



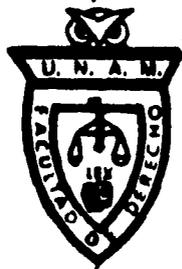
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ANALISIS JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE
ADULTERIO Y SU AUSENCIA DE TIPO EN EL CODIGO
PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARTHA ALBOR VERA



MEXICO, D. F.

1995.

FALLA DE ORIGEN

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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Cd. Universitaria, 2 de mayo de 1988

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

La C. MARTHA ALBERTO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de la Lic. Griselda Amuchatuzqui Requena, su tesis profesional intitulada: "ANALISIS JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE ADULTERIO Y SU AUSENCIA DE TIPO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A t e n t a m e n t e .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario.



ACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DISTRITO FEDERAL

DR. PAUL CARRANCA Y FIVAS.

A MI MADRE.

Como muestra del agradecimiento que siempre sentiré hacia la persona que incondicionalmente ha estado presente en mi vida. Con todo mi amor, admiración y respeto.

Gracias.

A MI PADRE.

Con respeto por el apoyo brindado.

Gracias.

A MIS HERMANOS.

Con cariño por su apoyo para hacer posible esta profesión.

Gracias.

A JORGE.

Con todo mi amor.
Por la enorme motivación que representas en mi vida, lo que significa poder seguir logrando objetivos como éste.

Gracias.

A LA LIC. IRMA G. AMUCHATEGUI R.

Con afecto por los conocimientos
y tiempo brindados para la reali-
zación de este trabajo.

Gracias.

A DIOS.

Por darme la oportunidad de com-
partir este momento con las per-
sonas que más quiero.

Gracias.

A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que sólo afectan a sí propio.

LANGLE RUBIO.

I N D I C E

FAG.

INTRODUCCION.....

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTORICOS

1. EN EL MUNDO:

A) Roma.....	11
B) Grecia.....	14
C) Otros pueblos.....	15

2. EN MEXICO:

A) Epoca prehispánica.....	18
B) Nueva España.....	21
C) Epoca independiente.....	23
D) Epoca actual.....	25

CAPITULO SEGUNDO: ADULTERIO CIVIL

1. MATRIMONIO:

A) Concepto etimológico.....	28
B) Concepto civil.....	30
C) Concepto religioso.....	36
D) Naturaleza Jurídica.....	40

2. ADULTERIO CIVIL:

A) Concepto.....	51
B) Consecuencias Civiles.....	52

CAPITULO TERCERO: AUSENCIA DE TIPO PENAL

1. TIPO PENAL:	
A) Concepto.....	68
B) Evolución del tipo.....	70
C) Requisitos del tipo.....	84
D) Ausencia de tipo.....	90
2. TIPICIDAD:	
A) Concepto.....	91
B) Ausencia de tipicidad.....	92
3. IMPORTANCIA DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.....	95
4. ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO:	
A) Conducta.....	97
B) Antijuridicidad.....	98
C) Culpabilidad.....	99
D) Punibilidad.....	99

CAPITULO CUARTO: DEROGACION DEL DELITO DE ADULTERIO

1. PLANTEAMIENTO.....	102
2. EL ADULTERIO NO ES DELITO.....	104
3. DEBATE DOCTRINAL SOBRE SU PENALIDAD:	
A) Razones en pro:	
a) Honestidad, moral y daño social.....	110
b) Fidelidad conyugal.....	111

	PAG.
c) Orden matrimonial.....	112
B) Razones en contra.....	112
CONCLUSIONES.....	116
BIBLIOGRAFIA.....	120

INTRODUCCION

Ciertamente, desde la más remota antigüedad, en años que se pierden en los albores de la historia, el adulterio ha sido considerado como un hecho ilícito, pero cuyo fundamento no ha sido nunca el mismo, por razones múltiples de carácter moral, jurídico o religioso.

Los profundos cambios que operan en la realidad social mexicana, hacen necesario cambios en el ordenamiento jurídico penal, pues éste como algunos otros cuerpos de normas no se encuentran actualizados.

Al estudiar cada factor, trataré de exponer al lado de ajenas opiniones, mi punto de vista. Principalmente, la importancia actual que el adulterio tiene en la legislación penal mexicana, en donde el Código Represivo en vigor para el Distrito Federal, únicamente determina la pena para los culpables cuando cometan el adulterio en el domicilio conyugal o con escándalo, pero no nos define a la conducta adulterina. La anterior omisión legislativa que converge en forma perentoria a nuestro tema, a nuestro afán de precisar la naturaleza jurídica y los elementos integrantes de lo expresado por el artículo 273 del ordenamiento punitivo en cita, explicarán el inte-

rés por exponer una noción real del adulterio en este momento, aún cuando queden pendientes por ahora, muchos problemas y no pocos cabos sueltos en torno a éste.

Asimismo, se pretende realizar un análisis jurídico del adulterio más allá de lo estrictamente penal, adquiriendo pleno y real valor su regulación en la normatividad civil, lo cual sirve de apoyo a este trabajo y que en forma por demás provechosa refuerza la propuesta que se plantea en el presente estudio, teniendo como principal objetivo la derogación del adulterio como delito en el Código Penal para el Distrito Federal vigente.

La propuesta se apoya en criterios legales principalmente, y doctrinales que al respecto se han emitido. De igual forma sirve de fundamento lo que día a día acontece en la praxis jurídica en torno al adulterio; éstas razones motivan aun más para plantear con mayor detenimiento el problema relativo a la innecesaria regulación del adulterio como figura delictiva.

Someto el presente trabajo a la consideración de ese H. Jurado, no omitiendo manifestar que el mismo fue realizado con toda lealtad y dedicación, y al cual hago saber que las observaciones atribuibles de su parte servirán en un futuro para un mejor desarrollo profesional.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

SUMARIO

1. EN EL MUNDO: A) Roma.- B) Grecia.- C) Otros pueblos.- 2. EN MEXICO: A) Epoca prehispánica.- B) Nueva España.- C) Epoca independiente.- D) Epoca actual.

A fin de conocer el proceso de regulación jurídica del adulterio desde el punto de vista histórico, se mencionará a manera de antecedente, la presencia que éste ha tenido en diversas culturas que lo han contemplado, advirtiéndose que las más antiguas legislaciones contienen crueles penas contra los adúlteros.

1. EN EL MUNDO.

A) R o m a .

Así, tenemos que en el Derecho romano, importante por ser antecedente de nuestro Derecho, el adulterio fue penado.

Para los romanos, "el matrimonio establecía entre los cónyuges una *societas vitae*. Los cónyuges se deben mutua fidelidad, cuya violación constituye el adulterio." (1)

La penalidad del adulterio en Roma varió en el decurso de los tiempos. En la etapa primitiva, en el Derecho romano sólo se penaba a la mujer adúltera, siendo el marido y su consejo de familia dueño de la

(1) Bravo González, Agustín y Bravo Valdés, Beatriz.
Primer Curso de Derecho Romano. México. Pax-México,
S.A., 1989. p.142.

acción y árbitro de la penalidad, pues su infidelidad no se tenía por punible; se le otorgaba el derecho de matar a su mujer sorprendida en flagrante adulterio, y el de vengarse a su antojo del amante. La venganza pertenecía también al padre cuando la hija estuviese aún bajo su potestad.

Durante la República, el adulterio de la mujer casada era un delito privado sometido a la jurisdicción del tribunal doméstico y se le consideraba como un robo de la misma, en perjuicio de su marido. La pena fue sólo de destierro, pero al aumentar la corrupción se establecieron penas más severas; la degeneración posterior de las costumbres explica la promulgación de la Lex Julia de adulteriis del año 18 a.C., que convertiría al adulterio en delito público, elevándolo a la categoría de crimen, con pena de relegación y repudio, con facultad de ser acusadores incluso quienes no fueran ni el marido ni el padre de la adúltera.

La acción para perseguir a la mujer prescribía a los cinco años y no podía ejercerla si había existido connivencia en el adulterio de la mujer, pues en tal caso el marido era indigno y con tal tolerancia se hacía reo del delito.

La acción se extinguía si hubo reconciliación,

y ésta era presumida si no arrojaba de su lado a la adúltera; ésta al ser convicta de adulterio, perdía hasta una mitad de su dote, era confinada en una isla, no podía contraer nuevas nupcias (aunque sí concubinato), ni testificar.

En la época de Constantino (307 d.C.), las penas, por influjo del cristianismo triunfante, y para salir al paso de la corrupción del paganismo decadente, fueron de nuevo severísimas. El amante era muerto a espada, y sus bienes eran confiscados; la mujer era desterrada, salvo adúlterar con un esclavo, en que ambos sufrían la pena de muerte.

Teodosio (394 d.C.), impuso que los amantes adúlterinos fueran llevados con campanillas a un prostíbulo.

Justiniano (527 d.c.), permite la repudiación por adulterio. El cómplice sufre la muerte, pero no se le confiscan sus bienes si tiene descendientes. La mujer, después de ser azotada, era recluida en un monasterio, podía ser sacada luego de una penitencia de dos años por el marido; de no hacerlo, su reclusión se convertía en perpetua; perdía la dote a favor del marido y su restante patrimonio pasaba al monasterio, salvo tener ascendientes o descendientes, quienes tenían derecho, respectivamente, a un tercio o a dos ter-

ceras partes de los bienes. Los demás codefincuentes, sobre todo los terceros, siguieron conminados con la pena capital.

Asimismo, el adulterio constituía un impedimento para contraer matrimonio; se le consideraba un impedimento relativo, es decir, sólo prohíbe que se celebre el matrimonio con ciertas personas; esta prohibición encontró sustento en la Lex Julia de adulteriis, prohibición que perdió sentido el día en que Constantino, castigó con la pena de muerte el adulterio, rigor que se suavizó en el derecho justiniano. Se consideraba además, al adulterio, causa justa de divorcio, pues existía un motivo legal para ello: la infidelidad.

La impunidad del marido por su infidelidad se fundaba en una razón jurídica: la de carecer la mujer de capacidad para acusar. (2)

B) G r e c i a .

A la pena capital o a la libre venganza del marido se añadían penas infamantes, previas a la ejecu-

(2) Cfr. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, t. 1. Argentina. Heliasta, S.R.L., 1986. p.184.

ción o en reemplazo de las mismas, tales como el exponer a los adúlteros al escarnio e irrisión del pueblo, a la afrenta de pasearlos en asno, a ser coronados de lana. En Esparta, por testimonio de Jenofonte, el adulterio era consentido; y Licurgo no estableció pena contra él.

C) Otros pueblos.

Los pueblos antiguos sancionaban generalmente el adulterio femenino con penas muy crueles. Así, los egipcios cortaban a la mujer la nariz para dejarla infamada y a su amante lo castraban; aplicaban también la pena de muerte.

Los antiguos germanos la quemaban y sobre sus cenizas ajusticiaban al copartícipe.

En la India, las Leyes de Manú disponían que la adúltera fuera devorada por los perros, y que el amante muriera quemado.

En la China eran también matados los adúlteros con diversos refinamientos en los suplicios.

En Asiria, la mujer podía acusar al marido por su infidelidad, lo que le acarreaba morir ahogado.

Entre los árabes, pese a la poligamia (que

parecía favorable a la tolerancia sexual), la pena primitiva era de prisión perpetua; luego se introdujo la de muerte, siempre que constara el adulterio por cuatro testigos, requisito entre excesivo e irónico.

Para el Derecho hebraico, únicamente cometía adulterio la mujer infiel a su marido; es decir, que no era delincuente el hombre que rompía la fe conyugal. El rigor era tan grande que se presumía por el simple hecho de que la mujer estuviera sola con otro hombre por breve tiempo. La pena originaria fue la de lapidación. Esta forma de ejecutar la pena de muerte se completa luego, entre los hebreos con otras más: la horca y el fuego.

Entre los judíos, aunque hay ejemplo de muerte por el fuego, los adúlteros sufrían la lapidación; la muerte a pedradas. "Este adulterio era el estricto contra la fidelidad conyugal; ya que a la palabra se le da en la Biblia otras tres acepciones: a) idolatría, por la especie de matrimonio de la alianza de Jehová con su pueblo; b) corrupción en general, como falsedad al "adulterar la palabra de Dios"; c) degeneración de familia o raza, "la mala y adúltera" que pedía un milagro." (3)

(3) Cabanellas, Guillermo. op. cit. p.183.

