

881039

5

2ej



UNIVERSIDAD FRANCO MEXICANA, S. C.

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA U. N. A. M.

CLAVE: 8810-39

AUSENCIA DE TIPO EN EL DELITO DE
ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL
VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JAVIER RAMIREZ DE ALBA LEAL

No. CUENTA. 86801565-1

Asesor: Lic. Eleonora Elizabeth Rembis Rubio

NAUCALPAN DE JUAREZ, ESTADO DE MEXICO

1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE GENERAL

INDICE GENERAL.....	IV
INTRODUCCION.....	XI
CAPÍTULO I EL TIPO Y SU ASPECTO NEGATIVO.....	1
A) CONCEPTO.....	1
B) RESEÑA SOBRE LA EVOLUCION DEL TIPO.....	4
1.- ORIGENES.....	5
2.- INDEPENDENCIA DEL TIPO.....	6
3.- TEORIA DEL INDICIO.....	8
4.- TEORIA DE LA IDENTIDAD.....	10
5.- FASE DEFENSIVA.....	13
6.- LA ANTIJURIDICIDAD COMO <i>RATIO ESSENDI</i> DEL TIPO.....	14

7.- FASE DESTRUCTIVA.....	15
8.- EL TIPO COMO ELEMENTO DE CONCRECION Y CONOCIMIENTO	16
C) COMPOSICION GRAMATICAL DEL TIPO	19
D) ESTUDIO ANALITICO DEL TIPO	21
1.- ELEMENTOS OBJETIVOS.....	23
a) LOS SUJETOS.....	24
1) Sujeto activo.....	24
2) Sujeto pasivo.....	30
b) LA CONDUCTA O HECHO DESCRITO.....	33
c) EL OBJETO.....	36
1) Objeto jurídico.....	36
2) Objeto material.....	40
d) REFERENCIAS EXIGIDAS EN EL TIPO.....	42
2.- ELEMENTOS NORMATIVOS	44
3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS	49
E) CLASIFICACION DE LOS TIPOS.....	54

1.- EN RELACION A SU ESTRUCTURA	54
2.- EN RELACION CON EL SUJETO ACTIVO	57
3.- EN RELACION CON EL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO	58
4.- EN RELACION A SU CONTENIDO	59
5.- TIPOS NORMALES Y ANORMALES	62
F) EL ASPECTO NEGATIVO DEL TIPO	62
1.- AUSENCIA DEL TIPO COMO ASPECTO NEGATIVO	63
2.- EL DOGMA <i>NULLUM CRIMEN SINE TIPO</i>	64
3.- AUSENCIA DE TIPO, ATIPICIDAD Y DELITO PUTATIVO	66
CAPÍTULO II LA INTERPRETACION Y LA INTEGRACION PENAL	68
A) LA INTERPRETACION PENAL	68
B) FORMAS DE INTERPRETACION	70
1.- EN RAZON DEL SUJETO	70
a) INTERPRETACION DOCTRINAL	71
b) INTERPRETACION JUDICIAL	71

c)	INTERPRETACION AUTENTICA	73
2.-	SEGUN LOS MEDIOS.....	73
a)	INTERPRETACION GRAMATICAL.....	74
b)	INTERPRETACION TELEOLOGICA.....	75
3.-	DE ACUERDO A LOS RESULTADOS.....	77
C)	LA INTEGRACION EN EL DERECHO PENAL.....	79
CAPÍTULO III ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ADULTERIO.....		82
A)	ANTECEDENTES HISTORICOS GENERALES	83
B)	DERECHO PREHISPANICO	88
C)	ANTECEDENTES HISPANICOS	91
1.-	FUERO JUZGO	92
2.-	FUERO REAL	93
3.-	LAS PARTIDAS	94
4.-	NOVISIMA RECOMPILACION.....	96
D)	ANTECEDENTES EN MEXICO	97

1.- CODIGO PENAL DE 1871.....	97
2.- CODIGO PENAL DE 1929.....	100
3.- PROYECTOS DE CODIGO PENAL DE 1949 Y 1958	100
E) CODIGOS EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS	102
CAPÍTULO IV LA REGULACION DEL ADULTERIO.....	104
A) CONCEPTO.....	104
1.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA.....	104
2.- CONCEPTO DOCTRINAL.....	105
B) EL ADULTERIO Y SU REGULACION CIVIL.....	111
C) LA REGULACION DEL ADULTERIO COMO ILICITO PENAL.....	113
D) ELEMENTOS DE LA TUTELA PENAL DEL ADULTERIO.....	125
1.- ELEMENTOS OBJETIVOS.....	127
a) SUJETO ACTIVO.....	127
b) SUJETO PASIVO.....	128
c) DESCRIPCION DE LA CONDUCTA.....	130

d) EL OBJETO.....	132
1) Delito contra la honestidad	134
2) Delito contra las buenas costumbres.....	135
3) Delito contra el honor.....	135
4) Delito contra la familia.....	136
e) REFERENCIAS EXIGIDAS.....	138
2.- ELEMENTOS NORMATIVOS.....	142
E) CLASIFICACION DEL ADULTERIO EN ORDEN A SU DESCRIPCION.	145
F) ASPECTO NEGATIVO DE LA REGULACION PENAL DEL ADULTERIO.....	147
CONCLUSIONES.....	151
BIBLIOGRAFIA.....	158

*¿Queréis prevenir los delitos?
Haced que las leyes sean claras,
sencillas y que toda la fuerza de
la nación se concentre en
defenderlas...*

CESARE BONNEZANA, MARQUES DE BECCARIA

INTRODUCCIÓN

El adulterio es una figura que desde tiempos inmemoriales ha tenido gran importancia para la familia y en general para la sociedad.

Diversas han sido las soluciones adoptadas por las codificaciones para incriminar esta figura, desde las que exigen la muerte de los agentes, hasta las que proponen su abolición.

A través del presente estudio pretendemos demostrar la nulidad de las disposiciones relativas al adulterio en la legislación penal vigente para el Distrito Federal.

Nuestra postura se basa primordialmente en la ausencia de un tipo que describa la conducta que expresamente la repete como adulterina, para poder atribuirle una sanción.

Para estar en posición de demostrar la nulidad de las referidas disposiciones de incriminación, hemos considerado necesario el estudio sistemático del tipo en general para conocer su trascendencia y su alcance.

Posteriormente analizaremos el papel que desempeñan la interpretación y la integración para comprender y poder aplicar las disposiciones jurídico penales.

Una vez concluida esta etapa introductoria, procederemos a estudiar la importancia de los diversos tratamientos que han existido en el tiempo y en el espacio, sobre el objeto de nuestro estudio, analizando la evolución que la figura del adulterio ha seguido hasta nuestros días en su regulación civil y penal.

Para finalizar, veremos los conocimientos adquiridos durante el desarrollo de los primeros capítulos, para determinar la posibilidad de incriminar el adulterio con la deficiente técnica utilizada por el legislador de 1931.

Así mismo estaremos en posición de determinar las consecuencias anticonstitucionales que se derivan de la aplicación de las normas relativas del Código Penal al caso concreto.

Es preciso señalar que el presente estudio parte de una base académica y teórica, con la que se critica la técnica de elaboración de las disposiciones relativas del código punitivo, pues en la práctica, para el litigante no existe alternativa, pues debe de sujetarse a los criterios (afortunados o errados) del poder legislativo, así como a las decisiones del poder judicial.

La gran cantidad de citas bibliográficas que aparecen en el presente trabajo, obedece a nuestro deseo de apegarnos, en la medida de lo posible, al pensamiento de los tratadistas consultados, pretendiendo con ello, conservar incólumes sus planteamientos y teorías.

CAPÍTULO I

EL TIPO Y SU ASPECTO NEGATIVO

A) CONCEPTO

El concepto 'tipo' ha despertado las más enconadas discusiones entre los tratadistas de la materia, ya que su connotación ha variado según el contenido que pretenda atribuírsele.

En sí, la voz tipo proviene del vocablo alemán *tatbestand*, en una traducción libre del maestro Luis Jiménez de Asúa de los textos de Ernst Von Beling, ya que la traducción literal resulta imposible.

El ilustre jurista ibérico, señala que el *tatbestand* es la "...característica del delito de índole descriptiva..."¹

Al decir de Ferreira Delgado, "...Luis Jiménez de Asúa buscó un sinónimo en el sustantivo tipo, que proviene del latín *typus* y éste del griego *typos*, que según la Real Academia, significa 'molde', 'modelo' o 'ejemplo'."²

Aunque ha sido severamente atacada, la adopción del vocablo tipo ha tenido gran aceptación en la mayoría de los países de ascendencia latina, principalmente en España e Iberoamérica, en virtud de que las alternativas propuestas por otros autores no satisfacen el objeto del estudio, tal y como la sugerida por Antolisei, quien "...considera intraducible el término y le atribuye como significado literal: estado de hecho..."³

1 Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito* (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1980), p. 235.

2 Francisco Ferreira Delgado, *Teoría General del Delito* (Bogotá: Editorial Temis, 1988), p. 109.

3 Francisco Antolisei, *Estudio Análítico del tipo*, citado por Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano* (México: Editorial Porrúa, 1984), p.261.

Al adoptar el término tipo, entendemos por el mismo a aquel molde o modelo legal (por estar referido a la Ley), al que puede adaptarse o no determinada conducta humana.

A su vez el *tatbestand* proviene de los términos latinos *corpus delicti*, pero sin considerarlo "...como únicamente trascendente en el Derecho Procesal Penal...", sino "...empleada como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva descrita por el Código Penal o por una Ley especial..."⁴

Pero para los efectos del presente estudio, basta en este momento dar una concepción provisional, la cual tomaremos del prestigiado autor Luis Jiménez de Asúa: "...tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito."⁵

De la anterior definición desprendemos que el tipo es una mera descripción objetiva, carente de valoración e independiente de la antijuricidad y culpabilidad inmersas en la realización del

4 Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, citado por Francisco Pavón Vrsconcelos, *ibid.*, p. 260.

5 Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III (Buenos Aires: Editorial Losada, 1977), p. 747.

delito, lo cual no es necesariamente cierto, tal y como lo veremos en el siguiente apartado.

B) RESEÑA SOBRE LA EVOLUCION DEL TIPO

Para obtener una definición apropiada del tipo, es indispensable conocer la evolución que ha tenido a través de las diversas teorías que desde su nacimiento han tratado de explicar su contenido.

Para lograr el objetivo anteriormente indicado, procederemos a tratar al tipo desde sus orígenes, para posteriormente esbozar la teoría de Beling, las de sus detractores: teoría del indicio, de la identidad, la de la antijuridicidad como *ratio essendi* del tipo, la del tipo como elemento de concreción y conocimiento, haciendo una breve referencia a las teorías destructivas.

1.- ORIGENES

Como lo señalamos con antelación, fue en Alemania en donde surgió la primera concepción del tipo, considerándose como el delito en su totalidad, incluyendo tanto elementos objetivos como subjetivos.

Al referirse al *tatbestand*, los autores germanos lo hacían interpretando el artículo 59 del Código Penal de aquellas latitudes -según señala Jiménez de Asúa-, que contenía una norma por la que se le eximía de pena a la persona que al realizar la conducta o hecho, ignorase las características propias del *tatbestand* legal.

Traduciéndose entonces el *tatbestand* como el fenómeno conocido como delito, "...el 'tipo' era el delito específico en la totalidad de sus elementos (incluido el dolo y la culpa)...".⁶

⁶ Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 237.

2.- INDEPENDENCIA DEL TIPO

Ernst Von Beling, profesor de la Universidad de Tübinga, fue el primero en considerar al tipo como un elemento distinto e independiente de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Beling estableció que el tipo es un elemento meramente descriptivo, rompiendo con ello con la tradicional teoría imperante en el momento; desmembró al delito con fines académicos -sin negar su totalidad fenoménica-, indicando que es algo distinto al delito propiamente considerado.

Con su teoría de 'la pura coordinación', Beling inicia lo que se ha denominado Fase de la Independencia o del Planteamiento, ya que libera un elemento no considerado hasta ese momento por los penalistas (el tipo), del concepto de delito y realiza el primer intento por establecer que el tipo es un elemento diverso de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Romero Soto citando a Binding, señala que: "...tipicidad y antijuridicidad son dos nociones independientes, en forma tal, que una acción puede ser típica, esto es, ajustarse a la descripción que la ley hace de un acto criminoso, y no ser antijurídica por existir

causas de justificación. Lo mismo ocurre con la culpabilidad: una acción puede ser típica y no culpable, a un mismo tiempo."⁷

Pero por otra parte manifiesta que no obstante que es un elemento diferente, para que pueda existir el delito es menester que converjan tanto lo típico como lo antijurídico y lo culpable.

"El *tatbestand* belingiano nace, pues, como algo abstracto y objetivo; lo primero por que no pertenece a la vida real sino a la ley; y lo segundo porque su función se agota en la descripción formal de la conducta."⁸

"Al construir Beling su teoría del delito no sólo se cuida de separar la antijuridicidad y la culpabilidad, sino que también quiere distinguir el *tatbestand* de la acción. Esta es un 'sustrato', el 'acontecimiento histórico' que debe de ser subsumido en el 'tipo penal', de naturaleza abstracta, puro concepto."⁹

7 Luis Enrique Romero Soto, Derecho Penal, Tomo I, Parte General (Bogotá: Editorial Temis, 1969), p. 309.

8 Alfonso Reyes Echandía, Tipicidad, (Bogotá: Editorial Temis, 1989), p. 3.

9 Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 754.

La teoría de Beling fue acremente criticada por los juristas, pero fue gracias a ellas, rescatada del olvido, sustentandose como pilar de la Teoría General del Delito.

Uno de los preocupados por las ideas vertidas por Beling y por combatir sus puntos de vista fue el maestro Max Ernst Mayer.

3.- TEORIA DEL INDICIO

Mayer acepta que el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad son entes separados entre sí, pero señala que entre el tipo y la antijuridicidad existe un vínculo especial: la tipicidad es la *ratio cognosendi* o razón de conocimiento de lo antijurídico.

Señala que el legislador al tipificar un hecho como delictuoso en la Ley, lo hace porque tal hecho resulta lesivo al orden jurídico, así como para los derechos de las personas. "Esto permite inferir, con un sentido de lógica que los hechos que el legislador tipifica tienen la capacidad o aptitud para ser antijurídicos : 'van a ser antijurídicos cuando sean realizados'."¹⁰

¹⁰ Ferreira, Op. Cit., p. 111.

Manifiesta que el tipo tiene la función de indicar que la conducta descrita es antijurídica. "Es el principal fundamento para conocer la antijuridicidad. Ellas se comportan como el humo y el fuego"¹¹, apunta citando a Mayer el maestro Jiménez de Asúa.

Señala que una prueba manifiesta de dicha conexión entre el tipo y la antijuridicidad lo constituyen los elementos normativos, con los que determinada conducta puede ser calificada de 'injusta' desde el propio tipo.

Celestino Porte Petit,¹² critica la teoría manifestando que no toda conducta o hecho al adecuarse al tipo es presuncionalmente antijurídica, agregando que la conducta ya sea lícita o ilícita lo será desde su nacimiento, pues si no lo es así, se llegaría al absurdo de considerar que al no existir causa de licitud alguna, la conducta se mantendría presuncionalmente antijurídica.

11 Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 757.

12 Celestino Porte Petit Candaup, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal (México: Editorial Porrúa, 1982), p. 426.

4.- TEORIA DE LA IDENTIDAD

Esta teoría, también conocida como la de la *ratio essendi* de la antijuridicidad, fue sustentada por Edmund Mezger, quien va más allá que Mayer, al soldar la tipicidad con la antijuridicidad y manifestar que "el tipo en sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada una sanción penal."¹³

Mezger acota que la tipicidad es la explicación de la antijuridicidad, es su razón de ser, y dicho criterio se ve reflejado en su definición de delito: "Acción típicamente antijurídica y culpable."¹⁴

Por otra parte Mezger distingue el injusto objetivo del injusto subjetivo: "El primero es el hecho real o fenoménico entre el autor del hecho típico y el titular del derecho protegido por la ley penal. El segundo, es la descripción en la figura típica de un hecho capaz de producir semejante colisión. Al injusto objetivo lo

¹³ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 758.

¹⁴ *Ibid.*, p. 759.

denomina sencillamente injusto, al injusto subjetivo le concede la denominación de antijurídico."¹⁵

El conocido jurista Celestino Porte Petit indica al respecto que la "H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aceptado el criterio de Mezger al sostener que el tipo delictivo es indicio de antijuridicidad, más no fundamento de la culpabilidad."¹⁶

Esta teoría ha recibido numerosas críticas, por el retroceso que implica el subsumir lo típico a lo antijurídico, que Beling había logrado separar. Jiménez de Asúa no acepta la posición del autor e indica que "dota a la tipicidad de una función desmesurada, que debe rechazarse."¹⁷

Por su parte Romero Soto expresa que esta teoría se rechaza primordialmente "por crear una forma de antijuridicidad exclusivamente penal, frente a la antijuridicidad general...Para Mezger, el derecho penal no tiene un carácter secundario o meramente sancionador sino primario, creador de los propios

15 Ferreira, Op. Cit., p. 112.

16 Porte Petit, Op. Cit., p. 427.

17 Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 237.

bienes que defiende y, por lo tanto, originador de una forma especial de injusticia."¹⁸

Existen otros autores que justifican esta teoría. en nuestro medio citamos al Maestro Ignacio Villalobos, quien en su obra Derecho Penal Mexicano ataca la teoría Belingiana, así como la justificación que de la misma realiza Jiménez de Asúa, sosteniendo que lo típico es descriptivo, pero que dicha descripción necesariamente debe ser valorativa y no meramente objetiva resultando por ende que se encuentra estrechamente ligada a lo antijurídico.

Claramente se entiende su posición al definir al tipo como :
"...una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas ciertas condiciones normales en la conducta que describe."¹⁹

¹⁸ Romero, Op. Cit., 310.

¹⁹ Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, (México: Editorial Porrúa, 1990), p. 267.

5.- FASE DEFENSIVA

Debido a las críticas sufridas por su teoría de la 'pura coordinación', Beling, poco antes de su muerte, decide hacer un replanteamiento de la misma: en la que se mantiene firme por lo que respecta a la separación de lo antijurídico y lo culpable con relación a lo típico, pero suavizándola, intentando justificar su posición frente a las críticas de Mayer y Mezger.

Dicho replanteamiento no logra sus fines totalmente, toda vez que injerta conceptos nuevos que más que explicar con claridad, acaban por confundir al lector en grado superlativo.

En esta etapa, también conocida como la de 'la figura rectora' separa tajantemente dos ideas; en la primera se concibe al delito en su aspecto fenoménico, y en la segunda lo considera como académico, abstraído del texto de la ley.

En su aspecto fenoménico, el delito no puede ser separado en partes, existe como una unidad indisoluble con todos los elementos objetivos y subjetivos.

Pero por otra parte existen, emergiendo de la anterior 'figura rectora', los tipos de delitos, que describen a los hechos en el texto de la ley.

Así mismo estructura Beling nuevos conceptos como *Deliktstypus*, *unrechtstypus*, tipo de culpabilidad, *leitbild*, *tatbestandmassigkeit* y *typicitat*, que lejos de servirnos para el objeto del presente estudio, sólo lo complican, por lo que omitiremos profundizar en su contenido.

