

65
2ej



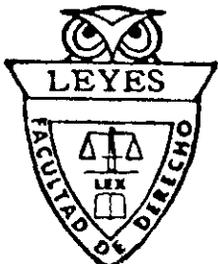
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

LA HERMENEUTICA JURIDICA EN LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR



T E S I S
Q U E P R E S E N T A :
MIRIAM CALDERON GOMEZ
P A R A O P T A R A L T I T U L O D E
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O



ASESOR DE TESIS: LIC. GLORIA MORENO NAVARRO

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, D. F. 1999.

TESIS CON
FALLA DE CREEN



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

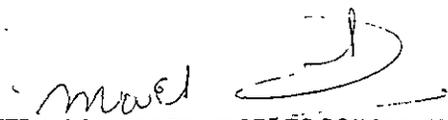
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
Of. Núm. 018/99.

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

La alumna Miriam Calderón Gómez, elaboró en este Seminario bajo la dirección de la Lic. Gloria Moreno Navarro, el trabajo de investigación intitulado "LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR".

La tesis de referencia satisface los requisitos necesarios, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo mi aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, a 10 de marzo de 1999.


MTRA. MA. ELODIA ROBLÉS SOTOMAYOR
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE FILOSOFIA
DEL DERECHO

MERS/*msh.

Gracias al Señor por permitirme llegar hasta este momento.

**Con amor a mi Mamá
Ernestina Gómez Cruz, Gracias por tu
Confianza y apoyo recibido en el transcurso
De mi vida y en especial por tu cariño.**

**A mi esposo
Jose Juan Flores Pérez
Gracias por tu apoyo, tu confianza y por contar
Contigo en los momentos difíciles como bellos
De la vida gracias nuevamente por estar a mi lado.
Te Amo.**

**A Mis hijos
Brenda y Jose Juan Flores Calderón,
Gracias por su apoyo y paciencia.
Los Amo.**

**Licenciada Gloria Moreno Navarro, Gracias por el
Apoyo para la realización del presente trabajo.**

Gracias A la Universidad Nacional Autónoma de México

La Hermenéutica Jurídica en la Violencia Intrafamiliar.

Índice.

Introducción.

Página.

1. Conceptos Doctrinales.

1.1 Definición de la Lógica y su Clasificación -----	1
1 1 1. Lógica Material.-----	4
1 1 2. Lógica Formal. -----	5
1 1 3 Finalidad de la Lógica.-----	20
1 2 Concepto de la Metodología -----	20
1 3 Concepto de Método -----	24
1.4 Clasificaciones del Método.-----	27
1 4.1. Método Deductivo o Sintético.-----	27
1.4 2. Método Inductivo o Análisis -----	28
1.4 3. Demostración del Método -----	31
1 5 Concepto de Hermenéutica.-----	33
1 6 Concepto de Jurisprudencia Técnica -----	35
1 6 1 Ramas de la Jurisprudencia Técnica -----	37
1.7. Concepto de Técnica Jurídica.-----	38
1.7.1. Clasificación de los Problemas de la Técnica Jurídica.-----	41

2. Escuelas y Teorías de la Jurisprudencia Técnica.

2 1. Escuela Exégetica.-----	45
2.2 Escuela Histórica Alemana.-----	49
2 3 Escuela de Derecho Libre -----	50

2.3.1. Doctrina de Radbruch y Kelsen -----	52
--	----

3. La Interpretación Jurídica.

3 1. Concepto de Interpretación de la Ley.-----	56
3 2. Clasificación de la Interpretación -----	61
3 3. Reglas de la Interpretación.-----	65
3 4. Interpretación de Preceptos Generales e Interpretación de Normas Individualizadas .-----	69

4. La Hermenéutica Jurídica en la Creación de las Causales XIX y XX del Artículo 267 del Código Civil.

4.1. Concepto de Matrimonio y Obligaciones de los Cónyuges.-----	75
4 2. Concepto de Divorcio.-----	88
4.3. Análisis de las Adiciones en las Causales XIX y XX del Artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal y otros Artículos Correlativos en Relación a la Violencia Intrafamiliar.-----	96
4 4 Análisis de las Reformas del Código Penal en Cuestión de violencia Familiar -----	106
4.5. La Hermenéutica Jurídica de la Violencia Familiar que Produjo la Creación de dos Causales de Divorcio en nuestro Código Civil para el Distrito Federal.-----	110
4.6. La Aplicación Correcta de la Hermenéutica Jurídica en el Proceso Legislativo -----	115

Conclusiones

Bibliografía.

Introducción.

La mujer ha evolucionado con el paso del tiempo tanto social, económica y jurídicamente sobre todo en relación al matrimonio que en principio en nuestra Legislación Mexicana era considerada como un objeto, sin embargo a raíz de ciertos hechos sociales como la Revolución Mexicana donde la mujer mostró carácter y fortaleza, dejó de ser considerada en nuestra sociedad como un objeto; más situación que se vió reflejada en nuestra legislación.

Con el paso del tiempo el matrimonio se ha consolidado como un núcleo básico en nuestra sociedad, al grado de darle participación a la mujer con respecto de los bienes adquiridos dentro del matrimonio, y regular jurídicamente nuestro Código Civil la relación que era muy común entre hombre y mujer que no contraían matrimonio dada la cultura que predominaba en nuestras clases sociales sobre todo las más desprotegidas económicamente

Dentro del matrimonio mismo es innegable el abuso físico y moral que ejercen algunos conyuges con respecto al otro, y a los hijos situación que el legislador ha captado perfectamente al crear dos causales más que facultan sobre todo a la mujer para ejercitar tanto acción civil como penal es decir, el divorcio y el agravio por el delito de violencia intrafamiliar, respectivamente.

El legislador al incluir a las causales de divorcio la Violencia Intrafamiliar fue para proteger los efectos que se extendían a todo el complejo social y familiar

Trataremos de determinar la función que desempeña el juzgador al momento de deliberar sobre la procedencia o no de la disolución del vínculo matrimonial que une a las

partes, es decir la plenitud que deben tener las causales en forma individual o conjunta para solicitar la acción antes mencionada. La limitación que tiene con respecto al marco jurídico señalado en cada una de las causales del divorcio mencionadas en el artículo 267 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal

Con respecto al matrimonio considero que el legislador se ha fundado en la realidad, las costumbres, los usos, la moral existente en cada época, sin embargo, ha ido modificando nuestra legislación en la medida misma que la realidad se ha ido modificando y trasformando Adecuándose en este sentido a lo establecido por una de las escuelas de Interpretación Jurídica.

Cualquier controversia que le sea planteada al Juzgador deberá necesariamente de resolverla aun cuando no exista ley escrita que regule la solución de tal controversia, debiéndose fundar en los Principios Generales del Derecho siguiendo nuestra Legislación Mexicana el Principio de Plenitud Hermética; y para el caso de que la ley fuera obscura deberá fundarse en la Interpretación de la ley, obligando dicha interpretación al Juez a deliberar en el sentido que la ley fue interpretada siempre que se haya formado Jurisprudencia al respecto.

1. Conceptos Doctrinales.

1.1. Definición de Lógica y su Clasificación.

Este tema de la lógica es importante en nuestra vida diaria porque nos movemos o giramos alrededor de ella, la mayoría de las veces sin saberlo, en virtud de que nuestras actividades y comunicaciones que se tienen con las personas se basan en uno o varios pensamientos. Porque la lógica es la ciencia encargada de estudiar la estructura del pensamiento con el cual se va a obtener un conocimiento.

El hombre por estar inmerso en el mundo, está rodeado de objetos, su actividad mental está dirigida a esos objetos y el resultado de ello es el conocimiento. Por lo que el conocimiento constituye el empleo organizado de los diversos pensamientos que se unen en la mente del hombre sobre el objeto u objetos que lo rodean.

El conocimiento es definido como el fenómeno a través del cual el sujeto cognoscente capta un objeto y produce internamente una serie de pensamientos o expresiones sobre el mismo, y se desprende que los elementos del conocimiento son.

- 1 El sujeto cognoscente, Es el sujeto que conoce, el sujeto pensante
- 2 El objeto de conocimiento, que es el objeto material del pensamiento que está frente al sujeto
3. La operación mental o proceso cognoscitivo, que es el acto mental necesario que debe realizar el sujeto para ponerse en contacto con el objeto que pretende conocer
- 4 La representación interna o mental, que es el resultado del proceso cognoscitivo, consiste en la imagen que sustituye al objeto en la mente

Esta representación constituye lo pensado, es decir, el pensamiento que es abstracto, es naturaleza ideal y que puede ser transmitido.¹

Cabe reflexionar que la lógica es una aptitud humana intelectual, una capacidad que reside en la inteligencia de la persona. El resultado de esa aptitud es la obra del pensamiento, conducta o circunstancia cualquiera, siempre y cuando guarde un orden, o una congruencia interna.

En consecuencia, en toda ocasión se utiliza la lógica que se denomina natural, que es la capacidad innata que tiene el hombre para razonar. Pero como ésta se apoya solamente en impresiones personales y carece de método, es por lo cual no nos conduce a un conocimiento verdadero, por lo que necesita a la lógica científica para que ese conocimiento sea correcto y verdadero.

La lógica es una ciencia y como tal, está constituida por un sistema de conocimientos teóricos, universales y fundamentados que estudia los pensamientos en cuanto a sus formas mentales para facilitar el raciocinio correcto y verdadero; es decir, la ciencia tiene por objeto el describir y explicar las formas de pensamiento. Cabe mencionar que la lógica estudia la forma en que el ser humano ordena sus pensamientos para entender el mundo en que vive. Esto se basa en la verdad y los valores derivados en la exactitud, aproximación y las probabilidades.

Para poder entender a la lógica, se tiene que explicar científicamente todos los procesos que tienen lugar en el universo lo más cercano a la realidad y se define a la lógica como: “La ciencia de los pensamientos en cuanto a sus formas mentales, para facilitar el raciocinio correcto y verdadero.”²

¹ Alonso González, Rosa María, *et al* Metodología Jurídica U N A M , Facultad de Derecho (SUA), México, 1996 Pag. 8

² Gutiérrez Saenz, Raúl Introducción a la Lógica editorial Estinge 19ª edición, México, 1984 Pag. 44

Tomando en cuenta que el conocimiento científico está formado por pensamientos científicos, la lógica va a adquirir una importancia en virtud de que es la ciencia que estudia todo lo relativo a la corrección de los pensamientos y al método en el que se apoya la búsqueda del conocimiento científico. La lógica estudia los conceptos, los juicios y los razonamientos, así como el método apropiado para cada ciencia.

La lógica tiene un campo de aplicación muy amplio y de mucha utilidad en nuestra vida diaria, porque puede ser aprovechada en varios aspectos de la comunicación, en la toma de decisiones y en el mismo conocimiento humano, se puede emplear en todo aquello en que tenga alguna importancia la actividad racional o el uso del razonamiento, es decir buscar o exigir razones adecuadas para aceptar o rechazar una idea.

La lógica no solamente en el desempeño diario se utiliza sino en la vida del jurista es muy importante porque el desempeño de esta actividad la lleva a cabo. los funcionarios judiciales, funcionarios administrativos, abogados, postulantes, investigadores, Porque el jurista siempre esta razonando, lo haga correctamente o incorrectamente, consciente o inconscientemente.

Existe una relación entre la lógica, la filosofía y el método científico, ésta relación se debe al hecho de que la lógica es una disciplina que se encuentra incluida dentro de la filosofía, junto con la ontología (que trata sobre el ser), la teodicea (que trata sobre dios y su relación con el cuerpo), la teoría del conocimiento (que aborda los problemas del conocimiento), la ética (que estudia la conducta valiosa, la moral y la libertad), la cosmología o filosofía de la naturaleza (que trata el problema de la materia) y la estética (que trata sobre le arte y la belleza) ³

³ Alonso González, Rosa María, *et al. Op Cit* Pág 14

En este punto, es importante comprender otro vínculo que existe entre la filosofía, la lógica y el método científico. La corriente filosófica representa el lugar en donde se ubica el sujeto cognoscente para captar y describir a su objeto de conocimiento, es decir, muestra qué es lo que éste observa del objeto, que visión tiene del objeto, dependiendo del punto de partida y del panorama que el mismo objeto abarque en el sujeto, dependiendo del método o camino que el sujeto escoja para llegar al conocimiento de la verdad del objeto de estudio.

1.1.1. Lógica Material.

Aquí debemos entender primeramente el término técnico que es necesario utilizar correctamente. El objeto material de la ciencia, es la cosa, el contenido, el tema que trata dicha ciencia. Se debe aclarar que el objeto material no se refiere solamente a una cosa material, tangible, sólidas.

“Pues bien, la lógica es una ciencia cuyo objeto material está constituido por los pensamientos, es decir, es la reflexión sobre el contenido mental que se posee y que por no verse y poderse manejar en el espacio, ofrece una serie de resistencia a una fácil comprensión desde el principio.”⁴

Por lo que para poder entender el objeto de la lógica material, debemos entender que es el pensamiento y por ello entendemos que es la representación mental de cualquier objeto.

El pensamiento se puede entender que es cuando el ser humano se concentra en algo y que por lo mismo se encuentra en su propia mente. Eso que maneja dentro de su mente es un conjunto de pensamientos. Con esos pensamientos se van a representar los objetos y las personas; son un sustituto de las cosas extramentales

⁴ Gutiérrez Sáenz, Raúl *Op Cit*, Pag 19.

Los pensamientos pueden combinarse, acomodarse y ordenarse de modo infinito. Es la forma en que el hombre resuelve sus problemas; quien no ha desarrollado su pensamiento no ha llegado al nivel de madurez humana.

La lógica estudia el pensamiento y se puede preguntar cuáles pensamientos y la respuesta sería todos o cualquier pensamiento, es indiferente que sea uno u otro, a la lógica no le interesa el contenido de los pensamientos sino su forma.

1.1.2. Lógica Formal.

Para poder entender la lógica formal hay que explicar el objeto formal y se entiende como "El aspecto de la cosa que se estudia."⁵ Dicho de otro modo, es el ángulo o faceta o punto de vista especial que se considera en el objeto estudiado.

El objeto formal de la lógica se explica de acuerdo a la interpretación que hace Aristóteles, "que el objeto formal de la lógica está constituido por las formas mentales"⁶ Es decir, que los pensamientos, que son el objeto material de la lógica, pueden ser estudiados bajo distintos aspectos.

El objeto formal de la lógica está constituido por las formas mentales de los pensamientos. Pero hay que aclarar qué significa exactamente cuando se habla de la forma mental. Esta expresión quiere decir el modo u orden como están los pensamientos en la mente. Cuando se dice que el objeto formal de la lógica es la forma mental de los pensamientos, se indica, en una breve fórmula que a la lógica le interesa el estudio del orden, pero para tener un orden en el pensamiento se necesita tener una congruencia interna o una coherencia.

Dentro de la lógica formal se distinguen tres clases principales de formas mentales, o sea, tres estructuras fundamentales, de modo que cualquier pensamiento

⁵ *Ibidem* Pág. 21

⁶ *Ibidem* Pág. 22

puede ser clasificado en alguna de ellas. “ Tales son el concepto o idea, el juicio y el raciocinio.”⁷

1. Concepto o Idea. El concepto es la base de la ciencia, y como tal se puede entender como la representación mental de un objeto, sin afirmar o negar nada de él.

“El vocablo concepto proviene del latín concipere, conceptum, que significa algo concebido. Se deriva, a su vez, del verbo concipio, fue quiere decir hacer, caber, coger, recibir, abarcar con la mente.”⁸

El primero en tener una noción sobre lo que era el concepto fue Sócrates; este filósofo define al concepto. “como ideas generales que pueden ser descubiertas y pensadas por todos los hombres, son caracteres comunes y generales de las diferentes clases de especies o seres que existen en el entendimiento.”⁹

Se debe entender al concepto como una representación mental Es decir, es la manera en que se tiene presente en la inteligencia, el sentido del objeto dado Pero no se debe confundir con la simple imagen (capta colores, formas, tamaños y sonidos).

En la lógica tradicional el concepto es la imagen mental genérica, constituida para la abstracción de ciertas cualidades o características comunes a todos los objetos de una misma especie. Para ese estudio, se tiene que hacer una comparación del objeto de estudio con otros objetos de la misma especie. A través de la comparación que se realiza se forman las características de las imágenes generales.

Francisco Larroyo considera que el concepto es: “Lo uno en lo múltiple, lo idéntico en lo vario”¹⁰, es decir, que comparten todas las cualidades comunes que tienen todos los objetos de la misma especie que determina el concepto.

Por lo que respecta con lo estudiado anteriormente, se considera que el concepto es el resultado de la simple aprehensión (Es la captación de un objeto con

⁷ Alonso González, Rosa María, *et al. Op Cit* Pág 15

⁸ *Ibidem*, Pág. 17.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Larroyo, Francisco Miguel Angel, Cevallos La Lógica de las Ciencias 20ª edición Editorial Porrúa México.1979 Pág 134

sus facultades sensibles, obteniendo un contenido inteligible) o captura de la esencia de un objeto o de su abstracción.

Cabe aclarar que los conceptos científicos no son estáticos, sino son variados con el progreso de la ciencia, ya que toda la ciencia es un conocimiento conceptual, éste se renueva necesariamente con el transcurso del tiempo. Por lo que se refiere a la clasificación de los conceptos se ordenan de la siguiente manera:

	Comprensión:	<p>Simples: Son los que contienen una nota característica.</p> <p>Concretos: Es cuando contienen varias notas.</p> <p>Unívoco: Es cuando se aplica a todos los seres de la misma especie exactamente con el mismo significado.</p>
Conceptos	Grado de abstracción:	<p>Abstractos: Son aquéllos conceptos cuyas notas conciben no al objeto dado como tal, sino alguna propiedad del concepto</p> <p>Concretos Es cuando el objeto es concebido como tal</p>

Extensión:

Singulares: Son los que se refieren a un objeto único independiente de la clase a que pertenezca.

Universales Son los que se refieren a una clase de objetos:

Respecto a lo estudiado en la clasificación de los conceptos, podemos darnos cuenta que el resultado de una operación mental es abstracto, ya que no tiene, obviamente una existencia real, no tiene color, tamaño, forma; por lo que no se puede tocar ni medir ya que sólo existe en nuestra mente. Finalmente, al expresarse en forma escrita u oral recibe el nombre de término o palabra y es cuando se integra al lenguaje

Categorías: Dentro de los conceptos se encuentra el término Categoría y proviene del griego *Kategorien* que significa enunciar. Las categorías son los conceptos más generales y comunes que abarcan todo lo que se puede predicar de un sujeto. Son conceptos que tienen como contenido una esencia que se aplica a un número extenso de entes, por lo cual todos los entes, finalmente, resultan estar incluidos dentro de una categoría ¹¹

La palabra categoría es un concepto supremo, un concepto de máxima extensión, que sirve para agrupar un número muy grande de entes. La categoría por ser un concepto supremo, no admite una definición rigurosa, solamente una descripción o una ejemplificación

¹¹ Alonso González, Rosa María, *et al Op. Cit* Pág. 24.

Aristóteles considera que todo lo que puede afirmarse de un sujeto se encuentra comprendido dentro de las diez categorías generales de todo conocimiento. Sin olvidar su máxima extensión y mínima comprensión. Las categorías Aristotélicas se encuentran constituidas por una sustancia y nueve accidentes. Definiendo a la sustancia como aquella que existe en sí misma sin necesidad de estar adherido a otro ser, y es lo que permanece a través del cambio, y entendiendo el accidente como el cambio, es el ser que para existir necesita adherirse a otro.

“ Los accidentes a los que se refiere Aristóteles son los que se explican a continuación.”¹²

1 - Cantidad	Se refiere a las partes en que es capaz de dividirse la sustancia (ser)
2 - Cualidad.	Es un aspecto estimable o desestimable de la sustancia
3 - Relación.	Es la conexión entre dos sustancias.
4 - Acción.	Es la actividad que ejecuta la sustancia.
5.- Pasión	Son las acciones que el ser recibe del exterior.
6.- Tiempo	Es la permanencia de la existencia
7 - Lugar.	Es la ubicación del ser.
8 - Situación	Es la disposición de las partes del ser en un mismo lugar.
9.- Hábito o pertenencia.	Indica algo que posee la sustancia externamente, es decir, se refiere a la superposición de algo

¹² *Ibidem* Pág 25

Cabe mencionar que las categorías del derecho son los conceptos jurídicos fundamentales del derecho, dentro de los cuales se encuentran los supuestos jurídicos, el derecho subjetivo, el deber jurídico y el sujeto del derecho. Dentro de las categorías, los conceptos jurídicos son elementos constantes y necesarios que se encuentran presentes en todo el sistema jurídico.

2. Juicios y Proposiciones Por juicio se entiende o bien una relación de ideas acerca de cómo es el mundo o el significado de un enunciado que informa sobre algún aspecto de la realidad.

La primera forma de pensamiento que se estudia es el concepto y la segunda es el juicio, es lógico suponer que este último tenga un nivel de complejidad más elevado que el primero. Lo anterior se puede explicar por sí mismo que los juicios están formados por conceptos y los razonamientos por juicios.

Dentro de los juicios encontramos siempre una afirmación o negación de una idea con respecto a otra. La esencia del juicio está precisamente en esa afirmación o negación, y, ésto es lo que lo distingue radicalmente con respecto a la idea. Por lo que el “Juicio se entiende como la relación de ideas que comunican algo sobre la realidad, como el sentido informativo de un enunciado”¹³

Para algunos autores consideran que no es conveniente utilizar la palabra juicio, porque por un lado, para los propósitos de la lógica, se dispone de las palabras proposición y enunciado y por otro lado, si se trata de la lógica para abogados, es mejor limitar el uso de la palabra “juicio” al campo del derecho, en donde tiene su propia significación: la de proceso jurisdiccional y la etapa de la conclusión en dicho proceso.

Aristóteles considera que el concepto precede al juicio, puesto que al ser general, es lo primero que se percibe, y después, éstos se ligan formando juicios. Cabe

¹³ Witker, Jorge y Rogelio Larios Metodología Jurídica Editorial McGraw Hill (serie Jurídica) México, 1997 Pág. 16

mencionar que es a través de los juicios que el hombre agrega algo al concepto; por lo que, afirmar o negar algo desconocido es cuando uno crea, y ésto es importante para la ciencia.

De acuerdo a su etimología, la palabra juicio “proviene del latín iudicium. Y del verbo iudicare que hacen alusión a la acción de juzgar. Desde el punto de vista de la doctrina tradicional, se le define como el proceso mental por el cual afirmamos o negamos el ser de las cosas. Por su parte, la lógica moderna nombra al juicio con la palabra *proposición* y la define como algo de lo que es posible que afirmemos una verdad o una falsedad.”¹⁴

El juicio a diferencia del concepto es un pensamiento completo e independiente porque no necesita de otro pensamiento para tener sentido, y puesto que está integrado por conceptos, tiene la función de relacionar el contenido de ellos. “El juicio debe entenderse como el conjunto de conceptos que afirman o niegan algo sobre un objeto. Una vez que se captó la idea o el conjunto de ideas que se relacionan entre sí, la mente va a afirmar o negar su existencia, y ésta es la gran diferencia que existe entre la idea (no afirma ni niega nada) y el juicio. Todo juicio se compone de tres elementos: El sujeto, predicado y nexos verbal

1. Sujeto: Es el objeto o ente que provoca la elaboración del juicio, y es el que motiva que se afirme o niegue antes de que aparezca el objeto
2. Predicado. Es el más importante dentro del juicio, porque en él se dice o explica algo sobre la materia del pensamiento, es lo que el hombre produce en la mente. Cabe mencionar que el predicado aparece cuando se constata la existencia del sujeto del juicio al reflexionar sobre él. Si llegara a desaparecer el predicado no habría juicio porque es el resultado de la reflexión sobre el sujeto.

¹⁴ Alonso González, Rosa María, *et al. Op. Cit* Pág. 35

3. Nexo Verbal o Cópula: Como su nombre lo indica es el nexo que existe entre el sujeto y el predicado. A través de él se afirma o se niega sobre el objeto.

La esencia del juicio consiste en la afirmación que se hace del sujeto a través del predicado. También cabe mencionar que el juicio se convierte en instrumento que permite descubrir nuevos conceptos de los objetos y al momento de hacerlo responde a las expectativas de crecimiento que tiene la ciencia.

Los juicios se clasifican de la forma siguiente: “según su cualidad, su cantidad, según su propiedad fundamental, según su comprensión, según su orden lógico, según su modalidad, y según su relación.”¹⁵

1 - Cualidad.

- a) Juicio Afirmativo. Es la compatibilidad entre predicado y sujeto
- b) Juicio negativo. Es cuando no es compatible el predicado con el sujeto.

2 - Cantidad

- a) Juicio universal. El predicado se atribuye a toda la extensión del concepto sujeto y por lo general se utiliza el vocablo *TODO*.
- b) Juicio Particular. Atribuye el predicado sólo una parte de la extensión del sujeto y utiliza el término *ALGÚN*.