Jesucristo, quien eleva el matrimonio a sacramento, y lo funda en la monogamia, en la fidelidad y en el amor de los cónyuges, no establece condena estricta para los adúlteros y aún perdona, entre el asombro y la indignación de sus enemigos, a la mujer adúltera, al menos por no menos impura que otros pecadores.

Recordemos la frase de Jesús que, puesto conflicto por los fariseos ante la mujer adúltera, halló el expediente para no ser acusado de rebelarse contra las viejas leyes, diciendo: "El que esté libre de pecado, que arroje la primera piedra." (4)

Estas antiquísimas formas de penar a la adúltera pervivieron en los pueblos aborígenes de América hasta los tiempos de la conquista. En las tribus de indígenas que poblaban el interior de las regiones que hoy constituyen los Estados de Venezuela y Colombia, se castigaba el adulterio hasta con la muerte, porque la india era cosa propia del marido; equiparándose este delito al robo, que era una de las más graves infrac-

(4) Enciclopedia Jurídica Omeba, t. I. Argentina. Anca-
lo. S.A., 1990. p.531.

ciones. También recibía pena de muerte la mujer adúltera en el Derecho incaico, pero el marido uxoricida no quedaba exento de represión, aunque sólo se le desterraba. En la Tierra del Fuego, sus primitivos habitantes eran muy respetuosos de la fidelidad conyugal y la mujer que la quebrantaba podía ser muerta por su marido, e incluso se castigaba con mayor severidad al codelincuente.

2. EN MEXICO.

A) Epoca prehispánica.

En cuanto a los pueblos organizados sobre el territorio de México hasta el descubrimiento, las ideas más seguras de los historiadores son: las desigualdades jerárquicas y sociales; aristocracias guerrera y sacerdotal, flotando sobre las desigualdades económicas y, como consecuencia, la justicia penal diferenciada según las clases, con penas diversas según la condición social de los infractores.

Se ha dicho que en lo penal la historia de México comienza con la conquista. "Los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece imposible, o si lo tenían nada les quedó después de la con-

quista; fue borrado y suplantado por la legislación colonial." (5)

Se da por cierta la existencia de un llamado "Código Penal de Netzahualcóyotl", para Texcoco, y se estima que, según él, los adúlteros sorprendidos in fraganti delicto eran lapidados o estrangulados. De estas ordenanzas, se tiene por ejemplo lo siguiente:

Si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndolo el mismo, ella y el adúltero eran apedreados en el tianguis.

La adúltera y el cómplice, si fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados y para la justificación era bastante la denuncia del marido; pero si éste no los aprehendiese en el delito, sino que por sospecha los acusase a los jueces y averiguase ser cierto, muriesen ahogados. También podrían morir ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por la nota y mal ejemplo, el mismo ejemplo de castigo se aplicaba a los que servían de

(5) Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa, S.A., 1985. p.110.

terceros. Si eran señoras y caballeros los que hacían adulterio, después de haberles dado el garrote les quemaban los cuerpos, que era su modo de sepultar.

De la "Recopilación de Leyes de los indios de la Nueva España, Anáhuac o México", por Fr. Andrés de Alcóbitz, se aprecia que no bastaba probanza para el adulterio, sino los tomaban juntos y la pena era que públicamente los apedreaban. Tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios, pues los jueces lo habían de castigar.

También se dice de las Leyes de los tlaxcaltecas: pena de muerte para los adúlteros y para el que matara a la mujer propia aunque la sorprendiera en adulterio. La muerte era por ahorcamiento, lapidación, decapitación o descuartizamiento. Se conocía además la pena de pérdida de la libertad.

Con relación al pueblo maya, el adulterio era condenado; el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer, su vergüenza e infamia se consideraba pena suficiente.

La lapidación era la pena usada entre los aztecas para la mujer que cometía adulterio.

B) Nueva España.

En materia de adulterio no es posible negar los antecedentes históricos que nos vienen de España.

Durante la Colonia las ideas penales de la Metrópoli fueron trasplantadas lisamente a sus conquistas con sus esencias puras de desigualdad y de crueldad, pues la crueldad daba, en Europa entera, la tónica de la represión.

La Colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano: por tanto fue derecho vigente en la Nueva España el principal y el supletorio; el primero constituido por el Derecho indiano, y el segundo constituido por el Derecho de Castilla. Rigiendo supletoriamente en la Colonia todo el Derecho de Castilla. Así tuvieron aplicación el Fuero Real, Las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación.

La penalidad del adulterio fue muy dura en el Derecho español. La idea general sostenía que era más culpable el adulterio de la mujer que el del hombre.

El Fuero Real (1255 d.C.), ponía los adúl-

teros a disposición del marido, y las Leyes de Partidas (1265 d.C.), después de señalar los grandes males y daños que resultan de este delito, establece que si el hombre cometiere adulterio debe morir por ello, pero si fuese ella culpable, debe ser castigada y herida públicamente con azotes y encerrada en algún monasterio y su copartícipe, muerto. La reclusión dependía del posible perdón del cónyuge ofendido lo que es una clara manifestación de venganza privada.

La Recopilación volvió al viejo criterio de entregar los culpables al marido, dejando a su arbitrio su persona y sus bienes, pero no podía matar a uno y dejar libre al otro, pudiéndolos a ambos matar, de su propia autoridad, en caso de sorprenderles in fraganti adulterio; pero en tal caso no gana la dote ni los bienes. Se remonta así, a las normas del Derecho romano primitivo que otorgaba la facultad de matar.

La consumación del delito se reputa esencial, aunque a veces basta con la presunción. Aunque por tratarse de una ofensa a la fe conyugal y a los derechos del marido, no debe existir adulterio hasta que se celebre el matrimonio; sin embargo, en Las Partidas y en la Ley de Toro (1505 d.C.), se establece que el adulterio era posible una vez celebrados los esponsales.

La mujer no puede acusar al marido de adulterio, pues se presumía que los daños y las deshonras no eran iguales. Como en el Derecho romano, la reconciliación operaba, anulando este delito.

La muerte a uno sólo de los adúlteros se prohibía para impedir la confabulación del marido con tercero, para enviudar (y heredar así a su mujer, contraer nuevas nupcias o librarse de su ingrata convivencia); y también porque se suponía factible el concierto conyugal para hacer caer a un tercero en una trampa, con señuelo tan atractivo.

El adulterio era un delito perseguido por la acción privativa del cónyuge ofendido.

C) Epoca independiente.

Con la independencia política hubo el afán de comenzar, pero en principio fue el caos. México siguió viviendo en la unidad legislativa representada por el Derecho colonial.

Al consumarse la independencia de México, las principales leyes vigentes eran, como derecho principal: La Recopilación de Indias y como derecho supletorio: la Novísima Recopilación, Las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

Salvo leyes aisladas, perentorias, los antecedentes jurídicos coloniales estuvieron presentes hasta el Código Penal de 1871.

El Código Penal de 1871 tomó como ejemplo el Código Español de 1870. El Código de 1871 estimaba como delito todo adulterio de la mujer casada; en cambio la esposa sólo podía quejarse en tres casos: cuando su marido lo cometiese en el domicilio conyugal, con concubina o con escándalo.

En la exposición de motivos de este Código, se explicaba la razón de esta reglamentación de la siguiente manera: "Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el 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 cierto iguales las consecuencias, pues aquél queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta 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." (6).

El Código Penal de 1929, incluyó el adulterio en el título de los "Delitos contra la familia", y en reglamentación, sin establecer distinciones en cuanto al sexo de los casados culpables, estableció en su artículo 891: "El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo."

D) Epoca actual.

Al elaborarse el proyecto del Código Penal de 1931, la mayoría de la Comisión redactora votó porque se suprimiera el adulterio del catálogo de los delitos. Al aprobarse, promulgarse y publicarse el Código actual, se conservó como delito al adulterio, regulado en el artículo 273 del ordenamiento en cita, precepto que se encuentra en vigor; "sin embargo, dicha conservación de los casos muy ultrajantes del adulterio, ha resultado inútil, pues la justicia penal prácticamente no ha dictado sentencias condenatorias." (7)

(6) Exposición de Motivos del Código Penal de 1871.
p.69.

(7) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. México. Porrúa, S.A., 1992.
p.440.

Comparando los datos históricos, se aprecia que el adulterio es tan viejo como la humanidad, que resulta un delito paleontológico. (8) Como acto punible surgió como resultado de la esclavitud de la mujer por el hombre. La noción de adulterio se vincula principalmente a la infidelidad de la mujer, aunque posteriormente y con el transcurso de los siglos se empiezan a vislumbrar castigos también para el marido adúltero, hasta llegar a la época actual en que su reglamentación no establece distinciones en cuanto al sexo de los cónyuges culpables, sancionando de igual forma su conducta.

(8) Cfr. Enciclopedia Jurídica Omeba. t. 1. p.534.

CAPITULO SEGUNDO

ADULTERIO CIVIL

SEÑALIO

1. MATRIMONIO: A) Concepto etológico.- B) Concepto civil.- C) Concepto religioso.- D) Naturaleza Jurídica.-
2. ADULTERIO CIVIL: A) Concepto.- B) Consecuencias Civiles.

Al tratar en este capítulo el tema relativo al adulterio civil, necesariamente se debe plantear al matrimonio como presupuesto. Por ello, mencionaré diversos aspectos importantes que en torno a esta figura se han expresado.

1. M A T R I M O N I O .

A) Concepto etimológico.

El término matrimonio como institución fundamental del Derecho Familiar, tiene su origen etimológico "de las palabras latinas *matrius* y *munium* que significan, respectivamente, madre y carga," (9) lo que equivale a "carga de la madre", expresándose de ese modo que es la mujer quien lleva el peso mayor tanto antes como después del parto. A su vez la palabra patrimonio deriva de la voz "*patris munium*", que expresa "carga del padre." (10)

La paralela importancia del padre, en el sentido etimológico obtiene distinta connotación ya que correlativamente a las funciones de la madre, él se preocupa principalmente por la adquisición, conserva-

(9) Gran Enciclopedia del Mundo. t. XII. España. Marín, S.A., 1979. p.790.

(10) Cfr. Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. México. Porrúa, S.A., 1992. p.95.

ción y administración de los bienes de fortuna, y por eso se interpretan como las "cargas del padre"; "por esta razón al conjunto de los bienes de la familia se le llama patrimonio." (11)

Las Decretales del Papa Gregorio IX del año de 1227 en las que realizó una compilación general del Derecho Canónico, estimaba el matrimonio en función de la maternidad, señalando que "para la madre, el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto y después del parto gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio." (12)

Entre los romanos se llamaba nuptiae, del verbo latino nubere (cubrir o velarse), haciendo referencia a la costumbre de cubrirse los esposos durante la ceremonia con un velo.

"Con la palabra conyugio (de donde deriva cónyuges) se ha designado también el matrimonio, aunque el término atiende especialmente al complejo de de-

(11) Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. t. III. México. Porrúa, S.A., 1988. p.112.

(12) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. t. II. México. Porrúa, S.A., 1987. p.200.

rechos y obligaciones que se engendra entre los esposos." (13)

La etimología comentada del término matrimonio no es aceptada por todos los tratadistas, argumentando principalmente, que el matrimonio no echa ninguna pesada carga sobre la mujer, pues lejos de ello, aligera la que a este sexo corresponde naturalmente en razón de sus funciones matrimoniales, "ni tampoco puede decirse que el matrimonio sea así llamado porque en él es la mujer el sexo importante." (14)

Sin embargo, la opinión general radica en torno al concepto etimológico derivado de las voces latinas antes referidas.

B) Concepto civil.

Antes de penetrar en el concepto estrictamente civil, haré referencia sobre algunos conceptos importantes que a manera de antecedente se han expresado sobre el matrimonio.

En la época de los romanos, éstos definían el matrimonio así:

"Individua vitae consuetudo, consortium omnis vitae, divine atque humane iuris communicatio." (15)

(13) Gran Enciclopedia del Mundo, t. XII, p.790.

(14) Magallón Ibarra, Jorge Mario, op. cit. p.112.

(15) Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, México, Porrúa, S.A., 1993, p. 473.

El efecto esencial del matrimonio en Roma era establecer la igualdad religiosa entre el marido y la mujer, se refería a la unidad de vida entre los consortes, "al consorcio que existe entre ellos, para toda la vida" (*consortium omnis vitae*), con el propósito permanente de llevar, marido y mujer, una vida en común (*individua vitae consuetudo*).

