LA FAMILIA; PRESUNTA RESPONSABLE PENAL

Mariano Albor

SUMARIO: I.- Introducción. 1.- Presentación. 2.- Retratos Familiares. 3.- El Castigo. 4.- La Familia y el Derecho Penal.

I.- Introducción

Los lectores que llegan puntualmente a las páginas de Italo Calvino se transforman en espectadores inoportunos de las narraciones sobre las ciudades invisibles. (1) Contemplan la escena y, memoriosos, recogen cuidadosamente las palabras como porciones valiosas de un tesoro espiritual. El encantamiento es una delicadeza transparente: Kublai Kan escucha a Marco Polo. Cuando el Gran Emperador y el viajero conversan se percibe el trazo invisible de la fascinación ...

> Marco Polo describe un puente, piedra por piedra.
>
> ¿Pero cuál es la piedra que sostiene el puente?
>
> - pregunta Kublai Kan.
>
> - El puente no está sostenido por esta o aquella piedra -responde Marco-. sino por la linea del arco que ellas forman.
>
> Kublai permanece silencioso, reflexionando.
>
> Después añade:
>
> -¿Por qué me hablas de las piedras? Es sólo el arco lo que me importa.
>
> Polo responde: -sin piedras no hay arco. (2)
>
> Durante estas jornadas, intentemos hablar de las piedras; del arco ... del puente.

(1) Italo Calvino, Las Ciudades Invisibles, Minotauro, México, 1991.
(2) Ibidem., 94.

1.- Presentación

La familia es una institución jurídica. A partir de su naturaleza material, en cuanto al derecho, contiene y expresa relaciones de carácter público y privado. Se trata, también, de una institución política. En este sentido, de acuerdo con el pleno de intereses que le atribuyen, el grupo social y la autoridad atienden a su origen, historia, notas esenciales, funciones y propósitos. Así pues, se trata de saber qué es lo que quiere el orden público y el privado y dónde coinciden y discrepan.

El Estado es la sociedad organizada jurídicamente. Esta definición institucional y descriptiva ha sido aceptada en otros campos de las ciencias sociales vinculadas con el derecho. (3) De esta manera, puede comprenderse que el Estado es la colectividad ligada y jurídicamente con la autoridad, entendida como una empresa de gobierno. (4) En este sentido, se presentan relaciones en las cuales la voluntad de los particulares no tiene eficacia y en otras si; obviamente, debido a su naturaleza privada.

Como acontece con otros hechos sociales, la normatividad referida a la familia vino del campo civilístico -sobre el principio político de status rei publicae- al derecho administrativo y penal; en los últimos tiempos al conjunto de decisiones políticas fundamentales en el texto constitucional. (5) Esto no puede explicarse en términos de menoscabo del derecho privado. Solamente es consecuencia de ubicar el pleno de relaciones familiares en la situación que le corresponde dentro del orden jurídico general. Por ello, se debe ser cuidadoso de querer proteger penalmente al núcleo familiar -los riesgos sociales son muy altos-, por graves que sean los ataques cotidianos que resienta.

Los penalistas, sin ahondar en las implicaciones de sus proposiciones iniciales, por

(3) Véase en este sentido, Georges Burdeau, Tratado de Ciencia Política, Tomo II, El Estado, Volumen I, La Formación del Estado, UNAM, México, 1985, 316, 317 y ss.

(4) Admítase que, por lo general, la voz del Estado se aplica comúnmente a la autoridad gubernamental.

(5) Artículo 4o.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

lo general, encaminan sus argumentos para tratar de legitimar el ius puniendi estatal. (6) No importa en qué escuela penal se milite, una y otra vez, quieren empeñosamente resolver el problema del por qué, cómo y para qué se debe castigar. Este final de milenio es el tiempo propicio para variar el rumbo y entender que la ciencia penal debe ser la explicación jurídica más acabada de la ratio que impida al Estado castigar. Una advertencia: No debe haber preocupación por la idea negativa que se ha formulado para presentarla aquí. La negación del castigo es el resultado de estudiar a la luz del derecho penal los comportamientos sociales y formular proposiciones que pueden verificarse como falsas o verdaderas. Para castigar basta un legislador; para no hacerlo se requiere un esfuerzo doctrinario, rigurosamente científico, que, antes que a la norma, vea al hombre concreto: al de carne y hueso; hecho de barro, luces y sombras: el hombre social. Por ello, sea bienvenida la teoría de la acción social que abre el horizonte del siglo XXI a la responsabilidad de cada uno en materia penal.

La familia no puede tomarse como pretexto para que la autoridad política avance por la brecha del castigo penal hacia el interior del hogar. Por el contrario, la familia debe ser una institución para la libertad ..., proposición finalística que la aleja del derecho penal sin arrancarle ninguna de las esencias que le son propias.

En cuanto a lo sexual, en principio, el derecho contempla tres categorías relacionales: la normalidad; la madurez y la libertad sexual como un contenido de la libertad civil. Como no tiene otro camino para hacerlo, el orden jurídico general - entendido como el universo normativo que integran la cultura y el derecho positivo- con sus criterios sobre la sexualidad impregna las normas públicas y privadas que se refieren a la familia.

La violencia es la tinta imborrable con la que, a veces, se escribe la palabra de Dios y el quehacer cotidiano del hombre. Es la obscuridad siniestra de un dolor, de un sufrimiento o la muerte infringidos con el ímpetu de lo que no tiene razón ni sentido. En otras ocasiones, es el fuego que conduce a la luz.

El hombre libre de Juan Jacobo Rousseau, por ser ambas cosas, tiene en "la fuerza y la libertad ... los primeros instrumentos de su conservación." (7) El ginebrino ha explicado anteriormente que la fuerza es una "potencia física." (8) Pero también ha advertido que "El más fuerte, no es, sin embargo, lo bastante para ser siempre el amo

(6) No hay que olvidar que el Estado se otorga el monopolio de la acción penal y que su órgano es el ministerio público.
(7) Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, Tecnos, Madrid, 1988, 14.
(8) Ib., 7.

sino convierte su fuerza en derecho y la obediencia en deber. (9)

Más tarde, George Sorel plantea una posibilidad terminológica para aproximarse a sus nuevos contenidos. En efecto, utiliza tres expresiones con contenidos diferentes: fuerza, violencia y brutalidad, sin desprenderse de sus matices ideológicos entiende que la fuerza puede explicar los actos de la autoridad, en tanto que la violencia se refiere a las acciones del proletariado. Obviamente, la brutalidad es una ferocidad que corresponde a la barbarie.

Se esté o no de acuerdo con la teoría nueva de la violencia proletaria de Sorel; lo cierto es que cada lenguaje terminológico tiene la historia de su propia ciencia; así pues, sin menoscabo de su influencia política, la precisión de buscar una terminología que no diese pie a confesiones aclararía el conocimiento de las potencias del grupo social o de la autoridad gubernamental. (10)

Por su parte, el naturalista, preocupado por el hombre observa ratas, aves, perros. Y al concluir sus observaciones de carácter aristotélico ante el espectáculo de la agresividad como un mal, para el alivio solamente puede argumentar la posibilidad del sicoanálisis o el mandamiento del amor al prójimo. (11)

Una corriente sociológica que tiene prestigio científico, ha observado la evolución - término usado técnicamente en este caso- de las estructuras emotivas y de control del hombre en cualquier sociedad. Los hechos y su método le han permitido establecer una premisa inevitable "el modelo y las pautas de control de emociones pueden ser distintas según las clases sociales de que se trate en una sola sociedad." (12)

En este orden de ideas, la familia es observada como un grupo nuclear que se convierte en el único y exclusivo enclave legítimo de la sexualidad y de las funciones íntimas en general. Sus comportamientos se trasladan estructuralmente del órgano primario a la sociedad para inculcar costumbres y comportamientos. (13)

En cuanto a la agresividad, Norbert Elias considera que el entramado emotivo del hombre reúne en una unidad el hambre, la necesidad de escupir, el instinto sexual y--

(9) Ib., 7.
(10) Georges Sorel, Reflexiones sobre la Violencia, Alianza Editorial, Madrid 1976, 238.
(11) Véase Lorenz Konrad, sobre la agresión El Pretendido Mal, Siglo Veintiuno Editores, 1989, 335 y 336.
(12) Norbert Elias, El Proceso de la Civilización, Fondo de Cultura Económica, 1989, 9.
(13) Ibidem., 9.

el agresivo.

Estos instintos se reúnen, se complementan y se sustituyen y pertenecen a la estructura tanto del individuo como de la sociedad. (14)

Así pues, el sentido emotivo del instinto de agresividad se muestra distinto en la historia y en relación con los individuos o con cada grupo social.

Pero si el derecho no tiene un problema fácil de resolver en ese triángulo que se propone: familia, sexualidad y violencia; la sociología tampoco está sobrada de obstáculos. Primero, habrá de resolver si las relaciones, personalidad, emociones, sociedad, control, pueden plantearse a largo o corto plazo para entender cómo se dan las transformaciones y que no se cierre en ningún momento el horizonte de la investigación como suele sucederle a quien se plantea los problemas a corto plazo. Incluso, cabría advertir que la violencia tiene su origen perdido en los tiempos y no dejará de estar en el futuro o en el porvenir.

El hombre ha visto la violencia en el mito; en la divinidad; en el mundo que lo rodea, en su prójimo y en sí mismo. Respecto de su presencia bastará decir la pequeña fórmula del filósofo; la violencia "está aquí".

2.- Retratos Familiares

Cuando Aristóteles propuso estudiar la polis con el método de las ciencias naturales - descomponer el todo en sus elementos más simples- llegó a la célebre conclusión que explica al hombre como un animal político. (15) Pero, antes de serlo, este espléndido ser de la ciudad ha sido un personaje tribal y aldeano, que tiene un origen mejor: la casa. Es decir, el ciudadano que posee todo para lograr una vida feliz pertenece a la comunidad más sencilla: la familia. Expresado en términos aristotélicos; el hombre es por naturaleza un animal familiar.

La familia, como primera comunidad política, está constituida naturalmente para la vida diaria. (16) La conceptuosa explicación aristotélica, evidentemente naturalística y política, no prescinde de lo memorioso. En apoyo del linaje conceptual cita un verso

(14) Ibid., 229 y ss.
(15) Aristóteles, Política, Editorial Gredos, Madrid, 1988: 1253 a9.
(16) Ibid., 1252 b6.

de Hesiodo, (17) una descripción de Carondas similar a la imagen poética de Epiménides de Creta para explicar el contenido económico del grupo familiar integrado por quienes son "de la misma panera" o "del mismo comedero." (18) Y, desde luego, recurre, por este orden, a la Odisea y a la Iliada. (19)

Desde su doble campo de observación, el Liceo y la ciencia, Aristóteles demuestra que el origen natural de la familia y el universo de sus contenidos histórico, político, económico e incluso, sexual, tienen unas raíces profundas y consistentes. La historia y la realidad de su tiempo eran tierra buena y fértil para plantar con firmeza sus pensamientos políticos sobre la familia como punto de partida hacia la polis.

