar que el *paterfamilias* no tenía que ser necesariamente padre, pues el término familia significa en latín antiguo “patrimonio doméstico”. La etimología por tanto del concepto *paterfamilias*, se refería más al control y ejercicio del poder del único romano libre *sui iuris* de la *domus*, con plena capacidad de goce y ejercicio, así como con plena capacidad procesal en los aspectos pasivo y activo. Todos los demás miembros de la *domus* dependían de él y participaban de la vida jurídica a través de él, lo que indica que por lo menos antes de la República, los derechos de éstos eran inexistentes.

Los esclavos, los hijos o la esposa o nuera *in manu*, adquirían sólo para el patrimonio del *paterfamilias*, en los casos de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones, etcétera. Como consecuencia de lo anterior, los delitos cometidos por quienes se encontraban bajo la autoridad de aquél, es decir, por los *allieni iuris* y por los esclavos, creaban por parte del *paterfamilias*, el deber de indemnizar a la víctima o a su familia.

Las relaciones entre el *paterfamilias* y los diversos miembros de sus *domus* eran los siguientes:

a) Sobre los clientes el *paterfamilias* tenía un poder patronal que se acercaba mucho al poder del antiguo señor sobre sus *libertos*. Al respecto, algunos autores se inclinan a pensar que, en sus orígenes, la categoría de los clientes se componía de antiguos esclavos.

b) Sobre los esclavos, el *paterfamilias* tenía un poder comparable al que tenía sobre la propiedad privada.

c) Sobre los *libertos* el *paterfamilias* ejercía los *iura patronatus*.

d) Sobre su esposa y nueras podía ejercer la *manus*.

e) Sobre los hijos y los nietos tenía la patria potestad.

Precisamente, la institución de la *manus* y la patria potestad fueron quienes generaron con el tiempo derechos entre padres e hijos y entre cónyuges.

El matrimonio romano no pertenecía al *ius civile* ya que no producía modificación alguna en la distribución de cosas o personas entre las diferentes *domus* por lo que no revestía forma alguna y, además, el Estado no intervenía en su celebración. **En tiempos del Imperio, al penetrar en Italia las influencias de Oriente, y con ellas la tendencia a considerar al matrimonio como un acto jurídico formal**, los jurisconsultos sintieron la necesidad de acentuar el carácter informal tradicional que había tenido hasta entonces el matrimonio romano según lo muestra el *Hábeas Iuris*.

No obstante que el matrimonio, según se ha señalado, no pertenecía directamente al *ius civile* y no revestía forma jurídica, podía combinarse con una institución netamente jurídica: la *manus*.

La *manus* era una especie de naturalización doméstica de la mujer en la *domus* del marido. De esa manera, la *conventio in manu* podía combinarse con el matrimonio mismo, aunque también podía hacerse con independencia de todo matrimonio. En este último caso, la institución servía para que una mujer se liberara de una tutela desagradable.

La *conventio in manu* se verificaba de tres modos:

a) Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de *confarreatio*, ceremonia religiosa en honor de Júpiter Farreus, en presencia de un flamen de Júpiter, y durante la cual los cónyuges debían comer un pastel de trigo. La celebración formal, no obstante, correspondía al elemento *conventio in manum* y no al elemento matrimonio.

b) La *conventio in manu* pudo tomar la forma de una *coemptio*, acto solemne en el que interviene el antiguo paterfamilias de la novia y el novio, y que algunos autores consideran como un recuerdo de la compra de la esposa.

c) También puede la *manus* resultar del *usus*, por el cual una esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambia su nacionalidad doméstica. No se trata de una *conventio in manu* que

opera por el mero transcurso del tiempo, sino que se necesita para este cambio de la condición jurídica de la mujer, el consentimiento formal del original *paterfamilias* o del tutor de la mujer. Si la esposa no deseaba estar bajo el poder del marido, solía participar en las fiestas religiosas de su antigua *domus* para demostrar que seguía sujeta a ésta. De ahí que la ausencia de la esposa, durante tres días del hogar conyugal, fuera considerada como un indicio de que el matrimonio había sido celebrado *sine manu*.

Una vez que la esposa había entrado en alguna *domus* distinta a la original, es decir, su suegro o su marido, tenía un poder sobre ella análogo al que tenía sobre sus hijos. Mediante la *conventio in manum* la esposa entraba en la nueva familia *loco filiae*, es decir, en el lugar que correspondía a una hija; así, en el *ius civile*, la esposa *cum manu* es tratada en relación con varias materias (por ejemplo, cuando se trataba de la repartición de la herencia del marido) como si fuera hija de su propio cónyuge.

En cuanto a la patria potestad, el señor de la familia la ejerció propiamente sobre hijos y nietos y al igual que la *manus*, la *mancipium* o la *iura patronatus*, fue un poder absoluto que comprendía:

- _ *ius vitae et necis* (derecho de vida y muerte).
- _ *ius vendendi* (el derecho de vender como esclavo).
- _ *ius noxae dandi* (derecho de ceder a un tercero) para liberarse de las consecuencias de un delito que aquel hubiera cometido.

Es importante señalar que la mujer no podía ejercer la patria potestad, ni atraer a su descendencia a la potestad de sus propios padres. Las fuentes de este poder sobre hijos y nietos y que perduran en la actualidad en nuestro sistema jurídico, fueron:

- _ *Las iustas nuptiae*. Los hijos nacidos después de 182 días de celebrado el matrimonio legítimo caían bajo la potestad del *paterfamilias*, que podía ser el padre o el abuelo; el nacido fuera de dicho matrimonio seguía a la madre *sui iuris*.

_ La legitimación. Hijos nacidos fuera de matrimonio justo (concubinato) se legitimaban por matrimonio subsecuente, por oblación a la curia cuando el padre ofrece que su hijo desempeñara las funciones de decurión, por designación testamentaria o bien por *rescripto* del príncipe.

Fue la influencia cristiana quien introdujo estas formas de legitimación.

_ La adopción. Un *filius familias* (adoptado) salía de la patria potestad de su padre para entrar a la de otro *paterfamilias* (adoptante). En el derecho antiguo la adopción se hacía mediante tres ventas ficticias, seguidas de las reivindicaciones, en la última el magistrado le adjudica la potestad al nuevo *pater familias*. En el derecho justiniano se logra la adopción mediante una declaración del padre natural ante el magistrado, en presencia del adoptante y del adoptado.

El adoptado perdía todos los derechos de la familia original pero obtenía los de la nueva familia en los casos de ser una plena adopción, como eran los de sucesión, tomar el nombre de la familia, etc.

Los requisitos para realizar la adopción fueron:

- a) El adoptante debe ser 18 años mayor que el adoptado.
- b) El adoptante no debe tener hijos legítimos
- c) El adoptante debe ser mayor de 60 años a partir del derecho clásico.
- d) El adoptado debía dar su consentimiento.

_ La *adrogatio*. Institución que consistió en que un *paterfamilias* se sujetaba a la patria potestad de otro *paterfamilias*. El adrogado atraía la familia del adrogante y a su patrimonio. La adrogación implicaba la desaparición de una familia, patrimonio y culto, con consecuencias también del orden público por lo que debía solicitarse a través de una *rogatio*.

En la época republicana se celebraba ante los *comitia curia* y después en presencia de 30 *lictors*. Las mujeres y los impúberes no podían ser adrogados. Posteriormente Antonino Pio permite sólo la de estos últimos y el derecho justiniano de las mujeres, pero a partir de esta época la institución de la *adrogatio* pierde su función original para tener como fin primordial los derechos sucesorios al crear un vínculo ficticio de parentesco.

Es importante señalar que el derecho romano pasó por tres épocas distintas que le dieron un carácter particular a las leyes e instituciones jurídicas creadas en ellas. La Monarquía que comprende de la constitución de Roma a la instauración de la República (753-509 a.C.) dio lugar a la aplicación rígida de la ley pues interesaba más la seguridad que la equidad y la justicia, aunque cabe señalar que aún hay pocas figuras jurídicas. En la República (509-27 a.C.) la norma ya no es generalizada, se individualiza, pues existe un rápido crecimiento del derecho y ya al final de esta época, se da un lugar preferente a la aplicación de la equidad. Finalmente en el Imperio, que se inicia en el año 27 a.C. y termina en el año 565 de nuestra era, existe una unidad espiritual, equidad, libertad y elegancia en el orden jurídico.

Así en el derecho clásico y en el bajo Imperio, se acentuó la tendencia a limitar los derechos y poderes del “*paterfamilias*” tanto sobre la persona como sobre los bienes del hijo de familia como puede apreciarse en el gobierno de los siguientes emperadores:

- 1._ “ Septimio Severo suprimió el derecho de vida y muerte sobre los hijos.
- 2._ Antonino el Piadoso, limitó el derecho del *paterfamilias* a romper el matrimonio de sus hijos mediante el divorcio.
- 3._ Se limitó el derecho del *paterfamilias* a vender a sus hijos en casos de extrema miseria y necesidad.
- 4._ Bajo Constantino se prohibió al *paterfamilias* abandonar a sus hijos, salvo cuando nacieran *adhuc sanguinolentus*.
- 5._ **Se facultó al hijo a reclamarle alimentos, al *paterfamilias*.**

6._ Se le reconoció el derecho al hijo de quejarse, judicialmente, en contra del *paterfamilias*.¹⁶

Respecto al matrimonio romano, que como ya se dijo, era una de las fuentes de la patria potestad, conocido también como las *iustae nuptae*, tuvo amplias consecuencias jurídicas. Se trataba de una unión monogámica entre un hombre y una mujer en la que los sujetos tenían la intención de procrear hijos y apoyarse mutuamente a lo largo de la vida.

El Digesto transcribe esta definición de Modestino relativa al matrimonio: "Las nupcias son la unión del hombre y la mujer, consorcio para toda la vida, participación del derecho divino y humano."

En las *Institutas* de Justiniano, encontramos la siguiente definición del matrimonio: Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, que implica una costumbre individual de la vida; y en una versión más libre se puede traducir así: Nupcias o matrimonio es la unión del varón y la mujer, con el propósito de convivir en forma permanente e indisoluble. Dentro de la evolución histórica del matrimonio romano, podemos distinguir tres fases características:

1. En la primera fase el matrimonio normalmente va acompañado de la *manus* a tal grado que se confunden.

2. En una segunda, al lado del matrimonio *cum manus* encontramos el matrimonio *sine manus*.

3. En la tercera, *la manus* perdió su importancia y cayó en desuso a tal grado que únicamente existe el matrimonio *sine manus*.

"El *ius civile* no requería para la celebración del matrimonio ninguna solemnidad civil o religiosa, aún cuando se confirma que era necesario que la mujer quedara instalada como *uxor* en la casa del marido, lo que se lograba mediante *deductio mulieris in domus mariti*; consecuentemente, la autoridad Roma

¹⁶ Ibidem. p 101.

no tenía ninguna prueba indubitable para su comprobación. Esta falta de prueba se suplía mediante las *tabulae nuptiales*, especie de actas escritas que, en ocasiones, se hacían redactar o bien por medio de testimonios."¹⁷

Para su celebración no se exigían formas jurídicas o intervención estatal alguna, pues los requisitos originales se limitaban a:

a) Que los cónyuges tuvieran el *connubium*. Antes de la *lex Canuleia*, 445 a.C., quería decir que ambos fueran de origen patricio, posteriormente significa que ambos sean de nacionalidad romana o pertenezcan a pueblos que hayan recibido de las autoridades romanas el privilegio del *connubium*, uno de los tres requisitos para ser ciudadano romano (los otros dos eran, el *commercium* y el derecho de recurrir a las *legis acciones*).

b) Que fueran sexualmente capaces. El hombre mayor de catorce años y la mujer mayor de doce.

c) El consentimiento sin vicios de los contrayentes y de los padres (error, dolo, intimidación).

Sus impedimentos fueron:

- _ La existencia de otros lazos matrimoniales.
- _ El parentesco. El límite permisible varía generalmente, entre tres y cuatro grados.
- _ La afinidad. Se prohíbe el matrimonio entre afines en línea recta y según la época (los grados varían entre tres y cuatro grado).
- _ La diferencia de rango social.
- _ La existencia de relaciones de tutela y curatela entre los cónyuges.
- _ *Extempus luctus*. *
- _ El hecho de haber sido adúlteros.

¹⁷ Ibidem. p. 115.

* Significa que la viuda deja pasar un tiempo determinado *tempus luctus* para evitar la *turbatio sanguinis* requisito que se extendió a la mujer divorciada.

Si existía alguno de los impedimentos señalados y la pareja se unía a pesar de ellos, la convivencia se reconocía como concubinato.

La parte trascendental del matrimonio justo la constituyen sus efectos jurídicos que fueron:

a) La fidelidad. Al respecto el derecho romano es más severo con la mujer adúltera que con el adúltero.

b) El deber recíproco de hacer vida en común. (D.43,30,2).

c) **La obligación mutua de dar alimentos, según sus posibilidades y necesidades.** (D. 24,3,22,8.)

d) La patria potestad en relación de los hijos.

e) Las prohibiciones de donaciones entre los cónyuges. (D.24,1,1).

f) Las prohibiciones de ejercer acciones contra el cónyuge, sobre todo aquellas que acarrearán la infamia. Sin embargo, el pretor creó las *actio rerum amotarum* (E.P. XX,II) para que uno de los cónyuges lograra la restitución de las cosas robadas.

Como podemos observar, el derecho romano por primera vez incluía facultades prerrogativas para la mujer mediante las *justas nupcias*, que desde luego, las cuales perduran hasta nuestros días en virtud del nuevo concepto que de persona se fue generando; y entre ellas, debemos señalar la de los **alimentos** también entre cónyuges y ya no sólo como obligación del padre hacia el hijo, como había establecido el bajo imperio. Derecho que únicamente podían ejercer los ciudadanos romanos, casados en *justas nupcias* y no aquellos unidos mediante la *manus*, en concubinato y mucho menos en *contubernio*.

Desde luego, la estructura familiar en la antigüedad está básicamente representada por Roma y Grecia pero hubo pueblos en África y Asia con similitudes en la formación de lazos familiares pero también con diferencias importantes que vale la pena mencionar, sobre todo en cuanto al matrimonio religioso y civil se refiere. Por ejemplo, en sus inicios la familia patriarcal judía,

hasta la época del rey David, practicó la poligamia así como el matrimonio entre medios hermanos, claro siempre dentro de un mismo clan, puesto que el fin era la propagación de la raza.

“En la época de la instalación en el Canaán, la familia se orienta a la bigamia (tiempo de los reyes y los jueces) por lo menos cada vez que el padre puede pagarse una sirvienta”¹⁸

Después la mujer israelita gana libertad y respeto, y es ejemplificada por Noemi y Ruth como la esposa ideal que es compañera y no esclava, con participación plena en la vida religiosa y familiar.

En el pueblo judío, los deberes y derechos conyugales se derivan del código revelado del cual se originan también derechos y obligaciones civiles trascendentales como el considerar a los hijos aun antes de nacer, **personas**. En este sentido, **la ley judaica prohíbe y pena la exposición de los hijos como el crimen más grave**; en el caso de que un hijo hubiese cometido alguna conducta que mereciese un castigo severo, el padre debía probar los hechos y luego entregarlo al senado de la ciudad, viéndose así limitados sus derechos de corrección.

Entre los deberes de los padres, la ley judía estableció, a diferencia de otras culturas, **la obligación de los padres de dar a sus hijos oficio útil y necesario para la vida** como en la actualidad prescribe nuestro Código Civil como parte de la pensión alimenticia.

En el siglo XV a.C. la monogamia era la regla para el matrimonio judío sin embargo, persiguiendo el objetivo de heredar patrimonio y culto religioso a hijos legítimos, el varón podía tomar otra esposa sólo si la primera era estéril o que la esposa legítima le proporcionara una concubina esclava, pero aunque en la época

¹⁸ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. Cit. p.39.

de los reyes la poligamia se dio con suma frecuencia, el pueblo israelita fue en general monógamo.

En el Éxodo, *ba'al*, *tomar esposa* significa *hacer dueño*. No obstante, el novio daba dinero al padre de la novia, no fue considerada como una mercancía, tan es así que **la dote desaparece en aras de evitar que el marido viviera a costa de la mujer**; y por último la ceremonia religiosa fue para los israelitas a diferencia de otros pueblos un momento menos solemne y más relajado, toda vez que la joven era conducida por sus amigas hacia su esposo entre cantos de amor seguido por un festín de siete días.

"Posteriormente la influencia de pueblos vecinos, especialmente los asirios, hizo que se generalizara el divorcio entre los hogares menos fervientes del pueblo. El divorcio se justificaba con el libelo de repudio. La mujer podía ser repudiada sin culpa alguna por parte de ella. También ella podía pedir el divorcio, pero a condición de que él fuere infiel a ella. Posteriormente con el redescubrimiento de la ley en el año 662 a.C. y la publicación del Deuteronomio vinieron a recordar costumbres más severas. En este libro se encuentran textos que tratan de restringir el divorcio (Deut., 22, 18-19). También se encuentran esfuerzos por estrechar más los lazos familiares (Deut., 6, 7-8; 11, 19). Según el Deuteronomio es la familia donde se deben enseñar las leyes."¹⁹

"En las naciones paganas la familia se desarrolló bajo el más duro despotismo, quedando la mujer y los hijos sometidos al capricho del padre. La poligamia y el desarrollo de las costumbres rompieron la unidad del matrimonio y su indisolubilidad y erigieron en déspota al hombre, del que la mujer era esclava y los hijos víctimas."²⁰

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem. p. 88.

En la India, la sociedad antigua estaba dividida en castas o colores para diferenciar a los conquistadores arios, de piel blanca, de los drauidas, oscuros y dominados; además de su ocupación, sacerdotes y estudiosos, soldados y gobernantes, agricultores y comerciantes y un cuarto grupo, sirvientes, lo cual limitaba el tipo de matrimonio que podían contraer, entre otras cosas. Matizado por mitos, el matrimonio hindú estipulaba por ejemplo que un brahman perteneciente a la clase de sacerdotes y estudiosos no podía casarse con una sudra, es decir, sirviente, pues descendería hasta el infierno y si procreaba un hijo con ella sería desposeído de su rango.

En China a diferencia de Roma y Grecia, las concubinas y sus hijos tuvieron los mismos derechos de la esposa legítima, no obstante la posición inferior de la mujer y los hijos siempre fue radical. La familia como institución jurídica y religiosa determinó, en cuanto a parientes descendientes de un tronco en común, leyes concernientes a herencias, adopción, matrimonio y divorcio, mantenido siempre al padre como el miembro más importante del grupo.

La mujer, al igual que en Roma o en Grecia, salía de la autoridad paterna para ingresar a la de su nueva familia, donde el tener hijos la fortalecía socialmente, manteniendo siempre una actitud humilde, respetuosa y reverente; analfabeta igual en las clases alta que en las clases desposeídas, trabajaba arduamente a la par de su marido.

"La mujer debe al marido una obediencia absoluta. Pero es costumbre que el marido trate a la mujer con mucho respeto; la madre, así como el padre, son profundamente respetados por los hijos. Después de la muerte del padre, la patria potestad pasa a la madre."²¹

Egipto fue el país donde mayor respeto adquirió la mujer de la antigüedad. Aunque en un principio los hombres tomaban una mujer sólo para satisfacer sus

²¹ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 96.

deseos carnales y los hijos nacidos de esas uniones irregulares no implicaba en ningún sentido responsabilidad para el padre, posteriormente se establecieron leyes y reglas para el matrimonio, mezclando en las ceremonias elementos civiles y religiosos.

El contrato matrimonial fue sumamente estricto. Existió la propiedad conyugal favoreciendo al hombre con las dos terceras partes del mismo pero cada parte podía tener propiedad exclusiva. En cuanto los hijos, la patria potestad terminaba en algún momento y el derecho a heredarlos implicaba desheredarlos o modificar su herencia, acto que podía realizarlos también la mujer, entre otras cosas.

En Asiria por el contrario, la familia estaba organizada de acuerdo con un severo régimen patriarcal, y uno de sus objetivos más importantes, dadas sus características de un país esencialmente guerrero, era la perpetuación de la especie. Las leyes y la moral influían para aumentar el número de nacimientos. El aborto era considerado un crimen capital y las mujeres que lo cometían se les empalaba.

En general la familia en la antigüedad estuvo marcada por el sometimiento de la mujer y los hijos a la autoridad del padre quien tenía derechos de vida y muerte sobre ambos. No obstante, la certeza de la paternidad fue el origen de la monogamia para poder así transmitir a la prole legítima no sólo los bienes materiales sino los elementos religiosos que daban *estatus* social a la familia. Sin duda, las civilizaciones que a la postre convertirían la protección social de derechos y obligaciones familiares en leyes fueron la griega y la romana; ambas, influencia directa para diversas legislaciones mundiales, pero en especial para la nuestra.

1.2.2. México.

1.2.2.1. Época precolombina.

Uno de los puntos geográficos de la vida prehispánica en el continente americano fue Mesoamérica (el otro fue la parte andina), cuya cultura se divide en tres etapas: la Preclásica (2300 a.C.), la Clásica (1-1000) y la Postclásica (1000-1521). En la segunda etapa aparecen las grandes ciudades mesoamericanas como Teotihuacan, Tajín, Monte Albán y las de la región maya. Al desintegrarse éstas, a excepción de Tajín y Xochicalco surge el periodo posclásico en el cual aparecen los toltecas, los nahuatlacas y finalmente los mexicas.

Los pueblos contemporáneos de la cultura mexicana o azteca más importantes, previo a la conquista de México, fueron los teotihuacanos, toltecas, y tepanecas, quienes en su conjunto, y por supuesto con aportaciones de las demás culturas existentes en Mesoamérica, darán lugar a la gran cultura prehispánica.

La familia constituyó también en ellos, la primera forma de organización social con trascendencia religiosa, política, económica y sin duda jurídica; con reglas tendientes a establecer y mantener un orden social que permitió el desarrollo de cada cultura prehispánica pero con una legislación austera. Sin embargo sus relaciones jurídicas aún no se desarrollaban suficientemente como para regirse en sociedad por normas de derecho.

“Los antiguos cronistas hablan de diversos contratos existentes entre los indios a la llegada de los españoles, pero más bien se limitan a darnos noticias de ellos, sin indicarnos en forma clara la legislación que sobre el particular había. No tenían una codificación, y su derecho era más bien consuetudinario. Sin embargo puede creerse que se iniciaba el período de la ley escrita (por medio de sus jeroglíficos) promulgada por el Rey.”²²

La familia en el período precolombino se desarrolla en señoríos y reinos cuyos habitantes hablaron con frecuencia lenguas distintas y tuvieron

²² CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. Cit. pp. 50-51.

características físicas diferentes entre sí, pero logrando todos avances culturales semejantes.

“Entre los siglos IV a VIII d. C., los teotihuacanos, zapotecas, y mayas, dieron lugar a creaciones culturales como centros ceremoniales, desarrollos de nuevos ritos, creencias e instituciones religiosas, fabricación de papel hecho de la corteza del amate, invención de sistemas calendáricos de gran precisión, descubrimientos de varias formas de escritura, interés por las observaciones astronómicas, establecimiento de mercados y de rutas de comerciales de gran alcance.”²³

En cuanto a legislación familiar es poco lo que se conoce debido al carácter consuetudinario del sistema jurídico precolonial y a la destrucción de muchas fuentes de conocimiento durante la Conquista, sin olvidar que la adopción obligatoria de costumbres españolas por los habitantes de Mesoamérica provocó que se dejará del lado la historia jurídica prehispánica previa, al considerarla poco importante en el proceso de cambio iniciado por misioneros.

Al respecto, Lucio Mendieta y Nuñez, considera que:

“En muchos puntos, la información sobre la materia jurídica es incompleta y oscura, debiéndose estos defectos, principalmente, a que de los cronistas e historiadores que primero llegaron a México, unos dieron mayor importancia a la relación histórica de los hechos, y otros, sacerdotes en su mayoría, no siendo peritos en Derecho, trataron este aspecto de la vida de los pueblos conquistados de un modo superficial. Clavijero atribuye, además, la pobreza de nuestros conocimientos en este punto a la pérdida de muchos documentos de capital importancia.”²⁴

²³ Ciencias Sociales, Tercer Grado., México su evolución cultural. Décima primera Edición, Editorial, México, 1989, p. 30.

²⁴ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. Génesis y Desarrollo de la Cultura Jurídica Mexicana, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 21.

No obstante lo anterior, de los olmecas, primera cultura mesoamericana en emerger, podemos decir que los valores en torno a la familia debieron ser muy austeros puesto que “practicaban el sacrificio de niños.”²⁵

Por el contrario, **en tiempos de los antiguos chichimecas la protección de la familia y del patrimonio fue el origen de leyes muy rudimentarias**, castigando con la muerte a los adúlteros, por ejemplo; reservándose la poligamia como un privilegio para las clases altas en muchas de las culturas mesoamericanas.

“En cuanto a lo que toca a sus costumbres buenas y malas, se tratará primero la de los reyes y gente ilustre y luego las del común y plebeyas, aunque en pocas difería. Tenía el rey las mujeres que quería de todo género de linaje, altos y bajos, y entre todas tenía una por legítima, la cual procuraba que fuese del linaje principal y alta sangre, si fuese posible con la cual hacían ciertas ceremonias que no hacían con las demás.”²⁶

Los misioneros tuvieron grandes dificultades para evangelizar a los naturales de América precisamente porque los principales se negaban a dejar sus costumbres, entre las cuales **estaba la práctica de la poligamia**; la moral cristiana que enaltecía el tener sólo una pareja conyugal no encajaba en la realidad precolonial donde **existían distintas esposas con hijos**, pero finalmente legitimando solo a la primera esposa.

Los totonacas lograron consolidar una estructura política muy compleja en territorios de poca extensión donde las mujeres participaban activamente. “El gobierno estaba encabezado por un señor, al que los españoles llamaron cacique, que era asistido por un consejo formado por ancianos, ignorándose si estaban **emparentados** con el gobernante, o si solo pertenecían a la nobleza. Del señor

²⁵ Ciencias Sociales, Tercer Grado. Op. Cit. p. 37.

²⁶ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. Cit. p. 51.

también dependían los gobernantes de los distintos poblados localizados en el territorio, que no necesariamente estaban emparentados con él.

“Las mujeres también jugaban un papel destacado, aunque no se especifica si como parte del gobierno o para el establecimiento de relaciones políticas. En efecto, el cacique gordo, al obsequiarle a Cortés una de las ocho mujeres que dio a los españoles, le aclara: “ésta, que es mi sobrina, es para ti, que es señora de pueblos y vasallos.”²⁷

La cultura huasteca cuya organización social y política dividía a la sociedad en nobles (señores o caciques, *tecuhtli*, caballeros, *pipiltin* e hidalgos, *tiachan*), plebeyos (*macehuales*, quienes pagaban tributo) y esclavos. **De acuerdo, entonces, con la posición social y las posibilidades económicas, se tenía derecho a tener dos o más esposas, aún cuando lo normal era la familia nuclear.** Los señores podían sin embargo practicar la poligamia, en tanto a los demás se les prohibía o era imposible mantener otra esposa, a pesar de que el costo de una mujer era un arco, dos flechas y una red pero necesariamente vitales para la cacería y la defensa personal.

Por su parte Calixta Guiteras sugiere la posibilidad de que “practicaran el matrimonio entre primos cruzados, como también el levirato y el sororato.”²⁸ Asimismo, señala que pudieron haber tenido un matrimonio basado en el intercambio de hermanos.

El adulterio tenía un castigo distinto dependiendo de la clase social a la que pertenecía la mujer y de quien lo cometía; por ejemplo, si el adúltero con las mujeres del señor era un principal lo mataban y si era *macehual*, los parientes de éste le daban muchos regalos al señor, para calmar su ira.

²⁷ MANZANILLO, Linda, LÓPEZ LUJAN, Leonardo. Historia Antigua de México, El horizonte preclásico y algunos aspectos intelectuales de las culturas mesoamericanas. Volumen III, INAH, UNAM, Porrúa, México, 1995, p. 32.

²⁸ *Ibidem*. p. 44.

La organización política de los huastecos estaba basada en las relaciones consanguíneas. **La legitimación del poder era por línea paterna** y en el caso de que el sucesor fuera niño, quien gobernaba era el pariente más propicio para ello. Si el gobernante no tenía descendientes, quien lo substituía era un principal llamado *pascole*, **y aunque no era común, la esposa o la hermana del gobernante podía ser nombrada cacica de la cabecera.**

Desde luego la familia precortesiana, institución cuyo fin primordial fue, al igual que en los pueblos de la antigüedad oriental, la protección del patrimonio familiar, **incluyó a la mujer en la sucesión del poder político** y no sólo en la formación de matrimonios que refuerzan los lazos políticos entre distintos pueblos.

En la región mixteca, donde existía una densa población, la familia estaba formada por padre, madre y hermanos, en general formado por no más de cinco miembros, también encontró una gran cohesión social mediante el parentesco entre todos los miembros que conformaban las primeras aldeas. Cabe mencionar, que **los reyes tenían sistemas de linaje y parentesco diferentes** de los nobles y del resto del pueblo, pues heredaban por línea paterna y materna, a varones y mujeres, **toda vez que se consideraban hijos legítimos los de ambas partes** y no solo los del padre como en la tradición romana, es decir, nuevamente se toma en cuenta a la mujer para efectos de sucesión y legitimación.

“Existía una marcada distinción en las formas matrimoniales entre los distintos grupos sociales; la endogamia, o sea, el matrimonio entre los miembros de la comunidad, era la norma para la mayoría de los mixtecos. Por lo que respecta a la clase gobernante la regla era los matrimonios que guardaban las jerarquías sociales; los hijos de reyes con los hijos de otros reyes, los caciques con cacicas, los principales con mujeres de igual rango, manteniendo en la mayoría de los casos la patrilocalidad.”²⁹

²⁹ Ibidem. p. 70

Los matrimonios entre parientes paralelos y cruzados eran comunes entre los mixtecos y esporádicamente se realizaban entre parientes inmediatos y entre medios hermanos, hecho que los caracterizó dentro del mundo prehispánico. La poligamia también fue parte de esta cultura pero diferenciando siempre a la primera esposa como legítima y manteniendo a las concubinas además para el servicio doméstico del señor.

El cronista Herrera señala:

“...fuera de esta mujer (...) tenían otras por mancebas, hijas de caballeros, teniéndolo por gran favor, la daban desde niñas (...) no tenían manceba a mujer casada, y después de haber tenido hijos en las mancebas, las casaban con caballeros o mercaderes y nunca más llegaba a ellas, ni las veían: ocupábanse en hilar los vestidos del cacique y la cacica, en guisar la comida, acompañar la señora, y servía, como esclavas, por lo cual las querían bien, aunque nunca faltaban ocasiones de celos.”³⁰

La organización social de los mayas también se basaba en la realización de matrimonios entre parientes y distintas etnias; los tepanecas en cambio se casaban hasta con miembros de pueblos superiores a ellos como los mexicas, a fin de consolidar y no disminuir su poderío.

Los distintos señoríos que hablaban el náhuatl, como los aztecas, también realizaron este tipo de uniones. “No faltó entre los nahuas el matrimonio por razones políticas. Nárranos de Alva cómo, una vez tomado por los toltecas asiento en Tula, temieron que los chichimecas los molestaran en sus posesiones. Así surgió el matrimonio de conveniencia política entre Chalchiutlanetzin y Capitxin, primeros reyes de Tula. El inolvidable maestro Alfonso Caso investigó otros muchos ejemplos: un rey zapoteca se casó con la princesa *Copo de Algodón*, hija de Ahuizotl, el padre de Cuauhtémoc. En bien de las mutuas relaciones políticas hubo uniones matrimoniales otomí-totonacas, entre los mayas, dos pasajes muy

³⁰ Citado por Historia Antigua de México. p. 71

oscuros de los libros Chilam Balam de Mani y Tizimin hablaban del rapto probablemente en 1475 de la joven esposa de cierto Ah ulili, cacique de izamal, por Chac Xib Chac, que lo era de Chichen Itzá”.³¹

La mayor parte de las creencias y prácticas culturales mesoamericanas de los tiempos previos a la llegada de los españoles giraban en torno a la unidad social de las familias que tenían como vínculo primordial descender de un antepasado común y estar protegido por un dios patrono, generalmente identificado con el pasado. Los integrantes de las familias trabajaban y disfrutaban en común la tierra, desempeñaban el mismo oficio, tenían escuelas propias para la comunidad, poseían su propio sacerdocio y por supuesto habitaban un mismo territorio, al que los españoles llamaron “barrios”.

Formar un frente ante la unidad política superior fue la finalidad principal del esquema social prehispánico, manteniendo relaciones de parentesco y el culto a un mismo dios al que atribuían poderes sobre su salud, seguridad, producción y reproducción de la comunidad.

“En el Postclásico tardío existió una rígida moral que se fundaba en el respeto a los antepasados directos. La virtud sexual, por ejemplo, era un bien familiar, y cualquier transgresión dañaba a todos los miembros de la familia, los vivos y las generaciones pasadas, como partes de una fuerza esencial. La familia tenía como patrimonio el “alma” que la unía con los antepasados.”³²

Se decía que una conducta impropia podía originar un daño a la comunidad o a sí mismo, al romper el equilibrio de la salud del cuerpo y del alma, llevándola quizá hasta la propia muerte. Estas ideas tendían a preservar el orden y la integridad de la familia, impidiendo por tanto la disgregación, el ocio y la rebeldía.

³¹ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 107

³² Ibidem. p. 447.

En este sentido, la protección de los valores familiares restringía considerablemente la libertad de acción y la vida sexual del indígena prehispánico, aunque con mayor frecuencia de la mujer. Recordemos que en toda Mesoamérica la muerte fue castigo de adúlteros y divorciados que volvían a unirse.

No obstante la variedad de costumbres prehispánicas, **el matrimonio, en general, se llevaba a cabo entre los 10 y los 18 años para la joven y 22 años para el varón**, era obligatorio para todos los habitantes y mal visto para quien no lo hiciera en tiempo; en línea ascendente, descendente y colateral estaba prohibido pero con la madrastra o la hermana del difunto era lícito.

“El hombre, casado o soltero, no sacerdote, podía tomar cuantas mancebas quisiera con tal de que fueran libres de matrimonio o religión. Los padres daban mancebas a sus hijos, mientras llegaba la edad de casarlos. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres, sin que éstos consideraran deshonoroso darlas, y sin que, ni este caso ni en el matrimonio se exigiera igualdad de rango social, confirmándose lo que hemos dicho, de que no había nobleza de sangre en aquellos pueblos.”³³

Recordemos que los mixtecos sí mantenían el linaje en la formación de matrimonios. La celebración del matrimonio fue un acto formal con matices religiosos como ocurrió en otras partes del mundo, con la salvedad de que ya se practicaba sujeto a una condición resolutoria como el nacimiento de un hijo o el transcurso del tiempo que convertía en legítima la unión de una pareja.

Para los nahuas, “Era exclusivamente religioso: carecía de toda validez cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual. No se daba injerencia en la ceremonia ni a los representantes del poder público, ni a los

* Excepto los mixtecos quienes como se dijo practicaban el matrimonio paralelo, cruzado, intermedio y hasta entre medios hermanos.

³³ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, p. 1777.

sacerdotes o ministros: en sus solemnidades intervenían únicamente los parientes cercanos y los amigos íntimos de los contrayentes.³⁴

El día de la boda se iniciaba en casa de la novia, en la que delante del fuego los invitados les obsequiaban a los futuros esposos, distintos presentes; por la tarde la novia se bañaba, se adornaba brazos y piernas con plumas y sentada en un petate junto al hogar los sabios le daban consejos. Posteriormente al llegar los parientes del novio, acompañados de señoras honradas, la novia es transportada en procesión sobre una manta a la casa del novio, para colocarla a mano izquierda de éste, entregándoles nuevamente obsequios las suegras de ambos. Una vez que las casamenteras ataban los vestidos de los novios y les daban de comer cuatro bocados, se consideraban unidos en matrimonio. Dejados luego sobre la cama, en un cuarto especial solos por cuatro días, sin consumir el matrimonio y en penitencia, los parientes comían y festejaban. Al cuarto día el petate de los esposos se mostraba y sacudía en público con ciertas formalidades para dar así por terminado el ritual, considerando la unión como legítima.

“Si la mujer tenía un hijo de tal matrimonio los parientes podían exigir que se casara con ella o la devolviera. También sucedía que, después de varios años de unión irregular que ya los vecinos consideraban como matrimonio, dicha unión producía los efectos de una legítima.”³⁵

El manejo común de los bienes matrimoniales y el divorcio fueron elementos que también diferenciaron a los mesoamericanos en general de la cultura oriental, aumentando la participación de la mujer indígena en la vida social de aquellos tiempos. La mujer náhua, por ejemplo, “podía poseer bienes, celebrar contratos y acudir a tribunales en solicitud de justicia, sin necesidad de su cónyuge.”³⁶

³⁴ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 105.

³⁵ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. Op. Cit. p. 23.

³⁶ El derecho de alimentos en la familia náhuatl. Revista Themis, Nueva Generación. Año 2, No. 3, enero-junio de 2001, p. 25.

De hecho existía la dote de la mujer llevada al matrimonio, que fue bajo el régimen de lo que hoy conocemos como bienes separados, se devolvía a ella, en caso de divorcio voluntario.

“El divorcio era posible, con intervención de autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas (incompatibilidad, sevicia, **incumplimiento económico**, esterilidad, pereza de la mujer, etcétera) solían autorizar de mala gana la disolución del vínculo, perdiendo el culpable la mitad de sus bienes. Los hijos se quedaban con el padre y las hijas con la madre. La mujer divorciada o la viuda tenía que esperar un plazo para volver a casarse.”³⁷

Quienes se divorciaban eran mal vistos por la sociedad y sí volvían a unirse eran castigados con la muerte. Como podemos observar, a la llegada de los españoles a México, la reglamentación de las relaciones familiares se estaba desarrollando a gran velocidad, pues el matrimonio implicaba ya derechos y obligaciones claramente definidos como el **sustento de la familia** por parte del varón, en tanto que el divorcio empezó a tener consecuencias de **carácter económico**.

El último de los grupos chichimecas fue el de los mexicas, grupo cuya participación en la historia anterior a la Conquista lo perfiló como hegemónico en el mundo precolombino.

La superioridad de los aztecas no fue sólo militar, pues la creación de instituciones como el calpulli, el calmecac o el tepochcalli, cimentaron la formación de un carácter sobrio para asimilar la cultura de su pueblo y transmitirla a sus descendientes.

Desde su idioma, este pueblo mostró la importancia social de la familia al incluir en él palabras para designar al padre (**tatli**), madre (**nantli**), hijo (**piltzin**,

³⁷ Ibidem. p. 24.

pipiltzin o **telpuch**), tío (**tlatli**), hermano mayor (**techcauh**), hermano menor (**teiciauh**), abuelo o abuela designados con el término genérico de **colli**, viejo y **teci**, vieja.

La familia, la escuela y el Estado transmitieron, interpretaron y enriquecieron la cultura indígena mesoamericana, elaborada durante varios milenios de convivencia.

1.2.2.1. Época colonial.

Al advenimiento de un nuevo orden político y legal, el indígena ve la oportunidad de liberarse de vínculos opresivos de su propio y tradicional sistema. Se libera destruyendo o siendo un factor de destrucción de aquel, sin que por ello se adapte al nuevo.

El legislador español se afana en recoger todos los datos propios del pueblo indígena con el fin de seguir el resultado de la ley en la realidad de la nueva sociedad; y ese afán se observa en las miles de cédulas, reales órdenes, ordenanzas, instrucciones y autonomía legislativa de descubridores, conquistadores, virreyes, audiencias, catedrales, ciudades, villas, gremios, etcétera.

El criollo, más culto, rico y numeroso que el español peninsular, reclamaba el derecho a ocupar puestos en el gobierno de su propio país pero España se resistía. En tanto el indígena con su sistema, cultura y carácter, había contribuido al desprecio del derecho español, lo cual ocurrió llegada la independencia de México aunque para ello aparentara la aceptación de otro cualquiera.

Es importante señalar que los aztecas impusieron su autoridad al resto de los pueblos prehispánicos únicamente en materia de impuestos, pues existían variedad de costumbres e instituciones jurídicas.

En este sentido, las leyes de Indias, la legislación que se creó y aplicó especialmente para el nuevo mundo se caracterizó por elaborar leyes susceptibles de corrección y el respeto a las costumbres de los pueblos en todo lo que no fuera incompatible con la nueva cultura, es decir, escaso respeto pues las semejanzas entre la cultura indígena y la española eran pocas.

La política de España en la colonización de América fue en un principio una política de mercaderes, de conquista mercantil; con el transcurso del tiempo la corona española determinó que el fin primordial era la extensión del evangelio, aunque en la práctica haya regido el utilitarismo.

Las principales leyes que rigieron en la Nueva España en cuanto al Derecho Privado fueron las leyes de Montalvo, las leyes del Toro y la Recopilación de leyes de Castilla. Todas ellas aplicadas en España y traídas a México para poder gobernar en la Colonia.

Precisamente **en las Leyes del Toro**, un conjunto de 83 leyes de derecho civil, promulgadas en la villa del Toro para jurar a la reina Doña Juana en 1505, **se reglamentó el matrimonio civil con consecuencias de carácter hereditario principalmente**. Así las leyes de Castilla hicieron lo propio y siendo disposiciones vigentes en su tiempo (1567), de fácil acceso para Tribunales y litigantes, entre sus 9 libros legislaron sobre las siguientes materias:

1. Religión, rescate de cautivos, peregrinos y pobres.
2. El Rey, su corte, audiencias, fiscales, etc.
3. Organización Judicial.
4. Procedimientos judiciales y aranceles.
5. **Matrimonio y sus efectos.**
6. Caballeros e hijosdalgos.
7. Ayuntamientos y funciones.
8. Delitos y penas.
9. Oficiales de la real hacienda.

Cabe mencionar que existieron diversos ordenamientos legales que trataron de aplicarse durante la Colonia como fueron la Novísima Recopilación, el Ordenamiento de Alcalá, el Fuero Real, el Fuero Juzgo, Fueros Municipales, además de las Leyes del Toro y cuando en todas ellas no se encontraba la solución adecuada entonces se aplican las llamadas Siete Partidas, dejando un margen de libertad muy peligroso en el manejo de la ley.

En las leyes de indias, como en otras compilaciones españolas, jugó un papel preponderante el derecho natural de aquí que los 12 apóstoles franciscanos que vinieron a México en 1524 fundaron escuelas para alfabetizar a la población indígena pero sobre todo para inculcar los valores de la cultura española y la doctrina cristiana.

Los esfuerzos de los frailes estuvieron encaminados a la eliminación casi inmediata de costumbres indígenas que no fueran compatibles con la idiosincrasia española y las prácticas cristianas como por ejemplo el sacrificio de humanos y la adoración de sus dioses. Sin embargo, **la figura del matrimonio a pesar de que sí mantenía cierto matiz a la usanza española fue modificado poco a poco.**

“Los aspectos abiertos de la religión cristiana eran los que los indígenas abrazaban más fácilmente como las grandes iglesias y edificios de los monasterios, las ceremonias, las procesiones y las imágenes de los santos. La religión azteca había incluido prácticas del cristianismo especialmente el matrimonio, la penitencia, el bautismo, la vigilia y las ofrendas, pero en ningún caso eran las semejanzas tan exactas como para permitir una simple transferencia sin matices, y los diferentes contextos dentro de los cuales prácticas semejantes funcionaban, invalidaban cualquier reconstrucción sintética en nombre del cristianismo.”³⁸

³⁸ GIBSON, Charles. Los aztecas bajo el dominio español (1519-1810). Décima primera Edición. Editorial Siglo XXI, México, 1991, p. 103.

La visión politeísta de los indígenas fue el principal obstáculo en el proceso de su evangelización, además de las grandes distancias entre las cabeceras de doctrina y las comunidades originando que las más lejanas recibieran la visita de un clérigo solo dos veces al año para celebrar misa y ceremonias de **matrimonio** y bautismo.

El matrimonio por tanto, empezó a tener otro sentido bajo los cánones cristianos primero por el aspecto económico, a pesar que en 1570 la Corona Española prohibió radicalmente el cobro por derechos de confesión, bautismo, misas cantadas, entierros, etc.

“Las listas de precios y las costumbres variaban. Los nativos bajo jurisdicción jesuita en Tepozotlan en el siglo XVII declararon que no se les cobraba nada por bautismos, matrimonios, entierros o fiestas. En otros lugares los reglamentos especificaban seis reales por un matrimonio, con pagos adicionales por partes separables de la ceremonia, tales como amonestaciones y velaciones, en cantidades hasta 24 reales.”³⁹

Con la práctica cada vez más frecuente del matrimonio cristiano la vida familiar indígena se modifica notablemente pues la autorización de los padres para que se casara una pareja se nulificó, prohibiéndose además el matrimonio entre ascendientes y descendientes de segundo y tercer grado, o el celebrado con diversas mujeres entre la clase dominante indígena que lo acostumbraba.

“Entre el pueblo, las uniones monogámicas y los grupos familiares singulares siempre eran dadas por supuestos en los registros eclesiásticos españoles y en los reglamentos que regían el tributo y el trabajo. Hay algunas pruebas -aunque no concluyentes- de que los indígenas tendían a casarse más jóvenes que los españoles, pero un indígena podía escoger una compañera para

³⁹ Ibidem. p. 128.

toda la vida a edad temprana y vivir el resto de su vida sin la formalidad del matrimonio, acto que la ideología cristiana se resistía a aceptar, también por ser una manera de evitar los derechos de matrimonio que cobraba el clero, o simplemente como una negligencia.”⁴⁰

Así también, la Iglesia cristiana en comunidad con las leyes españolas tuvieron que introducir cambios que permitiesen subsistir al matrimonio como base fundamental de la familia ya no solo entre los indígenas sino entre los criollos, mulatos y españoles peninsulares. La cédula del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556 permitió casarse a españoles con mujeres indígenas y a pesar de las protestas de autoridades de Santo Domingo también con mulatas o negras, surgiendo así matrimonios entre jefes militares con negras que habían sido esclavas de otras familias, elevando su categoría respecto a sus anteriores amos, cosa que no era bien vista por las clases altas de aquellos tiempos.

El 23 de marzo de 1776 surgen las primeras reglas del derecho civil sobre el matrimonio celebrado en la Nueva España. “Los menores de veinticinco años necesitaban para contraer matrimonio la previa autorización del padre, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, y faltando todos éstos, de los tutores, debiendo en estos dos últimos casos obtenerse la aprobación judicial; exceptuándose en Indias a los negros, a los mulatos y castas, que fueran oficiales de milicias, y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso deberían impetrarla de sus curas y doctrineros. Los españoles cuyos padres o tutores vivieran en España o en otro reino de indias, podían solicitar directamente la licencia de la autoridad judicial.”⁴¹

La ausencia de la autorización del matrimonio entre los menores de esa edad lo privaba de efectos civiles en cuanto al cónyuge e hijos tratándose de dote, mayorazgos y otros derechos de familia. Los mayores de

⁴⁰ Ibidem. p. 153.

⁴¹ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Op. Cit. p. 591

veinticinco años debían pedir la opinión de sus padres o ascendientes so pena de sufrir las mismas consecuencias; pero en caso de existir una negativa por parte de ellos sin razones de peso, las autoridades judiciales permitían el matrimonio.

A otro tipo de personas se les exigía además, por disposición de la Real Cédula del 4 de julio de 1746 relativa a los oficiales y soldados del ejército que tuvieran base en la Nueva España, la licencia del rey en virtud de que se casaban con mulatas de muy baja condición. En 1779, el matrimonio civil tuvo consecuencias hasta en la vida laboral de los ciudadanos pues se prohibió ascender a sargento al oficial que se hubiese casado con mujer indecente y en otros casos la contrayente era interrogada para verificar la pureza de sangre.