Modestino, legó una definición de matrimonio en la que capta la combinación recíproca de los derechos divinos con los derechos humanos. Modestino nos precisa esta definición diciendo que:

"El matrimonio es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos." (16)

El Código de Napoleón definió al matrimonio así: "es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino." (17)

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como

(16) Magallón Ibarra, Jorge Mario. op. cit. p.114.

(17) Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. p.474.

la Ley de Relaciones Familiares de 1917, copiaron la definición del Código de Napoleón.

Actualmente, el Código Civil, promulgado el 30 de agosto de 1928 y en vigor a partir del primero de octubre de 1932, no ofrece definición alguna sobre el matrimonio, considerándolo sólo como un contrato civil; aún cuando no se le caracteriza expresamente de tal forma, diferentes preceptos aluden al mismo dándole la categoría contractual, según se desprende de los siguientes artículos:

"Art. 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio..."

"Art. 178.- El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes."

Anteriormente el artículo 130 párrafo tercero de la Constitución Federal, afirmaba que el matrimonio era un contrato.

"El matrimonio es un contrato civil..."

Sin embargo, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de enero de 1992, se reformó por vez primera el artículo en cita, por lo que en nuestros días, la Carta Magna no lo con-

templa más como contrato. Independientemente de ello, si tuvieramos que atender a la legislación mexicana, tendríamos que decir que el matrimonio sí es un contrato; siendo conveniente señalar que lo relativo a la naturaleza jurídica de esta figura será tratado en apartado posterior.

La dificultad de encontrar un concepto unitario del matrimonio es enorme. Estrictamente, es del todo imposible hallar una definición única para todas las épocas y lugares, lo anterior por ser el matrimonio tan variado como la cultura en que se da.

Se ha definido al matrimonio desde diversos puntos de vista: biológico, sociológico, histórico, ético, religioso y legal, principalmente, entre otros. Efectivamente, puede contemplarse desde esa pluralidad de ángulos, y aún desde el punto de vista jurídico, no hay unidad de criterio.

Analizando diversos conceptos que se han dado sobre el matrimonio, señalo como aquellos más correctos, entre otros, el expresado por Sara Montero Duhalt, quien manifiesta que un concepto genérico del matrimonio es el siguiente:

"Forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que

establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho." (18)

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas establece que: "el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne." (19)

El Profesor José Barroso Figueroa en sus clases de Derecho de Familia, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, señala que:

"El matrimonio es un acto jurídico, de naturaleza familiar, trilateral, que tiene por objeto crear entre dos personas de diferente sexo, una comunidad de vida." (20)

Acto de naturaleza familiar, que lo distingue de los actos de naturaleza meramente económica. Es trilateral, porque no debe haber sólo la voluntad de los

(18) op. cit. p.98.

(19) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. t.III. México. Porrúa, S.A., 1988. p.2085.

(20) Barroso Figueroa, José. Apuntes de Clase de Derecho Civil. México. 1992. p.26.

contrayentes o la del Juez del Registro civil, sino la convergencia de las declaraciones de los contrayentes y la del Estado, representada por el Juez del Registro Civil. La finalidad es crear entre dos personas de sexo diferente una comunidad de vida, entendiéndose por ésta, ayuda mutua (moral y económica), relación sexual, procreación, cohabitación, educación de los hijos, así como todas aquellas situaciones derivadas de la naturaleza humana y de la voluntad de los cónyuges. Quedando precisada de esta forma la última definición citada y con la cual comparto en mayor grado mi criterio sobre esta figura, pues con esa comunidad de vida el estado matrimonial y desde el punto de vista jurídico, encuentra adecuada organización, la seguridad y certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y el estado de los hijos, de sus bienes y de sus derechos familiares. (21)

(21) Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. p.474.

G) Concepto religioso.

Se define el matrimonio canónico como "Sacramento propio de legos, por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia." (22)

La regulación del matrimonio por normas canónicas comienza tímidamente en el siglo IX. Fue hasta el Concilio de Trento (1545-1563) en que se estableció a través del Derecho Canónico, la organización del matrimonio como un sacramento, entendido por tal, un contrato natural al que la Iglesia considera de carácter sagrado e indisoluble en vida de los cónyuges, hasta que la muerte los separa, ya que los que Dios ha vinculado, el hombre no lo puede separar. Con este concilio, la Iglesia Católica Romana decretó que en adelante todos los matrimonios no celebrados en presencia del sacerdote serían írritos.

Se precisa el concepto de sacramento como "uno de los medios de santificación y de salud eterna." (23)

(22) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. t. II. España. Espasa-Calpe, s.A., 1989. p.886.

(23) Magallón Ibarra, Jorge Mario. op. cit. p.118.

Así, el matrimonio para el Derecho Canónico es un sacramento en el cual los esposos son los ministros del acto y en el que interviene el sacerdote autorizado por la Iglesia, como testigo de su celebración, con objeto de asegurar la ejecución de las disposiciones del Derecho Canónico, a efecto de registrar el acto mismo.

Tiene el matrimonio, en la doctrina católica, dos aspectos de gran relieve: el sacramental, por haber sido elevado por Cristo a la dignidad de sacramento, y el natural, por ser institución de derecho natural. Es principio básico de esta doctrina que Cristo elevó a la dignidad de sacramento el matrimonio celebrado entre bautizados, y que por ende, no pueden éstos contraerlo válidamente si no reciben al mismo tiempo el sacramento. Como, por otra parte, no pueden hacer uso del matrimonio sacramental sino aquellas personas que sean súbditas de la Iglesia. El aspecto natural o puramente civil del matrimonio, se explica que, al ser contraído con sujeción a las normas legislativas o consuetudinarias de un país, recibe la denominación de matrimonio legítimo.

El matrimonio canónico es consensual por excelencia. Son los propios contrayentes quienes manifiestan su voluntad de unirse en matrimonio, y la presencia de la autoridad eclesiástica tiene únicamente

el papel de testigo de calidad.

Por ello, e independientemente de la naturaleza sacramental del matrimonio canónico, para el Derecho de la Iglesia el matrimonio es un contrato de naturaleza indisoluble que celebran entre sí los cónyuges, por libre y espontánea voluntad. Así, el matrimonio adquiere la dignidad de sacramento; "la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia, y como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos, ya que su libre consentimiento es el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituído por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, ésta es indisoluble. Según las palabras del Evangelio los cónyuges no son ahora sino una misma carne (itaque iam duo non sunt, sed una caro) y la unión no se puede disolver si no es por la muerte (quos Deus coniunxit, homo non separet)." (24)

Las condiciones esenciales del matrimonio canónico son el consentimiento de los contrayentes y la presencia del párroco; la unión de dos voluntades que

(24) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p.205.

coinciden; el sacramento viene a santificar esta unión.

En la mayor parte de los países en que usualmente se contrae este tipo de matrimonio, reviste el mismo un carácter ceremonial muy importante, acompañado casi siempre de festividades sociales.

El Código de la Iglesia en el canon 1055 señala que la alianza matrimonial está encaminada al bien de los cónyuges y la generación y educación de la prole, en los siguientes términos:

"1055.1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por ese mismo sacramento." (25)

El canon 1056 agrega:

"Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matri-

(25) Magallón Ibarra, Jorge Mario. op. cit. p.118.

monio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento." (26)

De esta forma se ha realizado la exposición del carácter religioso del matrimonio como figura de origen divino, plasmando en este apartado el criterio que ha sustentado la Iglesia Católica en esta materia.

D) Naturaleza Jurídica.

La doctrina ha adoptado en este aspecto variadas posiciones, por lo que el matrimonio ha sido considerado desde distintas perspectivas, por medio de las cuales se ha pretendido precisar su naturaleza jurídica.

a.- El matrimonio como contrato.- Esta ha sido la teoría tradicional desde que se separó el matrimonio civil del religioso, pues tanto en el derecho positivo como en la doctrina, se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen todos los elementos esenciales y requisitos de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben manifestar su consentimiento ante el Juez del Registro Civil para

(26) Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. México. Porrúa, S.A.,

unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Se requiere, además, que exista la capacidad necesaria en los contratantes y que su voluntad no este viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas las reglas relativas a los elementos de validez que deben observarse en todo contrato, consistentes específicamente, en la capacidad, ausencia de vicios, en la voluntad y licitud en el objeto, motivo o fin del acto.

Aún cuando es indudable que nuestros textos legales, específicamente los Códigos civiles de 1870, 1884, la Ley de Relaciones Familiares; anteriormente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 130 párrafo tercero (reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 28 de enero de 1992), y actualmente el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el Derecho Canónico que dió carácter de sacramento al matrimonio. No debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipar-

rarlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, "sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio." (27)

De lo anterior se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual.

En este orden de ideas, innumerables opiniones se han vertido negándole al matrimonio el carácter de contrato, aduciéndose las siguientes razones:

I.- El matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico. El objeto de los contratos es una cosa o un derecho que se encuentra en el comercio. Si se juzga el matrimonio como un contrato, la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato. No nacen como en los demás contratos, prestaciones o servicios determinados, sino la entrega recíproca de dos personas en su integridad, con los deberes más amplios y complejos, del más variado orden, en favor del otro cónyuge y de la familia en común.

(27) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p.223.

II.- En lo tocante a la causa, mientras en los contratos consiste en el interés pecuniario a la mera liberalidad, en el matrimonio no puede admitirse ninguna de estas posibilidades, y la causa no puede ser otra, en el terreno de los principios, que la atracción personal resultante del amor.

III.- En los contratos, la voluntad de las partes es la que, dentro de los límites de la ley, fija los derechos y obligaciones de cada una de ellas. Tratándose del matrimonio, si bien hay un acuerdo de voluntades entre los contrayentes para celebrarlo, todos los derechos y obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley. Sólo son libres para establecer, también dentro de ciertos límites, el régimen matrimonial respecto de sus bienes. Pero no lo son en cuanto a la reglamentación del estado mismo del matrimonio.

IV.- Cuando hablamos de un contrato, se celebra entre las partes. Cada una de ellas manifiesta su voluntad. A ese acuerdo de voluntades se llama consentimiento, el cual se integra bilateralmente. En cambio, en el matrimonio no basta el acuerdo de las dos partes. No basta que los contrayentes estén de acuerdo, es necesaria una tercera voluntad proveniente del Juez del Registro Civil, quien declara a aquellos, en nombre

del Estado, como marido y mujer. El Juez del Registro Civil no sólo declara unidos en matrimonio a los contrayentes, sino que tiene que redactar y levantar un acta cumpliendo estrictas solemnidades.

b.- El matrimonio como contrato de adhesión.-

Se dice del matrimonio que es un contrato de adhesión, pero se olvida que en los contratos de adhesión, una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivado del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil. Además, la tesis en comento no explica el papel que realiza el Juez del Registro Civil que, como se ha mencionado es esencial y constitutivo para la existencia del matrimonio.

c.- El matrimonio como acto condición.-

Se debe a León Duguit haber precisado la significación que tiene el acto jurídico condición. Este autor lo define como "el acto jurídico que tiene por objeto determinar situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto que no se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua." (28)

Por virtud del matrimonio se condiciona

(28) Duguit, León, citado por Rojina Villegas, Rafael.
op. cit. p.214.

la aplicación de un estatuto que vendrá a regir la vida de los consortes en forma permanente. Es decir, un sistema de derecho en su totalidad es puesto en movimiento por virtud de un acto jurídico que permite la realización constante de consecuencias múltiples y la creación de situaciones jurídicas permanentes.

Quienes critican esta tesis, opinan que en esta concepción se logran conjugar a la vez tanto el aspecto del matrimonio como acto jurídico y su carácter de institución, supuesto que no basta para su debida caracterización como en cuenta el momento inicial, sino el estado de vida que se crea mediante la organización permanente que establece el sistema normativo.

d.- El matrimonio como acto mixto o complejo.- Se basa esta teoría en la voluntad concurrente de los consortes y la voluntad del Estado. Este punto de vista sólo es aplicable a la celebración del matrimonio y a criterio de Galindo Garfias, "es deficiente para dar razón no sólo del acto de la celebración, sino del acto mismo matrimonial." (29)

Para esta teoría, el Juez del Registro Civil

(29) op. cit. p.479.

desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

En el Derecho de Familia ha venido ganando terreno esta tesis, al sostener que el matrimonio es un acto jurídico mixto en el cual participan en forma constitutiva del mismo, el Juez del Registro Civil y los contrayentes, de acuerdo a la opinión expresada por el tratadista Rafael Rojina Villegas. (30)

e.- El matrimonio como acto de poder estatal.- Para Antonio Cicu, "el matrimonio es un acto de poder estatal cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley." (31)

El jurista italiano niega la naturaleza con-

(30) Cfr. Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p.222.