Aristóteles tenía a la mano hechos y datos que nutrían generosamente sus proposiciones sobre la familia. En la vida cotidiana era fácil observar cómo la comunidad familiar se agitaba vitalmente en la relación causal necesidad-satisfactor-bien común. La vida en familia era ejemplar. Solón cuenta a Creso la historia de que murieron en un asombroso acto de amor filial. (20)

Lejano de la plasticidad teatral que la destreza literaria de Platón le dio a su imagen; carente de la prestancia del alto relieve que Alfred E. Taylor labró sobria y

(17) "Lo primero casa, mujer, buey de labranza." 1252 b5.

(18) Ibid., 1252 b5.

(19) "Cada uno es legislador de sus hijos y esposas." Cfr. Homero, Odisea IXII4. "Sin Tribu, sin ley, sin hogar." Cfr. Homero, Odisea, IX63.

(20) Pues estos, que eran aqueos de raza, disponían de una vida segura, y además de eso, de tal fortaleza de cuerpo: ambos eran igualmente ganadores de premios atléticos y además se cuenta el siguiente relato: siendo la fiesta de Hera para los argivos, era absolutamente necesario que la madre de ellos fuera conducida por una yunta hasta el templo, pero del campo no les llegaron a la hora los bueyes; y apremiados por la hora, los jóvenes mismos, agachándose bajo el yugo, arrastraron el carro y la madre era conducida por ellos sobre el carro; y, habiendo conducido cuarenta y cinco estadios, llegaron al templo. Y a ellos que habían hecho eso y habían sido vistos por la concurrencia, les sobrevino el mejor final de la vida y en ellos la divinidad manifestó que era mejor para un hombre morir más que vivir. Los argivos, pues, estando alrededor, festejaban la fuerza de los jóvenes y las argivas a la madre de ellos, que había alcanzado tales hijos. Y la madre, que estaba jubilosa por la acción y el elogio, de pie delante de la estatua, suplicó para Cleobis y Bitón, sus hijos, que grandemente la habían honrado, que la diosa les concediera lo que es mejor alcanzar para un hombre. y después de esta súplica, como habían ofrecido el sacrificio y celebrado el banquete, habiéndose dormido en el mismo templo, los jóvenes ya no se levantaron, sino que en ese final fueron arrebatados. Los argivos habiendo hecho estatuas de ellos (las) ofrecieron a Delfos, como de varones óptimos que habían sido, Herodoto, Historias, I, UNAM, México, 1976; Clio 1, 31. La historia es tan definidamente soloniana que el biógrafo posterior la repite puntualmente; como es de verse en Plutarco, "Solón y Publicola" en Biógrafos Griegos, Aguilar, Madrid, 1973, XXXI.

elegantemente (21) y sin las altisonancias cinematográficas de René Kraus; (22) Sócrates, ciertamente, no sale bien librado como ciudadano. I. F. Stone lo ha tomado por su cuenta:

> ¿Cómo se gana Sócrates la vida? Tenía que mantener una mujer y tres hijos. Vivió hasta los setenta años. Pero nunca parece haber tenido un trabajo o practicado un oficio. Dejaba pasar sus días en el ocio, hablando ...
> ¿Cómo mantenía a su familia? ... En la Apología, Sócrates se describe a sí mismo como un hombre pobre, en comparación con aristócratas ricos como Platón, tan distinguido entre su séquito de adoradores. Pero nunca fue tan pobre como para aceptar un trabajo o ejercer una profesión. (23)

Pero no caigamos en el desencanto. El Sócrates humanizado de Jenofonte es un fragoroso defensor de la vida familiar. Sin rebuscamientos políticos, como un padre enérgico y persuasivo, el filósofo reprende a su hijo Lamprocles, y en cada una de sus palabras se encuentra un sentido profundo del amor:

> ¿Encontraremos jamás persona alguna que haya recibido tantos beneficios como los hijos de los padres? Que los padres son quienes del no ser los trajeron al ser, a ver tantas maravillas, a participar de tantos bienes cuantos proporcionan a los hombres... Sin duda -le dice ahora- no serás de la opinión que los hombres quieran tener hijos solamente para gozar de los placeres sexuales... (24)
> El padre le merece un elogio llano:
> ... el esposo alimenta en su casa a la que con él colabora a procrear hijos, y uniéndonos con ellas los procreamos. Y si el esposo alimenta en su casa a la que con él colabora a procrear hijos; y reúne de antemano todo lo que cree podrá ser útil a sus futuros hijos durante su vida, haciendo de todo la más cumplida provisión posible. (25)

La madre es una figura que se levanta desde el misterio del dolor al milagro de la vida ajena que le es propia. Tal vez, en ningún otro caso, Sócrates hable con tanta sencillez:

---

(21) Véase John Burnet y Alfred E. Taylor, Varia Socrática, UNAM, México, 1990, 53, 54 y ss.
(22) René Kraus, La Vida Privada y Pública de Sócrates, Editorial Sudamericana, México, 1983.
(23) I.F.Stone, El Juicio de Sócrates, Mondadari, Madrid, 1988, 130.
(24) Jenofonte, Recuerdos de Sócrates, UNAM, México, 1965, 56
(25) Ibidem. 56.

> La mujer concibe y lleva tal peso entre trabajos, poniendo en peligro su misma vida, alimentándolo con la que ella se alimenta. Después de una gestación y un parto lleno de dolores, cuida y nutre, sin recompensa alguna, un hijo que no sabe de quién le vienen tales cuidados afectuosos, que no puede ni tan sólo dar a conocer lo que necesita; la madre tiene que adivinar lo que le falta, lo que puede agradarle, y así lo nutre noche y día, con mil fatigas, sin saber cómo se le pagarán. (26)

A la luz de las concepciones familiares socráticas, la fraternidad entraña vínculos muy valiosos. Había en Atenas dos hermanos que se odiaban; Sócrates, para procurar una difícil reconciliación, interpela a uno de ellos:

> Dime, Querécrates, eres tú por ventura uno de esos hombres que tienen a las riquezas por más ventajosas que los hermanos, y eso que las riquezas pertenecen al orden irracional, y el hermano al orden de lo racional, que aquellas tienen que ser defendidas, mientras que un hermano puede defendernos; que ellas son innumerables y que el hermano es único? (27)

En este orden de ideas, cabe entender la advertencia socrática en contra de la ingratitud familiar -que es una forma lamentable de la injusticia- que en Atenas amerita el reproche social y el castigo penal. (28)

Recuérdese, que la explicación antigua más sobria sobre el derecho natural brota en el centro de una discusión entre los miembros de una familia tebana. La controversia ejemplar, entre Antigona y Creonte, se da a la sombra casi extinta de Polinices y que permanece insepulto como consecuencia de un decreto administrativo. Y la hermana, apesadumbrada, desacata la norma positiva: (29)

> Creonte.- ... Y tú dime sin extenderte, sino brevemente, ¿sabías que había sido decretado por un edicto que no se podía hacer esto?
> Antígona.- Lo sabia. ¿Cómo no iba a saberlo? Era manifiesto.
> Creonte.- ¿Y, a pesar de ello, te atreviste a transgredir estos decretos?

(26) Ibid., 55 y 56.
(27) Ibid; 58 y 59.
(28) Sócrates argumenta ¿No has caído en cuenta de que la Ciudad no se preocupa de las demás clases de ingratitud, que las persiguen, que deja en paz a los deudores, mientras que castiga a quien no es deferente con sus padres? Ibid., 58.
(29) Sófocles, "Antigona" en Tragedias, Editorial Gredos, Madrid, 1992, Prólogo, 20, 25, 30, 35.

> Antigona.- No fue Zeuz el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron. No iba yo a obtener castigo de ellas de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno. (30)

En la ciudad imposible de Platón hay muchas cosas posibles. El profesor de la Academia enseñaba al próximo profesor el Liceo: "Lo que hay que legar a los niños no es oro, sino un gran respeto a sí mismos." (31) "El legislador sabio y sensato incitará más bien a los hombres maduros a que respeten a los jóvenes." (32)

Claro que el sentido educativo no escapa a la temprana anticipación del segundo imperativo categórico Kautiano:

> Lo que más importa en la educación de las gentes jóvenes, tanto como en la nuestra, no está en dar avisos y normas, sino en que todas las advertencias que se dan a los demás sean evidentemente normas de nuestra propia vida. (33)

En la polis deseable del filósofo se predica también sobre la madurez sexual y sus repercusiones penales para concluir -como lo hará más tarde el estagirita- explicando el ansia de inmortalidad que aviva la procreación.

> Se habrá de contraer matrimonio luego de los treinta años y antes de los treinta y cinco; de lo contrario, los que no lo hicieren serían castigados con multas y con pérdida de los derechos de ciudadanía; con una multa de tal o cual cuantía, con una pérdida de derechos que llegue hasta eso o aquello.
> Tal será aproximadamente la ley sobre los matrimonios; la ley doble sería la siguiente:
> Se habrá de contraer matrimonio luego de treinta años y antes de los treinta y cinco, considerando que la raza humana tiene, por don de la Naturaleza, una

(30) Ib., E2, 445, 450, 455.
(31) Platón, "Las Leyes" en Obras Completas, Aguilar, Madrid, 1986, 729 c.
(32) Ibid., 729 c.
(33) Ibid., 729 c.

> cierta parte de inmortalidad y que el ansia de conseguir ésta es así mismo connatural a todos los hombres y en todos sus aspectos. Pues la ambición de adquirir la fama y de restar en el anonimato luego de la muerte se reduce a aquel deseo. Y la raza humana tiene una afinidad natural con el conjunto del tiempo, al que ella acompaña y acompañará en toda la duración del mismo; gracias a esto se hace ella inmortal, dejando a los hijos de sus hijos, y de esta forma, por la permanencia de su unidad siempre idéntica, participa de la inmortalidad por medio de la generación. (34)

En Roma la literatura política es escasa. Ya se sabe que donde los griegos hacen filosofía; los romanos escriben derecho.

Polibio, en el libro sexto de las historias, preocupado por el gobierno mixto de Roma, como principio y secreto sin misterio de su permanencia política no reflexionó sobre la familia. Cicerón, por su parte, no tiene la necesidad de especular con la misma fantasía que narra el sueño de Escipión para explicarse la calidad política de la familia. Con holgura y facilidad recurre a la idea naturalista de Aristóteles; pero no renuncia a correr sus propios riesgos el observador romano conducirá al hombre desde la familia natural hasta la sociedad universal en el que pueden resolver la aporia de la libertad.

En cuanto al derecho, Bernardo Santa Lucía, recuerda que el viejo código rural de las XII Tablas, contenía disposiciones familiares de carácter civil y penal. Seguramente, en los primeros tiempos, los romanos tenían conciencia de que el punto de partida hacia el porvenir eran la pareja y la familia. (35)

El catálogo penalístico referido a la familia en sus parcelas de sexualidad y patrimonio es amplio en el derecho romano. Eran cuidadosos de los delitos de impureza sexual (incesto); ofensas al pudor de la mujer, la prostitución de los miembros de la familia, el matrimonio deshonroso, la bigamia, el rapto, la pederastia y el hurto entre esposos.