A fin de evitar matrimonios por conveniencia política o económica y vínculos familiares entre funcionarios públicos, a partir del 10 de febrero de 1576 se prohibió a estos últimos casarse dentro de su misma jurisdicción de trabajo comprendiendo a virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales en un principio, para luego incluir a Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Mayores y sus Tenientes en 1582.

Posteriormente, la línea de parentesco también fue obstáculo para contraer matrimonio dentro del primero y segundo grado colateral de la consanguinidad y primer grado de afinidad.

La patria potestad sobre los hijos obligaba al padre a **alimentarlo**, vestirlo y educarlo religiosa y moralmente, además de proporcionarle una instrucción para obtener recursos propios, pero también le concedía derechos de propiedad, posesión y usufructo sobre los bienes de los hijos. Justamente el matrimonio civil fue el medio para terminar con este poder. El casarse en incesto o con parienta dentro del cuarto grado sin contar con la anuencia del padre acababa con la patria potestad del padre.

“La emancipación sólo podía hacerse por el padre o ascendientes paternos, y sólo podía hacerse del hijo legítimo que, siendo mayor de siete años, diera para ello su consentimiento. Al efecto padre e hijo debían comparecer ante autoridad competente y manifestar aquél su deseo de emancipar al hijo y éste su voluntad de ser emancipado. En un principio esa autoridad era el juez ordinario, pero en vista de los abusos a que esto se prestaba, Felipe V, en 9 de diciembre de 1713, ordenó que con el expediente de emancipación diera el Juez cuenta al Consejo, para que este hiciera la declaración de emancipación.”⁴²

Recordemos que la forma predominante en toda la organización colonial fue la judicial al frente de la cual se encontraba el rey, las audiencias, los virreyes y el Consejo de indias, creado desde 1524 como una extensión del Consejo de Castilla y formado en sus inicios por el obispo Maestro Luis Cabeza de Vaca, el doctor Gonzalo Maldonado y Pedro Mártir de Anglería, cronista de las Indias y el obispo Osma y confesor del emperador Fray García de Loiza.

A partir del siglo X, después de la caída del imperio Romano, en casi todo el mundo “el poder secular se debilitó grandemente, asumiendo la iglesia para sí misma toda intervención en la celebración del matrimonio y atribuyó competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir las cuestiones relacionadas con él. Primero reclamó autoridad para sancionar la celebración del acto; después el poder disciplinario por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; más tarde fue fácil ejercer jurisdicción sobre todas las cuestiones de estado civil y sobre todo, las que concernían al matrimonio. La iglesia fundó su autoridad en esta materia, autoridad que duró seis siglos.”⁴³

Para el siglo XVI el Estado recobraba poco a poco el poder jurisdiccional sobre el matrimonio, en primer lugar sobre aspectos económicos y luego en los relativos a la separación de cuerpos de los cónyuges y nulidad de matrimonio.

⁴² Ibidem. p. 595.

⁴³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1976, p. 462.

Los casamientos realizados sólo ante la Iglesia carecieron de efectos civiles a partir del siglo XVIII, se inicia una férrea disputa en el control del matrimonio por más de dos siglos entre el Estado y la Iglesia. En 1791 la Constitución Francesa reconoce sólo el carácter de contrato civil al matrimonio, generándose la secularización de la legislación respectiva y del Registro Civil en Francia y muchos países del mundo.

La Revolución Francesa puso fin al prolongado proceso de secularización del Registro Civil en virtud de que la intolerancia religiosa que entonces se vivía originaba innumerables injusticias en cuanto al matrimonio. Así el artículo 7 de la primera Constitución de Francia decía:

“La ley no considera el matrimonio más que un contrato civil. El poder legislativo determinará, para todos los habitantes sin distinción, el modo de hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones y designará los oficiales públicos que hayan de redactar las actas correspondientes.”⁴⁴

En nuestro país, la dominación española trajo consigo la celebración del matrimonio y las relaciones jurídicas entre los cónyuges bajo las normas del derecho canónico, razón por la cual las relaciones maritales formales eran sancionadas por la autoridad eclesiástica y no por la autoridad judicial, pues de hecho y de derecho, los matrimonios con validez oficial eran los religiosos, situación que desde luego, daba una posición privilegiada a la Iglesia.

“Esta situación prevaleció en México, hasta mediados del siglo XIX. En efecto, el 23 de julio de 1859 el presidente Bénito Juárez promulgó una ley relativa a los actos del estado civil y su registro, en la que quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos, **el matrimonio**, al que se atribuyó la naturaleza de contrato civil y se reglamentó por el Estado en lo

⁴⁴ MAGALLÓN IBARRA, José Mario. Instituciones de Derecho Civil, Atributos de la Personalidad. Tomo II, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p.106.

relativo a los requisitos para su celebración, elementos de existencia y de validez, etc.”⁴⁵

1.2.1.1.1. Época independiente.

La ilustración fue un instrumento que modificó todo el sistema social, político y **jurídico** del mundo occidental. En España no logró penetrar con la misma fuerza que en Francia o Inglaterra, pero no obstante el peso de la Inquisición, esa ideología se infiltró en los hispanos más importantes de España y de la Colonia.

La gran victoria de la Constitución de Cádiz en 1812, la invasión napoleónica y el caos político que España vivía, fueron punta de lanza para la toma de **conciencia nacionalista** de los criollos novohispanos para luchar por la independencia de México. Consumada ésta (el 27 de septiembre de 1821), el Tratado de Córdoba dispuso que **interinamente se gobernaría conforme a las múltiples leyes vigentes** hasta entonces como los Decretos dados por los Congresos Mexicanos, los dados por las Cortes de España antes de la Independencia, las Reales disposiciones novísimas aún no escritas en la Recopilación, las de Nueva Recopilación, las del Fuero Legal y Fuero Juzgo así como los estatutos y fueros municipales de cada ciudad en lo que no se oponían a “Dios” a la razón y a las leyes escritas y las Partidas en lo que no estuvieran derogadas.

La aplicación interina de las leyes coloniales en cuanto al matrimonio se refiere, siguieron siendo las del Derecho Canónico que se mantuvieron durante el período comprendido entre 1821 y 1859 debido a la búsqueda inagotable de opciones políticas para gobernar a México. Fue hasta 1859 en razón de la promulgación previa de la Constitución de 1857 por el Presidente Bénito Juárez que daría lugar poco después a la creación de las llamadas Leyes

⁴⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 463

de Reformas, las cuales entre otros aspectos, separarían definitivamente las funciones de la Iglesia y del Estado.

De 1867 a 1910, después de muchas batallas políticas y militares, intervenciones extranjeras, pérdida parcial del territorio mexicano, etcétera, en que el proyecto político liberal triunfa restaurando la República, se logra no sólo la consolidación del modelo político y económico sino también del jurídico en el que el control del matrimonio, entre otros actos, salen definitivamente del fuero eclesiástico, tomando éste nuevos matices, derechos y obligaciones entre los consortes y de éstos para con sus hijos.

El período que va de 1910 a 1917 constituye un reajuste en la ruta y un abandono de algunos planteamientos teóricos del liberalismo económico y su sustitución por el intervencionismo estatal que incide en la creación de nuestra actual Constitución y a la postre en la del Código Civil que hoy día nos rige, por supuesto con sus inevitables reformas.

Antes de que fuese creado el Registro Civil y decretado al matrimonio como un contrato, hubo varios intentos de codificación. En materia Civil, Oaxaca fue el primer estado de la República Mexicana en contar con un Código, el cual estuvo influenciado por el Código Civil francés: duró muy poco tiempo en aplicación debido a la introducción de instituciones civiles ajenas a las costumbres oaxaqueñas. En 1839 Jalisco también hizo lo propio, Yucatán en 1840, Santa Anna ordenó la creación de un Código Civil en 1842, Benito Juárez solicitó la reforma del Código Civil de Oaxaca en 1853 y en 1857 la creación de uno para la capital del país, tarea encomendada a Don Justo Sierra O'Reilly.

Cabe señalar que para el 4 de octubre de 1855, derrocado Santa Anna, Juan Álvarez como presidente nombra precisamente a Don Benito Juárez Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, lo cual dio lugar a que

la Iglesia dejara de conocer de los “negocios civiles”, entre ellos, el del matrimonio, con fundamento en el artículo 42 de la Ley Juárez.

Siendo presidente sustituto (de Juan Álvarez) Ignacio Comonfort, promulga la Ley Lerdo que desamortizaba las propiedades inmuebles de la Iglesia, aumentando la hostilidad del clero por los severos cambios que el gobierno establecía, hostilidad que aumentó con la creación de la ley que finalmente concluía con el trabajo iniciado por Juárez, **pues el 27 de enero de 1857 se establecía y organizaba el Registro Civil**, apenas unos días antes de la promulgación de la Constitución Política de ese año.

Mediante el artículo 12 de la ley del Registro Civil, el nacimiento, el matrimonio, la adopción y arrogación, el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso temporal o perpetuo, y la muerte quedaron consignados como **actos del estado civil**. En tanto, el artículo 72 y 73 prescribían que el matrimonio eclesiástico que no estuviese registrado dentro de las cuarenta y ocho horas en el Registro Civil después de celebrado el sacramento no produciría efectos civiles respecto de la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido y la obligación de vivir en uno.

Para el 23 de julio de 1859, ya promulgada la Constitución, “en un tema de fundamental importancia política y social, **Juárez expedía el Decreto que lo definía como un contrato civil, conocido también como Ley del Matrimonio Civil**, corroborándose así, la independencia temporal de la espiritual en materia del vínculo. En apoyo a ello, se hacía las siguientes consideraciones:

“Que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de eclesiásticos ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que sólo con su intervención en el matrimonio este contrato surtiera todos sus efectos civiles.

Que resumiendo todo el ejercicio del poder en el soberano, éste debe cuidar que en un contrato importante como el matrimonio se celebre con todas las solemnidades que juzgue conveniente a su validez y firmeza y que el cumplimiento de éstas le conste de un modo directo y auténtico, he tenido a bien decretar lo siguiente:

Artículo 1o. El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta ley, se presenten ante aquéllas y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.”⁴⁶

Cabe señalar que este Decreto es el antecesor del Código Civil de 1870, puesto que no sólo se declara al matrimonio un contrato civil sino además lo decreta como un **vínculo indisoluble de manera natural**, autorizando sólo la separación de cuerpos pero no la aptitud para contraer nuevo matrimonio. La edad mínima para casarse se fijó en 14 años para el hombre y en 12 para la mujer, sancionando la bigamia y la poligamia y reglamentando temas sobre impedimentos para casarse. Después de cumplidos los requisitos para contraer matrimonio y manifestado el consentimiento de los consortes para casarse el artículo 15 prescribía que el encargado del Registro Civil debía leerles la epístola de Melchor Ocampo, que hoy día aún está vigente.

El 28 de julio 1859 el mismo gobierno promulgaba una **nueva Ley del Registro Civil** que, publicada hasta 1861, mantuvo al matrimonio como un acto del estado civil, en tanto Bénito Juárez expedía un Decreto para acabar con la intervención del clero en la economía de los cementerios y panteones donde afirmaba abiertamente que para que el matrimonio fuera la base de la sociedad civil y **existiera la certeza de que los hijos fueran alimentados, educados e instruidos**, el Estado sería el único facultado para celebrarlo, cambio que desde luego modificó sustancialmente la institución de la familia.

⁴⁶ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 111.

Simultáneamente a la expedición de una nueva Ley del Registro Civil pero por **el Imperio** (promulgada el 1o. de noviembre de 1865) en la cual el matrimonio y los actos ya mencionados siguieron siendo de la competencia de los Oficiales del Estado Civil, Maximiliano preparaba los dispositivos para **dar un Código Civil del Imperio Mexicano** del que únicamente se publicó el Libro Primero el 6 de julio de 1866 donde se señalaba que:

"El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."⁴⁷

Este texto tuvo una vigencia efímera y una vez restaurada la República, Bénito Juárez dicta el 5 de diciembre de 1867 un Decreto revalidando los actos del estado civil registrados en el llamado Imperio, **elevando a la categoría de ley constitucional las reformas del matrimonio como contrato civil**, aunque dicho decreto fue publicado hasta 1873. Así que la Ley del Registro Civil de Juárez y su Decreto, al declarar al matrimonio como un contrato civil, fue prácticamente toda la legislación que operó hasta la promulgación del Código Civil de 1870; aunque también hubo otras dos leyes, una en 1861 que legislaron sobre impedimentos para celebrar el matrimonio por relación de afinidad en línea recta sin limitación de grados, y otra en 1862 sobre la celebración de matrimonio en artículos de muerte, razón por la cual:

"Debemos tener presente que cuando se hicieron las reformas constitucionales que hemos apuntado y de las que como consecuencia derivó, se incorporara a la parte orgánica de la Ley de Leyes de 1857 la definición de matrimonio como contrato civil, ya había sido promulgado el Código Civil del Distrito Federal del año 1870, que estuvo vigente en la residencia de los Poderes Federales y en el Territorio de Baja California desde el 1 de marzo de 1871."⁴⁸

⁴⁷ Ibidem. p. 116.

⁴⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo III. Editorial Porrúa, México. 1988, p. 186.

El Presidente Bénito Juárez abrogó la legislación anterior en materia civil para que rigiera sólo este Código Civil compuesto de cuatro Libros señalando en su Libro Primero, Título Quinto, Capítulo VI los requisitos para contraer matrimonio.

“Nuestros legisladores de 1857 no reglamentaron a la familia. Su estudio se refirió solo al matrimonio, dándole un carácter religioso, fue cuando Ignacio Comonfort renunció a la presidencia de la República y Bénito Juárez expide sus Leyes de Reforma Política, Económica y Religiosa.”⁴⁹

El Código Civil de 1870, reglamentó el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación, y la separación de cuerpos, que fue una especie de divorcio, además de otras cuestiones; dentro del capítulo de derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, el artículo 198 previno que “los cónyuges estarían obligados a guardarse fidelidad, **a contribuir cada uno con su parte a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente.** Por otra parte, en los casados, prohibía el divorcio en caso de que la mujer hubiera cumplido 45 años de edad o después de 20 años de haberse celebrado el matrimonio.

“El predominio del marido sobre la mujer era definitivo en el Código que comentamos: La mujer debe vivir con su marido” (Art. 199); el domicilio de la mujer casada, si no está legalmente separada de su marido, es el de éste (Art. 32). El marido debe proteger a la mujer; ésta debe obedecer a aquél, así en lo doméstico como en la educación de sus hijos y en la administración de sus bienes” (Art. 201). La mujer está obligada a seguir a su marido, si éste lo exige, donde quiera que establezca su residencia, salvo pacto en contrario celebrado en las capitulaciones matrimoniales (Art. 204). Los artículos siguientes prevenían que el marido era el representante legítimo de su mujer, y que ésta no podía, sin licencia de aquél, dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador. Por su parte el artículo 207 prevenía que, “tampoco puede la mujer, sin licencia o

⁴⁹ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho de Familia, UNACH, México, 1988, p. 93-94.

poder de su marido, adquirir por título oneroso o lucrativo ni enajenar sus bienes y obligarse sino en los casos especificados en la ley.”⁵⁰

“El Código de 1870 - reseña González - fue adoptado sin modificaciones en muchos de los estados de la República Mexicana como San Luis Potosí, Guanajuato y Puebla en 1871, Durango en 1873, Zacatecas y Guerrero en 1872; con ligeras modificaciones en Sonora, Hidalgo y Tamaulipas en 1871, en Chiapas y Querétaro en 1872, Sinaloa en 1874; y con numerosas modificaciones en Campeche y Tlaxcala, último estado que terminó por suspender su vigencia.”⁵¹

Este ordenamiento, legisló al divorcio sólo como una separación de cuerpos pero sin la aptitud legal para contraer nuevas nupcias y disminuyó la edad de la mujer para casarse en 12 años y la del hombre en 14, pues el Imperio con su Código Civil efímero la había elevado a 15 y 18 años respectivamente. Como resultado del movimiento liberal y tradicionalmente individualista el Código en mención más que proteger a la familia protegió derechos individuales, tendencia que se repitió en la elaboración del Código Civil de 1884, pues de hecho y de derecho la única novedad que presentó este texto jurídico fue la de **“la libertad de testar” que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de legítimos herederos. En lo demás fue una copia del Código de 1870.**

En este orden de ideas Carranza promulga la Ley de Relaciones Familiares el 9 de abril de 1917, que precedía a la Ley del Divorcio, derogando los capítulos y títulos relativos a la familia en el Código Civil. Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, se mantuvieron la fidelidad y **la ayuda mutua** pero se estipuló la obligación de la mujer a vivir con su marido excepto en los casos de **que éste se ausentara del país o residiría en un lugar insalubre.**

⁵⁰ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F. Op. Cit. p. 66.

⁵¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil, Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1996, p. 63.

El artículo 44 por su parte señalaba que así como el hombre debía dar **alimentos a la mujer** y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, la mujer tenía la obligación de cuidar de la casa y de los hijos.

La Ley de Relaciones Familiares, dicho sea de paso, tuvo innovaciones jurídicas de suma trascendencia para la familia mexicana pues se eliminó, por ejemplo, la distinción entre hijos naturales e hijos espurios (adulterinos e incestuosos) pero “dispuso que los hijos naturales sólo tendrán el derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derechos que ya les otorgaban los Códigos de 1870 y 1884.”⁵²

Asimismo concedió la investigación de la paternidad no sólo en casos de violación o raptó sino cuando existía la posesión de estado de hijo natural o se tuvieran pruebas, se equiparó el derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos entre hombre y mujer; la mayoría de edad en esta última le otorgó plena capacidad jurídica para administrar por sí misma sus bienes, etc.

Pero lo más importante de esta ley es el cambio radical sobre las consecuencias jurídicas que sólo el matrimonio civil generaba para la familia en su conjunto. “En el derecho mexicano, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917, se sustenta el criterio perfectamente humano de que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.”⁵³

⁵² Ibidem. p. 74.

⁵³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia. Vigésima primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1986, p.283.

Constitucionalmente también se habían hecho reformas previas a este Código como las del artículo 4o. en donde se estableció la igualdad del varón y la mujer ante la ley, la cual protegería la organización y desarrollo de la familia.

Además se prescribió el respeto al derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos con los años daría lugar a reformar el artículo del Código Civil donde se señala cual es el objeto del matrimonio.

Por otra parte, igual quedaba legislado en nuestra ley máxima el deber de los padres para preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, a la salud física y mental, es decir, a los alimentos.

1.2.2.1.1.2. Época contemporánea.

Habían transcurrido 44 años desde la creación del Código civil de 1884 y la vida política, social y económica del país habían generado cambios especialmente en las relaciones civiles de los habitantes. La influencia jurídica francesa, española y canónica había dado como resultado una obra legislativa caracterizada por la preeminencia del hombre sobre la mujer y los hijos, desigualdades entre los llamados hijos naturales y los legítimos, derecho de propiedad ilimitada, autonomía de la voluntad, etc.

“Los inicios del siglo XX traen consigo un cambio radical de ideas, se deja sentir un espíritu social, una tendencia a la socialización del Derecho, que agudizada se convierte en la orientación socialista que se hace patente en el Código soviético en 1922.

Antes, en el año de 1910, la Revolución Mexicana deja sentir en todos sus aspectos las corrientes sociales. Se dicta la Constitución de 5 de febrero de 1917, en donde se plasman las ideas revolucionarias, y la legislación civil no podía escapar a tan trascendentales reformas. Estas aparecen, en primer lugar en la Ley del Divorcio de 1914 en donde se implanta el divorcio vincular, posteriormente

en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y por último en el Código Civil de 1928, considerado como un código privado social en el cual se trató de armonizar los intereses individuales con los de la sociedad.⁵⁴

Así el Código Civil de 1928, compuesto de 4 Libros y 3,074 artículos en su contenido dispositivo y 9 transitorios, consigna en su Libro Primero las normas referentes al matrimonio, parentesco y alimentos, paternidad y filiación, patria potestad y emancipación, entre otros temas que en su conjunto aluden a la familia.

Dentro de las innovaciones aportadas se encuentra el reconocimiento indirecto del concubinato, al declarar la presunción de hijos de los concubinarios; introduce el divorcio administrativo, establece y reglamenta la institución del patrimonio familiar, el régimen de los bienes dentro del matrimonio en cualquiera de las opciones señaladas de sociedad conyugal o separación de bienes y se extiende la obligación de proveer de alimentos hasta los parientes dentro del cuarto grado colateral, y en vida del deudor alimentario, la obligación de estipular en su testamento alimentos en favor de esos parientes, situación que la Ley de Relaciones Familiares no había previsto.

Este ordenamiento legal fue modificado 26 veces a partir de 1938, publicada la última reforma el 27 de diciembre de 1983 en la que se estipuló la libertad de contraer matrimonio a partir de la mayoría de edad, fijada en 18 años para el varón y para la mujer. Se consideraron impedimentos para celebrarlo, el adulterio judicialmente comprobado, el realizado entre adoptado y adoptante mientras durara ese lazo jurídico, así como el idiotismo y la imbecilidad padecidos por alguno de los contrayentes.

⁵⁴ LEYVA Gabriel, CRUZ PONCE Lisandro. Edición Conmemorativa del 50 Aniversario de la entrada en vigor del Código Civil para el Distrito Federal, Concordancias y Compilación de Jurisprudencias. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pp. 5 y 6

La mujer tuvo a partir de 1953 la libertad de trabajar en cualquier actividad siempre y cuando no perjudicase su función en el hogar, pudiéndose oponer el marido a ello con justa causa pero concediendo lo propio a la mujer. Los menores de edad casados también tuvieron nuevas prerrogativas como el administrar por sí mismos sus bienes pero sin poder enagenarlos o gravarlos sin la autorización correspondiente.

Se precisó la forma de liquidar y repartirse los productos resultantes de la sociedad conyugal; la sustitución voluntaria de ésta por el régimen de separación de bienes y en menores de edad, previa autorización de quien corresponda. Se legisló sobre la nulidad de matrimonio en caso de adulterio cometido por los consortes y sobre causales de divorcio que se analizaran el punto correspondiente a este trabajo.

En materia de alimentos el artículo 323, inspirado en el 73 de la Ley de Relaciones Familiares, expresó que la esposa que sin culpa suya tuviese que vivir separada de su marido tendría derecho de alimentos durante dicha separación y a todos los que hubiera dejado de darle a partir de ella. Finalmente fueron aportaciones de este Código Civil artículos referentes a la sucesión, adopción y reconocimiento de hijos, tutela, etc.

En 1975 esta legislación sufrió algunas modificaciones que incidieron directamente sobre la familia pero aludiendo a la igualdad constitucional de derechos y obligaciones entre el hombre y la mujer, **incluyendo la de la contribución económica al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que ellos acuerden.**

En 1983 el Código en mención fue nuevamente modificado. "En suma, la reforma que tiene el propósito de consolidar a la familia, ha tratado de hacerlo a) **ampliando los efectos del concubinato en cuanto al derecho a heredar y**

percibir alimentos entre los concubinos; b) concediendo las más amplias facultades al juzgador en lo tocante al cuidado y la custodia de los hijos en caso de divorcio de sus progenitores; c) adicionando el artículo 267 con la nueva causal de divorcio (fracción XVIII); d) creando el divorcio necesario indemnizatorio, y e) estableciendo la escala móvil en materia de obligación alimenticia."⁵⁵

Las reformas hechas al Código sustantivo en 1992 fueron sobre causales de divorcio; en 1998 referentes a la introducción de lo que se considera violencia familiar; y hasta el año 2000 las reformas, por ciertos las más numerosas hasta la fecha, incidieron directamente sobre el matrimonio.

No obstante, la importancia de las reformas a los apartados del Título Quinto del Código Civil vigente referente al matrimonio (de los esponsales, requisitos para contraer matrimonio, del matrimonio en relación con los bienes, de la sociedad conyugal, de la separación de bienes, de las donaciones antenuptiales, de las donaciones entre consortes y de los matrimonios nulos e ilícitos), el Capítulo que trata de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, para efectos de este trabajo, resulta particularmente importante puesto que se modifican aspectos que tienen que ver con la familia en su conjunto.

Cabe destacar que se determinó acompañar a la solicitud de matrimonio el acta de nacimiento o en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de 16 años, así como un certificado médico de los contrayentes de no padecer enfermedad crónica, contagiosa o incurable, requisitos indispensables en la certeza de que los contrayentes tienen la edad mínima para contraer matrimonio civil y ejercer los derechos y obligaciones que de él se derivan.

⁵⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 413.

Asimismo, se derogó todo el Capítulo correspondiente a esponsales y respecto a los requisitos para contraer matrimonio se reformó el artículo 146 en donde se definió al matrimonio de la siguiente manera:

“Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar una comunidad de vida, en donde ambos se procuraran respeto igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”

Se modificaron los artículos correspondientes al matrimonio entre menores de edad, que se fijó en 16 años para hombre y mujer, sin conceder dispensa por la minoría de esa edad ni para impedimentos de consanguinidad, y se eliminó la calificación de hijo “natural o legítimo”; se incluyó la violencia física o moral, se extendió el parentesco civil hasta los descendientes del adoptado; se dispensaron los casos de imposibilidad para la cópula sólo si el otro contrayente acepta que la conoce y se condicionaron los referentes a enfermedad crónica, contagiosa o hereditaria al conocimiento de sus efectos y consecuencias y obviamente a aceptarlas.

Fueron modificados también los artículos referentes a los bienes del matrimonio señalando expresamente que recaerá en ambos cónyuges su administración, salvo pacto en contrario; se aumentaron dos artículos que prescriben “mientras no se pruebe que los bienes y utilidades obtenidos por algunos de los cónyuges pertenecen sólo a uno de ellos, se presume que forman parte de la sociedad conyugal “(art. 182-TER); se precisaron muchos aspectos de la sociedad conyugal, del régimen de separación de bienes, de la nulidad e ilicitud de matrimonio, de las donaciones antenuupciales y las donaciones entre consortes.

El artículo 162 del ordenamiento en cita, otorgó el derecho a los cónyuges de emplear, de común acuerdo, **métodos de reproducción asistida** para lograr

su propia descendencia; se modifica la obligación de cualquiera de los cónyuges de vivir en el domicilio conyugal en caso no sólo de insalubridad sino de riesgo de integridad; se define el trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos **como contribución económica** al sostenimiento del éste.

Se establece que los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjudicar el manejo del hogar según como lo hayan acordado los cónyuges, eliminando así el concepto de daño moral a la familia o a la estructura de ésta por la realización de actividad laboral; y se suprime la posibilidad de acudir ante un Juez de lo familiar a manifestar la oposición al trabajo que realice el otro cónyuge.

Finalmente la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, mediante decreto publicado el 13 de enero de 2004, reformó el Código Civil en cuanto a las actas de matrimonio, autorizando la celebración de éste en la Oficina del Registro Civil de la elección de los pretendientes y no en la de su domicilio como se estipulaba antes (Art. 97)

Se reformó la fracción I del artículo anterior, eliminando el requisito de asentar edad, ocupación y domicilio de los padres de los pretendientes en el acta de matrimonio para escribir únicamente nombre y apellido de aquéllos. También se reformaron los artículos 98,100-104 y 113 de este Capítulo que tienen que ver con aspectos más de tipo administrativo de lo que deben contener las actas de matrimonio, ocurriendo lo mismo con las actas de divorcio.

El artículo 148, referente a los requisitos para contraer matrimonio, establece que el consentimiento para que menores de edad contraigan matrimonio deberá darlo el padre o la madre, eliminando el término "quienes ejerzan la patria potestad"; y se aumenta un párrafo que dice:

"En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través de certificado médico respectivo, el Juez del Registro Civil, a

petición del padre o de la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa en menores de 14 años.”

Esta última reforma es importante ya que anteriormente no se contemplaba dispensa alguna para menores de 16 años de edad y negando ahora la misma dispensa para menores de 14, aún cuando la mujer se encontrase embarazada.

Por su parte el artículo 180 del mismo ordenamiento permite ahora la modificación de las capitulaciones matrimoniales antes o durante la celebración de éste no sólo ante el Juez del Registro Civil sino ahora ante Notario Público mediante escritura pública.

Por último, la reforma contempla el reconocimiento de hijos sólo por quien tenga la edad requerida para hacerlo eliminando el párrafo que indicaba “más la edad del hijo que va a ser reconocido.”

Hasta 1996 el Código Civil del Distrito Federal fue fuente para la creación de los Códigos respectivos en la mayoría de los estados de la República, aún vigentes algunos. Entre ellos se encuentran Aguascalientes (1948), Baja California (1974), Campeche (1943), Coahuila (1941), Colima (1954), Chiapas (1938), Chihuahua (1874), Durango (1948), Hidalgo (1840), México (1975), Nayarit (1981), Nuevo León (1935), Oaxaca (1944), Puebla (1985), San Luis (1947), Sinaloa (1940), Tabasco (1951), Tamaulipas (1987), Veracruz (1932) y Zacatecas (1966).

Los Códigos de Sonora en 1949, Guanajuato en 1967 y Quintana Roo en 1976 fueron elaborados con conceptos originales distintos a los del Distrito Federal, en tanto los más recientes corresponden a Querétaro en 1990, Guerrero en 1993, Yucatán y Morelos en 1994 y Jalisco en 1995. Indica Águilar y Derbez:

“La comparación de los Códigos de la República - Muro- nos ha llevado a la conclusión de que sí bien es cierto que el Código del Distrito Federal ha servido

generalmente de inspiración a los diversos Códigos locales, esta imitación ha venido disminuyendo en los últimos tiempos, porque varios de los estados que han promulgado nuevos Códigos han tomado como modelo otros Códigos locales en vez del Código de Distrito Federal, como tales están el Código de Morelos, Sonora y Guanajuato.⁵⁶

1.3. Efectos jurídicos del divorcio en México. (Derecho comparado).

El *divortium* es una institución jurídica que surgió al mismo tiempo en que el Derecho intervino para organizar jurídicamente al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común.

El divorcio romano estableció de manera muy precisa la disolución absoluta del vínculo matrimonial así como la aptitud de los cónyuges para casarse de nuevo. En tanto, el Derecho canónico, que si bien permitió la separación de cuerpos, en cuanto al lecho, mesa y habitación, mantuvo la indisolubilidad del vínculo conyugal; postulado que encontró uno de sus más severos enemigos en el surgimiento del protestantismo en el siglo XVI, seguido por países como Inglaterra, Alemania, Holanda, Suecia y Dinamarca que no solo reconocieron el adulterio como causal de divorcio, sino el abandono y la simple declaración unilateral de la voluntad.

Con el inicio de la Revolución Francesa en 1789 el matrimonio, como se dijo en páginas anteriores, se convierte en un contrato civil, sustentado en la autonomía de la voluntad, como base fundamental de los actos jurídicos y las ideas del individualismo. El 20 de septiembre de 1792 se promulga la ley sobre el divorcio vincular y la separación de cuerpos que podían obtenerse por mutuo consentimiento, mediante imputación de causas o incluso por voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges alegando incompatibilidad de caracteres.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Op. Cit. p. 68.

Con la creación del Código Civil francés en 1804 se suprimieron las causales de divorcio por mutuo disenso y por incompatibilidad de caracteres (subsistiendo solo la sevicia, el adulterio y las injurias graves) con el fin de evitar el creciente índice de divorcios que entonces se estaban registrando; no obstante con el transcurso del tiempo volvió a permitirse el divorcio voluntario pero con una serie de formalidades que lo hacían muy difícil de obtener.

Así bajo la influencia cristiana y la institución romana del divorcio (*bona gratia* y por repudiación) se desdobló en otras instituciones diferentes, dependiendo de si admitiesen o no las ulteriores nupcias de los divorciados: el divorcio y la separación personal.

El divorcio absoluto, llamado también divorcio vincular, implica la disolución del matrimonio válido en vida de los esposos dejando a los divorciados en aptitud de contraer nuevas nupcias. Mientras que la separación de cuerpos, consiste en la cesación de la obligación de cohabitar, sin que el vínculo matrimonial desaparezca.

Dentro del grupo de países europeos que admiten únicamente el divorcio vincular se encuentran Grecia, Austria, Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Yugoslavia, Albania, la extinta Unión Soviética y Alemania; en este último país, mediante una reforma vigente a partir de 1977, el matrimonio se disuelve por sentencia judicial de divorcio argumentando que el matrimonio está destruido, cuando ha habido separación de uno de los cónyuges del hogar por tiempo no menor a un año y el otro opone una causa grave que impida la continuación del matrimonio.

En este país teutón "La ausencia de indagación y valoración de la culpa se traduce en las consecuencias del divorcio decretado. Por lo pronto la atribución de la guarda de los hijos menores no tiene ya relación con la culpa sino con el bienestar de los hijos, suprimiéndose también otras consecuencias de la culpa,

como la prohibición de la mujer de usar el apellido del marido y la revocación de las donaciones efectuadas al cónyuge culpable.

El derecho de alimentos tiene lugar, también independientemente de la culpa, cuando uno de los cónyuges, por tener a su cuidado a los hijos, no puede ejercer actividad que le produzca medios para mantenerse (nuevo art. 1570), cuando al concluir el juicio de divorcio o el cuidado o la educación de los hijos comunes, su vejez o su enfermedad física o mental le impiden desarrollar una actividad remunerada para sostenerse (nuevos arts. 1571 y 1572), cuando después del divorcio no encuentra actividad que le permita mantenerse, la que obtenga no alcance para su total manutención o no pueda lograr el mismo nivel de vida a pesar de sus esfuerzos (nuevo art. 1573).⁵⁷

En este ordenamiento civil alemán, el cónyuge divorciado que se encontraba estudiando antes del mismo, tiene derecho a una pensión para terminar con su capacitación y si no lo estaba y a raíz del divorcio disminuye su nivel de vida la pensión debe alcanzarle para capacitarse. No hay derecho a dicha pensión si el que la pide omitió contribuir a los gastos del hogar durante largo tiempo, mientras los derechos del primer cónyuge tienen preferencia sobre los del ulterior, cuando se trata de la educación de los hijos o el matrimonio ha tenido larga duración.

En cuanto a los países europeos que admiten el divorcio vincular y la separación de cuerpos se encuentran Bélgica, Luxemburgo, Mónaco, Holanda, Suiza, Turquía, Inglaterra, Escocia, Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Portugal, Liechtenstein, Italia y Francia.

En el caso de Francia su Código Civil hasta 1991 regula en su Título Séptimo todo lo relacionado al divorcio, de tal forma que en el Capítulo II existe

⁵⁷ BELLUSCIO, Antonio César. Derecho de Familia, Matrimonio (Divorcio). Tomo III, Volumen III, Ediciones de DEPALMA. Buenos Aires, 1981, p. 76.

una sección referente a las medidas provisionales que se deben tomar, entre las cuales se halla la **pensión alimenticia** (art. 255). El Capítulo IV por su parte alberga una sección referente a las consecuencias del divorcio entre las que se encuentran, en los artículos 203 a 211 las llamadas "prestaciones compensatorias" en caso de darse a alguno de los cónyuges, que en nuestro caso sería similar a una indemnización.

Asimismo, en el Libro primero, Título VI se regulan las obligaciones que nacen del matrimonio tales como **alimentos**, obligados, límites, convenios, carácter subsidiario (art. 203); mientras que el divorcio se puede decretar por consentimiento mutuo, por ser necesario o bien por ruptura de la vida en común, tomando las medidas provisionales pertinentes.

El Código Civil italiano consagra en su Libro Primero las normas referentes a Personas y Familia. El matrimonio es regulado en el Título VI de este Libro, específicamente en su artículo 143, los derechos y obligaciones recíprocas de fidelidad, asistencia moral y **mantenimiento del hogar conyugal**; en el 156 la separación judicial, sus efectos tales como la **contribución al mantenimiento de los gastos de hijos, y en su caso, del cónyuge que tenga ese derecho**, prestando garantía suficiente, y lo mismo para la separación consensual.

Finalmente, cabe mencionar que a diferencia del Código Civil francés, el italiano como el alemán sí contiene un Título normativo, el XIII, del **derecho alimentario**.

"La nueva Constitución española de 1978 introduce cambios profundos en la concepción del Estado, al disponer que ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones (art. 16, inc. 3). A su vez el artículo 32 establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con

plena igualdad jurídica, y que la ley regulara las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causales de separación y disolución y sus efectos.”⁵⁸

Por eso el Código Civil español, modificado por ley de 1989, prevé ahora, dos formas substanciales para la celebración del matrimonio a opción de los contrayentes, el civil o el religioso que debe inscribirse en el Registro Civil. Asimismo, dicha reforma incorporó el divorcio vincular, es decir, la disolución del vínculo matrimonial, antes proscrito por las leyes españolas.

Sin embargo, cabe aclarar que la única forma de llegar al divorcio vincular es la existencia del cese efectivo de la convivencia conyugal; de ningún modo coexisten el divorcio y la separación de cuerpos de manera autónoma como ocurre en otras legislaciones dejando a elección de los cónyuges optar por uno o por la otra. El divorcio presupone el cese de la convivencia conyugal, que a su vez, es causa para obtener la separación de cuerpos.

A partir de 1989, el Código Civil español dedica en su Libro Primero denominado Personas, Título IV, las normas relativas al matrimonio y en el Capítulo V los derechos y deberes del matrimonio, determinando en su artículo 68 que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente.”

Por otra parte las causas de separación se concretan en cuatro puntos:

1.- El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

⁵⁸ ZANNONI, A. Eduardo. Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo II, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 38.

2.- Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.- La condena a pena de prisión por más de 6 años.

4.- El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia, etc.

En tanto las causales de divorcio determinadas en el artículo 86 del Código Civil español sólo marcan:

1.- El cese efectivo de la convivencia conyugal por lo menos durante uno, dos y cinco años, con diferentes circunstancias; y

2.- El atentado de un cónyuge contra la vida del otro.

Los efectos jurídicos de la separación de cuerpos y del divorcio son comunes y consisten en la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos de ambos sujetos a patria potestad, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos a cargo del progenitor que no viva con ellos.

La contribución a las cargas económicas del matrimonio y **alimentos así como sus bases de actualización y garantía en su caso**, es una de las coincidencias con el Código Civil del Distrito Federal, toda vez que en las legislaciones civiles de Francia, Alemania e Italia no se contempla expresamente la actualización de las pensiones alimenticias.

Igualmente se determina una pensión al cónyuge que corresponda recibirla y se realiza un convenio por los cónyuges para cumplir con las medidas antes descritas, el cual debe ser aprobado por el juez familiar, quien tiene facultades para modificarlo si las circunstancias tomadas para ello también cambian.

Por último España también contempla en su Código Civil un Título, el V, sobre **los alimentos** que deben darse y recibirse entre parientes.

En los países del Common Law el divorcio vincular es tradicional. Inglaterra lo decreta por adulterio, injurias graves y abandono, luego por causa de enfermedad mental de uno de los cónyuges y en la actualidad puede ser invocado por la mujer argumentando violación, sodomía o bestialidad cometida por el marido.

"En todos los casos el divorcio no puede demandarse sino habiendo transcurrido tres años después de la celebración del matrimonio (art. 2o. de la ley de 1950). con posterioridad por la *Divorce Reform Act* de 1969 en vigor desde el 1o. de enero de 1971, es invocable como causal de divorcio la *irretrievable breakdown of marriage* (irreparable destrucción del matrimonio) si han transcurrido cinco años de separación anteriores a la demanda.

Todos los países del área socialista soviética admiten solo el divorcio vincular. Dentro de esta área corresponde incluir también el Código Cubano de la Familia de 1975. La inspiración es similar en los distintos Códigos de familia sancionados No suele hacerse enumeración de causales sino que se atiende genéricamente, al hecho de que el vínculo matrimonial no responda al interés de los cónyuges, de los hijos o de la sociedad."⁵⁹

Por ejemplo en Cuba, a partir del Código de Familia promulgado a mediados de los años setenta, se eliminó el divorcio fundado en la culpa de alguno de los cónyuges. En la demanda se plantean los motivos de divorcio como simple información que se proporciona al Tribunal, el cual toma medidas sobre guarda y custodia de los hijos si los hay, pensiones a pagar y la comunicación del padre con aquellos, ya que la madre tiene preferencia para quedárselos.

⁵⁹ Ibidem. p. 50.

Rosa María Delgado, abogada y profesora de Derecho en Cuba comenta: “Si una de las partes se inconforma con la demanda de divorcio puede contestarla y oponerse a ésta pero debe demostrarle al Tribunal que hay razones fundadas para conservar la unión. Algo casi imposible, pues basta con que uno de los cónyuges diga ya no lo quiero, no deseo estar con él para continuar con el proceso. No conozco ningún rechazo del Tribunal.

En la práctica las oposiciones se basan en la patria potestad, en la cuantía de las **pensiones para los hijos**, en la tenencia de la casa, etcétera, pero hay igualdad de derechos. El adulterio por ejemplo, no es una causal culposa como antes, ni afecta la custodia para la parte que corresponda, aun cuando se compruebe su infidelidad, ya que no es un baldón.”⁶⁰

Por lo que toca a los países musulmanes, islámicos, el Derecho de familia está normado por las fuentes originales como el Coran y la Sunna pero también por las fuentes legales derivadas como la Idjama, la Kiyas y la idtijhad, las fuentes legislativas modernas inspiradas en las tradicionales.

El matrimonio musulmán es un contrato de Derecho Privado por el cual un hombre recibe el derecho exclusivo sobre una mujer mediante la entrega de una cantidad convenida, incorporando algunos tratadistas clásicos, la obligación por parte del marido de la *nafaka*, es decir, de los gastos de manutención, habitación, vestido, etcétera, de la mujer, sin embargo dicha obligación no se incluye en el matrimonio como elemento esencial, pero un matrimonio contraído bajo condición de que la esposa habría de vivir a costa de sus propios bienes (liberando al marido de la *nafaka*) sería un matrimonio válido y dicha condición, nula. Esto es similar a lo señalado en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en cuanto a que la pensión alimentaria en cualquier situación, no es un derecho renunciable, debido a que se consideran de orden público

⁶⁰ Testimonios, Divorcio en Cuba, Marie Claire, Año 13, No. 3., marzo de 2002, p. 32.

Como estado, el matrimonio musulmán es “la unión originada por el contrato de un hombre con una o más mujeres simultáneamente con carácter de permanencia normal.”⁶¹

Básicamente se le considera un mandato coránico, es obligatorio para todo ciudadano pero sin duda con efectos civiles de tipo personal, filial y económico; el contrato puede rescindirse por voluntad de los cónyuges, no tiene matiz religioso aunque se recitan algunas plegarias.

Algunos autores equiparan el contrato de matrimonio con el de la compraventa en virtud de que “el matrimonio se negocia con los parientes de la mujer, pareciendo más que un convenio entre los futuros esposos, un contrato sinalagmático entre los designados por la ley o por la costumbre para concertarlo en propia persona, siendo otros los que resultan casados. La negociación concluye con la entrega de una cantidad llamada *mahr*, dote, de manera que los derechos reconocidos al hombre sobre la mujer se consideran fundamentados en el hecho de haber desembolsado dicha cantidad para adquirirla.”⁶²

No obstante, también existe el matrimonio concertado personal y voluntariamente por los interesados, que son los más, siempre con la respectiva dote la cual no constituye un precio sino una donación compensatoria por el uso de la mujer como resultado del matrimonio poligámico permitido sólo para el hombre coránico.

Cabe destacar que una de las reformas más importante en el Derecho Familiar musulmán es la restricción y en algunos países hasta la prohibición de la poligamia debido a la dificultad **para mantener a los hijos** y a los problemas que surgen entre los más ricos por las herencias.

⁶¹ MOTILIA, Agustín y LORENZO, Paloma. Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho Español, Editorial Colex, Madrid España, 2002, p. 31.

⁶² *Ibidem.* p. 32.

El matrimonio musulmán es por definición perpetuo, sin embargo el Corán permite su disolución bajo los **recursos legales del repudio o bien del divorcio**. El repudio consiste en la disolución del vínculo matrimonial sin tomar en cuenta la voluntad del otro cónyuge, el cual puede ser revocable o irrevocable.

Las consecuencias del repudio irrevocable se concretan en la obligación del marido de pasar a la mujer una **pensión alimenticia** durante la idda*, permitiendo el restablecimiento de la vida conyugal sólo mediante un nuevo contrato matrimonial y nueva dote. **La mujer también puede repudiar a su marido basado genéricamente en las mismas causas que se recogen en los Códigos occidentales, entre las cuales está la falta de alimentos (nafaka)** más alguna derivada de la naturaleza del contrato matrimonial islámico, con la salvedad de que si la sentencia se dicta en contra de la mujer, ésta pierde su derecho a la pensión y además debe restituir la dote.

El divorcio a diferencia del repudio consiste en la ruptura del vínculo conyugal por acuerdo mutuo de los esposos. "Presenta dos formas, el divorcio consensual retribuido por la mujer al marido por haberlo consentido y la otra, que es el divorcio convenido sin retribución para nadie. Sólo en el caso de divorcio con retribución la mujer conserva su derecho a los alimentos, en el otro tipo de divorcio se considera que **los esposos no se deben nada**, tan es así que los Códigos de familia de los países musulmanes estipulan que la obligación de la manutención** se extingue por la muerte del esposo, por condonación de la deuda por parte de la esposa o **por disolución del matrimonio**.

* Consiste en el período de continencia sexual para la mujer que dura tres meses y cuya finalidad es evitar problemas respecto a la filiación, período tras el cual la situación económica de ésta es muy precaria a menos que el juez haya autorizado una indemnización a cargo del marido cuando éste la haya tratado arbitrariamente.

**Que por cierto surge a partir de la consumación del matrimonio y no a partir de la conclusión del contrato matrimonial, a pesar de que se configura como un derecho de la esposa frente al esposo, estableciéndose que todas las personas se mantienen con sus propios bienes, salvo la esposa, cuya manutención corresponde a su esposo.

Esto es así porque “más allá, se presupone que el patrimonio propio de la mujer sumado a la dote que ha recibido del marido, constituyen bienes suficientes para su manutención.”⁶³

“En Iberoamérica, la mayoría de los países centro y sudamericanos han legislado mediante sus Códigos Civiles o leyes de matrimonio, aceptan el divorcio vincular, el cual suele coexistir con la mera separación de cuerpos como el de Guatemala, Uruguay, ”⁶⁴ Colombia, Perú, Honduras, Venezuela, Panamá. Por el contrario, solo aceptan la separación de cuerpos el derecho chileno (art.9 ley de matrimonio) y paraguayo (ley del matrimonio de 1898, y actualmente, Código Civil de 1986, art. 163). Brasil, que consagraba la indisolubilidad del vínculo matrimonial con jerarquía constitucional (art. 163, Constitucional Federal de 1946) se ha incorporado a los países divorcistas mediante la enmienda constitucional aprobada en 1977.

Con el fin de ejemplificar los hechos que dan lugar al divorcio y los efectos jurídicos que con ello se generan y poder hacer un comparativo con lo que el Código Civil del Distrito Federal norma en ese sentido, se escogieron al azar cinco países del centro y sur de América como son Perú, Venezuela, Colombia, Honduras y Panamá.

Cabe destacar que el Código Civil de Perú está vigente a partir del 14 de septiembre de 1984, con 10 Libros y 2122 artículos reformado en 1993; el de Venezuela desde 1961, con 1989 artículos distribuidos en 3 Libros; el de Colombia, rige desde 1873 y cuenta con 4 Libros; en Honduras está vigente desde 1966 y contiene 2376 artículos; mientras que en Panamá está vigente a partir del 1o de julio de 1917 con 1802 artículo distribuidos en cuatro Libros, legislado en el Primer Libro de cada uno de estos Códigos los aspectos referentes al matrimonio,

⁶³ Ibidem. p. 168.

⁶⁴ ZANNONI, A., Eduardo. Op. Cit. p. 52.

los derechos y obligaciones que nacen de éste, el divorcio o la separación de cuerpos y sus efectos jurídicos en forma muy semejante.