4 Comprensión

- a) Juicio Analítico. Es aquel en el cual el sujeto contiene implícitamente al predicado, ya que éste expresa una

¹⁵ Alonso Gonzalez, Rosa Maria, *et al Op Cit* Pág 39

5 - Orden Lógico.

característica del sujeto.

b) Juicio sintético. En éste lo expresado por el predicado no está contenido en el sujeto

6.- Modalidad.

a) Juicio A Priori. Es el que expresa una verdad indiscutible.

b) Juicio A Posteriori. Enuncia una verdad que se basa en la experiencia

a) Juicio Apodíctico. Expresa una relación necesaria, que no puede ser de otra manera

b) Juicio Asertórico. Es una relación de hecho, pero que no es necesaria.

c) Juicio Problemático. Es el que expresa una posibilidad

7.- Relación.

a) Juicio Hipotético. Es el que enuncia entre conceptos sujetándola a una condición.

b) Juicio Disyuntivo. Se presenta en la relación de conceptos y puede haber una alternativa.

c) Juicio Categórico. Es lo contrario del disyuntivo, porque en este no hay condiciones o alternativa

El cuadro sinóptico nos hace ver que la estructura gramatical del juicio realmente no presenta un orden lógico, y por lo mismo nos lleva al estudio de la proposición. Ésta se entiende como la expresión verbal o escrita de un juicio, es su manifestación concreta y cuenta con los mismos elementos del juicio que se señalaron: como son el sujeto, predicado y el nexos verbal o verbo.

Dentro de las proposiciones encontramos las siguientes. 1) Universal afirmativa, 2) universal negativa, 3) particular afirmativa y 4) particular negativa. Debemos entender que dichas proposiciones pueden ser verdaderas o falsas de acuerdo con su contenido, el cual se va a determinar básicamente comparando éstas con la realidad.

La teoría del juicio se aplica en el área jurídica, en donde se presentan diversos problemas. Dentro de éstos tenemos a los juicios normativos los cuales se manifiestan con un sentido imperativo, expresan un mandato, una orden, cuya forzosidad no es lógica, sino que radica en la necesidad jurídica de su cumplimiento.

En el área Jurídica tenemos los juicios y proposiciones normativas siguientes:

a. Juicio Hipotético. Es un juicio condicional, que enlaza ciertas consecuencias jurídicas cuando cumple las condiciones que ella establece.

Estos juicios son emitidos por la autoridad correspondiente sólo pueden ser válidos o inválidos y no verdaderos o falsos, y se expresan con un lenguaje prescriptivo.

b. Juicio Categórico. Es aquel que no contiene condición alguna ya que se expresa en forma afirmativa. La mayor parte de las normas jurídicas son juicios categóricos.

c. Proposición o enunciado normativo y enunciado jurídico. En ellos se describen y explican las normas jurídicas por lo que estas proposiciones si

pueden ser verdaderas o falsas, según coincidan o no con la realidad de las normas.¹⁶

3. Razonamientos y Argumentos. Entraremos al estudio del tercer tipo de pensamiento, indudablemente se trata de una operación y de un pensamiento de capital importancia en el funcionamiento de la inteligencia.

Cabe mencionar que al razonamiento, también se le conoce como raciocinio o inferencia y éste se considera como el instrumento más importante en el hombre para su desenvolvimiento en el mundo, así como la solución de sus problemas. Su efectiva realización depende mucho de su grado de evolución mental de cada persona.

“El raciocinio lógico está compuesto de antecedentes y consecuentes (o bien de premisas y conclusión; de datos y respuestas). Tanto el antecedente como el consecuente se expresan en forma de juicios. Por tanto, así como el juicio está compuesto de ideas, a su vez, el raciocinio (lógico) está compuesto de juicios.”¹⁷

El razonamiento se debe entender como el conjunto de juicios que necesariamente estén combinados entre si para que efectivamente el consecuente se derive con un nexo necesario a partir del antecedente, es decir, que no basta solamente que sea un conjunto cualquiera de juicios para ser raciocinio, sino que se necesita que el último (consecuente) esté ligado de un modo necesario con los anteriores (antecedentes)

El raciocinio funciona relacionando unos conceptos con otros, es decir, uniendo los juicios que forman dichos conceptos. A manera que los juicios se apoyen en los demás y así mismo, comparando los juicios que pueden ser de validez o invalidez. Los elementos del razonamiento son los siguientes:

¹⁶ *Ibidem* Pág. 41

¹⁷ Gutierrez Sáenz, Raúl *Op. Cit* Pág. 182

1. Premisa o Antecedente. Constituyen los juicios de los cuales se parte para elaborar la conclusión. Este contiene la información de la que inferimos un nuevo juicio. El razonamiento puede contener una o varias premisas.
2. Conclusión o Consecuente. Es el juicio que se deriva de las premisas ya existentes
3. Nexos. es el que relaciona el antecedente con el consecuente. Y se expresa con las palabras por lo tanto, en consecuencia, luego entonces; son las que anuncian la presencia de la conclusión.¹⁸

Existen varios tipos de razonamiento, pero lo más relevante en el área jurídica. son el deductivo, el inductivo y el razonamiento por analogía. Dentro del área jurídica los razonamientos se dividen de la manera siguiente:

Razonamiento Deductivo. Es el que parte de una premisa general para llegar a una conclusión particular, este razonamiento es rigurosamente formal. Es utilizado por las ciencias ideales, como la jurídica para que exista una buena consecuencia formal siguen ciertas reglas.

- a. De una premisa verdadera se obtiene una conclusión verdadera y de una premisa falsa se obtiene una conclusión falsa.
- b. Todo lo que conviene a la premisa conviene a la conclusión, pero no viceversa.
- c. Todo lo que repugna al consecuente, repugna a las premisas, pero no viceversa.

Estas proposiciones contienen tres términos. el mayor, menor y el medio. Este tipo de razonamiento es criticado porque no aporta nada nuevo.

Dentro del razonamiento deductivo encontramos también el silogismo Considerando así al silogismo como un razonamiento deductivo que infiere una

¹⁸ Chávez Calderón, Pedro *Lógica "Introducción a la Ciencia del Razonamiento"* 7ª edición Editorial Publicaciones Culturales México 1984 Pág. 45

conclusión de dos premisas. Estas tres proposiciones a su vez contiene tres términos: el mayor, el menor y el medio. Su premisa mayor contiene el término de mayor extensión, su premisa menor contiene el término de menor extensión y el término medio, que es el que une o separa a los términos antes mencionados.

En el área jurídica contamos con los Silogismos categóricos e hipotéticos y se emplea el razonamiento silogístico en el ámbito legal, en el didáctico y en todo tipo de exposiciones en donde se quiere precisar el punto central de un alegato.

Al referirse a los silogismos jurídicos se presentan una serie de dificultades, por lo que se tiene que distinguir entre los razonamientos con que los juristas describen al derecho y a sus consecuencias, de los razonamientos que realizan los órganos judiciales en la interpretación de las normas. En el primer caso, es decir, en las inferencias que realizan los juristas sí están presentes las reglas lógicas por lo que los enunciados que la integran sí pueden ser verdaderos o falsos. En el segundo caso la situación cambia, cuando nos referimos a los razonamientos jurídicos que realizan los órganos correspondientes, con la intención de aplicar o de integrar el derecho en un caso concreto, aquí la inferencia lógica no opera, en virtud de que las consecuencias jurídicas de las normas se determina, no siguiendo las reglas lógicas, sino de acuerdo con las reglas de la hermenéutica jurídica (interpretación jurídica). Cabe agregar que en consecuencia de la inferencia jurídica tiene una utilidad práctica, consistente en solucionar un asunto jurídico y de interpretar un texto legal.

Hans Kelsen Señala que la lógica que debe utilizarse en la ciencia del derecho no es ninguna lógica jurídica específica. Tal lógica no existe y mucho menos dentro de aquel campo donde con preferencia se habla de una lógica jurídica, es decir, dentro del campo de la interpretación de la normas jurídicas positivas. La lógica que se utiliza en el derecho debe ser una lógica especial una lógica normativa, es decir, una lógica del deber ser, la lógica de un conocimiento dirigido a normas y no a la realidad natural

El artículo 267 en sus fracciones adicionadas XIX y XX del Código Civil para el Distrito Federal por decreto de fecha 30 de diciembre de 1997 contiene la norma genérica que debe considerarse como causa de divorcio la violencia intrafamiliar y en consecuencia, es la premisa mayor del silogismo jurídico, dicha fracción señala:

Son causas de divorcio las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. En los términos del artículo 267 fracción XIX del mencionado Código.

La premisa menor del silogismo jurídico en el caso concreto es que uno de los cónyuges cometa en contra del otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos una conducta de violencia física o moral de manera reiterada, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir lesiones o no, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco.

La conclusión en el caso concreto es una causa para llevarse a cabo el divorcio necesario.

La premisa mayor del silogismo jurídico de la fracción XX señala:

El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos por el cónyuge obligado a ello.

La premisa menor en dicho fracción sería el incumplimiento injustificado de lo ordenado por las autoridades administrativas o judiciales tendientes a corregir los

actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos por el cónyuge obligado a ello.

La conclusión de dicha fracción al igual que la anterior son causas de divorcio.

Razonamiento Inductivo Esta clase de razonamiento parte de la observación de casos particulares para llegar a un conocimiento general, a través de lo cual se descubre la existencia de una relación regular entre dichos objetos y la propiedad que de ellos se afirma.

El razonamiento inductivo no pretende que sus premisas ofrezcan fundamentos concluyentes para la búsqueda de la verdad absoluta, sino solamente que ofrezcan algún fundamento para ello. Por lo cual a diferencia del razonamiento deductivo su verdad no se deriva de su forma, sino de su contenido.

Razonamiento por Analogía Esta clasificación parte de la observación de las características comunes que poseen dos hechos, por lo que , cuando se descubre una nueva característica en uno de ellos, se infiere que el otro probablemente también la tenga

El razonamiento por analogía es aquel que va de un conocimiento a otro que tiene el mismo grado de universalidad que el anterior, por lo tanto hace descansar su fundamento en la regularidad de la naturaleza.

Se considera que para efectuar este raciocinio, se necesita cumplir con ciertos requisitos. Primeramente, hay que ver que las características en las que se basa la semejanza entre los dos hechos sean relevantes y después que entre estas características y la nueva propiedad descubierta debe existir una relación constante.

Cabe mencionar que para la aplicación del razonamiento analógico sea correcta, no basta la semejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley. Es decir que el razonamiento que tuvo el legislador en la regla legal que se inspira, existe igualmente en el caso que no se prevé

La aplicación de la analogía se justifica en la identidad jurídica substancial. Como señala Gény “Cuando nos permitimos extender por analogía una fórmula legal a los casos no previstos por la misma, lo hacemos convencidos de que el legislador habría querido lógicamente la solución, si hubiera podido conocer la misma hipótesis.”¹⁹

1.1.3. Finalidad de la Lógica.

Con lo que tenemos explicado podemos sacar en limpio que la lógica es la ciencia que estudia los pensamientos en cuanto a sus formas mentales; o, también, que estudia las formas mentales de los pensamientos. De lo anterior podemos considerar a la lógica que está creada para facilitar el raciocinio correcto y verdadero. Por eso se puede, con razón, llamar ciencia práctica a la lógica. Con lo anterior se puede definir a la lógica como: “La ciencia que estudia los pensamientos en cuanto a sus formas mentales para facilitar el raciocinio correcto y verdadero”²⁰

La finalidad de la lógica tiene como objetivo, el estudio del raciocinio como una forma mental que interesa destacar. Por lo que el vocablo idea y juicio se estudia en función del raciocinio como elementos de éste; de tal manera que el estudio central de la lógica es la forma mental que conocemos como raciocinio.

1.2. Concepto de Metodología.

Considerando que el hombre vive y se desarrolla en el mundo, interactúa con él tratando de obtener las mayores ventajas posibles. En tal caso, la mejor forma que tiene de desenvolverse con el mundo es el tratar de entenderlo, por lo que debe

¹⁹ Cfr. García Máynez, Eduardo Introducción al Estudio del Derecho 40ª edición Editorial Porrúa, México, 1989 Pág. 336

²⁰ Gutiérrez Sáenz, Raúl *Op. Cit.* Pág. 23

conocer la mayor cantidad de procesos posibles que en él se llevan a cabo, para de esta forma hacer más fácil su vida.

La metodología se considera como una parte de la lógica. Su objeto de estudio lo constituye el análisis de los métodos, en el sentido de los métodos de las ciencias, de aquellas estrategias relacionadas con la explicación científica.

En virtud de que cuando se habla de metodología, normalmente se hace la alusión a la metodología de la ciencia, entonces, las relaciones más importantes son las que se dan entre la metodología y la epistemología o teoría de la ciencia, la cual es una especie de la teoría del conocimiento en general o gnoseología. Estas relaciones son análogas a las que existen entre la denominada ciencia pura y la ciencia aplicada o tecnología: en la ciencia pura, propósito es el conocimiento riguroso del mundo, por sí mismo; en la tecnología, lo importante es el desarrollo y manejo eficiente de los medios en que la ciencia puede ser útil para resolver problemas concretos en la vida del ser humano ²¹

La metodología jurídica es el estudio del método para producir un conocimiento científico del derecho y requiere, al igual que el método científico general, satisfacer en el conocimiento de su objeto una serie de requisitos.

Cabe señalar que el campo de aplicación se restringe a lo jurídico. Por lo que el métodos se aplican en el ámbito jurídico, entendiendo por éste quizá algo más que la investigación jurídica (encaminada al establecimiento de teorías y soluciones de problemas, sea en dos niveles, uno macro, que involucre la elaboración de normas jurídicas, y otro micro, que se refiera a la forma de verificar que efectivamente se llevó a cabo el supuesto normativo en un caso concreto).

²¹ Witker Jorge y Rogelio Larios. *Op. Cit* Pág. 69

Se hará referencia a dos tipos de problemas que se presentan dentro de la metodología jurídica: el primero se refiere a las dificultades que se presentan para la integración del sistema de conocimientos referidos a un mismo objeto de estudio, y el segundo problema de la metodología es entendido como disciplina autónoma aplicándola como método de la ciencia jurídica. La primera puede incluirse como parte de las preocupaciones fundamentales; se acepta el supuesto de que la metodología jurídica es una disciplina plenamente identificada e integrada.

El problema de la metodología jurídica depende en gran medida de la forma en que consideramos a la ciencia del derecho por ejemplo: ciencia - método científico - metodología; es decir el sentido positivista, que pretende ser un conocimiento con un alto grado de certidumbre sobre un fenómeno o un objeto de la realidad que se basa en la utilización de un método, denominado científico

La metodología va a constituir una análisis y reflexión, que estudia la forma de aplicar el método científico y ve que la aplicación sea la más conveniente

FIX-ZAMUDIO, diferencia cuatro grandes áreas:

- a. Elaboración del Derecho Es la que comprende los instrumentos necesarios para establecer el modo correcto de operar de los órganos de creación jurídica, que va desde el llamado poder constituyente, hasta aquellos que producen las normas individuales, como el juez respecto de la sentencia y las partes en los contratos, pasando por los organismos intermedios.
- b. Los métodos de Investigación y conocimientos del Derecho abarcan los medios más adecuados para establecer las reglas del derecho, es decir, los principios generales de la ciencia jurídica, o en otras palabras, los instrumentos para la construcción y la elaboración de la llamada dogmática jurídico

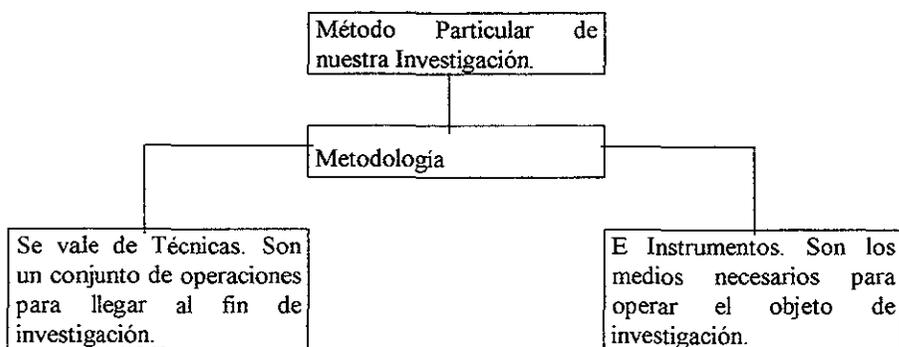
c. Aplicación de las normas y reglas del Derecho Es el aspecto al cual se le ha otorgado la mayor importancia, si tomamos en consideración que para un gran número de autores, la Técnica Jurídica (y con ella los métodos jurídicos), poseen una mayor trascendencia o inclusive se reducen a la aplicación del derecho

d. Técnica de la enseñanza y aprendizaje del derecho. Dentro de esta clase de metodología se pueden abarcar todos los aspectos relacionados con los medios necesarios y eficaces para difundir los conocimientos científicos del derecho, y así mismo aprovechar todos los conocimientos impartidos por los profesores de derecho.²²

La metodología Jurídica es tan importante para la Jurisprudencia, dentro de la ciencia del derecho, como lo es la metodología general es para las disciplinas científicas La metodología jurídica es una reflexión de segundo orden, parte de la filosofía jurídica (en el sentido riguroso anteriormente señalado), que se ocupa de describir los métodos canónicos (aceptados) de la jurisprudencia

La metodología se concreta en la cuestión operativa de la investigación; el investigador lo que hace es reunir toda la serie de procedimientos que le serán útiles para la comprobación de hipótesis. El científico determina cómo va a manipular sus variables al partir de un planteamiento lógico, y determina las técnicas e instrumentos para llegar al fin deseado. En conclusión, plantea toda la serie de estrategias que va a utilizar

²² Cfr. Alonso González, Rosa María, *et al Op Cit*, Pág. 172



1.3. Concepto de Método.

El Método juega un papel importante también dentro del ámbito jurídico por lo que cabe señalar que: “la palabra método viene del griego (metá, al lado, odós, camino) y significa: al lado del camino. Es el camino o procedimiento adecuado para conseguir una finalidad: En nuestro caso se trata de conseguir la verdad ”²³

El método juega un papel importante dentro de la ciencia como en la ciencia jurídica.

“El método científico es el procedimiento intelectual o material que utiliza un sujeto para penetrar, comprender, analizar, transformar o construir un objeto de conocimiento”²⁴

El método tiene que cumplir con un determinado propósito, porque cuando se busca la verdad, pero sin un método, se expone a una pérdida de esfuerzos buscando aquí y allá, sin un plan fijo. El método nunca va a perder vigencia porque no es un conjunto de reglas inmóviles, sino es un camino apropiado para conseguir una finalidad. También cuando se busca la verdad; pero sin un método el investigador se puede perder en detalles secundarios, observaciones ya verificadas, repeticiones

²³ Gutiérrez Sáenz, Raúl. *Op Cit* Pag 271

²⁴ *Idem*

inútiles El método es proporcionado por la experiencia de quien ha alcanzado el fin perseguido

(...) indudablemente, además de las diferencias de método de acuerdo con los distintos objetos de las ciencias, también se concibe una diferencia en la aplicación del método de acuerdo con la peculiaridad al procedimiento seguido en una investigación. Sin embargo, hay reglas y procedimientos tan generales, que su desconocimiento o su falta de aplicación, podrían hacer caer fácilmente al investigador en el laberinto del desorden, y al fin, en el desánimo y en la frustración.²⁵

En este sentido el método ocupa un lugar importante en la ciencia jurídica toda vez que en caso de que el interprete de la ley o bien el legislador no siga las reglas del mismo fácilmente puede caer en contradicciones.

“El conjunto de las proposiciones verdaderas podríamos considerarlo como el conocimiento acumulado con respecto a tal o cual dominio objetivo, que queda a disposición de la comunidad científica, en primer término, y de cualquier sujeto cognoscente, como una posibilidad abierta.”²⁶

La relación sujeto-objeto, que comienza con Descartes, puede ser consecuencia de una simple relación sensible, copia refleja, entre la percepción subjetiva del objeto, lo que se conoce como un simple conocimiento primario o vulgar

Uno de los principales problemas filosóficos ha sido no solo el concepto de la verdad, sino también el concepto general de método científico. Por lo que la ciencia como actividad, consiste en actuar en ciertos grupos humanos que cumplan con determinadas acciones y que transmiten ciertas informaciones; para mantener un repertorio de técnicas y de conocimientos previos acumulados.

²⁵ *Ibidem* Pág 272.

²⁶ Schmill Uhses, Roberto J, *et al* Pureza Metódica y Racionalidad en la Teoría del Derecho. Editorial U N A M México. 1984 Pág 54

El método científico tiene ciertas características de acuerdo al autor Pedro Chávez Calderón y menciona las siguientes:

- 1 Objetividad. Por ésta se entiende que las conclusiones obtenidas a partir del método deben ser válidas independientemente de la personalidad del investigador
- 2 Racionalidad. Que esté de acuerdo con la estructura de alguna especie de razonamiento.
3. Sistemática. Cada etapa no es autónoma, sino que su formulación está condicionada por las anteriores y las posteriores.
- 4 Universalidad. Porque su propósito es encontrar las regularidades en la naturaleza para poder elaborar teorías y leyes²⁷

Cabe hacer aclaraciones respecto a las características de objetividad y universalidad. La objetividad ha sido una de las pretensiones más valiosas de la ciencia, ya que ésta empezó a diferenciarse del conocimiento vulgar porque trataba de desvincular al sujeto del objeto de conocimiento, despojar a aquél de prejuicios para que pudiera expresar un conocimiento más válido acerca del objeto.

El método científico, lo estructuran leyes, que no son ni simples ni infalibles, ni bien conocidas, y por el contrario son numerosas, complejas, y en parte desconocidas. El arte de formular preguntas y de probar respuestas es la esencia del método científico, y por tanto, es cualquier cosa menos un conjunto de recetas que puedan llegar a sustituir el trabajo creativo de las mentes hechas para la ciencia²⁸

²⁷ Cfr. Alonso González, Rosa María *et al. Op. Cit.* Págs. 157, 158

²⁸ Witker, Jorge y Rogelio Larros *Op. Cit.* Pág. 122

1.4. Clasificaciones de Método.

La investigación en su noción más sencilla es la actividad intelectual de descubrir mediante un método, un producto. Según su etimología, investigación significa la acción de seguir a partir de un vestigio (huella, rastro o indicio), la búsqueda de algo desconocido, con el fin de obtener su explicación.

La observación consiste en examinar sucesivamente los diferentes aspectos de una cosa o de un proceso con el fin de percibir, registrar y sistematizar sus diferentes características. No obstante que la observación es considerada como la primera etapa del método, también se aplica durante todo el procedimiento investigativo, pero principalmente al inicio y en la verificación de la hipótesis.

Todo método científico se encausa por una de estas dos grandes direcciones:

- a. El Análisis.
- b. La Síntesis.

1.4.1. Método Deductivo o Sintético.

El método deductivo estudia lo que va de lo simple a lo complejo, de la causa al efecto, del principio a sus consecuencias. La deducción puede aplicarse en las ciencias; porque toda ley universal es aplicable a los casos particulares.

El razonamiento deductivo es válido cuando las premisas y la conclusión están relacionadas de tal manera que es imposible que siendo verdaderas aquellas no lo sea ésta. Es tarea de la lógica deductiva determinar la relación que existe entre las premisas y la conclusión en un razonamiento válido. Así los razonamientos deductivos pretenden de sus premisas un fundamento para la verdad de su conclusión.

Cabe mencionar que en la deducción se infieren verdades particulares a partir de verdades generales, porque sólo de proposiciones puede predicarse su verdad o

falsedad y nunca de razonamientos, ya que éstos son válidos o inválidos.

Consideramos que dentro del método deductivo se encuentran consecuencias particulares que son:

- 1 Búsqueda de soportes racionales: deducción de consecuencias particulares
- 2 Búsqueda de soportes empíricos: elaboración de predicciones (o retrodicciones) sobre la base del modelo teórico, y de datos empíricos, teniendo en vista técnicas de verificación disponibles o concebibles.

1.4.2. Método Inductivo o Análisis.

La inducción es un proceso inverso al de la deducción; es decir, va de lo particular y concluye en lo universal, es decir, parte de la observación de algunos casos singulares y obtiene una ley universal.

Se puede definir de la manera siguiente “Es el raciocinio en donde, a partir de la observación de una relación constante entre fenómenos, se obtiene una relación esencial, y por lo tanto universal y necesaria entre dichos fenómenos.”²⁹

Gracias a este tipo de método es como se obtiene las leyes de las ciencias experimentales. De ahí su importancia en el tratamiento del conocimiento científico y del conocimiento jurídico. Es decir, que todas las leyes se obtienen a través del razonamiento.

La Clasificación de la Inducción:

a Inducción Total. Que consiste en observar los casos contenidos dentro de una clase, y a partir de allí expresar la propiedad captada en cada uno de esos casos.

En ese tipo de inducción no hay un raciocinio, más bien hay una totalización de datos que han sido observados efectivamente.

²⁹ Gutierrez Sáenz, Raúl *Op Cit* Pág 223

b. Inducción Parcial. "Esta consiste en observar una propiedad en un número suficiente (no total) de casos singulares, y de allí inferir la ley universal."³⁰

En esta clase de inducción la observación de los casos no es total, el raciocinio consiste en saltar de esos cuantos casos particulares hasta la totalidad de ellos. Naturalmente debe haber fundamento científico que le dé validez a dicho salto.

En la clasificación anterior existe la división de la inducción en sentido lato y en sentido estricto, la primera coincide con la abstracción formal; es decir, La mente capta una esencia y ve ahí un nexo necesario entre las formalidades de ella. De esa necesidad infiere la universalidad de su aplicación.

La inducción en sentido estricto procede en sentido inverso con respecto a la necesidad y a la universalidad. De la observación constante de una propiedad se infiere que debe haber un nexo necesario sobre el cual descansa una repetición tan uniforme de experimentos siempre con el mismo resultado.

La fundamentación de la inducción es un problema dentro de la Filosofía en la que se trata de encontrar las razones para asentar como legítimo el paso de los contingentes a lo necesario, de lo singular a lo universal, o lo que es lo mismo del hecho al derecho y del fenómeno a la ley que lo rige.