6.- LA ANTIJURIDICIDAD COMO *RATIO* *ESSENDI* DEL TIPO

Una posición diametralmente opuesta a la de Mezger es la sustentada por Francisco Blasco y sostenida en México por Ricardo Franco Guzmán, en la que la antijuridicidad es la razón de ser de la tipicidad y no al contrario. "Si una conducta llega a ser tipificada en la ley, es en virtud de su grave antijuridicidad por cuanto contraría las normas de cultura en las cuales el Estado encuentra su base jurídico política."²⁰

No obstante lo anterior Franco Guzmán acepta que "...si un determinado hecho es considerado típico estamos en presencia de un indicio de su calidad antijurídica."²¹ A este reconocimiento

²⁰ Ricardo Franco Guzmán, *Delito e Injusto*, citado por Alfonso Reyes Echandía, *Op. Cit.*, p. 4 ple de página.

²¹ Pavón, *Op. Cit.*, p. 269.

llega Franco Guzmán al considerar los momentos del delito, aunque persevera en afirmar que si se tipifica una conducta por el legislador, se hace atendiendo a la antijuridicidad inmersa en ella.

7.- FASE DESTRUCTIVA

Durante la existencia del estado Nacional-Socialista en Alemania, la doctrina del tipo, constituyó un obstaculo para los fines totalitaristas de Adolf Hitler, por lo que se elaboraron teorías que justificaran las arbitrariedades del Estado Alemán y se robusteciera el poder del *Führer*.

Y fue el propio Ministro de Justicia alemán George Dahm el que encabezó dicha teoría, proclamando que la conducta peligrosa del agente es lo reprochable, con independencia de su culpabilidad o del resultado lesivo.

"El Derecho es el orden concreto; el delito, desorden. El Hecho de matar a un hombre sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido o está en riesgo de sufrir un perjuicio

por ese acto; todos los demás criterios, que supongan la noción de 'valor' deben de ser rechazados."²²

Con esta teoría se entra en franca oposición con el aforama *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, rompiendo con los principios fundamentales del derecho, solamente para, como expresamos anteriormente, justificar a un Estado arbitrario, por lo que no merece la pena de ser estudiada, pues sólo en un estado antidemocrático y totalitario, en que las garantías individuales sucumben ante la 'voluntad del Estado', es posible su ubicación.

8.- EL TIPO COMO ELEMENTO DE CONCRECIÓN Y CONOCIMIENTO

Esta teoría fue sostenida por Rodríguez Muñoz, y en suma, modifica las posiciones de Mayer y Mezger, dándole un papel mucho más modesto a la tipicidad, el de 'concreción y conocimiento'.

"De concreción, cuando existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y encuadra la conducta antijurídica; y de conocimiento cuando, coincidiendo temporalmente (un acto) la

²² Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 249.

aparición de la antijuridicidad y el tipo, éste último es indispensable al conocimiento de la primera."²³

En esta teoría el tipo regresa a ser un elemento del delito meramente descriptivo, y su papel se limita a establecer y determinar la porción de antijuridicidad que debe sancionarse con una pena.

Después de haber hecho un análisis breve de las teorías que tratan de explicar el contenido del tipo, estamos finalmente en posición de adoptar una definición del vocablo referido.

Para ello es necesario considerar que la mayoría de los autores adoptan una postura que puede ser encuadrada en dos grandes grupos: en el primero se encuentran aquellos que consideran al tipo como esencialmente descriptivo y objetivo, como Beling, Jiménez de Asúa, Pavón Vasconcelos (quien concibe al tipo como: "...la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse con ella una sanción penal."²⁴), o como el mismo Ranieri (que a su vez define al tipo

²³ Porte Petit, Op. Cit., p. 428-429.

²⁴ Pavón, Op. Cit. p. 265.

como: "el complejo de elementos que, según la descripción contenida en los preceptos de las normas penales, conforman los hechos que son prohibidos y ordenados bajo la amenaza de una pena."²⁵; y por otra parte existe un segundo grupo que considera que lo típico tiene una relación con lo injusto, es decir, con la antijuridicidad, entre los cuales podemos citar al maestro Ignacio Villalobos, quien considera al tipo como: "La descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo o externo."²⁶; y a Mariano Jiménez Huerta, para quien el tipo es: "...el injusto recogido y descrito en la Ley penal."²⁷

Ahora bien, para poder tomar cualquiera de las definiciones antes citadas, debemos de considerar que el delito es un fenómeno real, y como tal no es posible dividirlo en partes, justificándose su división sólo con fines académicos y de comprensión.

25 Reyes, Op. Cit., p. 8.

26 Villalobos, Op. Cit., p. 267.

27 Pavón, Op. Cit., p. 265.

Por otra parte es necesario observar que si bien lo típico no es la razón de ser de lo antijurídico, si es posible aceptar que indica su presencia, o cuando menos sirve como elemento de concreción y conocimiento, pues de otra manera no sería posible justificar su existencia.

C) COMPOSICION GRAMATICAL DEL TIPO

En su Teoría General del Delito, el jurista colombiano Francisco Ferreira Delgado, hace un interesante análisis sobre el papel que desempeña la gramática en la elaboración de los tipos penales.

Manifiesta el citado autor que "una tipicidad se consigue mediante el empleo correcto de las reglas de la gramática por cuanto su construcción se logra haciendo uso del lenguaje escrito."²⁸

²⁸ Ferreira, Op. Cit., p. 89.

Después de enfatizar que al ser el lenguaje un atributo exclusivo de la humanidad, y que por lo mismo sólo los hombres son capaces de comunicarse en forma escrita y aún de prohibir o de permitir la realización de determinadas conductas, manifiesta cuales son los elementos que constituyen una oración gramatical, referidos a una tipicidad, enumerando los siguientes:

-Un sujeto activo o autor del hecho punible.

-Los objetos del delito, sobre los que recae la acción señalada por el verbo y que son de dos clases: el material y el jurídico.

- La acción u omisión que deberá de realizar el sujeto activo para ser considerado como delincuente. Elemento que constituye el verbo rector.

-Los elementos subjetivos y normativos que acompañan al verbo rector o al sujeto, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar, cuando las haya.

Por otra parte, indica que la figura típica es una oración condicionada, ya que ordena la aplicación de una pena al autor de la conducta o hecho descrito.

D) ESTUDIO ANALITICO DEL TIPO

De la infinidad de conductas antijurídicas existentes, sólo algunas de ellas se encuentran sujetas a la tutela jurídico penal.

El legislador es quien limita esta especial protección al redactar los tipos penales, estableciendo para tal efecto cuales de las conductas antijurídicas deben de ser reputadas como delictuosas, valiendose para ello "...de descripciones precisas que señalen las características puramente exteriores de aquellas conductas que en su concepto deben de ser incluídas..."²⁹

Pero al confeccionar los tipos penales, el legislador se encuentra con la problemática de que la conducta es algo real, existente, casi infinito, lo que impide toda posibilidad de descripción.

Por ende, los tipos penales "...no pueden proceder sino mediante esquemas que intenten recoger de la realidad solamente

²⁹ Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, (México: Editorial Porrúa, 1988), p. 423.

D) ESTUDIO ANALITICO DEL TIPO

De la infinidad de conductas antijurídicas existentes, sólo algunas de ellas se encuentran sujetas a la tutela jurídico penal.

El legislador es quien limita esta especial protección al redactar los tipos penales, estableciendo para tal efecto cuales de las conductas antijurídicas deben de ser reputadas como delictuosas, valiendose para ello "...de descripciones precisas que señalen las características puramente exteriores de aquellas conductas que en su concepto deben de ser incluídas..."²⁹

Pero al confeccionar los tipos penales, el legislador se encuentra con la problemática de que la conducta es algo real, existente, casi infinito, lo que impide toda posibilidad de descripción.

Por ende, los tipos penales "...no pueden proceder sino mediante esquemas que intenten recoger de la realidad solamente

²⁹ Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, (México: Editorial Porrúa, 1988), p. 423.

una serie de notas, por que la realidad presenta una pluralidad de datos que es imposible que una norma los describa a todos."³⁰

Luego entonces, señala el maestro Jiménez Huerta, "no existe una técnica legislativa única de tipificar penalmente conductas antijurídicas, ya que forzosamente ha de influir en la estructura y contenido del tipo la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir."³¹

No obstante lo anterior, podemos descubrir en los tipos penales una serie de constantes, de características comunes que nos permiten agrupar sus elementos constitutivos, según se limiten a describir la conducta humana, requieran de una especial valoración por parte del juzgador, o bien, se refieran a la parte psicológica del sujeto activo del delito en : elementos objetivos, normativos y subjetivos.

30 Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción a las figuras típicas, (México: Editorial Porrúa, 1980), p. 75.

31 Loc. Cit.

1.- ELEMENTOS OBJETIVOS

A los elementos objetivos se les define como: "...aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal."³²

Dichos elementos son los más comunes en la legislación y podría afirmarse que resultan imprescindibles, toda vez que mediante su utilización se establece con claridad y precisión cual es la conducta que el legislador considera merecedora de una sanción penal. Jiménez de Asúa señala que los tipos que sólo contienen elementos objetivos hacen más fácil la función del Juez encargado de la causa penal ya que "le basta con el proceso meramente cognocitivo; es decir, con dejar establecidas en los autos las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal."³³

Los elementos objetivos, también llamados descriptivos, son "...aquellos que hacen referencia a las personas, a las cosas o a

³² Pavón, Op. Cit. 270.

³³ Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 254.

las circunstancias de tiempo, modo o lugar en que se debe de ejecutar u omitir el hecho para configurar una conducta delictiva.

"34

a) LOS SUJETOS

En cada tipo penal existen, ya sea expresamente señalados o bien inmersos en la oración que lo compone, dos sujetos: el sujeto activo o agente del delito y el sujeto pasivo.

1) Sujeto activo

Porte Petit Candaudap, considera al sujeto activo como un elemento propio del tipo y lo define como: "...el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice."³⁵

De la anterior definición se desprende necesariamente que el sujeto activo del delito, también llamado autor, sujeto agente, actor, etcétera, es la persona humana, que realiza el ilícito, ya sea

34 Romero, Op. Cit., 313.

35 Porte Petit, Op. Cit., 438.

material o intelectualmente, como instigador, cómplice o en cualquiera otra de las formas que señala expresamente el artículo 13 del Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal.

Y manifestamos que sólo la persona humana puede ser sujeto activo, tanto en el tipo como en el delito, pues en la actualidad no existe legislación alguna que considere a las cosas o a los animales como responsables de la conducta delictuosa, como aconteció en la antigüedad.

Es necesario apuntar que sólo son sujetos de sanción penal los mayores de edad (dieciocho años cumplidos al momento de la realización del delito), pues como lo expresan claramente los artículos 1o y 2o de la Ley que crea los Consejos Tutelares para menores infractores del Distrito Federal, El Consejo intervendrá cuando los menores de dieciocho años infrinjan las leyes penales, a través de diversas medidas, entre las cuales destacan 'la aplicación de medidas correctivas' para promover su readaptación a la sociedad.

Del mismo modo, quedan excluidos de la aplicación del derecho penal los incapaces, por carecer de la aptitud de querer el resultado.

Por otra parte, una de las cuestiones que han despertado mayor interés entre los estudiosos del derecho, es la relativa a la responsabilidad penal de las personas morales; existen principalmente tres posiciones al respecto de éste tópico: la primera que establece que la persona moral o jurídica si puede realizar conductas típicas: una segunda que sostiene que la persona moral no puede realizar conductas típicas y la tercera que señala que las personas jurídicas sólo pueden ser autoras de contraversiones.

A este respecto, y toda vez que no es un tema de especial relevancia para nuestro estudio, sólo apuntaremos someramente dichas teorías.

La primera de ellas, sustentada entre otros por Von Listz, Maestre y Prins, indica que la capacidad de obrar de las personas jurídicas no es distinta en materia civil y penal, "...cualquier sociedad puede contratar dolosamente o no cumplir los contratos celebrados, de los que se derivan las obligaciones de dar."³⁶

36 Reyes, Op. Cit., p. 27.

"Si los hechos de las personas morales generan responsabilidad civil, no se ve por qué no puedan dar lugar también a responsabilidad penal."³⁷

En forma genérica, dicha teoría establece que son distintas las voluntades que integran la sociedad y la voluntad del administrador o representante de la sociedad, de la voluntad propia de la persona moral, por lo que concluyen que por ser diversa a la voluntad de sus integrantes, debe ser susceptible de ser sancionada por separado.

La segunda de las posiciones, a la que consideramos acertada, es la que adoptan la mayor parte de los ordenamientos penales, y que en el el Código Penal vigente para el Distrito Federal se encuentra plasmada en su artículo 110:

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez

³⁷ Loc. Cit.

podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

En el precepto citado, se aprecia con claridad que la responsabilidad del ilícito la deposita la ley en el representante, o en un miembro de la sociedad, no en ella en sí. "el acto de voluntad es individual, si el gerente o representante es quien toma la determinación, aún cuando para ejecutarla se valga de los medios que la sociedad o empresa que maneja le proporcione; y si varios directores, la mayoría o todos los miembros de la organización acuerdan ejecutar el acto, será un caso de participación pero no un delito de la persona jurídica."³⁸

Y si la sociedad o corporación no delinque, es imposible por tanto sancionarla; y sólo se decretará la suspensión o disolución de la sociedad como 'medida asegurativa' por el peligro que implica su existencia como 'medio' de comisión de actos ilícitos.

La tercera posición es la sustentada por Ferrí, quien entre otras cosas indica que la persona moral es una creación jurídica y por ende no es posible que delinca en sentido natural, sino en

³⁸ Villalobos, Op. Cit., p. 271.

sentido legal, por lo cual no se encuentra sujeta al derecho penal común, sino al derecho penal administrativo, por el cual se castigará a la sociedad con penas pecuniarias, la suspensión o disolución.

Por otra parte es necesario señalar que en la mayoría de los tipos recogidos por los códigos penales, el sujeto activo es común e indiferente, es decir que cualquier persona que cometa la conducta establecida en la ley realiza el delito; pero así mismo hay algunos tipos que establecen ciertas características, que exigen determinadas calidades al sujeto activo, encontrándonos entonces, con los denominados delitos propios, especiales o excusivos. En el delito de traición a la patria, por ejemplo, el maestro Pavón Vasconcelos señala que es necesaria "la calidad de ser mexicano por nacimiento o por naturalización."³⁹

Por ende, para que pueda adecuarse la conducta o hecho a la hipótesis descrita por el legislador, será indispensable que el sujeto activo reúna la calidad especial exigida por la figura típica.

³⁹ Pavón, Op. Cit., p. 271.

2) Sujeto pasivo

Carrancá y Trujillo manifiesta que el sujeto pasivo es un elemento integrante del tipo y lo define como: "...aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro (artículo 302), un menor de 18 años (artículo 367 c.p.), etc..."⁴⁰

Reyes Echandía por su parte entiende como sujeto pasivo "...al titular del interés jurídico protegido por el legislador en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente."⁴¹

Hay quienes consideran impropia la denominación, tal como el prestigiado penalista Mariano Jiménez Huerta, para quien "...es mucho más lógico y menos proclive a confusión, considerar a la persona o cosa sobre la que recae la acción como el objeto material de la conducta típica, así como también del delito, cuando éste se considera en su unidad orgánica."⁴²

⁴⁰ Carranca y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*, p. 423.

⁴¹ Reyes, *Op. Cit.*, p. 43.

⁴² Jiménez Huerta, *Op. Cit.*, p. 81.

Haciendo a un lado las objeciones de Jiménez Huerta, encontramos que a diferencia del sujeto activo, la calidad de sujeto pasivo pueden tenerla además de la persona física, las personas morales o jurídicas, incluyendo entre ellas al Estado y la Sociedad.

Autores como Bettioli, consideran que "...en todo delito existen dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado-administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción..."⁴³

Ignacio Villalobos, por su parte indica que "El sujeto pasivo de un delito es siempre la Sociedad cuanto se afectan bienes jurídicos instituidos para la vida ordenada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma; o el Estado, tomado como forma política de organización, en los delitos políticos, y a través de ese Estado la Sociedad misma. Además puede haber una persona física o jurídica, reconocida como titular

43 *Porte Pell, Op. Cit., p. 441.*

de los bienes afectados concretamente, a la cual se considera como sujeto pasivo inmediato..."⁴⁴

Hay inclusive autores como Ferreira Delgado ⁴⁵ que para evitar confusiones distinguen entre el titular del derecho ofendido por el delito 'sujeto pasivo', de la persona sobre la cual de manera inmediata o directa recae la acción del autor, denominandole 'víctima'.

El sujeto pasivo puede ser singular o plural, dependiendo de que el tipo exija uno sólo o varios titulares del bien jurídico protegido; para que exista sujeto pasivo plural, el delito tendrá como titular del bien jurídico a la Sociedad necesariamente.

El sujeto pasivo ordinariamente es indeterminado, es decir, que cualquiera puede ser afectado por el ilícito, pero existen casos en que debe de reunir ciertas características especialmente señaladas por el legislador, para que pueda realizarse la conducta típica; en tales hipótesis se habla de sujetos cualificados.

44 Villalobos, Op. Cit., p. 278.

45 Ferreira, Op. Cit., p. 278.

"La cualificación del sujeto pasivo está referida a una condición natural, moral o profesional, de la cual debe estar revestido al menos en el momento del hecho."⁴⁶

b) LA CONDUCTA O HECHO DESCRITO

El elemento objetivo o descriptivo por autonomía lo constituye la conducta o el hecho descrito por el tipo, en ella se recoge la antijuridicidad del hecho ilícito hipotéticamente formulado por el legislador.

"...La mayoría de los tipos de la parte especial de un Código...(tienen)...como contenido una mera descripción objetiva de conducta, descripción que se realiza mediante simples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible."⁴⁷

Ahora bien, dicha descripción contiene un 'verbo rector' que encierra la esencia del tipo, mismo que indica la conducta que ha de reputarse como delictuosa.

46 Reyes, Op. Cit., p. 44.

47 Jiménez Huerta, Op. Cit. p. 75-76.

El 'privar de la vida' en el homicidio, refleja en sí mismo la antijuridicidad del hecho, convirtiéndolo en ilícito; basta su mera enunciación para ubicarnos dentro del terreno del derecho penal, encontrándonos con que los demás elementos de la oración, tendrán la modesta función de accidentes, que sólo servirán para, en su caso, agravar o atenuar la conducta descrita.

Pero no en todos los tipos penales el verbo rector basta por sí sólo para configurar el delito, pues en gran parte de ellos, es necesario realizar consideraciones en torno al sujeto activo, al sujeto pasivo o a determinadas circunstancias espaciales o temporales, o bien en razón a los medios empleados.

En dichos delitos en que la antijuridicidad no se evidencia por la simple enunciación del verbo rector, se requiere necesariamente la presencia de otros elementos para establecerla.

Es válido concluir que no obstante la importancia del verbo rector, no contiene la esencia del injusto descrito.

A los verbos rectores se les ha clasificado, según su contenido intrínseco, así como desde el punto de vista gramatical.

En razón de su contenido intrínseco, pueden constituir operaciones psicológicas o materiales, "según que se concreten en una actividad mental o en una acción puramente orgánica."⁴⁸

Los verbos que denotan una operación psicológica pueden ser de operación psicológica pura, que a su vez puede ser positiva o negativa, o que impliquen una actividad material, al hacerse evidente la actividad mental del sujeto mediante reacciones orgánicas.