Teodoro Mommsen cuando se refiere a la tipología penal romana descubre un dato importantísimo para la modernidad jurídica en cuanto a la realidad, la teoría y la técnica penal: el matrimonio civil no guardaba la misma naturaleza que el matrimonio en materia penal. Esta idea, permite apreciar que los romanos deducían el mismo criterio

(34) Ibid., 729 c.
(35) Bernardo Santa Lucía, Derecho Penal Romano, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, 27, 28 y ss.

naturalista en materia penal que el que se sustenta actualmente. El derecho penal no puede resolver sus problemas con la teoría, los términos y los conceptos del derecho civil o de otros campos doctrinarios; sino que debe atenerse a sus propios valores lógicos de conocimiento:

> En el concepto romano del matrimonio se comprendía, para los efectos penales, no tan sólo la unión matrimonial verificada con arreglo al derecho (inustae nuptiae), ya fuese celebrada por romanos, ya por extranjeros, sino también toda forma de vida común matrimonial, siempre que tuviera carácter monogámico, y aún cuando no se hallara sancionada por el matrimonio legítimo. Y por matrimonio legítimo entendían los romanos el que tenía por base la comunión matrimonial (connubium) de ambos contrayentes, reconocida por el Estado, y que además producía efectos jurídicos, especialmente la transmisión del derecho personal del padre a los hijos engendrados dentro del matrimonio, de manera que si el padre era romano, sus hijos legítimos quedaban sometidos a su patria potestad. Pero era un acto punible el matrimonium iniustum, es decir, aquella unión sexual, análoga en todo el resto a la del matrimonio legítimo, verificada entre personas que no tenían connubium entre sí, y cuyos hijos, por consiguiente, seguían la condición de la madre. Tampoco eran castigadas por la ley de Augusto sobre el matrimonio aquellas uniones sexuales que, a pesar de la igualdad del derecho civil de los contrayentes, no producían los efectos jurídicos del matrimonio. (36)

La realidad, la política y la historia definieron a la familia griega y romana como un centro de imputaciones conceptuales. Su nobleza social se fincaba sobre la obscura región del sustrato que constituye la esclavitud.

Después, cuando el estado moderno nació como una obra de arte florentino en la plaza de la Signoria, el título documental que registra el nacimiento es el texto del secretario de la organización política: Nicolás Macquiavelo. El príncipe no tiene familia; sólo tiene amigos y súbditos y en la virtud que debe ejercer para conservar el poder con prudencia, astucia, crueldad, falsía y valor, no cuenta el grupo familiar, ni el amigo, ni el súbdito.

(36) Teodoro Mommse, Derecho Penal Romano. Editorial Temis. Bogotá, 1976, 434.

Al definir, en el curso de los acontecimientos, sus características como un aparato de poder territorial, monárquico, nacional, centralizador y soberano, Juan Bodino complementa el aparato de poder diseñado por Nicolás Macquiavelo y le da los contenidos éticos que el florentino no pudo darle.

En efecto, el angelino explicó que la república es el justo gobierno de varias familias, de lo que les es común, con poder soberano. Los dos profetas de la obediencia levantan con inteligencia los muros del absolutismo. El italiano a partir de los hombres de carne y hueso y el francés a partir del grupo familiar.

Bodino es descriptivo, minucioso, defensor de la familia; así pues, no extraña que para tutelarla levante picotas para su enemigos:

Posteriormente, cuando se define el poder absolutista, desde el miedo a la violencia hacia la paz constructiva; Tomás Hobbes construyó ante la mirada de todos ese mecanismo de relojería que es El Leviatán.

Cuando la sociedad decidió desprenderse del estado absolutista por el camino de la libertad y de la democracia, de nueva cuenta recurrió al origen nuclear: la familia. (37)

En el origen, en su estructura, naturaleza y funciones, se engendraba la esperanza: el tercer término del Estado.

(37) Así como la naturaleza obliga al padre a alimentar al hijo mientras que es incapaz, y a instruirlo en asuntos de honor y virtud, así también el hijo está obligado, y mucho más estrictamente, a amar, reverenciar, servir y alimentar al padre y a someterse a sus mandamientos obedientemente; a sufrir, ocultar y disimular todas sus enfermedades e imperfecciones, a no escatimar ni sus bienes ni su sangre por salvar y conservar la vida de aquél a quien él debe la suya... Juan Bodino, Los Seis Libros de la República, Aguilar S.A. Ediciones, 1973, 26.

El contratante social de Rousseau es solamente hijo de familia que no quiere irse de la casa. (38)

La ciencia política no puede renunciar a la familia como punto de partida para hacer proposiciones verificables como falsas o verdaderas. En este apartado, se leerá la historia de un niño:

> Un hombre acaba de nacer. Sus primeros años transcurren obscuramente entre los juegos o los trabajos de la infancia. Crece, la virilidad comienza, las puertas del mundo se abren en fin para recibirle y entra en contacto con sus semejantes. Se le estudia entonces por primera vez, y cree uno ver formarse en él el germen de los vicios y de las virtudes de la edad madura. Es esto, si no me engaño, un gran error. Volvamos hacia atrás; examinemos al niño en los brazos de su madre; veamos el mundo exterior reflejarse por primera vez en el espejo aún obscuro de su inteligencia; contemplemos los ejemplos que hieren su mirada; escuchemos las primeras palabras que despiertan en él las potencias formadas del pensamiento; asistamos en fin a las primeras luchas que tiene que sostener; y solamente entonces comprendemos de dónde vienen los prejuicios, los hábitos y las pasiones que van a dominar su vida. El hombre se encuentra, por decirlo así, entero en los pañales de su cuna. (39)

Alexis de Tocqueville, sobre esta imagen de carácter familiar levantó el sólido edificio de la democracia en América.

---

(38) De las Primeras Sociedades.- La sociedad más antigua y la sola que hay natural es la familia, y aún en está los hijos no están sugetos al Padre sino mientras tiene necesidad de él para su conservación. Tan presto como esta necesidad cesa, el lazo natural se disuelve. Los hijos exentos de la obediencia que deben al Padre, este libre de los cuidados que debe a sus hijos, ambos entran naturalmente en la independencia: si continúan unidos, no es natural sino voluntariamente, y esta familia no se mantiene en este estado sino por convención. Esta libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación: estos son los cuidados que se debe a si mismo, y tan pronto como llega a la edad de la razón, siendo el solo juez de los medios propios para conservarse, por esta misma causa árbitro y Señor de sí mismo. La familia es pues si se quiere la primera imagen de las sociedades políticas. El Gefe es la imagen del Padre, el pueblo es la de los hijos, y habiendo nacido todos iguales y libres, no pueden enajenar su libertad sino por su propia utilidad. Toda la diferencia consiste en que en la familia el amor que el Padre tiene a sus hijos, le compensa los cuidados que toma por ellos; y en el estado el placer de mandar suple al amor que el Gefe no tiene a sus Pueblos. J.:J. Rosseau, El contrato Social, Librería Hispano Francesa de Rosa, París, 1827, pág. 3, 4

(39) Alexis de Tocqueville, La Democracia en América, Fondo de Cultura Económica, México, 1984,. 53.

En fin, ninguna concepción política puede prescindir del sentido natural y civil de la familia. La consecuencia natural es la de establecer una tutela jurídica con mejor o peor inteligencia.

3.- El Castigo

El Derecho Penal se sabe a las puertas de la nueva centuria. Sin buena fortuna en algunos casos, se dirige hacia el siglo XXI. La doctrina ha planteado su pregunta capital ¿Qué caminos ha de recorrer la teoría general del delito del futuro? La respuesta que equivale a continuar la marcha, tiene punto de partida: el finalismo; y un protagonista como intérprete: el juez. Si sigue la ruta de Schmidhausser, al juzgador, le corresponde entender que el fin de la pena se ve únicamente en la prevención general; y que se propone para él "un ámbito de libertad mediante la distinción de tipo literal y tipo de interpretación, lo que supone el abandono del sentido literal posible como frontera de la interpretación permitida. Si los pasos se dan por la ruta de Roxin, entonces deberá entenderse que " los elementos del concepto de delito, han de hacerse corresponder a las finalidades político-criminales. Según ello, el tipo responde al leit motiv de la certeza de la ley; en las causas de justificación se persigue la solución de conflictos según un número ilimitado de principios ordenadores materiales y la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal, desde el punto de vista de los fines. "Al tener esta visión del mañana, como parte fundamental de la respuesta, los tratadistas saben, que toda la teoría futura del delito, es un proyecto perecedero". (40)

Si de acuerdo con la teoría de la acción social la teoría del delito es el estudio de las condiciones de la punibilidad y en nuestros días, por otra parte, el Estado ha decidido desandar su camino para convertirse en un Estado modesto, ágil, eficaz y controlador; entonces estamos ante un aparato de poder que tiende, por definición y aunque se afirme lo contrario, más al autoritarismo que a la libertad.

Entonces, resulta conveniente, tal y como lo viene haciendo la doctrina cuestionar una y otra vez por qué y para qué castigamos. Claro que este problema social y político del hombre se lo ha planteado desde todos los campos filosóficos. Se ha querido resolver el problema leyendo a Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Kant, Rousseau, Hegel y Bradley por referir alguno.

(40) Véase Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares-Granada, 1993, 193 y ss.

Se ha creído en el castigo desproporcionado o en el dulcificado. Se ha tratado de legitimarlo filosófica, política y jurídicamente; pero no se acaba por encontrar el rumbo. Actualmente, por lo menos, los campos se han definido entre los retribucionistas y los utilitaristas; ya no se confía tanto en las alturas del conocimiento como en la tierra firme de la experiencia humana.