El Código Civil de Perú, al igual que los Códigos de los países antes mencionados establece que “El marido y la mujer tienen en el hogar consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales” (Art. 234); asimismo señala “Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia mutua” (Art. 233).

Palabras más, palabras menos, todos coinciden en que el matrimonio origina derechos y obligaciones en cuanto a la fidelidad y las **cargas económicas del hogar, los hijos y entre los mismos cónyuges** de tal suerte que las causales de divorcio están precisamente enfocadas al incumplimiento que tengan que ver con dichos aspectos.

Existen dos formas de terminar con la convivencia conyugal de los consortes: mediante divorcio, que a diferencia de los países musulmanes, sí disuelve el vínculo matrimonial dejando a los divorciados en aptitud de contraer nuevo matrimonio y la separación de cuerpos que impide justamente la celebración de nuevas nupcias.

En Perú y Panamá (artículos 233 y 114, 5o, de sus Códigos Civiles respectivamente) existe el divorcio con causa y el divorcio por mutuo consentimiento como en México; por su parte, en Venezuela (Capítulo XII, Sección II), Colombia (Art. 166) y Honduras (Art. 176) sólo existe el divorcio contencioso y la separación de cuerpos por consentimiento mutuo o por divorcio.

Las causas de divorcio son las siguientes:

1. Adulterio en Perú y Venezuela; en Colombia salvo que el cónyuge lo haya consentido o facilitado; en Honduras y Panamá solo de la mujer.

2. Violencia física o psicológica en Perú y Venezuela; en Colombia y Panamá solo sí pelagra la salud, la integridad física o la vida de alguno de los cónyuges o de sus descendientes o se hace imposible la paz y el sosiego doméstico.

3.- El atentado contra la vida de un cónyuge en Perú, Honduras y Panamá.

4. Abandono injustificado y total del hogar por más de dos años en forma discontinua en Perú; en Colombia; en Honduras por más de 5 años sin comunicación con el otro; por más de 4 años en Panamá.

5. El uso de drogas, la conducta deshonorosa que haga imposible la vida en común; la enfermedad venérea grave contraída durante el matrimonio, homosexualidad sobreviviente al matrimonio en Perú, Colombia; Venezuela y Panamá manejan la embriaguez consuetudinaria.

6. Condena por delito doloso a pena privativa de libertad mayor a dos años después de celebrado el matrimonio en Perú y Venezuela; en Colombia la pena debe ser superior a 4 años y el delito ser calificado por el juez que conozca del divorcio como atroz o infamante.

7. Por separación de cuerpos después de transcurridos dos años de matrimonio en Venezuela y Colombia; en Panamá después de 4 años de separación de hecho.

8. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o madre sólo en Colombia y Panamá.

9. Corromper a los hijos o la connivencia* en su corrupción o prostitución en Venezuela, Honduras y Panamá; Colombia, agrega "a personas que estén bajo su cuidado y convivan bajo su mismo techo".

10. La propuesta del marido para prostituir a la mujer en Colombia, Honduras y Panamá.

11. Toda enfermedad o anomalía grave o incurable física o psíquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro

* Complicidad, acuerdo secreto.

cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial en Venezuela; en Panamá es sólo la locura permanente, declarada así judicialmente.

12. La preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anterior al matrimonio, ignorándolo el marido solo en Honduras.

13. Concubinato del marido con escándalo público o con abandono o menosprecio de su mujer en Honduras y Panamá.

14. **El mutuo consentimiento de los cónyuges** en Panamá; en Perú se le llama separación convencional y procede después de transcurridos 2 años de matrimonio.

Los efectos jurídicos en ambos casos son en cuanto a custodia y patria potestad de los hijos si los hay, y a la pensión alimenticia para éstos o para alguno de los cónyuges, son muy parecidos en todos los casos, razón que evidentemente representa la importancia de tener garantizados los alimentos dentro del núcleo familiar.

El Código Civil peruano a diferencia del resto de los ordenamientos jurídicos comentados determina en su artículo 350 que **“Por divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer”** salvo que éste se haya declarado por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes; también ordena que “el indigente debe ser socorrido por el excónyuge aunque no haya dado motivos para el divorcio”, e incluso que “cuando desaparezca el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso” Art. 350.

En general, los Códigos Civiles antes analizados, prevén una pensión alimenticia para los hijos y el cónyuge que la necesitare, una vez dictada la sentencia sobre divorcio, o dinero mismo que el marido debe dar a la mujer para solventar las expensas de la *litis* en caso de que ella no tuviere bienes bajo su administración como señala el Código Civil de Panamá que engloba una serie de medidas provisionales específicas para el caso en su artículo 115 o el de

Honduras en el artículo 147^{*}. Mientras Venezuela y Panamá sí señalan alimentos específicamente a la mujer (no para el varón) en la sentencia de divorcio.^{**} Finalmente, cabe destacar la omisión que explícitamente hacen las legislaciones civiles de estos países en cuanto a la forma de garantizar el cumplimiento de las pensiones alimenticias durante y después de decretado el divorcio, aspecto básico para el cumplimiento de la sentencia condenatoria, máxime cuando la causal de divorcio o de separación de cuerpos es justamente el incumplimiento de alimentos, casi siempre por parte del cónyuge varón.

En México las instituciones de derecho civil evolucionaron lentamente, el divorcio, en este caso, legislado desde el primer Código Civil mexicano de 1870 reglamentó siete causas de divorcio:

- 1.- Adulterio de uno de los cónyuges.
- 2.- La proposición del marido para prostituir a su mujer, ya sea directamente, o en la prueba de que recibió dinero para realizarla.
- 3.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge a otro para la comisión de un delito, aunque no sea carnal.
- 4.- El conato de cualquiera de los cónyuges para corromper a los hijos o su anuencia para ello.
- 5.- El abandono injustificado del hogar conyugal por más de dos años.
- 6.- La sevicia del marido con su mujer o de esta para con él.
- 7.- La acusación falsa de un cónyuge al otro.

Para 1884 se incorporan a dicho ordenamiento jurídico cinco causas más:

- 1.- El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.
- 2.- Los vicios incorregibles del juego y la embriaguez.

* Honduras por su parte establece como causal de separación de cuerpos, y no de divorcio, la negativa del cónyuge a dar alimentos al otro que los necesite o a sus hijos comunes

** Esto es así en virtud de que el artículo 111 del Código Civil de Panamá que señala que el marido es el obligado a hacer los gastos de alimentos y demás, de la familia y la mujer, contribuirá sólo en proporción sus los ingresos fue influenciado por el artículo 74 del Código de Costa Rica.

3.- La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

4.- Una enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de la cual no haya tenido conocimiento el cónyuge, y

5.- **La negativa de uno de los cónyuges de suministrar alimentos conforme a ley.**

Como se puede apreciar, por primera vez el incumplimiento de la que siempre, en todo tiempo, y en casi todas las legislaciones civiles del mundo, fuera obligación inherente al matrimonio, el subvenir a las necesidades económicas del matrimonio, el socorrerse mutuamente, el contribuir al sostenimiento del hogar, como quiera que se le llame, constituye en México una causal de divorcio.

Posteriormente la Ley del Divorcio creada por Carranza el 29 de diciembre de 1914, legisla ocho causas calificadas como graves para dar lugar al divorcio **vincular** (dado que hasta entonces solo existía la separación de cuerpos) entre las cuales se incluye **el incumplimiento en alimentos para con los hijos o cónyuge**, mientras que la anterior Ley de Relaciones Familiares de 9 de abril del mismo año había creado por vez primera el divorcio administrativo en México.

"La Ley de Relaciones Familiares estableció por vez primera en México, la disolución del matrimonio, mediante resolución judicial, a instancia de ambos cónyuges que declaran su voluntad concorde de querer divorciarse."⁶⁵

El Código Civil de 1928 fue casi una copia de la Ley de Relaciones Familiares de Carranza porque solo agregó una casual de divorcio a las ya existentes, la referente a la declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia.

⁶⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 577.

Cabe destacar que en cuanto a las obligaciones alimentarias si hubo aportaciones trascendentales para la familia dado que se extendió dicha obligación a parientes colaterales dentro del cuarto grado, se estipuló entre adoptante y adoptado y cesó en caso de injuria, falta o daño grave del alimentista contra su acreedor.

En la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal contiene 21 causales de divorcio; la XIX y XX adicionadas en 1997 hacen referencia al uso de métodos de reproducción asistida sin el consentimiento de uno de los cónyuges y al uso de sustancias con efectos psicotrópicos que atenten contra la paz del hogar conyugal o su economía.

La última causal de divorcio, la XXI es resultado de la reforma efectuada el 25 de mayo de 2000 y que a diferencia de los Códigos sustantivos de los países latinoamericanos, se coloca a la mujer principalmente en una relación de igualdad laboral. Dicha causal consigna que es motivo de ruptura del vínculo matrimonial “Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.”

Asimismo, la causal XII que a la letra dice:

“La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168” se mantuvo intacta en cuanto al incumplimiento de alimentos desde el Código de 1884 pero con depuraciones tendientes precisamente a lograr su cumplimiento.

La obligación alimentaria además de ser en sí misma parte de los fines del matrimonio y motivo de ruptura del vínculo conyugal constituye una medida provisional durante el procedimiento de divorcio necesario o voluntario y

nuevamente una obligación temporal y condicional para después de decretado el mismo, como veremos en las líneas precedentes.

“El divorcio por mutuo consentimiento, sea judicial o administrativo, no puede iniciarse sino después de un año de la celebración del matrimonio.

A) El divorcio por mutuo consentimiento, en la vía administrativa, se seguirá ante el juez del Registro Civil del domicilio de los cónyuges ante el cual deberán comprobar, con las copias certificadas de sus actas de nacimiento, que son mayores de edad, manifestarán que no tienen hijos y presentarán el convenio para liquidar la sociedad conyugal, si se casaron bajo ese régimen. Deberán ocurrir personalmente ante el Oficial del Registro Civil que conozca de la solicitud de divorcio.”⁶⁶

Después de identificar a los consortes, el oficial del Registro Civil hace constar la solicitud de divorcio en una acta que se levanta y se cita a los cónyuges para ratificar su solicitud quince días después; ratificada ésta, el Oficial los declara divorciados levantándose el acta correspondiente y haciendo la anotación marginal en el acta de matrimonio.

El divorcio voluntario por la vía judicial procede de conformidad con lo estipulado en el artículo 273 del Código Civil vigente para el D.F., cuando los consortes tienen más de un año de casados y presenten un convenio que deberá contener las siguientes cláusulas:

I. Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores e incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

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

⁶⁶ Idem.

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

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

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

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

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

Como se puede apreciar, el legislador hace hincapié en las obligaciones alimenticias que subsisten después de decretado el divorcio voluntario obligando al deudor alimentario a señalar la forma de garantizar el pago, el cual por cierto sólo tiene un término especificado de un año, situación que en la práctica genera cierta incertidumbre al vencimiento del mismo porque vuelve a prevalecer generalmente, el incumplimiento de la obligación alimenticia. Cabe mencionar la obligación de proporcionar alimentos a la mujer durante el lapso de duración del matrimonio si ésta no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga matrimonio o se una en concubinato.

Respecto al divorcio necesario también existe la obligación del Juez Familiar de dictar medidas provisionales mientras dure el divorcio entre las cuales la fracción II, del artículo 282 refiere: **"Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda."**

Después de decretado el divorcio en la sentencia se fija la manera como se cumplirán las obligaciones para con los hijos o entre cónyuges y que desde luego se incluyen las de **alimentos**. El artículo 288 del ordenamiento antes citado, señala que el cónyuge inocente tiene derecho al pago de alimentos por parte del cónyuge culpable de divorcio, tomando en cuenta las circunstancias de edad, salud, profesión, duración del matrimonio y dedicación pasada o futura a la familia, colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge, medios económicos de ambos cónyuges y el monto de sus necesidades y las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

Sin embargo, el cónyuge que se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos o carezca de bienes propios o que esté imposibilitado para trabajar, siempre tendrá derecho a recibir alimentos después del divorcio necesario, fijándose además las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad, siempre y cuando no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato (Art. 288).

El legislador mexicano, sobre todo desde los años ochenta ha reformado el Código Civil del D.F., precisando la técnica jurídica en cuestiones familiares sobre todo, debido a la enorme desigualdad que durante décadas hubo entre varón y mujer. Entre esas reformas, las obligaciones alimenticias derivadas de la ruptura del vínculo matrimonial se especificaron con mayor claridad manteniendo la igualdad social y económica de los cónyuges.

1.4. El concubinato.

1.4.1. Concepto.

“El concubinato es la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados y que puede o no producir efectos legales. La denominación concubinato nace en el derecho romano para designar a la unión de una pareja cuyos miembros viven como esposos, pero que

por falta del *connubium* o debido a consideraciones políticas no podían o no querían celebrar *justae nuptiae*.

En el derecho romano se le reconocieron ciertos efectos sucesorios para con la concubina y los hijos de tal unión. Estos nacían *sui juris*, ya que el concubinato no creaba parentesco con el padre. Asimismo, se le llegó a considerar como un matrimonio de rango inferior, *inaequale conjugium*, en el que no debía haber *affectios maritales*, pues al no requerirse de formalidad alguna para constituir el matrimonio *sine manus*, lo único que lo distinguió de éste en los últimos tiempos fue la intención.⁶⁷

El concubinato posee diversos significados dependiendo de la cultura en que se le ubique, aunque en primera instancia se le reconoce como una figura jurídica distinta del matrimonio, en otras ocasiones se le considera semejante a él. En China por ejemplo, es válido tener una esposa y varias concubinas, las cuales son consideradas social y jurídicamente inferiores a la esposa, con miras a erradicar al concubinato como forma de fundar la familia.

En la doctrina y en la legislación civil mexicana, se entiende por concubinato, *la unión sexual de un sólo hombre con una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años, o bien sin importar el tiempo si procrearon un hijo en común.*

“...resulta pertinente recurrir a algunos conceptos que han sido expuestos por diversos tratadistas, especialmente en México, sean especialistas o no en derecho y, en particular, en Derecho Civil o Familiar. Así en el Diccionario de Derecho Privado se puede encontrar la siguiente definición:

Del latín *concubinatus*, trato, vida marital del hombre con la mujer. Cohabitación o acto carnal realizado por un hombre y una mujer. Esta idea

⁶⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, BUENROSTRO, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México, 1990, p. 121.

general ha de concretarse para dar a la palabra concubinato su significación propia y concreta, ya que el concubinato no sólo supone una unión carnal no legalizada, sino que es una unión duradera, continua y de larga duración realizada entre un hombre y una mujer sin estar santificada por el vínculo matrimonial.

Al proponer una definición de concubinato Guillermo Cabanellas, profesor de la Universidad del Salvador de Buenos Aires, dice que es el estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero si haber contraído ninguna especie de matrimonio...ni canónico ni civil.

Para Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara el concubinato es la unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal, para cumplir los fines del matrimonio en la sociedad. Los autores en cita también lo definen como un matrimonio de hecho.

El profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ignacio Galindo Garfias opina del concubinato que:

La cohabitación entre un hombre y una mujer (si ambos son solteros) la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero que requiere, para que el concubinario sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean célibes.⁶⁸

Por último el también catedrático de nuestra máxima casa de estudios, el profesor Flavio Galván Rivera, en el afán de precisar aún más la figura jurídica del concubinato afirma que es "el acto jurídico unilateral, plurisubjetivo, de Derecho Familiar, por el cual un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimentos dirimentes no dispensables y con plena capacidad jurídica para celebrarlo entre sí, deciden hacer vida en común de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, a fin de constituir una nueva familia o grupo

⁶⁸ GALVÁN RIVERA, Flavio. El concubinato en el vigente Derecho Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 119-120.

social primario, sin la necesidad de satisfacer determinadas formalidades, ni requisito alguno de inscripción en el Registro Civil.”⁶⁹

El Código Civil vigente para el Distrito Federal no define al concubinato pero si establece los requisitos que la pareja debe cumplir para considerárseles concubinos. El artículo 292-Bis señala:

“La concubina y el concubino tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, ha vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato...”

Es importante destacar que en el concubinato debe haber, tal como en el matrimonio, **ausencia** de impedimentos legales tales como la falta de edad requerida por la ley; la falta de consentimiento del que o de los que ejerzan la patria potestad, tutela; el parentesco por consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos); el tercer grado (tíos-sobrinos) si no se obtiene la autorización judicial; el parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grados, entre otros, pues de lo contrario pese a estar unidos sin formalidad legal alguna, de existir alguno de los impedimentos para el matrimonio civil, el concubinato no produce consecuencias de derecho.

1.4.2. Derechos.

El sistema jurídico mexicano en materia civil omitió en sus primeros tiempos legislar sobre el concubinato, de tal suerte que las uniones formadas al margen de la ley no generaban derechos ni obligaciones entre pareja ni para los hijos de ambos en caso de haberlos.

⁶⁹ Ibidem. pp. 121-122.

"Nuestro sistema positivo siguió los primeros lineamientos que expone Rojina Villegas, puesto que los dos Códigos del siglo pasado lo ignoraron. Lo mismo ocurrió en la Legislación Familiar de 1917. En cambio, el Código vigente desde su exposición de motivos, hace referencia al concubinato como una manera peculiar de formar la familia; agregando que hasta entonces, aún cuando era un modo de ser muy generalizado, había quedado al margen de la ley; pero que el legislador no debía cerrar los ojos para no darse cuenta de que esa unión opera cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado."⁷⁰

Los derechos reconocidos al concubinato a partir del Código Civil de 1928 así como las últimas reformas hechas a este ordenamiento jurídico, especialmente las del año 2000 son las que se refieren a:

a) La presunción de la paternidad de los hijos de la concubina.

A partir de 1928 se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina; en la actualidad no existe el adjetivo "naturales" como se observa en el artículo 383 del Código Civil del D.F.

Sin embargo para la total eficacia del precepto anterior es necesario acreditar fehacientemente la existencia de la vida en concubinato del presunto padre o madre y que el nacimiento ocurrió dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de aquella o bien después de los ciento ochenta días subsecuentemente al inicio de la unión marital.

b) La herencia legítima a favor de los hijos de la concubina respecto de la sucesión *mortis causa*.

El sustento jurídico de este derecho sucesorio para aquellos hijos no reconocidos por el *de cuius*, es precisamente la presunción de la paternidad de los hijos nacidos en concubinato.

⁷⁰ MAGALLÓN IBARRA, Jorge. Op. Cit. p. 351.

No obstante “la tesis aislada que se transcribe a continuación, sostenida por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito al resolver, por unanimidad de votos, el juicio de amparo directo 35/94 señala:

HIJOS DEL CONCUBINARIO Y DE LA CONCUBINA, ADEMÁS DE LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 378 DEL CÓDIGO CIVIL DEBE ACREDITARSE QUE EN LA FECHA EN QUE NACIÓ EL HIJO EXISTIÓ EL CONCUBINATO Y QUE SU NACIMIENTO OCURRIÓ DENTRO DEL MISMO, PARA QUE PUEDA CONSIDERARSE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Si bien es cierto que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina, sin embargo, tal presunción por sí sola es insuficiente para que la misma opere de pleno derecho, en razón de que es necesario que esa presunción se encuentre corroborada con otros elementos de prueba, es decir, que se acredite, que en esas fechas existió el concubinato y que su nacimiento ocurrió dentro del mismo.

Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XIII. Mayo de 1994. P. 457. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.”⁷¹

c) La herencia legítima a favor de la concubina.

Igualmente se consideró un derecho adquirido de la concubina heredar de su concubinario, después de haber tenido hijos en común o bien haber vivido juntos por lo menos dos años, en razón de ser considerada una verdadera compañera del *decuyus* y participante en la creación de los bienes parte de la herencia.

En este sentido el artículo 1635 establece el derecho de heredar que posee la concubina de conformidad con lo establecido por el Título Quinto del Capítulo XI, esto es, los requisitos legales para refutar la unión marital de una pareja como concubinato.

⁷¹ GALVAN RIVERA, Flavio. Op. Cit. p. 26.

e) El derecho de alimentos *post mortem* y como consecuencia de la **terminación del concubinato**.

A diferencia de los derechos antes mencionados que han permanecido casi intactos desde la creación del Código Civil de 1928, el derecho de alimentos ha sufrido cambios trascendentales para los concubinos. Esto es así en virtud de que hasta antes de las reformas del año 2000 la concubina sólo tenía derechos sucesorios y de alimentos después de la muerte del concubinario, en el caso de que el concubinario fallecido no hubiese dejado testamento estipulando precisamente alimentos para su concubina o bien habiéndolo otorgado hubiese omitido dejarlos, siempre y cuando existiesen hijos procreados por ambos concubinos o bien haber vivido juntos los últimos cinco años hasta la fecha del fallecimiento del concubinario.

Los alimentos *post mortem* son un derecho consignado para los concubinos en la fracción V del artículo 1368 del Código sustantivo que a la letra dice:

A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

En la actualidad el Capítulo XI, denominado "Del concubinato" ha sufrido modificaciones que conceden al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia (291-Ter), de tal suerte que:

1. Se disminuye el lapso de vida marital entre concubinos de cinco a dos años. (Art. 291-Bis).
- 2.- Se precisa que los concubinos que vivan juntos deben hacerlo **libres de los impedimentos legales para contraer matrimonio**, es decir, si existe alguno de estos, la unión no se considera concubinato, hecho que sin duda y a pesar de no

existir un contrato matrimonial sí condiciona de hecho y de derecho las circunstancias en que surja el concubinato para poder originar consecuencias jurídicas.(Art. 291-Bis)

3.- Se sanciona el hecho de que con una misma persona se establezcan uniones de este tipo **declarando inexistente** el concubinato y el derecho de la víctima de exigir del otro, una **indemnización por daños y perjuicios**. (Art. 291-Bis)

4.- Se aclara que el Código Civil en apartados no referentes a la Familia, y en otros ordenamientos legales también reconocen derechos y obligaciones a los concubinos. (Art. 291-Quáter).

5.- **Se otorga a los concubinos, al igual que a los cónyuges, el derecho a recibir una pensión alimenticia una vez que cese el concubinato, si carecen de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, excepto que el acreedor alimenticio se una en concubinato, contraiga nupcias o quien haya demostrado ingratitud hacia el deudor alimenticio, limitando el ejercicio de este derecho a un término de un año después del fin del concubinato (Art. 291-Quintus).**

1.4.3. Obligaciones.

En sus inicios el sistema jurídico mexicano ignoró la figura del concubinato en razón de considerarlo una forma amoral de fundar la familia, toda vez que en el siglo XIX, el principal logro del derecho civil había sido precisamente la creación del contrato matrimonial. Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 así como la Ley de Relaciones Familiares sólo legislaron sobre el matrimonio celebrado ante el juez del Registro Civil, de tal suerte que hasta 1928, el concubinato sería reconocido jurídicamente.

“En nuestro país, el Código Civil para el D.F. comenzó por reconocer la necesidad de conceder al concubinato algunos efectos, pero siempre menores al matrimonio y solamente respecto de la mujer y en relación con los hijos.

Posteriormente, nuevas reformas conceden al varón los mismos derechos que a la mujer, y recientemente el concubinato se ha equiparado con el matrimonio.”⁷²

Las reformas al Código Civil del Distrito Federal del 25 de mayo del 2000 fortalecieron las relaciones jurídicas entre los miembros de la familia. Específicamente se creó el Título Cuarto BIS, denominado DE LA FAMILIA, en el cual el artículo 138-Quintus incluyó al concubinato como una de las fuentes de los deberes, derechos y obligaciones que surgen, valga la redundancia entre los miembros de la familia.*

Como parte de los efectos personales para los concubinos cabe destacar la existencia de un derecho que es al mismo tiempo un deber para cada uno de los concubinos. En este sentido, como parte de los efectos jurídicos personales para los concubinos se encuentra:

- 1.- El deber de cohabitación, es decir, el deber de vivir juntos en forma constante o permanente, pues de lo contrario, la unión no podría considerarse un concubinato.
- 2.- El deber de relación sexual entre los concubinos es concomitante al hecho de tener una vida en común, lo cual, desde luego, no implica necesariamente engendrar hijos por la pareja. Se sobreentiende el deber y el derecho que existe de mantener una vida sexual entre los concubinos porque de lo contrario, el simple hecho de que dos personas habiten bajo el mismo techo, legalmente, no implica concubinato.
- 3.- El respeto y la ayuda mutua estipulados expresamente en los derechos y obligaciones del matrimonio (Art. 162,163 y 164) no son mencionados en el capítulo dedicado al concubinato. Sin embargo, en el Título Cuarto Bis denominado De la Familia, se especifica que el concubinato (junto con el matrimonio y el parentesco) es parte de las relaciones jurídicas familiares y entre

⁷² BAQUEIRO ROJAS, Edgar, BUENROSTRO BÁEZ, Rosario. Op. Cit. p. 123.

* Además del matrimonio y el parentesco que eran considerados como los vínculos jurídicos entre las personas que forman una familia. Hay que recordar que justamente mediante estas reformas se crea un capítulo, el XI, para legislar la figura del concubinato.

los miembros de la familia se debe observar consideración, solidaridad y respeto recíprocos (Artículos 138 Quintus y Sextus respectivamente).

Dentro del vínculo paterno-materno-filial que existe entre los concubinos, las obligaciones que se generan son:

- 1.- La Filiación, y
- 2.- La Presunción de paternidad.

Dentro de los efectos patrimoniales que genera el concubinato se encuentran los Alimentos, respecto de los cuales se ha establecido como regla general en los Códigos Civiles y Familiares de México, que la concubina y el concubinario se deben alimentos entre sí, al igual que existe esta obligación por parte de ellos hacia los hijos que en común procee, en los mismo términos que los cónyuges.

En este sentido el artículo 291-Quáter señala:

“El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este Código o en otras leyes.”

Como parte de la reforma del año 2000, la figura del concubinato avanza en los derechos y obligaciones entre la pareja de concubinos, acercándose cada vez a la figura jurídica del matrimonio; así el artículo 291-Quintus especifica:

“Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud o viva en concubinato o contraiga matrimonio.”

La única diferencia entre el matrimonio y el concubinato respecto del derecho de alimentos es que en éste último caso, sólo puede reclamarse durante el año siguiente a la cesación del concubinato (Art. 291-Quintus).

Finalmente existen otros ordenamientos legales que generan derechos en el concubinato como son los siguientes:

“La concubina, en los términos de la Ley del ISSSTE, tiene derecho a una pensión de viudez que depende de la edad que haya tenido el concubinario al fallecer o el número de años de servicio.

La Ley el IMSS y la Ley del ISSSTE otorgan al hijo la calidad de derechohabiente, lo que le da derecho a recibir prestaciones en especie, como son: asistencia médica, asistencia hospitalaria, medicinas, intervenciones quirúrgicas, aparatos de prótesis y ortopedia y rehabilitación, hasta los 16 años si no estudian o hasta los 25 años si estudian en alguna institución educativa.

Independientemente de que la muerte sea con motivo del trabajo o por accidente o enfermedad general, los hijos tendrán derecho a una pensión de orfandad, misma que se otorga hasta 16 años, si no estudian, o hasta los 25 años si estudian.”⁷³

1.5. El parentesco.

1.5.1. Concepto.

En sus orígenes el parentesco nacía, al decir de Platón, al tener en común los mismos dioses, las mismas costumbres, las mismas prácticas domésticas y por ello, los miembros de una misma comunidad eran considerados parientes entre sí.

“La religión doméstica, era lo que constituía el parentesco. Cuando Demóstenes quiere probar que dos hombres son parientes, muestra que practican el mismo culto y ofrecen la misma tumba.

El principio del parentesco no radicaba en el acto material del nacimiento, sino del culto. Esto se ve claramente reflejado en la India. El jefe de familia ofrece

⁷³ BEGNÉ, Patricia. La mujer en México. Su situación legal. Editorial Trillas, México, 1999, p. 40.

allí, dos veces por mes, la comida fúnebre; presenta una torta a los manes de su padre, otra a su abuelo paterno, una tercera a su bisabuelo paterno, pero jamás a sus ascendientes por línea femenina.

En Occidente también se conexiona la agnación con la religión doméstica. La regla para la agnación era la misma que para el culto. Entre ambas cosas existía manifiesta relación. La agnación no se diferenciaba del parentesco tal como la religión lo había establecido al principio.”⁷⁴

En la medida que la norma jurídica fue ganando en todas las latitudes del mundo, las cuestiones religiosas, que en un momento dominaron las relaciones interpersonales de la sociedad en general perdieron peso, dando lugar a que el parentesco por nacimiento fuera reconocido legalmente.

“Los estudiosos de la materia están de acuerdo en definir al parentesco como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una descende de otra o ambas de un autor, tronco o progenitor común. Marcel Planiol confirma esta proposición con algunas palabras más que tienden a precisar la identidad o posición de los parientes, al decir: El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una descende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, los primos.”⁷⁵

Por su parte Rojina Villegas afirma:

“El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuando que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.”⁷⁶

⁷⁴ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. El parentesco en el derecho comparado. Editorial Porrúa, México, 2003, pp.14-15.

⁷⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge. Op. Cit. p. 53.

⁷⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 256.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal no contiene una definición de parentesco en general, sino que define, las tres formas que legisladas en los artículos 293, 294 y 295: consanguinidad, afinidad y civil.

1.5.2. Clases de parentesco.

1.5.2.1. Civil.

El artículo 295 del ordenamiento legal antes citado define al parentesco civil como el "que nace de la adopción en los términos del artículo 410-D", términos que aluden a:

- 1.- La equiparación legal en cuanto a derechos y obligaciones, del adoptado al hijo consanguíneo.
- 2.- La extinción de la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y con las familias de éstos, excepto en el caso de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado.
- 3.- La irrevocabilidad de la adopción.
- 4.- El adoptante tiene, respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de sus hijos, donde se incluye dar nombre y apellido, derechos sucesorios y alimenticios entre los más importantes. El artículo 307 de nuestra legislación civil ordena:

El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y el hijo.

Aunque nuestro Código Civil es claro al señalar que la adopción sólo crea una relación jurídica entre el adoptado y el adoptante, cabe recordar que en cuanto al matrimonio, el mismo Código en su artículo 156, fracción XII, consigna como impedimento para contraer nupcias, "el parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado en los términos del artículo 410-D."

Por otra parte, el parentesco civil, a diferencia del consanguíneo, sólo presenta una línea. La línea puede ser ascendente o descendente, es decir, el

adoptado adquiere parentesco ascendente con padre o madre adoptiva y el adoptante adquiere parentesco descendente hacia abajo con el hijo adoptado.

Este tipo de parentesco no se extiende a la familia del adoptado ni a la familia del adoptante, lo que en materia de sucesiones, el artículo 1612 señala que:

El adoptado hereda como un hijo; pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.

En cuanto a los alimentos, no puede exigírseles a padres, hermanos, primos, sobrinos o hijos del adoptante el cumplimiento de la obligación alimentaria hacia el hijo adoptado; tampoco podrá pedirse alimentos a los descendientes ni parientes colaterales del adoptado para el padre o madre adoptante.

Por otra parte, el artículo 1613 estipula:

Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado, los primeros sólo tendrán derechos a alimentos.

1.5.2.2. Afinidad.

El significado de la palabra afinidad alude a la similitud que existe entre dos cosas. Planiol y Ripert lo definieron como el lazo existente entre los parientes de una persona y el cónyuge de esa misma persona. Lo anterior implicaba necesariamente la existencia de un contrato matrimonial entre dos persona para hacer surgir el parentesco por afinidad, o lo que es lo mismo, la existencia de un acto jurídico previo para dar nacimiento a otro que a su vez generaba consecuencias de derecho.

A partir de las reformas multicitadas del año 2000 al Código Civil del Distrito Federal, los legisladores en aras de lograr una mayor protección a la familia, fundada o no por medio del matrimonio civil, modificó substancialmente el artículo 294 de la ley antes mencionada que prescribía que el parentesco por afinidad era

el que se contraía por el matrimonio entre el varón con los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

El actual artículo 294 señala:

El parentesco por afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

La idea de no reconocer efectos legales al concubinato fue en principio debido a la connotación inmoral que la sociedad del siglo XIX y XX le confería, pero también el obligar de este modo a los ciudadanos a utilizar las formas legales creadas para fundar la familia con total certidumbre jurídica.

Con motivo del reformado artículo 294, los concubinos también tienen el impedimento del parentesco por afinidad, restringiendo para los concubinos la posibilidad de contraer nupcias con algún pariente de su respectiva pareja (Art. 156); dicho parentesco no genera, sin embargo, y en mi particular opinión, las consecuencias de derecho familiar más importantes como son los alimentos y los derechos sucesorios a pesar de estar reconocidas para los parientes consanguíneos y civiles.

1.5.2.3. Consanguíneo.

"Etimológicamente viene del latín *parere*, que significa engendrar, lo que indica que el parentesco solo debería existir entre las personas unidas por el vínculo de sangre. *Consanguinitas* en latín quiere decir tanto en romance como parentesco, *et es atencencia* o ligamento de personas departidas que descienden de una raíz. En nuestro Derecho los diferentes autores que tratan el tema tales como Rojina Villegas, Galindo Garfias, De Pina Vara, entre otros, toman como base para definirlo, lo que señala el Código Civil, el parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor."⁷⁷

⁷⁷ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Op. Cit. p. 58.

Nuestro Código Civil señala en diversos artículos las líneas y grados de parentesco cuya definición sirve como base para el desglose de derechos y obligaciones que en materia familiar adquieren los parientes^{*} y en especial, la obligación alimentaria:

Artículo 296. Cada generación forma un grado y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

Artículo 297. La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

Artículo 298. La línea recta es ascendente o descendente.

- I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede.
- II. Descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

Artículo 299. En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

Artículo 300. En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideren, excluyendo la del progenitor o tronco común.

Como se dijo antes, el parentesco consanguíneo es la fuente principal de la obligación alimentaria como lo estipulan los siguientes artículos:

Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

Artículo 304. Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

Artículo 305. A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre.

* Para celebrar matrimonio, para ser funcionario público, etc.

Faltando los parientes a que se refiere las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Artículo 306. Los hermanos y parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, tienen la obligación de proporcionar alimentos a los menores o discapacitados, este último supuesto incluye a los parientes adultos mayores hasta el cuarto grado.

1.6.3. La filiación.

1.6.1. Concepto.

“El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.”⁷⁸

A partir de las reformas de mayo del año 2000, el Código Civil para el Distrito Federal también modifica substancialmente la figura de la filiación, estrechamente vinculada con el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la adopción, para el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otras obligaciones civiles que rigen a la familia.

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 429.

Con motivo de dichas reformas se define por primera vez a la filiación en el artículo 338 como:

...la relación existente entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario; por lo tanto, no pueden ser materia de convenio entre las partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Se descarta así, cualquier calificativo que se le pudiera dar al hijo nacido dentro de matrimonio o fuera de él, al señalar únicamente las palabras padre o madre, es decir, hacer alusión única y exclusivamente al progenitor y su descendencia. Esto trae como consecuencia la derogación del capítulo correspondiente a legitimación, ignorando por completo si el nacimiento es legítimo por nacer dentro de matrimonio o natural en el caso contrario, que por lo demás evita hacer distinciones en la filiación de una persona, pues con las reformas a la figura del concubinato, resultan del todo inútiles.

En este sentido, basta decir que por filiación debemos entender el vínculo jurídico que, derivado de la procreación, la adopción y el reconocimiento, existe entre el padre o la madre y el hijo, y da lugar al surgimiento de deberes y derechos entre las partes, que de entrada son permanentes.

1.6.2. Derechos.

Como se dijo antes, la filiación de una persona es un estado jurídico que tiene como fuente la procreación, la adopción y el reconocimiento, de tal suerte que dependiendo del caso se derivan ciertos derechos y obligaciones entre padre, madre e hijo. El artículo 324 del Código Civil del D.F. señala:

Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio^{*}
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se

* Antes de mayo de 2000 decía: los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

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

Por otra parte, el artículo 383 establece:

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos dentro del concubinato.**
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Sin embargo, cabe señalar que la única forma de impugnar dicha presunción de paternidad es mediante la acreditación fehaciente por parte del cónyuge o concubino de no haber tenido relaciones con su cónyuge o concubina durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento bien utilizando las pruebas que el avance de los conocimientos científicos permita ofrecer.

Ahora bien, la filiación se prueba con el acta de nacimiento, a falta de esta con la posesión constante de estado de hijo y si ésta tampoco existiera, a través de los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellos que el avance de los conocimientos científicos permitidos.

Para el hijo, esta acción de reclamar su filiación es imprescriptible para sí mismo y para sus descendientes (Art. 347). En el caso de no haber matrimonio ni concubinato, no existe la presunción de ser hijo de; aspecto que resulta particularmente importante en este trabajo de tesis, en virtud de constituir la forma más difícil para obtener una pensión alimenticia como derecho surgido de la filiación existente de hecho, y que en la actualidad resulta relevante por el gran número de mujeres que dan a luz un hijo producto de una relación pasajera o de simple noviazgo en la cual el varón se niega a asumir la responsabilidad respecto del hijo que nace.

La inexistencia de matrimonio o concubinato no obsta para ejercer la acción investigación de la paternidad o maternidad y establecer la filiación respectiva de conformidad con el 382 del Código Civil pues:

La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquiera prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Finalmente, establecida legalmente la filiación de una persona, ésta tiene garantizados los siguientes derechos:

- 1.- La asunción de los apellidos de los padres por parte del hijo.
- 2.- Constituirse como heredero legítimo de sus progenitores.
- 3.- Recibir **alimentos** por parte de sus padres o parientes ascendentes o colaterales hasta el cuarto grado.

Cuando la filiación sólo existe de hecho, el progenitor tiene el derecho de establecerla de forma legal mediante el reconocimiento del hijo registrándolo civilmente como tal, por escritura pública, por confesión judicial directa y expresa o por acta especial ante el juez.*

1.6.3. Obligaciones.

La filiación como todas las instituciones familiares origina derecho-deberes recíprocos en la relación materno-paterno-filial con los hijos; lo que para uno es un derecho para el otro constituye un deber y viceversa. Así, las obligaciones derivadas de la filiación por matrimonio, concubinato, adopción o reconocimiento voluntario o forzado originan para los padres:

** Antes de las reformas de mayo del 2000 se decía: los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.

* Se puede reconocer a un hijo que esta vivo, al que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia. El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento o el del tutor nombrado especialmente para el caso. Además sólo pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

- 1.- El deber de dar alimentos
- 2.- El deber de registrar al hijo en cuestión con sus apellidos.
- 3.- El deber de ejercer la patria potestad sobre el menor.

CAPÍTULO DOS

OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

2.1. Concepto.

No debemos olvidar que la existencia de los derechos naturales es consustancial a la aparición del hombre en la tierra; y en primer lugar, el derecho a la vida, tutelado o no desde los primeros sistemas jurídicos que rigieron a las sociedades, dio lugar a la legislación de otros derechos, desarrollados con una enorme rapidez como los sucesorios, por ejemplo, y otros con demasiada lentitud como los de alimentos.

“La palabra alimentos viene del latín *alimentum*, de *alo*, nutrir... En el lenguaje jurídico, los alimentos comprenden no solamente la comida, sino también todo aquello que la persona requiere para vivir con cierto decoro, y por ello la ley refiere a la educación, a la salud, a la habitación y al vestido.

Los alimentos, vistos como un derecho, desde el punto de vista del acreedor alimentario, es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.

Por nuestra parte creemos que la definición es correcta, solamente precisaríamos que no debe hablarse de lo necesario para subsistir, sino de lo necesario para vivir y agregaríamos que también el parentesco por adopción, da esa facultad y en algunos caso -C.C.D.F.-, el concubinato genera esa posibilidad.”⁷⁹

“Alimentos como concepto jurídico encierra un significado de contenido y de mayor adecuación social, puesto que, además de conservar la vida, ya que se desprende no de la materialidad de dar lo indispensable para la vida, sino el procurar el bienestar físico del individuo poniéndolo en condiciones de que pueda

⁷⁹ SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Rafael. Derecho Civil. Editorial Porrúa, México, 1988, pp. 277-278.

bastarse a sí mismo, se pueda sostener con sus propios recursos, y así ser un miembro útil a la familia y a la sociedad.

Alimentos, en esencia, son las asistencias que en especie o en dinero y por ley, contrato o testamento, se dan a una persona o más personas para su manutención y subsistencia; esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recobro de la salud, además de la instrucción cuando el alimentista es menor de edad.⁸⁰

La obligación alimentaria en sí misma implica un deber recíproco para las partes vinculadas por matrimonio, concubinato, parentesco, adopción, tutela o como consecuencia de divorcio o sucesión testamentaria para darse en diferentes tiempos alimentos definidos en el Código Civil en su artículo 308 de la siguiente manera:

Los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso los gastos de embarazo y parto;
- II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
- IV: Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

En las multicitadas reformas del 25 de mayo de 2000, se adicionó la fracción I del artículo anterior, al especificar que los alimentos también comprenden la atención hospitalaria y no sólo médica como se señalaba antes de las reformas; asimismo se aumentaron las fracciones III y IV, contemplando dentro de esta obligación alimentaria la atención especializada de discapacitados

⁸⁰ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. El Derecho de Alimentos. Doctrina, Jurisprudencia y Nuevos Formularios. Tercera Edición, Editorial SISTTA, México. 2000, p. 3.

y adultos mayores, mejorando así la calidad de vida de esta clase de acreedores alimentarios.

Derivada del parentesco, la obligación alimentaria adquiere un fundamento moral antes que legal, en atención a la solidaridad y ayuda mutua que la voz de la sangre, conlleva; principio de orden natural, que poco a poco fue introduciéndose en todos los sistemas jurídicos del mundo para lograr su cumplimiento.

“No es como pudiera parecer a primera vista una obligación que tuviera como fuente el principio de la autonomía de la voluntad, aun cuando se manifiesta preferentemente en su aspecto económico-patrimonial; sino propiamente resultado del vínculo moral de solidaridad que se deben -en materia de asistencia- quienes pertenecen a un mismo grupo familiar y que pudiera manifestarse como una expresión afín a los principios de caridad cristiana; aun cuando por su revestimiento legal, no puede identificarse con filantropía o limosnas. De ahí que se había pensado que ética y jurídicamente, los parientes están obligados a solventar o a contribuir para la satisfacción de las necesidades, con aquellos con los que se posee un vínculo cercano en el seno de la familia. Esta obligación, pues, tiene características singulares y por ello advertíamos que no era simplemente una carga de orden jurídico.”⁸¹

2.2. Origen y evolución de la figura jurídica de los alimentos.

2.2.1. Europa.

2.2.1.1. Grecia.

Como se dijo en páginas anteriores, si en algún lugar tuvo la mujer un trato digno y admirable, aunque muy *sui generis*, fue en Grecia. El origen de considerar a la esposa y al matrimonio como elementos primordiales y sumamente respetados, fue el afán incesante de los griegos por garantizarse descendencia legítima, capaz de heredar no sólo el patrimonio del progenitor sino el culto religioso que distinguía una *oikos* (casa) de otra.

⁸¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge. Op Cit. p. 65.

Naturalmente, aceptar a un hijo como propio era siempre un acto público, a fin de no dejar dudas de la familia a la que pertenecía el nuevo ciudadano romano, en su caso, pues los hijos ilegítimos por nacer fuera de matrimonio, invariablemente tenían un trato distinto a los legítimos. Levantar al heredero en brazos fue símbolo de aceptación con todas las consecuencias legales que la procreación legítima tenía en Grecia.

Con el estatus social de la familia formada sobre la base del matrimonio sobrevenían derechos adquiridos por esa sola circunstancia, de tal forma que los alimentos se consideraban un deber del padre hacia la esposa y los hijos procreados con esta durante el matrimonio. Si por alguna causa este vínculo terminaba, cosa que era sumamente inusual debido a que legalmente la mujer, seguía siendo inferior con respecto al hombre, el derecho de alimentos subsistía, lo que sin revela la importancia jurídica que desde entonces revestía la obligación alimentaria y los derechos del matrimonio.

“Los griegos regularon la obligación del padre con relación a los hijos y de éste hacia áquel, recíprocamente. El Derecho griego reglamentó también la facultad de la viuda o divorciada para pedir alimentos.”⁸²

2.2.1.2. Roma.

La influencia del cristianismo dio lugar al reconocimiento de alimentos entre cónyuges y para los hijos. Sin embargo, este derecho inició con una institución jurídica creada y solventada por el propio Estado romano llamada *ALIMENTARII PUERI ET PUELLAS* mediante la cual los menores, nacidos libres recibían instrucción académica y sustento por parte del Estado; los niños hasta los 11 años y las niñas hasta los 14.

⁸² SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. Op. Cit. p. 278.

“Esta institución parecer haber sido fundada por Trajano, porque si bien Nerva hizo algo en ese sentido no lo organizó. Trajano parece que la organizó en una tabla llamada ALIMENTARIAE que se descubrió en 1747 en Macinanzo, en el antiguo ducado de Plasencia, que contiene la obligación PRAEDIORUM (así también se le denominaba) en la que se crea una hipoteca sobre gran número de tierras situadas en Valeya para asegurar una renta a favor de los huérfanos de esta ciudad, por lo que se llama TABULA ALIMENTARIAE TRAJANI; esta tabla también contiene otra obligación *praediorum* de igual naturaleza, que dos años antes recibió Cornelius Gallicanus, *praefectus alimentorum* en tiempo de Trajano.”⁸³

Posteriormente, esta institución jurídica se extendió a toda Italia ya que los alimentos que se proporcionaban, eran gracias a las donaciones y legados de particulares así como con los préstamos que el Estado hacía a los propietarios sobre hipoteca de sus fundos a un bajo interés.

Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación alimentaria tenía todavía un tinte plenamente filantrópico; es hasta la época del Imperio Romano, bajo la Constitución de Antonio el Piadoso y de Marco Aurelio cuando los alimentos se consideran un derecho de ascendientes y descendientes sobre el principio, vigente hasta nuestros días, de que éstos se deben dar de acuerdo a las posibilidades de quien debe proporcionarlos y a las necesidades de quien debe recibirlos.

Por su parte el derecho canónico concedió la facultad de solicitar alimentos a todos los hijos nacidos libres ignorando si habían nacido dentro de matrimonio o en concubinato, de tal suerte que abrogó la disposición de la Novela VIII donde se negaba alimentos a los hijos espurios, es decir, a los hijos naturales. Así, el

⁸³ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. Op. Cit. p. 14.

* Recordemos que en el derecho clásico y en el bajo Imperio Romano, se limitaron varios de los derechos del *paterfamilias*, entre los cuales estaba el vender a un hijo sólo en caso de extrema necesidad o miseria.

emperador Constantino también legisló en este sentido, otorgando a los hijos de concubinato el derecho a recibir alimentos.

“Ya en tiempos de Justiniano se ven más claros los preceptos en lo referente a alimentos. Así encontramos en el Digesto, Libro XXV, Título III, Ley V, reglamentando en lo referente a alimentos; en el número I encontramos que, a los padres se les puede obligar a que alimenten sólo a los hijos que tienen bajo su potestad, o también a los emancipados o a los que han salido de su potestad por otra causa, y juzgar que más cierto es que ***aunque los hijos no están en la patria potestad los han de alimentar los padres, y a estos los han de alimentar los hijos***. Por esta Ley se impone la obligación de dar alimentos a los hijos legítimos en primer lugar; esta misma obligación del padre con los emancipados en segundo lugar, y en tercer lugar a los hijos ilegítimos, pero no así a los incestuosos y espurios.