(31) Cicu, Antonio, citado por Galindo Garfias, Ignacio. op. cit. p.479.

tractual del matrimonio, agregando que es indudable que no se tiene matrimonio sin la intervención del oficial del Registro Civil, intervención que es activa y no meramente certificativa. Para este autor estas consideraciones ponen en claro la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos debe ser dada al oficial, y por él recogida personalmente en el momento en el que se prepara para el pronunciamiento; y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico. Es el Estado el que une en matrimonio, por lo cual el mismo no interviene como extraño.

La principal crítica que se hace a esta tesis radica en que dicha postura olvida que no basta el pronunciamiento del Juez del Registro Civil, sino que se requiere también la declaración de voluntad previa de los contrayentes. El Estado no puede imponer, por un acto unilateral soberano, los deberes, ni nacer entre los cónyuges, las obligaciones propias de los consortes.

f.- El matrimonio como institución.- En este sentido significa el conjunto de normas que rigen el matrimonio. Siguiendo a Bonnecase, el matrimonio es una institución. Dentro del concepto de institución se explica no sólo la celebración del mismo, sino todos los

efectos jurídicos que nace ex lege del acto y del estado propiamente dicho.

Dentro de las diferentes acepciones de la palabra institución señalaré aquellas que dice que "la institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público." (32)

La institución del matrimonio está formada por un conjunto de reglas de derecho, dice Bonnetcase, esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las aspiraciones que le imprime el derecho.

El matrimonio constituye una institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurí-

(32) Montero Duhalt, Sara. op. cit. p.113.

dicas.

Los críticos de esta teoría, entre ellos, Rojina Villegas, sostienen que desde este punto de vista se estudia el matrimonio tomando en consideración sólo su aspecto de sistema normativo y se prescinde del acto jurídico que le da origen, así como del estado de vida conyugal que crea entre los consortes. Atiende exclusivamente al aspecto normativo externo que organiza el derecho objetivo en razón de las finalidades del matrimonio. Es decir, se toma en cuenta sólo la estructura legal que en forma destacada viene a determinar los derechos y obligaciones que caracterizan el estado matrimonial. (33)

g.- El matrimonio como acto jurídico.- La naturaleza jurídica del matrimonio es indiscutiblemente un acto jurídico, pues es la manifestación de voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas. El matrimonio es un acto jurídico, en opinión de los sustentadores de esta tesis, porque surge de la manifestación de voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y, una vez reali-

(33) cfr. Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p.212.

ado, produce las consecuencias jurídicas previamente establecidas en la ley.

Agregan además, que es un acto jurídico de carácter plurilateral; la manifestación de la voluntad de quienes pretenden contraer matrimonio debe ir acompañada forzosamente de la manifestación de voluntad de la autoridad competente (Juez del Registro Civil) como elemento de existencia de ese acto jurídico.

Resumen, en el Derecho Civil, los autores han discutido extensamente sobre la naturaleza jurídica del matrimonio; algunos han analizado este tópico de fondo, en su contenido jurídico; otros desde el punto de vista formal y algunos más, quienes han pretendido realizar un estudio más amplio sobre el mismo, lo contemplan a través de un análisis en el que conjugan ambas posiciones; sin embargo, legal ni doctrinariamente, se ha determinado su carácter jurídico; de este apartado se desprende que de las tesis mencionadas las principales son: a) que es un contrato; b) que es una institución; c) que es un acto de poder estatal y d) que es un acto jurídico; sin que ninguna de las teorías precise en forma exclusiva la naturaleza jurídica del matrimonio, más bien se complementan.

2. ADULTERIO CIVIL.

A) C o n c e p t o .

La palabra adulterio "es la forma castellana de la voz latina adulterium, que significa viciar, falsificar alguna cosa, corromper, mezclar." (34)

En el Código Civil vigente no encontramos definición del adulterio. Esto nos hace recurrir a la definición doctrinal que del adulterio civil podemos encontrar. El Diccionario de la Lengua Española, define al adulterio como:

"Ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge." (35)

Otra definición es la siguiente:

"relación sexual extramatrimonial de uno de los cónyuges con otra persona de distinto sexo, es decir, la unión corporal de un hombre con una mujer siendo uno o ambos casados." (36)

(34) Enciclopedia Jurídica Omeba, p.531.

(35) Diccionario de la Lengua Española, p.34.

(36) Enciclopedia de Derecho de Familia, t. 1, Argentina. Universidad, S.R.L., 1991, p.169.

B. Consecuencias Civiles.

Se ha establecido, según la opinión general de los autores en materia civil, que el adulterio es la violación al derecho de fidelidad así como al deber correlativo; "el adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilicitud por lo que se refiere a ese deber." (37)

El deber de fidelidad está implícito dentro de la regulación del matrimonio, pues, aunque no se ha expresado literalmente, el incumplimiento al mismo, el adulterio, lo recoge el Código Civil como causa de divorcio y como impedimento para contraer un nuevo matrimonio; toda vez que de la naturaleza monogámica del matrimonio se desprende la intención de que las relaciones de una pareja casada se agoten en ellos mismos.

Significa la fidelidad, "la exclusividad sexual de los cónyuges entre sí," (38) y la violación a la misma implica un ataque a la lealtad, que puede herir muy gravemente los sentimientos del cónyuge ofendido, hasta el grado de terminar con la relación conyugal por divorcio.

(37) Rojas Villegas, Rafael, op. cit. p.316.

(38) Montero Duhalt, Sara, op. cit. p.143.

La obligación de fidelidad, conjuntamente con la de asistencia y cohabitación, constituyen la esencia misma del matrimonio. Y como se ha observado, las tres pueden ser sustancialmente comprendidas en una sola: amor recíproco, que es la base y fundamento de esta figura jurídica.

El deber de fidelidad se viola no sólo con cualquier relación sexual extraconyugal, sino también con cualquier relación con persona del otro sexo, que puede lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge. En el primer caso se habría cometido un adulterio, causal de divorcio, cuya apreciación ha espiritualizado nuestra jurisprudencia; en el segundo se habría incurrido en una injuria grave, que también hace procedente el divorcio; pero para efecto de este trabajo, interesa solamente el adulterio.

La violación del deber de fidelidad produce consecuencias morales de enorme trascendencia y abre la perspectiva de consecuencias jurídicas no menos graves.

En nuestro Derecho, tanto el Código Civil, como el Penal, contemplan al adulterio y de igual forma no distinguen en cuanto a las consecuencias del acto cometido por el marido o la esposa. En los siguientes párrafos de este capítulo se expondrán exclusivamente

las consecuencias civiles, citando primeramente, algunos antecedentes sobre este aspecto.

El Código Civil de 1870 señaló en su artículo 240 como causa de divorcio:

I) El adulterio de uno de los cónyuges.

En el Código Civil de 1884, el artículo 228, disponía:

"El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio (separación de cuerpos, ya que no se admitía por los Códigos de 1870 y 1884 que el divorcio disolviera el matrimonio, conforme al artículo 226); el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa común.

II.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.

III.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.

IV.- Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

De este precepto se advierte, que el adulte-

rio era castigado en distinta forma, según se cometiera por el marido o la mujer, existiendo mayor rigor en la regulación de este último, lo que era un reflejo de la desigualdad social de esa época, entre hombre y mujer. Esta dualidad de criterio tiene un origen histórico: "el Derecho Romano y el Derecho Francés ni siquiera admitían que la mujer pudiera llevar ante los tribunales una acusación de adulterio contra su marido." (39)

Esta diferenciación se apoya en el sentimiento colectivo que juzga con toda severidad el desliz de la mujer, mirando en cambio con indulgencia la falta del varón.

La Ley de Divorcio de 1914 no hizo una enumeración de causas de divorcio, considerando que el matrimonio debería quedar disuelto definitivamente, recordando cada cónyuge su aptitud para celebrar nuevas nupcias. Esta ley abolió por primera vez el sistema de divorcio por separación de cuerpos, introduciendo el divorcio vincular por mutuo consentimiento, así como el divorcio necesario.

En la Ley de Relaciones Familiares de 1917,

(39) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p.318.

vuelve a admitirse el divorcio vincular voluntario y el divorcio vincular necesario, éste último, fundamentalmente por todas las causas que señalaba el Código Civil de 1884.

El Código Civil vigente, siguiendo a la Ley de Relaciones Familiares, regula también el divorcio vincular, tanto voluntario como necesario, a través del mayor número de causas, reproduciendo básicamente, las de la ley en cita.

Como corolario a la reseña histórica que se ha realizado del adulterio en el Derecho Civil Mexicano, se observa que éste ha sido considerado como causal de divorcio en todos los ordenamientos jurídicos que han regido sobre esta materia (divorcio), de ahí la importancia jurídica de esta figura y su presencia en la elaboración de este estudio.

Nuestro Código Civil en vigor, sitúa a ambos consortes en condición igual respecto al deber de fidelidad y para los efectos civiles, el adulterio consiste en el simple acto carnal fuera del matrimonio, pues siendo el deber el mismo para uno y para otro, se concibe que su violación engendre también el mismo derecho para ambos esposos.

Actualmente, el artículo 267 fracción I del Código Civil estatuye que es causa de divorcio:

"El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges."

De acuerdo a la clasificación que se ha hecho de las causas de divorcio previstas en el Código Sustantivo en comento, la fracción I del artículo invocado está comprendida como de aquellas que implican un delito. Así también, dicha causal pertenece al grupo de causas criminológicas.

Esta causa implica un delito de un cónyuge contra el otro. En este caso no se requiere que exista sentencia en el orden penal para invocar el adulterio como causa de divorcio.

El Juez Familiar puede apreciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el adulterio que se atribuye al demandado, y esto por la razón fundamental de que el adulterio es un delito que sólo se persigue a instancia del cónyuge ofendido, que puede simplemente ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto. De otra manera se obligaría al cónyuge para obtener su divorcio, a que, previamente presentara la querrela aún cuando no lo quisiera desde el punto de vista penal.

En el adulterio civil los hechos deben probarse, ser precisos y concretos. Cabrá, por consiguien-

te que sólo haya acción de divorcio sin querrela penal, o podrá existir la acción de divorcio y, además, la querrela. En este supuesto, el Juez Familiar no necesita esperar a que se dicte sentencia en el proceso penal. Con los elementos de prueba que se le rindan en el juicio de divorcio, podrá apreciar libremente si existe adulterio para decretar el divorcio, y habrá incluso, la posibilidad de que se haya resuelto la causa penal, en sentido opuesto.

En el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal; cabe incluso la posibilidad de que sean las mismas probanzas y que el Juez Civil pueda dar una interpretación distinta a la del Juez Penal.

El artículo 269 del Código Civil señala que: "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio."

El plazo a que alude este artículo es de gran importancia y vital para la acción de divorcio, dado que esta duración fatalmente corre, no se puede interrumpir, impedir o suspender.

Se está en presencia de un divorcio necesario, que es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competen-

te y en base a causa expresamente señalada en la ley. Para que proceda este tipo de divorcio, fundado en la causal de adulterio, no es necesario que se reúnan los requisitos que exige el Código Penal para considerarlo como delito, basta la comprobación de la existencia de esas relaciones sexuales extramatrimoniales en cualquier circunstancia para tener por probada la causa de divorcio.

El adulterio civil probado, dará origen a que el cónyuge demandante obtenga sentencia de divorcio a su favor.

La fracción que se analiza habla de "adulterio debidamente probado." La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, pues los adúlteros se refugian en la clandestinidad. Por ello, la Suprema Corte de la Nación admite la prueba indirecta:

"Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable." (Tesis 159.- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 1917-1975. Cuarta Parte. Tercera Sala. México, 1975. p. 496.)

Es competente en materia de divorcio necesario el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal, ante quien se presenta la copia certificada del acta de ma-

trimonio (como requisito a la existencia de un matrimonio válido), cuya disolución se solicita, así como la respectiva demanda de divorcio. En dicha demanda se debe expresar en forma específica la causal de divorcio que se quiere invocar. La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio, pero siempre dentro de los seis meses siguientes al día en que haya llegado a noticia del esposo ofendido los hechos en que se funda la demanda, de acuerdo a lo dispuesto por el precepto 278 del Código Civil.