> Un hombre llamado Chaong An-ching, ayudado por su esposa Chaong Wong-shee, vapuleó a su madre. En estas circunstancias siendo informado Tungschee, en cuyo reino fue perpetrado el delito, se decretó una orden imperial para hacer que los delincuentes fueran desollados vivos, sus cuerpos fueran arrojados a un horno y sus huesos, sacados de entre las cenizas y reducidos a polvo, fueran esparcidos a los vientos. La orden más tarde fue dirigida más lejos: Que la cabeza del clan, al que pertenecían los dos culpables, debiera de ser ejecutada por estrangulamiento; que los vecinos, que vivían a ambas manos de los culpables fueran azotados, por su silencio y no interferencia, con ochenta latigazos cada uno y enviados al destierro; que la cabeza o representante de los graduados del primer grado, entre los que estaba encuadrado el culpable varón, debía recibir una flagelación de ochenta azotes y ser desterrado a un lugar a mil li de distancia de su hogar; que el tío-abuelo del culpable varón debía ser decapitado; que su tío y sus dos hermanos mayores debían ser ajusticiados por estrangulación; que el prefecto y el gobernante del distrito en el que residían los culpables debían ser privados por un tiempo de su rango; que en la cara de la madre de la mujer culpable debían ser tatuados cuatro caracteres chinos que expresasen la negligencia de su deber frente a su hija y que fuera desterrada a una provincia, la séptima en cuanto a la distancia de aquella en la que había nacido; que al padre de la mujer culpable, un bachiller en Artes, no se le debía permitir tomar ningún grado literario más alto, debería recibir la flagelación de ochenta azotes; que la madre del acusado varón debía de ser testigo del desollamiento de su hijo, pero debía permitírsele recibir diariamente para su manutención una medida de arroz del tesoro provincial; que el hijo de los culpables (un niño) debía ser puesto bajo la tutela del gobernador del distrito y recibir otro nombre; y, por último, que las tierras de los culpables debían permanecer durante un tiempo en barbecho. (41)

(41) John Henry Gray, China: A History of The Laws, Maners and Customs of the People, London, 1878, citado por Huntington Caerns. "Platón como Jurista" en Paul Friendlander, Platón, Verdad del Ser y Realidad de la Vida, Tecnos, Madrid, 1989, n. 18 al cap. XVI; 353.

Parece otra historia imaginada por Italo Calvino, Pero no lo es. La fantasía no ha sido la constructora de estos hechos. La realidad es la verdadera responsable. En este caso, la minuciosa crueldad del castigo, como un sufrimiento compartido por la comunidad, tiene efluvios platónicos. Creer que en la virtud y la educación descansan los principios del derecho punitivo es mirar un espejismo -que es siempre un engaño de la luz.

Mirar al futuro no significa perder la memoria. Sin embargo, tampoco significa anclar el pensamiento o la vida del hombre en el pasado. Pero, la marcha al porvenir de ninguna manera implica la renuncia a la historia sino su confirmación.

Es cierto que el derecho penal ha llegado a una etapa en la que sólo puede construir para los tiempos venideros. Solamente que la obra es el resultado de un quehacer constante en el campo científico penal.

En cuanto al castigo, Kant asegura que: "... es el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito como consecuencia de su transgresión de la ley." (42)

Al sentido retributivo de la definición kantiana le sigue la consideración del respeto a la dignidad del hombre y, entonces, redacta el segundo imperativo categórico:

> Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio. (43)

Por este camino de la concepción ética y retribucionista del castigo se va a la crítica de las instituciones penales de la antigüedad, incluso la más reciente, por su sentido utilitario.

Quien reflexiona sobre estos temas no puede olvidar las líneas magistrales del capítulo V del Contrato Social sobre el derecho de vida y muerte. En ellas, Juan Jacobo Rousseau establece como contenido del pacto político la teoría del riesgo social que importa al castigo penal:

> El tratado social tiene por fin la conservación de los contractantes. El que quiere el fin, quiere también los medios; y estos son inseparables de

(42) Citado por Jerónimo Betegón, La Justificación del Castigo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 20.
(43) Ibid., 22.

> algunos riesgos y aún de algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de otros, debe también darla por ellos cuando sea preciso.(44)

Hegel en la misma línea retribucionista explica que entre la pena y el delito debe existir el principio proporcional de la equivalencia. (45)

Así pues, la conclusión es que la pena extingue con el mismo valor la infracción penal.

Quienes están en el otro campo consideran que los retribucionistas no han tomado en cuenta el verdadero impacto de la relación delito-daño-pena.

Lo anterior, porque para castigar siempre hay un ofensor; su culpabilidad moral es supuesto del castigo justificado; y aunque están de acuerdo en la proporcionalidad entre ofensa y castigo, el contenido utilitario de la pena por el efecto de la justificación tiene como único destinatario al ofensor; ya que éste es quien ha traído sobre sí la acción estatal del castigo.

En resumen, los utilitaristas justifican el castigo penal con la idea de los efectos beneficiosos que se pueden obtener para la comunidad. En cambio, los retribucionistas piensan que el castigo se le puede infligir un castigo porque moralmente está justificado el castigo si lo merece; y lo merece cuando es culpable de haber cometido una ofensa.

Por otra parte, el derecho penal de nuestro tiempo, fincadas sus esperanzas metódicas sobre la teoría de la acción penal, más que destruir el pensamiento de las escuelas que le precedieron, no importa cómo se llamen clásica, positiva, intermedia o tercera escuela, pretende jalonearlas para avanzar sin incurrir en las prácticas asfixiantes de la dogmática penal.

Es cierto que la idea filosófica del castigo desciende a la observación jurídica en la obra de Francesco Carrara, de César Lombroso y Enrico Ferri, Franz Von Lizt, de Pedro Dorado Montero y Luis Jiménez de Asúa, por citar a los líderes. Pero, las nuevas concepciones metódicas empiezan por asignar a cada etapa del pensamiento penal el sitio que le corresponde. Todos ellos forman parte fundamental, viva y agitada de la moderna teoría del delito.

(44) Op. cit., 52.
(45) Véase Jerónimo Betegón. op. cit., 62 y ss.

Es decir, la familia como un hecho natural nuclear a la que le atribuimos un valor cultural y, por tanto, la convertimos por efectos de la tutela legal en un bien jurídico -en nuestro caso el manto protector es constitucional, administrativo, civil y penal- en el caso específico de la materia punitiva son dos las proposiciones que surgen de la experiencia humana:

El castigo a los ataques que resiente debe obedecer a un criterio retribucionista.

En el campo de la teoría del delito, la conducta humana; la elaboración de los tipos; el juicio de subsunción del hecho con la norma típica; la valoración objetiva que importa a la antijuricidad; el juicio de reproche que es el contenido de la culpabilidad y la conminación de la pena deben cumplir con las nuevas proposiciones de la teoría de la acción social.

Sin ejercicios gimnásticos, la teoría moderna del delito no prescinde del sentido filosófico y lógico de la relación causal entre la conducta y el resultado; pero tampoco encierra en límites dogmáticos las proposiciones científicas sobre el delito y la pena. Así, tal vez la mejor virtud de las consecuencias de su quehacer metódico es que el hecho penal se contrasta no con elaboraciones formales, sino con los comportamientos propios, normales y humanos de la sociedad.

De esta manera, es claro que las concepciones anteriores están desprendidas de la realidad. Lo más grave de este anacronismo es que la valoración abstracta que se concreta en la norma penal (tipo) cumple con esos criterios y que se priva de la libertad y se castiga sin que este quehacer judicial esté comprometido con el verdadero ser de la sociedad. Por ello, una justicia carcelaria da la impresión de servir con mejor eficiencia y eficacia a los órganos estatales que a los hombres que son protagonistas del hecho penal.

En el curso de la vida histórica de la teoría del delito a partir de Carrara ha sido una preocupación constante la naturaleza de la acción, como conducta humana, que es relevante para el derecho penal. A partir de ella, el análisis dogmático circula por las vías que le permiten el tipo y la tipicidad o bien la objetividad que nace de considerar el orden jurídico general integrado por las normas de cultura y la ley positiva; en años recientes, merced a la aparición de la teoría normativa de la culpabilidad, las referencias metódicas se centraron sobre el juicio de reproche. El causalismo, la teoría jurídica del delito y el finalismo siempre acabaron encontrando las puertas cerradas por los límites que el estudio mismo proponía. Claro, en este sentido la teoría de la acción finalista tuvo mejor suerte; porque como se sabe, el método penal ya no podrá prescindir del concepto

de la acción vidente que supera con mucho la concepción de la causalidad ciega y mecanicista de los primeros tiempos.

La teoría de la acción social entiende que la acción humana no es única y exclusivamente un curso causal producido por la voluntad sino que, esencialmente, su vivencia de la finalidad, que se explica como la capacidad del hombre para preveer las consecuencias de su intervención en esa cadena causal y que mediante una operación de cálculo dirige esa conducta hacia el resultado que se desea.

Por ello, la acción finalista propone tres fases a este respecto:

El adelantamiento mental de la meta;
La elección de los medios; y,
La realización de la voluntad de la acción en el mundo del acaecer real. (46)

Así, la conducta confirma su carácter ontológico. Categoría imprescindible para el legislador y para el juzgador. Entendido de esta manera, el hombre tiene un papel definido ante la naturaleza, ya sea que su comportamiento sea activo u omisivo. Al fijarle una posición frente a la naturaleza, entonces, tiene otra en la sociedad. Sus conductas cotidianas ya no se darán más en un vacío rodeado de formalismos sino con los contenidos que son propios de esa vida diaria. Entonces, importan el derecho, la moral, las buenas costumbres, la experiencia e, incluso, el pasado y el futuro.

Ante la familia, como hecho natural y bien cultural, por tanto jurídico, el hombre tiene un sitio. Y si la síntesis conceptual que postula la teoría de la acción social es "la relación del comportamiento humano con el mundo circundante"; es decir, la acción es un comportamiento socialmente relevante, se trata entonces de conocer las conductas activas y omisivas que puede llevar a cabo una persona en contra de la estructura familiar.

Como se ubique sistemáticamente la norma no es un acierto o un desacierto de la autoridad legislativa. Sino el resultado normal del quehacer social.

Algún autor del siglo de las luces dice que las buenas leyes no son las que se hacen con sabiduría; sino aquellas que la sociedad puede cumplir cabalmente.

(46) Véase, Jescheck, op, cit., 199 y 200.

En este orden de ideas. la familia es y puede ser lo que la sociedad quiere. Y no será nunca lo que la autoridad quiera imponer o castigar.

La sexualidad y la fuerza expresada como violencia están ya previstas en los sentimientos de la sociedad y en la materialidad de las normas sin necesidad de precisiones excesivas y que por sobradas son inútiles.

Quede claro: no se aboga por la impunidad ni se defiende el ataque grave. De lo que se trata es de adecuar naturaleza y norma, mediante un trabajo científico, a los comportamientos sociales; sobre todo porque en materia penal no está solamente en juego el castigo, también está la libertad.

Tampoco se crea que estamos utilizando un lenguaje novedoso. El finalismo es una experiencia metódica que se dio en la tercera década del siglo y la teoría de la acción social son el resultado de la crisis profunda de la sociedad durante y después de la Segunda Guerra Mundial. Todavía más, en la década de los años sesentas se pretendió clarificar las notas distintivas de los comportamientos sexuales violentos con repercusiones privadas o públicas para determinar que hecho merece o no caracterizarse como delito.