En el mismo libro, título y ley y números siguientes, encontramos disposiciones tales como: el juez después de examinar atentamente las pretensiones de las partes, debe acordar alimentos a los ascendientes del padre y de la madre en contra de los hijos (2). Lo mismo por lo que se refiere a los descendientes que han de ser alimentados por los ascendientes (3). En el número 4 se ve la obligación de la madre, especialmente de alimentar a sus hijos habidos del vulgo y también la obligación recíproca de ellos de alimentar a la madre. A más que el abuelo materno estaba obligado a alimentar a los anteriores (5). También ordena el Emperador Pio que el padre debía alimentar a la hija, si constare judicialmente que fue legítimamente procreada (6). Pero no se encontraba obligado el padre a dar alimentos al hijo si éste se bastaba a sí mismo (7). En el caso de reconocimiento de la paternidad, si se alude que se le dan alimentos al hijo esto no hace constar la paternidad sino solamente el deber de dar alimentos (9). El padre se encuentra obligado a satisfacer no sólo los alimentos sino las demás cargas de los hijos (12). Así como que el hijo militar que no tenga recursos debe ser alimentado por su padre (15). Si la madre reclamase

al padre los alimentos que prestó a un hijo debe ser oída en ciertos casos (14). Los padres deben ser alimentados por sus hijos en caso de encontrarse en la necesidad, pero no serán obligados a pagar deudas de sus padres (13 y 16). También encontramos que el patrón debe dar alimentos al liberto y éste al patrón (18 a 26).⁸⁴

Como podemos observar la obligación alimentaria intuitiva por Justiniano es muy similar a la que hoy día rige en el Distrito Federal y muchos otros estados del país; considerando básicamente el parentesco consanguíneo como fuente de dicha obligación pero valorando también los nexos morales entre patrón y liberto por ejemplo. Igualmente, el Digesto autorizaba al Juez de la causa a tomar prendas y venderlas en caso de negarse el deudor alimentario a cumplir con su obligación, similitud con la figura de medidas de apremio, específicamente el embargo, que contiene nuestro Código Civil.

El Digesto también estipulaba que los alimentos comprendían la comida, la bebida, el adorno del cuerpo y lo necesario para la vida del hombre además de lo necesario para recuperar la salud; que se podía disminuir o aumentar la cantidad fijada por el juez para el cumplimiento de la obligación, la cual debía estar acorde con el tipo de vida que hasta entonces había llevado el acreedor alimentario; se previó también la cesación de dicha obligación en caso de ingratitud o cuando los hijos tuviesen posibilidades económicas propias para solventar sus gastos; de igual manera se contemplaba la obligación subsidiaria de parientes ascendentes, descendentes y colaterales para el cumplimiento de alimentos en caso de que el padre o la madre no pudiesen hacerlo.

El derecho primordial de todo ser fue legislado desde esta época, al reconocer incluso que la mujer embarazada que fuera repudiada por su marido debía hacérselo saber por sí misma o por medio de su padre, o en su caso al padre del marido o demás familiares, dentro de los treinta días después de

⁸⁴ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. Op. Cit. pp. 15-16.

divorcio con el fin de enterarlo de su paternidad y cumplir la obligación alimentaria. Por su parte, el *Pretor* vigilaba que al feto, al no nacido, al engendrado después de que el *de cuius* hubiese hecho su testamento, por medio de un curador que administraba los bienes producto de la herencia, recibiera los alimentos suministrándoselos a la madre.

La figura de los alimentos también se legisló en torno al Tutor y sus obligaciones respecto al pupilo y de los legados estipulados en un testamento con la diferencia que en este caso, no comprendían los gastos de educación, como en la actualidad, de tal modo que los mismos supuestos que hoy día se contemplan en el capítulo de alimentos de nuestro ordenamiento civil son tomados casi en su totalidad de lo instituido a partir del año 27 a.C. como una toma de conciencia plena de la importancia de garantizar a toda persona el derecho a los alimentos partiendo de los lazos consanguíneos que le unían a otra.

2.2.2. América.

2.2.2.1. México.

Los relatos de Fray Bernardino de Sahagún y lo narrado por el Códice Mendocino permiten afirmar que durante la época prehispánica se educaban con sumo rigor a los niños, inculcándoles el amor por sus dioses, comunidad y familia, así como el deber de obediencia hacia sus mayores, la lealtad y solidaridad hacia los suyos y el valor de la palabra dada ante el cumplimiento de un deber; educación moral que se completaba en el *Calmecac* y en el *Telpochcalli*, haciendo mención específica sobre el tipo y cantidades de alimentos que recibían los infantes.

“Los niños y niñas eran considerados como dones de los dioses tanto entre los náhuatl quienes se dirigían a ellos llamándolos *nopiitxe*, *nocuzque*, *noquetzale* (mi hijo querido, mi joya, mi pluma preciosa) como entre los mayas.

Lo mismo se puede decir de la atención que se les daba a los ancianos quienes en sus últimos años recibían un sinnúmero de honores, formaban parte

del consejo de su barrio y, si habían servido al ejército, entre los náhuatl eran alimentados y alojados en calidad de retirados, por el Estado.⁸⁵

Desde luego lo anterior evidencia el enorme valor moral y social que implicaba la familia en su aspecto más concreto, los hijos. Mucho después, en tiempos de la Colonia la legislación española, influenciada en gran parte por la religión católica y sus ideas de caridad y piedad, mantuvo la obligación alimentaria del padre, no de la madre, como consecuencia de la patria potestad ejercida sobre sus hijos; posteriormente, en la época independiente, la doctrina decimonónica más destacada del derecho alimentario es la obra del jurista guatemalteco José María Álvarez con *Las Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias* en 1826 en donde también se fundamenta la obligación de dar alimentos a los hijos como efecto de dicha potestad.

En 1831 y 1833 otro jurista, Juan Sala publica *Ilustración del Derecho Real de España* en donde se divide la carga alimentaria entre la madre (hasta los tres años) y el padre (quien deberá proporcionarles oficio o profesión y específicamente se hace referencia a **los alimentos como un juicio** previendo los casos de divorcio, de separación, de los que tienen el carácter de deudores alimentarios*, de cuando el cónyuge obligado es pobre y el otro rico, de las fuentes de esta obligación, de las apelaciones a la sentencia.

“Los alimentos por lo general se daban a razón de cuatro meses por tercios anticipados pero podían darse por años, por meses o diariamente, siempre por anticipado, los que derivaban de testamento debían bastar para comer, vestir y calzar, y si enfermarse, lo necesario para recobrar la salud, sin embargo, si el testador había señalado una cantidad específica, ésta era la que debía cubrirse.

⁸⁵ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. *La obligación alimentaria. Deber jurídico y moral*. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 82.

* Se incluía a los ricos frente a los pobres teniendo como fuente la equidad y la piedad.

En todo caso, debe atenderse también a las facultades del que los debe dar y a las circunstancias del que los ha de recibir.⁸⁶

En las últimas décadas del siglo XIX, se publicaron dos obras jurídicas en las que se aprecia el desarrollo de la doctrina mexicana con motivo del surgimiento y aplicación de los primeros dos Códigos Civiles que rigieron el Distrito Federal: Mateos Alarcón con *Lecciones de Derecho Civil, Estudios sobre el Código Civil para el Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884* en donde desde luego, se encuentra un capítulo específico sobre alimentos, y Agustín Verdugo con *Principios de derecho civil mexicano* profundiza sobre la obligación alimentaria e incluye opiniones de juristas franceses y españoles sobre el tema. En general, ambos autores, abundan sobre el aspecto moral y natural del deber que existe entre ascendientes y descendientes de darse alimentos, pues lo legal, afirman, es una tarea meramente técnica para evidenciar lo que la naturaleza ha establecido.

En los estados de la República, previo a la aparición de los Códigos Civiles antes mencionados, los legisladores realizaron lo propio con el mismo fin de reunir en un sólo marco legal lo concerniente a las normas legales de carácter civil y dejar de recurrir a un sin número de instrumentos jurídicos dispersos. Oaxaca tuvo su primer Código civil en 1828, Zacatecas en 1829, Veracruz en 1868 y el estado de México en 1870, entre otros. El capítulo referente a los alimentos fue legislado, con los mismos lineamientos descritos por la doctrina decimonónica y con los de los Códigos que regirían en el Distrito Federal y del Territorio de la Baja California aunque con algunas diferencias significativas como en el caso de Oaxaca que incluyó en la categoría de deudores alimentarios a los parientes por afinidad mientras Zacatecas eliminó de esta categoría a los hermanos y a los parientes colaterales, es decir, la obligación alimentaria únicamente existía entre ascendientes y descendientes.

⁸⁶ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Op. Cit. p. 87

Finalmente a partir del gobierno de Bénito Juárez surgieron las leyes y Códigos que de manera cada vez más precisa normarían la vida civil de los ciudadanos mexicanos, incluyendo los alimentos:

1. Como ya se explicó en el capítulo referente a la unión marital, la ley del matrimonio civil, expedida por Juárez como parte de las leyes de Reforma, señala el deber del varón de dar a la mujer alimentos y describe los trámites judiciales que sobre alimentos podían realizarse.

2. En 1861 Justo Sierra, por encargo de Juárez, elabora un proyecto de Código Civil en el cual existe, en el capítulo referente al matrimonio, un apartado sobre alimentos con los principios capitales que tanto juristas del interior de la República como internacionales habían venido señalando, tales como la reciprocidad, la proporcionalidad, los casos en que cesa o se reduce la obligación, en qué consiste ésta, etc.

3. Bajo el Imperio de Maximiliano también rigió un Código Civil el cual incluye como deudor alimentario a los hermanos, elimina del concepto de alimentos la dote y el establecimiento, y a diferencia de otros ordenamientos civiles, se determina que *si fueren varios los que deben dar alimentos, el juez repartirá, proporcionalmente a sus haberes, la obligación entre ellos; pero si alguno o algunos fueren ricos y los de más pobres, la obligación quedará solo en su totalidad en el que o los que fueren ricos.*

4. En 1870 se crea el primer Código Civil para el Distrito Federal en el cual la obligación alimentaria es legislada sin consideraciones religiosas o morales y tan sólo como producto de un contrato, testamento o por la existencia de parentesco consanguíneo. La obligación nace como consecuencia de:

a) Matrimonio, entre los cónyuges. El varón está obligado a dar alimentos a la mujer.

b) Divorcio, si la mujer tiene bienes propios debe dar alimentos al cónyuge en caso de que éste no los tenga o esté imposibilitado para trabajar.

c) Por el parentesco consanguíneo, precisando que la obligación alimentaria entre los hermanos existe sólo mientras los menores cumplen dieciocho años.

d) Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad y respecto de los menores los gastos de educación o para proporcionarles un oficio, arte o profesión.

e) Se cumple con la pensión incorporando al acreedor a la familia del deudor alimentario o bien asignándole una pensión.

f) Los alimentos se rigen bajo el principio de reciprocidad y proporcionalidad.

g) Se agregan, a diferencia de los Códigos anteriores, las formas de aseguramiento para el cumplimiento de dicha obligación consistente en hipoteca, fianza o depósito en efectivo que desde luego trascienden en la historia jurídica de los alimentos al incidir sobre el aspecto más importante de estos, su cumplimiento.

h) Asimismo, señala un juicio ordinario para tramitar alimentos en el caso de existir controversia sobre el derecho a percibirlos, sumario si la controversia versaba sobre la cantidad de los alimentos y en vía de jurisdicción voluntaria para tramitar alimentos provisionales en tanto se seguía un juicio ordinario.

i) Si son varios los que deben cumplir con la obligación de dar alimentos, el Juez la repartirá en proporción a sus haberes.

j) El Ministerio Público, el tutor, el ascendiente, los hermanos y el mismo acreedor alimentario tienen el derecho para pedir el aseguramiento de los alimentos.

k) La obligación alimentaria es imprescriptible.

l) Se prevén los casos de sucesión intestamentaria, los legados de alimentos y viuda en cinta.

Como producto de un contrato, los alimentos constituyen "el acto jurídico bilateral del que se deriva la obligación de una de las partes de prestar todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como,

la educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad y aún después cuando haya terminado su formación por causa que no le sea imputable."⁸⁷

5. El Código Civil de 1884 introdujo el principio de la libertad para testar lo cual modificó el concepto de testamento inoficioso que antes significaba disminuir la herencia legítima y con la libertad del *decuyus* para heredar sus bienes; el término inoficioso significó no dejar alimentos con quienes el titular de los bienes estaba obligado como menores de 25 años o que estuvieran impedidos para trabajar aunque fueran mayores de edad, las hijas que se hubieran casado y vivieran en forma honesta, el cónyuge varón que estuviera impedido para trabajar o la viuda que viviera honestamente y desde luego los ascendientes.

6. La Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, aportó tres aspectos al apartado de alimentos del Código de 1884: en caso de ausencia o de negativa del varón al cumplimiento de la obligación alimentaria, la esposa puede vender los bienes propiedad de éste, para sufragar los gastos del hogar; la cónyuge que sin culpa suya se vea obligada a vivir separada del marido tiene derecho a una pensión alimenticia; y quizá la aportación más importante hasta este momento histórico radica en la pena de prisión hasta por dos años al cónyuge varón que hubiese abandonado a la mujer e hijos injustificadamente en situaciones de aflicción.

7. Finalmente el Código Civil de 1928, que actualmente nos rige, reformado más de 300 veces, modificó sustancialmente la forma de normar hasta entonces las relaciones civiles entre los ciudadanos mexicanos. "En virtud de ello se incorporan normas que permiten calificarlo como social en el sentido de su preocupación por la comunidad, por encima del interés individual. Se puede leer la exposición de motivos, por ejemplo: La atención a la niñez desvalida se convierte

⁸⁷ PADIAL ALBÁS, Adoración. La obligación de alimentos entre parientes. Editorial José María Bosch, Barcelona, 1997, p.53.

en servicio público y donde faltan los padres deberá impartirla el Estado por conducto de la Beneficia Pública cuyos fondos se procura aumentar por diversos medios.”⁸⁸

Los artículos creados a partir de las reformas del año 2000 por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal consolidan el derecho alimentario al precisar aspectos que anteriormente habían quedado al margen de la ley. Estos son:

Art. 350. Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen la obligación de ministrar los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Art. 306. Los hermanos y parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior tienen la obligación de proporcionar alimentos a los menores o discapacitados, este último supuesto incluye a los parientes adultos mayores, hasta el cuarto grado.

Art. 308. Los alimentos comprenden:

I.

II.

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, intengrándolos a la familia.

Art. 311 ...los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

Art. 311 *Bis*. Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 105.

Art. 311. *Ter.* Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el Juez de lo Familiar resolverá con base en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años.

Art. 311. *Quáter.* Los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores.

Art. 315. *Bis* Toda persona que tenga conocimiento sobre la necesidad de otro de recibir alimentos y pueda aportar los datos de quienes estén obligados a proporcionarlos, podrá acudir ante el Ministerio Público o Juez de lo Familiar indistintamente, a denunciar dicha situación.

Art. 323 *Bis.* Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, está obligada a suministrar los datos exactos que le solicite el Juez de lo Familiar; de no hacerlo, será sancionada en los términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y responderá solidariamente con los obligados directos, de los daños y perjuicios causados al acreedor alimentario por sus omisiones o informes falsos.

Las personas que se resistan a acatar las órdenes judiciales, o auxilien al obligado a ocultar o disimular sus bienes, o a eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, son responsables en los términos del párrafo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales.

La Asamblea Legislativa ha tratado de lograr el cumplimiento de la obligación alimentaria por la vía civil introduciendo normas cada vez más coercitivas, que inhiban la práctica de los habitantes del Distrito Federal de evadir el deber de dar alimentos a quien resulte su acreedor alimentario; tal es el caso de responsabilizar también a los patrones que declaren un sueldo menor del que realmente percibe el trabajador, negar que labora para la empresa; lo mismo se puede decir de la prioridad concedida al crédito alimentario sobre otro tipo de créditos que pudiera tener el deudor incluyendo los fiscales.

Por otra parte, introducir en la definición de alimentos, los gastos de parto, lo necesario para la rehabilitación de discapacitados y para la atención geriátrica

de los adultos mayores, en teoría mejor sin duda el nivel de vida de los acreedores alimenticios más vulnerables como son las mujeres en gestación, en proceso de divorcio, divorciadas o separadas, los ancianos y desde luego las personas que sufren problema tan severos de salud que no son autosuficientes y que por lo general no reciben voluntariamente de su deudor alimenticios recursos económicos suficientes.

Por último es necesario destacar que hoy día, nuestro Código Civil mantiene un artículo, el 320, en el que se señala que la obligación de dar alimentos termina, entre otras causas, "cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla"; sin embargo, cualquier persona física y mentalmente sana, en nuestro particular punto de vista, no puede justificarse en carecer de medios económicos para no cumplir con esta obligación pues, a menos que alguien solvente sus propias necesidades de subsistencia, que se llamaría vagancia, tendría que trabajar para sí mismo.

2.3. Acreedores alimentarios en el Derecho Positivo Mexicano.

2.3.1. Menores de 18 años.

El artículo 303 refiere:

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

En este sentido, el hecho mismo de procrear genera la obligación alimentaria, pues aún antes del nacimiento el nuevo ser es sujeto de derechos y obligaciones. Igualmente, el parentesco consanguíneo automáticamente genera deberes y derechos que alcanzan hasta la línea colateral dentro del cuarto grado, lo que en teoría significa que ninguna persona puede quedar en estado de abandono, debido a la variedad de sujetos obligados solidariamente para con ella, en materia de alimentos; teniendo entonces, toda persona, la certeza del desarrollo pleno de aspectos básicos de la vida.

Respecto a los padres adoptivos, la ley indica en el artículo 410-A que:

El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos y obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.

Así, el hijo adoptado tiene derecho a los alimentos una vez que la adopción está legalmente realizada bajo todos los supuestos que el Código Civil menciona: si es mayor de edad y sigue estudiando o si por alguna circunstancia es o se vuelve discapacitado.

En el caso de los descendientes menores de edad, los alimentos comprenden no sólo los recursos para comida, vestido y habitación, sino desde luego para su educación formal a fin de dotarlos de un oficio o profesión que lo haga personas independientes en todos los sentidos, pero el principal, en el aspecto económico. En caso de divorcio, la pensión alimenticia fijada al cónyuge varón, generalmente está basada no sólo en el principio de proporcionalidad, es decir, de acuerdo a los ingresos que el deudor alimenticio posee, entendible lógica y jurídicamente pero estrechamente relacionado con el nivel de vida que venía proporcionando a su acreedor alimenticio. El sentido de estos dos principios fundamentales, en las acciones de alimentos es seguir proporcionando al acreedor alimenticio lo necesario para su desarrollo físico e intelectual que en un tiempo le permitirá ser autosuficiente.

2.3.2. Mayores de 18 años.

2.3.2.1. Estudiantes.

Esta categoría es particularmente interesante en virtud de los problemas socioculturales que genera la desintegración familiar cuando los cónyuges se

divorcian o separan habiendo de por medio hijos mayores de edad que siguen estudiando. Los juicios a *priori* sobre la capacidad que el hijo mayor de edad posee para trabajar y solventar sus propios gastos, incluyendo los de su educación académica, llevan al padre de familia a rehusar contribuir con una pensión para el hijo mayor de edad que estudia todavía; en este sentido, el hecho de apreciarlo como una persona saludable y con posibilidades de trabajar, origina que el padre se niegue a proporcionarle voluntariamente una pensión alimenticia y por tanto el hijo se vea en la necesidad de trabajar y estudiar simultáneamente, disminuyendo el tiempo dedicado al estudio.

La parte moral en el deudor alimenticio tal pareciera que funciona de un modo mientras subsiste el matrimonio y de otro en su rompimiento, lo que desde luego la ley no distingue y por lo mismo establece la obligación del padre en primera instancia, pero también de todos aquellos parientes consanguíneos que el Código Civil señala, de otorgar recursos económicos para solventar la educación formal del hijo mayor de edad que estudia. Esto es, si el padre o madre, no existieran o no tuvieran posibilidad para proporcionar alimentos entonces lo están los ascendientes, los hermanos de padre o madre o los parientes colaterales según el caso; sin embargo, pasa desapercibido para los ciudadanos del D.F. que el derecho de solicitar judicialmente una pensión alimenticia a cualquiera de los parientes antes señalados existe por el sólo hecho del parentesco consanguíneo, baste recordar lo que ordena el artículo 138-*Quintus* del Código Civil que nos rige:

LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES GENERADORAS DE DEBERES, DERECHOS Y OBLIGACIONES surgen entre las personas vinculadas POR LAZOS DE MATRIMONIO, PARENTESCO O CONCUBINATO.

No obstante lo anterior, el legislador capitalino pudiera contradecir lo anterior con la creación del artículo 306 que señala:

Los hermanos y parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, tienen obligación de proporcionar alimentos a los menores o discapacitados...

Los alimentos, tal como prescribe el artículo 308 del mismo ordenamiento, comprenden también los gastos de educación para proporcionarles

oficio, arte o profesión a **los menores de edad**, es decir, implícitamente deja fuera a los mayores de edad, sin embargo una de las causas por las que termina la obligación de ministrar alimentos según el artículo 320, es la falta de aplicación al estudio del alimentista **mayor de edad, dejando claro la necesidad de alimentos de éste**. En este sentido, cabe preguntar entonces, ¿si una persona mayor de edad que se encuentra estudiando todavía y desde luego lo acredita fehacientemente tiene derecho a solicitar alimentos a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado cuando sus padres, ascendientes o hermanos estén imposibilitados para hacerlo? Nuestro criterio es afirmativo con fundamento en lo dispuesto en los artículos 138-*Quáter* que indica:

Las relaciones jurídicas familiares constituyen el CONJUNTO DE DEBERES, DERECHO Y OBLIGACIONES DE LAS PERSONAS INTEGRANTES DE LA FAMILIA.

Y el tan mencionado artículo 138-*Quintus*, donde el parentesco es también generador de esos deberes, derechos y obligaciones; los alimentos, en toda la extensión de la palabra, fungen por tanto, como el deber principal a cumplir por los miembros de la familia, sin olvidar que la educación formal constituye el camino más seguro para lograr la autosuficiencia de los acreedores alimentarios.

2.3.3. Ascendientes.

Desde el surgimiento del deber de proporcionar alimentos, el parentesco consanguíneo constituyó su fuente principal. Todos los Códigos y Leyes que han regido en el territorio mexicano han incluido el deber de los hijos de ministrar alimentos a sus padres en caso de que éstos no puedan hacerlo por sí mismos. Su fundamento es en primera instancia de orden moral; la gratitud, amor e interés por el bienestar de los que nos dieron la vida, criaron y educaron debieran ser el resorte instintivo e invariable para socorrer voluntariamente a nuestros ascendientes. Legalmente, el lazo de sangre encierra en sí mismo una obligación de ayuda al necesitado que en ningún sentido esta sujeta a condición alguna, máxime cuando se trata de nuestros propios padres.

Por otra parte el hijo adoptivo, al igual que el hijo biológico, también es considerado deudor alimenticio del padre adoptivo si éste necesitare alimentos, pues el lazo jurídico creado por adopción genera las mismas obligaciones que la procreación implica. Baste recordar que así lo prescribe el artículo 394 de nuestro Código Civil:

El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos.

En tanto el artículo 396 señala que el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten, los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo, en los que se incluyen los alimentos. En este sentido, tomando como base el lazo jurídico creado por consanguinidad o por adopción es que el artículo 303 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece que:

Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. a falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

Lo cual significa que no sólo los hijos son responsables de ministrar alimentos a sus padres sino que en determinadas circunstancias y, aunque en la práctica cotidiana los mexicanos no asuman espontáneamente la obligación alimentaria, los nietos, biznietos, tataranietos, hermanos, sobrinos, primos, los hijos de éstos y todos los parientes colaterales dentro del cuarto grado. Obligación que desde luego, a sabiendas de que moralmente existe y jurídicamente es exigible, deja de cumplirse en un sinnúmero de casos.

“En el tema de alimentos se recuerda que Giorgio del Vecchio afirmó que ya por el nacimiento del individuo se establece una relación que constituye un vínculo de justicia entre los progenitores y el venido a la vida. Los primeros no pueden eximirse de la obligación de asistir al nuevo ser hasta que e haya formado de modo pleno. Este, a su vez, tiene un débito con aquellos que le dieron vida y asistencia. No se trata de una mera relación moral, sino, conjuntamente, además

de un vínculo jurídico, porque a la obligación alimentaria de una parte corresponde una válida pretensión o exigencia de la otra.⁸⁹

2.3.4. Discapacitados.

Tratándose de menores discapacitados, tal como se indicó en líneas anteriores, la definición de alimentos ya incluye los gastos necesarios para lograr la habilitación o rehabilitación de ellos, por lo que en estos casos la pensión fijada por el Juez debe establecer una cantidad suficiente para solventar este tipo de gastos, más los usuales de alimentación, vestido y educación.

2.3.5. Interdictos

La incapacidad legal y natural de una persona deriva, según lo establecido por el Código Civil, en su artículo 450, fracción II, en los mayores de edad, de causas de enfermedad reversible o irreversible, o que por estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla. Este tipo de incapacidad genera un estado de interdicción en el cual la persona debe ser representada por un tutor, el cual entre otras obligaciones, tiene la de alimentar a su pupilo. (Art. 537, fracción I, del C.C.D.F.)

Un interdicto puede ser un ascendiente, un descendiente, el o la cónyuge o concubina, un pariente colateral hasta el cuarto grado o bien cualquier otra persona que se encuentra en tutela, de tal modo que la obligación alimentaria como consecuencia de la interdicción y por medio de la figura jurídica de la tutela, debe cumplirse (Art. 537).

2.3.6. Cónyuge.

La obligación de proveer alimentos entre cónyuges deriva directamente del contrato matrimonial:

⁸⁹ Ibidem. p. 67

a) Mientras dura la relación de matrimonio de conformidad con lo establecido por el artículo 302 del Código sustantivo y en donde los alimentos son parte del deber de socorro y ayuda mutua que implica el matrimonio.

b) Mientras dura el procedimiento de divorcio que se vuelve una obligación derivada de la ruptura del contrato matrimonial. Si es voluntario mediante convenio, si es necesario por acuerdo del Juez como pensión provisional y a cargo del cónyuge que dio lugar al divorcio.

c) Una vez decretado el divorcio, con la condición de que el o la cónyuge no tengan ingresos propios y en tanto no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, por un tiempo igual al que duró el matrimonio; también como consecuencia de poner fin al contrato señalado.

d) En casos de separación como una medida de protección entre aquellos que estuvieron unidos con las formalidades de ley, según dispone el artículo 322 del Código de la materia condenando al cónyuge culpable de abandono o separación a seguir contribuyendo con los gastos del hogar en la forma en que lo venía haciendo e inclusive a pagar las deudas que la esposa hubiese contraído para cubrir dichos gastos.

e) En casos de nulidad de matrimonio, en caso de que haya hijos o bien la cónyuge se encuentre embarazada, dándole nuevamente valor jurídico a la buena fe que existió en ambos cónyuge o en uno sólo de ellos para celebrar el matrimonio conforme a la ley.

f) En caso de ausencia del casado sin haber dejado representante legal y el cónyuge que no esté ausente y permanezca en el domicilio conyugal carezca de noticias sobre el lugar en que se encuentre el cónyuge ausente o no sepa si vive o si muere tiene derecho para intentar la acción sobre declaración de ausencia del casado o bien la declaración de presunción de muerte del cónyuge ausente para tener derecho, si no fuere heredera ni tuviere bienes propios, a los alimentos.

g) Por viudez, en caso de la que la cónyuge quede en cinta debido a que nada tiene que ver con el juicio propiamente testamentario o intestamentario como lo prevé el artículo 1643 de Código Civil del D.F y dé cumplimiento con requisitos tales como dar aviso de su embarazo al juez familiar en un término de cuarenta

días para notificar de ello a los que crean tener derechos hereditarios, dictar las medidas precautorias para evitar una suposición de parto, sustitución del infante o se haga pasar por viable la criatura que no lo fuere así como darle aviso oportunamente del momento del alumbramiento para tener certeza de éste.

Solo cabe destacar que las obligaciones alimentarias son recíprocas entre cónyuges como consecuencia de la equiparación de la capacidad jurídica entre el hombre y la mujer a partir de las reformas de 1983 al Código Civil, por lo que no necesariamente es el varón quien debe cumplir con dicha obligación en los supuestos antes mencionados.

2.3.7. Concubinos.

Si bien es cierto hasta el año 2000 el concubinato fue reconocido en el Distrito Federal como generador de relaciones jurídicas familiares (deberes, derechos y obligaciones), durante siglos el matrimonio eclesiástico y después civil fue la base legal para fundar la familia. Ignorar al concubinato tenía su razón de ser en la indiferencia hacia la ley civil por parte de los concubinos en el momento de unirse, por lo que la ley también ignoró esta forma particular de formar la familia.

Múltiples diferencias había entonces en estar unidos por matrimonio civil que en concubinato, pero a partir de las reformas implementadas por los legisladores capitalinos en mayo del 2000, el concubinato queda casi equiparado a las nupcias celebradas ante el Oficial del Registro Civil. El principal derecho reconocido a los concubinos cuando termina su unión, es el derecho a los alimentos, a semejanza de los cónyuges, con la condición de haberse unido en concubinato con los mismos requerimientos legales exigidos a los consortes, siempre que hayan vivido en común, en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años (y no de 5 como antes se decía) o sin exigir este tiempo cuando haya procreado hijos en común; también deben cumplir con el requisito de no contar con ingresos propios, ni unirse en concubinato o nupcias

para poder seguir recibiendo alimentos por un tiempo igual al que duró su unión, con la salvedad de que esta acción solo la pueden ejercitar durante el año siguiente a la cesación del concubinato. Sin lugar a duda, dichas reformas protegen a la familia fundada a través del concubinato, la cual es cada día más frecuente en nuestra sociedad.

No obstante la insistencia de proteger las bases sobre las que se forma la familia y las circunstancias en que se desintegra, en las reformas antes aludidas al concubinato, se considera causa para dar por terminada la obligación alimentaria a cargo del concubinario en cuestión, la ingratitud por parte del concubinario que recibe alimentos. En el matrimonio, las únicas causas para extinguir ese derecho son contraer nuevas nupcias o unión en concubinato; por está razón consideramos que es contrario a derecho el considerar que la ingratitud por parte del acreedor alimentario es causa para no seguir recibiendo una pensión, pues lo que se legisla es un derecho adquirido que de ninguna manera debe estar condicionados a situaciones sentimentales. Lo anterior, si tomamos que el legislador local ha equiparado cada vez más el concubinato, al matrimonio.

Finalmente existen dos supuestos jurídicos más que dan derecho a los alimentos según la ley sustantiva y son: los legados en los que el autor del mismo estipuló en testamento proporcionárselos a alguna persona determinada; y la obligación alimentaria por parte del donatario de dar alimentos a su donante cuando éste caiga en un estado de pobreza que le impida ser autosuficiente. En ambos casos, sin embargo, la preferencia para tener este derecho será para los familiares consanguíneos, entre adoptado y adoptante, y desde luego, entre cónyuges y concubinos con fundamento en los artículos 1348 y 2348 respectivamente.

“Destacar que las relaciones entre esposo, hijos, concubinos y en general dentro de la familia, debe tener como característica el interés público, ya que la sociedad y el propio Estado, están interesados en que hay profilaxis familiar, que

se cumpla con los deberes y obligaciones adquiridos por el sólo hecho de formar parte de una familia.⁹⁰

2.4. Cumplimiento por la vía civil.

2.4.1. Procedimiento Civil.

El procedimiento judicial que en primer lugar, quizá por costumbre, se sigue ante el incumplimiento de la obligación alimentaria para compeler al deudor a proporcionar alimentos a quien por ley esta obligado, es por la vía civil.

“Diecisiete son los artículos que constituyen el Título Décimo Sexto, Capítulo Único “DE LAS CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR”, y respecto de los conflictos familiares de que antes se hace mención, en los que en su tramitación, deberán observarse las siguientes reglas:

- a) No se requirieren formalidades para acudir al Juez de lo Familiar;
- b) Las reclamaciones pueden hacerse por escrito o por comparecencia;
- c) En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho;
- d) El juez de lo familiar tiene facultades para lograr, entre las partes en pugna, de que lleguen a un avenimiento mediante convenio...”⁹¹

Las controversias familiares además, se rigen por el principio de orden público por considerar a la familia la base para la integración de la sociedad; es decir, toda vez que los conflictos surgidos en la familia tienden a afectar de un modo o de otro a la sociedad en su conjunto, estos deben ser de estricta observancia por parte del Estado. Así las etapas del procedimiento presentan aspectos tendientes a la agilización del mismo tomando en cuenta la urgencia con que deben resolverse las acciones de esta índole.

I. La demanda.

⁹⁰ Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial UNAM, México, 1996, pp. 160-161.

⁹¹ *Ibidem*. p. 106

Mediante comparecencia personal del actor o bien por demanda escrita se exponen los hechos de forma concreta y ofreciendo las pruebas que los acrediten. En este sentido, los hechos no sólo deben referirse a cuándo y por qué dejó el deudor alimentario de cumplir con su obligación sino a los datos sobre el nivel de vida que, hasta antes de dicho incumplimiento, el acreedor alimenticio llevaba, precisando los gastos cotidianos de luz, agua, gas, teléfono, comida, vestido, calzado, colegiaturas, útiles, gastos médicos, renta o predial según sea; si existen créditos contraídos con anterioridad o posterioridad al incumplimiento de la obligación, porque recordemos que en este caso el responsable de pagar dichos créditos será el propio deudor alimentario; es decir, todos los gastos que normalmente cubría este último a fin de proporcionarle al Juez Familiar los elementos necesarios para fijar primero una pensión provisional y finalmente una definitiva.

Igualmente, en la demanda o comparecencia personal debe mencionarse datos relevantes del deudor alimentario como son:

- a) Sus ingresos, estados de cuentas bancarias o bienes muebles o inmuebles que sean de su propiedad, sin embargo esto no es tan importante porque en caso de no saberlo con precisión o no poder acreditarlo, el juzgador está facultado para fijar una pensión alimenticia con base en la capacidad económica de aquel (Art. 311-*Ter*);
- b) Su profesión u oficio y el domicilio en el que labora para efectos de poder en su caso, notificar a quien corresponda, el **descuento por concepto de pensión alimenticia en forma provisional mientras dura el procedimiento.**

No obstante lo antes mencionado, lo relevante de la acción de alimentos radica en la imposibilidad de realizar un descuento a los ingresos de dicho deudor cuando éste **no trabaja para una empresa en particular sino que lo efectúa por cuenta propia.** En este caso, el principio de “urgencia” que se les atribuye jurídicamente a los alimentos, se rompe porque **a pesar de decretarse una pensión provisional queda a voluntad del deudor alimentario cumplirla o no,**

toda vez que el Código de Procedimientos Civiles, vigente para el Distrito Federal, no contempla medida coercitiva alguna para cumplir con la pensión provisional en estos casos.

Los medios de apremio contemplados por nuestro Código Civil en su artículo 73 referentes, a multa, auxilio de la fuerza pública, cateo o arresto hasta por 36 horas, tendientes a hacer cumplir las determinaciones del Juez Familiar, como en este caso sería la pensión provisional, son en general poco eficaces en tratándose de los casos mencionados en el párrafo anterior.

La multa debe seguir un procedimiento administrativo que si bien es cierto puede ejecutarse, representa otro paralelo que tal vez desgaste más de lo que puede lograrse; en tanto el auxilio de la fuerza pública o el arresto implican una labor de seguimiento del deudor alimentario, pues se trata de personas que laboran por cuenta propia y pueden fácilmente evadir este tipo de medidas.

II. Ofrecimiento de pruebas.

Es importante señalar que en las acciones de alimentos operan tres principios básicos a saber:

a) La relación de consanguinidad, parentesco civil, concubinato o matrimonio entre el acreedor y el deudor alimentario para establecer el nexo jurídico que da origen al derecho-deber de alimentos.

b) Los menores, las personas discapacitadas, las sujetas a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar gozan de la presunción de necesitar alimentos.

c) La carga de la prueba la tiene el demandado.

En este sentido, basta con ofrecer como pruebas actas de nacimiento, adopción y matrimonio en el caso de descendientes, descendientes y cónyuge para establecer el derecho a percibir alimentos; en el de concubinos operaran las testimoniales y demás pruebas que permitan acreditar dicha relación.

En general las testimoniales y documentales serán las pruebas idóneas para acreditar el incumplimiento de la obligación alimentaria pero será la parte demandada quien deberá probar que ha cumplido con la misma o los motivos que la eximen de su cumplimiento pero se aceptan todo tipo de pruebas pues las controversias del orden familiares también se rigen por lo estipulado en el Capítulo II, denominado De la Prueba, Reglas generales, con la única salvedad que en materia familiar no existe tacha de testigos.

III. La Audiencia.

El artículo 947 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que el Juez Familiar deberá fijar la audiencia de ley treinta días después de haberse ordenado el traslado de la demanda; esto, en virtud de que una vez emplazada la parte demandada, ésta tiene un término de nueve días para contestar la misma y alegar lo que a su derecho convenga, de tal modo que la audiencia señalada se celebrará acudan o no las partes. Sin duda el fin de estas medidas es resolver con prontitud una acción de la que depende la calidad de vida de los acreedores alimentarios y en algunos casos hasta su supervivencia.

Por lo que respecta al desahogo de las confesionales cabe destacar que aunque sea realiza sin la presencia del abogado defensor del absolvente a fin de impedir la inducción de respuestas, en la práctica este hecho genera una sensación de desprotección para el absolvente toda vez que no obstante que las preguntas son previamente calificadas de legales, en la práctica éstas son redactas con cierto nivel cultural de tal suerte que en muchas ocasiones el absolvente, máxime si se trata de mujeres sin estudios, no logra comprender el verdadero sentido de la pregunta, por lo que cabe preguntar hasta dónde el fin justifica la forma en que se desahoga la prueba confesional.

Las testimoniales por el contrario permiten un mejor esclarecimiento de los hechos que se tratan de probar toda vez que se desahogan en presencia de los abogados de ambas partes, permitiéndoles a ellos preguntar y repreguntar sobre

las declaraciones de quienes vierten su testimonio; lo mismo ocurre con las periciales y por lo que toca a las documentales éstas se desahogan por su propia naturaleza a menos que sean objetadas de falsas.

Otro aspecto trascendental de la audiencia es su continuación dentro de los ocho días siguientes en caso de suspenderse, lo cual en la práctica no ocurre así, pues suspendida ésta y siempre argumentando exceso de trabajo, los secretarios de acuerdo fijan una nueva fecha hasta mes y medio o dos meses después. Así la sentencia de primera instancia en un juicio de alimentos llega en múltiples casos a pronunciarse hasta dos años después de iniciado el mismo, rompiendo con el principio básico de este tipo de controversias judiciales que es la "urgencia" con que deben resolverse.

III. La Sentencia.

En los casos, en que la demandada labore para una empresa, pese a lo lento que pudiera haber sido el procedimiento judicial, no implica mayores problemas que notificar de nueva cuenta a quien corresponda el contenido de la sentencia dictada por el Juez Familiar para efectos de realizar el descuento porcentual definitivo al salario del trabajador. El problema real de contar con una sentencia de primera instancia en que se decrete una pensión definitiva reside en los casos en que el deudor alimentario trabaja por cuenta propia, en los cuales generalmente, no se obtiene el cumplimiento voluntario de una pensión provisional ni definitiva, lo que indica que el procedimiento civil continuará.

IV. Recursos e incidentes.

En las controversias familiares se aplican las reglas generales del procedimiento civil para la interposición de los recursos, excepto para la pensión provisional la cual no acepta ningún tipo de objeción; esto significa que si bien es cierto en los casos en que se pueda cumplir con la medida provisional la interposición de incidentes o apelación de autos no afecta económicamente al acreedor alimentario, **si existe esa afectación cuando dicha pensión**

provisional no ha podido obtenerse porque entonces, habrá que esperar hasta la sentencia definitiva para poder ejecutar medidas de apremio.

Así, los juicios de alimentos que por su naturaleza exigen prontitud en su tramitación deben sujetarse, según el Código Civil vigente para el Distrito Federal, a la interposición del recurso de apelación contra auto o interlocutoria, a un término de seis días; si es en contra de sentencia definitiva, se interpondrá dentro de los nueve días siguientes a aquel en que surten efecto las notificaciones de tales resoluciones. La apelación contra sentencia definitiva será sólo en el efecto devolutivo, es decir, sin suspender la ejecución de la sentencia (Art. 700, I C.P.C.) en tanto la apelación contra autos o interlocutoria puede aceptarse en ambos efectos (Art. 700, II y III), suspendiendo el procedimiento pero sin exigir fianza (Art. 951 C.C.P.)

En los procedimientos de segunda instancia, según el caso, cabe el ofrecimiento de pruebas, razón por la cual se retarda la confirmación o modificación de la sentencia de primera instancia. Tratándose de incidentes cuyo objetivo es resolver aspectos adjetivos relacionados de manera directa con el fondo del juicio que se ventila, el ordenamiento procesal ya citado, establece un procedimiento y término específico, por lo que obviamente cabe la posibilidad de incrementarse el tiempo de resolución final de las controversias familiares sobre alimentos.

Los incidentes sobre excepciones dilatorias, ejecución de sentencia, reducción o aumento de pensión o terminación de la obligación alimentaria se tramitan con un escrito por cada una de las partes y el juez tiene tres días para resolver pero si se ofrece alguna prueba deberá hacerse en ese mismo escrito, citándose a una audiencia para su desahogo en un término máximo de 10 días donde se dictará la sentencia interlocutoria correspondiente. Sólo cabe aclarar que los términos señalados son en la práctica mucho más amplios que lo que la ley marca en virtud de la enorme carga de trabajo procesal de los juzgados.

Por último, no debemos dejar de mencionar el juicio de amparo como etapa final de un procedimiento civil en materia de alimentos, a la que las partes pueden recurrir para impugnar aspectos procesales. Desde luego iniciar un juicio de amparo por el deudor o el acreedor alimenticio cuando se cumple con una pensión provisional no implica mayor problema que la espera de una sentencia que sea definitiva. El problema radica, volvemos a señalar, **en los casos donde no ha sido posible hacer cumplir al deudor alimentario con una pensión provisional**, pues el tiempo de esperar para obtener una sentencia firme implica la continuación del incumplimiento de la obligación alimentaria; baste recordar nuevamente, que nuestro Código de Procedimientos Civiles en el Distrito Federal no contempla ningún medio coercitivo para compeler al deudor alimentario que trabaja por cuenta propia para proporcionar a quien corresponda, el porcentaje que el Juez haya fija respecto de sus ingresos, pues la vía de apremio que analizaremos en el apartado siguiente señala claramente que ésta procede **siempre que se trate de la ejecución de sentencia o convenio celebrado en juicio** (Art. 500 del C.CP.D.F.).

2.4.2. Sanciones civiles por incumplimiento.

2.4.2.1. Medidas de apremio.

La ejecución de una sentencia definitiva en materia de alimentos en donde la parte demandada labora en una empresa implica sólo notificar de la misma a quien corresponda para que efectúe el descuento al salario del trabajador demandado, ordenado por el Juez.

Si en este supuesto su salario no alcanzare para pagar el porcentaje decretado en la sentencia, situación prácticamente imposible, o el deudor alimentario abandonase su trabajo con el fin de evadir el cumplimiento de la pensión, la ejecución se realiza precisamente por la vía de apremio contemplada por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el embargo de bienes del deudor alimentario para garantizar el cumplimiento de su obligación, cuyas fases para el caso de los inmuebles son:

a) Auto de embargo.

Mediante el auto de ejecución dictado por el juez Familiar dentro del procedimiento para tratar de lograr la ejecución coactiva de la sentencia de condena.

b) Diligencia de embargo.

___ Con el auto antes citado el actuario requerirá de pago al deudor y no haciéndolo este último en el acto, se procederá a embargar bienes suficientes para cubrir la prestación fijada en la sentencia de alimentos. Si el deudor no estuviere presente en dicho momento no es requisito requerirle de pago previamente.

___ Señalamiento de bienes.

___ Embargo formalmente ejecutado por el actuario.

___ Nombramiento de depositario.

c) Remate de bienes inmuebles

___ Avalúo.

___ Subasta en primera, segunda o tercera almoneda.

d) Entrega del precio, otorgamiento de escritura y pago al ejecutante.

Por lo que respecta al procedimiento de embargo para bienes muebles es diferente, pues el artículo 598 del ordenamiento procesal indica:

Cuando los bienes cuyo remate se haya decretado fueran muebles se observará lo siguiente:

I. Se efectuará su venta siempre de contado, por medio de corredor o casa de comercio que expendan objetos o mercancías similares, haciéndole saber la busca de compradores, el precio fijado por peritos o por convenio de las partes;

II. Si pasados diez días de puestos a la venta no se hubiere logrado ésta, el Tribunal ordenará una rebaja del diez por ciento del valor fijado primitivamente, y conforme a ella comunicará al corredor o casa de comercio el nuevo precio de venta, y así sucesivamente cada diez días hasta obtener la realización;

III. Efectuada la venta, el corredor o casa de comercio de comercio entregará los bienes al comprador, otorgándosele la factura correspondiente que firmará al ejecutado o el Tribunal en su rebeldía;

IV. Después de ordenada la venta puede el ejecutante pedir la adjudicación de los bienes por el precio que tuvieron señalado al tiempo de su petición, eligiendo los que basten para cubrir su crédito, según lo sentenciado,

V. Los gastos de corretaje o comisión serán de cuenta del deudor y se deducirán preferentemente del precio que se obtenga;

VI. En todo lo demás se estará a las disposiciones de este capítulo.

Sin embargo y pese a las relativas facilidades para ejecutar una sentencia mediante la vía de apremio, debemos tener presente que para ello son imprescindible dos cosas, una **que el deudor alimentario cuente con bienes muebles o inmuebles susceptibles de embargarse** y dos, que el acreedor alimentario o quien lo represente cuente con recursos económicos para pagar un abogado o en su caso cubrir los gastos inherentes al procedimiento tales como la inscripción en el Registro Público de la Propiedad del embargo decretado con el fin de asegurar el mismo y el pago de los avalúos correspondiente;. de lo contrario, contar con una sentencia firme en primera o segunda instancia o en amparo no servirá de nada si el deudor alimentario carece de bienes.

2.4.2.2. Pérdida de la patria potestad.

La patria potestad es el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de los descendientes menores de edad hasta que llegan éstos a la mayoría de edad o se emancipan.

Del ejercicio de este poder conferido por la ley civil surgen derechos y obligaciones de los padres hacia los hijos tales como:

___ La facultad de corregir a los descendientes sujetos a la patria potestad.

___ Derecho de administrar sus bienes y percibir la mitad del usufructo de éstos sino fueron adquiridos por el trabajo.*

___ La obligación de educarlos adecuadamente.

___ La obligación de vivir al lado de ellos.

* Los bienes producto del trabajo del menor, pertenecen a éste en propiedad, administración y usufructo; los bienes que adquiera por cualquier otro título, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donador ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un determinado fin, se estará a lo dispuesto por ellos.

___ La obligación por parte de los sujetos a la patria potestad de respetar y obedecer a quien la ejerce y

___ La obligación, derivada del concepto por el cual se ejerza la patria potestad, de proporcionar alimentos a la persona sujeta a este poder.

Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 414 determina claramente que la patria potestad se ejerce sobre los hijos por ambos padres, sin condicionarla a la existencia de un matrimonio civil, por lo cual vivan o no juntos, los padres de un menor tienen la facultad de ejercer los derechos mencionados en el párrafo anterior. Asimismo, el artículo en comento determina que a falta de padres o por cualquier otra circunstancia, serán los ascendientes en segundo grado en el orden que estipule el juez, quienes la ejercerán.

El artículo 416 alude a los casos de separación de los padres o de quienes ejerzan la patria potestad, en los cuales ambas partes deben seguir cumpliendo con sus obligaciones y ejerciendo sus derechos, **pudiendo de común acuerdo decidir la forma en que se ejercerá aquella, específicamente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores.** No obstante cabe recordar que en los casos de divorcio, el desacuerdo de los cónyuges sobre este aspecto lo resuelve el artículo 282, fracción V, en su último párrafo al señalar que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, **los menores de 12 años deben quedar al cuidado de la madre.** En este sentido, en los casos de separación de los padres, la guarda y custodia de los menores de 12 años quedará a cargo de la madre, excepto que por mutuo acuerdo de aquellos, se decida otra cosa.