Fundamento de la Inducción

No se podría justificar una ley universal si no nos pudiéramos apoyar en un nexo necesario. La intuición de una esencia, como nexo necesario, es la que hace posible la inferencia de la ley universal.

La inducción tiene su fundamento en la intuición de una esencia. Es decir, la esencia incluye un nexo necesario; y éste mismo incluye la aplicación universal.

El principal elemento de la inducción es la ley científica. Por lo que debemos entender qué es una ley científica misma que se explica como la expresión de una relación constante de finalidad o de causalidad.

³⁰ *Idem*

Lo importante es captar la esencia que enlaza de modo necesario dicha propiedad. A partir de esta intuición de algo necesario se infiere la universalidad de su aplicación.

Se considera importante aclarar que no siempre se realizan los procesos inductivos en la forma antes explicada, sino primero se capta lo universal de facto (un hecho constante), luego una necesidad supuesta; enseguida se intuye la esencia y por lo tanto la necesidad de *jure* (Necesidad supuesta); de aquí se sigue en cuarto lugar la universalidad de *jure*.

Dentro del Fundamento la formación científica carente de Filosofía se conforma con lo universal de hecho, una constante verificable cuantas veces se quiera. Pero lo estrictamente científico tendría que ser lo universal de *jure*, lo universal que necesariamente debe darse. Pero a ello no se llega sino a través de la captación de una esencia que contiene el nexo necesario, es decir, que es el proceso completo de la inducción válida es pues: lo universal de hecho, la necesidad supuesta, la captación de la esencia. Solamente así podría llegar a una formulación de leyes definitivamente universales.

La inducción procede en forma inversa e intenta obtener de los casos particulares observados por una ley general válida también para los no observados. Quien utiliza ese método es Galileo para emplearla en forma genial y la presenta estructurada en tres fases que son:

1. Por el método resolutivo, se propone una hipótesis explicativa del proceso causal cuantitativo de los cuerpos.
2. Por el método constitutivo, se procura aislar el factor escogido hipotéticamente de los demás factores que también puede influir en el proceso causal.

3. Generalización. Que es la considerada como válida, porque la ley o conclusión fue verificada ³¹

1.4.3. Demostración del Método.

El procedimiento general de toda ciencia es la demostración. Esto es una consecuencia de las características generales de toda ciencia.

Se llama a la demostración al raciocinio que se funda en principios ciertos y concluye una proposición cierta.

Clases de demostración.

a. La Demostración *Propter Quid*, también llamada a priori, consiste en pasar de lo anterior en el orden ontológico a lo que es posterior. Coincide con el método sintético y la deducción.

b. La Demostración *Quia*. Va de los efectos a la causa, y también se llama a posteriori, porque conduce de lo que es posterior a lo que es anterior.

c. La Demostración *Directa*. Es la que establece formalmente una conclusión sin hacer rodeos.

d. La Demostración *Indirecta*. Es por reducción al absurdo, es la que se realiza suponiendo falsa la conclusión para ver las consecuencias de esto. Si tales consecuencias son inadmisibles se establece entonces la verdad de la conclusión original

e. La Demostración *Absoluta*. Este tipo de demostración es la que tiene validez universal

f. La Demostración *Ad Hominem*. Vale solamente para determinada persona y se apoya en lo que él mismo defiende, aunque su tesis sea discutible

³¹ Villoro Toranzo, Miguel *Introducción al Estudio del Derecho* 8ª edición. Editorial Porrúa México 1988 P.49

Reglas de Descartes.

Descartes en su Discurso del Método, propuso cuatro reglas fundamentales en el método científico, y son las siguientes:

- 1 Regla de la evidencia. No se debe aceptar como verdadero sino aquello que se presenta con claridad y distinción. La evidencia es, pues, el criterio de certeza.
- 2 Regla del análisis. Hay que dividir en partes el asunto tratado con el fin de resolver las dificultades con mayor facilidad.
3. Regla de la síntesis. Hay que ascender gradualmente y con orden a lo complicado y difícil.
4. Regla de la enumeración Hay que hacer enumeraciones y repeticiones para estar seguro de no haber olvidado nada.³²

No debemos olvidar que gracias a estas reglas la vida ha ido transformándose, tanto en la agricultura, la industria, las comunicaciones, etc., y por lo tanto es importante reforzar su status

Conforme al *Principio de Plenitud Hermética* fundamentado en su artículo 14 párrafo IV de la Constitucional, que a su letra dice:

En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho

Asimismo para aplicar la ley la ley el juez debe interpretarla, debiendo comprender el significado de sus palabras, para efectuarla debe seguir la reglas de la hermenéutica jurídica, así como la costumbre y la práctica de los tribunales. Como lo señala el artículo 72, inciso f de la Constitución Federal que a su letra dice: En la

³² Lastra Lastra, José Manuel Fundamentos de Derecho Editorial Mc Graw Hill México, 1989 Pág. 47

interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

Por lo antes mencionado nos damos cuenta que tanto en la Constitución como en el Código Civil para el Distrito Federal contiene expresamente el principio en forma de precepto incluido, en el cual explícitamente ordenan al juez que cuando se halle frente a un caso no previsto por la ley, ni por la costumbre, ni tampoco por la jurisprudencia del supremo tribunal, deberá resolverlo según el criterio que estime como obligatorio. Por lo que el juzgador no va utilizar un método específico o una Escuela de interpretación en particular para las normas jurídicas, pese a los progresos evidentes que el pensamiento lógico formal ha suministrado a la construcción y aplicación del fenómeno

1.5. Concepto de Hermenéutica.

La hermenéutica Jurídica tiene como objetivo el interpretar los textos legales para fijar su verdadero sentido, ése es el arte de interpretar el derecho, y tal interpretación tiene por objeto conocer lo que se quiere decir.

“Recibe el nombre de hermenéutica jurídica la disciplina que estudia y selecciona los métodos de interpretación de las leyes. Del papel que se reconozca al juez en la aplicación del derecho dependerá que la hermenéutica jurídica sea arte, técnica o ambas cosas.”³³

El juez es considerado como un mero funcionario encargado de aplicar sin discusión alguna las normas del legislador. Es la posición de todos los gobernantes que se reservan para sí en forma exclusiva la facultad de crear el derecho.

Por lo que se considera que el intérprete del derecho no le basta conocer el concepto lógico - gramatical de la fórmula empleada por el legislador, sino que debe

³³ Alonso González, Rosa María. *et al Op Cit* Pág. 159

identificar el pensamiento allí contenido con la estructura lógico - jurídico de la norma de derecho, todo ello con la finalidad de aplicar la norma al caso concreto

Cabe señalar que las normas de derecho positivo no son enunciados de ideas con validez intrínseca ni descripciones de hechos, ni tampoco expresión de ningún ser, éstas requieren de la interpretación de su contenido. Por ello, tiene razón Luis Recaséns Siches cuando afirma *“el derecho no puede predicar ni el atributo de la verdad ni el de falsedad, porque no es un ensayo de conocimiento ni vulgar ni científico.”*³⁴

Anteriormente los monarcas del absolutismo ilustrado; estaban persuadidos que solo ellos, y no los jueces, tenían la solución jurídica justa ; por consiguiente, los jueces debían limitarse a aplicar lo dictaminado por el legislador. También fue la posición de los primeros gobiernos democráticos surgidos de las ideas de la Revolución Francesa; creían firmemente que sólo el “pueblo soberano,” representado en la asamblea legislatora, tenía derecho a dictaminar cuál debía ser la conducta de los ciudadanos; en consecuencia los jueces no podían ser considerados más como servidores fieles de la voluntad popular *“Ya en tiempos más recientes esta posición de desconfianza a un juez independiente la comparten todos los gobiernos dictatoriales, puesto que no toleran más criterio directo de la sociedad que el propio.”*³⁵ En los casos anteriores, la interpretación del juez no es más que una técnica encaminada a reconstruir el sentido que quiso dar el legislador a su ley

La **Escuela de la Exégesis** ha formulado el método interpretativo que, partiendo de esta posición, ha tenido mayor aceptación. A diferencia de la **Escuela del Derecho Libre** que llega hasta autorizar al juez a prescindir de la ley para llegar a la solución que él considerare más justa. La **Escuela Histórica** pretende descubrir la interpretación no en la voluntad del legislador, sino el sentido de la ley.

³⁴ Lastra Lastra, José Manuel *Op Cit* Pág 47

³⁵ Villoro Toranzo, Miguel *Op Cit* Pág 256

Para poder entender mejor lo que es la hermenéutica Jurídica se define como el arte de interpretar correctamente un documento, es decir, saber aprovecharlo para reproducir el pasado en su realidad; por lo que el investigador requiere de una seriedad absoluta para no falsear el hecho histórico a pesar de sus inclinaciones personales. El investigador podrá tener sus propias creencias o preferencias, pero éste deberá respetar la verdad y no deformarla para su propia conveniencia y esto es lo que se entiende por hermenéutica.

Las escuelas y métodos hermenéuticos que existen para la interpretación de las leyes son numerosos pero nos ocuparemos de ellos en capítulos posteriores.

1.6. Concepto de Jurisprudencia Técnica.

Cabe mencionar que para explicar el tema de la jurisprudencia Técnica, tenemos que saber qué es la Jurisprudencia: “La Jurisprudencia proviene del latín que significa Jurisprudencia, que proviene de jus y prudentia, que significa prudencia de lo justo”³⁶

Ulpiano define la jurisprudencia como. “la ciencia de lo justo y de lo injusto. Esta definición coincide con el sentido etimológico de la voz, el de prudencia es una virtud intelectual que permite al hombre conocer lo que debe evitar, referida a lo jurídico, la prudencia es la virtud que discierne lo justo de lo injusto.”³⁷

Cabe mencionar que la Jurisprudencia Técnica tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinado, y así mismo tiene por objeto estudiar los problemas relativos a su interpretación y aplicación

³⁶ Adame Goddard, Jorge, *et al* Diccionario jurídico Mexicano Instituto de Investigaciones Jurídicas, 10ª edición Editorial Porrúa - U N A M México, 1997 Págs 1890 y 1891

³⁷ *Idem*

De acuerdo a la definición anterior se puede señalar que tiene dos aspectos fundamentales:

- “1. Teórico o sistemático. Es una exposición de las reglas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento temporal y especialmente circunscrito.
2. Técnico o práctico. Es el arte de la interpretación y aplicación de las normas que lo integran.”³⁸

Se considera a la jurisprudencia como la disciplina conocida comúnmente como doctrina

que determina y describe el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. La Jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas, cuando estos hacen jurisprudencia su propósito es describir un determinado derecho cabe mencionar que para tal objeto, primeramente procede a identificar su objeto, y posteriormente lo describirá.

“Cuando un jurista describe o interpreta el derecho, tiene que usar materiales jurídicos que, siendo empíricamente verificable, caracteriza al derecho que manejan como positivismo Se hace jurisprudencia de un derecho histórico (de todo el orden jurídico o de una de sus partes).”³⁹

La jurisprudencia técnica es una doctrina del orden positivo, que se reduce a la sistematización de las reglas que constituyen determinado ordenamiento, e indica en qué forma puede ser resueltos los problemas que su aplicación suscita

Al emprender dichas tareas, procede de manera dogmática. Es uno de los rasgos más característicos de la jurisprudencia. La aceptación dogmática se presenta en dos momentos; El primero se da en la adhesión (presupuestos fundamentales) adquiridos durante la formación y la práctica profesional, y el segundo momento se da en la identificación de la base fáctica del sistema. Quercemos decir que no se examina la

³⁸ *Idem.*

³⁹ Tamayo y Salmerón, Rolando *Op Cit* Pág 148

justificación de las disposiciones que componen cada derecho positivo, sino que por el contrario, considera a todas como intangibles y autárquicas, o sea, como un conjunto de normas en relación con las cuales el problema estimativo no debe ni siquiera ser planteado. Esta característica de la jurisprudencia técnica revela una diferencia fundamental con la filosofía jurídica.

La jurisprudencia técnica aparece ante nosotros como una doctrina especial de cada ordenamiento y, en vez de estudiar aquellas nociones, las da por conocidas, concretándose a exponer el contenido de las leyes o costumbres que forman el sistema a que se halla referida. Los estudiosos de la jurisprudencia técnica pueden ser tan numerosos como los derechos positivos que la historia registra; en cambio, desde un punto de vista estrictamente lógico, sólo podemos aceptar una teoría fundamental o una teoría general del derecho. aquella disciplina no sistematiza únicamente las reglas en vigor, puede también referirse a las instituciones y preceptos de ordenamientos pasados.⁴⁰

1.6.1. Ramas de la Jurisprudencia Técnica.

Las ramas de la jurisprudencia técnica son

- a La Sistemática Jurídica.
- b. Técnica jurídica, también llamada doctrina de la aplicación del Derecho.

La Sistemática Jurídica.

La sistemática jurídica se ocupa de la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinado. Los juristas romanos fueron los

⁴⁰ García Maynez, Eduardo. *Op. Cit* Pag. 128

primeros en abordar el problema, y a ellos se debe la división, generalmente aceptada todavía, que separa los preceptos jurídicos en normas de derecho público y de derecho privado. Estas dos ramas son luego subdivididas en disciplinas especiales: el derecho público, en constitucional, administrativo, penal y procesal; el privado, en civil, mercantil. La clasificación alude exclusivamente al derecho interno.

La tarea de la sistematización no termina al agrupar las reglas del derecho en disciplinas especiales. Debe continuar en el ámbito de cada una de ellas. De acuerdo también con un criterio de índole material, tales disciplinas son divididas en varias partes y cada una de ellas poseen asimismo un sistema. Éste se forma agrupando las reglas jurídicas en instituciones (es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza).

La Técnica Jurídica

Cabe mencionar que a la técnica jurídica es considerada como el arte de interpretar y aplicar los preceptos del derecho vigente. Los problemas que ofrece la aplicación del derecho pueden reducirse a los siguientes.

1. Integración
2. Interpretación.
3. Vigencia.
4. Retroactividad.
5. Conflicto de Leyes.

Los problemas de la aplicación se explicará detalladamente más adelante.

1.7. Concepto de Técnica Jurídica.

Nos referimos de manera general, a la noción de técnica, para hablar después de la aplicación del derecho

“La palabra viene de la voz griega Τέχνη, que significa arte. Las artes, no solamente las manuales e industriales, sino también las desinteresadas, o bellas, poseen siempre una técnica específica, que consiste en el empleo de medios para el logro de los fines que constituyen su esencia.”⁴¹

Si aplicamos la noción al caso especial del derecho, podremos decir que la técnica jurídica consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquél (el derecho) persigue. Pero como estos se obtienen con la formulación y aplicación de normas, tendremos que distinguir la técnica de formulación y la de aplicación de los preceptos del derecho. La primera, a la que suele darse el nombre de técnica legislativa, es el arte de la elaboración o formación de las leyes; la segunda atañe a la aplicación del derecho objetivo a casos singulares.

En la actualidad, la técnica de creación corresponde a órganos del Estado competencialmente capacitados para el efecto por el sistema jurídico. Esta técnica de creación se lleva a cabo preponderantemente por el poder legislativo mediante la creación de leyes

No obstante, en el sistema jurídico mexicano no sólo el poder legislativo se encuentra facultado para emitir cuerpos normativos vinculantes para los particulares, pues además de las leyes, la constitución, los reglamentos heterónomos, los reglamentos autónomos y los tratados internacionales crean validamente proposiciones normativas de naturaleza general, abstracta, obligatoria y permanente. Las formas de creación de cada uno de estos ordenamientos, también deberán ser incluidas en la técnica de formulación⁴²

⁴¹ *Ibidem* Pág 317

⁴² Rojas Amandi, Víctor Manuel *Filosofía del derecho*. 10ª edición. Editorial Harla, México, 1991
Pág. 293

Para que órganos del Estado emitan las leyes necesitan de los preceptos jurídicos y estos constan de dos elementos, *el supuesto y la disposición*. El supuesto es la hipótesis que al realizarse da nacimiento a las consecuencias normativas que la disposición señala; y ésta disposición indica los deberes y derechos que la producción del supuesto engendra.

Este último es, por su misma índole, la enunciación de algo posible que, al convertirse en realidad, provoca consecuencias de derecho. El nacimiento de éstas depende de la producción del hecho que la hipótesis prevé. Por ello, insistimos en la conveniencia de distinguir entre las nociones de supuesto jurídico y hecho jurídico.

Las consecuencias de que hablamos imputan necesariamente a determinados sujetos, porque las cosas no pueden tener facultades ni asumir obligaciones. La realización de los supuestos jurídicos determina siempre, de modo necesario, un cambio en el mundo del derecho, ya que implica el nacimiento, o la transmisión, o la modificación, o la extinción de facultades y obligaciones.

Determinación de los sujetos.

En la aplicación de un precepto jurídico a un caso concreto no se reduce a la comprobación de que un hecho realiza la hipótesis de aquél, dando origen a tales o cuales efectos, sino que exige, además, la atribución de las consecuencias normativas o sujetos determinados o, al menos, determinables.

En el acto de aplicación podemos distinguir, de acuerdo con la explicación precedente, dos momentos distintos:

- “1 La comprobación de que un hecho realiza la hipótesis de una norma,
2. La atribución o imputación de las consecuencias normativas a determinadas personas”⁴³

⁴³ García Máynez, Eduardo *Op Cit* Pág. 319

Para la determinación de los sujetos sobre quienes recaen las consecuencias normativas no siempre es forzoso establecer la existencia de un hecho jurídico diverso. A menudo basta con probar que la realización del supuesto de la norma que pretende aplicarse ha sido provocada por determinado sujeto.

El proceso de aplicación que hemos descrito supone la previa determinación de la norma que va a aplicarse. Declarar que hay una aplicable a un caso concreto significa que éste se encontraba previsto ya en aquélla. Pero tal cosa no siempre sucede. De aquí que, cuando se pretende establecer si un cierto hecho tiene o no consecuencias normativas, lo primero que debe hacerse es buscar la norma aplicable al mismo. La operación intelectual que en tal caso suele efectuarse consiste en generalizar el hecho en cuestión o, lo que es igual, concebirlo abstractamente, para investigar después si dentro de un ordenamiento jurídico determinado existe alguna norma que lo prevea.

1.7.1. Clasificación de los Problemas de la Técnica Jurídica.

Explicaré en qué consisten los problemas que forman su objeto de estudio.

1 - Interpretación. La palabra interpretar, en un sentido amplio, significa explicar o declarar el sentido de un texto falto de claridad

“Es tarea de la hermenéutica jurídica interpretar los textos legales para fijar su verdadero sentido, ése es el arte de interpretar el derecho, y tal interpretación tiene por objeto conocer lo que se quiere decir”⁴⁴

Todo precepto jurídico encierra un sentido. Pero éste no siempre se halla manifestado con claridad. Si la expresión es verbal o escrita, puede ocurrir que los vocablos que la integran posean acepciones múltiples, o que la construcción sea defectuosa y haga difícil la inteligencia de la frase, es decir, el interprete se ve obligado

⁴⁴ García Máynez, Eduardo *Op. Cit* Pág. 318

a desentrañar la significación de la misma “El conjunto de procedimientos destinados al desempeño de esta tarea constituye la técnica interpretativa. La labor de que hablamos representa un trabajo previo, relativamente al acto por el cual las reglas del derecho son aplicables.”⁴⁵

2.- Integración. La interpretación resulta posible cuando hay preceptos que deben ser interpretados. Si existe una laguna, debe el juzgador llenarla. La misma ley le ofrece los criterios que han de servirle para el logro de tal fin. Casi todos los códigos disponen que en situaciones de este tipo hay que recurrir a los principios generales del derecho natural o equidad, además de la función puramente interpretativa, los jueces y tribunales, desempeñan una labor creadora. Adoptando la terminología empleada por Del Vecchio y Carnelutti, creemos que a tal actividad conviene el nombre de integración

“La Ley prevé la posibilidad de las lagunas, e indica a los jueces de qué medios han de echar mano, a fin de llenarlas. En materia Civil nos remite a los Principios Generales del Derecho, o exige que el caso sea resuelto en la misma forma en que lo habría hecho el legislador.”⁴⁶

3 - Vigencia. Cuando se llega el momento de la aplicación puede presentarse con el problema de que si los preceptos que prevén el caso sometido a la consideración del juez, están vigentes o han sido derogados.

4 - Retroactividad. Una de las cuestiones más arduas que pueden surgir en el momento de la aplicación, estriba en saber si una disposición legislativa puede aplicarse a situaciones jurídicas concretas, nacidas bajo el imperio de una ley anterior. Bien conocido es el principio que domina esta materia. a ninguna ley se dará efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna. El principio de la no retroactividad es una regla moral legislativa, pero no se funda en la naturaleza de las cosas porque resultaría

⁴⁵ *Ibidem* Pág. 320.

⁴⁶ *Ibidem* Pág. 366

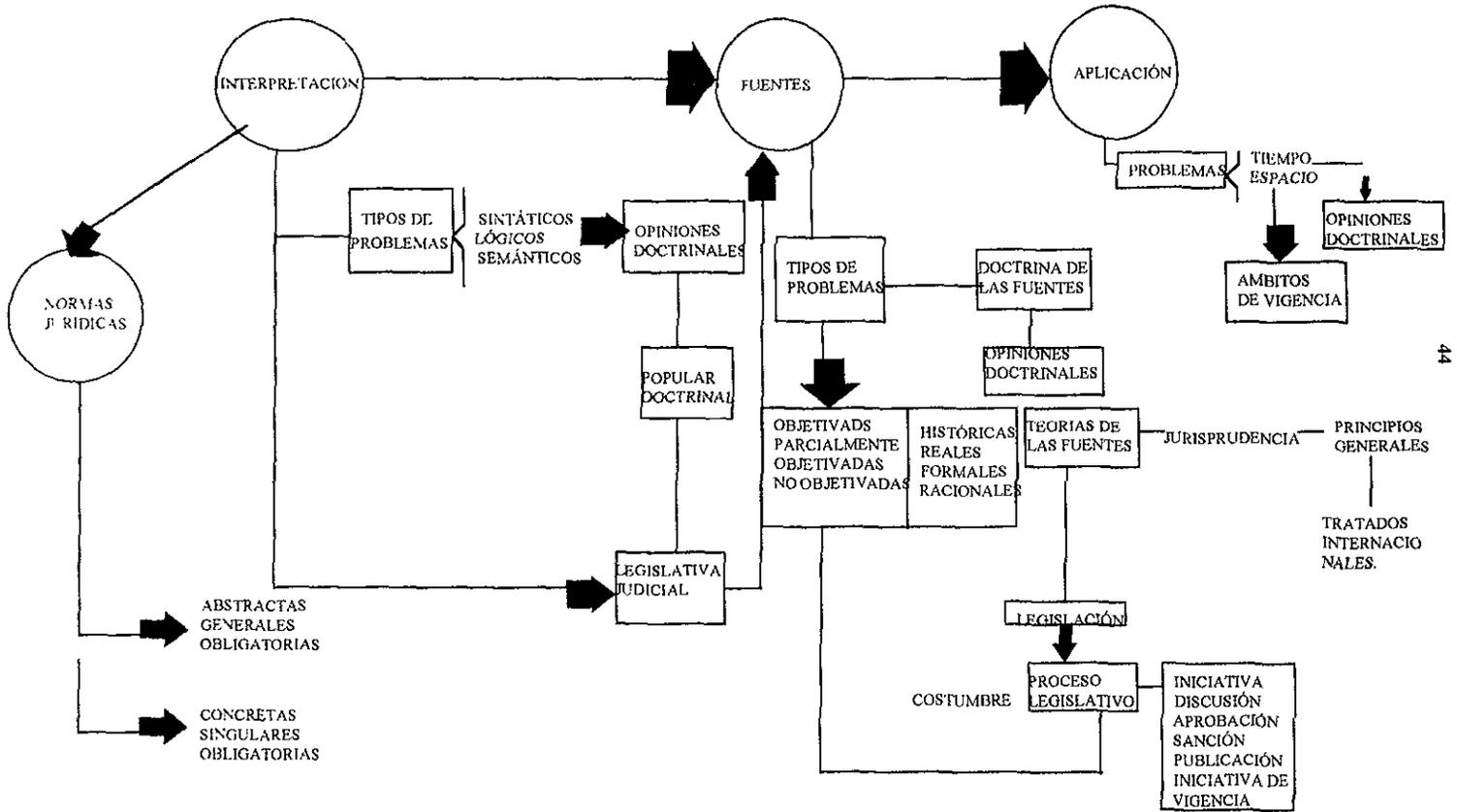
inexacto decir que el legislador nunca usa de ella.

5.- Conflicto de Leyes. “La jurisprudencia técnica debe señalar las reglas de acuerdo con las cuales han de solucionarse los problemas derivados de la pluralidad de legislaciones. A estos se les conoce con el nombre de problemas sobre aplicación de las leyes en el espacio, para distinguirlo de los relativos a la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo (retroactividad).”⁴⁷

Personalmente considero que la Técnica Jurídica que analizamos en páginas anteriores se resume en el siguiente esquema.

⁴⁷ *Ibidem* Pág. 130

TECNICA JURÍDICA



2. Escuelas y Teorías de la Técnica Jurídica.

2.1. Escuela Exégetica.

Las diversas escuelas de interpretación parten de concepciones completamente distintas acerca del orden jurídico y del sentido de la labor hermenéutica. No es, pues, extraño que los métodos que proponen difieran de manera tan disimbola.

Comenzaremos nuestro estudio de los principales métodos hermenéuticos con una breve exposición del método tradicional o exégetico, paso por paso.