Ulrich Klug, profesor de la Universidad de Colonia dijo:

> Si extraemos las consecuencias de todo lo dicho, tendremos que la regulación del Derecho penal sexual debe de quedar limitada a aquellos casos extremos que sin duda de ninguna clase merecen ser punidos. Cuando existan dudas sobre si está justificada la punibilidad, deberá prescindirse, en base a la presunción a favor de la libertad (esto es; en base a la máxima: (in dubio pro libertate), de una intervención legal. En esa situación de indecisión hay que exigir del legislador, por consiguiente, el coraje de la abstención. (47)

En esta virtud, debe ser claro que el derecho penal tendrá que referirse a las conductas que son absolutamente graves que, como toda obra humana, es inacabado. Que logrará los resultados que pretenden con vida cotidiana y tiempo. la sexualidad y la violencia son fenómenos que nunca se le han escapado al derecho y que puede resolver. Es evidente que van apareciendo otros de importancia vital: la inseminación artificial y

(47) Ulrich Klug, "Problemas de Filosofía del Derecho y de Política Jurídica en el Derecho Penal Sexual", en Sexualidad y Crimen, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, 1969, 38.

el síndrome de inmuno deficiencia adquirida. Y estos fenómenos no obstante su reciente aparición eran ya preocupación de los juristas e incluso se tenían previsiones de carácter penal para el caso concreto del contagio.

Las reacciones emotivas del pueblo nunca son un buen punto de partida para modificar la ley: toda reforma siempre es el producto de los temores recientes.

Crear y modificar tipos no nos hace más sabios ni mejores. Sobre todo cuando tenemos una teoría del delito que ya escapa al dogmatismo y que con el desarrollo de la teoría de la acción social se tiene siempre la oportunidad de contrastar los comportamientos humanos con sus circunstancias cotidianas y sociales.

4.- La Familia y el Derecho Penal.

La Parte Especial del derecho penal se refiere, en primer lugar, al estudio de los delitos en particular. Actualmente, en cuanto a los tipos penales -que algunos llaman en forma altisonante derecho penal familiar-, existen dos lineamientos; los cuales están puestos en práctica, incluso, en nuestro medio.

Efectivamente, hay quienes consideran que las conductas ilícitas que afectan los bienes personales, familiares y sociales de la familia no deben dar lugar a la formación de un catálogo específico tipológico; sino que es suficiente la composición tradicional que se opera con los rubros de la teoría general del delito. Otros, creen firmemente en que un catálogo de tipos le dará mayor eficacia a la tutela en relación con los bienes que son importantes para la familia.

En nuestro país, el código del Distrito Federal se adhiere a la primera idea. En cambio, el código del Estado de Guanajuato contiene una serie de tipos penales bajo el rubro "delitos contra el orden familiar." (48)

(48) Código Penal del Estado de Guanajuato. Delitos contra la familia. Título Primero. Delitos contra el orden familiar. Artículo 196. (Delitos de incumplimiento de obligaciones de asistencia familiar). Al que injustificadamente deje de satisfacer obligaciones alimentarias, no suministrando a otro los recursos necesarios para que subsista, se le aplicará prisión de seis meses a tres años y de tres a treinta días de multa. Este delito sólo se perseguirá por querella. Delitos contra la filiación y el estado civil. Artículo 197. (Delitos contra la filiación y el estado civil). Se impondrá prisión de seis meses a seis años y cinco a treinta días de multa, al que, con el fin de alterar la filiación o el estado civil: I. Inscriba o haga inscribir a una persona con una

Con independencia de que el surgimiento de los dos criterios constituye realmente una diferencia menor y sin desconocer que muchos países del mundo han optado por ordenar como una unidad tutelar sus disposiciones punitivas relacionadas con la vida familiar y que otras se conforman con organizar sus figuras típicas de acuerdo con la escala valorativa que surge del criterio del legislador, si es importante establecer que a la norma penal le preceden los hechos sociales.

En este orden de ideas es necesario clarificar lo que la sociedad y la autoridad entienden por familia, sexualidad y violencia. Hechos y temas entrelazados íntimamente en la construcción del sistema jurídico mexicano.

En México, la calificación jurídica del grupo familiar tiene una historia prolongada. Que, contrario a lo que pudiera pensarse, sus nociones, conceptos e instituciones surgieron en el campo privatístico y se fueron desarrollando hacia el derecho público; abandonando, prácticamente, su origen privado. De tal suerte que una de las últimas normas ha sido la constitucional. Hoy, en día, hay quien predica que la familia ya no es más una institución de carácter civil sino administrativa.

---

filiación que no le corresponda; II. Omita la inscripción de un hijo suyo con propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación o declare falsamente su fallecimiento en el acta respectiva; III. Mediante ocultación, sustitución o exposición de un recién nacido, pretenda liberarse de las obligaciones derivadas de la paternidad o maternidad desconociendo o tornando incierta la relación de filiación, y IV. Usurpe el estado civil o la filiación de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden. Bigamia. Artículo 198. (Delito de bigamia). Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de cinco a treinta días multa, al que estando unido en legal matrimonio, contraiga otro. Incesto. Artículo 199. (Delito de incesto). Se impondrá la pena de uno a cuatro años de prisión y de veinticinco a cien días multa, a los ascendientes consanguíneos, afines en primer grado o civiles que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de un mes a cuatro años de prisión y de diez a setenta y cinco días multa. Se aplicará esta última sanción en caso de incesto entre hermanos. Artículo 199-bis. (Delito de tráfico de menores). Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque esta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará de dos a nueve años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa. La misma pena se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor. Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable a quien lo entregue será de uno a tres años de prisión y de treinta a cien días multa. Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá, hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior. Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial,. la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquel. Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de estos, cometan el delito a que se refiere el presente artículo.

Para los efectos de estas líneas, es necesario establecer en este momento que la noción de familia que aporta el derecho civil no es la misma que funciona en el campo del derecho penal.

La familia como comunidad natural, política y jurídica en la cual la sociedad deposita su confianza para que, a partir de ella, los hombres procuren la realización de valores, no está a discusión. Dicho con sencillez: por definición, la familia es un bien jurídico.

La norma positiva tiene una historia reciente. El discurso es coherente. Su buena calidad jurídica ha sido complementada jurisdiccionalmente. Lo cierto es que la realidad y la norma han sido buena materia prima para que, sin dificultades, el tribunal complemente la labor legislativa.

Legislativamente hay cuatro momentos fundamentales y eslabonados entre sí. La ley del 23 de julio de 1859, referida al matrimonio civil, fue un avance a la modernidad. Sus disposiciones normativas y sus motivaciones fueron muy claras. Con un buen criterio, recogía la tradición romano-hispánica y con la clarividencia de los mexicanos del siglo XIX buscaba nuevos derroteros para la vida individual y familiar. La ley hablaba del adulterio como causa de divorcio, del amancebamiento, del divorcio temporal, de la edad para contraer matrimonio; de los juicios matrimoniales; del matrimonio; de la minoría de edad; y en la formalidad de sus disposiciones el estudioso encuentra los criterios jurídicos sobre sexualidad y violencia.

El legislador daba por descontado muchos contenidos ético-familiares. En cambio, mostraba una preocupación seria y profunda sobre la vida sexual:

> Art. 1o. El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece esta Ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio.
>
> Art. 2o. Los que contraigan matrimonio de la manera que expresa el artículo anterior, gozan todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.
>
> Art. 3o. El matrimonio civil no puede celebrarse más que por un sólo hombre y una sola mujer. La bigamia y la poligamia continúan prohibidas y sujetas a las mismas penas que les tienen señaladas las leyes vigentes.

El código familiar de la Reforma pretendió una vida familiar en la paz y en la salud. Por ello, se sustentaba, de acuerdo con la época, en una sólida consideración de la sexualidad. Sus opiniones recogieron la experiencia española y su cultura sexual con destino a la elaboración legislativa obedecía a las orientaciones del derecho civil positivo y de las doctrinas de los teólogos y los canonistas. (49)

(49) Cópula Carnal Sodomitica: Pederastia sus penas. En la Disput. 18 escribe: que siempre que se consuma o se intenta consumar la cópula en vaso diverso del natural, hay sodomia manifiesta y pecado contra natura; porque tal cópula es contraria al fin del matrimonio, que como queda dicho es la generación de prole; debiendo considerase como reo así el hombre como la mujer. Sobre esta especie de sodomia sobre la que se comete mujer con mujer, [llamada sodomia imperfecta], sobre bestialidad, onanismo, etc., y si son o no causales para el divorcio, véase adelante la nota 10. en la parte relativa a violación de la fe conyugal por esos delitos.- El Maestro Antonio Gómez en el núm. 33 del comentario a la Ley 80 de Toro, dice: "Si vir habet accessum ad uxorem propiam, vel ad aliam quamlibet mulierem per VAS EXTERIUR contra naturam, ambo puniuntur pana mortis; y agrega: Que presenció en el Pueblo de Talavera de España la aplicación de esa pena en un bigamo acusado por su mujer de que usando de la fuerza la había usado per VAS EXTERIUR motivo por el cual el culpable fue quemado, combustus et conere matus; y concluye con estas palabras: idem est, si famina haberet accessum cumviro tamquam agens, puta si ipsa ascendit supra virum ..."; pero esto último no es verdad, supuesto que no puede decirse que hubo sodomia, supuesto que se ha hecho uso de los órganos destinados para el coito, y supuesto que aún en el foro interno, según hemos visto que enseña Sánchez con el común de los teólogos y Canonistas, por el simple hecho de cambiar o convertir los papeles del incubo y súcuba, sólo se incurre en pecado venial, en razón a que no por eso se impide la generación.- Por lo que respecta al acceso o concúbito por vaso indebido entre personas de un mismo sexo, sea del femenino o del masculino, que es lo que generalmente se llama sodomia, sin duda que es un crimen horroroso penable, sobre el cual algo he dicho en el tomo 1. de esta obra pagina 161 y siguientes en donde cité las doctrinas de Barvevo y Barreda sobre acceso de hembra con hembra; pareciéndome aquí oportuno para complemento de la materia, tratar de la Pederastiam de la que especialmente se ocuparon las antiguas Leyes españolas.- Según ellas bajo la denominación de pecado o delito nefando, o contra natura, se comprenden la sodomia o Pederastia y la bestialidad de los que tratan en un mismo título así las Partidas como la Recopilación; pero aunque en el lenguaje común sea con efecto lo mismo pederastia o sodomia, que crimen contra natura o delito nefando, entendiéndose por tal el concubito de hombre con hombre, de mujer con mujer, o de hombre con mujer, sirviéndose de vaso no destinado para la generación; ni aún en el mismo lenguaje se confunde con tales crímenes el de la bestialidad, por el que se entiende el acceso de un hombre o de una mujer con una bestia. La legislación española no reconoce propiamente como sodomia o Pederastia, sino el concúbito de hombre con hombre, puesto que siempre que habla de tal delito, solo hace mención de los hombres, como lo acredita el Proemio del tit. 21 P. 7. que empieza así: Sodomitico dicen al pecado en que caen los homes yaziendo unos con otros contra natura e costumbre natural. Conforme a las Leyes 5 y 6, tit, 5, lib. 3 del Fuero Juzgo ambos cómplices pederastas debían ser castradas y entregados al Obispo para que los pusiera en cárceles separadas en donde hicieran penitencia, aplicándose sus bienes a sus legítimos hijos, si aquellos eran casados y pudiendo casarse sus mujeres con quienes quisiesen -La Ley 2, tit. 9, lib. 4 del Fuero Real mandó que la castradura fuese pública: que al tercer día de ella fuesen los culpables colgados de las piernas, hasta que muriesen, y que nunca se les quitara del patíbulo -La Ley 2, tit, 21, P. 7 prescribe simplemente la pena capital para los que fiziessen pecado contra natura, lo mismo que contra el ome o la mujer que yoguiere con bestia; declarando que no incurren en pena el que por fuerza es obligado y el menor de catorce años; porque los que son forzados, non son en culpa, otro osi los menores no entienden que es tan gran yerro, como es aquel que fazen.- sobre esta última declaración puede citarse la Ley 9, tit. 1. P. 7. que dice: "Mozo menor de catorce años, non puede ser acusado de ningún yerro quel pusiessen que hubiesse fecho en razón de lujuria, cá si trabajasse de

Aparejada a la idea civilista de la familia, el derecho penal también propuso sus criterios. El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1872 reunió las figuras típicas contra el estado civil de las personas; contra la moral pública y las buenas costumbres; atentados contra el pudor, estupro, violación; corrupción de menores; rapto, adulterio, bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales; bajo el rubro Delitos contra el Orden de las Familias, la Moral Pública o las Buenas Costumbres.