Pueden ser así mismo, verbos constitutivos de actividades inocuas, ordinariamente lícitas, o de una actividad lesiva *per se*.

Por su parte los verbos que denotan operaciones materiales pueden ser de receptividad o de actividad, según su conducta sea pasiva o activa.

Desde el punto de vista gramatical, los verbos rectores pueden ser transitivos e intransitivos, según la actividad del sujeto trascienda a otras personas o cosas, o sólo se revierta hacia el mismo agente; así mismo pueden ser simples o compuestos, según se expresen en un sólo verbo o requieran de frases verbales.

⁴⁸ Reyes, Op. Cit., p. 50-52.

c) EL OBJETO

De singular importancia resulta el estudio del objeto del tipo, toda vez que sin su conocimiento sería imposible la estructuración de las figuras típicas en los códigos.

Al objeto del tipo podemos concebirlo como aquel ente sobre el cual "...recae la acción u omisión descrita en la norma..."⁴⁹

Tradicionalmente los doctos del derecho han distinguido entre dos especies de objeto del tipo, a saber: objeto jurídico y objeto material.

1) Objeto jurídico

El objeto jurídico ha sido considerado como "el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de una sanción..."⁵⁰

El objeto jurídico resulta entonces la razón de ser del tipo, pues contiene la justificación de su existencia toda vez que

⁴⁹ Ferreira, Op. Cit., p. 179.

⁵⁰ Pavón, Op. Cit., p. 171.

establece qué debe de ser considerado como ilícito; que es lo que el legislador considera lesivo para el armónico desarrollo de la sociedad; por lo que en caso de no encontrarse presente este elemento en el tipo, los demás elementos (sujetos y conducta o hecho descrito), resultarían carentes de cohesión.

Por otra parte el objeto jurídico es fundamental para la sistematización de los tipos, pues a través de los diferentes objetos de la tutela penal, el legislador estructura los códigos penales; de tal suerte que el encabezado de cada uno de los capítulos del código, en su parte especial, resulta ser el bien jurídico tutelado por esa serie de normas.

El bien jurídico es, en consecuencia, ser el objeto protegido por la tutela penal mediante la amenaza de una sanción.

Este concepto, no ha sido aceptado por una gran cantidad de penalistas, pues niegan que lo que tutela la ley sea en sí el bien jurídico (considerado como un ente capaz de satisfacer necesidades humanas de cualquier índole), señalando que lo que la ley tutela es el 'interés jurídico', es decir, la valoración subjetiva que hace el titular del propio bien y no el bien en sí mismo.

A este respecto indica Petrocelli: "téngase en cuenta que aquello que es realmente tutelado por el derecho, no es el bien, la cosa en sí y por sí, sino el hombre en cuanto tiene necesidad de

ella, es decir, la relación del hombre con la cosa y, por ende, el interés."⁵¹

El citado autor pertenece a la teoría subjetiva, que pretende dejar establecido que los delitos son creaciones realizadas por el Estado para la protección de los derechos subjetivos de las personas en la sociedad.

Frente a dicha corriente, existen las teorías objetivas y las mixtas: las primeras sostienen, en general, que lo que se tutela es la ley, un derecho objetivo, deber jurídico, no un derecho subjetivo; criticándose dichas teorías pues terminan por confundir lo que tutela con lo que es tutelado.

Por lo que se refiere a las teorías mixtas, éstas consideran que tanto se lesiona un derecho objetivo, como un derecho subjetivo, es decir que además de trasgredirse un bien o interés jurídico, se viola una norma de derecho. Dichas teorías son atacadas arguyendo que no pueden existir derechos de carácter meramente objetivo, toda vez que un derecho no puede existir sin un sujeto que lo ejerza.

51 Blaggio Petrocchi, *Principi di diritto penale, parte general*, citado por Alfonso Reyes Echandía, *op. cit.*, p. 71.

El jurista Alfonso Reyes Echandía, señala que el objeto jurídico puede ser dividido en razón de su alcance y de acuerdo con su titular:

En razón de su alcance puede ser genérico y específico, "El primero se concreta en el interés que el Estado tiene de que los bienes jurídicos protegidos en los diversos tipos penales y pertenecientes a los individuos, a la sociedad o a él mismo, sean salvaguardados"⁵²

El específico se refiere al interés que tiene cada sujeto de mantener un determinado objeto jurídico tutelado.

Por lo que se refiere a la división de los objetos jurídicos en cuanto a su titular, pueden ser pertenecientes al individuo (incluyéndose tanto personas físicas como morales), a la sociedad y al Estado.

52 ibid., p. 71.

2) Objeto material

El objeto material ha sido definido como: "la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva..."⁵³

Dicho concepto es casi unánimemente aceptado, sólo aquellos como Reyes Echandía, que consideran que el objeto jurídico recae en el interés del sujeto, se oponen a dicha afirmación, manifestando que el objeto material es aquello sobre lo que se concreta el interés jurídico del agente.

Salvando dichas críticas podemos considerar que el objeto material del tipo puede ser cualquier persona, cosa, o animal sobre la cual recaer en forma directa e inmediata la acción del sujeto activo.

Ahora bien, regularmente el objeto material se encuentra expresamente señalado en el tipo, pero puede suceder que no se encuentre incluido en la redacción de la norma y sólo esté indirectamente referido.

⁵³ Pavón, Op. Cit., p. 171.

Autores como Ignacio Villalobos indican que "cuando el acto recae sobre una cosa, se dice que esta es el objeto material o de la acción..."⁵⁴, por lo que podría equipararse al objeto material del tipo con el sujeto pasivo, lo cual resulta ser inexacto, pues sólo es posible la coincidencia cuando es atacado uno de los bienes que forman parte de la persona.

Pero además de referirse a los bienes o intereses de la persona, el objeto material puede así mismo recaer, como se indicó anteriormente, sobre una cosa o sobre un 'fenómeno externo', tanto de carácter jurídico, natural o social.

Cuando recae sobre una cosa, es necesario distinguir las cosas que el sujeto activo utiliza como medios para la comisión del ilícito, que no constituyen el objeto material, así como las que sirven para su protección, ornato u otra finalidad.

El objeto material puede recaer sobre un fenómeno de carácter jurídico, como en el quebrantamiento de sanción (artículo 155 del Código Penal para el Distrito Federal), fenómeno de carácter natural, como el hecho falso en la falsedad de declaraciones judiciales (artículo 247 fracción I), o bien como

⁵⁴ Villalobos, Op. Cit., p. 278.

fenómeno de carácter social, cuando con el hecho se perturbe a la sociedad.

d) REFERENCIAS EXIGIDAS EN EL TIPO

El maestro Luis Jiménez de Asúa, señala que en algunas ocasiones además de los elementos anteriormente indicados, participan en el tipo, otros elementos, con características objetivas, referidas "...al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio."⁵⁵, por lo que no pierden su calidad de meramente descriptivos.

"En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tipo y de no concurrir, no se dará la tipicidad..."⁵⁶

Tal es el caso del artículo 214 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, que a la letra expresa:

"Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: II. Continúe ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido;"

55 Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 253.

56 *Porte Pell, Op. Cit.*, 432.

Por otra parte, existen, así mismo, referencias espaciales en el tipo, y en el supuesto de que se presentare la conducta en un lugar diferente, no se estaría en presencia de un delito, tal y como acontece en el artículo 273 que solamente establece una pena a los culpables de adulterio cuando éste haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Jiménez de Asúa se refiere también a los tipos que aluden a ocasiones, es decir, en determinadas circunstancias, tal y como sucede en los delitos de abuso de autoridad, cohecho, peculado, etcétera, en la que es indispensable que el sujeto activo se encuentre en el ejercicio de funciones públicas.

Así mismo se encuentran en los tipos como elementos objetivos o descriptivos, las referencias a los medios, por las que determinadas conductas sólo serán delictivas cuando se cometan con la utilización de los medios específicamente señalados por la ley, tal y como sucede con el adulterio que sólo será punible en caso de haberse realizado en el domicilio conyugal o con escándalo.

Porte Petit, citando a Mezger, señala que además existen los elementos del juicio cognitivo, "...considerando que se trata de características típicas sobre las que recae un determinado juicio

con arreglo a la experiencia y los conocimientos que esta proporciona."⁵⁷

2.- ELEMENTOS NORMATIVOS

Insertos en el tipo, convergen, además de los elementos objetivos o descriptivos, otro tipo de ingredientes, mismos que no se limitan tan sólo a describir la conducta considerada como lesiva, sino que requieren de un *plus*.

Dichos elementos pueden ser de dos tipos: normativos y subjetivos, ocupándonos ahora del estudio de los primeros.

Los elementos, complementos o ingredientes normativos, fueron estudiados inicialmente por el jurista Max Ernst Mayer quien manifestó que "son aquellas partes esenciales de un resultado típico, que no tienen más que importancia valorativa determinada."⁵⁸

Son, al decir del citado autor, elementos que no se encuentran relacionados con el hecho, pero son esenciales, toda vez que

⁵⁷ Ibid., p. 437.

⁵⁸ Luis Jiménez de Asua, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 930.

fundamentan la antijuridicidad contenida en el tipo; ideas que se encuentran en perfecta concordancia con su teoría de que el tipo es la *ratio essendi* de la antijuridicidad.

Ejemplifica su doctrina señalando que en el hurto, la sustracción de la cosa mueble es indicio de la antijuridicidad del acto, pero que la 'ajenidad' de la misma es lo que fundamenta la antijuridicidad en el tipo.

Beling, por su parte, se limita a negar la existencia de los elementos normativos, afirmando que el legislador sólo realiza 'referencias jurídicas', con lo que no quita la característica de meramente descriptiva al tipo.

Un planteamiento parecido al de Mayer, es el sustentado por Edmund Mezger, quien "considera como elemento normativo del tipo todo aquel que para ser determinado requiere una previa valoración...se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho."⁵⁹

Aunque en principio su posición es acertada, Mezger llega al extremo de afirmar que por su gran número puede considerarse que todos los elementos del tipo tienen el carácter de normativos

59 Jiménez Huerta, Op. Cit., 84.

(posición sostenida por Erik Wolf), pero que por razones de Derecho plúblico es conveniente destacar los elementos descriptivos.

Luis Jiménez de Asúa, sólo acepta en parte la posición de Mezger, pues considera que éste engloba bajo el concepto de elementos normativos a ingredientes distintos, por lo cual se avoca a fijar cuales son a su juicio los verdaderos elementos normativos.

No considera normativos a los elementos que 'exigen una especial valoración de la situación de hecho' pues se encuentran relacionados con la descripción típica y participan de dicha naturaleza, obligando al juez a realizar un juicio cognitivo sobre una situación de hecho determinada. Entre dichos elementos incluye a los siguientes:

"a) Unos son claramente cognoscitivos y el juicio jamás rebasará ese proceso, como acontece con la verdad o falacia de una afirmación en el falso testimonio..."

"b) En otro grupo de esos elementos aparece ya más clara la necesidad valorativa o estimativa...según ocurre en los delitos contra el honor al apreciar el sentido de las imputaciones..."

"c) Entre esa categoría de elementos los hay que reclaman una valoración jurídica, como la ajenidad de la cosa en el robo y hurto..."

"d) La valuación es empírico-cultural en otros casos, como cuando se habla de deformidad a consecuencia de las lesiones..."⁶⁰

Manifestando por otra parte que los elementos normativos son aquellos que se vinculan con la antijuridicidad y no con el tipo, obligando al juez instructor a realizar valoraciones de carácter normativo y no meramente cognoscitivas.

Crítica los elementos normativos, aduciendo que no son necesarios y que su presencia obedece a "...impaciencias del legislador, que en vez de contentarse con una mera descripción objetiva, a la que pueden añadirse las indispensables modalidades y referencias a la acción y sus correspondientes elementos subjetivos, ha insertado anticipadamente la valoración normativa."⁶¹

Mariano Jiménez Huerta, por su parte, después de señalar que los elementos normativos son aquellos que resaltan la

60 Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, p. 903.

61 Ibid., p. 904.

antijuridicidad de la conducta por encontrarse cargados de desvalor jurídico, indica que existen por una 'cuestión de técnica legislativa' ya que existen conductas que son de ordinario lícitas y que sólo en determinados supuestos asumen la característica de antijurídicas, lo que hace difícil la labor legislativa, que va a regir a todos los habitantes de un Estado, obligándoles a denotar su antijuridicidad agregándoles las palabras 'injusta', 'indebida' o 'ilícitamente', para que adquieran relevancia penal.

Apunta que los elementos normativos "...son una llamada de atención al juez penal; se le advierte que de una manera especial debe afirmar concretamente la antijuridicidad de la conducta, pues debido precisamente a esta valoración normativa, un hecho puede pasar -siendo idéntico el comportamiento material- de hecho aparentemente lícito a esencialmente ilícito..."⁶²

Por último agrega el autor de referencia que dotar al juez de un amplio poder discrecional (dado el juicio normativo en que debe valorar la conducta) afecta la seguridad pública y atenta contra el principio *nullum crimen sine lege*.

62 Jiménez Huerta, Op. Cit., p. 88.

3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS

Además de los elementos objetivos y de los normativos, encontramos con frecuencia en el tipo, otra clase de elementos, referidos al motivo o fin del autor, dichos elementos han recibido diversas denominaciones, según el encuadramiento que de su naturaleza se realice, pero la más acertada, es la de Elementos Subjetivos del Tipo.

El jurista alemán Hans Albrecht Fischer ha sido considerado como el primero en interesarse en la importancia que el propósito del sujeto activo persigue, en la determinación de lo lícito y de lo ilícito.⁶³

Fischer estableció que los agregados psicológicos se encuentran relacionados con la antijuridicidad. Pero dado que Fischer se refería al fenómeno en el ámbito del derecho civil, al que se le reconoce el mérito de haber iniciado el estudio de los elementos subjetivos en el campo penal es a August Hegler, "...quien trasladó a la figura típica penal, los agregados

⁶³ Reyes, Op. Cit., p. 94. Considera a Carrara el precursor de la doctrina de los elementos subjetivos, ya que hace depender la estructuración del delito según la intención del agente.

sicológicos de Fischer diciendo que la tipificación del hecho punible no debe contentarse con la descripción de los hechos objetivos, sino que debe contener las advertencias de lo subjetivo del autor, cuando ellas son las que califican lo reprochable de esa acción."⁶⁴

A dichas advertencias subjetivas las llamó 'tendencia interna trascendente', que son precisamente a lo que nosotros hemos denominado elementos subjetivos del tipo.

Como señalamos con antelación, han existido diversas concepciones de los elementos subjetivos del tipo, mismas que fueron sintetizadas por Pavón Valoncelos de la siguiente manera:

"a) Una corriente precisa que los elementos subjetivos pertenecen a la antijuridicidad..."

b) Otra corriente ubica tales elementos en el ámbito de la culpabilidad..."

c) Otro criterio mixto encuentra referencias, en tales elementos, tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad..."

⁶⁴ Ferreira, Op. Cit., p. 194.

d) Peculiar posición adopta Ricardo C. Núñez al negar a los elementos subjetivos del tipo relación tanto con la antijuridicidad como con la culpabilidad."⁶⁵

Para Mayer, toda vez que el tipo es considerado como la descripción del injusto, los elementos subjetivos constituyen parte de su 'injusto típico'; los relaciona con el necesario conocimiento que debe de tener el autor de lo injusta que resulta su acción.

En este sentido se pronuncia el maestro Ignacio Villalobos al indicar que: "Dentro de esta concepción objetiva de la antijuridicidad cabe reconocer la existencia de algunos elementos subjetivos que, no obstante serlo, constituyen excepcionalmente la antijuridicidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico."⁶⁶

Mezger por su parte considera que dichos elementos se vinculan con la culpabilidad, toda vez que al ser referencias psicológicas de comprender la ilicitud del acto y determinarse de conformidad con dicha comprensión, es decir 'conciencia' y 'voluntad', que son componentes de lo culpable.

65 Pavón, Op. Cit., p. 275-276.

66 Villalobos, Op. Cit., p. 260.

Jiménez de Asúa , señala que "...se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuridicidad liga a esta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito."⁶⁷

Más adelante distingue entre los elementos de la culpabilidad que se refieren al dolo, de los elementos subjetivos, que él denomina Elementos Subjetivos de lo Injusto, en presencia de los cuales el juez debe de penetrar en el ánimo del agente, pero sin quebrar su papel cognoscitivo, haciendo una especial valoración sobre la índole antijurídica de la conducta del sujeto.

Jiménez Huerta por su parte, establece que la existencia de los elementos subjetivos en el tipo, obedece, al igual que la de los elementos normativos, a exigencias de técnica legislativa, ya que una conducta de ordinario lícita, puede resultar ilícita en atención a "...una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta."⁶⁸

67 Luis Jiménez de Asúa, La ley y el delito, p. 255.

68 Jiménez Huerta, Op. Cit., p. 89.

Después distingue entre los elementos subjetivos que se encuentran expresamente señalados en el Código, de aquellos en que sólo se encuentran implícitamente o de manera latente, agregando que los primeros no ofrecen problema al intérprete, pero en el caso de los segundos, la determinación de su existencia depende de la interpretación del tipo.

Ricardo C. Núñez niega que los elementos subjetivos tengan relación con la antijuridicidad o con la culpabilidad, pues afirma que son de naturaleza eminentemente descriptiva y forman parte de la acción al estar referidos a la descripción legal.

Esta misma posición es la adoptada por Pavón Vasconcelos quien considera que "...los elementos subjetivos deben de estudiarse dentro de la teoría del tipo y de tipicidad. Las referencias subjetivas no pueden ubicarse de buenas a primeras, en el ámbito de tal o cual elemento del delito..."⁶⁹

⁶⁹ Pavón, Op. Cit., p. 277.

E) CLASIFICACION DE LOS TIPOS

Existen diversas clasificaciones de los tipos, según el criterio que para realizarlas se utilice; para los fines del presente estudio, hemos considerado adoptar la clasificación propuesta por el jurista colombiano Alfonso Reyes Echandía en su obra Tipicidad⁷⁰, por considerarla la más completa; el citado autor, hace una clasificación basada en los siguientes criterios: su estructura, el sujeto activo, el bien jurídico tutelado y su contenido.

1.- EN RELACION A SU ESTRUCTURA

Este criterio de clasificación se basa en la necesidad del Estado de proteger intereses jurídicos fundamentales, subdividiéndose en:

⁷⁰ Reyes, Op. Cit., p. 111-141.

A) Tipos básicos o fundamentales, que son "...aquellos tipos que describen conductas lesivas de la integridad del bien jurídicamente tutelado y respecto de los cuales el proceso de adecuación típica es autónomo en cuanto se realiza sin sujeción ni referencia a otros tipos." Dichos bienes regularmente presiden a cada uno de los títulos de la parte especial del código.

Tipos especiales, que son aquellos que describen conductas referidas al tipo básico, agregando, suprimiendo, modificando, concretando o cualificando elementos de éste, siendo regularmente el punto de vista punitivo.

Son especiales por agregación cuando incrustan algún elemento nuevo al tipo básico; son especiales por supresión cuando lo reducen; lo son por concreción cuando precisan el alcance de la lesión al bien jurídico; y lo son por cualificación cuando califican alguno o algunos de los elementos del tipo.

Tipos subordinados o complementarios, son los que "refiriéndose inmediatamente a uno fundamental o especial, describen solamente circunstancias nuevas que apenas cualifican uno o varios de los elementos del tipo al cual se refieren. Por esa razón carecen de vida propia..."