La escuela de la exégesis agrupó en el siglo XIX a los principales civilistas franceses. Con su autoridad el decano Glasson hizo notar justamente lo anterior en un discurso con motivo de la celebración del centenario del código civil (1804-1904), donde señaló: “Todos nuestros juristas formaron una especie de escuela, que podría llamarse la Escuela de la Exégesis.”⁴⁸

Los fundadores de esta Escuela, en su primera fase, no fueron muy numerosos: Delvincourt, decano de la facultad de derecho de París (1808), transformada esta misma en (1813); Proudhon, decano de la facultad de Dijón (1809); Toullier, decano de la facultad de derecho de Rennes (1811). Tales fueron los fundadores de la escuela de la exégesis en su primera fase; después vinieron otros de menor importancia, a los cuales no se hará referencia

I - El método de Interpretación en su culto al texto de la ley, es un rasgo distintivo de esta escuela, porque hace que esté por encima del culto al derecho, es decir, que el método de interpretación va a tener conocimiento histórico y no solamente contará con la exégesis gramatical

⁴⁸ Lastra Lastra, Jose Manuel, *Op Cit* Pag. 48

2 - El método de Interpretación aspirará al conocimiento de la intención del legislador.

Se elabora, entonces, el método interpretativo exégetico:

- a. Primero, hay que acudir a la interpretación gramatical, que es aquella que se funda en las reglas del lenguaje y la gramática;
- b. Si lo anterior no fuere suficiente, habrá que reconstruir la intención del legislador al tiempo en que fue dictada la ley, para lo cual se deberá recurrir a las exposiciones de motivos, al texto de las discusiones parlamentarias y de los trabajos preparatorios.
- c. Los comentarios y notas de aquellos que participaron directamente en la elaboración legal se convierten en una guía inapreciable para el intérprete, ya que permite reconstruir con fidelidad el espíritu de la legislación y autorizan la aplicación de leyes análogas.⁴⁹

3.- El método de interpretación con el carácter profundamente estatista de la doctrina exégetica. Sólo en caso de que no se pueda conocer la voluntad del legislador, se puede autorizar al intérprete para recurrir a los principios generales del derecho.

(...) la codificación, expresión de la voluntad del legislador, no tiene nada que ver con los antecedentes históricos, económicos y políticos anteriores a la obra de la codificación

Se afirma que cuando la ley es clara no es lícito eludir su letra; pero cuando es oscura e incompleta, hay que descubrir el espíritu de la ley en el estudio de los trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias, así como del análisis de la tradición histórica y las costumbres reveladoras de las circunstancias prevalecientes en la época en que la ley fue elaborada y de los motivos que indujeron al legislador a

⁴⁹ Villoro Toranzo, Miguel *Op Cit* Pág 257

establecerla.⁵⁰

Algunas veces, la expresión es oscura o incompleta. Entonces no basta el examen gramatical y es necesario echar mano de la llamada interpretación lógica. Su fin estriba en descubrir el espíritu de la ley, para controlar, completar, restringir o extender su letra. Habrá que buscar el pensamiento del legislador en un cúmulo de circunstancias extrínsecas a la fórmula, y sobre todo, en aquellas que precedieron su aparición. Los medios auxiliares de que el intérprete debe valerse para lograrlo, son los siguientes:

- 1.- Examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias.
- 2 - Análisis de la tradición histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue elaborada, así como los motivos que indujeron al legislador a establecerla.
- 3 - Si estos medios resultan infructuosos, habrá que valerse de procedimientos indirectos. Entre ellos figuran en primera línea el recurso a la equidad y la aplicación de los principios generales del derecho. La equidad no debe ser para el exégeta fuente inmediata y directa de inspiración, sino un criterio que le permita descubrir las consideraciones de utilidad y justicia en que el legislador debió inspirarse. Los principios generales del derecho son concebidos como un conjunto de ideales de razón y justicia que el legislador ha de tener presentes en todo caso. De ello se infiere que puede servir para completar la expresión de su pensamiento.⁵¹

Los procedimientos que estudiamos anteriormente no siempre permite, por

⁵⁰ Ovilla Mandujano, Manuel. *Teoría del Derecho*. Editorial Duero, México, 1990. Pág. 220

⁵¹ García Máynez, Eduardo. *Op. Cit.* Págs. 334, 335

desgracia, descubrir el sentido de la ley porque se presentan situaciones que el legislador no puede prever. Pero, la fórmula legal es susceptible de procurar la solución que se busca, por lo que enumeraremos los más importantes:

Argumento a contrario. Cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución que se busca.

Argumento a pari, a majori ad minus, a minori ad majus. Estos argumentos constituyen, en su conjunto y combinación, lo que se llama razonamiento de analogía. Los argumentos de esta índole se basan en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma. Para que la aplicación del razonamiento por analogía sea correcta no basta la semejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley; requiérese asimismo que la razón en que la regla legal se inspira, exista igualmente en relación con el caso previsto

El método exégetico se resume, que él que tiene el poder, formula la norma, y nadie puede variar su contenido. Así la tarea que tiene el intérprete y el investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir, es decir, desde ese momento la norma se considera como algo perfecto y estático “Lo que el legislador diga, dicho está, y lo que calla, callado está; tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable”⁵²

Toda controversia debe, necesariamente, encontrar respuesta en los textos legales, y al juez le corresponde la función de aplicar la ley.

⁵² *Ibidem* Pág 335

2.2. Escuela Histórica Alemana.

Por Escuela histórica del derecho se entiende como “una forma especial de filosofía del derecho, que nació a principios del siglo XIX en relación con una tendencia general de aquella época el romanticismo, sus representantes más destacados fueron Federico Savigny (1779-1861) y Puchta (1798-1846).”⁵³

El hecho que dio nacimiento a esta doctrina fue una discusión literaria entre Thibaut y Savigny en el año de 1854 sobre la conveniencia de formular un código Civil Alemán. Thibaut insistía sobre las deficiencias del derecho privado tradicional y propugnaba una codificación unitaria por razones políticas, Savigny no estaba de acuerdo. En oposición al racionalismo, los representantes de esta escuela afirmaban que la manera correcta de interpretar el derecho no consiste en partir de postulados previos sino de los obtenidos empíricamente

La Escuela histórica Alemana entendía que interpretar correctamente la ley era coincidir con el sentido que se le hubiese dado en el momento histórico de su promulgación, sentido que se puede desentrañar a través de investigar la tradición cultural de la nación

Savigny, como ya se mencionó con anterioridad, fue el fundador de esta escuela y “creyó que la interpretación es una actividad necesaria no sólo en el caso de obscuridad en los textos, sino también en toda aplicación de norma”⁵⁴

La escuela histórica parte de la base de que el pueblo es una cosa corpórea con una alma propia, por eso, la norma ha de aplicarse de acuerdo con las aspiraciones y las necesidades en el momento en que se realiza la aplicación, y no en el momento en que se emitió la norma. Por ser fruto de las circunstancias sociales que prevalece en el momento de su elaboración, puede adaptarse a las nuevas exigencias, que se van

⁵³ Lastra Lastra, Jose Manuel *Op Cit* Pág. 50

⁵⁴ Ovilla Mandujano, Manuel *Op Cit* Pág. 227

presentando al ritmo de la evolución social.

La capacidad de adaptación de la ley puede llevarse a cabo por medio de la interpretación, que no se realiza ciertamente tratándose de buscar la voluntad del legislador, ni teniendo en cuenta sólo las necesidades económicas y sociales que prevalecían en el momento en que la ley fue formulada, sino que el interprete de la misma necesariamente debe estar condicionada por las necesidades sociales presentes que estén en mayor armonía con las transformaciones de la vida social.⁵⁵

Cabe mencionar que esta forma de interpretar la ley causa una experiencia histórica, pero dada la evolución de los componentes de la sociedad, el texto se transformará constantemente, al ritmo de las transformaciones de la vida social.

Las consecuencias prácticas de la escuela histórica fueron:

1. Aversión a la legislación y predilección por el derecho consuetudinario, por ser éste el mejor medio de conocer lo que jurídicamente quería el espíritu popular.
2. Insistencia especial en la investigación histórica del derecho dado, más que en la cuestión práctica de su aplicación.
3. Negación de la posibilidad de una crítica objetiva del derecho positivo a la luz de la idea directriz de la justicia.⁵⁶

2.3. Escuela de Derecho Libre.

El llamado movimiento del Derecho Libre tiene entre sus más notables representantes a Kantorowicz, quien fundó esta escuela como una expresión natural

⁵⁵ Lastra Lastra, José Manuel *Op. Cit.* Pág. 51

⁵⁶ *Idem*

rejuvenecida.

La llamada escuela del derecho Libre no es, propiamente hablando, un conjunto orgánico y sistematizado de doctrinas, tratase más bien de una tendencia específica que se manifiesta reiteradamente a través de una larga serie de autores y obras. Estas últimas sólo tienen en común la orientación de que hablamos, pero difieren, a veces profundamente, en varios de sus aspectos.

Lo que permite agruparlas bajo una denominación común no es su lado positivo, sino el negativo o crítico. La citada escuela representa una reacción, a veces muy violenta, contra la tesis de la plenitud hermética y la sumisión incondicional del juez a los textos legales. Los puntos en que sus partidarios coinciden son, de acuerdo con Reichel, los siguientes:

- a) Repudiación de la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley;
- b) Afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora.
- c) Tesis que la función del legislador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.⁵⁷

Cabe mencionar que en esta escuela el juez se encuentra libre de toda traba dogmática y aún está autorizado para separarse del sistema del Código y, realizar la justicia, es decir, que el juzgador debe, pues, aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.

La Escuela de Derecho Libre emplea el método teleológico y el axiológico, pero tiene la enorme desventaja de favorecer la arbitrariedad, y de impedir la igualdad en la aplicación de la ley.

El jurista francés Francois Géný, quien en su obra método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo, muestra los esfuerzos de sus autores para

⁵⁷ García Mávnez, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 347

demostrar la insuficiencia del método tradicional y acentúa la necesidad de conceder al juez un papel creador, no sólo en la labor interpretativa, sino, sobre todo, en aquellos casos en que la ley presente vacíos. Y plantea sus principios esenciales al efecto:

1. Cuando un aspecto jurídico no puede ser solucionado con las fuentes formales, es necesario que el interprete e investigador cree o elabore por sí mismo el principio. Aquí, el juez tiene la facultad y la libertad, en función de la realidad social impetrada, de crear la norma como lo haría el legislador.
2. Cuando la ley positiva carece de eficacia, la costumbre, la autoridad y la tradición deben llenar el vacío, buscando siempre regular con equidad la situación concreta escapada de la norma positiva.
3. En cuanto al procedimiento a seguir, Gény expresa que hay dos posibilidades. a) La interpretación por la fórmula del texto; b) La interpretación con la ayuda de elementos independientes de la fórmula.⁵⁸

Su preocupación ya no es la certeza del derecho sino la justicia del caso que cree conculcada por las incomprensiones de una ley flexible, su solución es facultar al juez para que pueda resolver fuera de la ley y para que se atenga en todo caso al sentido que la comunidad tiene de la justicia

2.3.1. Doctrina de Radbruch y Kelsen.

Tesis de Radbruch.

RADBRUCH expone una doctrina que bien podría considerarse como la antítesis del método tradicional. La tarea interpretativa consiste esencialmente, en una reconstrucción del pensamiento del legislador o, como dice August Boek de la

⁵⁸ Witker, Jorge y Rogelio Laros *Op Cit* Pág. 186

interpretación filológica, que inquiere no el sentido de la ley, considerada en sí misma, sino el pensamiento real que sus autores quisieron expresar. Existe la interpretación jurídica sistemática cuyo fin radica en descubrir el sentido objetivamente válido de los preceptos del derecho. El sentido de la ley no puede residir en la voluntad de los legisladores, porque aquélla no vale como expresión de querer subjetivo, sino como una voluntad del Estado. Por otra parte, las voluntades que intervienen en la elaboración de las leyes no coinciden en todo caso y, aunque coincidiese, siempre sería posible separar el querer subjetivo del legislador y el sentido objetivo de la norma. “La voluntad del legislador no es, pues, medio de interpretación, sino resultado y fin de la misma, expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico”⁵⁹

Pero tomando la conclusión de Radbruch, no es posible afirmar como voluntad del legislador lo que nunca existió conscientemente en la voluntad de éste. El interprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor.

La tarea interpretativa no está irremisiblemente ligada al momento de la publicación, sino que debe hacerse en relación con las exigencias, siempre nuevas y cambiantes, de cada época histórica. Tal posibilidad de adaptación a las necesidades de la vida obedece a la multiplicidad de interpretaciones que la fórmula legal permite, cuando en ella no se ve la expresión de un querer subjetivo, sino una manifestación del derecho, objetivamente considerado.⁶⁰

Cabe mencionar que la tesis de Radbruch señala que la interpretación no está ligada a su momento de publicación, sino que esa interpretación debe ser de acuerdo

⁵⁹ García Máynez, Eduardo *Op. Cit.* Pág. 351

⁶⁰ *Idem*

a las exigencias, siempre nuevas y cambiantes, de cada época histórica. Esa adaptación de las necesidades de la vida obedece a la multiplicidad de interpretaciones que la fórmula legal permite, cuando en ella no se ve la expresión de un querer subjetivo, sino una manifestación del derecho, objetivamente considerado.

Tesis Kelseniana.

Esta doctrina es llamada también formalismo. La actividad que se tiene de interpretar va a fijar los límites de su marco en la aplicación de las normas jurídicas. El juez puede optar por cualquiera de las posibilidades que le da la norma dentro de la ley, ejerce un acto de voluntad y en ese sentido es creador de normas individuales.

Un sistema jurídico está estructurado en un orden de normas y las superiores prevén no sólo el procedimiento de la producción de la norma inferior sino el contenido de ella misma, pero esta determinación no es completa o exacta porque al margen de las posibilidades en su aplicación debe considerarse siempre a la interpretación.

En el caso de la norma, se trata de saber como aplicando una norma general y abstracta a un hecho concreto, el agente jurídico (judicial o administrativo) obtiene la norma individual y concreta que le incumbe establecer.

Por manifestar los extremos, diríamos que unos exigen apearse al texto de las normas, otros reivindican la necesidad de cierta libertad en esos tipos de trabajo. Lo cierto es que el derecho en términos generales y las normas jurídicas en términos singulares, reproducen el discurso de la dominación, la voluntad social y política de los sectores dominantes en determinada sociedad concreta.

En la tesis de Kelsen cuando se habla de lagunas de la ley, lo que se quiere decir es que las soluciones posibles considérense injustas, en cuanto se piensa que si el legislador hubiera tenido presente el caso especial, lo habría reglamentado en forma

completamente diversa de aquella o aquellas que del texto de la ley se infieren. “La laguna no es más que la diferencia entre el derecho positivo y un orden tenido por mejor y más justo. Sólo puede afirmarse una laguna cuando se compara con el derecho existente. La Interpretación no tiene aquí la función de aplicar la norma, sino, al contrario, la de eliminarla, para poner en su lugar otra mejor y más justa, es decir, la deseada por el encargado de la aplicación.

“Para poder entender las escuelas proponemos el siguiente cuadro de las Escuelas de Interpretación.”⁶¹

	Escuela de la Exégesis	Escuela Histórica	Derecho Libre
Criterio.	La Ley escrita	El espíritu de la ley a través de la ley escrita	La realidad Histórica cambiante.
Fin del Método.	La voluntad del legislador,	La voluntad de la Ley	La justicia del caso.
Investiga:	1) Lo que quiso decir el legislador, 2) Lo que habría querido en el supuesto imprevisto	Los valores de justicia que trató de proteger el legislador	Las ideas de justicia imperantes en la sociedad actual
Técnicas empleadas.	1) Historia del Derecho, 2) Dogmática Jurídica del legislador.	1) Historia del Derecho, 2) Dogmática Jurídica actual	Sociología de los sentimientos de justicia.
Ventaja.	Estabilidad del derecho(certeza jurídica).	Respeto(pero no esclavitud) a la ley, adaptación razonada a la realidad cambiante	Adaptación a la realidad
Inconveniente.	Rigidez ante la realidad cambiante		Inestabilidad jurídica anarquía subjetiva

⁶¹ Villoro Toranzo, Miguel *Op. Cit* Pag. 266

3. La Interpretación Jurídica.

3.1. Concepto de Interpretación de la Ley.

El estudio sobre la interpretación del derecho es un tema esencial y muy importante tanto en la teoría como en la práctica del Derecho. Dado que, sin interpretación no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico. “Cierto que algunas veces ha habido ilustres legisladores que, con una petulante arrogancia, prohibieron la interpretación de las normas que emitían Pero es evidente que tales legisladores o no sabían lo que estaban diciendo o querían decir otra cosa, probablemente querían decir que ordenaban una interpretación estricta y severa,”⁶² lo cual en fin de cuentas constituye también una tontería de gran tamaño, porque el legislador esencialmente carece de competencia para ordenar sobre cómo deba ser la interpretación

Respecto del primer punto, de la necesidad de la interpretación, nótese que sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico. No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, impuestas por los órganos jurisdiccionales y ejecutivos

La etimología de *interpretatio* es aún determinante en el significado de *interpretación* y de sus equivalentes modernos En un sentido general interpretar significa: explicar, esclarecer y, por ende, descifrar (el sentido de alguna cosa). El intérprete es el mediador que comunica a los demás el significado que se atribuye a ciertos signos o acontecimientos El intérprete pone en conocimiento de otros, traduce en

⁶² García Maynez, Eduardo *Op Cit* Pág. 329

un lenguaje inteligible, descifra, el sentido que corresponde (según ciertos métodos) a determinados signos, fórmulas o sucesos.⁶³

Interpretar consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado) Cabe afirmar que, de manera general, interpretar es determinar o asignar el sentido a ciertos hechos, signos, fórmulas o palabras.

“La palabra interpretar, en un sentido amplio, significa explicar o declarar el sentido de un texto falto de claridad. Es tarea de la hermenéutica jurídica interpretar los textos legales para fijar su verdadero sentido, ése es el arte de interpretar el derecho, y tal interpretación tiene por objeto conocer lo que se quiere decir.”⁶⁴

Al intérprete del derecho no le basta conocer el concepto lógico - gramatical de la fórmula empleada por el legislador, sino identificar el pensamiento allí contenido con la estructura lógico-jurídica de la norma de derecho (supuesto, deber ser, consecuencia), todo ello con la finalidad de aplicar la norma al caso concreto

Cabe mencionar que el campo del derecho tres son los niveles que se presentan en la interpretación que también se le llama hermenéutica y son. El primer nivel lo representa el derecho mismo, el segundo el de la ley y el tercero el de las normas que integran el derecho.

Interpretar es un verbo equívoco que exige precisamente su contenido y alcance; ya que no es lo mismo referirse al derecho, que a las normas jurídicas; pues lo primero es más amplio que lo segundo y éste es sólo una porción del derecho y por lo tanto es más restringida Referirnos a la interpretación del derecho, implica tener mucho cuidado, ya que hay interpretación del fenómeno jurídico y existe uno de sus componentes

⁶³ Tamayo y Salmerón, Rolando, *et al* Diccionario Jurídico *Op Cit*, Págs 1793, 1794

⁶⁴ Lastra Lastra, José Manuel *Op Cit* Pág 50

Por componentes debemos entender desde el punto de vista de su jerarquía a la Constitución; las leyes de todo tipo (ordinarias, reglamentarias); los Códigos; los reglamentos; el Plan Nacional de desarrollo; las Circulares; los Acuerdos; las disposiciones administrativas, los Reglamentos Internos; las condiciones Generales de Trabajo y otros Instrumentos más.

Toda esta jerarquía compuesta por normas jurídicas son de 2 tipos: normas generales y abstractas y normas singulares y concretas que en capítulos posteriores explicaremos más detalladamente.

Interpretar una proposición normativa quiere decir traducir a significados (objetos o acontecimientos, ambos esquemáticos y conceptualizados), los significantes (signos y símbolos) en lo que expresa la misma. Podemos decir con García Máynez que: los textos legales no son el derecho, sino la forma de expresión de éste, como forma de expresión o significante la debemos interpretar en todos aquellos casos en que se trata de descubrir su significado.⁶⁵

El fin de interpretar consiste en desentrañar la significación de la expresión jurídica. Se habla de desentrañar el sentido, porque éste debe hallarse implícito en la expresión que se interpreta. Los signos que la integran son tales en cuanto que algo significan, si nada significasen no serían signos auténticos y la interpretación resultaría imposible.

Cabe mencionar que cuando el derecho alcanza el grado de sistema jurídico como pirámide, la interpretación deberá realizarse también en relación con la estructura lógica de la que forma parte el ordenamiento a ser interpretado. En este caso, lo que se debe determinar es, si de acuerdo con las reglas de reconocimiento de

⁶⁵ Rojas Amador, Víctor Manuel *Op Cit* Pág. 299

validez normativa que establece el propio sistema, el ordenamiento en análisis es válido dentro del mismo.

Se debe entender en primer término el concepto general de interpretación, para iniciar posteriormente el examen de los textos legales, problema que como acabamos de indicarlo no es sino una de las numerosas cuestiones interpretativas que el hombre se plantea. El problema consiste en determinar que la interpretación no es exclusivamente jurídico. Trátase de un interrogante de orden filosófico, que naturalmente cabe plantear concretamente, en relación con los preceptos de un determinado sistema de derecho.

Edmundo Husserl a través de un análisis distingue los siguientes elementos de la interpretación:

- 1.- La expresión en su aspecto físico (el signo sensible; la articulación de sonidos en el lenguaje hablado, los signos escritos sobre el papel).
- 2.- La significación. Lo que la expresión significa es el sentido de la misma. Parece que la significación es el objeto a que la expresión se refiere, pero no es así, porque entre la expresión y el objeto hay un elemento intermedio. la significación.
- 3.- El objeto. La necesidad de distinguir la significación del objeto resulta clara cuando, después de comparar diversos ejemplos, nos percatamos de que varias expresiones pueden tener la misma significación, pero objetos distintos, o de que es posible que tengan significación diferente, pero el mismo objeto. Naturalmente que existe también la posibilidad de que difieran en ambos sentidos o en ambos coincidan. Lo último ocurre en el caso de las expresiones tautológicas⁶⁶

⁶⁶ García Máynez Eduardo *Op Cit* Págs 325, 326

Cabe mencionar que si aplicamos todas las ideas anteriores al caso especial de la interpretación de la ley, podremos decir que interpretar consiste en descubrir el sentido que encierra. “La ley aparece como una forma de expresión. Tal expresión suele ser el conjunto de signos escritos sobre el papel, que forman los artículos de los códigos.”⁶⁷

El principal problema de la interpretación es saber qué debe entenderse por sentido de la ley; pero para que haya interpretación debe existir un precepto jurídico que en alguna forma pueda cubrir las circunstancias que no sólo no ha previsto el legislador sino que también no puedan ser comprendidas dentro de una posible interpretación de la ley, en consecuencia, su sentido debe ser el que su autor pretendió darle. Habrá, pues, que investigar lo que el legislador quiso decir, ya que la ley es expresión suya.

La tesis se basa en el supuesto de que la legislación, como acto expresivo, debe imputarse a la voluntad de los legisladores o, lo que es igual: *que es derecho lo que estos quieren*. No se advierte que lo querido por el legislador no coincide en todo caso con lo expresado en la ley. Pues lo que aquél pretende es expresar algo, que en su concepto debe ser derecho, mas para expresarlo tiene que valerse de un conjunto de signos que otras personas habrán de interpretar, y cuya significación no depende, sino en muy pequeña escala, del mismo legislador. Si éste emplease un conjunto de signos de su exclusiva invención, y pudiese prescindir del complejo de significaciones que tiene vigencia en una determinada época y un lugar determinado, su obra resultaría ininteligible.⁶⁸

⁶⁷ *Ibidem* Pág. 327

⁶⁸ *Ibidem* Pág. 329

Cabe mencionar que la interpretación no es solamente de la voluntad del legislador, sino del texto de la ley. Esto no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical, pues en la significación de las palabras que el legislador utiliza no se agota en su sentido lingüístico. Para percatarse de ello basta con pensar en lo equivocado de muchos de los términos que maneja y, sobre todo, en la necesidad en que se encuentra de usar vocablos que poseen una significación propiamente jurídica, no creada por él, y que se halla en conexión con muchas otras del mismo sistema de derecho

La interpretación jurídica no es labor exclusiva de los órganos aplicadores del derecho; cualquier persona que inquiera el sentido de una disposición legal puede realizarla. Pero la calidad del intérprete no es indiferente, al menos desde el punto de vista práctico, porque no toda interpretación es obligatoria.

Se debe entender por interpretación “la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinado el marco que expone el derecho para interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco.”⁶⁹

3.2 Clasificación de la Interpretación.

La interpretación se clasifica de la manera siguiente.

1 - Interpretación extensiva Es cuando precisa ampliar el sentido de las normas; tiende a ampliar el sentido de las palabras del texto legal, lo que el autor de la ley quiso decir y no logró correctamente.

Esta forma de interpretación sólo tiene de interpretación el nombre, ya que en realidad es una auténtica forma de integración

⁶⁹ Kelsen Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducción Roberto J. Vernengo. 9ª edición. Editorial Porrúa, México. 1997. Pág. 351

2.- Interpretación restrictiva. Consiste en no aplicar la ley a situaciones que aunque contenidas en su texto, están excluidas de la norma por su espíritu, o también puede ocurrir que las palabras expresan más de lo que verdaderamente la norma comprende.