---

fazer tal yerro como este, non deve ome asmar que lo podría cumplir. E si por aventura accasciesseque lo cumpliesse, non habrá entendimiento cumplido para entender, nin saber lo que fazía. E porende non deve ser acusado, nin le deven dar pena porende" -Véase sin embargo la nota 7. sobre el desarrollo prematuro de la naturaleza y la discreción comprendido en la frase malitia suplet atatem. -Por fin, la Ley 1. tit. 21, lib. 8, R., C. o 1. tit. 30, lib. 12, Nov. Recop. manda: que los dichos infames reos mueran quemados por las llamas, como se cuenta que por igual delito murieron de igual modo los habitantes de Sodoma y Gomorra, y que se les confisquen todos sus bienes, aunque el delito no se hubiese consumado, con tal que no hubiese quedado por los reos el consumarle. -En la práctica, todavía durante los últimos tiempos de la dominación española, en México, se seguía, lo acostumbrado en España, que era dar garrote al reo para que no muriese desesperado en las llamas, quemarlo luego en la hoguera, y esparcir sus cenizas; pero hoy que la Constitución de 5 de febrero de 1857 no tolera la pena de muerte, sino en los delitos que menciona, entre los que no numera la sodomía; y que además ha abolido las penas de vergüenza pública o infamia, mutilación, confiscación de bienes y demás inusitadas; la pena del hombre pederasta deberá ser la del presidio, la de la mujer que condesciende en que se la use per VAS PREPOSTERUM, o que conoce sodomiticamente a otra mujer, la de reclusión por más o menos tiempo según las circunstancias, en uso de la facultad o arbitrio que concede a los jueces la Ley 8. tit. P. 7; y la del marido que por violencia usa por el mismo vaso, prohibido o por otro no lícito a su consorte, si ella se queja, la misma pena de reclusión o de trabajos forzados según la mayor o menor deformidad del delito y demás particulares atendibles, quedando además a la mujer expedita la acción para solicitar su separación de tan miserable marido; sobre lo que puede versa la nota 10. en la parte relativa a violación de la fidelidad por sodomía o bestialidad, etc. -En la misma nota puede verse lo relativo al rapto de niños para abusar torpemente de ellos, y la pena del lenon o alcahuete para el pecado nefando. Edad y discreción necesarias para el matrimonio. Anticipación de la potencia generativa y de la razón que habilita para el consorcio carnal. (7) Ya en la nota anterior se han citado disposiciones españolas y canónicas concordantes de este artículo. Por lo que hace a la anticipación de la naturaleza, que expresan los autores con la frase malitia suplat atatem, el Jesuita Tomás Sánchez [lib. 7, disp. 104] dice: que no faltan escritores que entienden por tal suplemento sola la prematura potencia de engendrar, juzgando que con sólo que haya esta capacidad en cualquier edad por temprana que sea, puede contraerse válidamente el matrimonio, citando en apoyo de esta opinión el capítulo de illis, 2 de despons. impub., en donde después de declararse que la malicia suple la edad, explicando esta declaración se dice que sucede tal cosa, cuando los niños o impuberos pueden unirse en cópula carnal, cuya decisión se corrobora con el capítulo de Puberes del mismo título, en cuya letra se lee: "Es cierto que de estimarse como impubero al que por el hábito o aspecto del cuerpo manifiesta la pubertad y puede ya engendrar;" pero que a pesar de tales fundamentos, es más aceptable el sentir de los autores que sostienen que por malitia supletoria de la edad para el matrimonio, debe entenderse la potencia para la cópula, y además la prudencia o discreción necesaria para poder comprehender la virtud o fuerza obligatoria del matrimonial, porque siendo este un negocio el más grave y de por vida, exige mayor discreción que la que es común tener en una edad temprana, bastando por esto la sola razón natural para persuadir de que no basta la simple anticipación de la facultad de engendrar, si no está asociada con el juicio o prudencia indispensable para

Este criterio se sostuvo en la codificación de finales de siglo. Poco después, cuando concluyen las estructuras sociales, políticas, filosóficas e ideológicas del porfirismo, en el centro de la lucha revolucionaria de principios de siglo; quienes propugnaban por la legalidad como necesidad histórica y social, emitieron un criterio sobre la composición, funcionalidad y axiología familiar.

Las disposiciones preconstitucionales en materia familiar que promulgó Venustiano Carranza han sido vistas desde el campo judicial en los siguientes términos:

---

estimar la importancia del contrato que se va a celebrar y cuáles son sus graves consecuencias. Esta opinión, que sin duda es la más acertada, tiene por apoyo el capítulo final De desponsat. impuber, en donde a la expresada malitia se le llama prudentia; y al capítulo continebatur del mismo título, en donde para que el matrimonio valga, el texto se fija o toma en consideración la cópula habida entre las personas próximas a la pubertad, y de ningún modo tendría presente esa proximidad como suficiente, habiendo coito, si no fuera porque según la común opinión, en los individuos próximos a la pubertad, se presume la discreción necesaria para el matrimonio. Insisto en creer la mas segura la opinión anterior, por las consideraciones de que el matrimonio es un contrato civil, y conforme a las leyes 4 y 5, tit. 11, P. 5; 17 tit. 16; y 2, tit. 19, P. 6. con sus glosas de Gregorio López; al menor durante su infancia se le considera incapaz de consentimiento no pudiendo obligarse a otro en ninguna manera por contrato, intervenga o no la autoridad de su tutor, y no pudiendo tampoco el otro contrayente quedar obligado al infante aunque el contrato ceda en utilidad de éste. Si habiendo salido de la infancia hizo algún contrato, queda obligado a cumplirlo si lo autorizó el autor, aunque si padeció lesión podrá valerse en beneficio de restitución por entero. Si contrató sin autoridad del tutor, el contrato es válido sólo en el caso de que le sea útil, y nulo en el caso de que le sea nocivo, aunque se halle próximo a la pubertad. Aún habiendo salido de la edad pupilar, esto es, siendo mayor de catorce años, goza de las mismas ventajas que el pupilo, cuando teniendo curador, contrae sin su licencia, pues es nulo ipso jure el contrato que cede en su perjuicio; y aún en el caso de no tener curador, si contrató, es verdad que queda obligado; pero si ha padecido lesión, puede usar el citado beneficio de restitución por entero. Si, pues, por falta de discreción cumplida de tal modo se ha limitado y resguardado al menor en contratos de menos trascendencias que el matrimonio; y si por regla general en los contratos el menor aún de veinticinco años en materia civil y para el efecto de evitar su daño, queda excusado con la ignorancia del derecho, según declaran las leyes 29 y 31. tit. 14, P. 5. y la 9, tit. 19, P. 6 ¿por qué se deberá conceder mayor libertad con probable perjuicio al menor de catorce o doce años, para que se obligue durante la vida, sin contar siquiera con la capacidad necesaria para saber a que se obliga? Acaba de confirmar el sentir expuesto, la ley 6, tit. 2, P. 4, cuyas palabras son: "Casar pueden todos aquellos que HAN ENTENDIMIENTO SANO PARAS CONSENTIR EL MATRIMONIO ..."esto es, el juicio cumplido para poder comprehender cuales son las cargas prerogativas que emanan del contrato que celebran. Escriche, anotando a Jeremías Bentham, en la parte 2. de sus trat. de leg. cap. 5 sec. 4. dice: "Jamas debía ser permitido casarse antes de aquella edad en que el individuo puede conocer el valor del contrato y entrar en la administración de sus bienes, porque seria un absurdo que pudiese un hombre disponer de si mismo para siempre, cuando no le es permitido enajenar un prado en cien reales de vellon. El derecho francés, que es reputado mas racional pide diez y ocho años cumplidos en el hombre y quince en la mujer, pues vale más retardar que precipitar los matrimonios." Por fin, no obsta a la exigencia de la predicha discreción el que los esponsales antes contraidos de los siete años se consideren válidos con tal que haya costumbre sobre este punto, según enseñan los canonistas; porque tales esposales llegada la pubertad, como después veremos, se rompen por solo que no quiera ratificarlos el púber, y por lo mismo, no pudiendo resultar de ellos grave perjuicio, no requieren tanta discreción, cuanta es necesaria para contraer un vinculo perpetuo. Blas José Gutiérrez, Leyes de la Reforma, Tomo II, Parte III Miguel Zornoza Impresor, México, 1870, 19 y ss.

En el Decreto del 29 de diciembre de 1914, dado en Veracruz por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, se reformó la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de diciembre de 1864, Reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre del año anterior. En la citada fracción se establecía.

"El matrimonio civil no se disolverá más que por la muerte de uno de los cónyuges; pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que serán determinadas por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona".

Pero en el Decreto de Venustiano Carranza se dio esta forma a dicha fracción:

"El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible e indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal".

En el citado Decreto publicado el 2 de enero de 1915 en "El Constitucionalista" del Estado de Veracruz, se facultaba a los Gobernadores de los Estados para hacer las modificaciones correspondientes en los respectivos Códigos Civiles. Entre los considerandos que sirvieron de prólogo al propio Decreto, que son las rationes legis, se dijo:

"Que el matrimonio tiene como objetos esenciales la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida; que en esa virtud se contrae siempre en concepto de unión definitiva pues los cónyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realización de sus altos ideales; pero desgraciadamente no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraído el matrimonio y por excepcionales que puedan ser estos casos la ley debe justamente tender a remediarlos, relevando a los cónyuges de la obligación de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas ... Que además es un hecho fuera de toda duda que en las clases medias de México, la mujer, debido a las condiciones especiales de educación y costumbres de dichas clases, está incapacitada para la lucha económica por la vida, de donde resulta que la mujer cuyo matrimonio llega a ser un fracaso se convierte en una víctima del marido, y se encuentra en una condición de esclavitud de la cual es imposible salir si la ley no la emancipa desvinculándola del marido;... Que si bien la aceptación del divorcio

que disuelve el vínculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en la sociedad; por lo cual es preciso reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación".