Estos tipos se distinguen de los especiales en cuanto excluyen o complementan al fundamental, en tanto que aquellos sólo modifican al tipo fundamental, pero sin alterarlo.

A su vez, tanto los tipos especiales como los subordinados se subdividen en **privilegiados o agravados**, según atenúen o incrementen la penalidad del fundamental.

b) Siguiendo este mismo criterio, los tipos pueden ser **elementales**, cuando el legislador se limita a describir una sola conducta, o **compuestos**, cuando describen modalidades de la misma conducta.

Dentro de los tipos compuestos se distinguen tres categorías: "...los que están integrados por acciones distintas entre sí pero ligadas por un concepto unitario; los que se conforman de acciones semejantes de una manera unitaria y sintética; y los que distinguen conductas distintas y desvertebradas."⁷¹

c) **Tipos completos e incompletos**, según contengan o no en forma plena la descripción de la conducta y la sanción.

Dentro de los incompletos, se denominan **preceptivos** cuando se limitan a describir la conducta, y **sancionatorios** cuando únicamente señalan la sanción.

⁷¹ Marcelo Finzi, *Delitos con pluralidad de hipótesis en el derecho argentino y comparado*, citado por Alfonso Reyes Echandía, *Op. Cit.*, p. 123.

d) **Tipos autónomos**, son "...aquellos tipos autosuficientes, en cuanto permiten adecuación directa e inmediata..."

Tipos penales en blanco, que son aquellos en que la conducta no aparece completamente descrita, remitiendo al mismo ordenamiento o a otras leyes.

A éste respecto, Enrique Curry, en su obra "La ley penal en Blanco", la define como: "...aquella que determina la sanción aplicable, describiendo sólo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente."⁷²

2.- EN RELACION CON EL SUJETO ACTIVO

a) **Monosubjetivos y plurisubjetivos**, según sea descrita la conducta como realizada por un sólo sujeto o por varios, cuando menos dos.

⁷² Enrique Cury, *La ley penal en Blanco*, (Bogotá: Editorial Temis, 1988), p. 38.

b) En cuanto a la calidad del sujeto activo, se subdivide en **indeterminado**, cuando cualquier persona puede realizar la conducta típica, y **calificados**, cuando se requiere de una cualidad especial en el agente, pudiendo ser esta jurídica o natural.

3.- EN RELACION CON EL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO

a) **Tipos simples** o de conducta mono-ofensiva cuando se tutela un sólo interés jurídico.

Tipos complejos o de conducta pluriofensiva, que son los que en forma simultánea protegen varios intereses jurídicos.

Con relación a éstos últimos, cabe apuntar que se sitúan en el código consignados según el bien jurídico que el legislador considera de mayor importancia o mayormente lesionado.

b) **Tipos de lesión**, que "son aquellos respecto de los cuales la adecuación típica envuelve la destrucción o disminución del bien jurídico materia de la protección estatal."

Tipos de peligro, que "son los que describen conductas que tiendan a amenazar o poner en peligro el bien jurídico objeto de la protección oficial.

Estos últimos a su vez, se subdividen en tipos de **peligro directo**, cuando amenazan de forma directa e inmediata la integridad del bien jurídico, y de **peligro indirecto**, cuando de ellos se desprenden consecuencias nocivas para el bien protegido.

Así mismo pueden ser de **peligro efectivo**, cuando se exige la prueba de que el bien haya sido puesto en peligro, y de **peligro presunto**, los que sólo exigen que la conducta se realice con independencia de que el peligro realmente se produzca.

Por último pueden ser de **peligro individual o común**, según pongan en peligro a un sujeto, a un determinado grupo de personas, o a un número indeterminado de sujetos.

4.- EN RELACION A SU CONTENIDO

a) **Tipos de mera conducta**, los que hacen punible el sólo comportamiento del agente.

Entre éstos pueden distinguirse los de mera conducta **puros** y los que hacen referencia a un resultado, siendo los primeros los

que se limitan a describir una conducta, en tanto que los segundos, en forma tácita o expresa se hace referencia a un evento determinado, sin que esta afecte la tipicidad de la conducta.

Tipos de resultado, "se caracterizan por que la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado, de tal manera que si este no se realiza, el hecho carece de tipicidad plena."

Se hace necesario advertir que al hablarse de 'evento' se le menciona en su acepción natural y no jurídica, como modificación del mundo exterior, pues de otro modo todos los tipos penales se considerarían de resultado.

Los delitos de resultado pueden ser cualificados en razón de su gravedad, de su duración o de su número; pudiendo ser éste último de resultado único o de resultado plúrimo.

b) Tipos abiertos, cuando sólo se describe escuetamente la conducta o solamente se hace mención al resultado.

Tipos cerrados que "...concretan circunstanciadamente la conducta, o señalan no únicamente el resultado sino la forma en que ha de producirse.

c) **Tipos de conducta instantánea**, que son aquellos en que se agota en un sólo momento el comportamiento descrito o el resultado.

Tipos de conducta permanente, cuando la conducta del autor se prolonga en el tiempo, de tal manera que perduran hasta que cesan los actos.

d) **Tipos de acción u omisión**, según se requiera por parte del sujeto activo la realización de actos sensitivamente perceptibles o una conducta negativa, de no hacer.

Dentro de esta última división se distinguen los tipos omisión pura o propia, que son los anteriormente indicados, de los de omisión impropia, o de comisión por omisión, que se da en el supuesto que el agente a través de la omisión busque la realización de un resultado previsto en un delito de acción.

5.- TIPOS NORMALES Y ANORMALES

Por último, sólo nos resta apuntar en el presente numeral la distinción que de los tipos hace el lustre penalista ibérico Luis Jiménez de Asúa, en tipos normales y anormales, según contengan sólo elementos objetivos o descriptivos, o tengan insertos elementos que exijan una especial valoración del juez por contener elementos subjetivos o normativos.

F) EL ASPECTO NEGATIVO DEL TIPO

Para finalizar el presente capítulo, nos referiremos a un concepto de trascendental importancia para nuestro estudio, el relativo al aspecto negativo del tipo.

1.- AUSENCIA DEL TIPO COMO ASPECTO NEGATIVO

Lo primero que es necesario destacar, es que en este apartado no nos referiremos a la atipicidad (aspecto negativo de la tipicidad), sino a la ausencia del tipo, también llamada atipicidad absoluta por algunos autores.

El penalista español Luis Jiménez de Asúa, al referirse a esta circunstancia, establece que "la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica."⁷³

Posteriormente el jurista ibérico separa los conceptos de 'casos de atipicidad' del de 'ausencia total de tipo', señalando sobre este último que es el que con mayor motivo debe de quedar impune.

73 Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 263.

Pavón Vasconcelos, por su parte indica que la ausencia de tipo "...supone la falta de previsión en la ley de una conducta o un hecho."⁷⁴

De lo anterior resulta necesariamente que un hecho, por antijurídico y lesivo que pueda ser para el individuo, la sociedad o el propio Estado, no puede sancionarse, si no existe con antelación a su realización una norma que castigue esa conducta y la describa con precisión.

2.- EL DOGMA 'NULLUM CRIMEN SINE TIPO'

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su párrafo tercero establece que:

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

⁷⁴ Pavón, Op. Cit., p. 284.

El citado numeral consagra la garantía de legalidad o de reserva, que no es otra cosa que la introducción en nuestra Carta Magna del principio *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*, uno de los principios sobre los que descansa el Derecho penal liberal.

Del principio enunciado, podemos apegándonos al tema central de nuestro estudio derivar un principio de gran importancia: *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE TIPO*, es decir, que no hay delito ni por consiguiente pena alguna que pueda ser aplicada, a menos que se encuentre previamente tipificada la conducta en la ley.

Ya que un hecho por notoriamente antijurídico y contrario a los principios generales del derecho, no puede por este hecho ser sancionado, so pena de incurrirse en la inseguridad jurídica, de tal suerte que si se castigara, ningún habitante estaría seguro de que comportamiento pudiese en determinado momento considerarse por la autoridad como lesivo.

Igual suerte correría una norma que no obstante intentar tutelar un bien jurídico determinado no describiera exactamente la conducta que considerará ilícita, ya que se dejaría al juez la labor de interpretar libremente los conceptos faltantes en el tipo, cayéndose nuevamente en la inseguridad.

3.- AUSENCIA DE TIPO, ATIPICIDAD Y DELITO PUTATIVO

Como indicamos en un principio la ausencia de tipo no es lo mismo que la atipicidad. "...en el primer caso, no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal, y en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo."⁷⁵

Por lo referente al delito putativo, Porte Petit, considera que equivale a un caso de ausencia de tipo.

La anterior idea a nuestro entender no es exacta, ya que para que exista un delito putativo es necesario e indispensable que el agente cometa la conducta creyéndola delictuosa y no resulte serlo por falta de una norma que establezca una sanción a su proceder.

⁷⁵ Porte Petit, Op. Cit., p. 466.

En el presente caso, no consideramos correcto identificar al delito putativo con la ausencia de tipo, ya que nos encontramos dentro de la descripción del tipo, y no ante la realización de una conducta que pudiese o no encuadrarse en un determinado tipo penal, estudiamos el aspecto hipotético, no la posible adecuación típica.

CAPÍTULO II LA INTERPRETACION Y LA INTEGRACION PENAL

A) LA INTERPRETACION PENAL

La voz interpretar significa "...desentrañar el sentido de una expresión." ⁷⁶; al interpretar, se pretende establecer con claridad el significado y alcance del mensaje que se presenta frente al sujeto.

La interpretación por ende, no se encuentra referida en forma exclusiva al campo legal, sino que cada expresión oral, escrita,

⁷⁶ Eduardo García Maynez, Introducción al estudio del derecho, (México: Editorial Porrúa, 1982), p. 325.

por ademanes, o por cualquier otra forma de comunicación, es susceptible de ser interpretada.

De esta interpretación 'genérica' se deriva la interpretación de la ley, misma que puede ser conceptualizada en los siguientes términos: "Actividad intelectual encaminada al esclarecimiento del verdadero sentido de una norma legal, de un contrato, de un testamento y, en general, de cualquier acto o hecho jurídico."⁷⁷

Es decir que la interpretación referida a la ley, más que precisar la intención del legislador al establecer una norma legal, busca descubrir el significado que pretendió atribuirle a dicho precepto, o bien, el sentido de la propia ley.

La interpretación de la ley puede referirse entonces, tanto a buscar las ideas del legislador al plasmar el texto de la ley (interpretación lógico-histórica), como a descubrir el sentido lógico objetivo de la norma (interpretación lógico-sistemática).

Por otra parte, es importante destacar que la interpretación referida a la ley, es indispensable, toda vez que se refiere a estatutos que se van a aplicar en forma obligatoria a los habitantes de un Estado; al aplicar la ley, necesaria y forzosamente se tiene que interpretar su contenido.

⁷⁷ Rafael Da Pina, *Diccionario de Derecho* (México: Editorial Porrúa, 1983), p. 311.

Las normas de Derecho Penal, al participar de la misma naturaleza que las del Derecho en general, son por ende susceptibles de ser interpretadas, y dicha interpretación puede revestir diversas formas, tal y como veremos en el siguiente apartado.

B) FORMAS DE INTERPRETACION

La interpretación, en forma tradicional ha sido dividida de conformidad al sujeto que la realiza, a los medios utilizados para el efecto, o bien, dependiendo a los resultados obtenidos con la misma.

1.- EN RAZON DEL SUJETO

En razón del sujeto que realiza la interpretación de la ley, esta se clasifica en doctrinal, judicial y legislativa o auténtica.

a) INTERPRETACION DOCTRINAL

La interpretación doctrinal también denominada privada, es aquella que es realizada por los estudiosos del derecho, la cual no es de manera alguna obligatoria para la autoridad encargada de aplicar la norma al caso concreto, y "...cuya fuerza descansa en los razonamientos con que se expone cada opinión, más que en la autoridad que se pueda reconocer a sus expositores."⁷⁸

No obstante que éste tipo de interpretación carece de fuerza obligatoria, puede llegar a serlo al ser citada por un órgano judicial al basar en las opiniones de los tratadistas del derecho sus sentencias, o bien al ser incluidas en la exposición de motivos de alguna ley por el órgano legislativo.

b) INTERPRETACION JUDICIAL

La interpretación judicial por su parte, es aquella que realizan los jueces, sin importar su jerarquía, al aplicar la norma al caso concreto, a través de la sentencia..

⁷⁸ Ignacio Villalobos, *Op. Cit.*, 144.

Es importante destacar en este momento que la misión fundamental del juez es la de interpretar la norma para aplicarla al caso que se le presenta; su labor no consiste en crear el derecho, sino interpretar su significado y alcance, de acuerdo con lo que la propia norma establece.

Pero salta a la vista de inmediato que es reconocido por la generalidad de los tratadistas que la jurisprudencia es fuente formal del derecho, y no obstante afirmamos que la labor del juez no es la de crear derecho, sino interpretarlo, lo que en principio resulta contradictorio.

Entrando más a fondo a la interpretación judicial, descubrimos que tal contradicción no existe, ya que si bien es cierto que la jurisprudencia (ya sea dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, en Salas, o establecida por los Tribunales Colegiados de Circuito) es de aplicación obligatoria (siempre que lo resuelto en ellas se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario), no debemos olvidar que la jurisprudencia no puede ampliar lo preceptuado por la norma, sino que su labor se limita a esclarecer el contenido de la misma, y por ende, resulta que en la jurisprudencia lo que es obligatorio es la interpretación que de la norma ha dictado el órgano judicial correspondiente, no creando normas nuevas o distintas a las ya conocidas.

c) INTERPRETACION AUTENTICA

La interpretación auténtica, es aquella que hace el propio órgano legislativo al elaborar la ley, "...explicando un texto, fijando el sentido en que, para su aplicación, deben tomarse las palabras o expresiones que lo componen y determinando su forma correcta de uso."⁷⁹

Dicha interpretación puede ser, según sea realizada en la propia ley o se efectúe en una ley posterior: contextual, preventiva o simultánea, en el primer supuesto, o *a posteriori*, extracontractual o ley interpretativa, en el segundo.

2.- SEGUN LOS MEDIOS

Dependiendo de los medios utilizados por el encargado de realizarla, la interpretación puede subdividirse en gramatical y teleológica.

⁷⁹ Loc. Cit.

a) INTERPRETACION GRAMATICAL

La interpretación gramatical, también denominada literal o filológica, es aquella que se basa exclusivamente en el significado de las palabras empleadas para la elaboración de la norma.

Pero el hecho que se base en el significado de las palabras utilizadas por el legislador al redactarla, no implica que la disposición de ser clara, ya que en tal supuesto, no sería necesaria la interpretación ⁸⁰, ya que en ocasiones aunque en principio resulte obvio el sentido de la palabra, puede llevar a equívocos, o resultar incompleta para determinar el sentido de la norma.

Por ello, la mayor parte de los tratadistas no aceptan la interpretación gramatical como una forma separada, y señalan que resulta peligroso dejar al intérprete solamente con la literalidad de las palabras, ya que puede ser más dañino que beneficioso, y sólo la aceptan como el inicio de la interpretación, que deberá de ser complementada con la teleológica para ser válida.

⁸⁰ Algunos niegan la interpretación gramatical tratándose de un texto claro, reduciendo la cuestión a una simple aplicación de la ley, citado por Francisco Pavón Vasconcelos, Op. Cit., p. 91.

b) INTERPRETACION TELEOLOGICA

La interpretación teleológica, es aquella que "...descubre la íntima significación de los preceptos, la verdadera voluntad de la ley, deduciéndola, no sólo de las palabras, sino de los múltiples elementos que contribuyen a formar las disposiciones legislativas."⁸¹

Dichos elementos pueden ser conjuntados en dos grandes grupos: elementos jurídicos y elementos extrajurídicos.

Entre los elementos jurídicos, encontramos al histórico, ya que para interpretar con exactitud un precepto es indispensable conocer las razones que orillaron al legislador para sancionar una conducta en un momento determinado, siendo por tanto necesario conocer los proyectos, los trabajos preparatorios, así como la exposición de motivos.

Un elemento de gran trascendencia para la interpretación teleológica lo constituye la *ratio legis*, ya que como su propio nombre lo indica, este tipo de interpretación busca desentrañar el fin perseguido por el legislador, al redactar el texto de la ley.

⁸¹ Luis Jiménez de Asúa, *La ley y el delito*, p. 113.

La *ratio legis*, es precisamente la que justifica y permite conocer la función para la que fue creada la norma.

El elemento sistemático, resulta así mismo de gran utilidad, pues para determinar el contenido y alcance de una norma es indispensable conocer el contexto del ordenamiento en que se encuentra ubicada, así como el conjunto legislativo en que está encuadrado tal ordenamiento.

La función interpretativa del juzgador no se limita a la aplicación servil e inconsulta de la letra del dispositivo legal, pues la interpretación ha de ir a desentrañar la intención normativa del precepto, del cual la letra no es siempre la expresión cabal del propósito del legislador, y de ahí que sea obligatorio para el juzgador, que interprete en forma sistemática la totalidad del ordenamiento y que no fraccione éste, en forma que, por la aplicación servil de su precepto, se violara el sistema normativo estatuido en el ordenamiento legal.⁸²

El último de los elementos jurídicos de la interpretación teleológica, es el elemento de derecho comparado, el cual puede resultar de utilidad para el intérprete cuando la legislación

82 Porta Petli, Op. Cit., p. 133-134.

extranjera ha influido en la elaboración del precepto, o bien cuando se trata de conceptos jurídicos universales.

Por otra parte, entre los elementos extrajurídicos, encontramos al elemento político, al sociológico, y al ético, mismos que justifican el ser tomados en consideración por el intérprete por ser el derecho una forma de la vida social.

3.- DE ACUERDO A LOS RESULTADOS

La interpretación finalmente puede ser clasificada según los resultados que se obtengan con su aplicación, pudiendo ser declarativa, restrictiva, extensiva o progresiva.

A este respecto cabe aclarar que para que dicha subdivisión tenga alguna trascendencia, necesariamente será referida a la interpretación judicial.

La interpretación será declarativa, "...cuando existe perfecta coincidencia entre el contenido de una ley y su expresión; entre el espíritu y la letra."⁸³

⁸³ Pavón, Op. Cit., p.93.

Un gran número de autores niegan la existencia de éste tipo de interpretación, toda vez que si existe plena concordancia entre lo deseado por la norma y su expresión, no es posible hablar de interpretación, sino de aplicación de la norma penal.

Será en cambio restrictiva cuando se reduce el alcance de la ley, por considerarse que su voluntad no consiste en atribuirle todo el significado que pudiera contener.

En forma tradicional se ha aceptado que debe de aplicarse la interpretación que más beneficie al acusado, aunque existen autores que consideran que lo que debe de protegerse es a la sociedad y no al delincuente.

La interpretación extensiva, es al contrario de la restrictiva, aquella que amplía el alcance de la ley para hacerla acorde a la voluntad de la misma.

Por último, existe así mismo la interpretación progresiva, en la que se adecúa el precepto a las necesidades cambiantes de la sociedad.

La constante transformación del mundo del hombre, hace necesario que el juez instructor considere la evolución y adapte lo perceptuado por la norma al momento en que ha dictar la sentencia, de tal forma que dicho dispositivo se mantenga vigente y no se convierta en obsoleto.