En ambos casos, hay que señalar que no se trata de corregir la norma, sino de otorgarle un valor efectivo

3.- Interpretación gramatical. De acuerdo con esta forma, se atiende al sentido literal de cada palabra del texto legal, para desentrañar la significación de un lenguaje jurídico.

El derecho escrito tiene la posibilidad de existencia formulada en un lenguaje, a partir de la invención de la escritura. No se olvide que la ley ha sido definida tradicionalmente como el derecho escrito, y que la escritura se forma con palabras. Por ello, se pretende hallar el significado lexicográfico de las palabras del texto legal, aplicando las reglas de la gramática ⁷⁰

4.- Interpretación lógica. Debe suponerse que el legislador expresó su pensamiento con propiedad de lenguaje; sin embargo, en algunas ocasiones el sentido gramatical contradice lo que por otros medios resulta ser el sentido lógico de la ley. El conflicto que se provoca debe resolverse dando preferencia a la lógica por encima de la gramática

5.- Interpretación sistemática. Es la disposición legal que si se analiza e interpreta en forma aislada puede resultar insuficiente para su entendimiento. No así si es contemplada dentro del conjunto unitario de las normas. El jurista y el interprete no deben olvidar que el derecho positivo forma parte de un sistema. De aquí la importancia de la interpretación sistemática

⁷⁰ Lastra Lastra, José Manuel. *Op. Cit.* Pág. 57

6.- Interpretación analógica. La analogía da lugar al esfuerzo integrador de la ley. El intérprete no busca la intención del autor de la ley, sino que a través de ella el juzgador crea una nueva y distinta regla fundada en la identidad de la razón, partiendo del principio de que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición.

El fundamento de la analogía es la aplicación del principio de igualdad jurídica, en virtud del cual se exige: para casos iguales deben aplicarse resoluciones iguales

7.- Interpretación auténtica. En esta clase de interpretación es al legislador a quien corresponde desentrañar el significado de la norma. En nuestro derecho este caso está previsto en el artículo 72 constitucional, inciso F que establece. “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.” Esta especie de interpretación puede realizarse de dos maneras: En el mismo texto de ley o cuerpo legal, o fuera del texto que se trate de interpretar, es decir, en una ley posterior.

“Para Rafael de Pina, la interpretación auténtica, tanto contextual como extracontextual, más que útil debe: considerarse como conveniente. El Poder Legislativo, al interpretar sus propios textos, suplanta a los juristas en una función que, en cualquier caso, sólo ellos pueden realizar con eficiencia”⁷¹

La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho, también se le considera como auténtica “la interpretación realizada por el órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción.”⁷²

Cabe mencionar que el legislador es mucho más libre en el acto de crear

⁷¹ *Idem*

⁷² Kelsen Hans *Op Cit* Pág. 354

derecho que el juez; pero éste también es creador de derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función

8.- Interpretación Doctrinal Es una visión técnica fundada en ciertos criterios y es la que hacen los juristas “Actualmente no existe doctrina obligatoria sin embargo, los tribunales suelen fundar sus resoluciones en las opiniones vertidas doctrinalmente. Esto es, si un abogado o un particular cualquiera interpretan una disposición normativa, su interpretación correcta o incorrecta, tiene un simple valor doctrinal y a nadie obligan.”⁷³

9.- Interpretación Judicial Es la que se realiza por los jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional. Es una exigencia general de la aplicación del derecho Si un juez es quien interpreta una norma a fin de aplicarla a un caso concreto, esa interpretación adquiere una obligatoriedad para el asunto que se trata y sirve de base a una norma individualizada.

10.- Interpretación Popular Consiste en una visión no técnica y que llevan a cabo las personas no expertas en el asunto Esta forma de interpretar la ley ha sido desconocida por la doctrina, que no la incluye entre las diferentes especies de interpretación Sin embargo, su existencia es evidente

El derecho alcanza el grado de sistema jurídico como pirámide, la interpretación deberá realizarse con la estructura lógica de la que forma parte el ordenamiento a ser interpretado. Es decir, en este caso se debe determinar es, si de acuerdo con las reglas de reconocimiento de validez normativa que establece el propio sistema, el ordenamiento en análisis es válido dentro del sistema.

Las normas del derecho no están destinadas exclusivamente a los técnicos del derecho, sino a todos los componentes de la sociedad La interpretación auténtica y la interpretación judicial o jurisprudencial tiene carácter de oficial o público.

⁷³ Mandujano Ovilla, Manuel *Op Cit* Pág. 218

Cabe mencionar que la interpretación de la ley nos acerca al mejor conocimiento del derecho; sin el estudio de estos conceptos sería muy difícil su aplicación práctica y, más todavía, obtener resultados positivos.

La interpretación de la ciencia jurídica es aquella que siempre es auténtica y obligatoria jurídicamente; ésta no tiene, a diferencia de aquella, efectividad jurídica. Es conocimiento puro. Se puede por lo tanto, decir perfectamente que es correcta (verdadera) o falsa, pues aún cuando desde el punto de vista del puro conocimiento fuera falsa es, sin embargo, derecho, es decir, norma y como tal no es ni verdadera ni falsa sino válida o no válida.⁷⁴

3.3. Reglas de la Interpretación.

Cabe mencionar que el método correcto de interpretación de las leyes no es el de la voluntad del legislador sino el del sentido de la ley; que las lagunas de la ley, y no del derecho, pueden ser colmadas a través de argumentos lógico-jurídicos, faltando tan solo por contemplar lo que el Derecho positivo mexicano establece para la interpretación e integración de las leyes.

Desde luego cabe advertir que, en virtud del principio de legalidad que establece el artículo 14 Constitucional en sus párrafos tercero y cuarto, encierran las reglas fundamentales de interpretación e integración en el derecho mexicano. El tercero refiérese a la aplicación de la ley penal; el cuarto formula las reglas de interpretación e integración en materia civil, pero sólo en relación con las sentencias. El texto de las citadas fracciones es el siguiente

⁷⁴ Kelsen, Hans. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* 5ª edición. Editorial Fontamara, México, 1998 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 11) Pág. 25

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y, a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.

En virtud de la garantía de Seguridad Jurídica establece el artículo 16 Constitucional, que: *Nadie puede 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.*

Y por último, el artículo 17 Constitucional establece la obligación de los tribunales para impartir justicia, *“Por lo que no pueden quedarse sin resolver las controversias de cualquier orden que se ventilen, ni aun a pretexto de no haber ley exactamente aplicable al caso.”*⁷⁵

En virtud de los principios constitucionales antes citados, las lagunas de la ley deben ser colmadas por la autoridad mediante interpretación e integración

El orden, por tanto, a seguir para la aplicación de las leyes, es este:

- 1 Cuando el texto de la ley es claro y no deja duda sobre su interpretación debe aplicarse el texto de ella exactamente;
- 2 En los casos no previstos por la ley, pero que por analogía bien sea de paridad, de mayoría, o minoría de razón, con otros textos legales, deben aplicarse estos colmándose así la laguna dejada por el legislador al no contemplar el caso concreto que se trata y siempre que tal aplicación no esté prohibida.
- 3 A falta de ley aplicable al caso, bien sea por defectuosa redacción o por no haber preceptos análogos a los que se pueda acudir a través de los principios generales del

⁷⁵ Pemiche Bolto, Francisco J Introducción al Estudio del Derecho. 8ª edición Editorial Porrúa. México 1986 Pág 160

derecho, que nos enseñan que en los casos no previstos por la ley se resuelvan, en su orden, por lo que la jurisprudencia haya resuelto y, a falta de ésta, por lo que la costumbre y la equidad impongan.

Con lo anterior se trata de dejar claro que la fuente principal del jurista para la aplicación del Derecho a casos concretos respecto de los cuales existen lagunas en la ley, será la jurisprudencia a la que deba acudir en primer término para colmarla y quedará a la equidad y a la costumbre, en último término, subsanar las lagunas de la ley y de la jurisprudencia

4. Las normas jurídicas no son sólo las que contienen en los códigos y reglamentos, sino también son normas jurídicas las que se contienen en los contratos y a la que hemos visto, se les denomina como normas individualizadas.

Para la interpretación del Código Civil se señala en los artículos del 1851 al 1857 se establece: que los contratos deben ser interpretados en primer lugar por el sentido literal de sus cláusulas si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes; que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas ni casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar; que si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos, que las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, que las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato, que el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para

interpretar las ambigüedades de los contratos, que cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas antes enumerada, si aquellas recayeren sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses y si fuere oneroso se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses; y que, por último, si las dudas de cuya resolución se trata recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.⁷⁶

Lo antes mencionado tiene por enfoque el punto de vista de las resoluciones de la autoridad que, como hemos dicho antes, a través de los principios de legalidad y de seguridad jurídica que establece la Constitución, deben observarse en la aplicación del Derecho por las autoridades

Con lo antes mencionado podemos concluir de la manera siguiente:

- 1.- La interpretación de las normas no debe hacerse, tratándose de leyes, por la intención del legislador, sino por el sentido de la ley; tratándose de contratos, debe prevalecer la intención de los contratantes llegando a la nulidad del contrato si no pudiese reconocer aquélla
- 2.- En la ley puede haber lagunas, pero no en el derecho.
- 3 - Las autoridades no pueden dejar de resolver so pretexto de no existir norma expresa;
- 4.- Los casos no previstos por la ley deben resolverse, en primer lugar, por analogía con otros previstos por la ley, salvo que la propia ley lo impidiera como son las materias penal y fiscal.

⁷⁶ *Ibidem* Pág. 161

5.- En México, el intérprete mejor de las leyes es el Poder Judicial de la Federación. Es la Jurisprudencia a la que debe acudirse a falta de norma expresa o de norma aplicable por analogía.

6 - A falta de norma expresa, de norma análoga y de jurisprudencia, las lagunas de la ley deben colmarse por la costumbre y la equidad.

7.- La legalidad, que como principio constitucional establece el artículo 14 constitucional, se satisface plenamente, aun a falta de texto expreso de la ley, pues al establecer el constituyente que las sentencias civiles se dicten, no sólo conforme a la letra de la ley, sino también a su interpretación y a los principios generales del derecho, permitió la aplicación de la misma, bien sea a través del sistema analógico, o bien del jurisprudencial, o bien, por último, por la costumbre y la equidad.

Cabe mencionar que cuando el sentido de la ley es dudoso, debe el intérprete echar mano de todos los recursos que el arte de la interpretación le ofrece. “Intervienen todos los tipos *interpretación histórica, interpretación lógica e interpretación sistemática*. A ello aluden las palabras o la interpretación jurídica. Mas no hay que olvidar que se trata de la búsqueda del sentido de la ley, y que éste no ha de identificarse con la voluntad del legislador”⁷⁷

3.4. Interpretación de Preceptos Generales e Interpretación de Normas Individualizadas.

Cabe mencionar que los preceptos generales son los que obligan o facultan a todos los individuos comprendidos dentro de la clase designada por el concepto sujeto de la disposición normativa, en cambio, reciben el nombre de individualizadas las que obligan o facultan a uno o varios miembros de la misma clase, individualmente determinados

⁷⁷ García Mávnez, Eduardo *Op Cit* Pág. 381

Las normas Individualizadas únicamente obligan o facultan a uno o varios miembros, individualmente determinados, de la clase designada por el concepto sujeto de la norma genérica que les sirve de base. Las normas individualizadas dividen en privadas y públicas. Las primeras derivan de la voluntad de los particulares, en cuanto estos aplican ciertas normas genéricas; las segundas, de la actividad de las autoridades. Tienen carácter privado los contratos y los testamentos públicos, las resoluciones judiciales y administrativas (sentencias, concesiones) Los tratados internacionales deben considerarse también como normas individualizadas de índole pública.

En nuestro tiempo, se ha caído en la cuenta de que las normas individualizadas de la sentencia judicial y de la resolución administrativa no constituyen una mera deducción lógica formalista de la norma general, sino que un contenido nuevo a dicha norma general a saber: aportan las calificaciones y determinaciones individuales que no están ni pueden estar especificadas en la norma general, la cual usa conceptualizaciones genéricas

Las normas individualizadas son normas jurídicas perfectas, es decir, completas, cosa que las normas generales no pueden ni podrán ser nunca. En efecto, ninguna norma general constituye una norma completa, es decir, susceptible de ser cumplida directamente o impuesta de un modo ejecutivo a las situaciones concretas de la vida que esa norma general trató de regir

“Las normas generales suministran las directrices para que ella sea individualizada en cada caso concreto, bien por el sujeto llamado a cumplirla o por su abogado consejero, o bien, en caso de conflicto, por el órgano jurisdiccional. Sólo la norma individualizada es susceptible de ser cumplida o de ser impuesta de un modo inexorable”⁷⁸

⁷⁸ Recaséns Siches, Luis *Introducción al Estudio del Derecho* 8ª edición Editorial Porrúa, México, 1990 Pág. 213

Entre las normas generales, las particulares y las plenamente individualizadas se dan siempre relaciones de delegación. Esas relaciones de delegación de las normas generales en las individualizadas pueden ser de tres tipos:

“1.- Taxativa La norma general señala taxativamente la pauta a que forzosamente deben atenerse los que han de elaborar las normas concretas e individualizadas

2.- Supletiva La ley concede a las partes que intervienen en un negocio jurídico autonomía, para que esas mismas partes determinen por su propia voluntad la norma que ha de regir las relaciones creadas por el negocio en cuestión

3 - Delegación en las partes, en los jueces o en los funcionarios administrativos La ley no impone una determinada norma taxativa ni tampoco ofrece una regla supletiva para regir relaciones especiales, sino que delega en las partes o en su caso en las autoridades, para que fijen la norma que estimen más justa y adecuada; y concede vigor de norma jurídica a lo que dispongan las partes, a lo que resuelva el juez o el funcionario administrativo, según los casos.”⁷⁹

La delegación (expresa o tácita) puede ser particular para determinadas relaciones o general para todos los casos no previstos en la ley, en la costumbre, ni en otras normas previamente formuladas

La delegación general nos lleva a la consideración del principio llamado de la **Plenitud Hermética** de todo orden jurídico positivo

La Plenitud Hermética Es el tipo de delegación general que se considera como un principio esencial de todo orden jurídico, principio según el que los tribunales no podrán en ningún caso rehusar el fallo por causa de que no exista previamente

⁷⁹ *Ibidem* Pág. 204

formulada una norma concerniente al asunto planteado, pues entonces deberán resolver según los principios generales del derecho.

Nuestros ordenamientos jurídicos como la Constitución y el código Civil contienen expresamente ese principio en forma de un precepto incluido, en el cual explícitamente ordenan al juez que cuando se halle frente a un caso no previsto por la ley, ni por la costumbre, ni tampoco por la jurisprudencia del supremo tribunal, deberá resolverlo según el criterio que estime como obligatorio; según los principios generales del derecho. Se trata de un principio esencial y necesario de todo ordenamiento jurídico, lo mismo si se halla formulado explícitamente, como si no lo está. Es una necesidad absoluta de todo orden jurídico; es un principio esencial que condiciona la posibilidad de todo derecho Positivo. Éste es el principio que se llama: *Plenitud Hermética del orden jurídico positivo formalmente válido*.

Lo mismo, las normas generales que las normas individualizadas son necesarias en el orden jurídico

Las normas generales, las leyes, por su mera existencia implican un primer grado de realización del principio de igualdad, pues todos se hallan sometidos de igual manera a las leyes. Por el contrario, lo verosímil es suponer que, en general, los legisladores están en mejores condiciones para lograr mayor cantidad de éxito en la interpretación de las exigencias de la justicia porque cuentan con una experiencia histórica con todo el aleccionamiento de la técnica jurídica y con todas las lecciones de experiencias anteriores

Por otra parte, ya mostré que la norma individualizada es la única norma jurídica perfecta, completa, porque es la única capaz de ser impuesta inexorablemente, ejecutada coercitivamente si esto fuere necesario. Sólo la norma jurídica individualizada es la que tiene plenitud de sentido porque articula la directriz de la norma general con la realidad de la vida, que es siempre concreta y particular

El problema que se ha presentado a veces bajo esta apariencia de dar más importancia a las normas generales, o, viceversa a las individualizadas, no es lo que suele exponerse a primera vista en los términos de la preferencia en favor de las normas generales o en favor de las normas individualizadas, sino que constituye un problema diferente. Se trata de la cuestión de si se debe preferir una legislación en su mayor parte taxativa y además casuística que le dé al juez pautas muy rígidas, o si, por el contrario, resulta mejor un sistema jurídico dentro del cual se concedan amplias facultades discrecionales al juez.⁸⁰

Cabe mencionar que por muy previsora que haya querido ser la norma general, los tipos legales con los cuales el juez tiene que operar admiten siempre un margen para la apreciación de las características singulares que plantean los hechos concretos. Y, de cualquier manera, diga lo que diga la norma relativa a la administración de justicia, el juez tendrá que proceder a una operación individualizadora, que no es jamás de índole puramente mecánica

En muchas situaciones y en muchas materias, parece discreto y prudente que al juez, además de las funciones de las cuales está investido esencialmente diga lo que diga la ley, lo cual resulta irrelevante porque se trata de funciones que son inherentes a la tarea jurisdiccional, la ley le concede expresamente facultades discrecionales para la individualización de principios generales establecidos por la norma legal. Esto es prudente y recomendable porque resulta difícil que para determinadas materias la ley pueda preestablecer una casuística que comprenda todas las situaciones posibles. Y, entonces, es preferible dejar al juez la misión de emitir las decisiones pertinentes en cada caso, mediante el tratamiento de ese caso, valiéndose de los principios genéricos establecidos por la ley

⁸⁰ *Ibidem* Pág. 209

El juez para su aplicación debe determinar cuál es la norma adecuada para el caso concreto que se trate, debe determinar las condiciones de su aplicación, así como la forma en que se realizará la interpretación de la norma.

4. La Hermenéutica Jurídica en la Creación de las Causales XIX y XX del Artículo 267 del Código Civil.

4.1. Concepto de Matrimonio y Obligaciones de los Cónyuges.

Para poder estudiar el matrimonio en la actualidad se tienen que señalar los diferentes puntos de vista del matrimonio y señalar que se consideraba como la base fundamental de la familia.

El punto de vista tradicional del matrimonio que formula Ruggiero. “El matrimonio es una institución fundamental del derecho familiar, porque el concepto de familia reposa en el matrimonio como supuesto y base necesarios. De él derivan todas las relaciones, derechos y potestades, y cuando no hay matrimonio, sólo pueden surgir tales relaciones, derechos y potestades por benigna concesión y aún así son estos de un orden inferior o meramente asimilados a los que el matrimonio genera La unión del hombre y de la mujer sin matrimonio es reprobada por el derecho y degradada a concubinato cuando no la estima delito de adulterio o incesto; el hijo nacido de unión extramatrimonial es ilegítima y el poder del padre sobre el hijo natural no es patria potestad; fuera de matrimonio no hay parentesco, ni afinidad, ni sucesión hereditaria, salvo entre padres e hijos.⁸¹

El matrimonio toma fuerza como tal en el derecho mexicano en 1917 con la Ley de Relaciones Familiares en la cual se sustenta que la familia está fundada en el

⁸¹ Rojina Villegas, Rafael Compendio de Derecho Civil (Introducción, personas y Familias), Tomo I, 22ª edición, Editorial Porrúa, México 1988 Pág. 285

parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación tanto legítima como natural. Con esta ley, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario que era antes de esta ley, y desde ese momento se encarga de regular las relaciones jurídicas de paternidad, maternidad y patria potestad, ya que tanto los hijos naturales (fuera del matrimonio) como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código Civil vigente los mismos derechos y someterlos a la potestad de sus progenitores.

Se debe señalar que en el derecho europeo y en el americano, que consideraban al matrimonio como la base fundamental de la familia, era ilógico porque no reconocía a los hijos fuera del matrimonio y mucho menos los derechos y potestades que se derivan de esa relación y por lo tanto nuestro régimen va a partir de esa hipótesis que va a considerar a la filiación como la base fundamental de todas esas consecuencias jurídicas

Cabe mencionar como grandes etapas del matrimonio, las siguientes

1 - Promiscuidad Primitiva. Según las hipótesis más fundadas de los sociólogos, en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impidió determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquella, dándose así lugar al matriarcado

2 - Matrimonio por Grupos. El matrimonio por grupos se presenta como una promiscuidad relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan. De aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. En un principio el matrimonio no se celebró en forma individual sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad,

manteniéndose, por lo tanto, el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir, por la madre. Los hijos siguen en un principio la condición social y jurídica que corresponde a los distintos miembros del clan materno.

3 - Matrimonio por raptó. En una evolución posterior debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece el matrimonio por raptó. En esta institución la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo de la misma manera que se apropian de bienes y animales.

4 - Matrimonio por compra. Se consolida definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues ésta es conocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano, es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del paterfamilias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

5 - Matrimonio consensual. El matrimonio se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie.

Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato como se considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y del estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público.⁸²

⁸² *Ibidem* Págs 287, 288

Dentro del matrimonio consensual se encuentran tres factores importantes que son los siguientes:

1.- Concepto romano del matrimonio. Se encuentra integrado por dos elementos, uno de ellos es el físico, que es la conjunción del hombre y la mujer, pero no debe entenderse como la conjunción material de sexos sino como la unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la *deductio de la esposa in domum mariti*. La deductio inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia, en ese instante la mujer es puesta a disposición del marido. Por lo tanto es importante que este elemento físico no falte porque se encuentra un estado de convivencia en el cual se pone, como se mencionó con anterioridad, a la mujer a disposición del marido. El otro elemento es intelectual o psíquico que consiste en el factor espiritual que vivifica el material o corporal, del mismo modo que la posesión. Este elemento espiritual es la *affectio maritalis*, o sea la intención de quererse en el marido y en la mujer, la voluntad de crear y mantener la vida común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto volitivo, que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua. Cuando estos dos factores concurren el matrimonio queda constituido, si alguno de estos dos faltara, el matrimonio no surge o se extingue.

2 - Matrimonio Canónico Según la concepción canónica, éste es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia y es indisoluble. De acuerdo con las palabras del evangelio los cónyuges no son ahora sino una misma carne (*itaque iam duo non sunt, sed un caro*) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (*quo deus comunxit, homo non separet*). En esta base teológica se trata de conciliar con la base jurídica con el fin de no verse al matrimonio con ideas religiosas, sino también como un contrato

3.- Concepto laico del Matrimonio. Dentro del matrimonio laico se encuentran tres factores diferentes. El primero es el **protestantismo**, en el cual Lutero principalmente rechaza la naturaleza sacramental del matrimonio porque lo califica como una cosa externa, mundana como es el vestido, la comida y la casa, que se encuentra sujeta a la autoridad secular. El segundo es la **Iglesia Galicana** que se da principalmente en Francia difundiendo una teoría teológico-jurídica, considerándose el matrimonio como un contrato del sacramento; es decir, la regulación del contrato es competencia exclusiva del estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio. El derecho natural, al igual que el Protestantismo, niega la naturaleza sacramental del matrimonio y retorna a la iglesia Galicana considerando al matrimonio como un *contractus civilis*.

Desde nuestros Códigos de 1870 y 1884 el matrimonio se reguló por la ley civil, tanto por lo que se refiere a la celebración ante el Oficial del Registro Civil competente, como también en relación a la materia de impedimentos, en los casos de nulidad y todo lo relacionado con la institución del matrimonio. De igual manera se reguló el divorcio, entendiéndose éste como una separación de cuerpos y después, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como una forma que disuelve totalmente el vínculo conyugal.

Asimismo en la Constitución de 1917 en su artículo 130, se estableció el matrimonio como un contrato civil antes de la reforma a dicho artículo. Sin embargo, continúa regulándose exclusivamente por las leyes del estado, sin que tengan que intervenir los preceptos del derecho canónico

Naturaleza Jurídica Del Matrimonio

El matrimonio es considerado desde diferentes puntos de vista

- 1 Como institución.
- 2 Como un acto jurídico condición

3. Como un acto jurídico mixto
4. Como contrato ordinario.
- 5 Como contrato de adhesión
6. Como estado jurídico, y
7. Como acto de poder estatal.

1. El matrimonio como institución. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad Ihering explica que las normas jurídicas se agrupan constituyéndose series de preceptos para formar verdaderos cuerpos que tiene autonomía, estructura y funcionamiento propios dentro del sistema total que constituye el derecho positivo. Para el mencionado autor, el enlace entre las normas es de carácter teleológico, es decir , en razón de sus finalidades.

La importancia que se tiene en el matrimonio como institución es comprender no sólo el aspecto inicial de la institución que existe por virtud de la celebración del acto, sino también el estado de vida que le da significación tanto social como jurídica y, finalmente, la estructuración normativa a través de la cual se establecen las finalidades, órganos y procedimientos de la institución misma

2 El matrimonio como un acto jurídico condición Es aquél que tiene por objeto determinar la aplicación de normas permanentes de todo un estatuto de derecho a un individuo o un conjunto de individuos para crear situaciones jurídicas concretas, es decir, es un acto jurídico que va a regir la vida de los consortes en forma permanente.