En la Ley sobre Relaciones Familiares del 12 de abril de 1917 se hizo referencia a los considerandos del primero de dichos Decretos, diciendo que a ellos sólo tendrían que añadirse algunas prevenciones. Y en la exposición de motivos del Código Civil de 1928, si bien se dan facilidades para el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, cuando no ha habido hijos, se establece en términos generales que existe interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente. (50)

Después, sobre la tesis esplendorosa del hombre social como un ser superior, los legisladores mexicanos inspirados por León Duguit construyeron un derecho privado socializante e igualador. Con esa orientación, borraron para siempre "la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se declararon sagrados los derechos de los hijos; se reconoció con todas sus consecuencias el matrimonio por comportamiento; y se equiparó en cuanto fue posible las causas del divorcio en lo que se refieren al hombre y a la mujer.

Evidentemente, las normas concretas contienen la ética de su tiempo. Como institución pacífica propugna por la salud sexual y se quiere apartar de la violencia.

Es importante establecer que el último Código Civil del Estado de Guanajuato tiene numerosas disposiciones que son idénticas a las del Código Civil del Distrito Federal de 1928.

Así pues, en cuanto a la sexualidad el Código de esta entidad federativa hace proposiciones con las opiniones que se sustentaban en la segunda década del siglo.

Equiparadas de esta manera, resulta claro que los criterios valorativos de la Suprema Corte de Justicia son aplicables a uno y otro ordenamiento jurídico. Aquí, es conveniente destacar que el discurso familiar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se

(50) Tesis 896. Civil Tercera Sala. 1955-1963. Pág. 408

localiza en las ejecutorias que se refieren a la naturaleza jurídica del divorcio, obviamente, a la luz fundamental de las leyes constitucionales. (51)

Con el curso del tiempo, los temerosos piensan que nuestra realidad social ha construido una familia tan débil que parece expuesta a los vientos de la violencia. Así pues, tal parece que ni la experiencia ni la ley han favorecido la construcción de una familia fuerte capaz de resistir todos los embates y que, por tanto, hay que protegerla penalmente.

(51) 362 DIVORCIO, INJURIAS COMO CAUSAL DE.- No es el número de veces que uno de los cónyuges sea injuriado para que tenga lugar la causal de divorcio, sino que las injurias sean de tal naturaleza que se produzca un estado de profundo alejamiento entre los cónyuges, por lo que si puede bastar una sola injuria para que este estado surja. Amparo directo 5516/75.- Gregoria Tamayo de Coronado.- 26 de julio de 1976.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Agustín Téllez Cruces. 363 DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE.- La circunstancia de que actor y demandada hubieran continuado viviendo juntos en el domicilio conyugal, con posterioridad a la fecha en que el demandante fue injurido por su consorte, no elimina las injurias proferidas, ni vuelve ineficaz el relajamiento operado de las relaciones familiares, que hace imposible la vida conyugal. Amparo directo 6113/76.- Cristina Mendoza de Colina.,- 4 de noviembre de 1977.- 5 votos.- Ponente: J> Alfonso Abitia Arzapalo. 3a. Sala Séptima Epoca, Volumen Semestral 103-108, Cuarta Parte, Pág. 124. 364 DIVORCIO, INJURIAS GRAVES COMO CAUSAL DE.- La mentada de madre si constituye una verdadera injuria grave y causa de divorcio, si se profiere con la intención de ofender o manifestar desprecio al otro cónyuge y no como una simple forma o método de conversar, dada la cultura y educación que se deriven de los estudios de quien la profiera. Amparo directo 2108/75/2a.- Araceli Sánchez de Basurto.- 14 de junio de 1976.- 5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez. 375 DIVORCIO, INJURIAS Y AMENAZAS COMO CAUSALES DE.- Los celos en un matrimonio, aunque normalmente provocan dificultades entre los cónyuges, no necesariamente acarrean como consecuencia las injurias, las amenazas o los golpes, dado que hay personas que dominan la manifestación de sus celos o bien los ostentan, pero sin injurias, amenazas o golpes. Amparo directo 974/75.- Tito Bagdolio Osorio Sánchez.- 9 de junio de 1978.- 5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez.. 376 DIVORCIO, INJURIAS Y MALOS TRATOS COMO CAUSALES DE, SU APRECIACION EN LA RELACION INTIMA DE LOS CONYUGES.- No es la conducta social de los cónyuges la que se debe juzgar en el examen de las injurias y malos tratos como causal de divorcio. Lo que debe apreciar el juzgador es si verdaderamente, en la intimidad conyugal, existen las expresiones injuriosas y malos tratos que hagan imposible la vida en común de los cónyuges. Por ello, si la esposa logró demostrar que su cónyuge, pese a su educación, cultura, condición social, agradable convivencia en reuniones familiares y participación en eventos artísticos y deportivos, que daba una imagen de benevolencia en su relación conyugal, en su convivencia intima la hizo objeto de constantes injurias y malos tratos, que revelan al juzgador la imposibilidad de la subsistencia del matrimonio, no cabe sin concluir que fue acertada la decisión de la Sala responsable al declarar operante la causal señalada y disuelto el vínculo matrimonial. Amparo directo 1752/77.- Héctor Varela Téllez.- 17 de abril de 1978.- 5 votos.- Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. 390 DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE.- Para que exista la sevicia no es necesario que fisicamente los golpes hagan contacto con la parte ofendida, sino que basta con que la actuación del cónyuge a quien se le atribuye dicha causal haga objeto de crueldad al otro, hasta hacer imposible la vida en común entre ellos. Amparo directo 2976/75.- Virgilio García Fuentes.- 1o. de abril de 1976.- 5 votos.- Ponente: Salvador Mondragón Guerra. 391 DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE SINALOA).- Aún cuando se trate solamente de un golpe aislado y no

Aquí es necesario hacer una distinción: si la familia resiente agresiones el campo de la prevención es estrictamente administrativo. A este respecto, debe darse vía ancha a todas las decisiones del órgano ejecutivo del poder encaminadas no solamente a proteger sino a desarrollar de acuerdo con el proyecto histórico social a la familia.

---

se demuestre en autos que anteriormente hubieran ocurrido actos de violencia similares, debe considerarse que el hecho singular es suficiente para tener por demostrada la causal de sevicia prevista en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil del Estado de Sinaloa, si se trata de un altercado aislado de tal manera grave que no puede ser tolerado, toda vez que la esposa haya inferido lesiones al esposo que pongan en peligro su vida y tarden en sanar más de quince días, pues es evidente que con ello se rompe la armonía que debe existir entre los cónyuges, advirtiéndose que la misma jurisprudencia establecida indica que la sevicia como causal de divorcio no se constituye con un simple altercado o golpe aislado que puedan ser tolerados, pero si se trata de un golpe que no puede ser tolerado porque peligra la vida del cónyuge, es evidente que si se surte la causal de divorcio en cuestión. Amparo directo 501/74.- Samuel Long Campoy.- 22 de enero de 1976.- 5 votos.- Ponente: Salvador Mondragón Guerra. 392 DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE. CUANDO EXISTE SENTENCIA CONDENATORIA EN CONTRA DEL DEMANDADO POR EL DELITO DE LESIONES EN CONTRA DE SU CONYUGE. Debe considerarse que se han roto las condiciones en que se sustenta la vida en común por parte de los cónyuges divorciantes y que la convivencia armónica no se reanudará, por el hecho de que el demandado le haya inferido a su esposa las lesiones que se describen en el certificado médico relativo, y porque la esposa acusó a su cónyuge del delito de lesiones, dictándose sentencia condenatoria contra el demandado, pues tales circunstancias indiscutiblemente llevan al convencimiento de que con esto se impide que pueda reanudarse la convivencia entre los cónyuges, basada en la mutua consideración, armonía y solidaridad que se deben los esposos. Amparo directo 597/76.- María Elena Partida Luna de Amaya.- 28 de octubre de 1977.- 5 votos.- Ponente: Raúl Lozano Ramírez. 393 DIVORCIO, SEVICIA COMO CAUSAL DE. DEBE TOMARSE EN CUENTA LA CONDICION SOCIAL DE LOS CONYUGES PARA CALIFICAR LA CONDUCTA REITERADA QUE SE DICE CONSTITUIRLA.- Es indudable que entre cierto tipo de personas, de determinada preparación cultural y posición social, constituye sevicia cierto tipo de tratamientos, que para otras, es una forma normal de vida conyugal, dado que entre ambos sexos de gentes existen diferentes formas de pensar y aún de expresarse de acuerdo a la educación y medio ambiente en que viven. Si en su caso, la cónyuge quien se dijo víctima de crueldad excesiva por parte de su esposo, se ostenta como profesional y además titular de una cátedra universitaria, sin que se haya controvertido tales aspectos, de acuerdo a tal condición, es entendible que para dicha cónyuge, el hecho de que su esposo le aventara la comida al suelo, rompiendo platos, tirando objetos de la mesa, profiriendo maldiciones y saliéndose a la calle, todo esto en forma constante y reiterada, constituya una crueldad excesiva, que hace imposible la vida en común. Amparo directo 4602/76.- Antonio Bastida Borrel.- 11 de noviembre de 1977.- 5 votos.- Ponente: Salvador Mondragón Guerra. 406 DOMICILIO CONYUGAL, CONCEPTO DE.- El domicilio conyugal es el hogar que de mutuo acuerdo establecen los cónyuges para vivir en común, formando un núcleo familiar independiente, en el que ambos gocen de la misma autoridad e iguales consideraciones para organizar su vida matrimonial en la forma que estimen más adecuada para cumplir con los fines del matrimonio, debiendo reunir aunque sea un mínimo de condiciones materiales que permitan tal objetivo en un ambiente de dignidad y decoro y de acuerdo a la situación socioeconómica cultural en la que se desenvuelve la pareja, por lo que la vivienda debe contar cuando menos con el espacio estrictamente necesario para desempeñar las labores del hogar y con los servicios indispensables de los establecidos en la población en que se encuentre. Amparo directo 1385/77.- Candelario Barrón Nata.- 30 de octubre de 1978.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Gloria León Orantes.

En lo penal las cosas cambian substancialmente. Si se pregunta a los juristas como aprecian la tutela penal; siempre dirán que es insuficiente por falta de capacidad de observación en el legislador; por ausencia de normas; por indebida valoración objetiva de los jueces o por la insuficiencia del juicio de reproche. (52)

Con el propósito de clarificar la idea de que la familia debe ser una institución para la libertad y no para el castigo penal, debe recordarse que el concepto civilístico no se compadece de la realidad que interesa a la norma penal. Siendo, desde antiguo, válido el tribunal federal así lo ha reconocido:

> En materia penal no se necesita comprobar el parentesco en los términos establecidos por la ley civil, ya que no se trata de una controversia sujeta a los cánones de la ley procesal; y, si en el caso de un homicidio, los testigos señalaron a la esposa e hijos del hoy occiso como sus sobrevivientes, ello debe estimarse bastante para considerase como ofendidos, en los términos del artículo 13 bis, fracción II, del Código de Defensa Social de Chihuahua, y por lo tanto con derecho para recibir el pago a que fue condenado el sentenciado por reparación del daño. (53)

Sin importar en qué escuela penal se milite; éste debe ser un argumento toral para las construcciones tipológicas.