En lo concerniente a los demás aspectos del ejercicio de la patria potestad en caso de separación, como son los derechos de educación, corrección, vigilancia, convivencia y **la obligación de seguir colaborando con los gastos de alimentación del menor,** el Código Civil es imperativo pues quien los autoriza es el Juez, pero no son materia de convenio de los padres. Tan es así que una de las causas por las que los padres **pierden** el ejercicio de la patria potestad sobre

sus hijos es precisamente por **el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria (Art, 443, IV).**

Sin embargo, pese a la gravedad que implica la pérdida de la patria potestad es evidente que en el momento en que el padre biológico básicamente, incumple con la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos, el ser sancionado civilmente con dicha pérdida no le afecta, puesto que voluntariamente se ha desatendido de ellos; esto es, la pérdida de la patria potestad es desde nuestro punto de vista, una medida de protección para el menor, en el sentido de no tener que convivir o estar sujeto a decisiones de quien a incumplido con una obligación vital, pero no una sanción en estricto sentido para el padre o madre o para quienes la ejerzan, puesto que no proporcionar alimentos es una manifestación de falta de interés sobre el menor en cuestión.

Desde luego, perder este derecho no significa liberarse de la obligación alimentaria sino únicamente no poder tener la guarda y custodia del o de los hijos así como perder los derechos de convivencia, vigilancia, educación y corrección de los mismos, lo que por supuesto salvaguarda la integridad física y emocional del o de los menores dado que el solo hecho de no colaborar con los gastos alimentarios alude a una plena forma de irresponsabilidad paterna. Lo cierto es que la pérdida de la patria potestad no conlleva por sí misma al cumplimiento de la obligación alimentaria del padre sancionado de este modo por la ley civil.

Tenemos que decir que pese a la evolución del hombre y la sociedad en su conjunto, la familia sigue siendo como antaño la base más importante para el desarrollo del individuo, la familia.

CAPÍTULO TRES

LA VÍA PENAL EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Previo al análisis del bien jurídico tutelado por la ley penal, que en este caso nos ocupa, expondremos de manera breve el desarrollo histórico que ha tenido en nuestro país con el fin de poder apreciar sobre todo, los cambios sufridos en el tiempo así como la punibilidad con que era sancionado.

Este delito se incluyó desde un principio en el primer Código Penal Mexicano (1871), en el Título Segundo "Delitos contra las personas cometidos por particulares", sancionando en el Capítulo XII el delito de "Exposición y abandono de niños y de enfermos" castigando con arresto mayor y multa de veinte a cien pesos, al que abandonara a un niño menor de siete años en un lugar no solitario y en que la vida del niño no corra peligro; agravan la penalidad el ser ascendiente legítimo o natural del niño o una persona a quien éste se le hubiera confiado. Si como consecuencia de dicho abandono el menor sufría lesión o muerte la sanción que se imponía iba desde arresto, privación de la libertad hasta por dos años, privación de algunos derechos civiles o políticos hasta por dos años, pena pecuniaria, dependiendo de la existencia de culpa o dolo. En caso de que el abandono fuera en un lugar solitario o en que corriera peligro la pena se incrementaba. Cabe mencionar que esta primera ley también regulaba el abandono de enfermos y el abandono de un menor de siete años en una casa de expósitos sin anuencia de quien se lo hubiera confiado, sancionándolo con una pena de prisión de un año a seis meses de arresto y multa veinte a trescientos pesos. Sin embargo, en esta primera ley penal el incumplimiento de obligaciones alimentarias no se consideraba delito.

EL Código Penal de 1929 trasladó el delito de abandono de niños y enfermos al Título Decimoséptimo denominado "Delitos contra la vida" en su Libro Tercero; aumentó la edad del niño abandonado a diez años de edad; incluyó como sujeto pasivo del delito a hijos, pupilos y discípulos menores de dieciocho años

que fueren entregados por padres, encargados o tutores a personas malas sabiendo que lo son, sancionándolo de acuerdo con el tipo corrupción de menores o bien que dichas personas dedicaran a sus hijos a la vagancia o mendicidad, castigando con arresto de seis meses en adelante y con internación de los menores en un establecimiento.

Fue en el Libro Tercero, donde por primera vez, se sancionó penalmente el abandono de cónyuge e hijos en sus deberes alimenticios en el Título Decimocuarto “Delitos cometidos contra la familia”, en su Capítulo I como “Abandono de hogar”, señalaba: “Al cónyuge que abandone ilegalmente al otro o a sus hijos dejando a aquél, a éstos o a ambos en circunstancias afflictivas” con arresto por más de diez meses a dos años de segregación y pérdida de los derechos de familia. También se obligaba al deudor alimentario a pagar los alimentos vencidos así como los del futuro, en caso de que su cónyuge quisiera otorgarle el perdón y para poder obtener la libertad caucional.

El Código punitivo de 1931 modificó la conducta prohibida denominándola “Abandono de personas” previendo el abandono de enfermos, atropellados, hijos y cónyuge y no solo abandono de niños, omitiendo la expresión: “Al que abandone o exponga”, lo mismo que la edad y el lugar. También agrega el tema de “Abandono de familia” en los artículos siguientes:

Artículo 336. Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia.

Artículo 337. El delito de abandono de hogar, sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el Juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de este artículo.

La privación de los derechos de familia quedaba sin efecto en caso de existir el perdón del ofendido y además sí como consecuencia indubitable de que del abandono se originaba lesión o muerte, al reo se le aplicaban las reglas de la

acumulación, situación que en la actualidad sigue vigente en el ordenamiento sustantivo local.

Finalmente, antes de las reformas del 16 de julio del 2002 al Código Penal del D.F., el delito que nos ocupa se mantenía en el Título Decimonoveno dedicado a los delitos contra la vida y la integridad corporal, en el Capítulo VII denominado "Abandono de personas" en el que se incluía, en su segundo párrafo, lo que hasta esa fecha conocimos como abandono de personas en materia de alimentos en el artículo 336 que a la letra decía:

Al que sin motivo justificado abandone a sus hijas, hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando posteriormente cuente con el apoyo de familiares o terceros, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión o de ochenta a trescientos sesenta días multa; privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Se equipara al abandono de personas y se aplicará la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia para sus hijos, hijas, su cónyuge o concubina. Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aun cuando los hijos sean dejados al cuidado de un familiar sin limitación de grado, o de una casa de asistencia.

La misma pena se impondrá a aquel que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada.

El tipo penal de colocarse en estado de insolvencia era calificado como doloso; se perseguía a petición de parte agraviada el abandono de cónyuge y el de hijos en forma oficiosa; y si resultaba lesión o muerte como consecuencia del abandono, se presumían premeditadas para efecto de aplicar las sanciones correspondientes.

3.1. Requisitos de procedibilidad.

3.1.1 Querrella.

El término deriva del latín *querella* y equivale a una acusación penal, siendo ésta, otra forma (como lo es también la denuncia) en que el Ministerio Público se

entera de la existencia de la posible comisión de una conducta sancionada penalmente y dar inicio así a la averiguación de los hechos, como una excepción a la regla, pues la forma de persecución de los delitos es de manera oficiosa.

En cuanto al origen de la querrela el doctrinario Julio Antonio Hernández Pliego señala que esta proviene "... de estirpe y limpidez netamente romana... significa queja, lamento como se indica en el Nuevo Diccionario Latino-Español Etimológico de Raymundo de Miguel. Esto se corrobora con la expresión *querelam instituere*, que se encuentra en ese compendio de todo el Derecho romano con los dictámenes y explicaciones de los antiguos jurisconsultos, dividido y ordenado, (*digestum*), por libros, títulos, leyes, ordenado por Justiniano. Acto seguido, proporciona la definición de la querrela en los siguientes términos: Es un derecho, es una facultad de tipo meramente subjetivo que pertenece a la persona ofendida por el delito, y que al salir de su esfera interna, se convierte en una manifestación del acto volitivo en uso de su libertad."⁹²

El maestro Osorio y Nieto la define como "... una manifestación de voluntad, del ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal."⁹³

Sin embargo, es menester recordar la gran polémica que esta institución jurídica, conocida también como delitos privados, ha generado entre los doctrinarios del Derecho Penal tales como Beccaria quien en su *Tratado de los Delitos y las Penas*, destaca que el derecho de sancionar es propio de todos los ciudadanos en virtud de ello, el derecho de uno solo de ellos no puede anular el de los demás; Carlos Binding, se manifiesta contrario a la existencia de la querrela

⁹² HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. El proceso penal mexicano. Editorial Porrúa, México, 2002, p.184.

⁹³ OSORIO Y NIETO, César Augusto. La averiguación previa. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 9.

argumentando que sí el Estado deja en manos de particulares la posibilidad de castigar la comisión de una conducta delictiva en razón de presentarse o no, la queja correspondiente, por los motivos que sean, entonces la justicia sufre un menoscabo grave al incumplir con el objetivo del Derecho Penal.

Entre los positivistas como Enrique Ferrí es también abierta la inconformidad con la existencia de la querrela puesto que, afirman, si es evidente la peligrosidad de quien comete conductas sancionadas penalmente, entonces dejar al arbitrio de un particular su persecución resulta incongruente, de tal suerte que este doctrinario propone la desaparición del Código Sustantivo de conductas que afecten sólo intereses particulares.

"Los autores citados, consideran el problema desde un punto de vista netamente doctrinal, olvidan las consecuencias que la persecución en contra de las personas, como presuntos responsables de algunos hechos produce en quienes han resentido la ofensa. Piénsese, en la publicidad de la conducta lícita penal de un sujeto, que puede dañar aún más, al ofendido, por ello es que, dada la naturaleza de algunas infracciones penales, lo correcto es dejar que los particulares otorguen su anuencia para que el agente del Ministerio Público investigue los hechos y, en su caso, se persiga al infractor."⁹⁴

De lo anterior se colige, la valoración personal que el ofendido o víctima del delito **puede hacer antes de** provocar la investigación penal de la conducta desplegada en su contra, teniendo la oportunidad de decidir los pros y los contras de la presentación de la querrela, dadas desde luego, sus circunstancias personales; esto es, que aunque sean conductas penadas, su comisión únicamente lesiona intereses del sujeto pasivo, por lo que corresponde a éste decidir si tal conducta le afectado tanto como para solicitar la aplicación de la justicia penal.

⁹⁴ Ibidem. p. 323.

El fundamento legal de la querrela reside en una doble exigencia: de una parte, la poca gravedad de algunos delitos en que la ley remite a la voluntad de la víctima u ofendido la oportunidad para echar andar la maquinaria judicial; y por otra, tratándose de delitos de notable gravedad, la ley remite al sujeto pasivo la elección de la vía judicial que podría acarrear mayor daño que la satisfacción de logra una pena por parte del Estado, aunque siendo de contenido diferente, ambos casos desembocan en la subordinación del interés público al particular. En este sentido, dicha institución jurídica se sustenta, básicamente, en la afectación de bienes jurídicos tutelados que dañan la esfera íntima de la persona o de la familia que, en países como el nuestro, constituye la base sobre la que se estructura la sociedad. La jurisprudencia por su parte, sostiene que la querrela es la manifestación de la voluntad del ofendido por un delito o de su representante, poniendo en conocimiento de la autoridad los hechos cometidos en su perjuicio, para que ésta proceda de acuerdo a sus atribuciones.

En cuanto al lugar adecuado que debe ocupar la querrela en materia penal, existen dos tendencias: una la coloca en la parte general del Derecho Penal considerándola como una exigencia objetiva de punibilidad; y la otra, como institución netamente procesal. En el primer supuesto, la querrela es la única condición objetiva de punibilidad y por ende parte de la Teoría Causalista de la Acción al ser uno de los siete elementos que la conforman; esto es, ocurrida en el mundo fáctico una acción típica, antijurídica, imputable y culpable habrá nacido el delito, pero será hasta el momento de presentar la querrela ante el órgano persecutor con las formalidades de ley, cuando surgirá la posibilidad de sancionar el hecho delictivo cometido.

La punibilidad no debe confundirse con la penalidad, la primera es la amenaza de imponer una pena, en tanto la segunda consiste propiamente en la aplicación de una sanción una vez acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad concluido el proceso penal. En consecuencia, la no presentación de la querrela genera la inaplicación de una posible pena, pero también la

inexistencia de la amenaza de sancionar penalmente porque el delito puede haberse cometido pero si no se presenta la querrela no existirá siquiera, dicha amenaza, a diferencia de los delitos perseguidos de oficio en donde, como se verá más adelante, la autoridad ministerial tiene la obligación de iniciar una averiguación previa de facto.

Por otra parte, "La doctrina contemporánea más connotada, sitúa a la querrela dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, considerándola como una "condición de procedibilidad (Florian, Battaglini, Riccio, Ranieri, Vanini, Maggiore, Antolisei, y algunos más).

En México, Ignacio Villalobos, González Bustamante, Franco Sodí, Piña Palacios y Rivera Silva así lo afirman."⁹⁵

Procesalmente hablando, la querrela puede definirse como "... el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho, y satisfechos que fueren los requisitos provistos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente."⁹⁶

Cabe mencionar que aunque nuestra Constitución mencione sólo a la querrela y a la denuncia como condiciones para librar una orden de aprehensión, existe otro tipo de requisitos de procedibilidad, tales como la pesquisa, la flagrancia, el descubrimiento, la delación, la autoacusación, la excitativa (petición formal de un Estado extranjero al nuestro, por medio de su representante, para que se proceda penalmente contra alguien que proferido injurias contra dicho Estado extranjero) y la autorización o declaración de procedencia (remoción de inmunidad), de los cuales estos dos últimos son figuras jurídicas similares a la

⁹⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décimo séptima Edición. Editorial Porrúa, México, 1998, p. 323.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 321.

querella, toda vez que constituyen una queja sobre una persona para poder enjuiciarla.

Los requisitos de procedibilidad son entonces, las condiciones legales que deben cumplirse para dar inicio a una averiguación previa y en su caso ejercitarse la acción penal contra quien resulte responsable de la comisión de un delito. En este sentido, nuestra ley máxima, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé en su artículo 16 el cumplimiento *sine quoa non* de dichos presupuestos procesales:

“Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

a) Formulación legal.

___ De conformidad con lo estipulado en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales, vigente para el Distrito Federal, las personas facultadas para presentar una querella son la víctima u ofendido (aunque sea menor de edad, siempre que lo manifieste verbalmente), su representante y el apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración, ni poder especial para el caso concreto. Aunque tratándose de querellas presentadas por personas físicas basta un poder semejante, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a las que se refiere el artículo 45 del Código Sustantivo.

* Referente a la Reparación del daño: La víctima y el ofendido y a falta de ellos, sus dependientes económicos, herederos o derechohabientes, en la proporción que señale el derecho sucesorio y demás disposiciones aplicables.

___ Por otra parte, la querrela debe contener una relación verbal o por escrito de los hechos que se estimen delictivos por quien los narra y ser ratificada por quien la presenta ante la autoridad competente.

b) Extinción del derecho de querrela.

Es importante mencionar, a condición de analizar el tema con mayor profundidad en apartados subsecuentes, que la existencia de la querrela depende básicamente de tres aspectos procesales a saber: la muerte del responsable, el perdón del ofendido y la caducidad, mal llamada prescripción, del término para interponerla o continuarla.

De acuerdo con el Código Penal vigente para el Distrito Federal son perseguibles por querrela, los siguientes delitos:

a) Lesiones simples que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días, así como las lesiones culposas, cualquiera que sea su naturaleza, salvo que sean con motivo de tránsito de vehículos en los casos de las fracciones I y II del artículo 135;

b) Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, cuando entre el activo y el pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja;

c) Peligro de contagio;

d) Privación de la libertad con fines sexuales;

e) Secuestro, cuando sea cometido por ascendientes, descendientes, cónyuge, parientes consanguíneos hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el cuarto grado.

f) Violación si entre el activo y el pasivo existe vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja;

g) Abuso sexual, excepto si concurre la violencia;

h) Hostigamiento sexual;

i) Estupro;

j) Violencia familiar, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz;
k) Discriminación;
l) Amenazas;
m) Allanamiento de morada, despacho, oficina o establecimiento mercantil;
n) Violación de la intimidad personal;
ñ) Difamación y Calumnia;
o) Robo, Abuso de Confianza, Fraude, Administración Fraudulenta, Insolvencia Fraudulenta en perjuicio de Acreedores, Extorsión, Despojo, Daño a la Propiedad y Encubrimiento por Receptación cuando sean cometidos por ascendientes, descendientes, cónyuge, parientes consanguíneos hasta el segundo grado, concubina, concubinario, pareja permanente, adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el cuarto grado.

Igualmente se requiere querrela para perseguir a terceros que participaron en la comisión del delito con los sujetos mencionados en el párrafo anterior. Asimismo se necesita de querrela previa en los casos mencionados en el artículo 246 inciso a, b, c; y

p) Fraude procesal, salvo que la cuantía o monto exceda de cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, al momento de realizarse el hecho;

q) Violación de Correspondencia; y

r) Los Delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar en el caso de que el ofendido o víctima sea él o la cónyuge, la concubina o el concubinario.

El artículo 193 del Código punitivo define este último delito como:

“Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa*;

* Antes de la reforma al Código Penal del D.F., publicada el 16 de julio del 2002, la pena de prisión era mayor a la que contempla este artículo pues se señalaba de un mes hasta cinco años de prisión y de 180 a 360 días multa.

privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.

Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos.

Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado de un pariente, o de una casa de asistencia.

La misma pena se impondrá a aquel que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada.

Por su parte, los artículos 194 y 195 del mismo Código* señala otro supuesto jurídico para esta clase de delito que incrementa la sanción privativa de libertad:

Artículo 194. Al que se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión.

En tanto, el diverso 198 del mismo ordenamiento jurídico, establece una agravante en la comisión de esta conducta delictiva, pues se establece un incremento de la pena de prisión para cualquiera de los supuestos antes señalados de **una mitad cuando el incumplimiento de la obligación alimentaria ocurra en desacato de una resolución judicial.**

a) Personas facultadas jurídicamente para presentar una querrela.

De conformidad con lo establecido por el artículo 196 de nuestro Código penal, el delito de abandono de cónyuge, concubina o concubinario **se persigue a petición de parte agraviada, es decir por querrela.** Solo en este caso, la conducta ilícita por incumplimiento de proporcionar alimentos se perseguirá por querrela básicamente, porque de acuerdo con el espíritu legislativo de la querrela, la manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito, de pedir el castigo del

* Estos dos artículos se conservaron íntegros en la reforma del 16 de julio de 2002 al Código Penal del D.F.

delincuente, se vincula intrínsecamente al derecho del mismo sujeto pasivo de otorgar el perdón.

3.1.1.2. Denuncia.

Por lo que respecta a la DENUNCIA, ésta puede definirse como "la relación de hechos que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora por cualquier persona física con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos."⁹⁷

Desde el punto de vista gramatical, la denuncia significa dar aviso a la autoridad, en forma escrita o verbalmente, lo que se sabe acerca de la comisión de hechos que se consideran delictivos. Aunque como medio informativo, la denuncia es la manera en que el Ministerio Público se entera del acontecimiento de esos hechos ya sea por parte del propio ofendido o por la persona que sabe de su comisión, es decir, puede ser presentada por cualquier persona. Como requisito de procedibilidad, la denuncia es la vía para que el Juez dicte una orden de aprehensión pero no para que el Agente del Ministerio Público inicie la averiguación previa correspondiente, pues basta que se entere de la comisión de un delito para que proceda oficiosamente, en términos del artículo 274 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, que a la letra dice:

Cuando la policía judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito que se persiga se oficio, sólo cuando por las circunstancias del caso, la denuncia no pueda ser formulada directamente ante el Ministerio Público, levantará una acta, de la cual informará inmediatamente al Ministerio Público, en la que consignará:

I. El parte de la policía judicial, o, en su caso, la denuncia que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por uno u otra;

II. Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o han la denuncia, así como las que se recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran al cuerpo del delito o a la probable responsabilidad de sus autores; cómplices o encubridores; y

III. Las medidas que dictaren para completar la investigación.

⁹⁷ CHICHINO LIMA, Marco Antonio. Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 195.

"En otro giro de la delación encontramos a la *denuncia*, la que además de coincidir con otras condiciones de procedibilidad, en dar a conocer o informar, acerca de un hecho supuestamente es delictuoso o de quién es su autor, difiere de las anteriores en cuanto que *el denunciante no resulta anónimo ni secreto ya que resulta público su nombre*.

Otra característica de la denuncia, a la que se han referido los procesalistas, ha sido que en atención al contenido de la información dada *notitia criminis*, ésta se refiere a un delito de los llamados "perseguidos de oficio" u oficiosamente. Además, se caracteriza a la denuncia en que a ella no *le interesa la denuncia o permiso del ofendido* para iniciar el procedimiento, como en el caso de la querrela.⁹⁸

En un sentido amplio, la palabra denuncia es "el acto en virtud de cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto (*rectius*, fin) de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos por tales hechos. En sentido específico, en el proceso penal se la define como el acto por medio del cual pone en conocimiento del órgano de la acusación...la comisión de hechos que pueden constituir un delito de oficio."⁹⁹

Los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar se persiguen de oficio por regla general, tal es así que el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 196 señala:

"El delito de abandono de cónyuge, concubina o concubinario, se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de cualquier otra persona, respecto de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos, **se persigue de oficio**, y cuando proceda el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a la víctima del delito ante el Juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo".

⁹⁸ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Segunda Edición, Harla, México, 1990, p. 236

⁹⁹ Idem.

Como podemos observar, cuando el acreedor alimentario es el hijo, los padres e incluso algún pariente colateral, el delito se persigue de oficio, lo cual es trascendental porque en estricto sentido, **no cabe el perdón del ofendido** como en la querella que presenta el o la cónyuge o la concubina o el concubinario; no obstante, como veremos más adelante, el Código represivo de la materia contempla de antaño la posibilidad de extinguir la acción penal en determinadas circunstancias, ignorando así el espíritu punitivo intrínseco a la denuncia.

Las denuncias y las querellas pueden presentarse por escrito o en forma verbal, concretándose a describir sólo los hechos considerados ilícitos pero sin calificarlos jurídicamente, con fundamento en el derecho de petición. Si la querella o la denuncia no cumplen con los requisitos citados ya, el funcionario que atienda el caso debe prevenir al querellante o denunciante para que modifique lo conducente, informándoles de la trascendencia jurídica del acto que realizan dejando constancia en el acta, así como de las penas en que incurrirán los que declaran falsamente ante las autoridades, y las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querella.

Si la querella o la denuncia se presentan por escrito o por comparecencia las principales diligencias de averiguación previa que se realizan son las siguientes:

- _ Inicio de la averiguación previa con una síntesis de los hechos y la declaración del querellante o denunciante;
- _ Solicitar auxilio del perito médico forense, para el efecto de que dictamine acerca de la edad y estado de salud de la víctima;
- _ Agregar a la averiguación previa el dictamen a que se refiere el punto anterior;
- _ En su caso, solicitar la intervención de la Policía Judicial, a criterio del Agente Investigador del Ministerio Público;
- _ Declaración del ofendido o su representante. En caso de que el ofendido sea el cónyuge, deberá acreditarse dicha personalidad;
- _ Prueba del parentesco por cualquiera de los medios que la ley prevé;

_ En especial, declaración de testigos que manifiesten acerca de la carencia de recursos de los acreedores alimentarios; y para acreditar, en el caso de la insolvencia intencional en que se colocó el indiciado, que éste renunció sin causa justificada a su fuente de trabajo o bien que dio lugar al despido;

_ Documentales que acrediten los gastos propios del acreedor y desde luego, las deudas que se hayan contraído para cubrirlos posterior al incumplimiento de la obligación por parte del indiciado, así como para demostrar la enajenación de bienes de su propiedad, en caso de haber ocurrido en ello;

_ Confesional del indiciado;

_ Inspección ministerial; y desde luego todas las diligencias que sean necesarias hasta acreditar la probable responsabilidad del indiciado y el cuerpo del delito para en su caso lograr el ejercicio de la acción penal mediante la consignación a juzgado penal.

3.2. Elementos típicos en los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar.

Con el iluminismo del siglo XVIII surgen en el ámbito penal los postulados de la Escuela Clásica que se pueden concretar en cuatro puntos básicos: el delito es un ente jurídico; el individuo es responsable con base en su libre albedrío; el método aplicable a esta disciplina es el deductivo; el delito acarrea la pena, como consecuencia de su actuar irresponsable.

En tanto, la Escuela Positivista del derecho penal sostiene que lo importante es el delincuente; el individuo está determinado en su conducta; al delincuente se le deben aplicar medidas de seguridad y no penas; el método aplicable es el inductivo; el individuo no es responsable de sus actos pero por su posible peligrosidad deben aplicársele medidas de seguridad. Finalmente Franz von Liszt amalgama los postulados antes descritos en la llamada Escuela Sociológica. De hecho para este doctrinario desde la conducta del sujeto hasta la punibilidad impuesta a él, se producen relaciones de índole causal, cada elemento del delito se explica con base en relaciones causales, y cada elemento es causa o fundamento de otro elemento en ese proceso.

En 1906 el jurista Ernest Beling agrega el elemento de tipicidad a los ya existentes como eran acto humano, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, para ser conformado por Guillermo Sauer en siete elementos positivos y siete negativos que en la actualidad conocemos bajo el título de teoría causalista de la acción⁷, de la siguiente forma:

- | | |
|---|--|
| 1. Conducta | 1. Ausencia de conducta |
| 2. Tipicidad | 2. Atipicidad |
| 3. Antijuridicidad | 3. Juridicidad (causas de justificación) |
| 4. Imputabilidad | 4. Inimputabilidad |
| 5. Culpabilidad | 5. Inculpabilidad |
| 6. Condiciones objetivas de punibilidad | 6. Falta de condiciones objetivas de punibilidad |
| 7. Punibilidad | 7. Excusas absolutorias |

“El concepto tipicidad parece desprenderse a su vez del concepto de cuerpo del delito, pero el mérito de Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la teoría del delito, como instrumento técnico que garantiza el principio de legalidad. De esta suerte la teoría del tipo y tipicidad consagran el principio fundamental del derecho penal moderno, el *nullum crimen, sine lege*. El artículo 14 de la Constitución Política Mexicana nos dice: En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”¹⁰⁰

En este sentido el tipo penal es la descripción objetiva (abstracta y general) de una conducta hipotética delictiva que hace el legislador; mientras la tipicidad es el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo, esto es, en la correspondencia

* La acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal (o de la ausencia de ese movimiento) que produce un resultado. Es pues, un proceso causal, donde la acción es la causa del resultado.

¹⁰⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. La individualización de la pena de prisión. Editorial Porrúa, México, 2003, p. 27.

de la conducta desplegada en el mundo fáctico con todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

“Como se ha dicho, con motivo de la reforma Constitucional del 93 se suscitaron diversas modificaciones secundarias que sirvieron solamente -o primordialmente- al objetivo de sustituir la expresión cuerpo del delito por elementos del tipo. Lo mismo ocurrió en 1999 cuando se retornó al cuerpo del delito, dejando atrás el de elementos del tipo.”¹⁰¹

En la pronunciación de una sentencia, sea condenatoria o absolutoria, el Juez analiza la norma penal en su conjunto para poder valorar las razones por las que se desplegó la conducta penada, lo que desde luego excede el marco de la tipicidad, dado que se valoran los siete elementos de la Teoría causalista de la acción ya mencionada. Sin embargo para poder valorar dicha conducta debemos en principio, conocer la exacta descripción que corresponde al tipo penal que se ha actualizado en el mundo fáctico, esto es, al sujeto activo, al sujeto pasivo, el objeto material, el objeto jurídico, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, así como los elementos objetivos, normativos o subjetivos del tipo penal, en su caso.

3.2.1. Elementos esenciales.

Dentro de esta categoría se encuentra el sujeto activo, el sujeto pasivo el objeto jurídico y el objeto material del delito y en sus circunstancias, que para efectos de este trabajo se analizarán de conformidad con lo que prescribe el tipo penal de los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar.

a) Sujeto Activo.

El sujeto activo es inherente al tipo penal toda vez que la descripción de la conducta ilícita es atribuida a una persona física con características específicas; es así que el legislador al crear la norma penal refiere expresiones como “Al que...”; “El que...”; “Quien...”. Sin embargo, aunque en ocasiones el tipo penal no

¹⁰¹ Ibidem, p. 303.

contenga ni siquiera estas expresiones, el sujeto activo aparece descrito de forma implícita, dependiendo, claro está, de la conducta que aquel realice, en virtud de que la calidad específica que requiere el sujeto activo deriva de la especial relación que mantiene con el sujeto pasivo.

En los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar el sujeto activo tiene diferentes calidades específicas dependiendo de la clase de relación que mantenga con el acreedor alimenticio o sujeto pasivo de estos delitos.

El artículo 193 refiere “**Al que abandone** a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros...”; el párrafo siguiente dice: “Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción **al que, aún viviendo en el mismo domicilio**, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos”; y el subsecuente prescribe: “La misma pena se impondrá a **aquel que teniendo la obligación de dar alimentos**, no los proporcione sin causa justificada”; en tanto el artículo 194 especifica: “**Al que se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir** el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión”.

Por lo tanto, el sujeto activo de los delitos en contra de la subsistencia de la seguridad familiar son él o la cónyuge, el concubinario o la concubina; los parientes consanguíneos en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; los parientes colaterales hasta el cuarto grado; el adoptante o el adoptado.

* Debemos recordar que civilmente los parientes colaterales hasta el cuarto grado solo están obligados a proporcionar alimentos a los menores de edad y discapacitados, es decir, para con un mayor de edad que se encuentre estudiando en alguna institución académica no tienen obligación alimentaria, según dispone el artículo 306 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Por otra parte cabe señalar que la Ley de Relaciones Familiares de 1917 solo contemplaba como sujeto activo del delito al cónyuge varón, puesto que el tipo penal hablaba del esposo que abandonase a su esposa y a sus hijos sin motivo justificado, dejando a aquella o ambos en circunstancias aflictivas; para la creación del Código Penal en 1929 la mujer casada civilmente ya era considerada sujeto activo del delito de abandono del hogar.

Por otra parte el artículo 195 señala otra calidad específica del sujeto activo que se refiere a patrones, gerentes, encargados o como se le denomine a quien tenga la obligación de pagar un sueldo al deudor alimentario: "La misma pena se impondrá a **aquellas personas que obligadas a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los artículos anteriores, incumplan** con la orden judicial de hacerlo".

b) Sujeto pasivo.

"Olga Islas considera al *sujeto pasivo* como uno de los subconjuntos, que entre otros más, conforman estructuralmente un tipo legal y lo define de la siguiente manera:

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Es, por ende, el elemento del tipo en que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad.

Antolisei, refiriéndose al sujeto pasivo del delito lo define como *El titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito*.

Consecuentemente, todo tipo legal y, por ende, todo delito tiene cuando menos un *sujeto pasivo*.¹⁰²

La doctrina como la jurisprudencia, distingue un sujeto pasivo del delito y un sujeto pasivo de la conducta, que por ejemplo existe en los delitos patrimoniales: uno es el titular del bien jurídico protegido, a saber el patrimonio, y otro el que sufre directamente la conducta prohibida. En el caso, de los delitos en contra de la subsistencia de la seguridad familiar el sujeto pasivo tanto del delito como de la conducta es el mismo, en virtud de que quien deja de recibir los alimentos y sufre la lesión del bien jurídico tutelado es una sola persona, excepto claro, en el caso de menores de edad e incapacitados, los cuales están bajo la custodia de un ascendiente o tutor.

El sujeto pasivo del delito puede ser una persona física o bien una persona moral porque son susceptibles de recaer en ellas el daño o peligro causado por la

¹⁰² SOSA ORTIZ, Alejandro. *El Cuerpo del Delito. La problemática en su acreditación*. Editorial Porrúa, México, 2003, p. 124.

conducta realizada por el delincuente. En este sentido, el sujeto pasivo en los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar se identifica con los conceptos de víctima u ofendido, aunque en sentido estricto, el ofendido es quien indirectamente resiente la conducta delictiva, como es el caso de los familiares de quien ha dejado de recibir alimentos, por ejemplo la madre, abuelo o tío del menor que esté bajo su custodia y ha dejado de recibir alimentos del padre de éste último.

La calidad específica del sujeto pasivo, como del activo, tiene como fuente principal la norma civil analizada en el capítulo anterior referente al parentesco que exista entre el probable responsable del delito y la víctima u ofendido o, en su caso, de la existencia de un matrimonio civil o una relación de concubinato que dé lugar al derecho de alimentos.

c) Objeto material.

En el derecho penal se distinguen dos tipos de objetos, el jurídico y el material, este último se puede definir como.

“...la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño o peligro causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa.

Cuando se trata de una persona, ésta se identifica con el sujeto pasivo, de modo que en una misma figura coinciden el sujeto pasivo y el objeto material; por tanto, la persona puede ser física o jurídica, por ejemplo, homicidio, lesiones y difamación. En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, agua, electricidad, etc. ...”¹⁰³

*Conjunto de características delimitadoras del sujeto pasivo, en función de la naturaleza del bien jurídico tutelado. Únicamente quien posea esas características podrá ser sujeto pasivo en el caso concreto

¹⁰³ AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda. Derecho Penal. Segunda Edición, Oxford University Press, México, 2000, p. 36.

El objeto material en los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar señalados en el artículo 193 del Código Penal para el D.F. que refiere:

"Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros..."; "Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos"; "La misma pena se impondrá a aquél que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada." es precisamente la persona abandonada por el sujeto activo del delito."

d) Objeto jurídico.

Obviamente, tal como se desprende del título en donde se contiene el tipo penal analizado en estas líneas, el objeto jurídico, el bien jurídico tutelado por el Estado, es la seguridad de la subsistencia familiar. Es menester resaltar el hecho mismo de la necesidad de garantizar por parte de la ley el cumplimiento de un deber en primera instancia de orden privado pero de incidencia evidentemente social cuyo incumplimiento puede generar desde una puesta en peligro de la integridad física del sujeto pasivo del delito y de la conducta misma, hasta un resultado típico de lesiones físicas, psicológicas e inclusive hasta la muerte.

e) Circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión.

___ "Las circunstancias semánticas del vocablo *modo* que nos interesan son: *Forma variable y determinada que puede o no recibir un ser, sin que por recibirla se cambie o se destruya su esencia. Forma o manera particular de hacer una cosa.*"¹⁰⁴

* En el primer Código Penal del D.F. este delito no se incluyó, sino hasta la creación de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 en donde el sujeto pasivo era la esposa y los hijos abandonados pero es hasta el Código punitivo de 1929 cuando ambos cónyuges fueron considerados sujetos pasivos del delito de abandono de persona en materia de alimentos; en enero de 2000 se incluyó también en esa categoría a la concubina y hasta mayo de ese mismo año el término sujeto pasivo se hizo más general al establecer que puede ser cualquier persona respecto de la cual se tenga la obligación de ministrarle alimentos.

¹⁰⁴ SOSA ORTIZ, Alejandro. Op. Cit. p. 122.

Los tipos penales contenidos en nuestro Código Sustantivo pueden incluir en su descripción el modo en que se realiza la conducta prohibida, verbigracia, la violación es considerada como la cópula con persona de cualquier sexo por medio de la violencia física o moral, es decir, la violencia es el modo de realizar la cópula que es sancionada penalmente; en los delitos patrimoniales, este tipo de violencia se considera como agravante de la conducta ilícita para el efecto de incrementar la pena de prisión impuesta.

En el caso en estudio, la circunstancia de modo se encuentra explícitamente en el tipo penal cuando refiere "Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, **sin recursos** para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros..."; abandonar al cónyuge o a un ascendiente o descendiente no constituye para el derecho penal una conducta sancionada si no va acompañada de la falta de recursos económicos para solventar sus necesidades diarias.

En el supuesto señalado en el diverso 194, la circunstancia de modo consistirá en la forma en que el probable responsable se colocó en estado de insolvencia con el fin de eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria, es decir, vendiendo u ocultando propiedades, abandonando su fuente de empleo, etc. Mientras que en el artículo 195 consistirá en la forma en que el indiciado incumplió para proporcionar informes sobre los ingresos de quien debía proporcionar alimentos, esto es, negando que el inculpa laboraba para la empresa requerida por el juez correspondiente, refiriendo ingresos menores a los que realmente percibía, etcétera.

__ En cuanto a las circunstancias de tiempo, muchos de los tipos penales del Código en estudio, las incluyen de modo específico como por ejemplo en los Delitos cometidos en el ámbito de la administración de justicia, artículo 299, fracción V, que refiere sanción penal al servidor público que no dicte auto de formal prisión o de libertad de un detenido, dentro de las setenta y dos horas

siguientes a que lo pongan a su disposición a no ser que el inculpado haya solicitado la ampliación del plazo.

___ Cuando el tipo penal con independencia, por supuesto, de la validez espacial de la ley que lo contiene, delimita el escenario local para su realización estamos en presencia de lo que la doctrina y la norma denominan circunstancias de lugar como integrantes de aquél; por ejemplo el tipo penal de Allanamiento de morada, despacho, oficina o establecimiento mercantil alude a dicha circunstancia o los delitos Ambientales que precisan el lugar donde de llevarse a la conducta prohibida se considerara delito. Igualmente existen otros tipos penales en los cuales se contiene dicha circunstancia de lugar al ser descritos por el legislador como una circunstancia agravante, como por ejemplo el robo cometido en ciertos lugares como en casa habitación, oficina bancaria, vehículo particular o de transporte público, en despoblado, en la vía pública, etc.

En los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar, las circunstancias de lugar están descritas de manera explícita en el numeral 193 del Código Punitivo, párrafo segundo, al señalar “... **al que, aún viviendo en el mismo domicilio**, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la **obligación de suministrar alimentos**”. En los demás tipos penales descritos en este título las circunstancias de lugar quedan comprendidas tácitamente dependiendo de la forma en que el probable responsable deba proporcionar los alimentos: depositando dinero en una cuenta bancaria, entregándolo directamente en el domicilio de quien debe recibirlos, incorporándolo a su familia en el algunos casos previamente estipulados por el Código Civil para el Distrito Federal, etcétera.

___ Para la maestra Olga Islas, las circunstancias de ocasión consisten en la situación especial requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado. En este sentido, los Delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar no requieren una circunstancia de ocasión especial en su realización, pues la

conducta prohibida es susceptible de desplegarse en cualquier situación, pero generando siempre un riesgo para el sujeto pasivo.

3.2.2. Elementos básicos.

Decíamos en el punto anterior que de la reforma a los artículos 16 y 19 de nuestra Constitución Política se retornó a la exigencia de la comprobación del Cuerpo del Delito para el libramiento de una orden de captura o el dictado de un auto de formal prisión, modificando consecuentemente la legislación penal local y federal.

“Cuerpo del Delito es la actualización en el mundo fáctico de la conducta descrita en la ley penal como prohibida, considerando: a) sólo los elementos materiales u objetivos (según lo concibió el constituyente permanente al reformar el mencionado artículo 19) o, en caso de que los contenga: b) también los normativos (legislación federal) o, c) los dos anteriores y además los subjetivos específicos (legislación distrital), es decir, todos.”¹⁰⁵

Esta figura jurídica es primordialmente de corte procesal, en virtud de ir acompañado de los términos acreditar o comprobar, mientras que el Tipo Penal es una noción que corresponde a la teoría del delito definido como la descripción abstracta y general que realiza el legislador, de esa conducta prohibida que engloba el Cuerpo del Delito, con todos sus elementos: objetivos o externos, normativos y subjetivos.

Es menester precisar que Cuerpo del Delito y tipicidad (figura de la teoría del delito) no son lo mismo, dado que existe tipicidad cuando en el mundo exterior ha tenido lugar la conducta delictiva contenida en el tipo penal, con todos y cada uno de sus elementos, afirmando en consecuencia que la conducta ilícita desplegada es típica; pero puede darse el caso que no todos los elementos del Cuerpo del Delito se actualicen, sino solo los objetivos y normativos si el tipo lo

¹⁰⁵ Ibidem. p. 38.

requiere o bien sólo los objetivos y los subjetivos y no los normativos si se requiere de la comprobación de todos los elementos, caso en que surgiría la atipicidad del delito.

Por tanto, en el presente apartado analizaremos los elementos objetivos, normativos y subjetivos como elementos básicos del tipo penal pero que de acuerdo a la reforma hecha a nuestra ley suprema en 1999, son parte estricta del Cuerpo del Delito. Recordemos que el agente del Ministerio Público está obligado a acreditar su existencia (así como la probable responsabilidad del inculpado) en el ejercicio de la acción penal.

___ Objetivos.

En primera instancia, es necesario reproducir que con fundamento en lo señalado por el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal señala:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acrediten el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.”

La doctrina ha considerado precisamente, partiendo de la Teoría de la tipicidad expuesta por Beling en 1906, que los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señala como delito son aquellos elementos materiales que permiten establecer la **esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto** en torno al cual giran los de más elementos.

“El tipo legal, pues, detalla con la mayor objetividad posible la conducta antijurídica que recoge. La descripción objetiva, al decir de Jiménez de Asúa, tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etc.; pero el tipo (sin abandonar su carácter descriptivo) presenta casi

siempre referencias y modalidades de la acción, que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al tiempo, al lugar, al objeto y al medio."¹⁰⁶

"Los elementos objetivos a los que se refiere el tipo objetivo son aquellos que pueden ser captados por los sentidos y descritos por la misma ley, los cuales consisten en cosas, lugares, verbos, situaciones, etc. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de estupro, en donde el tipo objetivo será "tener cópula (con persona mayor de doce años y menor de dieciocho), esto es, que la cópula es un acto material y para esos efectos también la minoría de edad se advierte en forma material, o como antes se dijo, tales hechos o circunstancias se pueden advertir por medio de los sentidos, porque son materiales."¹⁰⁷

Pavón Vasconcelos por su parte, afirma que los elementos objetivos son aquellos que además de poder ser captados por los sentidos, su función es describir la conducta o el hecho que pueda ser materia de imputación y de responsabilidad penal; en tanto López Betanurt coincide en sostener que dichos elementos se refieren a la descripción de la conducta antijurídica en su aspecto externo, esto es, al resultado producido en el mundo físico, a las modalidades, relaciones o referencias que atañen al sujeto pasivo, a un tercero, al objeto donde recae la conducta, a los medios o instrumentos utilizados, al lugar y al tiempo.

Finalmente "el Juez Federal Bastida Medina, sobre este punto opina: en mi criterio los elementos objetivos que constituyen la materialidad del hecho delictivo que la ley señala como delito, no son los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictivo, y menos aún la combinación de este aspecto con los elementos del tipo o el objeto con el cual se ejecutó, sino únicamente la conducta, el resultado y su nexos causal."¹⁰⁸

¹⁰⁶ GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Ángel. Teoría del Delito. Segunda Edición, UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, División de Universidad Abierta, México, p. 163.

¹⁰⁷ VERGARA TEJEDA, Moisés José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Angel Editor, México, 2002, p. 174.

¹⁰⁸ SOSA ORTIZ, Alejandro. Op. Cit. p. 53.

En los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, el elemento objetivo o externo que constituye la materialidad del hecho, en el caso del artículo 193 que refiere "Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros...", son **abandonar sin recursos** dado que la ausencia del sujeto activo como una de las formas de llevar a cabo el abandono del sujeto pasivo del delito es un hecho cognoscible por los sentidos al igual que la falta de recursos económicos en el supuesto en que la falta de ellos se traduzca en la disminución de la calidad de vida de quien debía recibirlos.

Por su parte, el párrafo segundo prescribe: "Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos", de tal suerte que el elemento objetivo o externo de este tipo penal es el **no proporcionar recursos viviendo en el mismo domicilio**, hecho susceptible de apreciarse por los sentidos; al igual que en el cuarto párrafo que dice Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado de un pariente o de una casa de asistencia.

En el diverso 195 del Código sustantivo de la materia que a la letra dice. "La misma pena se impondrá a aquellas personas que obligadas a informar acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los artículos anteriores, incumplan con la orden judicial de hacerlo", el elemento objetivo o externo radica en incumplir con dicha orden, abstención que también puede ser captada por los sentidos.

___ Normativos.

Para algunos autores como Claus Roxin y Max Ernest Mayer, los elementos normativos del cuerpo del delito son aquellos que requieren de una valoración que no pertenece al tipo penal básicamente sino a la antijuricidad toda vez que la

fundamentan. Otros agregan que además sirven para cualificar al sujeto pasivo, activo o al objeto material, o bien para precisar el contenido y alcance de la conducta delictiva o alguna circunstancia de ella.

Jiménez de Asúa niega también toda vinculación a estimativas jurídicas, empírico culturales que se relacionan con la situación de hecho. Sin embargo afirma que los verdaderos elementos normativos son los que se ligan a lo injusto, pero que el legislador los ha incluido en el tipo penal. En este sentido, el juez debe rebasar su papel meramente cognoscitivo para realizar valoraciones normativas, razón por lo que los llama tipos anormales.

Igualmente, el maestro Pavón Vasconcelos los define como la descripción contenida en los tipos penales que implican una valoración jurídica o cultural; por su parte, Celestino Porte Petit precisa que los elementos normativos con valoración jurídica son por ejemplo, cosa ajena, funcionario, documento público, bien mueble, derecho real; y los que conllevan una valoración cultural son verbigracia, acto sexual, ultraje a la moral o a la buenas costumbres por ser conceptos de corte extrajurídico, sociocultural.

No obstante, las discrepancias entre los juristas sobre si los elementos normativos son parte del tipo penal o de la antijuricidad, los mismos reconocen la existencia de:

a) Los que exigen una especial valoración jurídica que se relaciona con la antijuricidad: *indebidamente, contra derecho, fuera de casos permitidos por la ley, sin motivo justificado, ilícitamente, sin causa justificada.*

b) Los que exigen una especial valoración jurídica que **no se relaciona** con la antijuricidad: *la cosa ajena mueble (robo), documento público (falsificación), etc.*

c) Los que exigen una valoración cultural: *acto sexual (abuso sexual) Imágenes y objetos obscenos y exhibiciones obscenas (ultrajes a la moral pública), deshonra y descrito (difamación), perjuicios a la sociedad o al Estado, a la honra o reputación de un particular (falsificación de documentos).*

En este sentido, los delitos que nos ocupan en este trabajo, referentes a los realizados en contra de la Seguridad de la Subsistencia Familiar, contienen el elemento normativo, en el primer párrafo del artículo 193 que refiere "Al que abandone a cualquier persona **respecto de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos**, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros" y su último párrafo que a la letra dice "La misma pena se impondrá a aquel que **teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione, sin causa justificaba**" que sería por ejemplo el caso, de un hijo obligado a proporcionar alimentos a sus padres, viviendo éstos en un domicilio distinto de aquél.

__ Subjetivos.

La expresión elementos subjetivos específicos surge a raíz de la reforma del 10 de enero de 1994 cuando se sustituye el término cuerpo del delito por el de tipo penal. Se pueden definir como "el particular motivo, intensión, tendencia o propósito requerido, expresa o implícitamente, al agente durante la realización de la conducta típica"¹⁰⁹

Ejemplos de tipos penales que contienen un elemento subjetivo son: Retención y sustracción de menores o incapaces (si la sustracción tiene como propósito), Difamación (al que con ánimo de dañar), Robo (al que con ánimo de dominio), Fraude (al que por medio del engaño o aprovechándose del error), Encubrimiento por receptación (a quien con ánimo de lucro), Fraude procesal (al que para obtener un beneficio indebido para sí o para otro, simule un acto jurídico), etcétera.