C) LA INTEGRACION EN EL DERECHO PENAL

La integración ha sido definida como la: "Actividad del juez dirigida a cubrir una laguna de la ley con la norma supletoria adecuada, seleccionada entre las establecidas por el legislador con este carácter."⁸⁴

Resulta evidente que la integración supone la existencia de lagunas en la ley para poder ser aplicada; entonces para entender el problema de la interpretación en materia penal, es menester establecer si existen o no lagunas en el derecho punitivo.

Gran cantidad de tratadistas niegan la existencia de lagunas en el derecho penal argumentando que en razón de su exclusividad, sólo las conductas que son consideradas como dañinas para la comunidad deben de ser sancionadas por la autoridad (siempre y cuando se encuentren previamente prohibidas), dejando por lo tanto a toda la demás gama de actividades en el campo de la licitud.

84 Do Pina, Op. Cit., p. 309.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Al contrario de lo que sucede en el Derecho Civil, el Derecho Penal no busca regular la totalidad del comportamiento humano, sino tan sólo sancionar determinadas conductas que resultan lesivas para el individuo, la sociedad o para el propio Estado.

De lo anterior, resulta obligado concluir que el derecho penal no acepta la existencia de lagunas y por lo tanto no es posible utilizar la integración. Esta afirmación encuentra soporte en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución, que establece el principio de legalidad.

Así mismo se robustece la afirmación por lo establecido por el párrafo primero del artículo 7o del Código Penal vigente para el Distrito Federal, al señalar que el delito es aquel acto u omisión que sancionan las leyes penales; o lo que es lo mismo, que todo acto u omisión que no sancionen las leyes penales, no constituirá delito.

Sólo cabría aceptar el método de integración si se adopta la división formulada por el maestro Porte Petit ⁸⁵, para quien existen en el derecho penal normas en sentido amplio y normas en sentido estricto, estableciendo que las últimas son aquellas que abarcan precepto y sanción, en tanto que las primeras o no prescriben conductas o no establecen sanciones, considerando que

⁸⁵ Porte Pell, *Op. Cit.*, p. 141-142.

en estas últimas al dejar de funcionar el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, son susceptibles de integrarse, pues existe la posibilidad de que contengan lagunas y estas puedan colmarse sin atacar el principio de reserva.

Por otra parte es oportuno apuntar que existen diversos métodos de integración: la analogía, los principios generales del derecho y la equidad.

La integración analógica, es aquella que utiliza una norma parcialmente similar a otra, para atribuírle idénticos efectos que a la primera.

Esta forma de integración es la más frecuentemente utilizada por el derecho civil, pero en materia penal, se encuentra desterrada expresamente por la Constitución, como ya lo apuntamos anteriormente, por el artículo 14.

Por lo que respecta a los principios generales del derecho y a la equidad, éstos sólo podrán utilizarse cuando beneficien al acusado, pero nunca para ampliar el contenido de la norma en su perjuicio.

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ADULTERIO

Antes de dar inicio al estudio específico de la figura del adulterio, procederemos a realizar un somero recorrido a través de los diversos tratamientos que dentro del desarrollo histórico ha recibido, iniciando con lo que hemos denominado Antecedentes Históricos Generales, es decir, las soluciones de los pueblos de la antigüedad ante el adulterio.

Posteriormente apuntaremos brevemente las formas utilizadas por las civilizaciones Precolombinas, en lo que ahora conocemos como México para sancionarlo, así como el desarrollo de su represión en España.

Finalmente analizaremos las distintas soluciones legislativas promulgadas en los Códigos Penales de las Entidades Federativas actualmente en vigor en la República Mexicana.

A) ANTECEDENTES HISTORICOS GENERALES

Para estar en posición de entender cabalmente la regulación del adulterio en la antigüedad, es menester tener presente tres factores:

-La represión penal es la primera forma en que los pueblos de la antigüedad conocieron el derecho.

-La familia y todo lo relacionado con ella tienen gran trascendencia en los ámbitos social y religioso.

-La mujer forma parte del patrimonio del hombre.

Considerando los factores antes enunciados, podemos entender por qué desde la antigüedad el adulterio sea tratado como delito infamante y que se haya castigado con gran severidad. Así mismo es comprensible la desigualdad de trato entre el varón y su manceba, con respecto del de la mujer con su amante.

Esperanza Vaello Esquerdo ⁸⁶ hace un interesante análisis sobre la evolución que la figura del adulterio ha tenido en la antigüedad, manifestando que en los pueblos asirio, babilónico y fenicio el adulterio de la mujer era castigado con la muerte por fuego, en tanto el del marido era aceptado como concubinato.

En la India, el Código de Manú establecía que el adulterio constituía una doble ofensa, a los Dioses por una parte y como causa de mezcla de castas por otra; al igual que los fenicios castigaba severamente a la mujer adúltera así como a su cómplice, condenándolos a una muerte infamante.

Los egipcios por su parte cortaban la nariz a la mujer, en tanto que a su amante lo castraban, o en su caso, recibía el castigo de los mil azotes.

Los hebreos daban muerte a la adúltera y a su amante, lapidando a la primera públicamente, tras ser juzgados por un Tribunal doméstico.

En Grecia, la ligereza de las costumbres hace posible que la mujer se entregue a sus parientes más próximos en busca de descendencia, pero no obstante, se sanciona el adulterio de esta,

⁸⁶ Esperanza Vaello Esquerdo, *Los delitos de adulterio y amancebamiento* (Barcelona: Editorial Bosch, 1976), p. 19-24.

dejando el castigo al arbitrio del marido, quienes su caso, podía disponer de la vida de su esposa.

Caso de excepción lo constituye Esparta, en donde no sólo no se castigaba el adulterio de la mujer, sino que se promovía, ya que al ser el espartano un pueblo guerrero, era importante fomentar la descendencia masculina.

En Roma, cuna del derecho actual, es más complejo el tratamiento, no obstante lo cual, como apunta González de la Vega,⁸⁷ tuvo como constante el castigar a la esposa adúltera, en tanto que no sancionaba al marido, salvo cuando su conducta causaba ofensas a la honestidad de las doncellas o a las esposas de otros hombres.

Carmona al referirse a la represión expresa "La mujer es considerada como objeto de la propiedad del marido, presentándose así el adulterio como un robo, como un atentado a la propiedad marital"⁸⁸

⁸⁷ Francisco González de la Vega, *Derecho Penal Mexicano* (México: Editorial Porrúa, 1990), p. 433.

⁸⁸ Alberto González Blanco, *Delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano* (México: Editorial Porrúa, 1974), p. 190.

En sus inicios el adulterio cometido por la esposa era juzgado por un Tribunal familiar en forma arbitraria, pudiendo ser condenada a la muerte, aunque por lo general se imponía el destierro.

Así mismo se permitía al marido ofendido disponer de los adúlteros en caso de encontrarlos en flagrancia, pues gozaba de inmunidad absoluta al matarlos.

Cuello Calón indica que "El derecho romano primitivo no penó el adulterio de la mujer, su castigo estaba reservado al tribunal doméstico, pero el marido podía incluso matarla, así como al correo"⁸⁹

Augusto promulgó en el año de 736 la *Lex Julia de Adulteriis coercendis*, con la que el adulterio constituyó por vez primera en el Imperio un delito público.

La citada Ley, al igual que sus predecesoras, la *Lex Julia de fundo dotali et de adulteriis* y la *Lex Julia de ordinibus mariandis*, permitieron que cualquier persona denunciara el adulterio pasados sesenta días sin que el padre o el marido hubiesen ejercitado la acción correspondiente.

⁸⁹ Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo II (Barcelona: Editorial Bosch), p. 638.

Dichas Leyes imponían penas de relegación y repudio permitiendo así mismo al marido retener la mitad de la dote en su beneficio; al amante se le confiscaban la mitad de sus bienes, y en caso de que fuesen encontrados en el domicilio conyugal y el cómplice fuera de baja condición, se le permitía al marido matarlo.

Debido a la relajación de las costumbres, la comisión de este tipo de delitos ascendió notablemente y no fue sino hasta el siglo III que Constantino agravó el castigo a la pena capital, limitando por otra parte la denuncia, misma que sólo podían realizar los familiares más próximos.

Teodosio establece penas infamantes para los culpables de adulterio; Valentino castiga con la muerte a la mujer adúltera, en tanto que Justiniano permite la muerte del amante, en tanto que dispone el encierro de la mujer en un monasterio, del que no podría salir sin el consentimiento del marido.

Con el advenimiento del cristianismo, y la transformación del matrimonio en una concepción religiosa surge una humanización de las penas a los adúlteros, transformándose estas principalmente en pecuniarias.

Con el obscurantismo de la Edad Media, se da un retroceso a éste respecto, pues la Iglesia reclama el derecho de juzgar a los

adúlteros, no obstante lo cual resulta significativo el avance por lo que respecta a la nivelación de sexos.

En el antiguo derecho germánico se quemaba a la mujer y sobre sus cenizas se ajusticiaba a su amante; posteriormente al evolucionar la civilización, la mujer era expulsada del hogar y se le cortaban los cabellos, se le quitaban sus vestidos y era azotada públicamente por toda la población.

En el Derecho Musulmán se aplicaba la prisión perpetua a los adúlteros, autorizándose posteriormente la pena de muerte, siempre que los hechos fueran advertidos por cuatro testigos.

B) DERECHO PREHISPANICO

Gracias a la Conquista Española de América, existe muy poca información sobre la forma en que los pueblos naturales de estas tierras regulaban el adulterio, ya que por la falsa moralidad de los conquistadores, que consideraban a los pueblos conquistados como salvajes y carentes de inteligencia, se destruyeron su cultura y sus tradiciones.

De lo poco que se puede rescatar de aquellas civilizaciones, sobre el objeto a estudio, Marcela Martínez Roaro ⁹⁰ hace un interesante estudio, de donde basaremos el desarrollo del presente apartado.

En forma genérica, los pueblos de esta parte del mundo eran severos por lo que se refiere a la moral sexual, ya que consideraban que era un don otorgado por los dioses que debía practicarse con mesura.

Entre los pueblos que habitaban lo que actualmente conocemos como México, había diversos tratamientos a los culpables de adulterio.

Existe la constante de que dichos pueblos sancionaban a la mujer adúltera, pues era considerada como una de las faltas más graves, en tanto que el hecho de que el hombre casado tuviese relaciones sexuales con una mujer que no fuera su esposa, sólo era visto con desprecio por la comunidad, en especial por lo que se refiere a la mujer soltera.

Los mayas fueron de los pocos que no castigaron con la muerte a la culpable de adulterio, ya que tan sólo era repudiada por el marido; los hijos pequeños permanecían con la mujer, en

⁹⁰ Marcela Martínez Roaro, *Delitos Sexuales* (México: Editorial Porrúa, 1991), p. 48-62.

tanto que los varones mayores seguían al padre, dándole así mismo libertad a la adúltera para unirse con otro hombre.

Entre los aztecas y zapotecas el marido ofendido daba muerte a los adúlteros, y en su caso podía en lugar de matar al amante, cortarle las orejas, la nariz y la boca.

Los tarascos permitían dar muerte a los adúlteros, pero si el ilícito se cometía con alguna de las esposas del rey, se le sacrificaba, así como a la familia del amante y confiscados sus bienes.

La mujer era entregada a un sacerdote quien ordenaba su muerte, en tanto que en caso de que el adúltero fuera el varón, la esposa era recogida por su familia y vuelta a casar con otro hombre.

Es interesante destacar que entre los aztecas el derecho de matar correspondía exclusivamente al rey, y no obstante que la pena para los adúlteros era la de muerte, si el marido ofendido mataba a los agentes por su propia mano, él a su vez era sacrificado.

Resulta importante señalar que los aztecas y los demás pueblos de estas tierras desconocían las penas pecuniarias, por carecer de monedas, y las prisiones no existían, ya que resultaba ilógico encerrar a un hombre para que fuera inútil para la

sociedad, por lo que todas sus sanciones se referían, sino a la muerte, a golpes y a humillaciones.

Toda esta riqueza cultural y cúmulo de tradiciones se perdieron con la llegada de los conquistadores españoles, pues como señalamos con antelación suprimieron, o intentaron suprimir en su mayor parte, toda la riqueza de la tradición auctóctona, imponiendo una civilización más avanzada que procedía de Europa.

C) ANTECEDENTES HISPANICOS

Como lo indicamos en el apartado que antecede, la dominación española de América durante tres siglos, impuso en nuestro país la tradición legislativa europea, por lo que no sería posible comprender la evolución de la regulación penal del adulterio en nuestro medio, sin conocer los antecedentes de aquellas latitudes.

Vaello Ezquerdo ⁹¹, señala que en toda la legislación antigua de España existe un común denominador: el rigor exacerbado en

⁹¹ Vaello, Op. Cit., p. 26.

la represión, lo que se manifiesta en la regulación de la figura que es objeto de nuestro estudio.

1.- FUERO JUZGO

La ley Primera del Título IV del Libro III, era la que regulaba la figura del adulterio, estableciendo que: *si el adulterio fuere fecho de voluntad de la mujer, la mujer é el adulterador sean metidos en manos del marido, é faga dellos lo que se quisiere.*

Dentro del adulterio dicha ley incluía diversas figuras delictivas, pues consideraban como adulterio inclusive a la violación de la mujer casada, caso en el que sólo se castiga al adulterador, sancionándose inclusive a la mujer soltera que comete adulterio, pero no al marido que lo cometa con ella.

El Fuero Juzgo impone dos tipos de penas, la primera de índole personal, por la que los adúlteros quedan a disposición del marido ofendido para que *faga dellos lo que se quisiere*; y la segunda de carácter patrimonial de tal suerte que los bienes de los

adúlteros pasan a ser propiedad del marido ofendido, salvo que alguno de ellos tuviese hijos legítimos, caso en el que serán estos últimos los que obtendrán el patrimonio.

La ley tercera del mismo título faculta al marido ofendido a acusar a la mujer adúltera aún en el caso de no ser sorprendida en flagrancia.

2.- FUERO REAL

El Título VII del Libro IV. de este cuerpo legal era el que regulaba la figura del adulterio.

En forma genérica mantiene el tratamiento hacia los adúlteros, pero denota mayor suavidad que el Fuero Juzgo:

- La acusación sólo puede realizarla el marido y en caso de no quererlo hacer, la posibilidad de perseguirlo desaparece.

- No podrá acusar de adulterio a la mujer el marido que a su vez ha cometido adulterio y pueda probarse, tampoco cuando hubiese instigado a la mujer a cometerlo, o cuando después de conocer el adulterio la haya tenido en su mesa o en su lecho.

- Puede matar el marido a los adúlteros, pero no puede matar a uno y perdonar a la otra o viceversa. Sin embargo, esta

limitación no existe en el caso del padre o de algún familiar cercano del marido, pues ellos si pueden dejar vivo a alguno de los agentes.

- Continúan las penas pecuniarias, quedando a disposición del marido los bienes de la mujer y los de su amante, en caso de que no existiesen hijos legítimos, que pudieran reclamarlos en su favor.

3.- LAS PARTIDAS

En la Partida VII, título 17, ley 1a. se exponen los motivos por los que se limita la represión al adulterio cometido por la mujer casada:

La primera, porque del adulterio que faze el varon con otra muger non nace daño ni deshonra a la suya. La otra, porque el adulterio que faze su muger con otro, finca el marido deshonorado, recibiendo la muger a otro en su lecho; é además del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se emprenase de aquel con quien fiziere el adulterio vernia el fijo extraño hererdero en uno con los sus fijos; lo que non avernia a la muger del adulterio que el marido fiziese con otra; é

por ende, pues que los daños e las deshonra no son iguales, gisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, é puede acusar a su muger del adulterio, si lo fiziese, é ella non a el...

Este cuerpo normativo establece que únicamente el marido en primer lugar, su padre, sus hermanos y los tíos de la mujer, en segundo lugar, pueden hacer la acusación del adulterio, imponiendo cierto plazo para su ejercicio.

Al igual que en el Fuero Real, se limita la acción del marido ofendido a los casos en que se instigue a cometer el ilícito, cuando sea consentido, o cuando sea compensado.

Retomando los conceptos de Justiniano, el amante debe ser sacrificado y la mujer colocada en un monasterio después de ser castigada. Si el padre mata a la hija casada y adúltera, debe matar también al correo, y en caso de que lo cometa la mujer casada con un siervo, deberán ser quemados ambos.

Las arras y la dote de la mujer pasan a la propiedad del marido ofendido y los demás bienes serán repartidos entre sus hijos, sus familiares y el monasterio en que quede confinada si no es perdonada.

En caso de ser perdonada dentro de los dos años siguientes a la comisión del adulterio, los bienes confiscados volverán al estado en que se encontraban con antelación.

4.- NOVISIMA RECOPIACION

Este ordenamiento retorna a las penas establecidas por el Fuero Real, poniendo a disposición del marido ofendido a la mujer y al correo, pero prohibiendo matar solamente a uno.

Lo más interesante de este cuerpo legal, resulta ser que por vez primera se castiga la manceba (adulterio del marido), de tal suerte que el adulterio de la mujer sólo puede ser acusado por el marido, pero cualquiera puede acusar la manceba del marido; y en tal supuesto a ella se le castiga con el destierro, así como a ser azotada públicamente, en tanto que el varón solamente se le imponen sanciones pecuniarias.

D) ANTECEDENTES EN MEXICO

1.- CODIGO PENAL DE 1871

El Capítulo VI del Título Sexto del Libro Segundo del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1871, constituye la primera codificación que en el México Independiente regula el ilícito objeto de nuestro estudio.

Cincuenta años después de proclamado el final de la Independencia, tras un gran número de guerras intestinas y de invasiones extranjeras, en el naciente Estado se dan las condiciones necesarias para que se formule un catálogo propio de delitos y de penas, que no proviniera directamente de la Metrópoli.

Los numerales del 816 al 830 del citado ordenamiento, constituyen a su vez, el cuerpo normativo más elaborado que jamás se haya realizado en nuestro país, en lo que se refiere a la figura del adulterio.

Varios son los puntos significativos del Código de 1871, por lo que a continuación nos permitimos realizar un resumen esquemático de los mismos:

a) No define lo que ha de entenderse por adulterio.

b) Se castiga todo adulterio cometido por la mujer casada (artículo 816).

c) Sólo puede quejarse de adulterio la mujer casada en tres hipótesis:

- Cuando se cometa en el domicilio conyugal;
- Cuando lo cometa el marido con una concubina; y
- Cuando cause escándalo (artículo 821).

d) La pena para el marido adúltero, será sólo la mitad de la que corresponde a la mujer casada adúltera, excepto en el caso de que se cometa en el domicilio conyugal, en el que se equiparan las sanciones (artículo 816).

e) Sólo se castiga el adulterio consumado (artículo 824).

f) Solamente puede iniciarse acción criminal a petición del cónyuge ofendido (artículo 820).

g) Procede el perdón del cónyuge ofendido (artículos 825 y 826).

h) En caso de muerte del quejoso cesa todo procedimiento judicial, hasta antes de haberse dictado la sentencia (artículo 827).

En la Exposición de motivos del Código, Martínez de Castro explica las razones de la diferenciación del tratamiento hacia el marido y la mujer, mismos que en sus términos recuerdan claramente a los expresados en las Partidas:

Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal en contra del marido, aunque con menos latitud que a éste; porque si no se puede negar que, moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las consecuencias, pues aquél queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de esta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos introduciendo

herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio.⁹²

2.- CODIGO PENAL DE 1929

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, incluye al adulterio dentro de los "Delitos contra la familia".