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del matrimonio. Estas consecuencias tienen una triple manifestación: a) en cuanto a las personas de los cónyuges; b) en cuanto a los bienes de los mismos y c) en cuanto a los hijos.

a) En las personas de los cónyuges.- El efecto directo es la extinción del vínculo conyugal. El cónyuge declarado inocente puede contraer un nuevo matrimonio de inmediato; la cónyuge inocente deberá esperar 300 días para volver a casarse. Este plazo de 300 días empezará a contarse a partir de la fecha en que el juez ordenó la separación judicial. El plazo aludido que pide la ley con respecto a la mujer que quiere con-

traer un subsecuente matrimonio tiene por objeto evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo que la mujer pueda dar a luz en los plazos que la propia ley señala para imputar certeza de paternidad al marido (180 días después de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la extinción del matrimonio por muerte del marido o de la separación judicial en caso de divorcio o nulidad de matrimonio).

En cuanto al, o a la cónyuge culpable, la ley impone como sanción 2 años de espera para poder contraer nuevo matrimonio válido.

b) En cuanto a los bienes de los cónyuges.—El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho, de acuerdo a lo establecido por el artículo 286 del Código Civil.

Conforme al artículo 288 del Código en cita, el Juez, tomando en consideración las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los consortes, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. El cónyuge culpable nunca tendrá derecho a alimentos por parte del otro.

Cuando por el divorcio se originan daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito (párrafo cuarto del precepto 288).

c) En cuanto a los hijos.- En relación a esta consecuencia el artículo 283 dispone:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y con especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

El artículo 287 in fine establece al respecto: "Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, hasta que lleguen a la mayor edad."

De este normativo se desprende que aunque el padre o la madre, pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con

sus hijos. El Juez sentenciador, deberá enviar copia de dicha sentencia de divorcio, al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente. Un extracto de la resolución de divorcio, deberá publicarse durante 15 días, en las tablas destinadas al efecto. (Art. 291 C.C.)

Finalmente, cabe decir, que "la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al Juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación." (Art. 280 C. C.)

A su vez el normativo 281 expresa:

"El cónyuge que no haya dado causa al divorcio puede, antes de que se pronuncie la sentencia que ponga fin al litigio, otorgar a su consorte el perdón respectivo; más en este caso, no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos a los que se refirió el perdón y que motivaron el juicio anterior; ...". Así también hay derecho al divorcio si el otro cónyuge asiente al adulterio.

En otro contexto, el adulterio constituye también un impedimento (toda circunstancia prevista

en la ley, que obstaculiza la celebración del matrimonio y en cuya presencia de tener lugar, éste resultará nulo o ilícito), para contraer matrimonio, de conformidad a lo siguiente:

"Art. 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

V.- El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado."

Doctrinalmente el adulterio es un impedimento dirimente: de celebrarse el matrimonio, será nulo, quedará sin efecto y validez.

Legalmente se exige la existencia de una sentencia ejecutoriada que reconozca la integración del adulterio, ya sea pronunciada en un juicio civil (como causal de divorcio) o en un juicio penal (como delito) para que se pueda dar este impedimento.

La razón por la cual se establece este impedimento es exclusivamente de carácter moral, como una sanción para los antiguos adúlteros. En este caso, el cónyuge declarado culpable en el juicio de divorcio queda impedido legalmente para contraer matrimonio con la persona con quien cometió el adulterio. En el supuesto de que no obstante la prohibición legal,

contraigan matrimonio los adúlteros, la ley otorga acción de nulidad al cónyuge ofendido y al Ministerio Público, o sólo al segundo si el cónyuge ofendido hubiere muerto. En ambos casos, la acción de nulidad derivada de esta causa debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros, según lo establecido por el precepto 243 del Código Civil en vigor.

En conclusión, el adulterio puede considerarse como causal de divorcio, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como conducta desleal, como injuria grave y como impedimento para contraer nuevo matrimonio, según se desprende del análisis realizado en el presente capítulo; de lo que se advierte que la estabilidad matrimonial está ampliamente protegida en el ámbito civil.

CAPITULO TERCERO

AUSENCIA DE TIPO PENAL

SUMARIO

1. TIPO PENAL: A) Concepto.- B) Evolución del tipo.-
C) Requisitos del tipo.- D) Ausencia de tipo.- 2. TI-
PICIDAD: A) Concepto.- B) Ausencia de tipicidad.-
3. IMPORTANCIA DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.- 4. ELE-
MENTOS POSITIVOS DEL DELITO: A) Conducta.- B) Antiju-
ridicidad.- C) Culpabilidad.- D) Punibilidad.

1. T I P O P E N A L .

Siendo el tipo penal el aspecto del cual el jurista debe partir para la construcción de la Teoría General del delito, es menester señalar lo siguiente.

Papel relevante despliega en el moderno Derecho Punitivo el concepto del tipo. La doctrina ha puesto en un primer plano de la consideración jurídica el valor del subrayado vocablo en la formación conceptual del moderno Derecho Penal.

Los preceptos de las normas penales cumplen su función describiendo los hechos prohibidos u ordenados con la amenaza de una pena; de modo que no existe delito que no sea típico, es decir, que no tenga una forma particular diferenciadora, descrita en un precepto penalmente sancionado, o como más comúnmente se dice, en un tipo.

Resulta imprescindible que el Derecho Punitivo, procure el adecuado remedio y claridad indispensable para que en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinado de manera precisa e inequívoca. El Derecho Penal ha creado esta necesaria claridad "mediante un medio extraordinariamente ingenioso: mediante el tipo." (40)

(40) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano.
t. I. México. Porrúa, S.A., 1980. p. 21.

A) C o n c e p t o .

El vocablo tipo, deriva "del latín tipus, que en su acepción trascendente para el Derecho Penal significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que ministra fisonomía propia." (41)

Lo caracterizado como tipo, conocido también doctrinalmente como modelo o figura legales, se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales.

El tipo penal "es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)." (42)

Otro autor, define al tipo como "la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal." (43)

(41) IBIDEM. p. 27.

(42) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Argentina. Ediar, S.A., 1988. p. 371.

(43) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. México. Porrúa, S.A., 1991. p. 271.

Así también lo definen como "la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales." (44)

Jiménez Huerta proporciona una definición más amplia al expresar que el tipo "es la descripción de conducta que, a virtud del acto legislativo, queda plasmada en la ley como garantía de libertad y seguridad, y como expresión técnica del alcance y contenido de la conducta injusta del hombre que se declara punible." (45)

El tipo es una abstracción legislativa que no debe confundirse con el hecho concreto que debe quedar comprendido dentro de la previsión de una norma penal. El tipo es la fórmula legal, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta, elemento del cual se hará el estudio correspondiente en apartado posterior.

(44) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México, Porrúa, S.A., 1993. p. 167.

(45) Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. México, Porrúa, S.A., 1955. p. 15.

De las definiciones citadas se desprende que el tipo penal es por naturaleza eminentemente descriptivo. En él, el legislador debe detallar, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge, plasmándola en el texto escrito de la ley, eminente expresión del lenguaje humano.

Para que la ley penal moderna pueda reputarse correctamente confeccionada deberá definir la acción que constituye al sujeto en delincuente, de lo contrario, es una *lex* indeterminada y bajo esa circunstancia el Derecho Penal puede llegar a encontrarse en un deplorable estado de incertidumbre por no poderse decir, con la precisión que es indispensable, cuáles son las conductas que deben ser castigadas.

B) Evolución del tipo.

Precisase, en primer término subrayar que la historia del tipo es la historia de la tipicidad.

La teoría del tipo hace su solemne ingreso en el campo del Derecho Penal por obra de Beling, el cual atribuye al principio por ella enunciado el puesto de primer orden en la jerarquía de los elementos esenciales a la noción del delito. A consideración del Doctor Jiménez Huerta, con Beling primero se materializa

y después se espiritualiza el concepto de tipo penal. (46) Se materializa cuando en 1906 publica su obra Die Lehre vom Verbrechen; se espiritualiza 24 años más tarde, cuando en 1930 da a conocer Die Lehre vom Tatbestand.

Los elementos conceptuales del tipo fueron conocidos con anterioridad a Beling, sin embargo, el ilustre profesor de Munich dió al tipo (Tatbestand) un sentido distinto del que tenía en las obras de Stubel (1805), Luden (1840), Greyer (1862), Karcher y Schaper (1873), para quienes el tipo era figura del delito específica, en la que se conjuntan la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo y la culpa).

Según la originaria formulación belingniana, el tipo es "la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia de un delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos." (47)

El tipo penal describe y circunscribe abstractamente los elementos materiales necesarios que caracterizan cada especie de delito.

(46) Cfr. IBIDEM. p. 24.

(47) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. t. 1. p. 28.

En el año de 1930 el propio Beling hace una nueva presentación de su doctrina, en la que altera e idealiza algunos de sus primitivos puntos fundamentales. La idea medular de Beling es, ahora, la separación que establece entre el "tipo" y la "especie delictiva."

Para la exposición de su nuevo sistema parte Beling del concepto de "especie delictiva", concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos que se encuentran en la correspondiente descripción legal. Estos elementos son: unos, de naturaleza externa y objetiva, los que caracterizan la antijuridicidad; y otros de naturaleza subjetiva, los que configuran la culpabilidad. Todos estos elementos, empero, se orientan hacia una "imagen unitaria" que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva, y sin la cual aquellos elementos perderían su sentido como integrantes de la misma. Esta "imagen unitaria" es el "tipo" que informa y preside la creación y vida de cada especie delictuosa y representa esquemáticamente su contenido esencial. El tipo no es ya, para Beling, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva, sino la imagen rectora, cuadro dominante o tipo regens que norma y preside cada especie delictiva. De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual

viene a ser una "representación conceptual."

El motivo determinante de esta nueva concepción del tipo rector fue el deseo de Beling de asegurar la necesaria congruencia (en el concepto de delito) del tipo del injusto y del tipo de culpabilidad, congruencia que no se deducía como necesidad lógica en su construcción de 1906. En ella el concepto fundamental del tipo no representaba el vínculo de congruencia, y en rigor podía afirmarse el carácter delictivo de una conducta que, realizando objetivamente el tipo, no iba acompañada de la culpabilidad congruente a dicho tipo.

La idealización que del tipo hace Beling en 1930 no encontró arraigo en el pensamiento jurídico penal.

Sería empero, injusto desconocer la extraordinaria aportación que representa la primigenia doctrina de Beling sobre el tipo penal. Mediante ella se pone en primer plano de la consideración jurídica la trascendente importancia que revisten los elementos objetivos que conceptualmente integran la singular especie delictiva plasmada legislativamente en la ley, y con ello, las bases de la doctrina del delito.

En la evolución del concepto del tipo cabe

señalar las fases siguientes:

a) Fase de la independencia.- En esta fase la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Tipicidad y antijuridicidad son conceptos distintos. El tipo es un elemento de la ley penal. Esta castiga toda acción típica y antijurídica. El tipo y la norma son, pues las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, ya que el tipo describe y la norma valora. La acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes. De tal manera, una acción puede ser típica (por encajar en la descripción de un artículo del Código Penal) y no ser antijurídica (por existir causas de justificación), o viceversa, ya que pueden existir hechos que no se sancionen por no circunscribirse al tipo descrito en la ley. Hay que separar, pues, estas dos características del delito, es decir, la antijuridicidad y la tipicidad. También ha de separarse la tipicidad de la culpabilidad, ya que la determinación de la tipicidad de un acto no reside en la determinación del dolo ni de la negligencia, pues el tipo con el que se relaciona la acción cometida (sea dolosa o culpable) debe tener, por necesidad lógica, el mismo contenido.

b) Fase de carácter indiciario.- En esta fase el tipo no es ya mera descripción.

La teoría de Beling, al ser expuesta en 1906, fue acogida con grandes reservas por los tratadistas alemanes y, como fue ignorada en el extranjero, tuvo que venir la aportación de Max Ernesto Mayer para evitar su olvido.