Cabe señalar, que en opinión del maestro Pavón Vasconcelos el conocimiento del hecho comprende no solo los elementos objetivos sino también los subjetivos y normativos del tipo penal; por esta razón los elementos subjetivos del ahora cuerpo del delito se distinguen del dolo en que, en este último, el

¹⁰⁹ Ibidem. p. 160.

probable responsable conoce la ilicitud del hecho y quiere su realización, en tanto los elementos subjetivos son parte del conocimiento previo del injusto penal pero en la forma descrita por el legislador.

En los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, el único tipo penal que contiene un elemento subjetivo está señalado en el artículo 194 del Código Penal local, que especifica: “Al que se coloque en estado de insolvencia **con el objeto de eludir** el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión” al precisar que la insolvencia debe tener el propósito de no dar alimentos.

3.3. Procedimiento Penal y el Juez.

Comúnmente los términos proceso, procedimiento y juicio son confundidos en cuanto a su significado jurídico, por ello precisaremos el contenido de cada uno de ellos.,

El vocablo proceso deriva de *procedere*, que significa “caminar adelante”; en tanto procedimiento alude a la forma o método de avanzar de una etapa a otra durante el proceso; mientras el juicio se refiere a la etapa procedimental, en la cual, mediante un enlace conceptual, se termina el objeto del proceso. El Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal contiene los procedimientos de averiguación previa, instrucción y juicio. Entonces, podemos afirmar que el proceso es la serie de actos y hechos procesales, los cuales tienen una realización formal y temporal y que constituyen el procedimiento.

3.3.1. Consignación.

3.3.1.1. Con detenido.

El concepto de consignación es un acto procedimental mediante el cual el Estado, representado por el agente del Ministerio Público, ejercita la acción penal después de haber agotado las diligencias practicadas en averiguación previa y poder acreditar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad

del indiciado, ante el órgano jurisdiccional correspondiente (Artículos 122 y 286 bis del CPPDF).

El ejercicio de la acción penal es con detenido cuando el delito se comete en flagrancia o bien cuando el agente del Ministerio Público considera se está en presencia de un caso urgente de conformidad con lo establecido en los párrafos cuarto y quinto del artículo 16 Constitucional que a la letra dicen:

“En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, **cuando se trate de delito grave**, así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundado y expresando los indicios que motiven su proceder.”

Por su parte, el Código Procedimental de la materia señala en su artículo 266 que el Ministerio Público y la policía judicial que esté bajo su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delitos flagrantes o ante la presencia de un caso urgente; en tanto, el numeral 267 establece que:

Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenido en el momento de estarlo cometiendo o bien cuando el inculcado es perseguido inmediatamente después de ejecutado el delito.

Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; **siempre y cuando se trate de un delito grave** así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretará la retención del indiciado si están

satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa.

Aún cuando el Ministerio Público considerara flagrancia en la comisión de los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar tipificados en el artículo 193* del Código Sustantivo, el hecho de no ser delitos graves, permite al probable responsable obtener su libertad tal como lo señala el ordenamiento procesal. Recordemos que estos delitos establecen:

Al que abandone a cualquier persona respecto de quien tenga la obligación de suministrar alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando cuente con el apoyo de familiares o terceros, se le impondrá de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multa; privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente.

Se equipara al abandono de personas y se impondrá la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia de quien se tenga la obligación de suministrar alimentos.

Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aun cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado de un pariente, o de una casa de asistencia.

La misma pena se impondrá a aquel que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada.

Por su parte, los artículos 194 y 195 del mismo Código aluden a conductas que por cometerse en forma instantánea, podrían permitir la flagrancia pero no la equiparación de la misma, por no ser delitos graves.

*Cabe precisar, que en los casos del párrafo primero y el tercero, el hecho de *contar con el apoyo de familiares o terceros* para solventarlas las necesidades de subsistencia de la víctima o *cuando el o los acreedores alimentarios se dejen al cuidado de un pariente, o de una casa de asistencia*, en opinión del Maestro José Antonio Granados Atlaco, impide que el bien jurídico tutelado se siga poniendo en peligro y en consecuencia, estos delitos se cometen en forma instantánea en cuanto a la puesta en peligro del dicho bien jurídico, pero sus efectos son permanentes en cuanto al abandono de la persona respecto de la cual, el inculpado tiene la obligación de suministrarle recursos para atender a sus necesidades de subsistencia

Artículo 194. Al que se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina, se le impondrá **de uno a cuatro años de prisión**.

Artículo 195. La misma pena se impondrá a aquellas personas que obligadas a **informar** acerca de los ingresos de quienes deban cumplir con todas las obligaciones señaladas en los artículos anteriores, incumplan con la orden judicial de hacerlo.

El caso urgente tampoco puede aplicarse a los delitos motivo de este análisis, en virtud de no ser delitos graves.

3.3.1.2. Sin detenido.

El ejercicio de la acción penal por parte del agente del Ministerio Público obliga al órgano jurisdiccional a decidir sobre la plena responsabilidad del indiciado en la comisión de un hecho punible; por tanto, una vez recibida la consignación ministerial en juzgado penal, el juez dictará un auto de radicación, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 286 Bis del Código Procedimental de la materia en el Distrito Federal, para resolver si el ejercicio de la acción penal es constitucional.

La consignación hecha a Juzgado penal en los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, tal como se mencionó en apartados anteriores, es:

1. Sin detenido, en razón de que no operan las figuras de flagrancia ni urgencia para poder detener a una persona, por lo cual una vez presente el indiciado, rinde su declaración ministerial y se retira. Aún si éste, no acudiera a la Agencia tras los respectivos citatorios puede ser presentado por policía judicial para el solo efecto de declarar o bien ser consignado el expediente si hay elementos suficientes de carácter inculpatario sin haber rendido declaración alguna.

2. En consecuencia, el proceso penal se seguirá ante un Juez de Paz Penal por no rebasar los cuatro años de prisión como lo prescribe el artículo 10 del ordenamiento anterior; excepto en el caso de concurrir la circunstancia agravante

señalado en el artículo 198 del Código Sustantivo, que indica que si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias ocurre en desacato de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad, **la competencia será de un juez de primera instancia.**

El pliego de consignación realizado por el agente del Ministerio Público debe contener los siguientes datos:

- Expresión de ser con detenido o sin detenido;
- Número de consignación;
- Número de acta;
- Delito o delitos por los que se consigna;
- Agencia o Mesa que formula la consignación;
- Número de fojas;
- Juez al que se dirige;
- Mención de que procede el ejercicio de la acción penal;
- Nombre del probable responsable;
- Fundamentación y motivación;
- Síntesis de los hechos materia de la averiguación;
- Forma de demostrar la probable responsabilidad;
- Como en los delitos en estudio, la consignación se efectúa sin detenido, se solicita al juez girar orden de aprehensión o de comparecencia, según corresponda;
- Firma del responsable de la consignación.

De capital importancia resulta la forma en que el agente del Ministerio Público debe fundamentar y motivar el ejercicio de la acción penal por la comisión de los delitos en estudio, de conformidad con lo establecido por el artículo 122 del Código Adjetivo de la materia acreditando:

- a) La conducta humana; que en este caso es de omisión simple;
- b) El bien jurídico protegido que fue lesionado por la omisión del indiciado;
- c) La culpabilidad;

- d) El resultado;
- e) Su nexos causal; y
- f) En su caso, calidades de los sujetos activo y pasivo, objeto material, medios empleados, circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, así como los elementos normativos, subjetivos y objetivos del cuerpo del delito.

Una vez recibida la consignación sin detenido, el juez cuenta con un término de tres días para radicarla, en caso contrario el agente del Ministerio Público puede ocurrir en queja ante la Sala Penal correspondiente del Tribunal Superior de Justicia. Dicho auto deberá contener:

1. Fecha y hora en que se recibe;
2. Orden para que se registre en el Libro de gobierno;
3. Aviso al superior y al Ministerio Público para que lleve a cabo el pedimento de la **orden de comparecencia*** toda vez que los delitos en comento, tienen pena alternativa (de tres meses a tres años de prisión o de noventa a trescientos sesenta días multas, o bien **orden de aprehensión** sólo en los casos de los artículos 194 y 195 del Código Penal para el Distrito Federal, los cuales no señalan una pena alternativa sino únicamente privación de la libertad de uno a cuatro.

3.3.2. Plazo constitucional.

Después del auto de radicación y notificada la orden de comparecencia, el indiciado se presentará en el juzgado de paz penal correspondiente con el fin de rendir su declaración preparatoria. Si después de un segundo citatorio el probable responsable no acude al juzgado, será presentado por elementos de la Policía Judicial.

* El artículo 133 del Código de Procedimientos Penales del D.F. señala que en los casos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 271 (cuando el M.P. decreta la libertad caucional del indiciado en averiguación previa "... lo prevendrá para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de averiguación, en su caso y concluida ésta ante el juez a quien consigne la averiguación, quien ordenará su presentación y si no comparece ordenará su aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público mandando hacer efectiva la garantía.") de este mismo Código, y en todos aquellos en que el delito no dé lugar a aprehensión, a pedimento del Ministerio Público se librárá la orden de comparecencia en contra del inculpaado para rinda su declaración preparatoria, siempre que esté acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpaado.

Bajo este tenor, la declaración preparatoria es el acto procedimental mediante el cual el inculpado, refiere sus generales, apodo, grupo étnico indígena al que pertenezca en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hace saber el derecho a una defensa adecuada por sí o por un abogado (advirtiéndole que si no lo hace, el juez le nombrara un defensor de oficio), a su libertad caucional si procediera y de las demás garantías que el artículo 20 Constitucional le confiere.

Posteriormente se le hace saber en qué consiste la denuncia o querrela, el nombre de éstos, de los testigos que declaren en su contra **y se le pregunta si es su deseo declarar**, para haciéndolo o no, el juez resuelva su situación jurídica antes de que fenezca el plazo de setenta y dos horas señalado en el artículo 19 de nuestra Ley máxima, párrafo primero.

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.”

En el caso de declaración por medio de orden de comparecencia no existe privación preventiva de la libertad, por lo que una vez rendida, el procesado puede retirarse del juzgado de paz penal; por el contrario, cuando es mediante orden de aprehensión procede la solicitud de la libertad caucional en virtud de tratarse de delitos no considerados graves por el legislador debido a que la media aritmética no rebasa los cinco años de prisión.

El inculpado queda entonces en libertad siempre que cumpla con todos los requisitos del artículo 556 del ordenamiento procesal local, a menos que el Ministerio Público solicite que se le niegue, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado como grave por la ley o bien aporte elementos suficientes para demostrar al Juez **que la libertad del**

inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad (fracción I, del artículo 20 Constitucional).

Al fenecer el plazo de setenta y dos horas y rendida la declaración preparatoria o asentada la negativa del indiciado para rendirla, el juez puede dictar tres autos diferentes:

1. Auto de formal prisión,^{*} en el caso de que el juez hubiese ordenado la aprehensión del inculpado por tratarse de los delitos tipificados en los artículos 194 y 195 del Código Penal para el D.F., los cuales sólo tienen pena corporal, aunque aquel goce de la libertad caucional; y por estar comprobado el cuerpo del delito, su probable responsabilidad y ninguna causa de licitud en su favor (artículo 297 del CPPDF).

2. Auto de sujeción a proceso, cuando el procesado haya comparecido al juzgado por los delitos marcados en el artículo 193 del Código punitivo local en virtud de tener pena alternativa (privación de la libertad o multa), caso en el que el mismo, declara y se retira del juzgado; recordemos que la prisión preventiva solo se justifica con un auto de formal prisión. Sin embargo, es pertinente señalar lo estipulado por el diverso 301 del ordenamiento procesal referente:

“Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no debe ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el **arraigo de éste** con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso”.

El arraigo entonces, restringiría de cualquier modo la libertad del procesado por los delitos cometidos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar acreditando el riesgo de sustracción de la justicia por parte del procesado, aunque

* Si vencido este plazo, la autoridad administrativa no recibe copia del auto de formal prisión, el inculpado deberá ser puesto en libertad inmediatamente.

en primera instancia la libertad del inculgado sigue garantizado constitucional y procesalmente. El juzgador debe cumplir con los mismos requisitos exigidos por la ley para dictar el auto de formal prisión, para dictar el auto de sujeción a proceso, exceptuando el de la prisión preventiva.

3. Auto de libertad por falta de elementos para procesar en caso de existir falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad del consignado, el cual se dictará con los requisitos marcados en las fracciones I y VII del artículo 297 del Código procesal, sin impedimento para con posterioridad y con nuevos datos se proceda en contra del indiciado.

Así, mediante auto de formal prisión o bien de sujeción a proceso, iniciará el proceso penal con la instrucción.

3.3.3. Instrucción.

Dependiendo de los delitos cometidos, la instrucción tendrá dos supuestos:

1. Si los delitos son los señalados en el diverso 193, 194 y 195 del Código represivo de la materia, entonces el procedimiento a seguir será el sumario toda vez que son competencia de juzgado de paz penal por razón de que no rebasan los cuatro años de prisión. Sin embargo, con base en lo dispuesto por el artículo 20 constitucional, fracción VIII, el inculgado o su defensor podrá renunciar al procedimiento sumario para seguir el ordinario

2. Si los tipos penales antes señalados se complementan con lo que dispone el diverso 198 del ordenamiento sustantivo, donde se indica que si la omisión en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias ocurre en desacato de una resolución judicial, las sanciones se incrementaran en una mitad, entonces la instrucción se seguirá en juzgado de primera instancia dado que rebasan los cuatro años de prisión, ordenándose entonces, seguir un procedimiento sumario de conformidad con lo establecido en el numeral 305 de ley adjetiva, el cual a solicitud del procesado o su defensor podrá cambiarse a ordinario con ratificación

del primero dentro de los tres días siguientes de notificado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

En el procedimiento sumario las partes dispondrán de tres días comunes, contados desde el día siguiente a la notificación del auto correspondiente para proponer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal que se celebrará dentro de los cinco días siguientes al auto en que sean admitidas y fijado fecha para tal audiencia. Sin embargo, el procesado o su defensor pueden renunciar a estos plazos si lo considerarán necesario para efectos de su defensa.

El procedimiento ordinario prescrito en el artículo 314 del Código de Procedimientos Penales del D.F., otorga a las partes un plazo de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, para que ofrezcan las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogan dentro de los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practican también, todas aquellas que el juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Si desahogadas las pruebas ofrecidas surgen de las mismas, nuevos elementos probatorios, el juez puede señalar otro plazo de tres días para aportar nuevas pruebas que se desahogarán dentro de los cinco días siguientes.

La única diferencia entre el procedimiento sumario y el ordinario dentro de la instrucción es, por tanto, la disposición de un tiempo mayor para ofrecer como para desahogar elementos probatorios, lo que desde luego afecta los intereses económicos del acreedor alimentario, porque es el procesado quien decide en juzgado de primera instancia si opta por seguir el procedimiento ordinario, lo que implica que el procesado será juzgado como máximo dentro de un año.

Decidido el procedimiento sumario u ordinario, las pruebas que pueden ofrecerse por ambas partes son la confesional, los documentos públicos y privados, los dictámenes periciales, la inspección judicial, las declaraciones de

testigos y las presunciones, además de todo aquello que constituya prueba para el esclarecimiento de los hechos incluyendo los elementos aportados por la ciencia.

___ La confesión del procesado es un hecho probable de ocurrir, sin embargo, en materia penal la prueba que generalmente se ofrece, es la ampliación de su declaración ministerial porque con base en lo afirmado o negado en ella, el defensor lo interroga de modo que pueda evidenciar la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias y que pudiera asemejarse a la confesión del probable responsable. Aunque la confesión en sentido estricto, es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público o el juez de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación y con la presencia de su defensor (artículo 136 del CPDF, artículo 20, II, Constitucional).

___ Las declaraciones de testigos presenciales del incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del procesado son también de especial importancia, sobre todo, tratándose de personas cercanas a la familia o a la víctima; testificar en relación con cómo, cuándo, quién, por qué, bajo qué circunstancias, de qué modo el procesado dejó de proporcionar recursos para atender las necesidades de subsistencia familiar a la víctima u ofendido, ayuda a crear en el juzgador la convicción de la actualización en el mundo fáctico de la conducta prohibida. Atestados que en los casos de familiares cercanos, vecinos y empleados domésticos, en su caso, serían los idóneos.

___ El ofrecimiento de documentos públicos como actas de nacimiento y de matrimonio es fundamental para acreditar la relación de parentesco, o la que corresponda, entre el procesado y el ofendido o víctima de la comisión de los delitos en estudio; mientras que los documentos privados, tales como recibos de renta, predial, luz, teléfono, gas, colegiaturas, comida, gastos médicos, pagos de créditos contraídos para solventar las necesidades económicas del hogar,

etcétera, constituyen prueba sobre las **necesidades de subsistencia*** en sentido amplio del ofendido o víctima o en su defecto lo que implica la **obligación alimentaria**, ambos términos utilizados en la descripción del tipo penal.

___ Presentar las documentales señaladas, con las formalidades de ley, no sólo prueba la existencia, tipo, y monto de los gastos realizados antes y especialmente después de la comisión del delito, sino la persona que los ha cubierto en sustitución de quien debe hacerlo, por lo que su exhibición establece la presunción de que el procesado ha incumplido con su obligación alimentaria.

___ La prueba pericial, por ejemplo, en psicología o psiquiatría debe ofrecerse en caso de ser necesario para fundamentar la reparación del daño causado a la víctima (Artículo 42 del Código Sustantivo de la materia), el cual no sólo se restringe a lo material sino a los gastos para realizar un tratamiento que le permita superar traumas, miedos, tics nerviosos, etcétera, toda vez que cada persona enfrenta de formas diferentes un mismo problema.

___ Desde luego, la inspección judicial puede ser ofrecida en casos de querer acreditar la disminución extrema del nivel de vida de la víctima, apreciable por medio de los sentidos como es el caso de pobreza extrema.

___ Los careos constitucionales que constituyen un derecho del enjuiciado para rebatir las imputaciones que realiza la víctima o el ofendido en su contra, así como los procesales, realizados cuando surgen contradicciones en las declaraciones entre el procesado y los testigos o entre las vertidas por los mismos testigos, son de suma importancia en el proceso penal porque las partes pueden interrogarse mutuamente para evidenciar las imprecisiones, mentiras o desconocimiento de hechos importantes para acreditar su responsabilidad penal.

* En general, la doctrina es unánime en restringir el concepto de necesidades de subsistencia en comparación con el de alimentos, pues el primero contempla lo estrictamente necesario para vivir como es comida, vestido, calzado, habitación y asistencia médica; en tanto por alimentos se entiende además los gastos de educación y todo lo anterior de acuerdo al nivel de vida que proporcionaba el procesado.

3.3.4. Conclusiones.

Agotados los medios de prueba ofrecidos por las partes, el juez de paz penal o bien el de primera instancia, declaran cerrada la instrucción. En el procedimiento sumario, las partes deben formular verbalmente sus conclusiones, cuyos puntos esenciales se hacen constar en el acta correspondiente; mientras el procedimiento ordinario concede al Ministerio Público y a la Defensa un plazo de cinco días por cada uno para formular sus conclusiones si el expediente no rebasa las doscientas fojas, pero si así fuera tendrá un día más por cada cien fojas que exceda el expediente.

Cabe destacar la exigencia del Código adjetivo al Ministerio Público acerca de sus conclusiones en su artículo 316, al señalar expresamente que deben contener una exposición sucinta y metódica de los hechos conducentes, proponer las cuestiones de derecho que de ellos surjan, citar leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables y terminar su pedimento con proposiciones concretas. Por el contrario, las conclusiones de la defensa no se sujetan a ninguna regla e incluso si ésta no las formulara, el juez tendrá por presentadas las de inculpabilidad.

Independientemente de las cuestiones técnicas que rodean a esta figura procedimental, lo cierto es que, constituyen un resumen sobre la fase de instrucción del proceso, por supuesto alegando cada parte lo que a su derecho convenga, destacando aquello que **acredita la comisión o no** (según corresponda a la parte acusadora o a la defensa) de la conducta imputada al procesado.

Aunque pareciere un acto de puro formulismo no lo es así, puesto que precisamente las conclusiones representan el momento jurídico preciso para, después de haberse desahogado las pruebas correspondientes, fundada y motivadamente demostrarle al juez cómo se adecua o no, la conducta desplegada por el procesado, al tipo penal descrito en la ley, según las presente el Agente del Ministerio Público o el abogado del inculpado.

3.3.5. Juicio.

Para el maestro Guillermo Colín Sánchez la palabra juicio se refiere a la capacidad o al hecho de discernir lo bueno de lo malo, lo verdadero de lo falso, lo legal de lo ilegal, trabajo realizado por el juez de la causa. Otros doctrinarios lo consideran como un período del procedimiento y lo ubican en la sentencia al resolver el fondo del asunto poniendo fin a la instancia; algunos más, lo ubican en el proceso como parte de las diligencias o audiencias. En la legislación del D.F., el juicio corresponde al momento en que el Ministerio Público precisa su acusación, el procesado su inocencia (que corresponde a la denominada audiencia de vista señalada en el artículo 325 del CPPDF) y el juez valora las pruebas aportadas por las partes para posteriormente dictar una resolución.

3.3.6. La sentencia.

Muchos son los conceptos sobre la palabra sentencia, la que proviene del latín *sententia* que significa llanamente, *dictamen* o *parecer*. Para Cavallo es "... la decisión del órgano jurisdiccional que declara imperativamente, en las formas establecidas por la ley, el derecho sustantivo, para resolver el conflicto de derechos subjetivos que se agitan en la pretensión jurídica, deducida en el proceso y que agota definitivamente el fin de la jurisdicción en relación con la fase procesal en la cual se pronuncia."¹¹⁰

Desde luego, la sentencia que pone fin a la instancia y que dicta el juez después de la audiencia de vista antes señalada, sólo puede ser, en cuanto a sus resultados, absolutoria o condenatoria. En el caso de ser condenatoria, la sentencia se dicta de acuerdo a lo establecido por el artículo 72 de nuestro C.P.P.D.F. que a la letra dice:

"Toda resolución jurídica expresará la fecha en que se pronuncie...

Las sentencias contendrán:

I. El lugar en que se pronuncien;

¹¹⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit. p. 574.

- II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación, oficio o profesión;
- III. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutive del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias;
- IV. Las consideraciones y fundamentos legales de la sentencia; y
- V. La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutive.

Los considerandos, que son formas empleadas para calificar y razonar los acontecimientos, constan de una parte en la que el juzgador, una vez precisados los medios de prueba desahogados durante la instrucción, emplea precisamente la teoría causalista del delito para motivar y fundamentar su resolución final. En este sentido, en los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar un segmento de los considerandos contendría los siguientes elementos de la Teoría del delito para acreditar el Cuerpo del delito:

- ___ Una conducta en forma de omisión (simple); en virtud de que con la simple inexecución del deber legal da origen al delito;
- ___ Un resultado que puede ser material (cuando hay mutación en el mundo fáctico) o formal (cuando sólo se pone en peligro el bien jurídico tutelado pero no hay mutación en el mundo externo);
- ___ Un nexo de causalidad entre la conducta realizada por el activo y el resultado producido, toda vez que éste fue consecuencia directa e inmediata de la conducta omisiva del acusado;
- ___ La afectación al bien jurídico tutelado que es la seguridad de la subsistencia familiar;
- ___ La forma de intervención del sujeto activo del delito (como parte de la culpabilidad);
- ___ El objeto material que en la especie es la persona de la víctima;
- ___ Los elementos normativos, subjetivos y objetivos, dependiendo del tipo penal que se actualice;
- ___ La antijuricidad de la acción dolosa desplegada por el sujeto activo del delito;

__ La responsabilidad penal del procesado (como resultado de su culpabilidad en el ilícito en cuestión).

La sentencia también contiene un apartado correspondiente a la pena de prisión impuesta o en su caso a la pena pecuniaria, además de uno dedicado a la **reparación del daño** que consecuentemente pondrá fin al incumplimiento de la obligación alimentaria del procesado para con la víctima, que en los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar resulta ser lo más importante.

3.3.6.1. Reparación del daño.

Se define como una pena pecuniaria consistente en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el *statu quo ante* y resarcir los perjuicios derivados del delito.

Bajo la jurisdicción del antiguo derecho romano, el ejercicio de la acción penal implicaba resarcir los daños ocasionados a la víctima u ofendido, pero con el tiempo se distinguió la vía civil de la penal, en cuanto a la reparación del daño. En el siglo XV, el derecho francés también separó la acción civil de la penal para el resarcimiento de daños. La legislación mexicana, afirma Colín Sánchez, influenciada por las corrientes positivistas optó por definir a la reparación del daño como una pena pública, olvidando en consecuencia los contenidos diferentes de la acción penal y la civil.

En lo sustancial, la transformación de la reparación del daño en pena pública sólo ha significado hacerla irredimible por renuncia del ofendido sin modificar en lo demás su condición de sanción de derecho privado; pretendiendo con ello, lograr un beneficio social no obstante la renuncia hecha por la víctima.

Por su parte, la doctrina señala que el delito origina, casi siempre, además de una lesión al bien jurídico tutelado, un daño patrimonial, razón por la cual se le considera una fuente de obligación extracontractual, originando así dos

pretensiones: la punitiva y la reparadora, una ejercida por el Estado y la otra por el ofendido o sus causahabientes.

El artículo 37 del Código Penal para el D.F. regula a la reparación del daño (conjuntamente con la multa y la sanción económica) como una pena pecuniaria; pero si ésta incumbe a terceros, su carácter de obligación civil no se altera toda vez que emana de un acto ilícito como lo prevé el Código Civil local los artículos 1910 y siguientes. Bajo estas circunstancias, el ordenamiento punitivo prescribe que la acción reparadora del daño se tramita como un incidente en cualquier estado que guarde el proceso (art. 532 CPPDF).

En los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar la acción reparadora del daño recae directamente sobre el procesado, por lo cual se le considera parte de la pena pública impuesta a aquel; por tanto, de oficio, el Ministerio Público tiene la obligación de exigirla, pudiendo coadyuvar con él, la parte ofendida, sus derechohabientes o su representante legal. En el supuesto, de que estos renuncien a ella o no la cobren, su importe se entrega al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito; también se prevé que cuando el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia gozando de la libertad caucional** las garantías otorgadas se aplicarán de manera inmediata al Fondo para la Reparación del Daño a las Víctimas del Delito.

* El artículo 46 del Código Penal del D.F. señala que dentro del catálogo de personas obligadas a reparar el daño están:

I. Los tutores, curadores o custodios, por los ilícitos cometidos por los inimputables que estén bajo su autoridad;

II. Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en desempeño de sus servicios;

III. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes, directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño; y

IV. EL Gobierno del Distrito Federal responderá solidariamente por delitos que cometan sus servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones.

** Caso que solo se da en la comisión de los delitos tipificados en los artículos 194 y 195 del Código Penal.

El contenido de esta figura procesal comprende, según el diverso 42 del Código punitivo antes mencionado:

I. El resarcimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de cometerse el delito;

II. La restitución de la cosa obtenida por el delito, incluyendo sus frutos y accesorios y, si no fuese posible, el pago de su valor actualizado. Si se trata de bienes fungibles, el juez podrá condenar a la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito sin necesidad de recurrir a prueba pericial.

III. La reparación del daño moral sufrido por la víctima o las personas con derecho a la reparación, incluyendo al pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud psíquica y física de la víctima;

IV. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados; y

V. El pago de salarios o percepciones correspondientes, cuando por lesiones se cause incapacidad para trabajar en oficio, arte o profesión.

La fracción I del artículo anterior implica el pago de los alimentos omitidos por el procesado, lo cual se acredita con todos aquellos documentos que acrediten los gastos realizados por la víctima o el ofendido de estos delitos o bien con cualquiera de las pruebas mencionadas en el apartado anterior de este trabajo. En cuanto a la fracción III, resulta particularmente importante, porque en los delitos motivo de análisis, es factible la existencia de daño moral tratándose de menores o personas de la tercera edad que expresamente han sido abandonadas sin recursos para cubrir sus necesidades de subsistencia; pero es el Ministerio Público quien debe de oficio, exigir en sus conclusiones la reparación del daño motivado su petición con base en las pruebas ofrecidas durante el procedimiento, que acrediten fehacientemente la existencia de un daño moral.

EL Código Civil señala lo que debemos entender por daño moral:

Artículo 1916. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado un daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.

Será mediante la coadyuvancia (art. 9, fracción X del CPPDF) que el ofendido por los delitos en comento, puede acreditar la responsabilidad del procesado y lograr la reparación del daño solicitando, entre otras cosas, el embargo precautorio de los bienes del obligado (art. 35 del CPPDF), en el caso de que éste los tenga, ya que de lo contrario, la coadyuvancia solo implicaría proporcionar elementos de prueba al Ministerio Público para que el juez pueda condenar a la acción reparadora en la sentencia definitiva; es en este momento cuando el procesado, al tener derecho a la Sustitución de la Pena o bien a la Suspensión Condicional de la Pena, se ve obligado a pagar la Reparación del Daño para poder gozar de estos beneficios.

3.4. Extinción de la acción penal.

Los efectos jurídicos del ejercicio de la acción penal se prolongan hasta la sentencia definitiva y solo pueden extinguirse en los casos expresamente señalados por el Código procedimental de la materia; unos afectan su contenido porque carecen de objeto o bien porque desaparece una condición de perseguibilidad y otros son extrínsecos a la naturaleza de ella en virtud de ser parte de la política criminal aplicada por el Estado.

Bajo el Título Quinto denominado "Extinción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad" se encuentran previstas las circunstancias que inhiben legalmente al Ministerio Público para que ejercite la acción penal o bien que una vez ejercitada en contra de quien resulte responsable, quede agotada y que a saber son las siguientes:

- Cumplimiento de la pena o medida de seguridad;
- Muerte del inculcado;
- Reconocimiento de la inocencia del sentenciado;

- ___ Perdón del ofendido en los delitos de querrela o por cualquier otro aspecto acto equivalente;
- ___ Rehabilitación;
- ___ Conclusión del tratamiento de inimputables;
- ___ Indulto;
- ___ Amnistía;
- ___ Prescripción;
- ___ Supresión del tipo penal; y
- ___ Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos.

En los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, sin embargo, sólo se analizarán cuatro de estos supuestos, en razón de llevarse a cabo de forma más generalizada en los reclusorios o penitenciarias al momento de ser solicitados por los sentenciados, sin olvidar que de cualquier modo los demás supuestos, podrían actualizarse en la comisión de dichos delitos bajo la circunstancia correspondiente.

3.4.1. Cumplimiento de la pena o medida de seguridad.

Este primer caso, es particularmente importante por la forma en que el legislador lo concibió. Así, el artículo 97 del Código Sustantivo dice:

La potestad para ejecutar la pena o la medida de seguridad impuesta, se extingue por cumplimiento de la misma o de las penas por las que se hubiesen sustituido o conmutado. Asimismo, la sanción que se hubiese suspendido se extinguirá por el cumplimiento de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la suspensión, en los términos y dentro de los plazos legalmente aplicables.

En consecuencia, el sentenciado por la comisión de cualquiera de los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, en virtud de que la pena máxima de ellos no rebasa los cinco años de prisión pues su pena máxima es de 3 y 4 años, **tiene derecho precisamente a que la pena impuesta le sea sustituida o conmutada por otra**, como se precisará más adelante, teniéndola entonces por

cumplida, a pesar de que el sentenciado no haya estado en ningún momento privado de su libertad.

3.4.2. Muerte del inculpado o sentenciado.

Por su parte el artículo 98 del mismo ordenamiento que ordena la extinción de la pretensión punitiva en contra del inculpado, del sentenciado, de las penas o medidas de seguridad si este falleciera, prevé sin embargo, que el decomiso y la reparación del daño no se extingue, por ese hecho. Recordemos que la reparación del daño como pena pública, pudo haber tenido una medida precautoria de embargo de bienes, pero si no hubiese sido así, la misma acción puede ejercerse en contra de la sucesión del *decuyus*.

3.4.3. Perdón que otorga el ofendido en los delitos de querrela o por cualquier otro acto equivalente.

El perdón es una manifestación de voluntad expresada por una persona normativamente facultada para hacerla, razón por la cual se extingue la acción penal o bien cesar los efectos de la sentencia dictada, puede manifestarse de viva voz (y asentarse por escrito) o previamente en forma escrita, sin exigir formalidades específicas, pero sí realizarse en forma expresa, es decir, no dejar duda sobre el deseo del querellante de otorgar el perdón correspondiente.

Una vez otorgado, es irrevocable; es divisible puesto que no hay norma alguna que refiera lo contrario, por lo cual si existiera pluralidad de ofendidos, puede cada uno de ellos otorgar el perdón por separado (que este no es nuestro caso) lo que implica que el perdón surtirá efectos por lo que respeta a quien lo otorga.

En cuanto a los delitos aquí estudiados, el artículo 197 del Código Penal vigente para el distrito Federal, establece que para que el perdón de los cónyuges o concubinos ofendidos pueda producir la libertad del acusado, éste deberá pagar todas las cantidades que hubiese dejado de ministrar por concepto de alimentos y

otorgar garantía de que en lo sucesivo pagará la cantidad que corresponda: es decir, para el caso de que el cónyuge o concubina no otorgase el perdón al inculpado, este sería procesado y sentenciado sin la obligación de garantizar los alimentos en el futuro.

Sin embargo, no debe olvidarse que en la medida que los alimentos son de orden público y no renunciables, la obligación del inculpado de garantizar el cumplimiento de las necesidades de subsistencia en el futuro no debería ser condicionada.

3.4.4. Prescripción

Es otra de las formas de extinción de la pretensión punitiva que se aplica tomando en cuenta principalmente si el delito es sancionado con pena pecuniaria, corporal o alternativa, el requisito de procedibilidad que le corresponda, si existe acumulación, fecha de la última actuación en averiguación previa de los hechos y el término medio aritmético de las sanciones, para resolver conforme a los artículos 105 al 120 de Código Penal del Distrito Federal.

La prescripción es una institución jurídica creada por el legislador para limitar al propio Estado en su facultad punitiva ante la comisión de un delito o en su caso para ejecutar las penas o medidas de seguridad impuestas por un juez, tomando en cuenta el transcurso de los términos fijados en el Código de la materia.

Así, el Código Penal vigente para el Distrito Federal señala en el diverso 105:

Artículo 105. (Efectos y características de la prescripción. La prescripción es personal y extingue la pretensión punitiva y la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad, y para ello bastará el transcurso del tiempo señalado en la ley.

“Para Jescheck, quien habla de prescripción del delito, la doctrina más antigua consideraba a la prescripción como una *causa de anulación de la pena*, y en cuanto a su *naturaleza jurídica* se declara partidario de una teoría mixta que

considere a la prescripción como una institución jurídica de naturaleza procesal y material al mismo tiempo, agregando que la necesidad de la pena desaparece poco a poco con el transcurso progresivo del tiempo, tanto desde el punto de vista retributivo como general preventivo.”¹¹¹

Los principios que rigen esta figura jurídica en el Código punitivo local son:

1. Los plazos son continuos y en ellos se considera el delito y sus modalidades (Artículo 108).

2. La resolución en torno de la prescripción se dicta de oficio o a petición de parte (Artículo 106).

3. Los plazos para que opere la prescripción se duplican para quienes se encuentren fuera del Distrito Federal, si por este motivo no se puede concluir la averiguación previa, el proceso la ejecución de la sentencia (Artículo 108).

4. El cómputo de dichos plazos se realiza tomando en cuenta:

- a) **El momento en que se consumó el delito, si es instantáneo;**
- b) El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente;
- c) El momento en que se realizó la última conducta, si el delito es consumado;
- d) El día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si se trata de tentativa;
- e) El día en que el Ministerio Público de la adscripción haya recibido orden de reaprehensión o presentación, respeto del procesado que se haya sustraído de la acción de la justicia.

5. Salvo disposición en contrario, la pretensión punitiva que nazca de un delito que sólo puede perseguirse por querrela del ofendido o algún otro equivalente, prescribe en un año, contado desde el día en que, quienes puedan formular la querrela o el acto equivalente, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres años fuera de esa circunstancia (artículo 110).

¹¹¹ PAVÓN VASONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, Décima sexta Edición, México, 2002, pp. 627-628.

En los delitos motivo de este estudio, no opera la prescripción de los mismos, sean perseguibles por querrela o de oficio cuando se trata de los contenidos en el diverso 193 del Código Sustantivo de la materia, antes de que el agente del Ministerio Público tenga conocimiento de ellos, porque aunque se cometen en forma instantánea, sus efectos son permanentes, es decir la consumación del delito es día con día, toda vez que existe una omisión en proporcionar recursos para atender las necesidades de subsistencia de la víctima u ofendido. Una vez que el Ministerio Público inicia la querrela o denuncia correspondiente, operan las reglas de la prescripción aplicables a los delitos perseguibles de oficio. Sin embargo alguna vez la Suprema Corte de Justicia de la Nación dijo:

“ABANDONO DE PERSONAS. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO.- Señala el Artículo 313 del Código Penal del Estado de Tabasco, que: “Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos, a su cónyuge o a sus padres, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán hasta tres años de prisión y privación de los derechos de familia”. Ahora bien, si de autos aparece que el quejoso consignó ante el Juez de la causa por medio de dos cheques cantidades de seiscientos y setecientos pesos, en los meses de septiembre y octubre, respectivamente del año mil novecientos setenta y ocho, más sin embargo, el abandono que se imputa ocurrió a partir del mes de julio, obviamente que en el caso sí se acreditan los extremos de la infracción exigidos por el Artículo invocado, toda vez que siendo un delito continuo y de peligro, basta que se dejen de suministrar alimentos durante un período determinado para que se integre dicha figura delictuosa. (Informe 1979. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, Núm. 1. Pág. 317.).”

En cuanto a los referentes a la insolvencia premeditada en que se coloca el inculpado para no cumplir con su obligación alimentaria o al incumplimiento de la

* El maestro Porte Petit en su libro Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, señala en la página 535 que “ El criterio casi unánime es en el sentido de que este delito tiene carácter permanente. Así entre otros, Cuello Calón, González de la Vega, Jiménez Huerta, Manzini y Ranieri opinan que este delito, es sin duda, permanente omisivo. Efectivamente, como no existe término alguno para suministrar los recursos para atender las necesidades de subsistencia, el delito que estudiamos tiene el carácter permanente porque el deber de obrar es continuo y no instantáneo. Por tanto, la terminación del delito se contará a partir del momento en que cese la fase omisiva...”

orden judicial de proporcionar información, sobre los ingresos que percibe el probable responsable, señalados en los diversos 194 y 195 del mismo ordenamiento, toda vez que se cometen en forma instantánea, cabe la posibilidad de que el ejercicio de la acción penal prescriba en un año cuando la víctima u ofendido sea cónyuge, concubina o concubinario porque se persiguen por querrela; cuando la víctima sea un ascendiente, un incapaz mental, descendiente y cualquier otro caso, estas dos conductas delictivas específicamente se perseguirán de oficio y entonces la prescripción del ejercicio de la acción penal una vez iniciada la averiguación previa será en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad, incluidas las modalidades del delito cometido, pero en ningún caso será de menor a tres años (artículo 111, fracción I del ordenamiento antes citado).

Una vez cumplido el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio, circunstancia que se aplica cuando el procedimiento de averiguación previa está en marcha y para todos los delitos en contra de la Seguridad de la Subsistencia Familiar.

6. La pretensión punitiva respecto de delitos que se persiguen de oficio prescribe:

__ En un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad, incluidas las modalidades del delito cometido, pero en ningún caso será menor de tres años. Esta regla se aplica cuando la pena privativa de la libertad está señalada en forma conjunta o alterna con otra diversa.

__ En un año, si el delito se sanciona sólo con pena no privativa de libertad.

En este sentido, cuando la víctima u ofendido de los delitos en comento, sea distinto de cónyuge, concubina o concubinario, entonces se perseguirán de oficio y la prescripción para interponer la denuncia o continuar con la averiguación

previa será de tres años, dado que el término medio aritmético en todos estos delitos es inferior a este tiempo (artículo 111 del CPDF).

7. La potestad de ejecutar la pena privativa de libertad o medida de seguridad impuesta prescribe en un tiempo igual al fijado en la condena, pero no podrá ser inferior a tres años; la potestad para ejecutar la pena de multa prescribirá en un año, las demás sanciones prescriben en un plazo igual al que deberían durar éstas, sin que pueda ser inferior a dos años, mientras la reparación del daño prescribe en dos años, contando los plazos a partir de la fecha en que cause ejecutoria la resolución (artículo 116).

Si el delito merece multa y además pena privativa de libertad o alternativa, se atenderá a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de la libertad, regla que se observa también cuando corresponda imponer alguna otra sanción accesoria, que en estos delitos podría ser la suspensión de los derechos inherentes a la *patria potestad* tratándose de menores.

8. Los plazos para la prescripción de la potestad para ejecutar las penas y medidas de seguridad son continuos y corren al día siguiente a aquél en que el sentenciado se sustraiga de la acción de la justicia, si las penas o medidas de seguridad fueran privativas o restrictivas de la libertad. En caso contrario, desde la fecha en que cause ejecutoria la sentencia.

Cabe destacar que la interrupción de la prescripción del ejercicio de la acción penal en averiguación previa o de la pretensión punitiva del órgano jurisdiccional surge cuando:

___ Sea necesaria una resolución previa de autoridad jurisdiccional, por lo cual aquella correrá desde que se dicte sentencia irrevocable;

___ Se espere previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen dentro de los términos señalados en el artículo 111 del Código tantas veces señalado.

__ Se practiquen actuaciones en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quienes sean éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada;

__ Existe el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional, y por el requerimiento de entrega del inculpado que formalmente haga el Ministerio Público al de otra entidad federativa, donde aquel se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo delito o por otro. En el primer caso también se interrumpe la prescripción por las diligencias que practique la autoridad requerida y en el segundo subsistirá la interrupción, hasta en tanto ésta niegue la entrega o desaparezca la situación legal del detenido que de motivo al aplazamiento de su entrega.

Si se dejara de actuar entonces correrá de nuevo la prescripción al día siguiente de la última diligencia,

__ La extinción de la potestad para ejecutar la pena privativa de libertad o la impuesta sólo se interrumpe con la aprehensión del sentenciado aunque se ejecute por la comisión de otro delito o por la solicitud de entrega que haga el Ministerio Público al de otra entidad federativa en que aquel se encuentre detenido, en cuyo caso subsistirá la interrupción hasta en tanto la autoridad requerida niegue dicha entrega o desaparezca la situación legal del detenido que motive aplazar su cumplimiento.

__ La prescripción de las demás sanciones también se interrumpe por cualquier actuación que realice la autoridad competente y en el caso de las penas pecuniarias como la reparación del daño, por las promociones que el ofendido o persona a cuyo favor se haya decretado dicha reparación, haga ante la autoridad correspondiente y por las actuaciones que esa autoridad realice para ejecutarlas, así como por el inicio de juicio ejecutivo ante autoridad civil usando como título la sentencia condenatoria correspondiente.

Es importante mencionar que el Código Penal para el Distrito Federal contiene en su artículo 115 una excepción a la interrupción de la prescripción que vale la

pena retomar, toda vez que señala que no operará dicha interrupción cuando las actuaciones se practiquen después de que haya transcurrido la mitad del lapso necesario para la prescripción, contados a partir de los momentos a que se refiere las fracciones I a V del artículo 108 de dicho Código, circunstancia que debe tenerse muy en cuenta en la agilización procedimental.

Existen cuatro supuestos para que se actualice esta figura jurídica tratándose de la prescripción de la acción penal:

a) Antes de que el agente del Ministerio Público tenga siquiera conocimiento de la comisión del injusto penal y sea perseguido por querrela, de conformidad con lo establecido por el artículo 110 del Código Sustantivo.

b) Una vez que el agente del Ministerio Público conoce del delito pero no a ejercido la acción penal.

c) Después de que se ejercite la acción penal y radicada la averiguación en juzgado penal, puede ocurrir que librada la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público, **la misma no llegue a cumplimentarse**, y transcurrido el término de la prescripción, es el Juez de la causa quien deberá declarar prescrita la acción penal.

d) Librada y cumplimentada la orden de aprehensión, el proceso penal inicia pero **si el inculpado tuvo derecho a la libertad caucional y éste se sustrae a la acción de la justicia**, puede operar también la prescripción de la acción penal (estando suspendido el procedimiento) y no ocurriendo ninguna causa que la interrumpa.

De lo anterior, se colige que a pesar de la existencia de múltiples supuestos jurídicos para interrumpir la prescripción de los delitos, también existen los que dan lugar a que la misma opere, de tal suerte que tratándose de las conductas que atentan contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, frecuentes en el mundo

real, su persecución en las agencias del Ministerio Público o juzgados penales es inusual, lo que sumado al amplio margen de riesgo para que las mismas prescriban, da como resultado un grado de impunidad muy grande en la comisión de dichos delitos, cuando el procedimiento penal se descuida.

3.5. Sustitutivos de la pena privativa de libertad.

Para la procedencia de cualquier sustitutivo de la pena impuesta, la sentencia definitiva dictada en un proceso penal debe causar ejecutoria y declararse cosa juzgada. De interponer el recurso de apelación, ni dichos sustitutivos penales ni la reparación del daño decretada en la sentencia final de la primera instancia podrían ejecutarse, en virtud de hacer valer los agravios interpuestos por alguna de las partes o bien por ambas, los cuales obligarán al Tribunal de alzada a revisar la legalidad de la resolución dicta por el Juez *ad quem*.

La posibilidad de cumplir con una pena impuesta por sentencia ejecutoriada tiene tres supuestos:

1. Cumplirla privado efectivamente de la libertad;
2. Cumplirla por Sustitución de las penas;
3. Cumplirla mediante la Suspensión Condicional de la ejecución de la pena.

El primer caso sólo podría ocurrir ante la falta de cumplimiento por parte del sentenciado de cualquiera de los requisitos exigidos para la procedencia de los otros dos. En caso contrario, la Sustitución de las penas señala en el artículo 84 del Código Sustantivo de la materia, que el Juez, considerando lo dispuesto en el artículo 72 del mismo Código puede sustituir la pena de prisión bajo los siguientes términos:

___ Por multa o trabajo en favor de la comunidad, cuando no exceda de tres años; y

___ Por tratamiento en libertad o semilibertad cuando no exceda de cinco años.

La equivalencia de la multa sustitutiva de la pena de prisión, tiene como base un día multa por cada día de prisión, de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado; sin embargo, la multa también puede sustituirse por trabajo en favor de la comunidad, exigiendo para ello que el sentenciado haya reparado los daños y perjuicios causados o garantizado su pago, tomando en cuenta el monto, la situación económica de aquél y en su caso, el Juez de la causa puede fijar plazos para su pago en un lapso que no exceda de un año. Por lo que toca a la libertad, el sentenciado gozará de ella, sin haberle generado más gastos que la multa misma y el pago, que puede ser en parcialidades, de la reparación del daño.

Es importante precisar que la exigibilidad de la reparación del daño contemplada penalmente, otorga diversas facilidades al sentenciado para su cumplimiento, el cual sin embargo, ha vulnerado derechos fundamentales de personas ligadas a él por vínculos especialmente protegidos por la ley como ascendientes, descendientes, cónyuge, concubina o concubinario, etc. A estas facilidades le siguen un procedimiento por demás obsoleto para el fin de que se trata, pues el Tribunal remite a la autoridad ejecutora copia certificada de la sentencia correspondiente para que ésta le notifique al acreedor, que en los delitos que nos ocupan es el propio sentenciado (Artículo 49 del CPDF).

Una vez notificado el reo, se le embargarán bienes y derechos de su propiedad suficientes, en caso de tenerlos, siguiendo sujeto a las obligaciones que falten de cumplir. No obstante, respecto al carácter coercitivo de la pena de prisión y de las sanciones pecuniarias como lo es la reparación del daño, nuestro ordenamiento punitivo contempla los casos en que sean varios los ofendidos y no resulte posible satisfacer los derechos de todos, cubriéndose proporcionalmente los daños y perjuicios ocasionados a ellos y dejando a salvo los derechos para optar por la vía civil. En los delitos contra la Seguridad Familiar podrían ser varios los ofendidos lo cual no puede implicar dejar a salvo sus derechos para hacer

efectiva la Reparación del daño por la vía civil, habiendo recurrido precisamente y quizá posteriormente, a la última *ratio* del Estado, la vía penal.