En sus disposiciones, se establece la igualdad en el tratamiento a los adúlteros, independientemente de su sexo, y prescribe que sólo será punible el adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

3.- PROYECTOS DE CODIGO PENAL DE 1949 Y 1958

En ambos proyectos (que no fueron promulgados, dejando en vigor el actual Código Penal, que data del año de 1931), se omite al adulterio del catálogo de delitos.

⁹² Exposición de Motivos, p. 69, citado por González de la Vega, Op. Cit., p. 434.

No obstante la franca y clara tenencia a despenalizar al adulterio en nuestro medio, su regulación subsiste en la actualidad en el Capítulo IV, del Título Decimoquinto (Delitos Sexuales), del Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, para toda la República en materia de fuero federal.

Es menester apuntar que la corriente que intentaba suprimir el adulterio como delito en la Comisión que elaboró el proyecto para el Código de 1931, fue mayoritaria, pero al publicarse el citado ordenamiento, como lo hemos indicado, subsistió entre el catálogo de delitos, principalmente gracias a la opinión de Luis Garrido y Jose Angel Ceniceros, quienes sostenían que:

"...Reconociendo las acervas y en ocasiones justificadas críticas que se han hecho para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron que se debía seguir incluyendo en los Códigos Penales, por que tal inclusión representaba, por lo menos, un valladar que se opone al desenfreno y al relajamiento de las costumbres, porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora".⁹³

⁹³ González de la Vega, Op. Cit., p. 438.

E) CODIGOS EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Al ser la materia penal de carácter estatal, por no encontrarse incluida dentro de los artículos 73, 74 y 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cada una de las Entidades Federativas tiene la facultad de elaborar su propia codificación en la materia, a través de su Congreso Local.

Desgraciadamente y debido al centralismo (no jurídica, sino virtualmente hablando), que existe en nuestro país, la mayor parte de los Códigos Penales de los Estados se limitan a copiar las disposiciones contenidas en el Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo anterior, es que en el presente apartado sólo mencionaremos los ordenamientos en los que exista alguna diferencia con respecto al tratamiento que del adulterio realiza el Código punitivo del Distrito Federal:

1.- No consideran delito al adulterio, por no aparecer en sus respectivos ordenamientos, los Estados de Campeche, Michoacán, Puebla, Veracruz y Yucatán.

2.- Lo ubican dentro de los "Delitos contra la Familia", los Códigos de Aguascalientes y Zacatecas.

3.- Sólo lo definen (en términos muy similares: Se entiende por adulterio el acceso carnal-cópula-trato carnal-relaciones sexuales que tenga la persona casada con otra que no sea su cónyuge-esposa, y a la que con ella lo tenga, siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo), los Códigos de Aguascalientes (artículo 249), Chihuahua (artículo 257), Estado de México (artículo 185), Guanajuato (artículos 212 y 213), Tabasco (artículo 264), Tlaxcala y Zacatecas.

4.- No hacen referencia al medio (escándalo) o al lugar de comisión (domicilio conyugal), los Códigos de Tabasco y de Tlaxcala.

5.- Por su redacción sólo aceptan la conducta heterosexual los Códigos de Aguascalientes, Guanajuato, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas.

CAPÍTULO IV LA REGULACION DEL ADULTERIO

A) CONCEPTO

1.- ETIMOLOGIA DE LA PALABRA

El vocablo adulterio proviene, según señalan González Blanco, Carrancá y Trujillo, De Ibarrola y González de la Vega ⁹⁴de las palabras latinas *Alter*

⁹⁴ González Blanco, Op. Cit., p. 210., Raúl Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado (México: Antigua Librería Robredo, 1966), p. 649., Antonio De Ibarrola, Derecho de Familia (México: Editorial Porrúa, 1984), p. 340. González de la Vega, Op. Cit., p. 431.

Thoruni, es decir, yacer ilícitamente en el lecho ajeno. El último de los citados juristas, indica que dicho origen etimológico (al que califica de dudoso), proviene de la Séptima Partida (Título XVII, Ley Primera):

"Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada, ó desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín alterius et thorus, que quieren tanto decir como ome que va ó fue al lecho de otro; por quanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, é non el della."

2.- CONCEPTO DOCTRINAL

Partiendo de la base de que nuestro Código omite definir lo que debe de entenderse por adulterio, para encontrar un concepto que satisfaga nuestro objeto a estudio, es menester acudir a la doctrina.

González Blanco define al adulterio como: "...la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o ambos unidos por vínculo matrimonial, con un tercero."⁹⁵

Agrega el tratadista que el concepto de adulterio procede del propio Código Penal para el Distrito Federal, señalando que el artículo 310 de dicho ordenamiento es el que proporciona la definición, al describir una modalidad del homicidio por infidelidad conyugal, cuando una persona casada sorprende a su cónyuge en el acto carnal con otra.

Indica así mismo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que a falta de concepto legal, se establece la significación del adulterio desde un punto de vista gramatical ordinario.

En este mismo sentido se inclina el maestro Ignacio Villalobos, al señalar que el tipo de adulterio se forma "...no con la expresión completa y directa de todos sus elementos, sino a través de una referencia cultural", agregando que "la ley penal no describe el acto sino que solamente lo menciona como un concepto cultural o técnico ya conocido y supuesto."⁹⁶

95 González Blanco, Op. Cit., p. 214.

96 Villalobos, Op. Cit., p. 277.

Acota González Blanco que en otras ocasiones la Jurisprudencia se remite a la doctrina, considerando al adulterio como "la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada."⁹⁷

Rafael de Pina, por su parte considera al adulterio como la "relacion sexual establecida entre personas de distinto sexo, cuando una de ellas, al menos, se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio."⁹⁸

Vaello Esquerdo lo define como: "Todo aquel comercio sexual de un cónyuge con tercera persona de distinto sexo, prohibido por la ley."⁹⁹

Carrancá y Trujillo a su vez conceptualiza al adulterio como "el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados."¹⁰⁰

97 González Blanco, Op. Cit., p. 211.

98 De Pina, Op. Cit., p. 63.

99 Vaello, Op. Cit., p. 107.

100 Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 649. Idéntica definición aporta Antonio De Ibarrola, tomando la misma de Las Partidas, Op. Cit. p. 340-341.

Antonio de P. Moreno apegándose a lo dispuesto por el artículo 273 del Código Penal aporta una definición idéntica a la de Carrancá y Trujillo, agregando que debe de ser cometido en el domicilio conyugal, o bien con escándalo.

Cuello Calón por su parte cita el artículo 449 del Código Penal Español indicando que "cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio."¹⁰¹

Cabe apuntar que la legislación Ibérica distingue entre adulterio y amancebamiento, considerando el primero como el delito cometido por la esposa y al segundo como el ilícito realizado por el marido, estableciendo así mismo que sólo comete amancebamiento "el marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella."¹⁰²

González de la Vega manifiesta que el concepto de adulterio pertenece al Derecho Civil, señalando que "es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en

¹⁰¹ Cuello Calón, Op. Cit., p. 641.

¹⁰² Ibid., p. 650.

el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial."¹⁰³

Agrega que dicha conducta siempre constituirá un ilícito civil, pero no necesariamente integrará un delito, sino que sólo podrá considerarse así, cuando se realice en "condiciones de grave cinfismo en sus autores o de extrema afrenta contra el cónyuge burlado, como lo son los que acontecen en el domicilio conyugal o con escándalo."¹⁰⁴

Manifiesta que el adulterio en el Derecho Penal Mexicano, por ende, salvo en los casos de excepción indicados, no es punible.

De las definiciones enunciadas, cuya prolijidad es deliberada, podemos determinar que contienen las siguientes notas de afinidad:

-Es menester una relación sexual, ayuntamiento, comercio o conjunción carnal.

103 González de la Vega, Op. Cit., p. 431-432.

104 Loc. Cit.

-Es necesario que al menos uno de los sujetos activos se encuentre unido en matrimonio al momento de la consumación del delito.

-Es indispensable que la relación se produzca con persona que no sea su cónyuge.

Pero de las citadas definiciones salta a la vista que así mismo reflejan grandes diferencias, tanto por lo que toca al tipo de relación sexual que se requiera, como por lo que se refiere al sexo de los sujetos activos, pues puede ser heterosexual u homosexual.

Ambos puntos los trataremos con mayor profundidad más adelante al referimos a los elementos del adulterio, bastando por el momento con enunciarlos.

Por lo que respecta a la ilegitimidad a la que hacen referencia tanto Carrancá y Trujillo como Antonio de P. Moreno, la consideramos irrelevante para la definición, toda vez que para que una conducta sea establecida como delito, entre otras características, es indispensable que sea antijurídica, esto es contraria a derecho, por lo que agregarle la palabra ilegítima a la definición resulta redundante.

B) EL ADULTERIO Y SU REGULACION CIVIL

La figura del adulterio, como lo hemos indicado con antelación, se encuentra tutelada tanto por el Derecho Civil como por la legislación penal; en materia de derecho privado el Código Civil omite de igual manera definir lo que ha de entenderse por adulterio, pero establece una serie de sanciones privadas en contra del cónyuge culpable y de su compañero adulterador, y por otra parte concede variadas acciones a favor del cónyuge ofendido:

1.- El adulterio judicialmente comprobado constituye un impedimento para la celebración de matrimonio entre los adúlteros (artículo 156 fracción V).

2.- Las donaciones antenuptiales que se hicieran a favor del cónyuge culpable son revocadas (artículo 228).

3.- Constituye una causa de nulidad del matrimonio entre los culpables del adulterio, dicha causal sólo puede ser deducida por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público, por el plazo de seis meses después de haberse celebrado el matrimonio (artículo 235 fracción II y 243).

4.- Es causal de divorcio, que sólo puede solicitar el cónyuge inocente; dicha acción dura seis meses contados a partir de que tuvo conocimiento del adulterio y termina con el perdón expreso o tácito, así como con la reconciliación (artículos 267 fracción I, 269, 278, 279 y 280).

5.- El cónyuge inocente puede obligar al culpable a reunirse con él, prescindiendo de sus derechos en lo referente al divorcio por esta causal (artículo 281).

6.- Se sanciona con la pérdida de la patria potestad sobre los menores hijos (artículo 283 y 444).

7.- No obstante la pérdida de la patria potestad, continúan todas sus obligaciones en relación a los hijos (artículo 285).

8.- El culpable perderá todo lo dado o prometido al inocente, así como lo dado por terceros en consideración a aquél, en tanto que el inocente lo conservará (artículo 286).

9.- El cónyuge culpable se encuentra obligado al pago de alimentos, así como a la reparación de los daños y perjuicios causados al inocente (artículo 288 y 302).

10.- Produce incapacidad para contraer matrimonio del culpable hasta por dos años después de decretado el divorcio; y

sólo con persona distinta de aquella con la que tuvo la relación adulterina (artículo 289).

Como podemos observar, el Código Civil establece severas sanciones en contra de los culpables del adulterio, tanto de índole personal como de carácter patrimonial.

Es importante destacar en este apartado, que el concepto civil del adulterio es más amplio que el penal, tal y como lo apunta con gran atino el maestro González de la Vega, ya que en materia punitiva sólo es perseguible el adulterio cometido dentro del domicilio conyugal o bien con escándalo, dejando los demás actos adulterinos con total impunidad.

C) LA REGULACION DEL ADULTERIO COMO ILICITO PENAL

Dejando a un lado la opinión de Sebastian Soler en el sentido de que "el adulterio no forma una categoría separada de los demás hechos y por consecuencia, puede pasar por periodos de punibilidad o de impunidad, conforme con las valoraciones de la

época.¹⁰⁵ las consideraciones sobre si el adulterio debe de constituir un delito, han sido ampliamente discutidas por los más diversos autores.

Como lo analizamos en el capítulo precedente, el adulterio fue considerado como un grave delito, merecedor de las más atroces sanciones, pero así mismo su tutela dentro del campo penal ha tenido una importante evolución en tres grandes vertientes:

-La tendencia a la nivelación de sexos.

-La tendencia a penalizar con menor rigor a los culpables de su comisión.

- Y la tendencia a abolirlo del catálogo de los ilícitos de carácter penal.

Por lo que se refiere a las dos primeras vertientes, el cristianismo ha jugado un papel fundamental, al humanizar los castigos impuestos y otorgar un plano de igualdad para la mujer, pero en virtud de que nuestro actual Código las ha aceptado ampliamente, no nos ocuparemos de las mismas, centrando nuestro estudio a la tercera, es decir a la tendencia abolicionista.

¹⁰⁵ Martínez Roaro, Op. Cit., p. 270.

Beccaria fue uno de los primeros en considerar que el adulterio no debería de ser sancionado como delito, ya que además de ser "un delito de prueba difícil...toma su fuerza y su dirección de dos causas: las leyes variables de los hombres y la fortísima atracción que impele un sexo hacia el otro."¹⁰⁶

Indica que el adulterio es distinto a los demás delitos, toda vez que éstos nacen de necesidades momentáneas y contrarias a la sociedad, en tanto que el adulterio tiene su fuente en una necesidad natural y "hasta fundadora de la sociedad misma".

Su represión, sostiene el Marqués de Beccaria, más que desanimar a los ciudadanos a cometerlo, los incita, ya que hace más difícil su realización, magnificando su objetivo.

Cuello Calón ¹⁰⁷, cita entre los autores que se encuentran en contra de la incriminación del adulterio, además de Beccaria, a Voltaire, Filangieri, y en tiempos más cercanos a Pessina y Manzini.

¹⁰⁶ Cesare Beccaria, De los delitos y de las penas (Bogotá: Editorial Temis, 1990), p. 72. González Blanco indica que "en el siglo XVI, ya Julio Claro había destacado que la infidelidad conyugal, era competencia exclusiva del campo de la moral", y que "fue Beccaria de los primeros en sostener la improcedencia de incluirlo dentro del catálogo de los hechos punibles". Op. Cit., p. 197.

¹⁰⁷ Cuello, Op. Cit., p. 640. ple de página.

Tissot expresa que "el adulterio es un simple atentado a la moral. No es un delito por ser violación de una promesa, ya que el perjurio por sí mismo sólo es un atentado a la moral. El deber conyugal no ha sido objeto nunca de una ley, aunque la incapacidad absoluta, haya sido considerada algunas veces motivo de divorcio. No es la violación de la promesa lo que se castiga, sino las consecuencias dañosas que de ella se derivan: introducción de hijos extraños, etc., etc... Es decir, que en el adulterio no se castiga el hecho en sí, sino las consecuencias. El hecho en sí -el perjurio- es solamente un atentado a la moral."¹⁰⁸

"Concluye este autor afirmando que el adulterio, al caer sólo dentro del campo de la moral, únicamente constituye un pecado."¹⁰⁹

En idéntico sentido se pronuncia Arabia, al sostener que el adulterio debería perder su calidad delictiva, sin perjuicio de que se siguiera considerando como un hecho inmoral y dañoso.

Por su parte Pessina indica que "el amor no puede ser materia de precepto jurídico. El buen sentimiento dicta que la

¹⁰⁸ González Blanco, Op. Cit., p. 198.

¹⁰⁹ Vaello, Op. Cit., p. 63.

fidelidad, como coacción impuesta por los tribunales, es una observación de las más graves."¹¹⁰

González Blanco ataca la postura de Pessina afirmando que si bien el orden jurídico por su carácter heterogéneo no puede exigir amor, si puede imponer la fidelidad, siendo esta última el objeto de exigencia de la norma.

Vaello Esquerdo citando a Manzini manifiesta que la represión del adulterio se encuentra condicionada a ciertos criterios subjetivos en que predominan determinados "principios ético-políticos" en un momento histórico dado, y que si se admitiese la incriminación del adulterio su penalidad sería más grave de lo que actualmente es, regresando a tiempos ya superados.

Garófalo "niega el carácter de delito del adulterio por que entiende que no lastima, salvo casos excepcionales los sentimientos altruistas elementales de piedad y probidad"¹¹¹

Vaello Esquerdo hace un interesante análisis de los inconvenientes de la punibilidad del adulterio:

¹¹⁰ González Blanco, Op. Cit., p. 199.

¹¹¹ Vaello, Op. Cit., p. 63.

1.- LAS PENAS PUEDEN LLEGAR A SER INJUSTAS

En efecto, la pena en el adulterio queda, como requisito de procedibilidad, sujeta a la voluntad del ofendido, que en cualquier momento del proceso y aún después de haberse dictado sentencia, puede otorgar el perdón, quedando por lo tanto condicionado el castigo a la irritación del cónyuge ofendido con el delito.

Así mismo la mayoría de las veces sólo sirve para que el inocente pueda tener una causal de divorcio y en el peor de los casos a buscar ventajas patrimoniales.

Por último, la pena del adulterio sirve como instrumento de venganza, perdiendo el derecho entonces su misión fundamental.

2.- LAS PENAS RESULTAN INEFICACES

En primer lugar son ineficaces por que lejos de salvaguardar a la familia, tienden a destruirla, toda vez que con la publicidad negativa que se obtiene con la denuncia de los hechos constitutivos del adulterio se termina con el rompimiento de la unidad familiar.

La escasa penalidad de dicho ilícito no implica el temor de los sujetos activos a la sanción.

Por su misma naturaleza este tipo de conductas se efectúan en la clandestinidad y por ende la mayor parte de los actos adúlteros no se conocen quedando impunes.

En forma genérica, puede decirse que la sociedad acepta el adulterio, no de manera abierta, pero si dejando de sancionar moralmente a los culpables, viendo con recelo que se incrimine algo que es en general aceptado.

3.- SE ACENTUA EL DIVORCIO ENTRE LA REALIDAD Y LA REGULACION JURIDICA

Una de las características del derecho es su dinamismo, ya que no puede quedarse estático y debe de adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad. En el caso del adulterio diversos factores de índole religiosa, así como también han sofocado tal tendencia impidiendo que las normas jurídicas se adecúen a la realidad social.

En Congresos internacionales se ha llegado a la conclusión de que el adulterio debe de despenalizarse, pero factores locales

han hecho que éste persista como ilícito en la mayor parte de las legislaciones.

"Inglaterra fue el primer país europeo que dejó de castigar el adulterio, que no obstante se pena en los dominios y colonias. En los últimos años el adulterio ha dejado de ser delito en Suecia...en Rusia, en Cuba, Colombia y Costa Rica...Finlandia ha abolido este delito...Japón lo ha eliminado..."¹¹²

4.- DIFICULTAD DE PRUEBA

El adulterio por su propia naturaleza se realiza en la intimidad, por lo que es difícil en grado superlativo su prueba, por lo que la jurisprudencia, como en nuestro medio, ha optado por establecer ciertas presunciones, que atentan tanto contra las garantías de los implicados como contra la moral.

Por otra parte las pruebas realizadas por la Representación Social en el cuerpo de los inculcados, resultan vergonzantes, tanto para los participantes como para el propio ofendido.

Vaello Esquerdo apunta atinadamente que el hecho de ser un delito de prueba difícil no basta por sí sólo para objetar la

¹¹² Cuello, Op. Cit., p. 640, ple de página.

penalidad del adulterio, por no ser el único de los ilícitos que tiene esta naturaleza, pero es un aspecto que en relación a los antes enumerados sirven para sostener su impunidad.