Max Ernesto Mayer en su Tratado de Derecho Penal, publicado en el año de 1915, desarrolla una doctrina en la cual pretende otorgar al tipo, mayor importancia de la que se le dió en la obra de Beling. Para Mayer el tipo cumple función más importante, pues tiene valor indiciario de la antijuridicidad de la conducta o del hecho (acción), constituyendo el fundamento para conocerla. Frente a la tesis de Beling, según la cual la creación del tipo no implica valoración de la acción, en la de Mayer el tipo es ratio cognoscendi, fundamento cognoscitivo de lo injusto. No obstante, Mayer pregona la independencia entre tipicidad y antijuridicidad, queriendo con ello colocar las cosas en su justo sitio; la primera es sólo indicio de la segunda. Toda conducta que es típica, posiblemente es antijurídica.

c) Fase de la identidad.- Esta fase fue opuesta a la concepción de Beling. Su máximo representante es Edmundo Mezger, quien formuló su doctrina, ya plenamente elaborada en 1931 al escribir su Tratado de Derecho Penal. La definición de delito que da Mezger es la que lo señala como acción típicamente antijurídica y culpable; superando el criterio independizador del tipo de la antijuridicidad, los cuales parecen fundidos e íntimamente ligados en su construcción. En esta fase el tipo es ratio essendi de la antijuridicidad. Edmundo Mezger, al referirse al tipo, como fundamento de la antijuridicidad, expresa: "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto." El tipo jurídico penal, es fundamento real y de validez (ratio essendi) de la antijuridicidad.

d) La antijuridicidad como "ratio essendi" del tipo. En esta fase se estima que 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, lo que justifica su declaración de delictiva y su sujeción a la sanción penal.

e) Fase defensiva.- La figura rectora de Beling. Como se ha dejado dicho, Beling destacó, por vez primera en 1906, la importancia y sentido del tipo,

aunque los ataques que recibió su construcción doctrinal, fundamentalmente de los autores alemanes, hicieron que la reelaborara. Por consiguiente, en Beling pueden distinguirse dos momentos: el primero, en el que el tipo se materializa (1906), que es el período correspondiente a la publicación de su obra fundamental Die Lehre vom Verbrechen, y el segundo (1930), con su monografía Die Lehre vom Tatbestand.

f) Fase destructiva.- Tanto la doctrina de la tipicidad del tipo, como la teoría objetiva de la antijuridicidad, son radicalmente incompatibles con las externas concepciones del nacionalismo que al ser aplicadas al ámbito del Derecho Penal, producen una lógica desorganización en el armazón liberal de la ciencia punitiva.

Los seguidores de esta doctrina deben inspirarse no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino en las provenientes de un orden moral, que surge del pueblo y de la raza. El Derecho Penal nacional-socialista sólo considera la voluntad del criminal y no tiene en cuenta el resultado.

En resumen de la nomenclatura y distintos elementos y conceptos que se mueven en torno al tipo, según la formulación de la doctrina de Beling expuesta en 1930, considerada la de mayor importancia, se sinte-

tiza lo siguiente:

1.- Tipo de delito (Deliktstypus). Es la descripción que hace la ley de un hecho cualquiera (apoderamiento de una cosa ajena; privar de la vida a otro, etc.); es el esquema legal o la llamada por los italianos "figura del delito."

2.- Figura rectora (Leitbild). Es el primitivo tatbestand; constituye la figura rectora, vacía de contenido, cuya naturaleza es puramente descriptiva y objetiva, haciendo por ello posible reunir en sí, los tipos de ilicitud y de culpabilidad.

3.- Tipo de lo injusto (Unrechtstypus). Se llama también tipo de ilicitud, que se identifica con el hecho antijurídico referido a una determinada figura (el apoderamiento ilícito de una cosa ajena, etc.)

4.- El tipo de culpabilidad. El cual no es sino la culpabilidad típica, el dolo concreto exigido por una determinada figura y que en unión del unrechtstypus (tipo de ilicitud) va a llenar el leitbild o tatbestand legal. Este tipo es de carácter interno.

5.- Adecuación típica (Tatbestandmassigkeit). Constitutivo de la relación entre el hecho concreto y real y el deliktstypus o tipo de delito; es la acción que

dá contenido real al tatbestand legal. Esta es la adecuación típica, la relación entre el hecho concreto y real y el tipo de delito (deliktstypus).

6.- Tipicidad stricto sensu (Typicitat e Typizitat). Expresa la necesidad de acuñar los delitos en tipos y no en definiciones vagas e imprecisas. En estricto sentido, la tipicidad es un elemento esencial del delito; la descripción hecha por el legislador. La ley penal ha de establecer, con todo rigor, los delitos en tipos perfectamente concretados y precisados, más no en definiciones ambiguas e inconclusas.

En conclusión, existen tres momentos en la evolución del tipo.

Un primer momento con la teoría de Beling, quien considera al tipo como una mera descripción.

Posteriormente Max Ernesto Mayer, asegura que la tipicidad y por consiguiente el tipo, no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad.

El tercer momento de esta evolución lo constituyen las ideas de Edmundo Mezger. El concepto de tipo se modifica; para este autor el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la "ra-

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

tio essendi" de la antijuridicidad.

Finalmente, cabe decir que la raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de corpus delicti, contenido en viejas leyes, vertido después, con la denominación de tatbestand, a la lengua alemana.

El concepto de corpus delicti es medular en el sistema mexicano. En tres sentidos distintos ha sido y es principalmente empleada la expresión corpus delicti. Unas veces, como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, ínsito en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción (un incendio, un homicidio, un fraude, etc.); otras, como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración (un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota); y una tercera y última acepción, como cualquier huella o vestigio de su naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada (un puñal, una joya, etc.)

Según Jiménez Huerta, existen en México, inequívocas bases dogmáticas que permiten afirmar que la expresión cuerpo del delito, hoy tipo penal, a partir de las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 122 y 128 del Có-

digo Federal de Procedimientos Penales, tan frecuente en la Constitución Federal y en los Códigos Procedimentales en la materia, y sobre el cual descansa el enjuiciamiento punitivo, está empleado como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva que describe el Código Punitivo o una Ley Especial. (48)

No se desconoce que en los artículos 94 al 124 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en los diversos 168 al 187 del Código Procedimental en la Materia, se contienen numerosas disposiciones que recogen el sentido que la expresión *corpus delicti* tiene según las acepciones segunda y tercera anteriormente citadas; pero también se afirma que dichos preceptos hacen concreta referencia a la comprobación del cuerpo del delito, esto es, a los medios legales de acreditar lo que en el sistema de la ley se entiende por tipo penal (antes cuerpo del delito); lo que evidencia conceptos totalmente diversos, concepto substancial y abstracto del *corpus delicti* y el de los medios procedimentales para obtener su comprobación.

(48) Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad, p. 37.

En el ordenamiento jurídico de México es utilizada la expresión *corpus delicti* en el sentido fundamental a que hace referencia la primera de las acepciones anteriormente citadas. *Corpus delicti* es el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, insito en cada delito; o, dicho de otra forma, la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción (un incendio, un homicidio, etc.) Lo evidencian los artículos 19 Constitucional, 161 fracción I del Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los que se establece una patente diferenciación entre el concepto fundamental de *corpus delicti* y los datos procesales que deben considerarse bastantes para su comprobación; lo confirman los numerales 115 fracción I y 122 del Código para el Distrito Federal en Materia Subjetiva y lo corrobora el 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El punto débil de la construcción del tipo y del *corpus delicti*, fue limitar la significación y alcance de uno y otro a lo estrictamente objetivo. Pronto se evidenció que no era posible siempre estructurar el tipo penal sobre una base estrictamente objetiva, como también, que no era tampoco siempre posible construir el *corpus delicti* con elementos estrictamente materiales.

La razón de esta doble imposibilidad yace en que, como el tipo delictivo concretiza la antijuridicidad y el corpus delicti corporiza el delito, esta labor de concreción o corporización no siempre es posible hacerla sin tomar en consideración elementos subjetivos situados en el ánimo del agente. Así surgieron en la doctrina penal alemana los llamados elementos típicos subjetivos, esto es, aquella especial intención o aquella determinada finalidad que tiene de ilicitud la conducta y configura el tipo penal; así también surgió en la elaboración científica mexicana. En la elaboración de esta teoría se muestra un paralelismo que se registra en la evolución de la doctrina del tipo penal y en la de la doctrina del corpus delicti, confirma que "corpus delicti y tipo penal se funden en un todo en la dogmática del delito construída sobre la legislación nacional." (49)

(49) IBIDEM. p. 42.

C) Requisitos del tipo.

Existen requisitos elementales o comunes a todos los tipos. Estos requisitos integran el armazón del tipo y reflejan la razón de su nacimiento y existencia y son: 1) sujeto activo; 2) conducta externa y, 3) un bien jurídico tutelado.

1) El sujeto activo.-- Los tipos delictivos hacen pues, mención expresa y directa de un sujeto activo o autor, en quien encuentra explicación inmediata los diversos preceptos penales. Es autor aquél que ejecuta el acto típico, la persona a que la ley se refiere. Se le denomina sujeto activo para subrayar que tiene dicha calidad por originaria, directa e inmediata determinación típica.

El sujeto activo requiere cualidades personales y éstas se dividen en naturales y jurídicas. Son cualidades naturales aquellas que implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica: v. gr. la de la madre (art. 327 del Código Penal para el Distrito Federal); y jurídicas, aquellas otras que presuponen una situación social creada por el Derecho: v.gr. la de funcionario o empleado público (art. 212 del Código Penal para el Distrito Federal).

La cualidad natural o jurídica que integra

el delito tiene tan sólo trascendencia en orden a la persona en quien concurre y no deja huella alguna sobre la conducta típica. La cualidad personal del sujeto activo se objetiviza en la conducta antijurídica que es tipificada en la ley. Y hasta tal punto es esto exacto, que bien puede afirmarse que lo que nutre la esencia propia de algunos tipos delictivos es precisamente la impronta que la conducta personal del sujeto activo deja en la conducta tipificada. Los tipos delictivos adquieren su razón de ser en atención a que la cualidad del sujeto activo se objetiviza en la conducta antijurídica que integra la propia esencia de los tipos en concreto. La cualidad del sujeto activo representa la valoración hecha por la norma de la posición en que el sujeto se encuentra respecto al bien tutelado. Para agotar la exposición de las peculiaridades que el tipo puede ofrecer en orden al sujeto activo, preciso es, indicar que algunos tipos exigen para su integración una dualidad o pluralidad de sujetos activos; aunque es cierto que la mayoría de los tipos penales pueden ser perpetrados por un sólo agente, existen otros que requieren la presencia de varios sujetos; los primeros se denominan monosubjetivos o individuales; los segundos, plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario.

2) **La conducta externa.**- Se entiende como el comportamiento (acción u omisión) injusto que se concretiza en el tipo. La conducta es puntualizada, unas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos del comportamiento tipificado; otras, mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta; y otras diversas, mediante el especial aprecio de la proyección que emerge desde lo más profundo del ánimo del autor.

A) **Elementos objetivos o descriptivos.**- Por tales se entiende "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." (50)

Aunque el núcleo del tipo lo constituye la acción u omisión trascendente para el Derecho, expresado generalmente por un verbo y excepcionalmente por un sustantivo, son igualmente elementos del tipo todos los procesos, estados, referencias, etc., conectadas a la conducta y que resultan modalidades de la misma cuando forman parte de la descripción legal. Estas modalidades son:

(50) Pavón vasconcelos, Francisco. op. cit. p. 276.

- a) Calidades referidas al sujeto activo.- A veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo.
- b) Calidades referidas al sujeto pasivo.- En otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto.
- c) Referencias temporales y espaciales.- La punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y de lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión.
- d) Referencias a los medios de comisión.- Aún cuando por lo general el medio comisivo resulta indiferente, en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena.
- e) Referencias al objeto material.- El objeto material es aquél sobre el cual recae la conducta, es decir,

el objeto corporal de la acción.

B) Elementos normativos.- Forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídico, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien, cultural cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico.

Beeling negaba su existencia, considerando que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos.

C) Elementos subjetivos.- Los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita. El legislador, al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces, también por razones técnicas, 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, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia.

Es oportuno precisar, que la ausencia de tipo es distinta a la ausencia o falta de tipicidad.

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.

3) El bien jurídico tutelado.- Es el interés o valor de la vida social que específicamente se ha de proteger, mediante la protección enérgica que implica la pena. El tipo penal se determina, precisa y define por imperio del bien jurídico. Sin la consideración del bien jurídico que el tipo penal protege, resulta imposible estructurarlo.

D) Ausencia de tipo.

La ausencia de tipo constituye el aspecto negativo del tipo; es la carencia del mismo. "Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada." (51)

Hay ausencia de tipo "cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal." (52)

El dogma "nullum crimen sine tipo", constituye la más elevada garantía del Derecho Penal liberal, al no poderse sancionar una conducta o hecho, en tanto no estén descritos por la norma penal.

(51) Amuchategui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. México. Harla, S.A., 1993. p. 63.

(52) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México. Porrúa, S.A., 1989. p.365.