3. El matrimonio como un acto jurídico mixto. Es cuando intervienen tanto los particulares como funcionarios públicos en un mismo acto, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto porque no sólo interviene la voluntad de los consortes (particulares), sino también la voluntad del

oficial del Registro Civil (funcionario público). Este último desempeña el papel constitutivo y no solamente declarativo; pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico

4. El Matrimonio como contrato ordinario. En la Ley de Relaciones Familiares y en el Código Vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio. Por esto, en el artículo 130 de la constitución de 1917, antes de ser reformado se afirmó que el matrimonio como contrato civil era de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, al momento que el legislador afirmó que el matrimonio es un contrato, no quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que la intención de este fue únicamente separar toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio. Anteriormente era considerado como contrato pero solamente para distinguirlo de la iglesia, en la celebración del mismo

En cuanto a la disolución del matrimonio, la ley dispone que el divorcio sólo procederá por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso (del latín *dissensus*, desistimiento, discrepancia de conformidad), pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un Juez o del Oficial del registro civil en el caso de que de que no haya habido hijos y los consortes no tengan bienes o hubieren liquidado la sociedad respecto a los mismos. Por lo tanto,

no basta el mutuo consentimiento de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del estado y sobre todo, entretanto no exista la sentencia del Juez civil o la declaración del Oficial del registro Civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial.⁸³

5. El matrimonio como contrato de adhesión Es considerado como contrato de adhesión porque participa de todas las características generales del citado contrato, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligaciones distintos de aquellos que se encuentran ya estipulados imperativamente dentro de la ley El matrimonio es considerado como contrato de adhesión porque por razones de interés público el Estado va imponer el régimen legal del mismo, de tal manera que los consortes solamente se van adherir a los estatutos legales ya establecidos, y que pondrá en funcionamiento la voluntad, sólo para el efecto de ponerlo en movimiento dicho régimen legal y aplicarlo a determinados sujetos.

6 El matrimonio como estado jurídico. "El matrimonio constituye un estado jurídico entre los consortes, creando para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por la aplicación del estatuto legal respecto a todas y cada una de las situaciones que se van presentando dentro la vida matrimonial".⁸⁴ El matrimonio es un estado de derecho porque nace de un acto jurídico y, por lo tanto, tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia, a sus efectos y a su disolución Si el estado matrimonial no cumple con el deber de convivencia que existe entre los esposos, entonces puede darse el caso de la disolución

Cuadro de requisitos del matrimonio:

⁸³ *Ibidem* Pág. 296

⁸⁴ *Ibidem* Pág. 300

De Existencia	Diferencia de sexo y unidad de personas.	
	Consentimiento (<i>affectio maritalis</i>).	
	Celebración: presencia del Oficial del Registro Civil y dos testigos.	
De Validez	Consentimiento libre y espontáneo	error
		fuerza
		rapto
	Capacidad de las partes: impedimentos dirimentes.	absolutos relativos.
Formalidades	anteriores	
	coetáneas	
	posteriores	

Efectos del Matrimonio

Los efectos del matrimonio se pueden determinar desde tres puntos de vista:

1. Entre Cónyuges

2. En relación con los hijos.

3. En relación con los bienes.

1. En relación a los consortes. Estudiaremos los derechos y obligaciones derivados del matrimonio y se manifiestan las facultades siguientes

a.- El derecho a la vida común, con la obligación correlativa de la cohabitación

b - El derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente

c.- El derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos

d.- El derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua

e.- El derecho y obligación a la convivencia pacífica

El Derecho a exigir una vida en común con la obligación de habitar bajo el mismo techo. Ésta es la facultad más importante porque a través de ella puede existir la posibilidad física y espiritual para que se cumpla los fines del matrimonio. Por lo que es considerada como la obligación fundamental porque de esa vida en común se van a derivar otras relaciones jurídicas

El Derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente. No sólo se trata aquí de dar satisfacción a una función biológica, sino que existe una regulación jurídica, dado que cabe determinar en que términos y condiciones deberá cumplirse con la obligación respectiva y deberá ejercitarse esa facultad. Porque desde el punto de vista jurídico el deber de relación sexual se encuentra sancionado jurídicamente, pues la negativa injustificada y sistemática de un cónyuge para cumplir esa obligación, implica una injuria grave que es causa de divorcio.

El Derecho a la fidelidad, con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los esposos. Este derecho que se tiene es una facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa; En nuestro derecho, tanto el Código civil, como el penal, no distinguen en cuanto a las consecuencias del adulterio del marido o de la esposa siempre y cuando sea probado dicho adulterio.

El Derecho y Obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua. Como en los casos anteriores son verdaderos derechos y deberes, en los que se descansa siempre la solidaridad familiar y tiene por objeto realizar los fines superiores de la misma. Una de las principales manifestaciones del derecho - obligación que analizamos es la relativa a la prestación de alimentos que la ley impone

a los consortes; pero fundamentalmente, no se concreta exclusivamente a ese aspecto patrimonial. El deber de socorro también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y, sobre todo, el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De esta suerte tenemos un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente por el artículo 147 del código civil.

Derecho y obligación a la Convivencia Pacífica. En este punto son verdaderos derechos y deberes, los derechos que se tiene como integrantes de la familia es que respeten su integridad física y psíquica, para que logre un pleno desarrollo en el núcleo social, y así mismo como integrante de la familia tiene la obligación de evitar conductas que generen violencia en contra de otro integrante de la misma. como lo establece el artículo 323 bis y 323 ter del Código Civil

2.- Efectos del matrimonio respecto a los hijos Los efectos del matrimonio respecto a los hijos se aprecian desde los siguientes puntos de vista. a) para atribuirles la calidad de hijos legítimos; b) Para legitimar a los hijos naturales mediante el subsecuente matrimonio respecto a los hijos; c) Para originar la certeza en cuanto al ejercicio de los derechos y obligaciones que impone la patria potestad

El matrimonio atribuye la calidad de hijos legítimos. Se atribuye la calidad de hijos legítimos a los concebidos durante el mismo como lo establece el artículo 324 del código civil

Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio,

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio Este término se contara en los casos de divorcio o

nalidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial

Legitimación de los hijos naturales por el subsecuente matrimonio de sus padres. En nuestro derecho no exige el requisito de que los padres hubieran podido casarse al momento de la concepción, ya que considera que no es incumbencia de los hijos y de su estatus esta circunstancia cuando puede favorecerlos esta figura.

Efecto del matrimonio en cuanto a los bienes El fin que se persigue en cuanto a los bienes es la seguridad jurídica entre los consortes por lo que corresponde a sus bienes, de tal manera que la certeza del régimen queda definida, no por una presunción legal, sino por un convenio celebrado entre los mismos consortes. Para tales efectos existen dos tipos de regímenes en cuanto a los bienes, a) El de separación de bienes, y b) El de sociedad conyugal. El Primero consistía en que cada uno de los cónyuges conservan el pleno dominio y administración tanto de los bienes que haya adquirido con anterioridad al matrimonio, cuanto de los que adquiera durante el mismo. El segundo consistía en el convenio de los cónyuges, y a falta de este en las capitulaciones matrimoniales expresa, se entendía celebrado el matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal.

Para concluir con este tema del matrimonio cabe mencionar que la situación jurídica de la mujer ha ido evolucionado gracias al ideal por el que se había luchado tanto tiempo, que era el de la igualdad entre el hombre y la mujer en su adquisición y ejercicio de sus derechos civiles Como se mencionó en los antecedentes, en el Derecho Romano la mujer era considerada como incapaz; esclava del marido; sin representación, y actuaba como si fuera hija y no esposa; por lo que se le reducía a calidad de cosa, si de soltera dependía del padre, casada, de su cónyuge En el Derecho Francés, el Código de Napoleón, publicado en 1804, degradó a la mujer como en el derecho Romano, porque dentro de la Revolución Francesa no le dieron

importancia a la familia como una unidad orgánica, y por lo mismo consideró al matrimonio sólo como un contrato civil y a la mujer también se le consideró como incapaz por el sólo hecho de pertenecer al sexo débil. Esta legislación sirvió de ejemplo para México; porque la mujer desde el derecho Prehispánico siempre había dependido del hombre; la mujer debía ser casta, fiel, buena cocinera y debía esperar la bendición de la maternidad. En la Colonia la mujer quedó totalmente a disposición del marido, porque él le decía como vestirse y comportarse, y se llegó al absurdo de imponerle multas a la mujer en el caso de que no respetara a su marido. Al momento de llevarse acabo la independecia, la situación de la mujer seguía igual, se decía “hay igualdad para todos más no para todas”, por ejemplo, se da el derecho de voto y el desempeño de cargos públicos sólo a los hombres, mas no a las mujeres. En la época de las reformas de (1857-1859) la mujer seguía dependiendo de su marido. En 1866, en el Código Civil del Imperio Mexicano la mujer seguía en segundo turno en cuanto al ejercicio de la Patria Potestad; el domicilio de su marido tenía que ser el de ella. Los Códigos de 1870-1884 consideraban que la esposa no podía comparecer en juicio por sí misma, sin autorización marital; tampoco podía celebrar actos de dominio u obligarse sin la licencia del marido. Definiendo en reglas perfectamente claras, esta incapacidad de la mujer. Pero éstas eran verdaderas excepciones a la regla general; la mujer tenia capacidad jurídica para poder celebrar actos, contratos, en general negocios jurídicos, para poder comparecer en juicio; sólo la esposa, si estaba incapacitada jurídicamente para realizar esos negocios jurídicos. En dichas legislaciones se colocaba a la mujer en un grado de inferioridad en relación con el hombre. “Debe hacerse notar que el Código civil promulgado en 1928 postuló ese principio de igualdad casi cuarenta años antes que la ONU aprobara la declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer el 7 de noviembre de 1976.”⁸⁵

⁸⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Código Civil Para el Distrito Federal (comentado) Libro primero de las personas Tomo I 2ª edición Editorial Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas Pág. 4

En 1954, el Presidente Ruiz Cortines, le da a la mujer la ciudadanía y el derecho a votar.

El 31 de diciembre de 1974 se reformó el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponiéndose: “El varón y la mujer son iguales ante la ley,” estableciendo así un concepto más amplio que el de la capacidad jurídica

En 1975 en el año Internacional de la mujer se marcaron logros importantes respecto a la igualdad. Se modificaron las leyes civiles, laborales y otras, con escasos resultados. En muchas hipótesis cambió la palabra mujer por cónyuge; en otras, la mujer sigue sin aportar elementos económicos al sostenimiento del hogar, y sin embargo la ley cándidamente afirma que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges, e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar (artículo 164 del Código Civil para el D F)

En el Código Civil vigente no mantiene ninguna incapacidad jurídica por lo que permite a la mujer celebrar negocios jurídicos, comparecer en juicios, o desempeñar determinados cargos; así mismo, establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º párrafo 2: “que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia” El Código Civil Vigente establece en su artículo 2º que. “La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles”

4.2. Concepto de Divorcio.

Para entrar al estudio del divorcio estudiaremos como ha ido perfeccionándose a través de sus diferentes reglamentaciones

1. En el Derecho Romano. “La institución del divorcio tiene sus orígenes en el Derecho romano donde fue admitida y reglamentada legalmente, a pesar de que no concordaba con las costumbres primitivas muy severas a ese respecto.”⁸⁶ El divorcio en roma puede considerarse en dos formas distintas

a. Bona gratia En la actualidad es el que se conoce como divorcio voluntario. Al fundar esta institución los Jurisconsultos tomaron ciertos razonamientos: Que consistía en que el mutuo disenso iba a disolver lo que el consentimiento había unido Para este tipo de divorcio no se requería de ninguna formalidad y surtía sus efectos por el solo acto de voluntad

b. Repudiación Esta forma de divorcio es la que regula nuestro Código en cita como el divorcio necesario Esta forma de divorcio puede ser intentado por un solo cónyuge, aun sin expresión de la causa. Para que la mujer pueda intentar este divorcio, se requiere que no se encuentre bajo la manus del marido. La ley Julia de adulteriis, exigía que el que intentara divorciarse por medio de la repudiación notificara al otro esposo su voluntad ante siete testigos, mediante un acta, o simplemente por medio de la palabra; en el caso de una acta, se le hacía entregar al otro cónyuge, por un liberto.

2 En el Código Civil de 1870 no aceptaba el divorcio vincular reglamentado. En su Capítulo V se encontraba reglamentado lo referente al divorcio el cual partía de que el matrimonio era indisoluble y como consecuencia lógica, no se admitía el divorcio vincular. El artículos referentes al divorcio eran el 239 y el 240 del citado Código.

Artículo 239. “ El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio suspende algunas de las obligaciones civiles”.

Artículo 240. señala las causas legítimas del divorcio y sólo señalaba seis causas que eran: 1) El adulterio de uno de los cónyuges, 2) La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido

⁸⁶ Rojas Villegas, Rafael *Op Cit* Pág 357

la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3) La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4) El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la connivencia en su corrupción; 5) El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años, 6) La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél.

3. El Código Civil de 1884. No se diferenciaba del Código de 1870 porque el único divorcio que reconocía se encontraba establecido en su artículo 266, que señalaba que el divorcio sólo era por separación de cuerpos, en el cual seguía subsistiendo el vínculo matrimonial, suspendiéndose solamente algunas obligaciones civiles que imponía el matrimonio. El citado Código además de señalar como causales las que señalaba el Código de 1870 agregó las siguientes: 1) El hecho de dar a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se le declarara ilegítimo, 2) La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro; 3) El hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la ley; 4) Los vicios incorregibles de juego o embriaguez, 5) La enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria, anterior al matrimonio; 6) La infracción a las capitulaciones matrimoniales; 7) El mutuo consentimiento

Esté Código consideraba dos tipos de divorcio que eran: Por separación de cuerpos, y el divorcio vincular.

a Por separación de Cuerpos En este sistema el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias, sus efectos son: la separación material de los

cónyuges, quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente, a hacer vida marital.

b. Divorcio vincular En este tipo de divorcio se otorga la capacidad a los cónyuges de contraer nuevas nupcias y dentro de éste se encuentran dos formas de divorcio. El divorcio necesario y el divorcio voluntario que más adelante se explicarán.

La diferencia que había en los Códigos de 1870 y 1884 es que el primero protegía al matrimonio como una institución indisoluble, debido a eso interpuso a la realización del divorcio una serie de trabas y formalidades, en cambio el de 1884 redujo notablemente los trámites necesarios para la disolución del matrimonio, por lo que se hizo más fácil la separación de cuerpos

4. Ley de 1914. En esta ley ya no se hace una enumeración de las causales de divorcio, sino se ve el propósito evidente de terminar con los matrimonios desavenidos, el cual estipulaba que “El matrimonio podía disolverse por mutuo o libre consentimiento de los Cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines matrimoniales, o por faltas graves de algunos de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal.”³⁷

La ley de 1914 reconoció en forma muy amplia al divorcio necesario, la cual comprendía dos tipos de series de causas de disolución del matrimonio. Las primeras eran las que hacían imposible la realización de los fines del matrimonio y eran las siguientes. a) impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b) enfermedades crónicas e incurables que fuesen contagiosas o hereditarias, c) Abandono de la casa conyugal, desde el momento en que no se realizaba vida en común, no se cumplía los fines del matrimonio.

La segunda serie, podían considerarse las siguientes a) Las faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desavenencia conyugal estos

³⁷ *Ibidem* Pág. 376

incluían los delitos cometidos de un cónyuge a otro, de un cónyuge contra los hijos o de un cónyuge contra terceros; b) los hechos inmorales como era el de prostituir a la mujer, así como el de la corrupción de los hijos; y c) el incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a dar alimentos y el abandono en condiciones deplorables tanto de la mujer como de los hijos.

5. La Ley de Relaciones Familiares. Se expidió en 1917 por Venustiano Carranza y en ella se logró un paso definitivo en materia de divorcio, porque ya se señala al matrimonio como disoluble y por lo tanto el divorcio sí daba término a dicho vínculo, permitiendo así a los divorciados contraer nuevas nupcias.

En su artículo 75 de la cita ley señalaba que: “el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.”

El artículo 102 señalaba que los cónyuges recobraban su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo que si el divorcio se hubiese declarado por causa de adulterio, pues en este caso el cónyuge culpable no podría contraer nuevas nupcias hasta después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

6. Código Civil vigente. El Código reprodujo el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares en el artículo 266 del Código en cita que a la letra dice. “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro ”

En nuestra legislación se reconocen tres tipos de divorcio que ya se encontraban reglamentados en la Ley de Relaciones Familiares, consistentes en:

Divorcio Necesario. Son las que dan origen las causales previstas en el artículo 267 en sus XX fracciones del código en cita Dentro de este sistema de divorcio se encuentran dos tipos que son

a. El Divorcio Sanción. “Se encuentra previsto por aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien, un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio.

b. El Divorcio Remedio. “Se instituye como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que sean además, contagiosas o hereditarias.”⁸⁸

Esta forma de divorcio se encuentran señaladas en nuestro Código en cita en su artículo 267 en sus XX fracciones y que podemos clasificar, en los siguientes grupos

- a. Por delito entre los Cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas, comprendidos en las fracciones I, IV, V, XI, XII, XIII, XIV, XVI, XIX
- b. Hechos inmorales, comprendidos en las fracciones II, III
- c. Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio, comprendida en la fracción XII, XVIII, XX.
- d. Actos contrarios al estado matrimonial, comprendidos en las fracciones VIII, IX, X y XII, XV, XVII.
- e. Enfermedades o vicios enumerados específicamente, comprendidos en las fracciones VI, VII y XV

Las causas que se mencionan en el artículo antes citado son las que dan origen al divorcio necesario, aun en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente; por lo que en la fracción XVII por ser de mutuo consentimiento no cabría como causal de divorcio, por lo antes ya mencionado

En el Código Civil Vigente no sólo comprende como vicio a la embriaguez consuetudinaria, sino también al uso inmoderado de las drogas enervantes y el juego

El Divorcio Voluntario de tipo administrativo en el Código civil vigente. Esta forma de divorcio facilita la disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, porque llenándose los requisitos que se encuentran previstos en el artículo 272 del mencionado Código que a su letra dice

⁸⁸ *Idem*

Artículo 272. Código Civil.- Cuando ambos consortes convengan en divorciarse y sean mayores de edad, no tengan hijos y de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, se presentarán personalmente ante el Juez del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse

Como se mencionó con anterioridad, esta fracción no se puede considerar como causal, porque hay consentimiento de las partes de disolver ese vínculo sólo llenando los requisitos que se mencionaron con anterioridad

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.⁸⁹

Se debe entender este tipo de divorcio, como una disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento o voluntario, por fundarse en el mutuo disenso de los consortes, habilitado para el mismo dos vías una de ellas es el procedimiento simplificado al extremo que se lleva a cabo ante el Juez del Registro Civil y este se conoce como divorcio administrativo, y el otro procedimiento, consiste en que los cónyuges deben tramitar ante la autoridad judicial, en vía de jurisdicción voluntaria. Los requisitos del divorcio administrativo que se encuentran previstos en los sus dos primeros párrafos del artículo antes señalado

⁸⁹ Brena Sesma, Ingrid, *et al* Código Civil Comentado Op Cit Pag 200

El Divorcio Voluntario de tipo judicial en el Código Civil Vigente. Al igual que el divorcio voluntario administrativo, es por mutuo consentimiento la disolución del vínculo matrimonial a diferencia del administrativo es que no es necesario que reúna los requisitos que se encuentran señalados en el artículo 272 del Código en mención porque éste es un divorcio judicial, el cuál se decreta por sentencia dictada por el juez de lo civil o de primera instancia, dicha sentencia disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad Conyugal en caso de existir. En esta forma de divorcio se llevan acabo dos audiencias, para que en ellas se ratifique y reitere la voluntad de ambos consortes de divorciarse.

El divorcio voluntario se encuentra reglamentado en el artículo 272 en su 3er párrafo que a su letra dice: “ El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia ”

Así mismo debemos señalar los requisitos para llevar a cabo este tipo de divorcio como los señala el artículo 273 del código en mención que a la letra dice.

Artículo 273. Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos.

- I - Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;
- II - El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio,
- III - La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento

En lo que se refiere a las últimas fracciones del artículo cabe señalar al disolverse el vínculo matrimonial, la sociedad conyugal debe liquidarse, si bien existe

un administrador de los bienes comunes, el convenio de divorcio puede establecer la forma de administración durante el juicio. En cuanto a la liquidación de la sociedad, habrá de estarse a lo dispuesto por las capitulaciones matrimoniales. El convenio debe ser aprobado por el Juez.

En el caso de los alimentos los cónyuges deben pactar sobre las cuestiones relativas a los alimentos que deben pagar un cónyuge al otro.

El artículo 288 en su párrafo 2º va a proteger a la mujer casada que durante su matrimonio se dedicó a las labores del hogar y que ha perdido la aptitud o habilidad para trabajar en otras tareas, o sin ninguna preparación y con hijos tiene derecho a la pensión por el mismo tiempo que duro el matrimonio

4.3. Análisis de las Adiciones en las Causales XIX y XX del Artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal y otros Artículos Correlativos en Relación a la Violencia Intrafamiliar.

Para poder analizar las fracciones que se adicionan al artículo 267 del Código Civil Las fracciones XIX y XX sobre la Violencia Intrafamiliar antes mencionadas, deberemos analizar la fracción XI del mismo artículo del mencionado Código que se refiere a la sevicia, la amenaza y las injurias de un cónyuge al otro cónyuge y señalar cual es el razonamiento del legislador para adicionar las adiciones que se le hizo a dicho artículo del antes citado Código Para eso analizaremos la fracción XI que a su letra dice:

Artículo 267 Fracción XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro

Las causas de divorcio que se mencionan en dicha fracción son las más frecuentes en los tribunales El tema de la Sevicia a sido muy discutida por los autores de la jurisprudencia, si es necesario para que se dé esta figura de un mal trato

continuo, aun cuando no sea grave, pero que por su permanencia, continuidad o repetición, llega a hacer imposible la vida conyugal: o si puede haber sevicia a pesar de que el mal trato no sea continuo, si es grave, y el cual puede ser de palabra o de obra. Propiamente debemos entender la sevicia en función de su finalidad: que haga imposible la vida conyugal; que los malos tratos de palabras o de obra que la constituyen, den como resultado que se rompa definitivamente la armonía entre los cónyuges, aunque no sean continuos

La sevicia se ha definido como la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común que invoquen esta causal debe detallarse la naturaleza y las modalidades de los malos tratos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad se configura la causal.

Algunos autores como Rafael De Pina. Definen a la Sevicia como: “ Acto de crueldad extrema, realizado con refinamiento por una persona contra otra, pudiendo consistir en obras o palabras ”⁹⁰

Otros autores definen también a la Sevicia como:

Toda crueldad o dureza excesiva con una persona; y, en particular, de los malos tratos de que se hace víctima al sometido al poder o autoridad de quien así abusa. La Sevicia del padre para con el hijo puede ser causa de suspensión e incluso privación de la patria potestad. En el matrimonio, la sevicia puede originar la separación o el divorcio, allí donde éste se admita. Aun cuando algunos Códigos y Leyes especiales hablen de la sevicia del marido para con la mujer, puede darse indistintamente por cualquiera de los dos cónyuges contra el otro ”⁹¹

⁹⁰ Pina. Rafael de y Rafael de Pina Vara Diccionario De Derecho 15ª edición. Editorial Porrúa México 1988. Pág. 447

⁹¹ Cabanellas Guillermo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual 14ª edición, revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá - Zamora y Castillo Editorial Helasta México. 1988 Pág. 152

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el artículo inmediato anterior y formar jurisprudencia señala:

RUBRO: DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE.

TEXTO. Constituyen sevicia, palabra que deriva del latín *saevitia*, forma sustantiva abstracta de *saevus*, cruel, duro, violento, los actos vejatorios realizados con crueldad. La intención de ofender esencial a la noción de injuria, es substituida por el propósito de hacer sufrir. La idea de crueldad aparece como inherente y característica del concepto de sevicia. Todo acto de sevicia incluye malos tratamientos, que sean crueles o despiadados, y es menester un estado de inferioridad física o jerárquica en la víctima para configurar la sevicia. Los hechos que pueden clasificarse como sevicia son muy diversos. todo atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su lealtad y a su salud constituyen sevicia.

PRECEDENTES.

Amparo directo 4595/58. Esther Fernández de Rodríguez 15 de julio de 1959. 5 votos. Ponente:

Gabriel García Rojas.

INSTANCIA Tercera Sala, Publicación en el Semanario Judicial de la Federación, Época 6ª, Volumen XXV, Página 139

RUBRO. DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE.

TEXTO El concepto gramatical de la sevicia es “crueldad excesiva”, y es criterio de la Suprema Corte que para que exista en el caso de golpes e injurias, estas sean de tal manera graves que hagan imposible la vida en común, es decir, que se repitan con más o menos frecuencia, por lo que los golpes propinados en una reyerta pueden estimarse como un altercado entre cónyuges, que de ninguna forma es bastante para fundar la disolución del vínculo matrimonial

PRECEDENTES: TOMO CXXIV, pág. 742.- Luna Amelia.- 6 de junio de 1955.- 3 votos.

INSTANCIA. Tercera Sala, Publicación en el Semanario Judicial de la Federación, Época: 5ª, Tomo CXXIV, Página 742.

Habiendo estudiado las diferentes definiciones de la sevicia y así mismo visto como la define la Suprema Corte de Justicia entendiéndola como una crueldad excesiva deberemos entrar al estudio de las adiciones XIX y XX del multicitado Código Referente a la violencia familiar la cual se define el mismo Código en su Capítulo III en el artículo 323 ter

Artículo 323 ter: Los integrantes de la familia están obligados a evitar conductas que generen violencia familiar

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que, pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

Este artículo trata de proteger a la familia porque es considerada como una institución básica para la sociedad. En el mencionado artículo no sólo tiene una serie de procesos definitivos para la reproducción social, sino que también constituye un medio privilegiado para el crecimiento y desarrollo de sus miembros. Todos tenemos derecho a una vida libre de violencia, a vivir en forma digna y a convivir sanamente para alentar el pleno desenvolvimiento de nuestras capacidades.