Desde luego, las facilidades dadas al sentenciado por delitos que han afectado bienes jurídicos de muy alta jerarquía como lo es la familia en sentido amplio, o la seguridad de la subsistencia familiar en sentido restringido, no quita que ante el incumplimiento de los pagos parciales de la reparación del daño en términos económicos por ejemplo, que finalmente es lo que la víctima o el ofendido ha perseguido desde un principio, judicial y extrajudicialmente, puede revocarse de conformidad con lo estipulado en el artículo 87, claro si el sentenciado no se ha sustraído de la acción de la justicia.

Artículo 87. El juez podrá revocar sin efecto la sustitución y ordenar que se ejecute la pena de prisión impuesta, en los siguientes casos:

I. Cuando el sentenciado no cumpla con las condiciones que le fueron señaladas para tal efecto, salvo que el juzgador estime conveniente apercibirlo de que si incurre en una nueva falta, se hará efectiva la sanción sustituida. En estos casos se fijará garantía para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con motivo del sustitutivo concedido; o

II. Cuando al sentenciado se le condene en otro proceso por delito doloso grave. Si el nuevo delito es doloso no grave o culposo, el juez resolverá si debe aplicarse la pena sustituida.

La Suspensión Condicional de la Pena procede si la pena privativa de libertad no excede de cinco años (supuesto de los artículos 194 y 195 del Código Penal del Distrito Federal); que en atención a las condiciones personales del sujeto, no haya necesidad de sustituir las penas, en función del fin para el que fueron impuestas; y que el sentenciado cuente con antecedentes personales positivos y un modo honesto de vida. El Juez considerará además la naturaleza, modalidades y móviles del delito (artículo 89 del C.P.P.D.F); y es precisamente por este último requisito que en un gran número de delitos cometidos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar no procedería conceder dicha suspensión de la pena, pues generalmente el incumplimiento de obligaciones alimentarias,

pese a la existencia previa de una sentencia civil, ocurre por simple irresponsabilidad del inculpado.

Una vez concedida la Suspensión Condicional de la Pena impuesta, el sentenciado deberá:

___ Otorgar la garantía o sujetarse a las medidas que se fijen para asegurar su comparecencia ante la autoridad, cada vez que sea requerido por ésta:

___ Obligarse a residir en determinado lugar, del que no podrá ausentarse sin permiso de la autoridad que ejerza el cuidado y vigilancia;

___ Desempeñe una ocupación lícita:

___ Abstenerse de causar molestias al ofendido o a sus familiares:

Es importante resaltar el hecho de que si el sentenciado que goce de este beneficio incurre en agresiones físicas o verbales contra el ofendido o bien contra sus familiares, la libertad debe revocarse sin más, máxime si se trata de sentenciados cuya situación emocional dé pie a la existencia frecuente de las molestias señaladas por nuestro Código procedimental penal, como son los consumidores habituales de bebidas alcohólicas o con antecedentes de violencia intrafamiliar.

___ Pagar la reparación de los daños y perjuicios o garantizar su pago en el supuesto a que se refiere el artículo 48 del Código antes mencionado.

La suspensión comprende la pena de prisión y la multa y durará lo mismo que la pena suspendida, extinguiéndose al concluir la misma, pero si durante el transcurso de ésta el sentenciado no dé lugar a un nuevo proceso que concluya con sentencia condenatoria, porque de ser así, el juez tomando en cuenta las circunstancias y gravedad del delito, resolverá si debe o no aplicarse la pena suspendida.

Por otra parte, si el sentenciado incumple con alguno de los requisitos ya precisados, el Tribunal puede hacer efectiva la pena suspendida o apercibirlo de que si vuelve a faltar a alguna de las condiciones fijadas, se hará efectiva dicha

pena, lo cual puede traducirse como si faltará por ejemplo, al cumplimiento de cualquiera de los pagos parciales de la reparación del daño en su caso, en virtud de haber sido precisamente el incumplimiento de obligaciones alimentarias, la conducta sancionada penalmente. La relevancia del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos para que el sentenciado goce de este beneficio se confirma con lo dispuesto por el numeral 91 del Código Adjetivo de la materia, en su último párrafo que a la letra dice:

“A los delincuentes que se les haya suspendido la ejecución de la sentencia, se les hará saber lo dispuesto en este artículo, lo que se asentará en diligencia formal, sin que la falta de ésta impida, en su caso, la aplicación de lo previsto en este artículo.

Finalmente, los hechos que originen un nuevo proceso penal en contra del sentenciado, interrumpen el plazo de la suspensión, tanto si se trata de delito doloso como culposo, hasta que se dicte sentencia ejecutoriada.

CAPÍTULO CUATRO
PRESUPUESTOS JURÍDICOS COMUNES ENTRE LOS DELITOS GRAVES Y
LOS DELITOS NO GRAVES COMO LOS QUE SE REALIZAN CONTRA LA
SEGURIDAD DE LA SUBSISTENCIA FAMILIAR

4.1. La media aritmética y sus fines.

En atención a la evidente calidad y certidumbre del trabajo realizado por el jurista René González de la Vega, quien fuera Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra Máxima Casa de Estudios, así Subprocurador de Justicia del Distrito Federal, entre diverso cargos públicos; nos permitiremos reproducir aquí parte de aportado por él, materia de criminología en su obra *Política Criminológica Mexicana* respecto de los denominados ámbitos de criminalidad.

Al decir de él, para entender y atacar las conductas delictivas con plena eficiencia y eficacia se deben distinguir los múltiples ámbitos de manifestación así como sus efectos, pues no todas las conductas punibles son percibidas de la misma forma por la sociedad a pesar de que todas busquen evitar su reiteración a través de la sanción penal. En este sentido, el maestro González de la Vega divide en cinco apartados los delitos contemplados en nuestra ley penal:

A. Las manifestaciones delictivas que atentan contra la seguridad pública, evidentemente generan un alto grado de temor social que se previene y combate casi simultáneamente. En este ámbito se encuentran el homicidio y las lesiones calificadas, la violación, el robo con violencia, el robo a casa habitación o a transeúnte y desde luego el robo de vehículo. Además este tipo de delitos son los que estadísticamente cuentan con mayor difusión pública, sirviendo de orientación sobre el grado de delincuencia y combate a la misma en nuestra comunidad.

B. Las infracciones penales cuyo daño recae directamente en la esfera jurídica de los particulares que aparecen como víctima u ofendido sin incidir en la seguridad colectiva, generalmente se persiguen por querrela, tales como el fraude,

abuso de confianza, estupro, adulterio o los hechos imprudenciales no graves, dejando en manos de quien ha sufrido esta clase de menoscabos el solicitar o no, la intervención judicial para su persecución y castigo, atendiendo desde luego a la poca gravedad de los daños y perjuicios ocasionados.

González de la Vega opina que a infracciones como estas se les deben dar un trato estadístico, operativo y persecutorio diferente, pues lo más importante en ellas es justamente la reparación del daño a diferencia de los tipos penales antes mencionados.

C. También existen los delitos originados por la confrontación que la misma convivencia humana puede generar, como son el robo simple, allanamiento, calumnias, amenazas que sin embargo, no logran vulnerar la seguridad pública, pero exigen ampliar la cultura cívica y acortar los procedimientos de solución mediante una justicia de paz pronta y expedita para quien denuncia *lato sensu*.

D. Un último apartado de conductas penales corresponde al que atenta contra la seguridad nacional, en las que no puede identificarse una sola víctima, sea particular o comunitaria, porque el daño se le provoca a la Nación o bien a la Humanidad, demandando una persecución y represión de carácter internacional.

En él se incluyen al genocidio, terrorismo, sabotaje, daños ecológicos o informáticos, contrabando y narcotráfico, entre otros, figuras delictivas que demandan mecanismos especializados para su prevención y castigo. Desde luego, este tipo de infracciones penales generan un daño directo, palpable e inmediato, lo cual provoca entre los ciudadanos la percepción de mayor gravedad.

"Jhon Louis Gillin, en su *Criminología y Penología* (Appleton-Century, N.Y., 1945), nos decía que *el crimen es un acto tenido como socialmente nocivo por un grupo que tiene poder para hacer cumplir sus principios y que suministra sanciones negativas para ser aplicadas a las personas que cometen esos actos.*

En efecto, el delito, en su concepción y definición, es una entidad cultural y subjetiva."¹¹³

Recordemos que el primer Código Penal de nuestro país de Antonio Martínez de Castro (1871)^{*} definió al delito en su artículo 4º como "La infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda"; mientras que para el Código Almaráz de 1929 fue "la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal"; y catalogado por el Código Penal de 1931 como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales" aludiendo claramente al principio de legalidad contenido en el artículo 14 constitucional.

No obstante la carga subjetiva, quizá inherente a casi todo razonamiento humano, de la definición de delito, lo cierto es que los múltiples conceptos de Derecho penal presentes en la doctrina aluden invariablemente al uso de los vocablos normas, delitos, penas, medidas de seguridad y desde luego sanciones, los cuales acomodados de distintas formas confirman que al igual que en el ámbito de lo físico, en el jurídico también opera la ley de la acción y la reacción. Así, el maestro Celestino Porte Petit define al Derecho Penal como: "El conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción en caso de violación de las mismas normas"¹¹⁴

Al fundarse la Nueva Escuela del Derecho Penal basada en el pragmatismo de la época actual se distinguieron entre delincuentes ocasionales, no peligrosos y delincuentes profesionales, organizados y de alta capacidad dañina, en donde la

¹¹³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Política Criminológica Mexicana. Segunda Edición, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p.251.

^{*}Vigente a partir del primer medio siglo de independencia e influenciado por la legislación española, además de que no obstante que nuestra Constitución Republicana se había fundado en el Liberalismo y en la Declaración de Derechos Humanos del Hombre así como en la Constitución Norteamericana, el sistema judicial y penitenciario mexicano estaba basado en estructuras creadas por eminentes personajes de la colonia.

¹¹⁴ PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Décima cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 15-16.

culpabilidad era el fundamento del reproche y de la medida de la pena, tasada ésta legalmente según el tipo de delincuente. Igualmente, esta corriente distinguió también las diversas figuras delictivas como son los delitos comunes, los políticos, las que vulneran la seguridad pública por la enorme violencia que implican o bien los que sólo afectan la esfera jurídica inmediata de la víctima u ofendido, los cuales generalmente se persiguen por querrela.

“Se ha comparado al delito, criminológicamente hablando, _no jurídicamente_, con la pornografía, en cuanto a la perspectiva del que lo ve; puede haber delito o no, como puede haber símbolo o imagen pornográfica, o no, según quien lo mire. Pero claro, la noción de delito es más universal y atemporal que la de pornografía, sobre todo en cuanto a acepciones más graves.

Los criminólogos modernos (Sellin, Wolfgang, Durkheim) suelen hablar de la relatividad cultural del crimen. Esto nos queda claro si pensamos en el tiempo, recordemos que hace apenas treinta años el secuestro no era una comisión delictiva grave, que buscara evitarse mediante penalidades elevadas y en cambio hoy es uno de los delitos más penados -a la par que el homicidio, por su contemporánea efervescencia y peligrosidad; si consideramos el espacio que también impone moldes culturales divergentes- veremos que en estados como Guerrero y Veracruz, el abigeato es un crimen perseguido, temido y muy penado y no así en culturas más urbanas, como la del Distrito Federal.

El propio Durkheim aseveró que... hasta en una sociedad de santos existiría el crimen, lo que significa que si todos los actos que conocemos como crimen, fueran eliminados, las pequeñas diferencias de comportamiento que ahora no tiene significado moral, tendrían un nuevo e importantísimo significado.”¹¹⁵

Los delitos entonces, laceran principios éticos de la sociedad pero cuando pierden su vigencia, la gravedad de los mismos disminuye; en tanto las conductas menos graves pueden sobresalir y convertirse en conductas con alto riesgo para la sociedad o bien por el contrario pasar casi desapercibidas. En este sentido, señala

¹¹⁵ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, Op. Cit. p. 252.

González de la Vega, que Durkheim aseguraba también que los grados de coacción y severidad son equivalentes a la intensidad y fuerza de los conceptos morales de la sociedad.

El maestro González de la Vega realiza una remembranza sobre los años treinta y cuarenta de la sociedad mexicana y concluye que las generaciones que vivieron su infancia y juventud durante ese período consideraban al delito de robo simple como una falta muy grave, tanto que los periódicos dedicaban grandes espacios a la noticia, pero hoy en día, si tal delito no va acompañado de violencia, su baja cuantía hace que la gente lo tome como parte de la vida diaria. Ello es así debido a la comisión actual de delitos de mucha mayor gravedad social como el homicidio, las lesiones dolosas o la violación y aunque estadísticamente no superen al robo a casa habitación, a transeúnte, negocio o a vehículo, si logran preocupar a la sociedad en general.

El Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, a partir de su publicación, reestructuró el orden en que aparecían los bienes jurídicos, con base en la importancia de los mismos; hoy protege en primer lugar la esfera jurídica del individuo y al final la del Estado, a diferencia del Código anterior que lo hizo *ad libitum*. Por eso el actual ordenamiento punitivo local, enarbolando la democracia y los derechos humanos reúne a los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar en un Título Especial, el número siete, de veintisiete que contiene.

No obstante, lo significativo del lugar en que hoy aparecen los delitos en comento, el legislador disminuyó la punibilidad de estos en su máximo y la multa en su mínimo (que antes de era de un mes a cinco años de prisión y la multa de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa) para quedar en tres meses a tres años de prisión o multa de noventa a trescientos sesenta días multa).

El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal define precisamente las conductas que desplegadas en su ámbito

de competencia son consideradas graves y por ende, el inculpaado no tendrá derecho a la libertad provisional.

Artículo 268. Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

Por su parte, la Constitución Mexicana señala en su artículo 20, fracción I que:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpaado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

Desde luego esta garantía, también debe ser observada en averiguación previa. Por otra parte, es menester señalar que la base cuantitativa para determinar la libertad caucional del inculpaado, aunque ha prevalecido en nuestro sistema jurídico, fue sustituida en las reformas a la Constitución en el año de 1996 al artículo 20, fracción primera donde se determinaba que dicha libertad procedería siempre y cuando no se tratara de delitos, que por su gravedad, la ley expresamente prohibiera concederla. Como consecuencia, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de aquel año modificó el artículo 268 estableciendo una base cualitativa para determinar los delitos graves que a saber eran:

“Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205, segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208;

violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previstos en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; así como el de tortura previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.”

También era considerados delitos graves los previstos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos en su artículo 84; en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura en su artículo 4º; en la Ley General de Población en su artículo 138; y en el Código Fiscal de la Federación en su artículo 115 bis.

Calificar la comisión de un delito como grave o como no grave, posee una trascendencia jurídica de capital importancia para el inculpado pues implica para éste, enfrentar el procedimiento de averiguación previa o el proceso penal en libertad o privado de esta.

4.2. Consideraciones en torno a la comisión del delito.

4.2.1. Agravantes.

Las circunstancias del delito son todo aquello que rodea al delito, lo cual supone lo principal, de tal forma que la existencia o inexistencia de dichas circunstancias no altera el tipo penal normal. No obstante lo anterior, la importancia de éstas reside en que de su presencia depende la mayor o menor gravedad del delito cometido y consiguientemente una mayor o menor punibilidad en él; por ende las circunstancias se clasifican en atenuantes o agravantes con el único fin de modificar la responsabilidad penal.

Al decir del jurista español Jiménez de Asúa, las circunstancias atenuantes se refieren a la imputabilidad y a la culpabilidad mientras las agravantes aluden al

dolo y al peligro del inculpado. Siendo más precisos, debemos recordar que existen circunstancias generales y circunstancias especiales del delito; las primeras se refieren a la forma en que podría cometerse cualquier delito y están dentro de la Parte General del Código Penal señaladas como circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión, en tanto las segundas se encuentran dentro del tipo penal o se agregan al mismo, aumentando o disminuyendo los márgenes de sanción.

Por otra parte, existe polémica respecto a si las circunstancias del delito son lo mismo que elemento del delito, concluyendo algunos doctrinarios como Manzini que son figuras diferentes, porque las primeras pueden o no surgir en el mundo fáctico mientras las segundas son parte esencial del tipo penal.

En nuestra historia jurídica, el Código Penal de Martínez de Castro (1871) "... reguló las mencionadas circunstancias tanto en su parte general como en el libro correspondiente a los delitos en particular, pero anunció la operancia de ellas en su libro primero, señalando que las *agravantes* eran de *primera a cuarta clases*, según la mayor o menor influencia en la responsabilidad del delincuente, haciendo la salvedad de que no se tomarían en cuenta para aumentar la pena cuando fueran de tal modo inherentes al delito que sin ellas no podría cometerse éste. En relación con las atenuantes de igual forma se consideraron de *primera a cuarta clases*, pero además el Código al ocuparse de los delitos, reguló otras circunstancias relativas a la persona, a la ejecución, al lugar de comisión del delito, etc., que debían agravar o atenuar la responsabilidad del culpable y por ello las penas a aplicarse.

El Código Penal de 1931 rompió con el anterior sistema y no consignó en su libro primero, correspondiente a las disposiciones generales, ni agravantes ni atenuantes, lo cual hizo en el libro segundo relativo a los delitos en particular con relación a ciertas figuras delictivas..."¹¹⁶

¹¹⁶ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit.. p. 589-590.

Algunas de las circunstancias agravantes de la punibilidad, contenidas en los tipos penales del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal son:

___ Actuar con ventaja, traición, alevosía, retribución, según los medios empleados, saña o exista estado de alteración voluntaria en la comisión de delitos contra la vida y la integración física como el homicidio y las lesiones calificadas y de penalidad agravado e indiscutiblemente grave pues se encuentra entre los 20 y 50 años de prisión (Art. 138).

___ Infringir la ley penal en pandilla dado que la pena a imponer se incrementará con una mitad más; sin embargo, es importante precisar que cuando dos o más personas se organicen para cometer en forma permanente o reiterada específicamente delitos en donde se ven involucrados menores (tráfico, sustracción o retención, corrupción, pornografía, lenocinio) o incapaces, además de otros delitos mencionados en la ley sustantiva, la pena de prisión es autónoma y grave pues la privación de la libertad es de seis a doce años (Art. 254).

___ La intervención de dos o más personas, en abuso sexual y violación (Art. 178) o cuando exista entre el activo y el pasivo una relación de parentesco por consanguinidad, sea el tutor contra su pupilo, el padrastro o madrastra contra su hijastro, éste contra cualquiera de ellos, amasio de la madre o del padre contra cualquier de los hijos de éstos o los hijos contra aquéllos; ser cometidos por quien desempeñe un cargo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancias que ellos le proporcionen; por la persona que tenga al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en ella depositada; cuando la víctima se encuentre a bordo de un vehículo particular o de servicio público; o fuere cometido en des poblado o lugar solitario. En estos supuestos, el delito de violación que dé origen ya es grave por tener una de pena de prisión de 6 a 17 años, incrementa la penalidad a imponer en dos terceras partes, convirtiéndose el abuso sexual en delito grave, dado que la pena del tipo básico es de 1 a 6 años de prisión (Art. 178).

___ Tener el carácter de servidor público, miembro de alguna corporación de seguridad pública como falsificación o alteración y uso indebido de documentos, robo, extorsión, etc.

___ La menor edad de la víctima u ofendido o bien se trate de personas mayores a 60 años, como son los delitos de Privación ilegal de la libertad sin propósitos de lucro, al incrementarse en una mitad la pena de prisión del tipo básico, señalada entre los 6 meses y los 3 años de prisión. En tanto, el secuestro, delito grave por naturaleza, tiene una pena de 15 a 40 años de prisión (Art. 164,V). El delito de robo incrementa la pena básica en una mitad, convirtiendo delitos simples en graves (Art. 223,IX). En la inducción al Suicidio se impone al homicida o inductor las sanciones señaladas al homicidio calificado o a las lesiones calificadas, según sea el caso.

En los tipos penales de Retención y Sustracción de menores de doce años el delito se vuelve grave al incrementarse la sanción privativa de libertad en una mitad, es decir, de tener originalmente una sanción de 1 a 5 años de prisión, la pena se elevará de 2 a 10 años Art. 172).

En los delitos de Corrupción de Menores e Incapaces la práctica reiterada de los actos de corrupción incrementará la penalidad básica que es de 2 a 5 años de prisión, y cuando el responsable tenga parentesco consanguíneo, por afinidad o civil o habite ocasional o permanentemente el mismo domicilio de la víctima, aunque no existiere parentesco o el delito lo cometa el tutor o curador, las sanciones previstas se duplicarán, siendo la pena básica de 6 a 10 años de prisión (Art.183 y 185 respectivamente).

El tipo penal de Tráfico de menores es particularmente interesante porque aunque es autónomo en el sentido de requerir la menor edad para la configuración del tipo y es grave por naturaleza (de 2 años hasta 9 años de prisión), presenta además diversas agravantes de la pena privativa de libertad así como una

atenuante que se refiere a que cuando la incorporación del menor al núcleo familiar sea con la finalidad de otorgarle beneficios propios de tal incorporación, la pena impuesta se reducirá a una mitad de la prevista, es decir, será de 1 a 4 años y medio de prisión, superando la máxima en comparación con los delitos en contra de la Seguridad de la Subsistencia Familiar, lo que significa que no dar alimentos a quien por ley le corresponde merece menor pena de prisión que incorporar ilegalmente a un menor al núcleo del hogar con todos los derechos de hijo. Conducta esta última también reprochable en cuanto a la forma.

___ Por los medios empleados, como la violencia física o moral en el delito de robo al incrementarse la pena básica, en una mitad más, pudiendo convertir el delito en grave (Art. 225).

___ En virtud de las relaciones existentes entre el agente y su víctima como en el robo cometido aprovechando alguna relación de trabajo o por los dueños, dependientes, encargados o empleados de empresas o establecimientos comerciales, en los lugares en que presten sus servicios al público, sobre los bienes de sus huéspedes, clientes o usuarios, cuya consecuencia puede ser el tenerlo como delito grave (Art. 223, VII, VIII).

___ En atención del lugar, de la confusión producida por catástrofe o desorden público, tipo de objetos del delito o tipo de sujeto pasivo como en el robo, lo que puede dar lugar a considerársele delito grave (Art. 223 y 224).

___ En los delitos contra las Normas de Inhumación y Exhumación y contra el Respeto a los Cadáveres las sanciones se incrementarán en una mitad, a quien oculte, destruya o mutila, o sin la licencia correspondiente, sepulte el cadáver de una persona, restos o fetos humanos, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el agente sabía de esa circunstancia; aunque cabe precisar que ésta circunstancia agravante no los convierte en delitos graves.

Como podemos observar, en la mayoría de los casos la o las circunstancias agravantes incrementan la media aritmética de la prisión de prisión, impidiendo así la obtención de la libertad caucional por parte del inculpado, como una medida preventiva respecto a garantizar la ejecución de una sentencia condenatoria en caso de ser así, sin correr el riesgo de una latente sustracción de la justicia por parte de aquel.

Es menester destacar, los diversos delitos, en donde la pena se incrementa por el sólo hecho de haberse cometido en contra de menores de doce años, personas que no tengan la capacidad de comprender el hecho o no puedan resistirlo, o bien personas mayores de 60 años; sin duda, el perfil de este tipo de víctima evidencia su vulnerabilidad física y psicológica ante la comisión de conductas antisociales que tienden a causar en ellos, daños más severos. Asimismo, la circunstancia de existir entre el delincuente y la víctima parentesco consanguíneo, civil o por afinidad, como en la violación, corrupción de menores o en las lesiones simples y hasta en las graves aumenta la pena de prisión.

En los delitos en contra de la Seguridad de la Subsistencia Familiar, la única agravante que existe es la señalada en el artículo 198 del Código Sustantivo:

Si la omisión en el incumplimiento de las obligaciones alimentarias, ocurre en desacato de una resolución judicial, las sanciones se incrementarán en una mitad.

Desde luego, la única resolución judicial que pudiera existir antes de una denuncia o querrela penal ante Agencia del Ministerio Público o del ejercicio de la acción penal es una sentencia civil, lo cual tiene especial importancia por la costumbre generalizada de los habitantes del Distrito Federal de lograr el pago de los alimentos a través de una controversia del orden familiar.

Sin embargo, en ningún caso, el delito de que se trata rebasará la media aritmética de cinco años, a diferencia de la mayoría de los delitos ya mencionados que ante la existencia de agravantes impide la obtención de la libertad caucional.

4.2.2. Reincidencia.

El vocablo reincidencia tiene un origen latino y significa *recaer, volver a*, y fue de uso generalizado en tiempos romanos y después importado por el derecho canónico bajo la interpretación de una mayor capacidad delictiva del sujeto reincidente. Por ello, se justificó la imposición de penas más severas dada su conducta antisocial reiterada, la cual empezó a causar incertidumbre entre los juristas a partir de 1850, quienes comenzaron a realizar amplios estudios sobre el fenómeno; a través de diversos congresos penitenciarios celebrados en Europa se crea la primera ley contra la reincidencia la cual ordenaba la pena de relegación o internamiento de por vida en una colonia o posesión ultramarina.

En la actualidad, la doctrina ha sido muy mesurada en la interpretación jurídica de la reincidencia asumiendo que la comisión reiterada del delito, no constituye una alarma social ni tampoco una mayor culpabilidad, sino considerándola simplemente como una mayor capacidad de delinquir, además de una evidente indiferencia por las sanciones privativas de libertad por parte del reo.

Antes de la entrada en vigor del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el artículo 20 señalaba expresamente lo que por reincidencia debía entenderse:

Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoriada dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas por la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.

Exigir el cumplimiento de una sentencia anterior era de capital importancia para configurar la reincidencia debido a que ese hecho prueba la insuficiencia de una condena cumplida para instar al reo a no volver a delinquir. De aquí que "haya sido cuestionada la validez, que en los Códigos Penales se ha otorgado a la sentencia extranjera, principalmente por los juristas del siglo XIX, quienes veían en

aquel principio una violación a la territorialidad de la ley. Actualmente dicha objeción ha sido superada y por excepción se admite la aplicación extraterritorial de la ley penal, que de otra forma quedaría frustrada en multitud de situaciones, favorecidas por las facilidades de las comunicaciones terrestres y aéreas..."¹¹⁷

Juristas y criminólogos han considerado inconsecuente la prescripción en la reincidencia, al estimar que en cualquier tiempo puede aplicarse una pena agravada por la comisión reiterada de un delito; ahora, la mayoría de los legisladores penales reconocen dicha prescripción.

La lucha constante de los legisladores en casi todos los sistemas penales del mundo por erradicar la idea de la venganza privada, del ojo por ojo y diente por diente, del castigo o mal que debe causársele al delincuente por su infracción a la ley penal es de antaño; hoy prevalece, aunque sólo teóricamente, la readaptación de quien delinque como uno de los fines de la penalidad impuesta por sentencia judicial, hecho que desde luego se acompaña con el principio jurídico de que las penas privativas de libertad de larga duración, no redimen al reo.

En este sentido, el sistema penal mexicano, sobre todo a partir del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, aunque incrementa la pena máxima de prisión de 40 a 50 años y la mínima, de tres días a tres meses, hace desaparecer precisamente la figura de la reincidencia, con lo cual la posibilidad de alcanzar penas más severas por la comisión reiterada de la norma penal en los términos que fijaba el anterior artículo 20 del ordenamiento citado, desapareció.

La readaptación social del sentenciado como uno de los fines de la pena, no obstante, deja en algún sentido impune la ruptura constante de la norma penal por personas a quienes el cumplimiento de una sentencia no ha bastado para impedir la comisión de otra infracción antisocial, sobre todo, si tomamos en cuenta delitos que por su naturaleza son susceptibles de volver a cometerse,

¹¹⁷ Ibidem. p. 619.

como aquellos en donde la media aritmética de la punibilidad permite obtener la libertad caucional del inculpado y existir el inminente riesgo de sustraerse a la acción de la justicia, en razón de que aunque la sentencia impuesta fuera menor a cuatro años de prisión, no se le concederá ni sustitutivo penal ni suspensión condicional de la pena, justamente por haber sido condenado con anterioridad en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio o bien no contar con antecedentes personales positivos (Art. 86 y 89).

Los delitos en contra de la Seguridad de la Subsistencia Familiar son, por su propia naturaleza, propicios a cometerse reiteradamente por quien tiene la obligación de proporcionar alimentos, toda vez que esta obligación es de carácter continuo hasta que quien debe recibirlos, deja de necesitarlos de conformidad con lo estipulado por el Código Civil del Distrito Federal.

4.2.3. Habitualidad.

Ligada en algún sentido a la reincidencia, la habitualidad contiene un elemento subjetivo que caracteriza a quien delinque: su inclinación para transgredir una misma norma penal. Circunstancia de inminente peligro en la protección de ciertos bienes jurídicos como los que tutelan el patrimonio o la libertad personal, que en nuestros días son cometidos por la delincuencia organizada.

Antes de la abrogación del otrora Código Penal del Distrito Federal en el numeral 21 señalaba que si el reincidente en el mismo género de infracciones cometía un nuevo delito de la misma pasión o inclinación viciosa, sería considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hubieran cometido en un período que no excediera de 10 años. Lo trascendente, entonces, del delincuente habitual, afirman los doctrinarios y legisladores, es la peligrosidad de quien insiste o se inclinan en cometer un delito de la misma naturaleza, motivo suficiente para agravar la pena privativa de libertad o la que fuere impuesta. La tentativa de los hechos punibles como los consumados,

también merecería un incremento de la punibilidad en caso de reincidencia o habitualidad sin importar el carácter con que hubiese intervenido el sentenciado.

Seguramente por razones de política criminal y en aras de lograr la readaptación social de quienes delinquen, hoy día no existe la figura jurídica de la habitualidad en nuestro Código punitivo local, aunque existan delitos, como los que centran el presente estudio, que son cometidos habitualmente por quienes, aunque con un perfil diferente al criminal nato, transgreden la ley penal en el ámbito familiar de manera más frecuente de lo que se sanciona real y efectivamente en los Tribunales Penales.

4.2.4. Dolo.

“La enumeración de las teorías sobre el dolo sería inacabable. En la doctrina del dolo se está en una babilónica confusión de lenguas (Karl Engisch), o en uno de los problemas más oscuros del Derecho Penal (De Marisco). El saber y el querer forman, según Edmundo Mezger, las vértebras de una acción dolosa. Su importancia no puede ser nunca destacada suficientemente; está en el centro de toda la doctrina del Derecho y no hay ningún caso jurídico penal en que no tenga que ser examinada su presencia. El dolo es paradigma del elemento subjetivo y la especie principal de la culpabilidad.”¹¹⁸

En Derecho, el dolo es paralelo a un bien que una norma cualquiera manda no dañar y de un resultado dañino o peligroso que la norma manda no provocar. Sin embargo, existen diversas teorías que tratan de determinar la esencia y el fundamento del dolo para concretar una definición en que se distingan claramente sus elementos, la de la voluntad, la de la representación y la del consentimiento.

1. Teoría de la voluntad. Fue la primera en surgir y pertenece a los clásicos del Derecho como Francesco Carrara quien lo define como la intención más menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley; consiste en la

¹¹⁸ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Teoría General del Delito. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 206.

voluntad no de infringir la ley sino en ejecutar el acto que infringe la ley (aunque no sepa con precisión que precepto legal viola).

Quienes sostienen esta posición afirman que "El dolo puede ser definido como la consciente determinación de la voluntad para realizar un hecho en contradicción con la normal penal. Sus elementos son, pues, dos: la previsión o representación del hecho (elemento intelectual), y la volición del mismo (elemento volitivo). El elemento intelectual consta del conocimiento de la acción, del resultado y de la relación de causalidad existente entre la acción y el resultado"¹¹⁹

"Lo anterior consiste en la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual señala "la voluntad consiste en la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa."¹²⁰

2. Teoría de la Representación. Para los partidarios de esta teoría, como Franz Von Liszt, el dolo consiste en el conocimiento del hecho delictivo en sus elementos esenciales. Basta la previsión del resultado, aunque éste no haya sido el móvil de la acción, para que ésta sea imputada como dolosa. Así, el que causa el hundimiento de un buque para cobrar el seguro responderá de las muertes ocasionadas que hayan sido previstas, pero no era el fin que motivó la voluntad del delincuente.

3. Teoría del Consentimiento. Propugnada por Ernest Von Beling, lo decisivo para la existencia del dolo no es la representación pura y simple sino la relación de ésta con la voluntad, esto es, en la actitud que puede tomar el sujeto frente a esa representación, por tanto, el conocimiento de que la acción que se va a realizar es antijurídica y sin embargo el autor permanece por lo menos indiferente. Si dicha representación no lo detiene, entonces significa que lo acepta.

¹¹⁹ Ibidem. p. 210.

¹²⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México. Editorial Porrúa, México, 2001, p. 147.

Diversas modalidades del dolo.

La doctrina ha distinguido tres clases de dolo: el directo, el indirecto y el eventual. En el primer caso, el dolo directo o dolo de primer grado se equipara a la *intención*, concepto que engloba aquello que un sujeto persigue; en el segundo supuesto, el dolo indirecto o de segundo grado abarca todas las consecuencias, que aunque no las persigue, el sujeto prevé que con seguridad se producirán; y por dolo eventual debemos entender el actuar que no persigue un resultado y tampoco se prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.

En el ámbito judicial, la Constitución Mexicana sostuvo, antes de las reformas de 1993 y después de 1999, que el dolo era parte de la culpabilidad, y la culpabilidad como uno de los elementos del tipo*, debía acreditarse para efecto de librar una orden de aprehensión o realizar la detención de una persona por un término no mayor a las setenta y dos horas ante autoridad judicial, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 16 y 19 de la ley máxima. En este sentido, se reformó también el Código Penal del Distrito Federal a efecto de redefinir el dolo y eliminar la imputación preterintencional creada en la reforma de 1984, y varias veces después, quedando así en la actualidad:

Artículo 18. Las acciones u omisiones delictivas solo pueden realizarse dolosa o culposamente.

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización.

* El Tipo al que se refieren los legisladores era el consignado en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales:

“El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial a su vez, analizará si ambos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.”

Además de otra clase de cuestiones relacionadas con el tipo penal como las calidades del sujeto pasivo y activo, el resultado y su atribuidad a la acción y la omisión, el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos, subjetivos específico y las demás circunstancias que la ley previera.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previo confiando en que no se produciría en virtud de violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

De las reformas citadas, las hechas durante los años 1983-1984, dieron lugar a eliminar de la legislación local la presunción de la culpabilidad del autor y se adoptó el principio de presunción de inocencia, adoptando la legislación el otrora principio de estar a lo más favorable al reo.

Por su parte la jurisprudencia mexicana ha concebido al dolo dentro de la culpabilidad, tal como lo establece la escuela clásica del derecho, al argumentar que la culpabilidad sólo puede presentarse bajo dos modalidades: el dolo y la culpa, exigiendo en ambos caso la conciencia de la antijuricidad por parte del sujeto que delinque. Fue el derecho romano el que aportó precisamente esta diferenciación entre el *dolus bonus*, como actitud no maliciosa, de carácter civil y el *dolus malus* o conducta artificiosa, engañosa de carácter penal. El dolo se presenta entonces como la primera forma de la culpabilidad y con el tiempo, al aparecer la culpa, se mantiene la primera como la más grave.

En términos generales podemos decir entonces que la culpabilidad, como elemento del delito (Teoría Causalista de la Acción) es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto, que puede presentarse solo en forma dolosa o culposa. Lo importante de la culpabilidad radica entonces, en que el legislador, a partir del Nuevo Código Penal local de la materia precisó en su artículo 76, los delitos que para efecto de dicho ordenamiento se reputarían culposos, los que se sancionan tan solo con una cuarta parte de las penas o medidas de seguridad asignadas al tipo básico del delito doloso.

En dicho catálogo limitativo de delitos culposos no aparecen los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar, luego entonces son conductas que quebrantan el ordenamiento penal de forma dolosa y evidentemente grave.

4.2.5. Delito continuo.

Nuestro Código punitivo ha clasificado las formas de comisión del delito por su duración en:

— Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;

— Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal; y

— Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo.

Por su puesto, esta distinción hecha por el legislador tiene como base la duración misma de la conducta delictiva cuyos fines son distintos según sea el injusto penal.

Cabe señalar que en los delitos continuados, el legislador previó un aumento de las penas que la ley prevea para el delito cometido, en una mitad más, lo cual significa que la culpabilidad de quien ha estado violando una misma norma penal con diversas conductas desplegadas en el tiempo, es mayor. (Art. 80).

En los delitos que atentan la Seguridad de la Subsistencia Familiar la conducta delictiva se ejecuta de una forma muy particular, en concordancia con una de las clasificaciones hecha por la doctrina que alude al delito cometido en forma instantánea pero con efectos permanentes; la omisión en el cumplimiento de las necesidades de subsistencia se efectúa en un solo momento pero los efectos de ellos permanecen hasta el momento en que la víctima u ofendido recibe alimentos por parte del inculpado. Es decir, aunque el bien jurídico deja de estar en peligro en el momento justo que otra persona proporciona recursos económicos para la subsistencia de la víctima, pero el incumplimiento de esta obligación inherente al inculpado permanece.

4.2.6. Concurso de delitos.

Es menester precisar que tratándose de las sanciones aplicables a concurso de delitos, sea ideal o formal (cuando con una sola conducta se producen diversos resultados) o bien, real o material, que se caracterizan porque con una pluralidad de conductas también hay lugar a diversos resultados sancionados penalmente, existen tres criterios a saber:

- ___ El de acumulación material;
- ___ El de acumulación jurídica; y
- ___ El criterio de absorción.

El primero es el más antiguo y consiste en que se deberán imponer tantas penas como delitos cometido, severamente criticado por su rigidez; en el segundo, sólo se impone la pena del delito de mayor penalidad, la cual se aumentará en cierta medida en relación con los demás delitos cometidos, lo que provoca una limitación a la acumulación material;

El tercer criterio sólo aplica la pena relativa al delito que merezca la mayor sanción, excluyendo las sanciones de los demás delitos que integran el concurso, lo cual resulta ocioso pues se dejarán de sancionar las demás conductas delictivas, a menos que la pena a imponer fuera la pena de muerte.

Es evidente que en relación con el concurso ideal de delitos, el criterio que se aplica corresponde al de la acumulación jurídica, toda vez que el Código Sustantivo de la materia, precisa en su artículo 79 lo siguiente:

En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, los cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza, cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código.

En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este código

Por otra parte, “Cuello Calón precisa con toda razón que hay concurso ideal cuando con una sola acción se producen varias infracciones de la Ley Penal. También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza al uno con el otro.”¹²¹

En los delitos cometidos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar el *abandonar a la persona de quien se tenga la obligación de suministra alimentos, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia; al que teniendo obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada; o, el que se coloque en estado de insolvencia con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la ley determina*, puede ocasionar por la omisión de proporcionar alimentos a la víctima de los delitos mencionados lesiones que atentan contra su integridad física como podría ser una desnutrición severa (o bien la complicación de cualquier otra que no haya podido ser atendida por falta de recursos económicos, pues recordemos que los alimentos o las necesidades de subsistencia implican no solo la comida sino la atención médica) que podrían provocar, desde luego, en casos muy extremos pero factibles de ocurrir, la muerte misma, y surgir así el concurso ideal de delitos. Aunque en la vida cotidiana, estos casos no siempre son tan notorios, existen.

4.3. La punibilidad en torno a la seguridad de la subsistencia familiar.

4.3.1. Punibilidad, pena y punición.

La punibilidad es “conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada

¹²¹ LÓPEZ BATANCOUR, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 226-227.

cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste"¹²².

En otras palabras, la punibilidad está en la decisión del legislador consistente en describir y señalar cuál es la sanción que corresponde, conforme a la importancia del bien jurídico protegido por la norma penal y al interés que se tenga en intimidar a quienes va dirigida la prohibición. Por esto mismo, la punibilidad es básicamente una advertencia, general y abstracta sobre la conminación de privación o restricción de bienes hecha exclusivamente por el legislador, con base en una necesidad social para la inhibición de sujetos que actualicen en el mundo fáctico la conducta prohibida, en aras de proteger bienes jurídicos de capital importancia a través de la prevención general.

"El legislador no sólo criminaliza determinada conducta, sino que la valora y la califica por medio de la punibilidad; si considera que la pena es grave, dará una punibilidad mayor que si la conducta es considerada menos peligrosa, en cuyo caso la punibilidad será de menor magnitud. Desafortunadamente, en nuestro país a esta etapa no se le ha otorgado la importancia que merece, pues implica una tarea que requiere plena capacidad y conciencia del hacer leyes, y más particularmente en el ámbito penal. Sin embargo, no se entiende así, y si no, véase como surgen leyes penales incongruentes con la realidad y que sólo sirven para provocar una inflación legislativa sin resultados positivos."¹²³

Por lo que toca al concepto de pena, el efecto que tuvieron las dos principales Escuelas Penales fue determinante, pues la escuela Clásica a través de su inspirador Beccaria, estimuló el nacimiento de un sistema penal científico, compatible con los derechos del hombre y contrapuesto a las vejaciones impuestas en la Edad Media. Su principal exponente, Francisco Carrara, sostuvo que la pena se basaba en el libre albedrío del sujeto que delinque por lo que su

¹²² RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 15.

¹²³ Idem.

finalidad era la retribución del mal por mal, la expiación y el castigo para quien comete un delito. En tanto la Escuela Positiva negó todos los postulados anteriores argumentando que importa más la prevención que la represión; partía del supuesto de que el individuo no tiene libre albedrío y actúa impulsado por factores individuales, sociales y físicos, sin embargo, tomando en cuenta su peligrosidad, debían aplicarse entonces medidas de seguridad para salvaguardar a la sociedad.

En una conjugación de ambos principios filosóficos y sociológicos, en la actualidad, muchos sistemas jurídicos sostienen que la pena se basa en la gravedad de la culpabilidad por el hecho, mientras la medida de seguridad encuentra su fundamento en la peligrosidad, buscando ambas, la reinserción en la sociedad de quien a infringido la ley penal. No obstante, la pena como real y efectiva restricción de bienes y derechos a través de la instancia ejecutiva como forma de prevención social cuyo fundamento es la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados para el ámbito federal y en las respectivas Leyes de Ejecución de Sanciones Penales de los respectivos estados.

En cuanto a la punición se puede decir que "Es la fijación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el Juez para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad."¹²⁴

En realidad, la punición se basa en la punibilidad puesto que el juzgador al momento de individualizar la pena de prisión, por ejemplo, toma en cuenta el mínimo y el máximo de ésta, fijado por el legislador. Es también, un mandato judicial particular y concreto, dictado en una sentencia penal, derivada de la omisión del delito plenamente probado y proporcional a la culpabilidad del sentenciado. Los criterios para fijar la punición son uno objetivo y material, el cual se basa en la gravedad del delito y del daño causado o peligro sufrido por la

¹²⁴ Ibidem, p. 17

conducta delictiva; el otro, de corte subjetivo toma en cuenta básicamente la conducta del autor del delito desde un punto de vista psíquico al tomar en cuenta la esfera interna del individuo ignorando cualquiera asunto material de la misma; el criterio mixto que toma en cuenta la materialidad del delito como la situación psicológica del individuo es el aplicado por los jueces penales en nuestro país.

La individualización de la pena aparece en la doctrina con Ferri y Lombroso, padres de la criminología, a finales del siglo XIX pero en México surge como resultado del Congreso Penitenciario celebrado en 1925 y se legisla en el Código Penal de 1931 a través de lo prescrito en los artículos 51 y 52.

En el Código Penal vigente para el Distrito Federal, los criterios para individualizar las penas y medidas de seguridad están señalados en el diverso 72 que a la letra dice:

El Juez, al dictar sentencia condenatoria, determinará la pena y medida de seguridad establecida para cada delito y las individualizará dentro de los límites señalados, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, tomando en cuenta:

I. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla;

II. La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro en que éste fue colocado;

III. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; los vínculos de parentesco, amistad o relación entre el activo y el pasivo, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V. La edad, el nivel de educación, las costumbres, condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron a delinquir. Cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI. Las condiciones fisiológicas y psíquicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito;

VII. Las circunstancias del activo y pasivo antes y durante la comisión del delito, que sean relevantes para individualizar la sanción, así como el comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VIII. Las demás circunstancias especiales del agente, que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Para la adecuada aplicación de las penas y medidas de seguridad, el Juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho y, en su caso, requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes.

4.3.2. Por su relación civil.

El parentesco civil entre dos personas, tal como se dijo antes, es el que nace de la adopción, razón por la cual se extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos (menos para los impedimentos de matrimonio). Asimismo, el adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales (incluyendo los del matrimonio) razón por la cual tiene en la familia del o de los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo biológico.

Cómo se dijo en el inicio del capítulo tercero de este trabajo, el Código Penal de 1929 fue el primero en incluir como sujeto pasivo del delito a **pupilos y discípulos menores de dieciocho años** (e hijos) que fueren entregados por encargados o tutores (o padres) a personas malas sabiendo que lo son, sancionándolo de acuerdo con el tipo penal de corrupción de menores. Sin embargo, el incumplimiento específico de obligaciones alimentarias no era considerado todavía como un delito en este Código penal.

4.3.3. Por su relación de afinidad.

No obstante que el Código Civil del Distrito Federal determina la existencia del parentesco por afinidad derivado del matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos familiares y como consecuencia de dicho

parentesco se forma parte de la misma familia, los alimentos nunca han sido nunca un derecho entre los parientes afines.

En consecuencia, en la legislación civil aplicable al Distrito Federal los cuñados, cuñadas, concuños, concuñas, suegras y suegros respectivos del o la cónyuge no tienen derechos a recibir alimentos por parte de su respectivo yerno o nuera.

4.3.4. Por su relación de consanguinidad.

Este delito se incluyó desde un principio en el primer Código Penal Mexicano (1871), aunque de forma *suigeneris*, en el Título Segundo "Delitos contra las personas cometidos por particulares", sancionando en el Capítulo XII el delito de "**Exposición y abandono** de niños y de enfermos" castigando con arresto mayor y multa de veinte a cien pesos, al que abandonara a un niño menor de siete años en un lugar no solitario y en que la vida del niño no corra peligro; **agravando la penalidad el ser ascendiente legítimo o natural del niño o una persona a quien éste se le hubiera confiado**. Si como consecuencia de dicho abandono el menor sufría lesión o muerte la sanción que se imponía iba desde arresto, privación de la libertad hasta por dos años, privación de algunos derechos civiles o políticos hasta por dos años, pena pecuniaria, dependiendo de la existencia de culpa o dolo. En caso de que el abandono fuera en un lugar solitario o en que corriera peligro la pena se incrementaba.

En el Libro Tercero del Código Penal de este año, 1929, se incluyó por primera vez, el abandono de hijos (o de cónyuge) **en sus deberes alimenticios** específicamente en el Título Decimocuarto denominado "Delitos cometidos contra la familia", en su Capítulo I conocido como "Abandono de hogar", señalando: "Al cónyuge que abandone ilegalmente al otro o a sus hijos dejando a aquél, a éstos o a ambos en circunstancias aflictivas" con arresto por más de diez meses a dos años de segregación y pérdida de los derechos de familia. También se obligaba al deudor alimentario a pagar los alimentos vencidos así como los futuros, en caso

de que su cónyuge quisiera otorgarle el perdón y para poder obtener la libertad caucional.