2. T I P I C I D A D .

A) C o n c e p t o .

Considerada como uno de los elementos esenciales o constitutivos del delito cuya ausencia impide su configuración. De ella se han expresado, entre otras, las siguientes definiciones:

Para Zaffaroni la tipicidad "es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal." (53)

Otra definición es la que considera a la tipicidad como "la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa." (54)

El concepto de adecuación típica presupone un juicio lógico, en el que se afirma que la premisa histórica, esto es, la conducta humana, está contenida o subsumida en la premisa legal, es decir, en el tipo que en cada caso entra en función.

(53) Zaffaroni, Eugenio Raúl. op. cit. p. 373.

(54) Pavón Vasconcelos, Francisco. op. cit. p. 289.

Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo, lo que se resume en el apotegma "nullum crimen sine tipo."

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, amén de que la Constitución Federal Mexicana, en su artículo 14 establece en forma expresa:

"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."

Lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

B) Ausencia de tipicidad.

El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad.

En toda atipicidad hay ausencia de tipo. Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- 1o. Ausencia del presupuesto del delito.
- 2o. Ausencia de la calidad del sujeto activo, requerida en el tipo.

- 3o. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo, requerida en el tipo.
- 4o. Ausencia de objeto jurídico.
- 5o. ausencia de objeto material.
- 6o. Ausencia de las modalidades de la conducta:
 - a) de referencias temporales.
 - b) de referencias espaciales.
 - c) de los medios empleados.
- 7o. Ausencia del elemento normativo.
- 8o. Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

Ausencia del presupuesto del delito, entendido éste como el tipo.

En ocasiones el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el sujeto pasivo o en ambos.

Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico.

Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción.

A veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no operan, la conducta será atípica.

Si la hipótesis precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito.

Hay tipos en donde se contienen elementos subjetivos, los cuales constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue, o normativos; su ausencia hará operar una atipicidad.

3. IMPORTANCIA DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.

El tipo y consecuentemente la tipicidad tienen un carácter de trascendente importancia en el Derecho Penal, por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege, equivalente a nullum crimen sine tipo), lo que singulariza su valor en el concierto de los elementos esenciales del delito. Ambas piezas técnicas, constituyen además, secuela del principio legalista y auténtica garantía de libertad y seguridad jurídica.

Las figuras típicas son los marcos que delimitan los hechos punibles. Cuanto más progresa el Derecho Punitivo tanto más perfectas deben ser las descripciones del injusto que acotan y recogen, hasta el extremo de afirmarse que la creación de dichas figuras "requiere un summo artis", (55) en el que el legislador debe hacer gala de ciencia, experiencia y técnica jurídica y la tutela de los intereses vitales que hacen posible la justicia y paz social.

La realización de las figuras típicas contenidas en el Código Penal o en Leyes Especiales, fundamentan los juicios de reproche sobre sus autores y la imposición de la pena previa y especialmente establecida.

(55) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano.
t. I. p. 41.

Sin el tipo y la tipicidad como partes integrantes del delito, no será incriminable la acción delictuosa. Ambos nos sirven para especificar y determinar el contenido de la conducta delictiva del hombre.

Por lo anterior, es de decisiva importancia la existencia del concepto tipo y tipicidad en la Teoría General del Delito; lo cual nos indica que ambas figuras deben ser bases fundamentadoras y protectoras del régimen de Derecho en que vive una democracia.

4. ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.

En este apartado se hace una exposición breve de los elementos que aunados al tipo y la tipicidad deben concurrir para que se integre un delito; la ausencia de uno de ellos, dá como resultado la inexistencia de un ilícito penal.

A) C o n d u c t a .

La conducta "es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito." (56)

La conducta debe corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales. La conducta puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones.

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja hacer lo mandado expresamente, implica una abstención de obrar.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia.

(56) Castellanos Tena, Fernando. op. cit. p. 149.

En los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno.

Consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma.

En cambio, en los de comisión por omisión, es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el Derecho ordena. En éstos, el agente decide no actuar y por esa inacción no produce el resultado material.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material.

B) Antijuridicidad.

La antijuridicidad radica en "la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo." (57)

(57) IBIDEM. p. 178.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, pero para efectos doctrinales se ha clasificado en formal y material. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley). El acto será materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

C) Culpabilidad.

Es "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." (58)

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa. En el dolo el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito. En la culpa el agente por medio de su negligencia o imprudencia causa igual resultado.

D) Punibilidad.

La punibilidad más que un elemento del delito es consecuencia del mismo. Por el breve comentario que se hace al respecto, se contempla en este apartado, citándose la siguiente definición.

(58) IBIDEM. p. 234.

"Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma." (59)

Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del ius puniendi).

Resulta por demás innecesario profundizar en la exposición de los elementos del delito, si se parte del criterio que sirve como base del presente trabajo, al negar la existencia del tipo penal de adulterio.

Una vez precisado lo concerniente a la teoría del tipo, en el siguiente capítulo se realizará el análisis respectivo de este instrumento legal en el adulterio, al cual el Código Penal para el Distrito Federal le dá el carácter de delito y que en opinión de esta sustentante no lo es, por carecer precisamente, de tipo penal.

(59) Amuchategui Requena, Irma Griselda. op. cit. p.90.

CAPITULO CUARTO

DEROGACION DEL DELITO DE ADULTERIO

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.-
2. EL ADULTERIO NO ES DELITO.-
3. DEBATE DOCTRINAL SOBRE SU PENALIDAD: A) Razones en pro: a) Honestidad, moral y daño social.- b) Fidelidad conyugal.- c) Orden matrimonial.- B) Razones en contra.

1. PLANTEAMIENTO.

Se ha dejado plasmado en el capítulo anterior lo concerniente a la teoría del tipo, punto de partida para realizar la exposición analítica del adulterio en esta investigación; pues es el tipo, precisamente, una de las dificultades que presenta el contenido del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal; circunstancia que nos conduce a plantear si es procedente o no considerarlo como ilícito.

Se ha dicho que el delito es un fenómeno humano y que el hombre en su actuar es tan complicado, que en sus manifestaciones exteriores resulta casi infirito. Los hechos que realiza forman parte de su fenomenología. La tarea del legislador es tomarlos de ahí y trasladarlos al texto escrito de la ley para formar con ellos cuadros de comportamiento prohibidos y señalados con penas. Ello se hace por medio del lenguaje escrito, de lo que se deduce que el hecho punible debe estar definido de manera inequívoca en la ley.

Definir es fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra. Por lo tanto, la ley definirá el hecho punible explicando, describiendo en forma clara, exacta y concisa su propio contenido; siendo ésta la única forma de hacerlo inequívocamente como pretende la ley.

De ahí que la precisión del hecho típico sea de esencial importancia como eje fundamentador de un régimen de Derecho, en donde el contenido de la norma debe ser completo en su esencia, en lo que se pretende reprochar.

2. EL ADULTERIO NO ES DELITO.

Han quedado precisadas distintas definiciones de lo que es el tipo. Todas ellas aluden al término describir; este último es un vocablo que significa representar por medio del lenguaje, refiriendo o explicando las distintas partes, cualidades o circunstancias de modo que se dé cabal idea de lo que se describe.

Partiendo de esto, tenemos que el tipo penal como acertadamente señala Jiménez Huerta, constituye " una expresión técnica " del contenido de la conducta punible, siendo que es precisamente de técnica jurídica de lo que carece el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, lo que se traduce en una falla legislativa.

Sirve de apoyo a lo anterior la Jurisprudencia número 2018 visible a fojas 10, correspondiente a los años 1955-1963 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación bajo el rubro: " ADULTERIO ", la cual señala ".....hubiera sido más técnico que el legislador hubiera dado otro nombre a la figura penal,..."

Para que al tipo se le considere penalmente como tal, debe contener tres requisitos elementales, mismos que integran su armazón y constituyen su existencia; como anteriormente se dejó establecido dichos

requisitos son: a) sujeto activo; b) conducta externa y, c) el bien jurídico tutelado.

A continuación se analizará si existen esos elementos en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal. El numeral expresa:

"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."

Si enfocamos nuestra atención en este artículo, encontramos en primer término, que el presente dispositivo, únicamente establece la pena aplicable a los culpables que lo hayan cometido en el domicilio conyugal o con escándalo; si bien es cierto que gramaticalmente existen diversos conceptos de la palabra y de los cuales en capítulo diverso se ha hecho referencia, otra cosa es lo que jurídicamente debe entenderse por ella para los efectos penales, pues la connotación gramatical puede no ser exactamente la que corresponda a la acepción jurídica.

Asimismo, de la lectura del artículo 273, se advierte que literalmente el precepto en cita no precisa quiénes son los sujetos, así como tampoco en qué debe consistir la conducta que se quiere sancionar y menos aún precisa el objeto jurídico protegido, pues otra

de las dificultades que presenta el delito de adulterio es la discutible clasificación legal que se ha hecho de él, lo que me conlleva a considerar que este numeral tiene una estructura y contenido jurídico muy raquítico, pues como se ha expuesto carece de elementos básicos para integrar un tipo penal, en virtud de que el precepto invocado sólo establece circunstancias de modo y lugar.

De lo que se concluye que siendo el tipo el presupuesto básico para la existencia de un ilícito, en el caso concreto, en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, éste (tipo penal) no existe; siendo esta situación suficiente para no considerar a dicha disposición como integradora de un delito, lo que se traduce en decir, en primera instancia, que en el Código Penal para el Distrito Federal, no existe tipo penal de adulterio; en consecuencia, no se le puede considerar como delito, pues el hacerlo va en contra de las máximas penales "nullum crimen sine tipo" o "nulla poena sine tipo", que técnicamente se traduce en "no hay delito sin tipo."

La Constitución Federal ampara dichos principios generales en tanto no exista una norma que establezca de manera explicativa e inequívoca el comportamiento que se pudiere imputar al individuo, siendo in-

dispensable la presencia del tipo en la estructura ontológica del delito.

No se olvide que todos los habitantes de un Estado son los destinatarios de la ley penal y que el legislador haciendo abstracción de toda noción conceptual del adulterio, deja a las personas desprovistas de formación jurídica en un estado de confusión que impronta esclarecer. La voluntad del legislador no encuentra perfecta expresión en la norma, resultando obscuro el contenido de ésta, por lo que resulta difícil fijar el sentido del texto que la constituye.

El legislador al confeccionar este ilícito no moldeó la norma con la debida técnica legislativa, por lo cual no dejó bien perfilado en sus caracteres el acto externo punible, lo que ocasiona dificultades al momento de interpretar la norma, constituyendo esto, constancia de que el artículo ha que se ha venido haciendo referencia, no adquiere la relevancia penal que se pretendió al incluirlo en el catálogo de los delitos.

No es óbice a la anterior consideración, el hecho de que la Jurisprudencia sostiene que no resulta indispensable para puntualizar los elementos constitutivos de este antijurídico, que el legislador

precise el significado de todas las palabras empleadas en el precepto, sin embargo, considero que sí lo debe hacer con respecto a la palabra que le dá vida a este artículo; pues se debe tener presente que la ley, precisamente, es la única forma de expresión del Derecho Penal y, aún cuando la Jurisprudencia es una forma de interpretación judicial, la misma no tiene la fuerza jurídica de la ley. Amén de que ésta última constituye la única fuente de conocimiento del Derecho Penal, ella es su exclusiva forma de expresión. Lo anterior encuentra fundamento en el artículo 14 Constitucional, párrafos segundo y tercero que prescriben:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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 que se trata."

Los párrafos transcritos consagran los principios de proceso legal y de previa ley penal, que a su vez constituyen mandatos exigidos a las autoridades, lo que equivale al principio de legalidad y que nos

sirve para fundamentar la calificativa de un hecho como delito.

Atendiendo al caso de ausencia de tipo en la regulación jurídico-penal referente al adulterio y al apotegma que proclaman nuestros preceptos constitucionales de que "no hay delito sin tipo legislado" concluyo que en estricto derecho no existe tipo penal de adulterio; lo cual me conduce a proponer una modificación a nuestro Código Penal para el Distrito Federal en vigor, suprimiendo al adulterio como delito.

Expuesto lo anterior y siguiendo el mismo sentido de interés propuesto, debe preferirse la no punidad del adulterio, mayormente si se considera que aunque sea hoy cuando más agudamente se cuestiona sobre la índole punible del adulterio, la polémica está muy lejos de ser nueva.