Ya hemos dicho que no simpatizamos con el dogmatismo que se ha venido construyendo a partir de la obra de Carrara. Su estrechez queda evidenciada, esto por citar dos ejemplos, que recién nacida la escuela Clásica resintió las tesis de la Escuela Positivista que en algunos medios tiene un resurgimiento. Por otra parte, las discusiones se concentran casi sin posibilidad de apertura y se da tantas veces la misma vuelta que la discusión se agota fácilmente. Como dice Norbert Elias, ya no se discute sobre los hechos sino las tomas de conciencia que se tiene de ellos en uno o en otro campo de la ciencia de la doctrina.

La tutela familiar no depende de la fantasía del legislador que en el caso de México anda absolutamente libre. Sobre todo, porque la doctrina no ha elaborado un concepto apriorístico de delito. Y no lo ha podido construir porque es exacervadamente fiel -por

(52) Véase Los Delitos contra la Familia, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, 9 y ss. La Familia y el Código Penal Español, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977, 17.

(53) Amparo directo 307/81.- Enrique Mendoza Rubio.- 30 de abril de 1982.- Unanimidad de votos.- Ponente: José Antonio Hernández Martínez. Tribunales Colegiados Tomo VIII Penal, pág. 207.

no decir conyugalmente fiel- a la dogmática jurídica. Claro, no se le regatea los méritos teóricos, técnicos y prácticos. Los dogmatistas aseguran que sus conceptos son operables en la agencia del ministerio público, en el tribunal de primera instancia, en la sala de apelación y en el tribunal de amparo. Pero eso nada tiene que ver con la evolución científica. De creer lo contrario, el conocimiento estaría condenado al reposo.

Por otra parte, aquellos juristas que contemplan la realidad social desde la atalaya que les proporciona su quehacer profesional en la estructura gubernamental, por lo general, abogan por un derecho punitivo mejor elaborado. Estos juristas monarcómacos - que piensan que el Estado es rey- propugnan por una continua elaboración de tipos penales en todas las manifestaciones de la vida social. En consecuencia, se da la desmesura del poder en el ministerio público que cada día, en razón de los tipos penales, se allega parcelas sociales sin que nadie parezca plantear oposición.

Elaborar tipos penales indiscriminadamente, presenta riesgos, incluso de memoria.

He aquí un ejemplo:

El Código penal de Guanajuato tutela el justo dolor del cónyuge que realiza un delito de comisión por omisión en el que pierde la vida algún miembro del grupo familiar. Efectivamente, establece una escusa absolutoria en el párrafo tercero del artículo 218:

> No será punible la conducta culposa de quien ocasione la muerte o lesiones a ascendiente, descendiente, descendiente del abuelo, cónyuge, concubina o concubinario, pariente por afinidad o civil, a no ser que hubiese cometido el hecho en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o cuando abandone injustificadamente a las víctimas.

Es decir, el legislador piensa, como en otros casos, que el dolor que provoca la muerte del familiar es, en sí mismo, un castigo suficiente a esta conducta culposa. Recuérdese que con esta teoría la tentativa del suicidio no es punible.

Sin embargo, el legislador guanajuatense no incluye en su catálogo típico los homicidios "in rebus veneris" o en justo dolor que tutela la vida humana y atenúan la penalidad en razón del malestar que provoca el acto lesivo de la vida familiar. Recogiendo una tradición legislativa, el Código Penal del Distrito Federal, que no incluye la excusa absolutoria del artículo 218 del Código de Guanajuato, si incluye como tipos circunstanciados y privilegiados los homicidios por justo dolor:

> Artículo 310.- Se impondrá de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo en caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge, en este último caso se impondrá al homicida de cinco a diez años de prisión.
> Artículo 311.- Se impondrá de tres días a tres años de prisión, al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciere en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda ni con otro.

Antes de la norma penal, instrumento que debe manejarse con delicadeza para evitar males innecesarios, se presentan ante el orden jurídico general muchas posibilidades de remediar males menos costosos, más prácticos, preventivos, que el castigo. Considerar que el derecho penal es el mejor de los remedios equivale a creer que la familia más que un bien jurídico es un núcleo débil y enfermo que no ha sabido educar ni consolidarse y a la que hay que proteger de todos los embates.

No importa, entonces, que con destreza se maneje el sistema del código del Distrito Federal de involucrar los hechos familiares en un buen manejo de la teoría general del delito con todos los tipos de la parte especial que tengan contenido familiar y ya se trate de los bienes jurídicos que importan a la vida, a la libertad, a la madurez sexual, o como dice Berinstain, los bienes familiares de carácter social, formal o material que le corresponden a la familia. (54) O con qué cantidad y calidad de erudición construyamos y ordenemos los tipos penales.

En ambos casos, se observa, se discute y se decide encerrados en esa camisa de fuerza que es la dogmática penal. Un ejemplo más: un sector de la sociedad insiste en abolir el carácter penal del delito de adulterio argumentando que a los mexicanos les corresponde el derecho a la libertad de amar. Otro, insiste en que permanezca el tipo penal -donde lo hay- porque su conducta constituye un atentado al estado civil y a la integridad de la familia. En uno y otro caso, no se distingue, en realidad, cuál es el hecho constitutivo del adulterio penal; si no se toma en cuenta que el hecho se presenta en las circunstancias normativas del escándalo o en la local que se refiere al domicilio conyugal.

(54) Citado por Diego Díaz-Santos, op. cit., 66.

Así pues, la discusión parece bizantina. En primer lugar, si bien es cierto que en la historia el adulterio fue reduciendo su penalidad, aún conserva su carácter de hecho culpable y sancionable a la luz de la ley civil, Sigue siendo una causa grave de divorcio que repercute sobre el derecho a la patria potestad. En cambio, su valoración penal es restringida por el hecho de que sólo puede presentarse escandalosamente o en el domicilio conyugal.

Por otra parte, no importa cómo se ubiquen las normas si la norma penal protege la vida, la integridad, la honestidad, la solidaridad, la libertad, el respeto, la mutua consideración, incluso, la conservación de la especie, el patrimonio, el amor, la estimación y la gratitud en la vida familiar. Lo verdaderamente importante es que en la norma penal cada sociedad manifiesta su estilo de vida.

En este mismo sentido, se plantea un conflicto histórico, político y jurídico. Es congruente a los órganos del Estado y a sus funcionarios el hecho de que propongan, postulen y exijan más normatividad penal para defender a la familia. La misma congruencia le corresponde a los hombres que son miembros de la sociedad política para pedir menos norma penal. menor castigo para construir una familia, una sociedad y un Estado que tenga por vocación fundamental la libertad.

Uno y otro bando, tengan presentas las palabras del anciano terrible de Ferney-Marie, señor del fuego y de la luz:

> Si hay mil millones de seres humanos sobre la tierra, y son muchos, pueden calcularse aproximadamente unos quinientos millones de mujeres que cosen, hilan, amamantan a sus pequeños, tiene limpia su casa o su cabaña y quizá murmuran algo de sus vecinas. Y no veo qué grandes males causan esas pobres inocentes en la tierra. Entre ese número de habitantes del planeta, habrá unos doscientos millones de niños, al menos, que ciertamente no matan ni roban, y otros tantos ancianos y enfermos, aproximadamente que tampoco pueden hacerlo. Todo lo demás, quedarán cien millones de gente joven, robustos y capaces de cometer crímenes. De esos cien millones, unos noventa están ocupados de continuo en labrar la tierra y, mediante un trabajo prodigioso, proporcionarse alimento y vestido: esos apenas tienen tiempo de cometer mal alguno. (55)

(55) Voltaire, Diccionario Filosófico Tomo III. Ediciones Daimon, Barcelona, 1977, 146 y ss.

BIBLIOGRAFIA

Aristóteles, Política, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

Bello Landrove, Federico, La Familia y el Código Penal Español, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977.

Benjamín, Walter, Para una Crítica de la Violencia, Premiá Editora, México, 1982.

Betegón, Jerónimo, La Justicia del Castigo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Bodino, Juan, Los Seis Libros de la República, Ediciones Aguilar, Madrid, 1973.

Burdeau, Georges, Tratado de Ciencia Política; T. II, La Formación del Estado; Vol. 1, La Formación del Estado; UNAM, México, 1980.

Burnet John, Alfred E. Taylor, Vario Socráticos, UNAM, México, 1990.

Calvino Italo, Las Ciudades Invisibles, Minotauro, Madrid, 1991.

Cicerón, Sobre la República, Editorial Gredos, Madrid, 1984.

De Cossio, Alfonso, Instituciones de Derecho Civil, 1, Alianza Editorial, Madrid, 1975.

De Tocqueville, Alexis, La Democracia en América, Fondo de Cultura Económica, México 1984.

Diego Díaz-Santos, María del Rosario, Los Delitos contra la Familia, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973.

Elías, Norbert, El Proceso de la Civilización, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

Floris Margadant S., Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1981.

Friedlander, Paul, Platón, Verdad del Ser y Realidad de Vida, Tecnos, Madrid, 1989.

Gimbernat, Enrique, Sexualidad y Crimen, Reus, Madrid, 1969.

Gunn, Hohn, Violencia en la Sociedad Humana, Editorial Psique, Buenos Aires.

Gutiérrez, Flores Alatorre, Blas José, Leyes de Reforma, T. II, P. III, Miguel Zornoza Impresor, México, 1870.

Hernández Quirós, Armando, Idearios Represivos, Universidad Veracruzana, México, 1963.

Heródoto, Historias I, UNAM, México, 1976.

Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares, Granada, 1993.

Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1984.

Kraus, René, Vida Pública y Privada de Sócrates, Editorial Sudamericana, México, 1983.

Lorenz, Konrad, Sobre la Agresión: El Pretendido Mal, Siglo XXI, México, 1984.

Mommsen, Teodoro, Derecho Penal Romano, Editorial Temis, Bogotá, 1976.

Petit, Eugéne, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional Edinal, México, 1963

Plutarco, "Solón y Publicola" en Biógrafos Griegos, Aguilar, Madrid, 1973.

Rousseau, Jean-Jacques, Discurso sobre la Economía Política, Editorial Tecnos, Madrid. 1985.

SantaLucía, Bernardo, Derecho Penal Romano, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989

Sófocles, "Antigona" en Tragedias. Editorial Gredos, Madrid, 1992.

Sorel, George, Reflexiones sobre la Violencia, Alianza Editorial, Madrid, 1976.

Stone I. F. El Juicio de Sócrates, Mondadari, Madrid, 1988.

Voltarie, Diccionario Filosófico, III, Ediciones Daimon, Barcelona, 1977.