Así mismo el artículo 323 bis del citado Código señala: Los integrantes de la familia tiene derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contará con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes.

El mencionado artículo trata de proteger a las mujeres y menores, porque como seres humanos debemos tener un ambiente de armonía y no donde exista una relación de sumisión y subordinación. Por lo que en ninguna ley puede sostenerse que natural o jurídicamente exista un derecho de propiedad entre las personas, mucho menos un derecho de propiedad de los padres sobre los hijos o del marido sobre la mujer. Por lo que se debe considerar a la familia como un núcleo en el que sus integrantes deberán desarrollarse en un ambiente de cordialidad y no de violencia que es un elemento de deterioro o destructivo a ese núcleo familiar, por lo que se crearon las fracciones XIX y XX, que se adicionaron al artículo 267 las cuales se establecen que:

Artículo 267. Son causas de divorcio:

XIX - Las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de algunos de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto en el artículo 323 ter de este Código.

XX. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hallan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello

Porque como ya se mencionó con anterioridad lo que se trata de proteger es a la familia por ser un núcleo o factor importante dentro de la sociedad. Así mismo de evitar abusos, que por razones económicas, físicas o culturales, tiene una posición de privilegio y por lo cual las mujeres y los menores son las principales víctimas. Por lo que si no se detiene esa violencia, tiende a repetirse e incrementar su intensidad y frecuencia. Este problema se manifiesta en todas las clases y niveles sociales.

La violencia familiar no puede considerarse como un asunto que sólo corresponda a la vida privada de las personas. Sus efectos se extienden a todo complejo social y afectan al conjunto familiar que es la base fundamental para la sociedad, esa violencia al interior de la familia genera focos de agresión que se pueden transformar en conductas antisociales fuera de este ámbito. El cual se ha comprobado que niñas y niños que proviene de estos hogares con problemas de violencia, reproducen las mismas actitudes y conductas que sus padres, así como que la violencia entre cónyuges afecta a los hijos. Si no atacamos las agresiones en el interior de la familia, se formarán niños con muy baja autoestima y con problemas psicológicos y emocionales, que impedirán su pleno desarrollo humano y laboral, lo que, en última instancia, frena el crecimiento de nuestro país.

Considero que la violencia en la familia es un asunto que debe abordarse desde distintos frentes. Esta premisa ha sido destacada por diversos grupos de mujeres interesadas en su atención y superación desde hace más de veinte años, al crear los primeros espacios para el diagnóstico y tratamiento del problema.

La mayoría de los gobiernos del mundo han incrementado su reconocimiento sobre la gravedad de esta modalidad de violencia, ubicándola como una cuestión que antaño a la sociedad por sus graves repercusiones para el desarrollo y la convivencia en comunidad. México sigue esta tendencia. Muestra de ello son los esfuerzos gubernamentales y no gubernamentales que se realizan para entender los diversos

aspectos de este tipo de comportamiento que atenta contra la familia y proponer medidas para prevenirlo y erradicarlo.

México como miembro de la Organización de los Estados Americanos, suscribió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, donde de manera contundente se exhorta a los países a crear o, en su caso, a modificar todos los instrumentos legales y mecanismos necesarios para erradicar y detener la violencia contra las mujeres, incluyéndose, por supuesto, la violencia que en su perjuicio pudiera ejercer dentro del hogar. Cabe señalar que, en el mes de noviembre de 1996, el Honorable Senado de la República aprobó esta Convención, propiciándose su elevación a rango de ley en nuestro país. Este pacto regional resulta fundamental para orientar la acción de las instituciones públicas y de la sociedad a fin de abatir la violencia familiar en el ámbito nacional, sin demérito de su incidencia para combatir otras modalidades de ejercicio de violencia en nuestra convivencia social, al propiciarse un entorno libre de agresiones físicas o psíquicas en el núcleo social básico.

Por otra parte, en el caso de los menores, desde 1990 nuestro orden normativo abarca las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ambos instrumentos reconocen y enuncian la necesidad de propiciar una protección especial a los menores.

De igual manera, el Programa Nacional de la Mujer "Alianza para la Igualdad" establece que la violencia contra la mujer atenta contra sus derechos, su integridad y su dignidad como persona, sin dejar de mencionar que puede inhibir su desarrollo e incluso provocarle daños irreversibles. En este sentido, considera como prioridad la prevención y erradicación de las agresiones físicas o psíquicas que se produzcan en agravio de las mujeres, cualquiera que sea su forma de expresión, e impulsa medidas que contribuyan a hacer visible este problema social,

comprendiéndose en este esfuerzo la promoción de iniciativas de reformas a la legislación Civil y Penal para tipificar y castigar con mayor rigor los delitos contra la integridad física y moral de las mujeres.

En el mes de abril de 1996 en atención a los referidos compromisos establecidos en esta materia, se aprobó la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Con este instrumento jurídico, las personas víctimas de la violencia intrafamiliar cuentan con opciones de carácter administrativo para llegar a la conciliación, o para lograr la protección de su integridad a través de un sistema de medidas y sanciones que funcionan como una primera fase o nivel de atención, apoyada normativa e institucionalmente, para evitar el deterioro de las relaciones familiares.

Toda agresión física, psicológica o sexual que se produce reiteradamente por cualquiera de los individuos que conforman la familia en contra de otro miembro de la familia, constituye violencia familiar. Se trata de un abuso al interior del núcleo familiar que lleva a cabo quien, por razones económicas, físicas o culturales, tiene una posición de privilegio y por lo cual las mujeres y los niños son las principales víctimas. Si no se le detiene, tiende a repetirse e incrementar su intensidad y frecuencia. Este es un problema que se manifiesta en todos los niveles y clases sociales

Lo que busca este artículo es disuadir y sancionar las conductas que generen esa violencia y así mismo castigar al agresor, para esto hay que ponerse en el papel de la víctima, de saber que existe la posibilidad de que el día de mañana pudieran ser nuestras hijas o hijos quienes sufren de esa violencia en sus hogares o también cabe señalar el sufrimiento de un niño al ver que golpean a su madre o de experimentar un trauma emocional de una niña, niño, joven que sufren una agresión física o emocional, sexual, por un pariente. Referente a la sanción se encuentra señalada en la ya citada fracción XX del artículo 267

Tenemos que esta fracción se refiere a la sanción que tendrá el agresor en caso del incumplimiento.

Referente a este tema también cabe mencionar el artículo 283 del Código en cita. El artículo contempla la obligación de los jueces de escuchar a los progenitores y a los menores antes de dictar las sentencias en los juicios de divorcio. Lo anterior con el objeto de que el juzgador cuente con mayores elementos para decidir lo que más convenga al interés superior de los menores y en su caso, tomar las medidas necesarias para protegerlos contra actos de violencia familiar.

El artículo 411 del mismo Código en cita referente a la Patria Potestad, señala que los hijos deberán honrar y respetar a sus ascendientes, por la obligación de respeto y consideración mutuas entre ascendientes y descendientes. Este planteamiento viene a ser congruente con el derecho de respeto a la integridad física y psíquica de los miembros de la familia, que es el factor importante para que no se llegue a la violencia.

Referente a los artículos 414, 416, 418 del multicitado Código, señala las reglas para determinar a quien corresponde el ejercicio de la Patria Potestad, sin hacer distinción respecto de los hijos de matrimonio

El artículo 417 plantea el derecho de convivencia de los menores con sus ascendientes Entendiéndolo como las relaciones personales entre el hijo y el padre, no podrá impedirse sino por causa justa y mediante declaración judicial

Con el artículo 422, pretende que con la iniciativa se tenga la obligación de educar convenientemente a los menores, no sea sólo para quienes ejercen la patria potestad, sino que sea extensiva para quienes tengan la custodia de los menores. A su vez, plantea otorgar atribuciones a la autoridad administrativa para dar aviso al Ministerio Público del incumplimiento de este deber

El artículo 423 se ha pretendido poner una atribución ilimitada de usar cualquier medio correctivo tendiente a educar a los menores, es decir porque todos

aquellos medios en que se atente la integridad física, psíquica de los menores son considerados como violencia familiar

El artículo 444 señala la pérdida de la Patria Potestad, que sólo se pierde en caso de una resolución judicial como quien la ejerza sea condenado expresamente a perderla; que esa persona cometa un delito en contra del menor o que sea condenado dos o más veces por un delito grave, independientemente de quien resulte ser la víctima de esos ilícitos penales.

En este artículo se adiciona el artículo 444 bis, que establece la necesidad de limitar el ejercicio de la Patria Potestad, en los casos en que la violencia familiar se cometa en contra del menor.

También se han modificado los artículos 492, 493 y 494; referentes a la exposición y abandono de menores. Por ello se trata de plantear y definir cada una de esas figuras y permitir que las instituciones encargadas de recibir a los expósitos y abandonados, puedan actuar de una manera más expedita y así señalar que los ascendientes que abandonen, prostituyan o corrompan a sus descendientes, quedarán incapacitados para adquirir por testamento o por intestado respecto de los ofendidos

El Licenciado Fernando Barrera en su participación en la Conferencia sobre Violencia Familiar expresó que el artículo 323 (sic) rompe con la tradición del mandato bíblico “ respetarás a tu padre y a tu madre” pues no sólo los hijos deben respeto a los padres o la mujer al hombre, sino todos los miembros de la familia tienen derecho a que no se atente contra su integridad.

Asimismo, el nuevo delito no protege a las familias basadas en relaciones de hecho diferentes al concubinato, como el amasiato, pues como condición se establece que debe existir entre el agresor y el agredido, una relación de parentesco, matrimonio o concubinato, precisó el Licenciado Barrera, quien concluyó *Consideramos que estas reformas son*

*en esencia buenas; en materia civil están tratando de responder en beneficio de las personas, pero son, como todo, perfectibles y por lo tanto esperamos que en el próximo Código de 1999 pueda darse un nuevo ordenamiento, más adecuado, a esta figura.*⁹²

4.4. Análisis de las Reformas del Código Penal en Cuestión de Violencia Familiar.

Nuestro objeto de estudio en la Violencia Familiar dentro del ámbito del derecho penal, por considerar la gravedad que para nuestra sociedad tiene diversas conductas de violencia en el núcleo fundamental de convivencia, no solamente son de carácter administrativo sino también judicial por lo que cabe señalar que estudiaremos las adiciones y reformas hechas al Código Penal.

Se reformó el artículo 30 en su fracción II que se refiere a la reparación del daño para que el responsable del ilícito penal contra la libertad y el normal desarrollo sicosocial y de violencia familiar, también pague los tratamientos psicoterapéuticos que requiera la víctima, cuando así sea necesario.

Con relación al delito de corrupción de menores e incapaces, previsto en el artículo 203, se plantea ampliar el universo de sujetos activos y el incremento de la pena. Esto obedece a que se ha observado que no son sólo el ascendiente, el padrastro o la madrastra quienes están en posición de privilegio para cometerlo, sino que se comprende a otros parientes y a quienes no guardando ningún parentesco, conviven en el mismo domicilio. Este artículo no sólo comprende a los menores sino también incluye a los incapaces

⁹² De González Manscal, Olga Islas. Boletín de la Facultad de Derecho. "La Violencia Familiar Régimen Jurídico, Familiar y Penal". Número 170, 16 de Noviembre de 1998 Pág. 2

Al respecto los artículos 260 y 261 hablan al respecto del abuso sexual, y se propone agravar la penalidad, en función del daño social y personal que originan su comisión, así como para establecer una escala punitiva acorde con el planteamiento de señalar la violencia familiar como delito.

De acuerdo con las reformas a la legislación el artículo que más nos importa en este momento es el de la sanción a esa violencia familiar y también señala a quienes puede considerarse como víctimas de ese delito y quienes pueden cometer ese delito. Los señala el artículo 343 bis del Código Penal y son los siguientes:

- a. La violencia física o moral que se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma;
- b. Los que pueden cometer el delito de violencia familiar son el cónyuge, concubino, pariente en línea recta ascendente o descendente, es decir, un pariente consanguíneo sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afin hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

Estos artículos se adicionaron al Código Penal para considerarse como un bien jurídico el tutelar la convivencia armónica en la familia, incluyendo aquellas personas que por el hecho de cohabitar en ese ámbito asimilan sus vínculos a los familiares, las relaciones de respeto en ese núcleo y la dignidad de todos sus integrantes

Así mismo, el artículo 343- bis protege el bien jurídico tutelado que es el bienestar de la familia por lo que se consideró importante elaborar una definición de violencia familiar que desde antaño esa violencia se había venido dando. Por lo que este artículo da la definición de violencia familiar y para integrar el tipo penal se necesita el uso de la fuerza física o moral de manera recurrente, en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma y que atente contra la integridad física, síquica o ambas, independiente de que pueda producir o no lesiones.

Ese uso de la fuerza física o moral deberán significar un patrón de conductas reiteradas. El uso de la fuerza física implica que el sujeto activo comete una agresión dolosa cuando utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia que atenten contra la integridad física, síquica o ambas de la víctima. El uso de esa fuerza moral son actos que deshonren, desacrediten, menosprecien el valor personal.

Me parece interesante lo que señaló la Diputada Carolina O' Farril Tapia, en los debates efectuados en la Cámara de Diputados el 6 de Noviembre de 1997, quien expresó entre otras cosas que.

A nuestro juicio, la violencia en la familia es un asunto que debe abordarse desde distintos frentes. Esta premisa ha sido destacada por diversos grupos de mujeres interesadas en su atención y superación desde hace más de 20 años, al crear los primeros espacios para el diagnóstico y tratamiento del problema.

Recientemente, la mayoría de los gobiernos del mundo han incrementado su reconocimiento sobre la gravedad de esta modalidad de violencia, ubicándola como una cuestión que antañe a la sociedad por sus graves repercusiones para el desarrollo y la convivencia en comunidad. Nuestro país sigue esta tendencia. Muestra de ello son los esfuerzos gubernamentales y no gubernamentales que se realizan para entender los diversos aspectos de este tipo de comportamiento destructivo del seno familiar y proponer medidas para prevenirlo y erradicarlo.

Por convicción, en el ámbito internacional, el Estado Mexicano se ha comprometido adoptar medidas contra la violencia que se ejerce en detrimento de las mujeres y de los menores. Al efecto, sostenemos que las previsiones legislativas son la base o el eje para acometer eficazmente esas determinaciones soberanas, pues ahí se sustentarán o derivarán políticas públicas de mayor relevancia práctica para enfrentar el problema.

Con este instrumento jurídico, las personas víctimas de violencia Intrafamiliar cuentan con opciones de carácter administrativos para llegar a la conciliación o para lograr la protección de su integridad a través de un sistema de medidas y sanciones que funcionan como una primera fase o nivel de atención, apoyada normativa e institucional, para evitar el deterioro de las relaciones familiares.

Las acciones y omisiones que producen la integración del tipo implican la recurrencia de la fuerza física o moral que atenten contra la integridad física, síquica o ambas. Es decir, si se produce una sola conducta, por muy grave que pudiera ser la lesión o el trastorno psicológico no se integraría el tipo de violencia familiar.

Ahora bien, cuando en el decurso de conductas reiteradas de agresión física o síquica se produce una lesión, es factible que se integren tanto este último delito por la afectación a la salud que causó un golpe individual y específico, como el tipo de violencia familiar, si ese maltrato se inscribe, como se refiere, en una secuela de actos recurrentes que impliquen agresiones físicas o síquicas anteriores. Generalmente, el delito de violencia familiar implicará tanto el maltrato físico como el psicológico, pero nadie pide que se den separados

Por lo que hace a la imposición de sanciones, se plantea dando relevancia al parentesco o convivencia que se tenga con el sujeto activo y pasivo.

El Licenciado Fernando Barrera en su participación dentro de la conferencia sobre la Violencia Familiar Régimen Jurídico, Familiar y Penal, mencionó que las reformas hechas el 30 de diciembre de 1997 tanto en el Código Civil como en el Código Penal y sus correspondientes códigos procesales tienen su antecedente directo, en el ámbito nacional, en la Ley para la Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar de 1996 y su correspondiente reglamento de 1997, mientras en el ámbito internacional uno de los antecedentes fue la Conferencia Internacional de la Mujer, celebrada en China en 1995

Desde el punto de vista penal la Licenciada Amuchategui analizó el delito de la violencia familiar, que se tipifica como tal desde el 30 de diciembre de 1997.

Refirió que la conducta típica de este delito consiste en la violencia física o moral, así como la omisión grave que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia sobre otro y que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones. En tanto se establece que el agresor y el agredido deban habitar en el mismo domicilio, Por lo que la Licenciada propone que debió de llamarse violencia intrafamiliar.

Manifestó que el legislador tanto quiso proteger a la gente que acabó desprotegiéndola con la tipificación de este delito pues *en caso de que se acreditara lo que para el Ministerio Público y el juez constituyera violencia familiar, yo creo que sería más grave para la familia dejar sin padre, sin madre o sin hermano mayor por meterlo a la cárcel, y mejor sería someterlo a un tratamiento, si es que lo requiere, pero en libertad y no privado de ella porque entonces la desprotección a la familia sería peor y más grave* ⁹³

4.5. La Hermenéutica Jurídica de la Violencia Familiar que Produjo la Creación de dos Causales de Divorcio en Nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

La Hermenéutica Jurídica juega un papel importante porque desde el momento en que la idea se plasma en los Códigos se debe interpretar correctamente, sea cual fuere la posición o creencias del legislador. Por lo que se tiene que ver qué fue lo que motivó para la creación de las causales XIX y XX del artículo 267 del Código en mención.

⁹³ *Idem*

Desde los Códigos de 1870 y 1880 se ha reglamentado el artículo 267 fracción XI referente a la causal de divorcio de la “Sevicia” se entendía como un maltrato continuo, aun cuando no fuera grave y los autores de la jurisprudencia consideran a la sevicia como todo atentado violento a la integridad física del cónyuge, a su lealtad y a su salud constituyen la sevicia, y el criterio de la Suprema Corte es entendida como una crueldad excesiva y que haga imposible la vida en común

Por lo que los legisladores en su interpretación sobre la fracción XI del antes citado artículo referente a la sevicia, tomaron en cuenta su concepto lógico gramatical no era muy amplia, para aplicarlo al caso concreto de la violencia familiar porque sólo se refería a un maltrato continuo de un cónyuge a otro.

La violencia familiar es interpretada por el uso de la fuerza física o moral. Así como las omisiones graves que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra del otro integrante de la misma, siempre que se atente contra su integridad física o psíquica y que tengan una relación de parentesco. Por lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador, sino el texto de la ley. Por lo que significa que las palabras del legislador no deben ser puramente gramatical, porque las palabras no se agotan en un sentido lingüístico por lo que menciona Luis Recaséns Siches que: “En el derecho no se puede predicar el atributo de la verdad ni el de la falsedad, porque no es un ensayo de un conocimiento vulgar o científico”⁹⁴

Para que el legislador formara estas dos causales fue necesario que se hicieran tareas sobre la problemática de la violencia familiar, de la difusión de elementos para su prevención y atención, la elaboración de propuestas que se hicieron en la Cámara de Diputados el 6 de Noviembre de 1998

Esta problemática parte de la importancia que tiene la familia dentro de la sociedad, tomando en cuenta que los integrantes de la familia tienen derecho a una vida libre de violencia, a vivir en forma digna y a convivir sanamente para alentar el

⁹⁴ Lastra Lastra, José Manuel *Op Cit* Pag. 47

pleno desarrollo de nuestras capacidades. A nuestro juicio, la violencia familiar se ha venido dando desde antaño, por lo que es necesario erradicar ese tipo de comportamiento destructivo del seno familiar y proponer medidas para prevenirlo. Toda esa problemática afecta tanto a la mujer como al menor desde el punto de vista físico, psicológica y sexualmente cuando es producida de manera reiterada por un miembro de la familia. Esto se considera como violencia familiar y es lo que el legislador va a considerar como hermenéutica jurídica porque tiene que cumplir con esos requisitos para que se interprete correctamente la problemática de la violencia familiar.

Lo que debe perseguir el legislador con la creación de estas dos causales de divorcio sería el disuadir y castigar las conductas generen esa violencia familiar, y asimismo establecer medidas de protección a favor de la víctima de este fenómeno y concientizar a la población del problema, al tiempo de propiciar que las autoridades desarrollen políticas públicas para prevenir, combatir y erradicar esas conductas.

Desde el momento en que el legislador estudia las propuestas se está creando una **técnica jurídica** para la elaboración y formación de esas propuestas que su momento se creo referente a la problemática de la violencia familiar. En la actualidad corresponde solamente al poder legislativo como órganos del Estado competencialmente capacitado, para llevar a cabo la creación de esta ley para establecer derechos y obligaciones en la violencia familiar.

Referente a la Problemática de la Técnica Jurídica.

La Interpretación del precepto 267 en su fracción XIX señala que la violencia que cometa un cónyuge en contra del otro cónyuge o a los hijos de ambos o para los hijos de alguno de ellos se entenderá por violencia familiar. Este artículo puede

interpretarse tal cual está escrito o no porque la intención del legislador pudo haber sido otra.

Desde mi punto de vista el legislador en este precepto pretende proteger a la familia de esa violencia familiar que se puede considerar como un fenómeno social que no puede considerarse como un asunto que sólo corresponde a la vida privada de las personas porque sus consecuencias atentan contra la propia estructura de la misma y por tanto es importante combatirla desde todos sus puntos como pueden ser castigar y disuadir las conductas que generen violencia familiar y así mismo, establecer medidas de protección a favor de las víctimas de este fenómeno y así concientizar a la población del problema y las autoridades puedan crear medios de erradicar esas conductas de violencia.

En nuestro sistema jurídico por el solo hecho de que esta reforma se ha convertido también en un reglamento se encuentra como una **técnica de formulación**. Y desde el momento de la creación de estos preceptos jurídicos se desprenden dos elementos que es el supuesto, desde el momento en que se está estudiando como propuesta el tema de la violencia familiar y al aprobarse se está creando las consecuencias normativas que son los derechos y deberes que la disposición señala que tiene el agresor contra el agredido Y que tiene que reunir ciertos requisitos para que sea considerado como violencia familiar

De acuerdo a la Determinación de los Sujetos.

Referente a la violencia familiar al sujeto a quien recae la consecuencia normativa es el cónyuge que utilice la fuerza física, psíquica sobre el otro cónyuge u otro miembro de la familia Ese consecuencia normativa sería para el artículo 267 en su fracción XIX del citado Código una causal de divorcio y para la fracción XX del mismo Código una sanción a las agresores que no cumplan con lo que se dictó en la sentencia

En nuestro sistema Mexicano las tendencias que se siguen son las de la Escuela Histórica Alemana; porque si el intérprete ve que está claro el precepto y no se halla contradicho por ningún elemento exterior, el intérprete debe aplicarla sin vacilación alguna y así mismo esta escuela pretende descubrir el pensamiento del legislador al plasmar un artículo en el Código.

La voluntad de la ley no solamente puede ser interpretada gramaticalmente, sino tomando en cuenta lo que el legislador quiso decir.

Los valores de justicia que trató de proteger el legislador en este caso de la violencia familiar fue la agresión que se venía dando de antaño a la mujer y al menor conformando estos una familia sin ser protegidos por la ley, en sí lo que no se protegía era el núcleo familiar, que dentro de la sociedad juega un papel muy importante. Por lo que sanciona como causal de divorcio a esta violencia en su fracción XIX del artículo 267 del multicitado Código.

Para llevar acabo esta adición el legislador tuvo que rodearse de los antecedentes de dicha violencia, y como fueron de la Asociación Mexicana contra la violencia, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, del D.I.F, La Convención de menores, del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI)

Esta ley se adicionó por como a cambiado la sociedad, anteriormente existía esa misma violencia, pero no era denunciada por la familia, porque como sea visto en capítulos anteriores sobre el matrimonio sobre que la mujer desde que se casaba pasaba a manos del esposo como objeto y el mismo matrimonio fue evolucionando por lo que hoy se propuso capítulos especiales para esta figura.

Pero también puede considerarse que sigue la escuela Histórica de Derecho porque al momento de interpretar sigue las aspiraciones y necesidades en el momento en que se realiza la aplicación, y no en el momento en que se emitió la norma La escuela Histórica nace por las circunstancias sociales que prevalecen en el momento de

su elaboración, adaptándose a las nuevas exigencias que se van presentando al ritmo de la evolución social.

Las formas de interpretar que tiene nuestro derecho es la interpretación auténtica porque el poder legislativo, al interpretar sus propios textos, suplanta a los juristas en una función que en cualquier caso sólo ellos puedan realizar con eficiencia. También se lleva a cabo la interpretación judicial o jurisprudencial, esta es realizada por los jueces o magistrados en el ejercicio de su función jurisdiccional, es decir si el juez es quien interpreta una norma a fin de aplicarla al caso concreto, esa interpretación adquiere una obligatoriedad para el asunto que se trata, y va a servir para una norma individualizada. En esos dos tipos de interpretación van hacer de carácter oficial y público.