Uno de los problemas más arduos que presenta el estudio del adulterio, es el de poder precisar el objeto verdadero sobre el cual descansa toda la represión penal. Innumerables autores han expuesto sus teorías sin llegar jamás a ponerse de acuerdo, por lo que la discusión se mantiene viva y el problema sigue de pie, sin que hasta la fecha nadie haya aportado una solución definitiva.

3. DEBATE DOCTRINAL SOBRE SU PENALIDAD.

Existen opiniones en favor y en contra de la penalidad del adulterio. La doctrina contemporánea generalmente se inclina en un sentido abolicionista. Esta orientación principalmente se finca en la dificultad de denotar con certidumbre el verdadero objeto y utilidad de la tutela penal contra el adulterio.

A) Razones en pro.

Los partidarios de mantener el adulterio en el repertorio de delitos previstos en el Código Penal, entre otros, Francisco Carrara, Quintano Ripollés y González de la Vega, buscan apoyar su posición apelando al bien jurídico tutelado, citando la honestidad, la fidelidad, el buen orden de la familia, el orden matrimonial, el daño social y la moral.

a) Honestidad, moral y daño social.- Quienes apoyan esta posición coinciden en señalar que es el adulterio uno de los delitos que lesionan la honestidad. Es harto discutible que sea ese bien jurídico el tutelado por la pena que se impone a los adúlteros. La lujuria de los culpables sólo lesionaría su propia honestidad. No cabe decir que hiere la del cónyuge ofendido y tampoco la honestidad pública. El hecho de que sea delito que sólo se persigue por acción privada, destru-

ye esa tesis.

Por otra parte, si la honestidad fuera el bien protegido por la norma, sería más grave que la mujer adulterara con otra mujer y que el hombre tuviera en amancebamiento otro hombre, por la gravísima corrupción que esto supone, y sin embargo, las relaciones homosexuales no constituyen adulterio. Hay quienes consideran que de no ser punible el adulterio traería consigo una alteración a la moral. Por otra parte, el argumentar que el adulterio produce un daño social, es partir de una base falsa, toda vez que a la sociedad actual poco o nada le importa que se cometa el adulterio, pues la sociedad no sufre ningún daño directo; además se debe tener presente que el adulterio es un delito perseguible por querrela, ya que si se ocasionara un daño social, dicho ilícito debiera perseguirse de oficio, lo cual no acontece, según lo dispuesto por el Código Penal para el Distrito Federal.

b) Fidelidad conyugal.— Se ha alegado que el adulterio debe reprimirse penalmente porque quebranta la fidelidad conyugal estimándose que ésta es el bien jurídico lesionado por la norma. Carrara es uno de los partidarios de esta postura. Para él, ese es el derecho infringido por los adúlteros.

c) **Orden matrimonial.**- Los partidarios de esta postura sostienen que el mantener al adulterio en la ley penal, sólo pueden concebirle así, como infracción al buen orden de la familia. El objeto de la tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente. Consideran primordialmente al adulterio un delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial.

B) Razones en contra.

Son muchos los penalistas y no todos de última hora, que han postulado la supresión del adulterio como delito, de entre los artículos del Código Penal.

Han escrito decididamente en pro de que se destierre el adulterio de la ley penal: Langle Rubio, Vicente Tejera, Ceniceros, Antón Oneza, Pessina, Tissot y Jiménez de Asúa. En forma coincidente señalan estos autores que reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar la infracción de 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 ca-

teoría de delito.

Niegan que el adulterio sea un delito contra la honestidad, que constituya ultraje al honor, o que ataque el orden de las familias, pues a nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por immoralidades que sólo afectan a sí propio. Indican que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar, sino de una manera nominal, ficticia. Incluso, existen actos que perturba y atacan el buen orden de la familia, como el alcoholismo, y sin embargo, éste no es penible; acarrea sólo contra su autor una posible sanción civil.

Además, si el adulterio perturba el orden de la familia, debiera sostenerse estonces, que infiere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello, las legislaciones le declaran delito privado.

Jimenez de Asúa agrega que, si bien el adulterio en pasados tiempos, pudo ser un injusto que mereciera ser repreendido con una pena, hoy, en que existe el divorcio por causas culpables, es una conducta que sólo debe acarrear la sanción civil de la disolución del matrimonio con todas las consecuencias jurídicas que la resolución supone.

Hasta los partidarios de encontrar base jurídica al delito de adulterio, vacilan ya y no dejan de ver en el divorcio la mejor solución.

Y aún más, actualmente podemos percatarnos que al ofendido no le importa la incriminación del adulterio, lo cual se puede demostrar con la cifra mínima de querellas presentadas por el ilícito en cita, lo cual se desprende de la investigación realizada en el Centro de Cómputo y Estadística del Area de la Dirección de Análisis Procesal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en donde nos aportan que en los últimos cuatro años se han recibido sesenta querellas en toda la zona metropolitana, ocupando este delito el último lugar en el cuadro estadístico de ilícitos.

Esta postura, paralela a la de carácter penal, sirve de apoyo a la propuesta de la derogación del adulterio como delito, en virtud de que no es necesaria la intervención del Derecho Penal, pues el mismo está suficientemente regulado por otra rama del Derecho, como lo es el Derecho Civil.

Finalmente, en la actualidad algunas legislaciones locales y extranjeras, han suprimido el total carácter delictuoso del adulterio.

Por lo que se refiere a este ilícito, en la legislación penal mexicana han sostenido la inutilidad de la punición penal, inclinándose a su supresión de los Códigos Represivos los Estados de Baja California Norte y Sur, Campeche, Chiapas, Colima, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Sinaloa.

En la República Mexicana, los Códigos del Distrito Federal, Durango, Morelos, Sonora y Tabasco, regulan al adulterio como delito, pero no precisan lo que jurídicamente debe entenderse por el vocablo para los efectos penales.

Define al adulterio el Código Penal de Aguascalientes, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Tamaulipas, San Luis Potosí, Jalisco, Oaxaca y Zacatecas.

Por lo que estas bases jurídicas deben servir de apoyo para unificar el criterio en el Derecho Mexicano con respecto a la no punición del adulterio.

CONCLUSIONES

CAPITULO PRIMERO

- I. Comparando los datos históricos del adulterio, se aprecia que éste es tan viejo como la humanidad, que resulta un delito paleontológico.
- II. El pensamiento en torno al adulterio como delito ha venido cambiando constantemente, por lo que en la época actual se justifica su derogación.

CAPITULO SEGUNDO

- I. El matrimonio civil es un acto de naturaleza familiar cuya finalidad es crear entre dos personas de sexo diferente una comunidad de vida.
- II. El adulterio debe ser resuelto en primera instancia por los cónyuges, por ser éste una situación de carácter interpersonal. Y si bien el Estado tiene la obligación de proteger la Institución matrimonial y familiar, ello no necesariamente tiene que ser al amparo del Derecho Penal, pues para ello existen numerosas disposiciones dentro del Derecho Civil que norman su equilibrio; de lo que se advierte que la estabilidad matrimonial está ampliamente protegida en el ámbito legal de aplicación civil.

CAPITULO TERCERO

- I. El tipo penal es el aspecto del cual el jurista debe partir para la construcción entera de la Teoría General del Delito, pues constituye secuela del Principio de Legalidad y auténtica garantía de Seguridad Jurídica.

- II. El tipo era ya considerado por Belling, como pieza de primer orden en la noción de la Ley Penal; fundamento para la construcción entera del delito; es lo que crea y da vida a cada especie delictiva, representando la esencia propia de un ilícito.

- III. Existen requisitos elementales que integran el armazón del tipo y reflejan la razón de su nacimiento y existencia: 1) sujeto activo; 2) conducta externa y 3) un bien jurídico tutelado. Del análisis realizado al artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, se advierte que éste carece de elementos básicos para integrar un tipo penal; teniendo por tanto una estructura y contenido jurídico muy raquítico.

CAPITULO CUARTO

- I. Ciertamente es que el artículo 273 del Código Penal pa-

ra el Distrito Federal sanciona al adulterio, sin embargo, el precepto en cita no describe lo que jurídicamente debe entenderse para los efectos penales por tal acto, por lo que adolece de una ausencia de descripción legal, resultando obscuro el contenido de éste.

- II. Por no existir tipo penal de adulterio, ninguno de los elementos integradores de un delito se puede presentar.
- III. Por lo anterior y considerando que es indispensable la presencia del tipo penal en la estructura ontológica de un ilícito por ser presupuesto básico para su comprobación, PROPONGO SE DEROGUE EL DELITO DE ADULTERIO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE, en virtud de que en estricto Derecho adolece de una AUSENCIA PLENA DE TIPO PENAL, lo que va en contra de las máximas penales: "NULLUM CRIME SINE TIPO" o "NULLA POENA SINE TIPO", que en la técnica jurídica penal se traduce en "NO HAY DELITO SIN TIPO LEGISLADO."
- IV. Sirve de apoyo a esta postura el criterio que existe con respecto a la discutible clasificación legal que se ha hecho del adulterio, con la conse-

cuenta dificultad de denotar con certidumbre el verdadero objeto y utilidad de su tutela penal; la nulidad que representa la amenaza punitiva, pues ésta no ha sido lo bastante eficaz para evitarlo o disminuirlo, por lo que no cumple con su función preventiva; además de que en los casos en que se presenta querrela por este delito, o no llegan a comprobarse las circunstancias de modo o lugar a que hace referencia el artículo en cita, por la dificultad que representa su comprobación, o bien se otorga el perdón por parte del querellante. Así también, la postura de la doctrina contemporánea se inclina generalmente en un sentido abolicionista, incluso los partidarios de encontrar base jurídica al adulterio como delito, titubean ya, y no dejan de ver en las vías de carácter civil la mejor solución; aunado a ello en la actualidad la mayoría de los Códigos Penales estatales, han suprimido el total carácter delictuoso del adulterio; por lo que estas bases jurídicas deben servir para unificar el criterio en el Derecho Mexicano, con respecto a su no punición.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DOCTRINARIAS

1. Amuchateguí Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. México. Harla, S.A. de C.V., 1993.
2. Barroso Figueroa, José. Apuntes de Clase de Derecho Civil. Cuarto Curso. México. 1992.
3. Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús. Historia del derecho romano y de los derechos neorrománistas. México, Porrúa, S.A., 1989.
4. Bravo González, Agustín y Bravo Valdéz, Beatriz. Primer Curso de Derecho Romano. México. Pax - México, S.A., 1989.
5. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. México, Porrúa, S.A., 1985.
6. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. México. Porrúa, S.A., 1993.
7. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. México. Porrúa, S.A., 1993.
8. Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. México. Porrúa, S.A., 1990.

9. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. México. Porrúa, S.A., 1993.
10. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. México. Porrúa, S.A., 1992.
11. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. El Delito. t. III. Argentina. Losada, S.A., 1965.
12. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. t. I. México. Porrúa, S.A., 1980.
13. Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. México. Porrúa, S.A., 1955.
14. Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. t. III. México. Porrúa, S.A., 1988.
15. Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. México. Porrúa, S.A., 1992.
16. Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. México. Porrúa, S.A., 1987.
17. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. México. Porrúa, S.A., 1991.
18. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. México. Porrúa, S.A., 1989.

19. Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. México. Porrúa, S.A., 1989.
20. Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. t. II. México. Porrúa, S.A., 1987.
21. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Argentina. Ediar, S.A., 1988.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS JURIDICOS

1. Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. t. I. Argentina. Heliasta, S.L.R., 1986.
2. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Porrúa, S.A., 1988.
3. Enciclopedia de Derecho de Familia, t. I. Argentina. Universidad, S.R.L., 1991.
4. Enciclopedia Jurídica Omeba. t. I. Argentina. Anca-
lo, S.A., 1990.
5. Gran Enciclopedia del Mundo. t. XII. España. Marín,
S.A., 1979.
6. Diccionario de la Lengua Española. t. II. Real Aca-
demia Española. España. Espasa-Calpe, S.A., 1992.

LEGISLACION

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
3. Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
4. Colección de Códigos Penales para toda la República.
5. Código Federal de Procedimientos Penales.
6. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

JURISPRUDENCIA

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1955-1963.

OTRAS CONSULTAS

Guía de Diligencias Básicas para el Ministerio Público. Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal. Programa de Reforma de Barandillas. 1990.

Revista El Criminalista, t. X. México. Cárdenas Editores y Distribuidores. 1988.

*Esta Tesis fue impresa el 10 de
Mayo de 1995 por Impresos
Granados con dirección
en: República de Brasil #22
Desp. 14 México, D.F.
C.P. 06010 Tel. 518 32 98*