El Código punitivo de 1931 modificó la conducta prohibida denominándola "Abandono de personas" previendo el abandono de enfermos, atropellados, hijos y cónyuge y no solo abandono de niños, sin hacer referencia alguna ya al lugar en que se abandonara al niño ni la edad de éste. También agrega el tema de "Abandono de familia" en los artículos siguientes:

Artículo 336. Al que sin motivo justificado **abandone a sus hijos o a su cónyuge**, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de uno a seis meses de prisión y privación de los derechos de familia.

Artículo 337. El delito de abandono de hogar, sólo se perseguirá a petición del cónyuge ofendido o de los legítimos representantes de los hijos; a falta de representantes de los menores la acción se iniciará por el Ministerio Público, a reserva de que el Juez de la causa designe un tutor especial para los efectos de este artículo.

La privación de los derechos de familia quedaba sin efecto en caso de existir el perdón del ofendido y además si del abandono resultaba lesión o muerte, al reo se le aplicaban las reglas de la acumulación.

Antes del Nuevo Código Penal del D.F., el delito que nos ocupa se mantenía en el Título Decimonoveno dedicado a los delitos contra la vida y la integridad corporal, en el Capítulo VII denominado *Abandono de personas* en el que se incluía, en su segundo párrafo, lo que hasta esa fecha conocimos como abandono de personas en materia de alimentos, en el artículo 336 que a la letra decía:

Al que sin motivo justificado **abandone a sus hijas, hijos o a su cónyuge**, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, aún cuando posteriormente cuente con el apoyo de familiares o terceros, se le aplicará de **un mes a cinco años de prisión** o de ochenta a trescientos sesenta días multa; privación de los derechos de familia y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Se equipara al abandono de personas y se aplicará la misma sanción al que, aún viviendo en el mismo domicilio, no proporcione los recursos necesarios para la subsistencia para sus hijos, hijas, su cónyuge o concubina. Para los efectos del presente artículo, se tendrá por consumado el abandono aun cuando los hijos sean dejados al cuidado de un familiar sin limitación de grado, o de una casa de asistencia.

La misma pena se impondrá a aquel que teniendo la obligación de dar alimentos, no los proporcione sin causa justificada.

El colocarse en estado de insolvencia era un delito calificado como doloso; se perseguía a petición de parte agraviada, el abandono de cónyuge y el de hijos en forma oficiosa; y si resultaba lesión o muerte como consecuencia del abandono, se presumían premeditadas para efecto de aplicar las sanciones correspondientes.

Como podemos observar, los delitos contra la seguridad de la subsistencia familia, así conocidos en la actualidad, han tenido punibilidades de las más bajas y como consecuencia de la reforma ya mencionada, la punibilidad disminuyó aún más, al situarla entre los tres meses y los tres años de prisión y entre un y cuatro años para otro supuesto, siendo además una pena alternativa pues el legislador determinó una multa para el primer caso, de noventa a trescientos sesenta días.

Sin lugar a dudas esto se contrapone con el orden en que los legisladores, al abrogar el Código Penal anterior y crear el vigente, acomodaron los bienes jurídicos tutelados de acuerdo a su importancia, iniciando con los delitos contra la vida y la integridad corporal, ocupando los delitos motivo de este estudio, el lugar número 7 de 27 títulos.

4.4. La punibilidad y la política criminal.

4.4.1. Fines de las penas.

Bajo la idea de que la pena debe ser un castigo, la etimología más aceptada del término, según Lardizábal es el mal que uno padece contra su voluntad. El origen de la pena, efectivamente está en el castigo o sufrimiento para

el responsable de un delito, para hacerlo pagar por el daño causado a la sociedad y como escarmiento para no volverlo a cometer. Cuello Calón la define como el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción.

En este sentido, establecer los fines de la pena depende de diversos factores no sólo relacionados con la cultura, época histórica y clase de régimen político sino del delito, tipo de delincuente, del daño causado. En general, se ha dicho que los fines de la pena son la intimidación o disuasión, la eliminación o neutralización y la enmienda o punición.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal contiene las siguientes penas y medidas de seguridad:

Artículo 30. (Catálogo de penas. Las penas que se pueden imponer por los delitos son:

- I. Prisión;
- II. Tratamiento en libertad de imputables;
- III. Semilibertad;
- IV. Tratamiento en beneficio de la víctima o a favor de la comunidad;
- V. Sanciones pecuniarias;
- VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;
- VII: Suspensión o privación de derechos;
- VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos;

Artículo 31. (Catálogo de medidas de Seguridad). Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son:

- I. Supervisión de la autoridad;
- II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;
- III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos;
- IV. Tratamiento de deshabitación o desintoxicación.

Artículo 32. (Consecuencias para las personas morales). Las consecuencias jurídicas accesorias aplicables a las personas morales que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 27 de este Código, son:

- I. Suspensión;
- II. Disolución;
- III. Prohibición de realizar determinadas operaciones;
- IV. Remoción; y
- V. Intervención.

La doctrina alemana elaboró dos teorías para definir los fines de la pena.

1. La teoría absoluta o retributiva. Concibe a la pena como un fin en sí mismo y como una respuesta a las exigencias de justicia, por lo cual la función de la pena es retribuir un mal por mal, como una forma de castigo a quien ha infringido el orden jurídico.

2. La teoría relativa o preventiva. Generalmente el concepto de prevención penal converge con el de intimidación, pues en la búsqueda de la prevención del delito se trata de lograr la eficacia intimidatoria de la pena por sí misma. En este sentido, los italianos distinguen tres tipos de prevención:

___ Prevención primaria, al constituir la pena una amenaza contenida en la norma penal, sobre la generalidad de todos los gobernados, toda vez que la coacción psicológica puede actuar eficazmente siempre y cuando los ciudadanos conozcan previamente las conductas consideradas delito y sus consecuencias.

___ Prevención Secundaria, pretende que quien comete un delito y sufre una pena particular impuesta con base en el grado de su culpabilidad, sirva para que éste no vuelva a delinquir.

___ Prevención especial, trata de evitar la reincidencia de quien ha delinquirido procurando su arrepentimiento, corrección y readaptación durante el tiempo en que se ejecuta la pena dentro de la prisión.

"El jurisconsulto romano Paolo, hay que recordarlo, esgrimía esta posición (*poena constituitur in emendationem hominum*). Para él, la sanción debía tener un

contenido educativo que enmendara a los hombres. Esta doctrina, por ende, conduce naturalmente a tratar al hombre delincuente como un medio para lograr un fin social; la inocuidad del mismo y su reingreso a la sociedad, mediante un programa de tratamiento progresivo aplicable entre el período de la pronunciación de la sentencia y la ejecución total parcial de la pena."¹²⁵

En este sentido, los fines de las penas están íntimamente relacionados con las garantías individuales establecidas en nuestra Constitución Política, la cual descansa evidentemente en "un modelo garantista donde pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa, son conceptos que permiten formular un modelo penal donde la responsabilidad penal resulta del conjunto de condiciones normativamente exigidas para que una persona sea sometida a una pena, y cada uno de ellos designa además una condición de la responsabilidad penal."¹²⁶

Por ejemplo, los principios *nullum poena sine crimen* y *nullum crimen sine lege*, se refieren, el primero al concepto de retribución mientras el segundo, a la exacta aplicación de la ley; además existen otros axiomas que sin duda, confieren al Estado Mexicano un marco jurídico cierto, democrático en donde el *ius puniendi* debe emplearse en la medida mínima posible, para asegurar los bienes jurídicos considerados de capital importancia para el individuo, la sociedad y el Estado, esto es, la ley penal debe ser la última *ratio* en el mantenimiento del orden social y por ser de una dureza superior al resto de la normatividad jurídica su empleo debe condicionarse al caso de que los demás ordenamientos legales no logren preservar los bienes jurídicos más importantes.

La Constitución de 1917 contiene en la parte dogmática las garantías del gobernado por lo cual no sólo son de corte individual sino social y colectivo también, en virtud de que lo que se trata de proteger es la seguridad que el Estado

¹²⁵ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge. Derecho Punitivo. Teorías sobre las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Trillas, México, 1995, p. 72

¹²⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Op. Cit. p. 67.

establece a favor de todos los habitantes de la República y la correlativa obligación de la autoridad pública de respetarlas y hacerlas efectivas. No debemos olvidar que en materia penal los artículos 14,16,17,18,19,20,21,22 y 23 entrañan una íntima vinculación con los fines de la pena.

En el Estado liberal, el ejercicio de los poderes públicos respeta garantías formales, límites que aseguran la salvaguarda de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. La defensa de la sociedad por parte del Estado, basada en la división de poderes y el principio de legalidad, da como resultado que en el ámbito penal no haya pena sin delito, pues no se puede castigar o imponer una sanción a una persona si su conducta no es típica, apegada a lo estrictamente establecido en la ley penal. Sin embargo, el contenido del castigo dentro del ámbito de la ideología liberal, va acompañado de exigencias políticas antes que morales, ya que estas últimas pueden cambiar con el tiempo. Por ello, la pena en el Estado liberal se encuentra revestida de un contenido de justicia conmutativa.

___ En la teoría de la "prevención general positiva no basta la infracción de la norma para recurrir a la pena para conservar - como dice Jakobs - la norma como pauta de orientación social. Por ello, la pena no sigue a toda infracción de la norma...la pena no interviene cuando no se puede considerar al autor competente para desautorizar a la norma o éste actúa en una situación especial o cuando existen otras posibilidades de reacción."¹²⁷

De hecho, como se dijo al finalizar el capítulo segundo, la introyección de valores es de suma importancia en la socialización de un individuo y es precisamente estas teorías de la prevención general positivas las que aluden a la misión ético-social cuando apuntan que "el fin del Derecho penal radica, en primer

¹²⁷ GARCÍA PÉREZ, Octavio. La punibilidad en el Derecho penal. Editorial Arizandi, Panplona, España. 1997, p. 350.

lugar, en la internalización y fortalecimiento de los valores plasmados en las normas jurídico penales en la conciencia de los ciudadanos."¹²⁸

4.4.2. Fines de la privación de la libertad como pena.

Las penas privativas de libertad, como lo indica su nombre, consisten en privar de la libertad al sentenciado, internándolo en un lugar o institución especialmente para ello y sometido a un régimen de custodia o castigo o de tratamiento rehabilitatorio, según las últimas teorías penitenciarias; esto, como reacción al exceso, abuso y nulo efecto de la pena de muerte aplicada a fines del siglo XIX.

La cárcel, creada para evitar la fuga del delincuente en tanto se le resolvía el juicio y se ejecutaba la pena de muerte, se convirtió con el tiempo en el lugar destinado a la ejecución de penas cortas de privación de libertad hasta ser sustituida por las prisiones. Las principales pena privativas de libertad han sido y son el arresto, la reclusión (para ejecutar penas más cortas que en la prisión) y el presidio (lugar en donde generalmente se ejecutaban trabajos forzosos y por un tiempo más largo). En la actualidad, nuestro sistema penal sólo incluye a la prisión en el catálogo de penas.

La cárcel, cuya raíz se encuentra en la palabra *coercere*, significa encierro forzado, nació en la antigua Roma con la creación de edificios espantosos y desoladores pero estrictamente seguros. En la Edad Media, la cárcel es aplicada por el derecho canónico a los herejes y clérigos que hubieran infringido las normas religiosas con el fin de lograr su arrepentimiento. Durante el feudalismo prolifera como medio de explotación de la mano de obra de vagabundos, ociosos, ladrones, prostitutas, delincuentes menores, mendigos, etc., más que como una forma de castigo por la conducta desplegada en beneficio de una industria incipiente pero prometedora.

¹²⁸ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc, Argentina, 2001, p. 49.

Posteriormente, al aumentar el empleo de las máquinas en la industria se dio un crecimiento desmesurado de una clase social pauperizada cuya principal ocupación era el pillaje, por lo que la burguesía vio en la cárcel una forma de intimidación, de control y de castigo para quien delinquía, convirtiéndose de esta forma la cárcel en prisión.

Se afirma que la prisión es un invento norteamericano por parte de los colonizadores del norte de América (específicamente los de Pennsylvania) quienes habían sufrido en Inglaterra la encarcelación por sus ideas religiosas de tal modo que las penitenciarias creadas por ellos a fines del siglo XVI estuvieron marcadas por principios teológicos y morales. Fue la crisis del feudalismo, el desprestigio de la pena de muerte, su falta de intimidación en el delincuente, la utilidad de la mano de obra de los presos y la idea redentora del trabajo llevó a la cárcel a convertirse en penitenciarías como imposición de una penitencia al reo con fines de arrepentimiento y deseos de encaminarse hacia el bien.

Norteamérica produjo tres regímenes penitenciarios a saber, el filadélfico o opensilvánico, el auburniano y el de Elmira cuya evolución desde el aislamiento total, pasando después por el trabajo en la celda, y posteriormente en común en el exterior pero bajo la regla del silencio hasta permitirles la visita del capellán en su celda así como la lectura de la Biblia, son los antecedentes más remotos del modelo de régimen progresivo técnico de hoy en día.

En México, la penitenciaría de Lecumberri que se había iniciado en 1885 fue inaugurada el 29 de septiembre de 1901 con una estructura radial acorde a su época; en 1857 se inauguró la Penitenciaría de Santa Martha Acatitla con un sistema arquitectónico de pabellones marcando una nueva época para el penitenciarismo mexicano, cuando además ya se había celebrado el Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuentes y surgido también las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Lecumberri quedó entonces como prisión preventiva hasta que se

construyeron, en la década de los años setentas, los tres reclusorios preventivos oriente, sur y norte.

Finalmente, entre los años 1965-1966 se construyó en el Estado de México, por primera vez en la historia de nuestro país una institución orientada íntegramente a la readaptación social del interno.

Por otra parte, en el Plan Nacional de Desarrollo de 1995-2000 se aprueba y se publica por primera vez un Programa de prevención y Readaptación Social incluyendo en uno de sus rubros la readaptación social de quien delinque bajo el modelo progresivo-técnico, la infraestructura penitenciaria, la actualización de expedientes y libertad anticipada y prevención del delito, entre otros.

El modelo progresivo-técnico bajo el cual el Estado pretende readaptar al sentenciado (artículo 18 Constitucional), está basado en un conjunto de actividades realizadas independientes unas de otras pero unidas para un mismo fin. Consta según la Ley de Normas Mínimas de períodos de estudio y diagnóstico para determinar su estado físico y mental al momento de cometer el delito, identificarlo y clasificarlo en cuanto al dormitorio y sección donde deberá quedar internado, así un tercer período de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional, cuya base es el resultado del estudio de personalidad que se practique al reo, analizado periódicamente, y que comprende exámenes de carácter médico, psicológico, psiquiátrico, pedagógico, laboral, de conducta, jurídico y de trabajo social.

“1. Una clasificación penitenciaria puede hacer con base en criterios de sexo, edad, trabajo, salud psíquica y física; 2. Duración de la pena y condición ocasional o habitual del reo; 3. **Deben existir establecimientos para a) Penas cortas y largas de prisión, b) para varones y jóvenes, c) para jóvenes y adultos, e) enfermos físicos, débiles físicos y débiles mentales;** 4. Establecimientos a base del trabajo industrial, colonias a base de trabajo agrícola y prisiones-escuela; 5.

Que funciones en las prisiones preventivas anexos psiquiátricos; 6. Establecimientos para condenados y preventivos políticos."¹²⁹

Debemos recordar que simultáneamente a los fines retributivos y de prevención especial de la pena, aparece el de prevención general donde la aplicación de la sanción debe permitir la intimidación al resto de la sociedad para no delinquir mediante penas duras; sin embargo, la idea resocializante, readaptadora de la pena de prisión sobre el condenado se puso en tela de juicio con la reincidencia. Los investigadores argumentan que la reincidencia no debe analizarse en forma generalizada para todos los delitos sino por el tipo de delito y aún dentro de un mismo tipo de delito, sus variantes o modalidades.

La criminología, por su parte, ha arrojado estudios que sostienen que el carácter intimidatorio de la pena no necesariamente conlleva a una disminución del delito, pues influye en ello, la clase de delito y el tipo de sociedad a la que se dirige, de los individuos que la componen, de la forma de transmitir la amenaza, de la aplicabilidad y credibilidad de la misma y de sus consecuencias, sin embargo, "la pena sigue aún desempeñado una función moral y social importante."¹³⁰

4.4.3. Fines de la reparación del daño como pena.

Las penas pecuniarias se definen como aquellas que implican la privación de la propiedad o de la posesión de objetos o cosas con que se cometió el delito o bien constituyen el producto del mismo, conocidas como decomiso, en tanto hay una repercusión en el patrimonio del sentenciado, y reparación del daño en términos económicos a favor del ofendido; sin embargo, la multa, también es una pena pecuniaria aunque con perfiles diferentes.

La reparación del daño, de importancia sustancial en los delitos patrimoniales pero también en los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia

¹²⁹ CARRANCÁ y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario. Cárcel y penas en México. Editorial Porrúa, México, 2000, p. 454.

¹³⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Op. Cit. p. 147

Familiar, consiste en el pago obligatorio que debe hacer el responsable de un delito, a la persona que dañó con su conducta delictiva. En México, a esta pena se le ha dado el carácter de "pública" en razón de que el Ministerio Público debe solicitarla de oficio cuando sea exigible directamente al responsable del delito puesto que si es exigible a terceros, entonces, tendrá el carácter de responsabilidad civil. En el caso de que el Representante de la sociedad deba exigirla, durante el proceso se deberán haber ofrecido todos aquellos elementos de convicción que demuestren el daño o perjuicio causado por el procesado.

Si los fines de la pena dependen, de la clase de delito, del tipo de delincuente, de la magnitud de daño causado o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, etcétera, debemos, sin embargo, recordar el concepto de justicia esgrimido por Ulpiano que dice: "Justicia es dar a cada quien lo que le corresponde".

"El delito causa un daño social y, a menudo, otro particular que afecta los bienes de cierto individuo y del que se desprende la obligación de reparar. Un legislador mexicano dijo hace más de un siglo: Sin la facultad de obtener una reparación del perjuicio, es para el ofendido, de importancia secundaria que se castigue al delincuente (Ignacio Mariscal)."¹³¹

En este sentido, la reparación del daño en los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar implica el pago de los alimentos no proporcionados a la víctima, lo que desde luego le ha causado un daño o perjuicio de carácter económico, en la medida que los alimentos son una obligación intrínseca del sentenciado y un derecho de orden primordial para la víctima que de cualquier manera tuvieron que cubrirse, ya fuere pidiendo dinero prestado, dejando a los hijos al cuidado de otra persona, reduciendo gastos o asumiendo la obligación del propio responsable de pagarlos.

¹³¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga Islas de González Mariscal. Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre la Justicia Penal Fernando Castellanos. UNAM, 2002, pp. 136-137.

4.5. Consideraciones de política criminal en torno a los sujetos activos y a los sujetos pasivos en atención a la seguridad de la subsistencia familiar.

Cabe mencionar que la evolución del derecho penal se ha dado con el desarrollo mismo de la humanidad, pero el perfil que posee en la actualidad, surge a partir de la obra de los humanistas del siglo XVIII como Beccaria. Su consolidación propiamente inicia con Francisco Carrara en 1859 cuando definió al delito como "un ente jurídico, promulgado por el Estado para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".¹³²

De la definición dada por uno de los clásicos del derecho penal se desprenden no un concepto jurídico y uno moral sino también el referente a la política criminal cuando señala como función del Estado, la valoración de un hecho como dañoso o lesivo. En efecto, la política criminal, como parte de las ciencias penales, implica la actividad del Estado con fines de combatir la delincuencia a través de toda clase de recursos jurídicos, políticos y sociales. Desde luego, hoy día, la criminología, otras de las ciencias penales, desempeña en dicha función valorativa un papel muy destacado pues aporta investigaciones sobre la criminalidad y la personalidad del delincuente. Hasta apenas la segunda mitad del siglo XX es cuando se admite que el estudio del fenómeno criminal debe realizarse desde tres perspectivas: derecho penal, criminología y política criminal porque la norma jurídica, producto de la política criminal, debe encontrar su fundamento en la criminología.

De hecho, la política criminal provocó un cambio sustancial en la concepción del derecho penal y de la pena misma, en el sentido de que partiendo del significado de la palabra "política", como expresión de "utilidad social", la política criminal también debe tener un fin útil, socialmente hablando, es decir, el derecho penal como parte de la política criminal del Estado debe servir para la

¹³² ORELLANA WIARCO, Octavio. Op. Cit. p. 87-87.

prevención de los delitos y de protección de los bienes más importantes de la sociedad.

En México, el gobierno federal promovió modificaciones constitucionales en diciembre de 1994, en torno a las funciones gubernamentales de seguridad pública y la necesidad de coordinación entre los distintos niveles de gobierno en ese ámbito, así como la modernización del Poder Judicial de la Federación y de los estados de la República. Se expidieron y pusieron en marcha el Plan Nacional de Desarrollo y los Programas Nacionales de Seguridad Pública y Procuración de Justicia que vincularon a la administración durante el período 1995-2000 y en donde se establecieron los objetivos, metas, estrategias y líneas de acción para mejorar y ampliar los servicios de justicia y seguridad pública así como para abatir los índices delictivos y la impunidad.

En 1995 el Ejecutivo Federal impulsó una Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia la cual se concretizó en diciembre de 1998 en la cual se contemplaron la puesta en marcha de facto, ocho puntos a saber:

___ Mejoramiento del Personal, a través de la capacitación y del combate a la corrupción;

___ Aumento del Personal, a través de la apertura de plazas nuevas para duplicar el número de agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial:

___ Incorporación de Tecnología Avanzada, para impulsar los sistemas de comunicación, información e inteligencia;

___ Apoyo a la infraestructura, mediante obra pública que amplíe los espacios de reclusión:

___ Equipamiento, para fortalecer el combate al delito

___ **Revisión del marco legal, para facilitar la lucha contra la delincuencia y promover penas más severas;**

___ Coordinación entre los Niveles de Gobierno, para homologar información, equipamiento, comunicación, archivos, capacitación y otras materias;

___ Participación de la Comunidad, regulando los servicios privados de seguridad, instalando comités de consulta y participación ciudadana y mejorando la organización comunitaria.

Por otra parte, "En el seno mismo de los debates nacionales sobre la Reforma Penal Integral, convocados por la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados durante 1992, se hicieron planteamientos diversos en torno a la necesidad de actualizar nuestro Derecho penal sustantivo y adjetivo y de ejecución de sanciones. Fue un proceso de debate y consulta nutrido y vigoroso, que arrojó resultados muy importantes a considerar en los esfuerzos de modernización de nuestro régimen de justicia y de seguridad pública.

De esos resultados surgió la ya comentada reforma constitucional de 1993, pero también, la necesidad de darnos una legislación penal nueva, que con concepciones integrales y orientando una Política Criminológica actualizada, que viniera a darle a México su nuevo perfil en estas materias; de ahí, se retomaron y discutieron los proyectos de Código penal y de procesales penales, federal y del fuero común, que se habían redactado y adecuado, por diversas comisiones de juristas que funcionaron desde 1984, primero en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, posteriormente, en el seno de la Comisión de Seguridad Pública del IEPES del PRI, en los prolegómenos de la administración pública federal 1988-1994; después, en la Comisión *ad-hoc* que se integró en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para continuar en la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados..."¹³³

La Política Criminal, como parte de las Ciencias Penales, surge con Feuerbach, término que evolucionó al de Política Criminológica, en razón de que el concepto "criminal" alude sólo a consideraciones relacionados únicamente al delito, mientras el de "criminológica" es más amplio y por tanto ligado al concepto de "política" alude a todas aquellas circunstancias e instrumentos que tiene a su

¹³³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. Op. Cit., p. 170.

cargo el estado, para atender eficazmente tanto la prevención como la persecución y sanción del delito.

La Política Criminológica es “el conjunto de respuestas que el Estado pone en juego, en un momento determinado, para prevenir y reprimir legalmente la actividad delictiva y tiene como temas principales:

- La Política General, Política Criminológica, Política Social.
- La prevención, concepto, fin.
- Los programas y prioridades.
- La evaluación.
- **La política legislativa.**
- La política policial.
- **La política penitenciaria.**
- **Los sustitutivos penales.**
- La peligrosidad sin delito.
- Los cambios de estructuras.¹³⁴

Como se puede observar, la Política Criminológica tiene ámbitos de competencia que van más allá de la prevención del delito, pues se relaciona con todas y cada una de las fases del Sistema Integral de Justicia y Seguridad Pública, las cuales tienen que ver con conductas sancionadas penalmente por el Estado y que a saber son: seguridad pública; procuración de justicia; impartición de justicia; readaptación social; y postpenitenciarismo.

Fases cuyo funcionamiento es de manera cíclica pero en las cuales, la de seguridad pública, específicamente en lo correspondiente a la prevención general y especial, encabezan el Sistema Integral de Justicia arriba mencionado, dado que el Estado utiliza, instrumentos, mecanismo y políticas públicas para disuadir, disminuir y combatir **los factores criminogénicos** a través de educación,

¹³⁴ SALAS CHÁVEZ, Gustavo R. El Sistema Penal Mexicano. Estado, Justicia y Política Criminal. Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 42-43.

vivienda, salud, deporte y empleo para lograr un adecuado desarrollo social; en tanto la prevención especial del delito se realiza con acciones directas para combatir las conductas sancionadas penalmente a través de la función policial y de procuración de justicia.

En este sentido, la fase correspondiente a la impartición de justicia así como la política legislativa constituyen la base de una política criminológica adecuada en el tratamiento de los delitos, y en el caso de los cometidos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar las Ciencias Penales deben hoy, ser un instrumento de apoyo mucho más utilizado de lo que podría pensarse.

Lo anterior, tomando en cuenta que los delitos contra la salud, el secuestro, el robo de vehículo y los delitos de cuello blanco, cometidos bajo la figura de delincuencia organizada, así como el homicidio, las lesiones y la violación, son los más preocupantes social y legalmente hablando, razón por la que el Estado destina grandes recursos económicos para su combate; sin embargo, gradualmente, los delitos cuyo impacto social es de largo plazo por afectar interés no colectivos, sino de un núcleo mucho más reducido como es la familia, han venido creciendo de manera considerable. El incumplimiento de las obligaciones familiares son cada día más frecuente de lo que los legisladores pudieran pensar y de lo que la sociedad, tarde o temprano podrá tolerar, dado que constituye un germen propicio para el desarrollo de conductas delictivas por parte de aquellos niños que sufren los delitos motivo de este estudio.

El probable responsable de la comisión de los delitos que atentan contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar posee un perfil delincencial muy *sui generis*, distinto del delincuente convencional (violento, labioso, egocéntrico etc.), razón por la cual uno de los instrumentos de la política criminológica para la atención de los delitos mencionados, deben ser las investigaciones aportadas por las ciencias penales como la Sociología Criminal, la Antropología Criminal, la Psicología Criminal, la Estadística Criminal y fundamentalmente la Criminología.

Conocer las causas sociales del incumplimiento de las obligaciones alimentarias, la personalidad psíquica del sujeto activo de los delitos en estudio, el ámbito físico y social en que se ha desarrollado éste, los procesos psicológicos de su mente, la observación y cálculo de la incidencia en la vida cotidiana de estos fenómenos delictivos así como el estudio de los mismos desde puntos de vista empíricos y psicológicos, desprovisto de tintes religiosos, éticos y jurídicos, incidiría en la punibilidad, pena y punición más adecuadas para su prevención y represión plenamente eficaz; en otras palabras, con la finalidad de reducir su comisión y su reincidencia, pero sobre todo la readaptación del sujeto activo.

En cuanto a la víctima de estos delitos, como muchos juristas han precisado, lo fundamental es la efectividad de la reparación del daño pero también el posterior cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del responsable del delito.

La Política Penal como parte de la Política Criminal ha considerado dentro de sus acciones la real y efectiva Reparación del Daño en los casos que proceda; de hecho en el nuevo Código Penal vigente para el Distrito Federal se legislaron diversos aspectos en torno a dicha reparación, como por ejemplo la creación de un Fondo exclusivo para ese efecto; se fijó la preferencia de su pago de cualquiera otra sanción pecuniaria u obligación contraída con posterioridad, excepto alimentos y relaciones laborales.

Algo muy importante fue que se declaró al Gobierno del Distrito Federal como responsable solidario de los delitos cometidos por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de sus funciones y como consecuencia de ello, se les condene a la reparación de daño; la coadyuvancia del ofendido con el Ministerio Público para acreditar su existencia e inclusive la posibilidad de que la víctima o el ofendido en forma autónoma impugne las resoluciones administrativas o jurisdiccionales e incluso hasta trabajo realizado por el sentenciado a favor de la víctima, no como reparación del daño sino como pena pública.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también fue reformada de modo tal que en la actualidad el artículo 20 contiene un apartado exclusivo sobre los derechos de la víctima, que en teoría fue mejorado para, efectivamente, lograr que ésta, tenga una participación activa, que a la letra dice:

B. De la víctima u ofendido.

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso; y a que se desahoguen las diligencias correspondientes;

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgado no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria;

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación y secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Otra de las modificaciones recae precisamente sobre la Reparación del Daño, pues antes de ellas el derecho para ejecutarla era de dos años, en tanto ahora el artículo 116 de dicho ordenamiento señala que la potestad para ejecutarla es de un tiempo igual al de la pena privativa de libertad impuesta. Ello sin duda, beneficia a víctimas de delitos en los cuales el sentenciado no tiene derecho a

ningún sustitutivo penal ni suspensión condicional de la pena, razón por la cual ignora la reparación del daño como parte de su pena, pues no se veía obligado a cumplirla.

“Un Código Penal es el producto de una múltiple selección que responde a determinados principios y aciertas circunstancias. Las selecciones político-criminales que informan el conjunto de la legislación penal, se refieren a los bienes protegidos y a las fórmulas adecuadas para protegerlos (selección de tipos); a la calificación del sujeto como responsable de los hechos que realiza (selección del delincuente); a la naturaleza, intensidad y objetivo de las reacciones jurídicas frente a la conducta ilícita (selección de sanciones); al método para identificar el supuesto de las sanciones y disponer las consecuencias correspondientes (selección de proceso), y a la forma de cumplir esas consecuencias (selección ejecutiva).

Éste es el escenario en el que se plantea el encuentro dinámico entre los personajes de la dialéctica penal: inculpado, ofendido, sociedad, Estado. Si las selecciones son el dato sustancial del orden penal, el ejercicio de equilibrio es el dato instrumental que opera en la formulación de tipos, la caracterización del delincuente, la elección de sanciones, el carácter y desarrollo del proceso y la ejecución de la condena.”¹³⁵

Finalmente, vale la pena recordar que la última *ratio* del Estado tiene por fin primordial la conservación del orden social y hoy día, el moderno Derecho Penal invoca como medio para lograrlo la rehabilitación de quien ha infringido la norma penal. Estado de derecho infranqueable en un sistema político que se dice democrático, humanista y garantista.

¹³⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Olga Islas González Mariscal. Op. Cit. p. 125.

CONCLUSIONES

1. El desarrollo de la familia, como forma de organización social primaria, fue casi en paralelo a la evolución del hombre ya que dentro de sus fines principales siempre ha estado la certeza de la transmisión de los bienes a su descendencia legítima.
2. El reconocimiento jurídico de la comunidad de vida entre un hombre y una mujer ha sido uno de los avances más importantes del Derecho toda vez que la base más cierta de la familia ha sido el matrimonio.
3. En México, las leyes de reforma fueron punta de lanza para el control del matrimonio que junto con otros actos jurídicos, salió definitivamente del fuero eclesiástico, tomando nuevos matices, derechos y obligaciones entre los consortes y de éstos para con sus hijos. Desde entonces y a partir de la creación del Registro Civil y los distintos Códigos Civiles que rigieron en el país formalmente a partir de 1871, 1884 y 1928, sin olvidar la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se desarrollaron y perfeccionaron con el paso del tiempo figuras íntimamente relacionados con el matrimonio como el parentesco, la filiación, la patria potestad, el concubinato, el divorcio y los alimentos.
4. La importancia de los alimentos en el derecho familiar ha sido tal que en cuanto a divorcio se refiere, las legislaciones de casi todos los países latinoamericanos, europeos y hasta los orientales son muy semejantes, en virtud de establecerlos como un derecho para el cónyuge inocente.
5. En los últimos cuatro años, la Asamblea legislativa del Distrito Federal modificó significativamente aspectos relacionados con los alimentos como el incluir en el concepto de éstos los gastos de parto y la atención geriátrica de los adultos mayores; equiparar al hijo adoptado con el consanguíneo para todos los efectos legales; reconocer a los concubinos el derechos de alimentos al finalizar su unión; y precisar que los menores de edad, los discapacitados, los sujetos a estado de

interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos, entre otras reformas, fundamentando así los principios de solidaridad, consideración y respeto recíprocos que deben regir las relaciones familiares.

6. No obstante, la inexistencia de formalidades para acudir al juez familiar y operar la suplencia de la queja, el procedimiento civil puede resultar insuficiente para lograr el cumplimiento de la obligación alimentaria en el momento de no poder hacer efectiva una pensión provisional cuando el deudor alimentario trabaja en forma independiente y se niega a cumplir con ella, pues el Código Civil vigente para el Distrito Federal no contempla ninguna medida coercitiva eficaz para lograr su cumplimiento.

7. Las medias de apremio resultan ineficaces en la ejecución de una sentencia definitiva y firme, en los casos de deudores alimentarios que carecen de bienes propios susceptibles de embargarse, mientras que la pérdida de la patria potestad impuesta como sanción en un juicio al deudor alimentario, tiende más bien a salvaguardar la integridad física y emocional del acreedor sujeto a ella.

8. La utilización de los términos necesidades de subsistencia y obligación alimentaria en forma indistinta en los tipos penales correspondientes a la seguridad de la subsistencia familiar crea una laguna respecto al contenido de los mismos, pues la doctrina ha sido unánime en restringir el primer concepto al no incluir en él los recursos para la educación formal. Esto entraría en contradicción con lo estipulado en el artículo 31 constitucional donde se señala la obligación de todos los mexicanos de enviar a sus hijos a la escuela primaria y secundaria sean públicas o privadas.

9. La punibilidad de los tipos penales que alberga el artículo 193 del Código Penal vigente para el Distrito Federal permite al inculpado enfrentar el procedimiento de averiguación previa y el proceso penal en libertad y sin erogar recursos

económicos en cuanto a la misma y, en los casos de los diversos 194 y 195 del mismo ordenamiento el indiciado gozará de la libertad provisional bajo caución en juzgado penal, existiendo así el riesgo de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia en cualquier momento.

10. La libertad provisional bajo caución establece entre sus requisitos que el inculcado garantice la reparación del daño, sin embargo en caso de que éste se sustraiga de la acción de la justicia, dicha garantía no se entrega a la víctima u ofendido de los delitos en comento sino que pasa al Fondo para la Reparación del Daño a las víctimas del delito.

11. Las penas con que se sancionan los delitos cometidos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar contenidos en el artículo 193 antes mencionado, son pena de prisión o multa además de la reparación del daño, dejando fuera un aspecto fundamental, que el inculcado otorgue garantía suficiente sobre las necesidades de subsistencia del futuro mientras que en el tipo penal contenido en el diverso 194 sólo se señala la facultad del juez para resolver sobre la aplicación del producto del trabajo que realice el agente para la satisfacción de las obligaciones alimentarias omitidas.

El Estado acepta extinguir la pretensión punitiva en nombre de la víctima en tratándose de delitos que se persiguen de oficio y hasta decide unilateralmente no ejecutar la pena impuesta (sin tomar en cuenta la decisión del querellante, en su caso) si el inculcado acepta otorgar dicha garantía, cuando esto debería ser parte de la pena misma.

12. Si el sentenciado no opta por garantizar el cumplimiento de su obligación alimentaria en el futuro, tendrá de cualquier modo derecho a la conmutación de la pena de prisión por la sustitución de penas o suspensión condicional de la pena, obligándose sólo al pago de los recursos económicos omitidos en el pasado.

PROPUESTAS

1. En los delitos contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar la víctima u ofendido posee calidades específicas que en otras conductas delictivas generan la tipificación de la misma como grave en virtud de la punibilidad impuesta o bien incrementa la penalidad del tipo básico, tal es el caso del homicidio en razón del parentesco (10 a 30 años); inducción al suicidio (se sanciona de acuerdo al homicidio o lesiones calificadas); lesiones, si se inferen con crueldad o frecuencia a un menor de edad o a un incapaz, sujetos a la patria potestad o tutela o custodia del agente ya que se incrementa la sanción prevista en dos terceras partes; secuestro (15 a 40 años) cuando se trata de menor de edad o persona mayor de sesenta, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad; sustracción y corrupción de menores (5 a 15 y 6 a 10 años); pornografía (6 a 14 años).

En consecuencia, la punibilidad asignada a la protección del bien jurídico tutelado en los delitos en comento supra, debe incrementarse en atención precisamente a la calidad específica de la víctima u ofendido, vulnerable respecto a cualquier otra persona susceptible de resentir una conducta delictiva.

2. Dentro de las circunstancias agravantes de la pena de prisión a imponer en la comisión de delitos graves o no graves, es también esta misma calidad específica de la víctima u ofendido, señalada en el punto anterior. Tales son los casos de violación (Art. 178, II), despojo (238, 2º párrafo), violación y abuso sexual (Art. 178, II); extorsión en contra de personas mayores de sesenta años (Art. 326, 2º párrafo).

En este sentido, los delitos que atentan contra la Seguridad de la Subsistencia Familiar son cometidos bajo circunstancias que pueden considerarse agravantes, distintas de la contemplada por el legislador en el artículo 198 del

Código Sustantivo de la materia, como son abandonar sin recursos para atender las necesidades de subsistencia:

- a) A quien no cuente con familiares cercanos a quien recurrir;
- b) Al cónyuge, concubina o concubinario que no realice trabajo remunerado;
- c) A hijos menores de 12 años, discapacitados o incapaces, personas mayores de sesenta años de edad que no sean independientes económicamente o sus ingresos no les permiten tener un modo digno de vida, aunque se dejen al cuidado de otra persona.

3. En los casos en que la víctima u ofendido no hayan tramitado un juicio de alimentos por la vía civil, puede incluirse una circunstancia atenuante de la pena autónoma, con relación al tiempo transcurrido desde la omisión de recursos para proveer a las necesidades de subsistencia familiar. Es decir, entre menor tiempo pase en proporcionar nuevamente dichos recursos, menor será la pena de prisión a imponer.

4. Con base en el principio de carácter civil sobre la presunción de necesitar alimentos que gozan los menores de edad, los discapacitados o incapaces y la cónyuge o concubina, debe incluirse en esta categoría a las personas mayores de sesenta años.

5. En este sentido, tomando en cuenta el carácter doloso de los delitos en comento, la relación entre sujeto activo y pasivo, el tiempo transcurrido desde la omisión en proporcionar recursos a la víctima u ofendido, la mayor o menor confiabilidad de que el inculpado no se sustraerá de la acción de la justicia, los mínimos y máximos de la pena de prisión deben elevarse de modo que la media aritmética de estos delitos no permita al inculpado obtener la libertad provisional. Por ejemplo, de 3 a 8 años de prisión para el sólo efecto de garantizar la presencia de éste último en el procedimiento penal.

6. Las penas asignadas a estos delitos deben incluir que el inculcado otorgue garantía suficiente y bastante para el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias y no intercambiarla por la extinción de la pretensión punitiva o la no ejecución de la pena ya impuesta. Recordemos que el bien jurídico tutelado comprende necesidades de subsistencia u obligaciones alimentarias del pasado y para el futuro, bajo ciertas circunstancias.

7. Si la base de nuestro sistema penal es la readaptación social con base en la educación, el trabajo y la capacitación para el mismo dentro de los reclusorios y penitenciarias, es necesario considerar como medio de dicha incorporación a la sociedad del sentenciado que estará en libertad después de concluir el proceso penal (como es el caso de los delitos contra la seguridad de la subsistencia familiar) un tratamiento terapéutico que le permita introyectar los valores que precisamente por carecer de ellos, conculcó la norma penal.

8. Aunque la reincidencia fue eliminada de nuestro ordenamiento punitivo por considerarla un instrumento de juzgamiento de hechos pasados ya sancionados por el órgano jurisdiccional, en estos delitos es necesario contemplar la necesidad de observar la reincidencia para imponer un mayor tiempo de readaptación a quien delinque.

9. Con base en lo dispuesto por el artículo 72 del Código Sustantivo de la materia que trata sobre la individualización de la pena de prisión, las punibilidades antes mencionadas como una mera propuesta, por ser las que permiten que la media aritmética alcance lo mínimo posible para considerar los delitos analizados, como graves, deben aplicarse a la letra y garantizar así la realización de un derecho humanista para las partes involucradas en la comisión de un delito: el inculcado, la víctima u ofendido y la sociedad misma.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del Derecho Penal. Editorial Ad-Hoc, Argentina, 2001.
- 2.- AMUCHATEGUI REGUENA, Griselda. Derecho Penal. Segunda Edición, Editorial Oxford University Press, México, 2000.
- 3.- BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. El Derecho de Alimentos, Doctrina, Jurisprudencia y Nuevos Formularios. Editorial Sista, México, 1991.
- 4.- BAQUEIRO ROJAS, Edgar, BUENROSTRO, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Harla, México, 1990.
- 5.- BEGNÉ, Patricia. La mujer en México. Su situación legal. Editorial Trillas, México, 1999.
- 6.- BELLUSCIO, Antonio César. Derecho de Familia. Matrimonio (divorcio). Tomo III, Volúmen III, Editorial DEPALMA, México, 1981.
- 7.- BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. Tercera Edición, UNAM, México, 1990.
- 8.- CARRANCÁ y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México. Editorial Porrúa, México, 1986.
- 9.- CIENCIAS SOCIALES, TERCER GRADO. México, su evolución cultural. Décima primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1989.
- 10.- CIENCIAS SOCIALES, SEGUNDO GRADO. Culturas, Sociedades y Naciones. Volúmen I. Décima séptima Edición, CONAFE, CNIE, Porrúa, México, 1990.
- 11.- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Décima séptima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 12.- CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 13.- CHIHINO LIMA, Marco Antonio. Las formalidades externas en el procedimiento penal mexicano. Editorial Porrúa, México, 2000.

- 14.- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- 15.- DÍAZ ARANDA, Enrique. Causalismo, Funcionalismo y la Reforma Penal en México. Editorial Porrúa, México, 2001.
- 16.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alberto. Derecho Civil. Parte General. Personas, Cosas y Negocio Jurídico e Invalidez. Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
- 17.- Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México. UNAM, México, 1996.
- 18.- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2004
- 19.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 20.- _____ Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas y Familia. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1976.
- 21.- GALVÁN RIVERA, Flavio. El concubinato en el vigente Derecho mexicano. Editorial Porrúa, México, 2003.
- 22.- GARCÍA PÉREZ, Octavio. La punibilidad en el Derecho Penal. Editorial Aranzandi, Pamplona, España, 1997.
- 23.- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Análisis del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras Jornadas sobre Justicia Penal. Fernando Castellanos Tena. UNAM, México, 2002.
- 24.- GARCÍA SIMERMAN, Josefina. Derecho Familiar. Antología. Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, División de Universidad Abierta, UNAM, México, 1991.
- 25.- GIBSON, Charles. Los aztecas bajo el dominio español (1519-1810). Décima primera Edición, Editorial Siglo XXI, México, 1991.
- 26.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Política Criminológica. Segunda Edición, Editorial UNAM, Porrúa, México, 2000.

- 27.- GRANADOS ATLACO, José Antonio y Miguel Angel. Teoría del delito. Segunda Edición, UNAM, Facultad de Derecho, Sistema de Universidad Abierta, División de Universidad Abierta, México, 1996.
- 28.- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. Derecho de Familia. Editorial UNACH, México, 1985.
- 29.- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. El proceso penal mexicano. Editorial Porrúa, México, 2002.
- 30.- LEMUS GARCÍA, Raúl. Derecho Romano (Compendio). Cuarta Edición, Editorial Limusa, México, 1979.
- 31.- LEYVA, Gabriel y CRUZ PONCE, Lisandro. Edición conmemorativa del 50 aniversario del Código Civil para el Distrito Federal. Concordancias y Compilaciones de Jurisprudencia. Editorial UNAM, Facultad de Derecho, México, 1982.
- 32.- LÓPEZ BETANCUORT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 33.- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Antonio. Atributos de la personalidad. Tomo II, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 34.- _____ Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 35.- MANZANILLO, Linda, LÓPEZ LUJAN, Eduardo. Historia Antigua de México. El horizonte preclásico y algunos aspectos intelectuales de las culturas mesoamericanas. Volúmen III, Editorial INAH, UNAM, Porrúa, México, 1995.
- 36.- MÉNDEZ MORALES, L. Silvestre. Dinámica Social. Curso de Universidad Abierta. Tercera Edición, Facultad de Contaduría y Administración, UNAM, México, 1981.
- 37.- MOTILLA, Agustín y LORENZO, Paloma. Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho Español. Editorial Colex, Madrid, España, 2002.
- 38.- OJEDA VELÁZQUEZ Jorge. Derecho punitivo, Teorías sobre las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Trillas, México, 1993.

- 39.- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. La individualización de la pena de prisión. Editorial Porrúa, México, 2003.
- 40.- OSORIO y NIETO, César Augusto. La averiguación previa. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 41.- PADIAL ALBÁS, Adoración. La obligación de alimentos entre parientes. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- 42.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décima sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- 43.- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. La obligación alimentaria. Deber jurídico y moral. Segunda Edición, Editorial Porrúa, UNAM, México, 1988.
- 44.- PORTE PETIT, Celestino Candaudap. Dogmática sobre la vida y la salud personal. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 45.- _____ . Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Décima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- 46.- RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad. Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
- 47.- REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General del Delito. Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 48.-. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia. Vigésima primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- 49.- SALAS CHÁVEZ, Gustavo. El Sistema Penal Mexicano. Estado, Justicia y Política Criminal. Editorial Porrúa, México, 2002.
- 50.- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo. El parentesco en el Derecho Comparado. Editorial Porrúa, México, 2003.
- 51.- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Rafael. Derecho Civil. Parte General. Personas y Familia. Editorial Porrúa, México, 1998.
- 52.- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. Génesis y Desarrollo de la Cultura Jurídica Mexicana. Editorial Porrúa, México, 2001.
- 53.- SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Segunda Edición, Editorial Harla, México, 1996.

- 54.- SOSA ORTIZ, Alejandro. El Cuerpo del Delito. La problemática en su acreditación. Editorial Porrúa, México, 2003.
- 55.- VERGARA TEJEDA, José Moisés. Manual de Derecho Penal. Parte General. Angel Editor, México, 2002.
- 56.- ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II, Segunda Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

HEMEROGRAFÍA.

- 1.- Revista Marie Claire, Año 13, No. 3, Testimonios, Divorcio en Cuba, marzo de 2002, México.
- 2.- Revista Themis, Nueva Generación, Año 2, No. 3, El derecho de alimentos en la familia náhuatl, enero-junio de 2001.

LEGISLACIÓN.

- 1.- Código Civil Colombiano, Compilado por Jorge Ortega Torres, Novena Edición, actualizada, Editorial Themis, Bogotá, Colombia, 1983.
- 2.- Código Civil de España, Edición anotada, Segunda Edición, Editorial Bosch, España, 1989.
- 3.- Code Civil, Ediciones Dalloz, París, 1990-1991.
- 4.- Codici e Leggi D' Italia, Trento, Italia, 1998.
- 5.- Código Civil de Panamá de mayo de 1926.
- 6.- Código Civil de Perú, Editorial INKARI E.I.R.L. 1984.
- 7.- Código Civil Venezolano, Editorial "La Torre", Segunda Edición, Caracas, Venezuela, 1961.
- 8.- Código Civil Vigente para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2004.
- 9.- Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2004.
- 10.- Código de Procedimientos Penales Vigente para el Distrito Federal, Grupo ISEF, México, 2004.
- 11.- Código Penal vigente para el Distrito Federal, Grupo ISEF, México, 2004.

12.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Grupo ISEF, México, 2004.

DICCIONARIOS.

1.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1999.