5.- SUFICIENCIA DE LAS SANCIONES CIVILES

Como lo apuntamos en el apartado que antecede, son un gran número de sanciones privadas las que produce la comisión del adulterio y las mismas son suficientes para sancionar el ilícito.

Por otra parte, la escasa peligrosidad de los agentes obliga a considerarlos como de mínima peligrosidad para la sociedad en la que se desenvuelven.

Por último se señala que estadísticamente hablando el número de querellas presentadas por la comisión de este delito es muy bajo, en comparación a los cometidos y conocidos; y estos a su vez en relación a los realizados resulta ínfimo.

Langle Rubio sostiene que "reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar los deberes morales más que jurídicos; pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge, un derecho a exigir su

observancia, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito."¹¹³

A este respecto Diego Vicente Tejera indica que "el adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben de ser privadas y deben de ser tratadas dentro del Derecho Privado general."¹¹⁴

Frente a estas y otras opiniones en contra de la incriminación del adulterio se alzan otros autores que sostienen la conveniencia de que dicho ilícito continúe siendo castigado por el derecho penal.

Entre los argumentos que sostienen los autores que defienden la incriminación del adulterio podemos citar los siguientes:

- Es un acto que atenta contra el hogar y eventualmente lo destruye.
- La mujer que lo comete puede introducir hijos ajenos a la familia.
- Se revela una personalidad depravada e inmoral.

¹¹³ González de la Vega, Op. Cit., p. 435-436.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 437.

- Con su comisión se infringe la fidelidad del matrimonio, que constituye uno de los pilares de la institución.

- Existe la posibilidad de contagio de enfermedades venéreas.

- Ofende el honor del cónyuge inocente.

- Puede dar origen a la comisión de otros delitos.

Cuello Calón sostiene que "la necesidad de proteger, y hoy más que nunca el orden jurídico matrimonial y de tutelar el vigor y la moralidad de la institución familiar justifican su castigo."¹¹⁵

González Blanco, después de afirmar que el adulterio subsiste en nuestro medio por consideraciones de carácter religioso, indica que para despenalizar el adulterio sería indispensable reprimir el daño causado al estado civil, creando una figura que sancionara dicho ataque.

Antonio de P. Moreno aprueba la sanción del adulterio señalando las siguientes razones: "la ofensa al cónyuge inocente, por que se falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, que es la base fundamental del matrimonio...el sentimiento de compañerismo y de mutuo auxilio entre los esposos se debilita o desaparece, como consecuencia del adulterio...con el adulterio se

¹¹⁵ Cuello, Op. Cit., p. 640, ple de página.

conculcan los derechos de la familia y se trastorna el orden y la moralidad que deben reinar en ella, no solamente cuando lo comete la mujer, que es cuando cobra mayor fuerza el argumento, sino cuando lo comete el marido."¹¹⁶

Rafael de Pina, en relación a la suficiencia de las sanciones civiles para castigar al adulterio expresa que "los intereses de la familia, la defensa de esta institución no puede ser considerada como asunto privado."¹¹⁷

Pacheco indica que "sería necio, sería malsonante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe ser, no puede menos de ser, considerado por la ley como delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera; porque ninguno causa a la sociedad, a la vez, tanto desorden material."¹¹⁸

La exposición de motivos del Código Penal francés, después de señalar que el adulterio implica la violación de múltiples deberes, lo coloca dentro de la categoría de uno de los más grandes atentados contra las buenas costumbres con perjuicio de

116 Martínez, Op. Cit., p. 270.

117 De Pina, Op. Cit., p. 63.

118 González de la Vega, Op. Cit., p. 435.

la moral e indica que tiene la categoría de delito y no de crimen por la contradicción existente entre la ley y la opinión, ya que esta excusa lo que la ley debe punir.

D) ELEMENTOS DE LA TUTELA PENAL DEL ADULTERIO

Después de haber considerado los antecedentes del ilícito de referencia y tras conocer las diversas concepciones doctrinales en torno al adulterio, así como el tratamiento que el Código Civil realiza sobre esta figura, estamos en condiciones de analizar las disposiciones vigentes en el Código Penal para el Distrito Federal a la luz del estudio analítico propuesto en el primer capítulo de la presente obra.

Es decir que fragmentaremos las normas relativas del código punitivo para tratar de encontrar los elementos del tipo de adulterio (en caso de existir alguno), así como determinar si la ausencia de alguno de dichos elementos, nos lleva a la ausencia del tipo.

Para tal efecto reproduciremos las disposiciones contenidas en el código, para posteriormente analizar los elementos de la descripción positiva penal del adulterio.

ART. 273.- Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

ART. 274.- No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando éste formule su querrela contra uno sólo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes.

ART. 275.- Sólo se castigará el adulterio consumado.

ART. 276.- Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si esta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables.

Como podemos apreciar claramente en el Capítulo IV del Título Decimoquinto, del Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, no se precisa lo que debe de entenderse por adulterio, sin embargo de la redacción de los artículos correspondientes podemos extraer por deducción ciertos elementos.

1.-ELEMENTOS OBJETIVOS

a) SUJETO ACTIVO

De la redacción de los artículos correspondientes del Código, se desprende la existencia de dos sujetos activos, a saber: el adúltero y el adúlterador.

La doctrina no es unánime en esta cuestión,¹¹⁹ pues autores como Pisapia y Petrocelli, manifiestan que el delito de adulterio no es plurisubjetivo, en atención a que no se puede considerar como tales aquellas situaciones en las que la conducta de uno de los agentes es sólo eventualmente punible; dicha afirmación parte del supuesto de que el adúlterador o correo ignore que la mujer o el varón sean casados al momento de sostener la relación sexual con ellos, así como en los caso de minoría de edad, etcétera.

Otros autores, entre los que destaca Ranieri sostienen que el delito de adulterio es necesariamente pluripersonal pues la inimputabilidad o ignorancia del vínculo matrimonial de uno de

¹¹⁹ Vaello, Op. Cit., p. 121-124., González Blanco, Op. Cit., p. 220-221.

los autores no basta para desvirtuar dicha necesidad, sino que es menester única y exclusivamente para su punición.

Por lo que respecta al sexo de los autores, existe gran divergencia de opiniones, pues verbigracia en España, consideran sólo como adulterio el yacimiento con hombre distinto de su marido de la mujer, en tanto que en nuestro medio pueden cometer adulterio tanto el varón como la mujer casados.¹²⁰

La mayor parte de las legislaciones (incluidas las de varios Estados de la República), consideran como adulterio sólo la conducta heterosexual, en tanto que por la redacción de nuestro Código puede válidamente afirmarse que los comportamientos homosexuales, tanto lésbicos como sodomáticos, pueden configurar el adulterio.

b) SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del adulterio, lo constituye el cónyuge inocente, que en nuestro medio puede ser tanto el varón como la

¹²⁰ Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 650., González de la Vega, Op. Cit., p. 439.

mujer casados, en este caso dicho sujeto necesariamente es monosubjetivo.

Pero el problema radica en que si se considera al Estado como titular de genérico de los bienes jurídicos, sería éste el sujeto pasivo del adulterio (y de todos los delitos en general), dejando al cónyuge ofendido como titular particular del bien jurídico, o víctima.

Algunos autores afirman que el verdadero sujeto pasivo lo constituye la familia, pues, en su consideración es la directamente afectada por el delito en cuestión.¹²¹

Entre los que niegan la categoría de delito del adulterio, hay quienes sostienen que no existe sujeto pasivo, pues el acto por inmoral que resulte, se comete sólo en contra del propio agente y por ende no es posible considerar que se identifiquen las personalidades de sujeto activo y pasivo en la misma persona.

¹²¹ Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 650., González de la Vega, Op. Cit., p. 439.

c) DESCRIPCION DE LA CONDUCTA

Es indudable que nuestro ordenamiento sustantivo omite de manera absoluta describir lo que considera como adulterio, dicha omisión tiene graves consecuencias, como lo veremos más adelante; pero no obstante ello, múltiples autores tomando como base conceptos de derecho comparado pretenden obtener la conducta ilícita (no descrita) del propio código, o en su defecto restarle importancia.

De Ibarrola manifiesta que "Irrelevante resulta entonces que la ley no defina la palabra adulterio, pues es frecuente que la ley, al describir las figuras utilice vocablos que requieren de una valoración por parte de los encargados de aplicar el derecho".¹²²

El connotado civilista funda su opinión en el hecho de que la ley penal sólo sanciona el adulterio cometido con escándalo o en el domicilio conyugal.

Otros autores como González Blanco indican que la definición del adulterio puede obtenerse del artículo 310 del propio código, del atenuante establecido para el que sorprenda a

¹²² De Ibarrola, Op. Cit., p. 341-342.

su cónyuge en el acto carnal con otro, olvidando el citado penalista que el numeral en que basa su propuesta no sólo atenúa el homicidio perpetrado cuando se sorprende al cónyuge en el acto carnal, sino así mismo en actos próximos al mismo: deliberada omisión, pues su razonamiento se desvirtúa por lo perpetrado por el artículo 275 del mismo ordenamiento.

La Suprema Corte de Justicia, olvidando su papel interpretativo de los textos de la ley para llenar lagunas, asume facultades legislativas al manifestar que: "Es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada".¹²³

Para Carrancá y Trujillo, la omisión de la definición resulta condenable, en el entendido de que no existe un concepto unitario del adulterio.

González de la Vega, haciendo a un lado la falta de descripción del adulterio, señala como uno de los elementos del delito el acto adulterino.

¹²³ González Blanco, Op. Cit., p. 211.

El renombrado catedrático parte del citado acto adulterino para elaborar un concepto de adulterio en el que existen diversos elementos constitutivos como lo son el ayuntamiento carnal, de una persona casada (sin importar su sexo), con otra que no sea su cónyuge.

Dicho planteamiento, como lo apuntamos con anterioridad es el sustentado por la mayor parte de los juristas nacionales, partiendo, como lo hemos indicado de conceptos ajenos al Código Penal vigente.

Esta postura pretende obtener el verbo rector (necesario para el tipo) del sustantivo adulterio, y del mismo configurar la descripción del hecho delictuoso.

Igual de censurable resulta la posición que pretende justificar la falta de descripción indicando que el adulterio debe de entenderse en su sentido gramatical.

d) EL OBJETO

Como lo apuntamos en el capítulo primero, el objeto jurídico es utilizado por el legislador al estructurar el código en su parte especial, encabezando los títulos correspondientes con la mención del interés que pretende regular.

En el caso del ilícito que nos ocupa, el Título lleva por nombre Delitos Sexuales, lo que a primera vista significaría que el bien tutelado resultaría ser la libertad o la inexperiencia sexuales. Haciendo un breve análisis, desprendemos que la anterior afirmación es aberrante.

Cobo al respecto manifiesta: "Que el Código utilice una sistemática censurable, no significa que el intérprete deba someterse a ella, quedando su examen condicionado a lo que constituiría un auténtico perjuicio, pues no debe olvidarse que la investigación sobre el bien jurídico obedece más bien a instancias substanciales que a las puramente formales."¹²⁴

Por lo anterior, debemos salvar la pésima técnica utilizada por el legislador para encontrar el bien jurídico tutelado por el adulterio, ya que si dicho ilícito se encuentra colocado en el citado título, le está en consideración a que los actos consumidores del delito son de naturaleza sexual.

Para efectos de sistematización, enunciaremos diversas posturas sobre el bien jurídicamente tutelado con la incriminación

¹²⁴ M. Cobo, El bien jurídico tutelado en el adulterio (artículo 449 del Código Penal), en ACPCP, 1963, p. 509-530, citado por Vaello, Op. Cit., p. 109 ple de página.

del adulterio, reseñando sus principales argumentos de sustentación.

Hay quienes opinan que debe desaparecer la categoría de delitos sexuales, indicando que debería de intitularse como delitos contra las personas, para humanizar el derecho penal.¹²⁵

1) Delito contra la honestidad

El Código Penal español ubica dentro de este título al adulterio y al amancebamiento, pero los tratadistas se encuentran en contra de dicho bien jurídicamente tutelado, "...pues, si bien es cierto, la moral colectiva puede resentirse ante la comisión de un delito de adulterio, no lo es menos que este tipo de infracciones no llevan consigo necesariamente un quebranto de la moralidad plública."¹²⁶

"...Ni la honestidad de los culpables, ni la del marido, ni la plública pueden ser ofendidas por esta infracción penal."¹²⁷

125 Vease al respecto Alfonso Rojas Perez Palacios, *Sexo y Delito* (México: Editorial Porrúa, 1982).

126 Vaello, *Op. Cit.*, p. 110.

127 De Pina, *Op. Cit.*, p. 63.

2) Delito contra las buenas costumbres

El Código Penal francés lo ubica dentro de los delitos contra las buenas costumbres, manifestando en su exposición de motivos que resulta menos pública que la prostitución, ya que esta se transforma en oficio, pero que es casi tan culpable, pues supone la violación de múltiples deberes.

3) Delito contra el honor

Existen autores que hacen recaer el bien jurídicamente tutelado en el honor del cónyuge ofendido ¹²⁸, pero como indica Jiménez de Asúa "Resulta absurdo e injusto suponer que el ofendido pueda sufrir menoscabo en su honra, por la conducta observada por el cónyuge infiel."¹²⁹.

¹²⁸ Vease al respecto la tesis profesional de Rafael Ramírez Coronado, El objeto jurídico en los delitos sexuales (México: U.N.A.M., 1943).

¹²⁹ Luis Jiménez de Asúa, Derecho Penal, Tomo II Parte Especial, p. 255, citado por González Blanco, Op. Cit., p. 206-207.

O como indica Langle: "A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que sólo afectan a sí propio..."¹³⁰

4) Delito contra la familia

La mayor parte de los autores se inclinan a considerar al adulterio como un delito contra la familia, en lo que no se ponen de acuerdo es en el aspecto de la misma que se pretende proteger con su incriminación.

Algunos como Carrara afirman que la fidelidad conyugal es el objeto tutelado, en este sentido es seguido por De Ibarrola; González de la Vega apunta al respecto que la afirmación es verdadera, pero sólo por lo que se refiere al adulterio como ilícito civil.

Otros, entre los que mencionamos a Chaveau y Helit, Manfredini, Antonio de P. Moreno, Cuello Calón y González de la Vega, manifiestan que es el orden familiar o matrimonial el objeto jurídico protegido; el último de los citados indica que dicho

¹³⁰ Langle Rubio, Trabajos del Seminario, Suplemento al Tomo V, p. 255, citado por González de la Vega, Op. Cit., p. 436.

orden se protege contra los daños o peligros causados por los actos de los adúlteros en condiciones de afrenta grave contra el cónyuge inocente.

González Blanco sostiene por su parte que "el objeto de la tutela penal en el adulterio radica en el interés de asegurar la integridad del matrimonio."¹³¹

Más adelante cita a Soler, para quien es imposible determinar el bien jurídico tutelado, debido a su vinculación con intereses y principios complejos.

Para Langle Rubio y Diego Vicente Tejera, después de disentir sobre todos los objetos jurídicos que se han propuesto, llegan a la conclusión de que no existe bien jurídicamente tutelado por el adulterio, por lo que debe desaparecer como figura delictiva.

Para finalizar este apartado, señalaremos que por lo que corresponde al objeto material del adulterio, debe tenerse por reproducido lo asentado al tratar al sujeto pasivo.

¹³¹ González Blanco, Op. Cit., p. 209.

e) REFERENCIAS EXIGIDAS

Como lo indicamos en el capítulo primero, en ocasiones, acompañando a los sujetos y al objeto tutelado, aparecen en la descripción normativa, elementos referidos al tiempo, al lugar, a la comisión o al medio.

Así mismo apuntamos que a veces ante la no concurrencia de dichos elementos, que resultan verdaderas exigencias, se tiene como resultado la atipicidad del hecho.

En el ilícito en estudio es indispensable la citada concurrencia de los elementos mencionados para la penalidad del delito, tanto por lo que respecta a la referida al lugar de comisión (domicilio conyugal), o la referida al medio de comisión (el escándalo).

Dado que el actual código no define lo que debe de entenderse por domicilio conyugal como lo hacían los códigos de 1871 y 1929 (En el código de 1871 el artículo 822.- Por domicilio conyugal se entiende: la casa o casas que el marido tiene para su habitación. Se equipara al domicilio conyugal la casa en que sólo habite la mujer; y en Código de 1929 el artículo 892.- Por domicilio conyugal se entiende la casa en que el matrimonio tiene

habitualmente su morada.), es necesario nuevamente acudir a la doctrina para conocer su significado y alcance.

Según González Blanco "por domicilio conyugal debemos entender, aquel que los cónyuges establezcan para su convivencia, sin importar su carácter de permanente o transitorio."¹³²

Carrancá y Trujillo a su vez apunta que "es la casa o el hogar donde estan establecidos o donde viven permanentemente o transitoriamente los casados, conforme a la ley civil."¹³³

Como podemos observar Carrancá y Trujillo hace una remisión al artículo 29 del Código Civil, ampliando su alcance por lo referente a la estadía transitoria.

En el mismo sentido se inclina Antonio de P. Moreno al definir el domicilio conyugal como "la casa, vivienda o aposento en que habitual o accidentalmente viven los cónyuges o se hospedan".¹³⁴

González de la Vega manifiesta que ante la omisión del legislador, el significado debe ser obtenido con un criterio

¹³² *Ibid.*, p. 219.

¹³³ Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 651.

¹³⁴ Martínez, Op. Cit., p. 271.

realista, agregando que "es la casa, vivienda o cuarto destinados para la convivencia permanente o transitoria de los dos cónyuges".¹³⁵

Continúa al citado tratadista señalando que dicha amplitud del significado, así como la independencia de que se encuentre presente el cónyuge ofendido en el momento de la consumación del delito se deriva de la consideración del legislador de penar la "despectiva e injuriosa actitud de efectuar el amor carnal ilícito en la habitación común de los esposos."¹³⁶

Por lo que respecta al medio de comisión, el escándalo, González Blanco lo considera "como la ejecución de los actos adulterinos en condiciones tales de publicidad, que causen ofensa no sólo a la sociedad, sino también al cónyuge ofendido por el ridículo a que se le expone ante los demás".¹³⁷

¹³⁵ González de la Vega, Op. Cit., p. 442.

¹³⁶ Loc. Cit.

¹³⁷ González Blanco, Op. Cit., p. 219.

Para De Ibarrola "...consiste en el desenfreno o la desvergüenza de los amorfos ilícitos que por su publicidad agravan la lesión moral que resiente la sociedad..."¹³⁸

Indica el jurista que su comprobación no debe de fijarse por estimación subjetiva, sino a través de la comprobación de hechos que la permitan calificar de escandalosa.

Carrancá y Trujillo lo hace consistir "en el desenfreno exhibido, en la notoriedad que se da públicamente a la situación adulterina, lo que afecta al cónyuge inocente y ofende por el mal ejemplo a la moral plública."¹³⁹

A este respecto acota Antonio de P. Moreno que dicho desenfreno debe de producirse en el medio social o medio en que viven o se desarrollan los adúlteros; lo que resulta objetable, pues a nuestro entender debería de ser referido al medio en que desarrollan sus actividades los casados.

Cuello Calón precisa que en la legislación española el requisito del escándalo fue cambiado por la exigencia de la notoriedad, por ser más fácil su apreciación objetiva por parte del

¹³⁸ De Ibarrola. Op, Cll., p. 342.