Así también, se sigue el principio de la Plenitud Hermética del Orden Jurídico Positivo Formalmente válido, consiste que si no se encuentra un caso previsto por la ley, ni por la costumbre, deberá resolverlo según el criterio que estime como obligatorio, acorde a lo previsto en los párrafos 3° y 4° del artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 19 y demás correlativos del Código Civil para el Distrito Federal

4.6. La Aplicación Correcta de la Hermenéutica Jurídica en el Proceso Legislativo.

La Lógica es muy importante dentro del proceso Legislativo siendo así que el legislador tendrá que llevar a cabo ese pensamiento con ideas congruentes tomando en cuenta que para promulgar determinadas reglas jurídicas de observancia general tendrá que examinar la finalidad perseguida como son las circunstancias sociales, económicas, técnicas, etcétera, para las cuales la ley fue elaborada, así como los problemas que el legislador pretendió resolver

En el proceso legislativo uno o varios Órganos del Estado formulan o promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general que se les conoce como ley o decreto. Para llevar a cabo esta creación de leyes o decretos se llevan a través de las siguientes etapas que son:

- a. La iniciativa.
- b. La discusión,
- c. La aprobación
- d. La sanción,
- e. Promulgación,
- f. Refrendo
- g. La publicación,
- h. Iniciación de la vigencia.

Estas etapas de formación de leyes o decretos se encuentran contenidas en los artículos 71 y 72 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 3º y 4º del Código Civil para el Distrito Federal.

a) La Iniciativa En esta primera etapa determinados órganos del Estado someten a consideración un proyecto de ley o decreto a consideración del Congreso

Artículo 71 - El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- I. Al Presidente de la República,
- II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, y
- III. A las legislaturas de los Estados

Presentándose las iniciativas por algún órgano antes señalado, esa iniciativa pasa a la comisión. Las iniciativas que presenten los diputados o senadores se sujetarán al Reglamento de Debates, para ser discutida esa iniciativa de ley.

En el caso particular de las fracciones XIX y XX del artículo 267 del Código Civil y capítulo referente a la violencia familiar esta iniciativa se presentó en forma

conjunta, por el Ejecutivo Federal, las Senadoras y Diputadas al Honorable Congreso de la Unión. sujetándose así al reglamento de debates el cual se llevó a cabo el 6 de noviembre de 1997.

El día 7 de noviembre se entregó la iniciativa a todos los Diputados y no tenía modificaciones sustanciales.

El Contenido de la iniciativa del Ejecutivo Federal, Diputados y Senadores al honorable Congreso de la Unión. Se propone adicionar al Título Sexto del Libro Primero del Código Civil, un Capítulo III denominado “de la violencia familiar.” Como consecuencia, también sería necesario modificar la denominación del referido Título Sexto, para que se llame “del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar.”

En caso particular el que nos interesa es el referente a las adiciones de las causales de divorcio que señala el artículo 267 del Código Civil, en el que se propone dichas adiciones para erradicar los casos de violencia familiar dentro del matrimonio. En el cual dicho comportamiento constituiría, en sí misma una causal de divorcio. Pero no sólo se trata de evitar la violencia entre cónyuges, sino también podría invocarse como causal el incumplimiento del cónyuge generador de la violencia familiar a las determinaciones administrativas o judiciales que se hubieren emitido para corregir sus actos de agresión física o síquica en contra de sus hijos.

b) La discusión. Es el acto por el cual las Cámaras deliberan acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser a probadas. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones, en este sentido se refiere el artículo 72 de la Constitución

Sólo en los proyectos que versen sobre empréstitos, contribuciones o impuestos o sobre reclutamiento de tropas, se discutirán primero en la Cámara de

Diputados.

Referente al decreto de la violencia Familiar primero se discutió en la Cámara de Diputados que también se le conoce como Cámara de Origen; en la que siguieron una serie de debates para discutir sobre la problemática que se había venido dando de antaño y que había ya centros de atención para atender a los agredidos, turnándose así a la Comisión de Justicia para su estudio y dictamen de la iniciativa de decreto que reforma, adiciona diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Presentando a la consideración de los integrantes de la Comisión, dictamen con proyecto de decreto, de acuerdo con los siguientes antecedentes: 1) El día 6 de noviembre de 1997 los secretarios de la Cámara de Diputados dieron cuenta al pleno de la recepción de la iniciativa de decreto que se reforma, adiciona en el Código Civil para el distrito Federal en Materia común y para todo la República en Materia Federal, del Código de Procedimientos Civiles 2) El Presidente de la mesa directiva turnó con la misma fecha, la iniciativa a la Comisión de Justicia. 3) La mesa directiva de esta comisión, en su reunión de fecha 12 de los corrientes, acordó la integración de una comisión para analizar y formular dictamen sobre la iniciativa en comento. 4) En la reunión de trabajo del 17 de noviembre, se expusieron diversas opiniones acerca del contenido general de la iniciativa, acordando invitar para el 18 del mismo mes, a especialistas en la materia. En dicha reunión se señalaron planteamientos sobre cuestiones precisas contenidas en la iniciativa para su mejor comprensión. 5) La comisión se reunió nuevamente con integrantes de la misma el día 19 del mismo mes y, después de intercambiar algunas opiniones, acordaron reunirse en sesión de trabajo a efecto de incorporar el dictamen algunas modificaciones que presentarían por escrito integrantes de la comisión 6) El día 19 de noviembre se celebró también en el recinto legislativo, el panel de difusión y apoyo a las reformas jurídicas contra la violencia intrafamiliar convocado por la Comisión de

Equidad y Género donde se presentaron algunas ponencias. 7) La Comisión de Justicia llevó a cabo una reunión de trabajo el miércoles 26 de noviembre, para la discusión y aprobación del presente dictamen.

Con los antecedentes que se le dio a la Comisión se presentó el dictamen bajo las siguientes consideraciones:

1) En forma conjunta, el Ejecutivo Federal (Ernesto Zedillo), las Diputadas y Senadoras al honorable Congreso de la Unión someten a consideración de esta soberanía la presente iniciativa de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Aprobado tanto en lo general como en lo particular el proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Por lo que después paso a la Cámara de Senadores que también se le conoce como la Cámara revisora para los efectos Constitucionales.

c) La aprobación. Respecto al tema que hemos venido tratando fue aceptado por la Cámara de origen, que en este caso particular fue la de Diputados, aceptando así en lo general el proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga las disposiciones de los Códigos antes mencionados y del tema que nos concierne con 340 votos en pro y ninguno en contra el 2 de Diciembre de 1997. Señalando así el Presidente de la Comisión de Justicia que fue aprobado en lo general y en lo particular los artículos que se hubieren reservado. Por lo que Con fecha 2 de Diciembre habiendo sido aprobada dicha iniciativa en la Cámara antes citada se remitió a la Cámara de Senadores para su debida deliberación y habiendo sido aprobada en lo general por está Cámara revisora el 13 de Diciembre del año en cita con 112 votos en pro del dictamen

y ninguno en contra, y en ese mismo día se remite al Ejecutivo para la Sanción de la misma.

d) La Sanción. En este caso, se turno al Ejecutivo Federal el 13 de Diciembre de 1997 y no lo vetó.

e) Promulgación. Se aceptó debidamente en todas sus partes para publicarse, y fué en la residencia del Poder Ejecutivo, acorde a la fracción I del artículo 89 Constitucional, el día 26 de Diciembre de 1997. y se refrendo por el Secretario de Gobernación. El mismo día 26 de Diciembre del año en cita

f) La Publicación. Respecto al decreto que nos concierne fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997,

g) Para la iniciación de la vigencia En nuestra iniciativa en cita se tomaría el sistema sincrónico porque como lo señala el artículo 4º del Código Civil, está fijando cuando se debe aplicar la vigencia señalándolo en su artículo transitorio, que menciona entrará en vigor a los 30 días de su publicación el Diario Oficial de la Federación. La publicación del decreto sobre la violencia familiar se llevó a cabo en el Diario el 30 de diciembre de 1997, por lo que su vigencia partió conforme lo señalado en su artículo transitorio entró en vigor el día 29 de enero de 1998, por lo que hubo una Vacatio Legis de 30 días que ya mencionamos

Conclusiones.

La lógica es la ciencia encargada de estudiar la estructura del pensamiento con el cual se va a obtener un conocimiento. El hombre por estar inmerso en el mundo, está rodeado de objetos, su actividad mental esta dirigida a esos objetos y el resultado de ello es el conocimiento. Por lo que el conocimiento constituye el empleo organizado de los diversos pensamientos que se unen en la mente del hombre sobre el objeto u objetos que lo rodean.

La lógica tiene un campo de aplicación amplio y de mucha utilidad en nuestra vida diaria porque podemos aprovecharla en varios aspectos de la comunicación, de la toma de decisiones y en el mismo conocimiento humano. En otras palabras, se puede emplear en todo aquello en que tenga alguna importancia la actividad racional o el uso del razonamiento, es decir proporcionar, buscar o exigir razones adecuadas para aceptar o rechazar una idea. Cabe mencionar que la lógica es especialmente importante en el desempeño de la actividad de los juristas, sean éstos funcionarios jurisdiccionales, funcionarios administrativos, abogados, postulantes o investigadores, en su labor técnica de análisis. El jurista siempre esta razonando, lo haga correctamente o incorrectamente.

Como ya lo hemos mencionado con anterioridad al momento de que el juez ubica la norma aplicable en este caso el artículo 267 en sus fracciones XIX y XX, efectuó diversos razonamientos jurídicos, con mayor razón cuando después de estudiar el asunto el juez expone sus razonamientos precisos que lo llevaron a dictar la resolución en el sentido que se expresa

La lógica es utilizada en las inferencias que realizan los juristas en el momento que describen el derecho, por lo que los enunciados que la integran sí pueden ser verdaderos o falsos. En el caso de los razonamientos que realizan los órganos judiciales en la interpretación de la norma, la situación cambia, porque cuando nos referimos a los razonamientos jurídicos que realizan los órganos correspondientes, con la intención de

aplicar o de integrar el derecho en un caso concreto, aquí la inferencia lógica absoluta no opera, en virtud de que las consecuencias jurídicas de las normas se determina, no siguiendo las reglas lógicas, sino de acuerdo con las reglas de la hermenéutica jurídica.

Cabe mencionar que la lógica que se debe utilizar en el derecho sería una lógica especial o normativa como lo señala Hans Kelsen que abarque el deber ser, la lógica de un conocimiento dirigido a una norma y no a la realidad natural.

Tomando en cuenta la exposición de motivos y debates concretamente sobre las fracciones XIX y XX adicionadas al artículo 267 del Código Civil, que citan a la Violencia Intrafamiliar como nueva causal de divorcio, el legislador tuvo que tomar los elementos reales de la violencia familiar, que será la sustancia de la norma jurídica, tomando en cuenta los aspectos culturales, económicos y sociales para alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo. Dicha norma jurídica surge por la violencia cometida por uno de los cónyuges hacia el otro cónyuge o a los hijos de uno de ellos o de ambos, porque al imponer esta causal de divorcio lo que trato el legislador fue de solucionar el problema de la violencia familiar dentro del hogar

Cabe señalar que el concepto es una representación mental del objeto, en este caso la Violencia Familiar Dentro de la clasificación del concepto colocaríamos a la violencia intrafamiliar de acuerdo a su comprensión en unívocos, de acuerdo a la definición que nos da el Código Civil en su artículo 323 ter ya citado, porque se entiende de una misma manera a todos los seres de la misma especie, en este caso sería a las personas integrantes de la familia que causen o generen violencia ya sea psíquica o física o otro integrante de la familia. La violencia familiar es concebida como tal, de acuerdo con el artículo 323 ter citado como toda fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones, siempre y cuando, el agresor y agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o

concubinato. De acuerdo a su extensión va a ser universal porque se refiere a todos los casos de Violencia familiar.

Dentro del área jurídica encontramos también los razonamientos deductivos y por analogía. El razonamiento deductivo es el que parte de lo general a lo particular por lo que el legislador partió de la problemática de la violencia que venía sufriendo tanto la mujer como los hijos dentro del mismo hogar y así mismo poderlo encuadrar en el libro correcto del Código Civil de referencia (Libro primero de las personas), en el título correcto (sexto del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar), y en el caso de las adicionadas fracciones XIX y XX como causales de divorcio, de esa manera la está encuadrando en la norma jurídica para aplicarla a los casos particulares que se presenten. También cabe mencionar el razonamiento por analogía, porque no necesariamente por la semejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley esto no quiere decir que el juez no la aplique al caso que no se previó. Es decir que el razonamiento que tuvo el legislador en la regla legal que se inspira, existe igualmente en el caso que no se prevé.

La Lógica es considerada como una lógica normativa general porque estudia la lógica del deber ser o de las proposiciones del deber ser, el estudio de ésta es un conocimiento dirigido a las normas y no a la realidad natural. Se debe mencionar que no hay una lógica jurídica que estudie la ciencia del derecho, tal lógica no existe y mucho menos dentro de aquel campo donde preferentemente se habla de dicha ciencia en la interpretación de las normas jurídicas positivas.

Dentro de este tema también encontramos la metodología jurídica que utiliza el legislador reuniendo todos los antecedentes sobre la violencia familiar. Los principales antecedentes que se encuentran son los del grupo Plural Pro - Víctimas, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que fue firmada en 1980, siendo ratificada por nuestro país en 1981, también sirvió como antecedente la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, además de la información con que cuentan

todas las instituciones que por su trabajo cotidiano tienen conocimiento sobre la violencia familiar como son las agencias especializadas del Ministerio Público, el D.I.F etcétera. El legislador al reunir los antecedentes trata de proteger a las víctimas de dicha violencia. Porque la violencia Intrafamiliar es una situación cotidiana en la sociedad mexicana por lo que el legislador pretendió castigar su realización, o la corrección de esta conducta (violencia intrafamiliar) ordenada por la autoridad, en convertirlo en causa de divorcio. La situación era señalar que a pesar de la información con que se cuenta sobre la problemática de la violencia familiar no había ninguna norma jurídica que la sancionara, por lo que se llegó a la conclusión de que era necesario adicionar un artículo en el que se definiera la violencia familiar y así mismo se consideró agregar como causal de divorcio la violencia dentro del seno familiar; es decir crear una norma jurídica para sancionar el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, que de manera reiterada ejerza un miembro de una familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato. Como lo señala el artículo 323 ter del Código Civil.

La Hermenéutica Jurídica juega un papel importante dentro de nuestro tema, porque el objeto de la hermenéutica es el de interpretar los textos legales para fijar su verdadero sentido, por lo que se puede considerar como un arte el interpretar. La interpretación es en sí conocer lo que se quiere decir. Para poder entender mejor, la Hermenéutica jurídica se podría definir como el arte de interpretar correctamente un documento, aprovechando el pasado para poder aplicarlo actualmente a su realidad en este momento, como lo explica la escuela Histórica; por lo que el investigador de la norma requiere de una seriedad absoluta para no falsear el hecho histórico a pesar de sus inclinaciones personales. El investigador podrá tener sus propias creencias o preferencias

pero éste deberá respetar la verdad y no deformarla para su propia conveniencia y esto es lo que se entiende por Hermenéutica.

Dentro de la Hermenéutica Jurídica el juez es el encargado de aplicar sin discusión alguna las normas del legislador en principio, pero si son insuficientes o no claras, entonces el Juez lleva a cabo la interpretación utilizando diversos métodos. Porque en este caso el legislador tomó en cuenta la problemática que se venía dando dentro del seno familiar por lo que fue necesario adicionar las causales XIX y XX del artículo 267, y el artículo 323 bis y 323 ter Y así mismo después aplicarlo el Juez a casos particulares que se presenten.

Considero que en el desarrollo de este tema es de gran importancia la Jurisprudencia Técnica que tiene por objeto, como dice Don Eduardo García Máynez, la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y un lugar determinado, y así mismo tiene por objeto estudiar los problemas relativos a su interpretación y aplicación. En la época en que vivimos la familia sigue siendo la institución básica de la sociedad. En la cual se tiene un proceso crucial para la reproducción social, constituyendo así, un medio privilegiado para el crecimiento y desarrollo de sus miembros Todos tenemos derecho a una vida libre de violencia, a vivir en forma digna y a convivir sanamente para alentar el pleno desenvolvimiento de nuestras potencialidades. Por lo que la mujer es tan importante como el hombre dentro de la familia.

La jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas, cuando estos hacen jurisprudencia, su propósito es describir un determinado derecho. En el caso concreto era regular la Violencia Familiar Cabe señalar que, para tal objeto, primeramente procede a identificar su objeto, y en este caso el objeto es la violencia, física, psíquica o moral que lleve a cabo un integrante de la familia en contra de otro integrante de la misma, como en estos casos la ley era insuficiente porque anteriormente algún tipo de violencia que se llevará a cabo en la mujer o en el hijo lo tipificaba dentro

de la materia penal en el capítulo de lesiones (artículos 288 y 289), motivo por lo que el legislador se vió en la necesidad de regular ese delito tanto en materia Civil como Penal.

Dentro de la Jurisprudencia Técnica podemos encontrar dos ramas: La Sistemática Jurídica que es la encargada de las exposiciones ordenadas y coherentes de los preceptos jurídicos, por lo que el legislador ordenadamente adicionó, como se mencionó con anterioridad, en el capítulo correcto y en el título correcto lo referente a la violencia familiar por la necesidad de regular dicha violencia que viene sufriendo tanto la mujer como los hijos.

Esta técnica de creación se llevó a cabo preponderantemente por el poder Ejecutivo conjuntamente con las Diputadas y Senadoras (que presentaron la iniciativa de ley), mediante la creación de la ley sobre la violencia familiar como lo señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 71 en el que señala que el derecho de iniciar leyes o decretos competen al Presidente de la República a los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados para que en su momento se aplique a casos concretos.

La creación del decreto sobre la violencia familiar trae consecuencias normativas, como es la causal de divorcio o sanciones que se impongan, según sea el caso, en materia Civil o Penal.

Hecho el análisis de las Escuelas de Interpretación, concluyo que el legislador echó mano de la Escuela Histórica-Alemana, porque una de las características de dicha Escuela es crear una norma jurídica de acuerdo a la realidad y al momento como también la ley lo hace. En este sentido la mujer en el derecho Prehispánico dependía del hombre, su papel era ser casta, fiel, buena cocinera y esperando la bendición de la maternidad; al consumarse la Independencia, la mujer sigue igual, hay igualdad para todos y no para todas, se da el derecho de voto y el desempeño a cargos públicos sólo a los hombres y no a las mujeres y, así con el tiempo, fueron evolucionando los derechos de la mujer hasta el año de 1975 con el Año Internacional de la mujer que marcó nuevos logros de la

pretendida igualdad. El legislador en ese momento no creó una norma jurídica que regulara hacia la mujer por el papel que desempeñaba en ese tiempo. Pero ya era el momento en que el legislador creara una norma jurídica para proteger tanto a la mujer como a los hijos de esa violencia que se viene dando de antaño; tomando en cuenta para la creación de la norma, a la familia como un núcleo básico de convivencia humana y así mismo considerando que todos tenemos derecho a una vida libre de violencia, a vivir en forma digna y a convivir sanamente

A mi juicio, la figura de la violencia dentro de la familia se abordó desde diferentes puntos de vista. Esta figura ha sido destacada por diversos grupos de mujeres interesadas en su atención y superación hace más de 20 años, al crear las primeras Instituciones para el diagnóstico y tratamiento del problema.

Concluyo que el derecho y en especial las causales de divorcio XIX y XX del multicitado artículo, se deben acreditar en forma plena dichas causales, por lo que esta idea del legislador en caso de duda en la interpretación de estas causales, le da la pauta al Juez para que pueda utilizar el marco jurídico de la causal de divorcio encuadrando la conducta de las partes en el deber ser que el mismo Código Civil señala en su artículo 323 ter, lo que se debe entender como violencia familiar para regular el contenido en la causal invocada o invocadas debiendo utilizar el juzgador en su interpretación una lógica general jurídica, es decir, una lógica retórica, porque el juzgador necesita de todos los recursos disponibles y utilizables para que tenga como único presupuesto las causales que fueron invocadas por las Partes. De esta manera al no acreditarse en forma plena las causales de divorcio invocadas podría el juzgador tomar el Principio de la Plenitud Hermética del Orden Positivo formalmente válido. Por lo antes mencionado nos damos cuenta que tanto en la Constitución como en el Código Civil para el distrito Federal contiene expresamente el principio en forma de precepto incluido, en el cual explícitamente ordenan al juez que cuando se halla frente aun caos no previsto por la ley, ni por la costumbre, ni tampoco por la jurisprudencia del supremo tribunal, deberá

resolverlo según el criterio que estime como obligatorio. Por lo que el juzgador no utiliza un método específico o una escuela de interpretación en particular para las normas jurídicas.

Con lo antes mencionado puedo concluir que:

La interpretación de la norma no debe hacerse, tratándose de leyes, por la intención del legislador, sino por el sentido de la ley, en la ley puede haber lagunas, pero no en el derecho, los legisladores y jueces no pueden dejar de resolver a pretexto de no existir norma expresa, los casos no previstos por la ley deben resolverse, en primer lugar, por analogía con otros previstos por la ley, de acuerdo al artículo 72, fracción f, el intérprete de las leyes es el Poder Judicial de la Federación, es la jurisprudencia a la que debe acudir a falta de norma expresa o de norma aplicable por analogía, a falta de norma expresa, de norma análoga y de jurisprudencia, las lagunas de la ley deben colmarse por la costumbre y la equidad, establece el artículo 14 Constitucional que aun a falta de texto expreso de la ley se deben satisfacer plenamente conforme a la letra de la ley, sino también a su interpretación y a los principios generales del derecho, permitiendo así la aplicación de la misma, bien sea a través del sistema analógico, o bien jurisprudencial, o bien, por último, por la costumbre y la equidad, la Interpretación es un precepto general, ya que el legislador cuenta con una experiencia histórica, así mismo de la técnica jurídica para poder llevar a cabo dicha interpretación.

Bibliografía

- Aftalion, Enrique y José Vilanova. *Introducción al Derecho*. 2ª edición, Editorial Ebeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Alonso González, Rosa María y otros. *Metodología Jurídica*. U.N.A.M., Facultad de Derecho(SUA), México, 1996.
- Alonso, José Antonio. *Metodología*. 10ª edición, Editorial Hispánica, México, 1989.
- Alchourron E. Carlos y Bulgyn, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
- Bobbio, Norberto *Derecho y Lógica* Traducción por Alejandro Rossi. Editorial U.N.A.M. Centro de Estudios Filosóficos, México, 1965.
- Bodenheimer, Edgar *Teoría Del Derecho*. 5ª edición Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- Borell Maciá Antonio. *La Persona Humana (Derecho sobre su cuerpo vivo y muerto)*, 17ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1954
- Bunge, Mario. *La Ciencia, su método y su filosofía* 8ª edición, Editorial Nueva Imagen, México, 1993
- _____ *La Investigación Científica* 7ª edición, Editorial Ariel, Buenos Aires, 1989
- Cabanellas, Guillermo *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 14ª edición, Rev. actualizada por Luis Alcalá - Zamora y Castillo, Editorial Heliasta, México, 1983.
- Calsamiglia, Albert *Introducción a la ciencia Jurídica*. Editorial Ariel, Barcelona, 1990
- Chávez Calderón, Pedro. *Lógica. Introducción a la Ciencia del Razonamiento*. 7ª edición Editorial publicaciones Culturales, México, 1984.
- Chávez Padrón, Pedro, et al. *Métodos de Investigación*. Tomo 2 Editorial Publicaciones Cultural, México, 1991

- Descartes, René. *Discurso del Método*. Editorial Porrúa, México, 1992.
- Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía Del Derecho*. 9ª edición, Editorial Bosh, Barcelona, 1980.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre Metodología, Docencia e Investigación Jurídica*. U.N.A.M, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992
- Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil (Parte general, personas, familia)*. 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 11ª edición, Editorial Porrúa, México 1986
- Garrone, José Alberto. *Diccionario Jurídico*. Tomo III. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires
- Guitron Fuentes, Julian. *Qué es el Derecho Familiar* 3ª edición, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, México, 1987.
- Gutiérrez Y González, Ernesto. *Derecho De Las Obligaciones*. 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996
- Instituto De Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 10ª edición, Editorial Porrúa. México, 1997.
-
- _____ *Código Civil para el Distrito Federal. Comentado* Editorial Porrúa, México, 1994.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura Del Derecho*. Traducción de Moisés Nilve. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997
- _____ *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. 5ª edición, Editorial Fontamara, México 1998 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 11)
- Lastra Lastra, José Manuel. *Fundamentos de Derecho*. Editorial Mc Graw Hill, México, 1994

- Larroyo, Francisco y Miguel Angel, Cevallos. *La Lógica de las Ciencias*. 20ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979.
- Mandujano Ovilla, Manuel. *Teoría del Derecho*. Editorial Duero, México, 1990.
- Pattarco, Enrico. *Elementos para una Teoría del Derecho*. 10ª edición, Editorial Debate, Madrid, 1985
- Pina, Rafael de y Rafael de Pina Vara. *Diccionario de Derecho*. 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983
- Peniche Bolio, Francisco J. *Introducción al Estudio del Derecho*. 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- Recaséns Siches, Luis. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. Editorial Porrúa, México, 1993
- Robles, Gregorio *Introducción a la Teoría del Derecho* Editorial Debate, Madrid, 1988.
- Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I (Introducción, Personas y Familias). 22ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
- Rojas Amandí, Victor Manuel. *Filosofía Del Derecho* 10ª edición, Editorial Harla, México, 1991
- Sandoval Valdés, Teodoro. *Metodología de la ciencia del derecho*. Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 1989.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *La Teoría General del Derecho*. 11ª edición, Editorial Temis, México, 1996
- Teran, Juan Manuel. *Filosofía Del Derecho*. 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1989
- Villoro Toranzo, Miguel. *Introducción al Estudio Del Derecho*. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993
- Witker, Jorge y Rogelio Larios *Metodología Jurídica* Editorial McGraw Hill, México, 1997.