¹³⁹ Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 651.

juzgador, agregando que la notoriedad implica el conocimiento de todos del hecho en cuestión. ¹⁴⁰

Para González de la Vega el escándalo consiste "en el desenfreno o desvergtenza en los amoríos ilícitos que, por su publicidad, constituyen ofensa contra la moral media y, especialmente, contra el cónyuge inocente, dado el entredicho en que queda ante los demás."¹⁴¹

Agrega que dicha publicidad no se refiere a que se tengan relaciones sexuales en público, sino en la ostentación cínica de los adúlteros de sus amoríos o lo den a entender con su conducta de desenfreno.

2.- ELEMENTOS NORMATIVOS

Sobre la naturaleza de los elementos normativos, existe gran controversia, tal y como lo apuntamos en el capítulo que encabeza el presente trabajo, pero para los efectos del estudio nos

¹⁴⁰ Cuello, Op. Cit., p. 652-653, en el mismo sentido Vaello, Op. Cit., p. 217-219.

¹⁴¹ González de la Vega, Op. Cit., p. 442.

ceñiremos a las posturas de los maestros Jiménez Huerta y Jiménez de Asúa.

El primero considera que los elementos normativos transforman una conducta de ordinario lícita en ilícita en los supuestos determinados por el legislador; en atención a esta postura podríamos considerar que tanto la comisión del adulterio en el domicilio conyugal, como con escándalo son elementos normativos del ilícito, pues fuera de los casos en que converjan dichos supuestos el hecho se reputará lícito en materia penal. Dicho criterio es compartido en España por Cuello Calón y Vaello Esquerdo ¹⁴², en lo referente a la comisión del amancebamiento con escándalo, pues se deja a discreción del juzgador determinar la calificación del hecho.

Entre nosotros, De Ibarrola y González de la Vega ¹⁴³ lo aceptan, el primero con respecto a ambos elementos y el segundo por lo que se refiere al escándalo, al afirmar que el juzgador debe de tomar en consideración los antecedentes y circunstancias personales de los adúlteros en relación al ofendido, las modalidades de su conducta y el ambiente social en que se

¹⁴² Cuello, Op. Cit., p. 342, en el mismo sentido Vaello, Op. Cit., p. 217.

¹⁴³ De Ibarrola, Op. Cit., p. 342 en el mismo sentido González de la Vega, Op. Cit., p. 443.

manifieste la relación adulterina, para poder determinar si constituye una publicidad afrentosa.

Jiménez de Asúa conceptualiza en forma distinta dichos elementos, pues para él sólo serán propiamente normativos aquellos ingredientes vinculados con la antijuridicidad que obligan al juzgador a hacer valoraciones de carácter normativo y no meramente cognoscitivas.

Para dicho autor, el escándalo no constituye un elemento normativo, pues no se refiere a valoraciones normativas, sino tan sólo a valoraciones del hecho; el domicilio conyugal por consiguiente sólo podría considerarse como elemento normativo si se toma al adulterio como un delito de injuria, en el que su realización en los aposentos de los esposos constituye un elemento de la antijuridicidad.

Pero por otra parte es necesario distinguir si el propio adulterio, por carecer de una descripción propia, pueda ser considerado como elemento normativo.

Por lo apuntado tanto en el primer capítulo como en el presente, no lo consideramos así, pues los ingredientes normativos son sólo un complemento de los elementos objetivos que implican una especial valoración del juez instructor en atención a su vinculación con la antijuridicidad, o que hacen que un hecho lícito pierda su calidad por las circunstancias de su ejecución, pero de

manera alguna pueden substituírlos, pues no existiría la conducta que han de calificar.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos, no puede considerarse que aparecen en el adulterio, pues si bien es cierto que su comisión es necesariamente dolosa, no es posible hablar de que coexista un dolo específico de cometerlo, ni aún en el supuesto que pena nuestro código como delito de grave injuria por el medio o el lugar de comisión.

E) CLASIFICACION DEL ADULTERIO EN ORDENA SU DESCRIPCION

No obstante la inexistencia de la descripción del ilícito penal del adulterio, debido a las concepciones doctrinales, así como a los elementos que pueden ser deducidos de la redacción del propio ordenamiento, podemos con fines meramente académicos, pretender una especie de tipo, y a la misma clasificarla de conformidad con las notas apuntadas en el capítulo primero del presente trabajo.

En relación a su estructura, podemos clasificarlo como **BASICO** o **FUNDAMENTAL**, pues aunque no describe conducta alguna, no agrega, suprime o cualifica a otro principal.

Así mismo puede clasificarse como **ELEMENTAL**, pues sólo se refiere a un hecho.

Es indudablemente **INCOMPLETO SANCIONADOR**, pues se limita a establecer las sanciones a los agentes que cometen el adulterio.

No podemos considerarlo ni como **AUTONOMO**, ni como **LEY PENAL EN BLANCO**, pues no es autosuficiente en su descripción, ni remite a legislación alguna (por no encontrarse definido el adulterio en ninguna codificación vigente para el Distrito Federal).

En orden al sujeto activo, como se apuntó en el numeral relativo del presente capítulo, es **PLURISUBJETIVO**, por participar cuando menos dos sujetos en su realización, **CUALIFICADO** por lo que se refiere al cónyuge culpable, pues es necesario que se encuentre vinculado a otro por el matrimonio, e **INDETERMINADO** por lo que se refiere al correo.

En razón al bien jurídico tutelado, podría ser **SIMPLE** o **COMPLEJO**, dependiendo del número de intereses jurídicos que se pretenda tutelar, en caso de existir alguno.

En cuanto a su contenido es de **MERA CONDUCTA PURO**, pues con la simple realización de la conducta los agentes quedan sujetos a la sanción penal.

Es así mismo de **DESCRIPCION CERRADA** (por no hablar de tipo), ya que se señala la forma en que se ha de dar el resultado: en el domicilio conyugal o con escándalo.

Por último, siguiendo el criterio de Luis Jiménez de Asúa y Oneca, es **ANORMAL**, pues además de contener elementos normativos, no contiene elementos descriptivos de la conducta.

F) ASPECTO NEGATIVO DE LA REGULACION PENAL DEL ADULTERIO

Como observamos en el primer capítulo, algunos autores hacen mención de la ausencia de tipo o atipicidad absoluta como aspecto negativo del tipo.

En el ilícito que nos ocupa, debido a que no existe una descripción hay autores que sostienen que implica la ausencia de tipo, José Almaráz, entre ellos, afirma categóricamente que "El adulterio no existe como delito; el artículo 273 del Código Penal

habla sólo de los culpables y de la pena que se les debe aplicar y el artículo 275 expresa únicamente que se castigará el adulterio consumado..."¹⁴⁴

Por su parte Carrancá y Trujillo señala que "...aunque se conozca lexicográficamente la connotación de la palabra 'adulterio', otra cosa es lo que deba entenderse por ella a los efectos legales...no hay un concepto unitario jurídico de lo que sea el adulterio...lo que hace patente...la necesidad de una definición en los códigos penales."¹⁴⁵

Cita a Fernando Catellanos quien afirma que "No importa la falta de definición del elemento 'adulterio', porque exigirla equivaldría a censurar al legislador por no haber definido, p.e., la cópula en el estupro, la vida en el homicidio, el concepto del bien ajeno en el robo, etc."¹⁴⁶

Posteriormente refuta al jurista indicado, manifestando que el concepto jurídico del adulterio es vario y no único como sucede en los casos citados por Castellanos.

144 José Almaráz, Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931 (México: sin editorial, 1941), p. 132.

145 Carrancá y Trujillo, Código Penal Anotado, p. 649-650.

146 *Ibid.* p., 651.

Los autores que sostienen la posición contraria, han quedado expuestos al tratar en éste mismo capítulo lo relativo a la descripción de la conducta.

Pero el problema medular de que el tratamiento que el Código Penal realiza del adulterio adolezca de falta de tipo, radica en las consecuencias que pudiese tener. Almaráz sostiene que en caso de aplicación por parte del juez instructor se vulneraría el principio de legalidad consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁴⁷

El maestro Ignacio Burgoa explica que el principio de legalidad tiene dos elementos, los delitos y las penas. Con respecto al primero apunta que "para que un hecho determinado sea considerado como delito y con motivo de la aplicación de una pena a la luz de dicho precepto de la Constitución, es necesario que exista una ley que a aquel como tal, o sea, que haya una disposición legal para que le atribuya una penalidad correspondiente."¹⁴⁸

¹⁴⁷ Almaráz, Op. Cit., p. 132, en el mismo sentido Porte Petit, Op. Cit., p. 465-467.

¹⁴⁸ Ignacio Burgoa, Las garantías Individuales (México: Editorial Porrúa, 1989), p. 569

Por lo que respecta al segundo elemento, las penas, afirma que "para todo delito la ley debe expresamente señalar la penalidad correspondiente...Este es el sentido en que debe tomarse el adverbio 'exactamente' ...como indicativo de la expresa correspondencia fijada por una disposición legal entre un hecho delictivo y una determinada penalidad."¹⁴⁹

El citado autor implica que la ausencia de la descripción de la conducta no significa que se vulnere el principio de legalidad, toda vez que aunque no detalla lo que debe de entenderse por adulterio, conforme al artículo 7o del Código Penal, es un acto que sancionan las leyes penales y por ende está sujeto a la sanción penal.

Es decir que para Burgoa el sentido del principio de reserva es limitado a los elementos a que hemos hecho mención, no abarcando la palabra expresamente, la literalidad de la descripción penal.

Por su parte Emilio Rabasa apunta que equiparar la palabra expresamente a que hace alusión la Constitución a la literalidad es una aberración, pues lleva a hacer nugatoria la ley, ya que

¹⁴⁹ Loc. Cit.

como expresión abstracta nunca podría tener identidad con el hecho concreto al que pretende aplicarse.

A continuación el ilustre jurista manifiesta que "En materia penal hay tres clases de leyes: las que definen el delito, declarando punible un acto que se ejecuta con ciertas condiciones; la que señala pena determinada para el hecho punible; la que establece el modo de investigación para establecer que un individuo ha ejecutado el hecho y las circunstancias en que lo ejecutó. Sin la primera no hay delito; sin la segunda no hay pena; sin la tercera no hay autor..."¹⁵⁰

De la distinción apuntada resulta que la falta de descripción del adulterio equivale por la ausencia de tipo, a ausencia del delito, y por ende la imposibilidad del juez instructor de juzgar y mucho menos sentenciar al agente.

En este mismo sentido se inclina Jiménez Huerta citando a Soler: "Para que una ley penal moderna pueda reputarse correctamente confeccionada no será bastante que nos diga: 'el ladrón sufrirá tal pena', sino que deberá definir la acción que constituye al sujeto en ladrón, mediante las peculiaridades que constituyen la acción de robar", con idéntica postura cita a

¹⁵⁰ Emilio Rabasa, El artículo 14 estudio constitucional y el Juicio Constitucional (México: Editorial Porrúa, 1984), p. 60.

Baumann "Una ley penal que se agote en una sola disposición como esta: 'el que lesione bienes jurídicos ajenos será castigado', no es una *lex* determinada. Una disposición de esta naturaleza sería nula."¹⁵¹

En tal sentido resultaría ocioso manifestar que la norma contenida en el artículo 273 es susceptible de interpretación, pues no se desentrañaría el sentido de la ley, sino que propiamente se estaría realizando la integración, que como indicamos en su oportunidad, está expresamente prohibida por la Constitución en el multicitado párrafo tercero del artículo 14.

Por otra parte, como lo expresamos con anterioridad, la pseudo interpretación que realiza la jurisprudencia al establecer lo que debe de entenderse por adulterio, excede las facultades del poder judicial, pues más que interpretar, crea el derecho, más que esclarecer el sentido de la norma, amplía ostensiblemente su contenido.

Solamente extremando el concepto de interpretación teleológica podría encontrarse algún sentido a la expresión adulterio en el código, fundamentandose en la *ratio legis*

¹⁵¹ Jiménez Huerta, Op. Cit., p. 75.

buscada; pero como lo indica Almaráz "los códigos de 1931 carecen de exposición de motivos y por lo mismo es imposible su interpretación auténtica."¹⁵²

Por ende, resulta imposible determinar la finalidad perseguida por el legislador con la desafortunada redacción del artículo 273.

Y en su caso, debido a la mayoritaria tendencia a eliminar el ilícito de la codificación, su incorporación forzada denota su descontento, pues se hizo virtualmente imposible su aplicación en la práctica; el haber quedado plasmado en el ordenamiento positivo se explica por consideraciones éticas y morales más que jurídicas.

¹⁵² Almaráz, Op. Cit., p. 10.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- De las diversas teorías que existen para explicar el tipo, la de Concreción y Conocimiento es la más acertada, pues además de considerarlo como una característica del delito de índole descriptiva, lo relaciona en su justa medida con la antijuridicidad.

Concreta la antijuridicidad de la conducta considerada como ilícita, delimitándola y encuadrándola al tipo, y además permite reconocer la antijuridicidad de una conducta cuando es ejecutada.

SEGUNDA.- Entre los elementos que constituyen el tipo, los más importantes son los objetivos, ya que éstos describen la conducta considerada por el legislador como digna de sanción.

Aunque no exista una técnica única para la elaboración de los tipos, los elementos objetivos son indispensables para su manufactura, pues establecen quienes son los sujetos activos, y los pasivos, describen la conducta considerada como ilícita y determinan el interés jurídicamente tutelado.

TERCERA.- La ausencia de tipo o atipicidad absoluta implica la imposibilidad de perseguir al agente, por omitirse la descripción de la conducta anti-jurídica.

El párrafo tercero del artículo catorce Constitucional establece el principio de legalidad en materia penal, en virtud del cual sólo se pueden imponer penas cuando estén decretadas por leyes exactamente aplicables al delito de que se trata, excluyendo a la analogía y a la mayoría de razón como criterios para salvar la falta de descripción.

CUARTA.- La interpretación de la ley es indispensable para conocer el sentido de una norma penal, pero esta no podrá ir más allá de la intención seguida por el legislador.

Siempre se realizará la interpretación que resulte más favorable para el reo.

QUINTA.- La integración se encuentra desterrada del derecho penal, pues en esta materia no existen lagunas; o se establece expresamente una conducta como delictiva o se reputa como lícita.

SEXTA.- En forma tradicional la mayor parte de los pueblos del orbe han castigado el adulterio con severidad, sin embargo debido a la humanización del derecho, a la nivelación de sexos y al estudio objetivo del derecho penal (excluyendo

aspectos de índole socio-político y retrógrados), se ha tendido a su despenalización, escuchando los sólidos argumentos esgrimidos en contra de su castigo.

SEPTIMA.- No puede implicarse que el adulterio sea un concepto generalmente conocido y aceptado, pues existen diversas concepciones de dicha conducta, principalmente referidas al sexo de los agentes, a la incriminación exclusiva de la mujer, así como por la naturaleza del acto sexual requerido.

OCTAVA.- El Código Civil impone suficientes sanciones para castigar el adulterio, tanto de índole personal, como patrimoniales y morales para los agentes.

La codificación civil es la única que verdaderamente sanciona la comisión del adulterio genérico.

NOVENA.- Abolir el adulterio del catálogo de delitos es imperativo, pues constituye más un atentado a la moral que un ilícito penal.

No lastima un bien jurídico determinado, sus penas son injustas e ineficaces, se acentúa el divorcio entre la realidad y la regulación jurídica, es un ilícito de prueba difícil, además de que las sanciones civiles resultan ser suficientes.

DECIMA.- Del estudio analítico de la regulación penal del adulterio, obtenemos que los sujetos, tanto los activos como el pasivo sólo se encuentran referidos, no se describe lo que ha de entenderse por adulterio, además de que no existe un bien jurídicamente tutelado:

La moral pública, la de la familia o la del cónyuge ofendido, así como las buenas costumbres, no se ven vulneradas por el acto adulterino, pues un acto de esta naturaleza sólo puede afectar al agente que lo realiza.

La familia como institución privada debe de protegerse a través de sanciones de idéntica naturaleza.

DECIMOPRIMERA.- El adulterio en nuestro medio sólo se pena cuando se realiza con gran afrenta para el cónyuge ofendido, ya sea en el domicilio conyugal o con escándalo.

DECIMOSEGUNDA.- La deficiente técnica utilizada por el legislador para sancionar el adulterio cometido en grave afrenta para el cónyuge inocente, termina por constituirse en un auténtico caso de ausencia de tipo. En caso de intentar castigarlo penalmente se violaría flagrantemente el principio *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*, además de desvirtuar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

- ALMARAZ, José, Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931, México, sin ed., 1941.
- BECCARIA, Cesare, De los delitos y de las penas, Trad. de Santiago Sentís Melendo y otro, Bogotá, Editorial Temis, 1990, 2a. ed.
- BURGOA, Ignacio, Las garantías individuales, México, Editorial Porrúa, 1989, 22a. ed.
- CARANCA Y TRUJILLO, Raúl, Código Penal anotado, México, Antigua Librería Robredo, 1966, 2a. ed.
- , Derecho Penal Mexicano. Parte General, México, Editorial Porrúa, 1988, 16a. ed.
- CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal, Tomo II, Barcelona, Editorial Bosch, 14a. ed.
- CURRY, Enrique, La ley penal en blanco, Bogotá, Editorial Temis, 1988.
- FERREIRA DELGADO, Francisco, Teoría General del delito, Bogotá, Editorial Temis, 1988.

- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México, Editorial Porrúa, 1982, 33a. ed.
- GONZALEZ BLANCO, Alberto, Los delitos sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, México, Editorial Porrúa, 1974, 3a. ed.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, México, Editorial Porrúa, 1990, 23a. ed.
- IBARROLA, Antonio de, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa, 1984, 3a. ed.
- JIMENEZ DE ASUA Y ONECA, Luis, La Ley y el delito, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1980, 11a. ed.
- , Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Lozada, 1977, 3a. ed.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, México, Editorial Porrúa, 1980, 3a. ed.
- MARTINEZ ROARO, Marcela, Delitos sexuales, México, Editorial Porrúa, 1991, 4a. ed.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Teoría general del delito, México, Editorial Porrúa, 1984, 6a. ed.

- PINA, Rafael de, Diccionario de Derecho, México, Editorial Porrúa, 1983, 11a. ed.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos a la parte general de Derecho Penal, México, Editorial Porrúa, 1982, 7a. ed.
- RABASA, Emilio, El artículo 14, estudio constitucional y el Juicio Constitucional, México, Editorial Porrúa, 1984, 5a. ed.
- RAMIREZ CORONADO, Rafael, El objeto jurídico en los delitos sexuales, México, Tesis Profesional U.N.A.M., 1943.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, Tipicidad, Bogotá, Editorial Temis, 1989.
- ROJAS PEREZ PALACIOS, Alfonso, Sexo y delito, México, Editorial Porrúa, 1982.
- ROMERO SOTO, Luis Enrique, Derecho Penal, Tomo I, parte general, Bogotá, Editorial Temis, 1969.
- RUIZ TORREZ, Humberto y Jose Luis Soberanes Fernandez, Lineamientos prácticos para la presentación de originales (en materia de investigación jurídica), México, U.N.A.M., 1982.

VAELLO EZQUERDO, Esperanza, Los delitos de adulterio y amancebamiento, Barcelona, Editorial Bosch, 1976.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, México, Editorial Porrúa, 1990, 5a. ed.

WITKER V., Jorge (compilador), Antología de estudios sobre la investigación jurídica, Lecturas Universitarias No. 29, México, U.N.A.M., 1978.

LEYES Y CODIGOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México.

Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México.