



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ARAGÓN  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

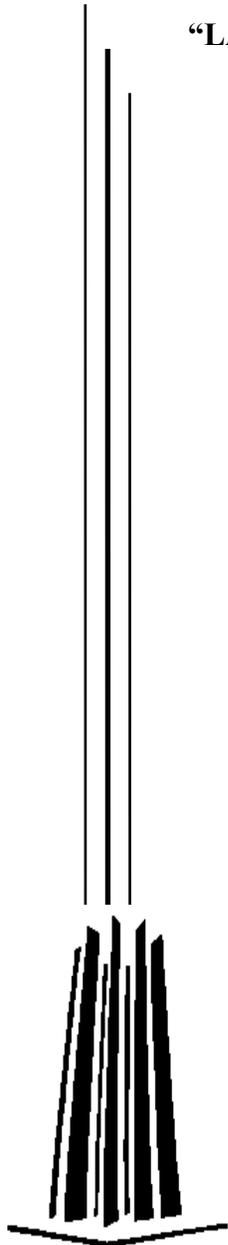
**“LA ADOPCIÓN PLENA EN EL DELITO DE INCESTO EN EL CÓDIGO  
PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO”**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A:**

**ALUMNO: MARTÍN RAMÍREZ MORALES**

**ASESOR:  
LIC. RICARDO LIMÓN PÉREZ**



**MÉXICO, ARAGÓN**

**DICIEMBRE 2009**



**FES Aragón**



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.

## **AGRADECIMIENTOS**

### **A DIOS**

*Por permitirme ocupar un espacio en este mundo y tener la dicha de llegar a este momento tan emotivo para mí y mi familia, gracias Señor.*

### **A mi Padre**

*Gracias por darme la vida y enseñarme tus sabios conocimientos que adquiriste en la “universidad de la vida y de la experiencia”, esta vez solo deseo decirte que espero no haberte defraudado y que mientras estés conmigo hare lo posible para que siempre estés orgulloso de mi.*

**J. Refugio Ramírez Salas.**

### **A mi Madre.**

*Gracias mamá infinitamente por lo que significas en mi vida, por haberme educado para ser la persona que en esta ocasión termina un proyecto más, te quiero mucho no lo olvides este trabajo también es un triunfo tuyo.*

**Consuelo Morales Pérez.**

### **A mi Esposa.**

*Por ser la mujer que eres, siempre impetuosa, lista y amorosa, a ti te agradezco tus alientos para concluir con este trabajo, tu comprensión y sobre todo tu amor, gracias por darme tu tiempo, y ha esa mujercita que es en este momento el principal motor para continuar luchando, solo recuerda que en nuestras manos está el conseguir salir adelante. Te Amo Chaparra.*

**Claudia Aidee Hernández Martínez.**

### **A mi Hija.**

*Gracias dios por darme la oportunidad de ser padre de una hermosa niña, la cual hoy representa uno más de mis motivos para conseguir mis propósitos, y sobre todo ser un ejemplo que marque la vida de mi niña, a ti te dedico mi esfuerzo, gracias por ser como eres. Te Amo.*

**Ximena Ramírez Hernández.**

### **A mis Hermanos.**

*Con los cuales compartí el inicio de mi vida y que aun con las diferencias y cualidades de cada uno, somos parte de una gran familia, espero no defraudarlos, saben que cuentan conmigo porque ustedes son parte de mí. Los Quiero.*

**Marcela, Rodrigo, Rosa María, Edición y Anahi.**

### **A mi Asesor.**

*Por darme la confianza de realizar este trabajo, por su tiempo y consejos los cuales me alentaron a no decaer para conseguir este objetivo, gracias por todo, no tengo palabras para agradecerle y enseñarme que la confianza hacia las personas es importante en nuestra vida profesional.*

**Lic. José Ricardo Limón Pérez.**

*Gracias a todas aquellas personas que con sus consejos contribuyeron a la conclusión de esta tesis, hoy estoy eternamente agradecido por su tiempo, sus ideas, consejos que siempre fueron para mi la fuerza necesaria para seguir adelante.*

**“LA ADOPCIÓN PLENA EN EL DELITO DE INCESTO EN EL CÓDIGO  
PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO”  
INDICE**

**INTRODUCCION**

**CAPITULO PRIMERO**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LA  
LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO**

<b>TEMA</b>	<b>PAG.</b>
1.1.- Antecedentes históricos de la adopción	01
1.2.- Antecedentes históricos de la adopción dentro del Derecho Mexicano	14
1.3.- Concepto etimológico de adopción	18
1.4.- Conceptos doctrinales de la adopción	19
1.5.- Concepto legal de adopción	20
1.6.- La adopción en el marco legal	20
1.6.1.- Objeto de la adopción	21
1.6.2.- La adopción como institución jurídica	21
1.6.3.- Características de la adopción	25
1.6.4.- Requisitos de la adopción	27
1.6.4.1.- Elementos personales	27
1.6.4.2.- Elementos formales	31
A).- Elementos concurrentes	31
B).- Elementos posteriores que debe cumplir el oficial del registro civil en el levantamiento del acta de adopción plena	37
1.6.5.- Personas que tienen capacidad legal para adoptar	38
1.6.6.- Personas que tienen prohibido para adoptar	39
1.6.7.- Efectos de la adopción	40
1.6.8.- Terminación de la adopción	44
1.6.9.- La adopción plena	48

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **GENERALIDADES SOBRE LA TEORÍA DEL HECHO PUNIBLE.**

<b>TEMA</b>	<b>PAG.</b>
2.1.- Concepto legislativo	58
2.2.- Concepto doctrinal	61
2.3.- Aspectos positivos y negativos	63
2.4.- Elementos del delito	66
2.4.1.- Conducta y aspecto negativo	66
2.4.2.- Tipicidad y aspecto negativo	69
2.4.3.- Antijuricidad y aspecto negativo	72
2.4.4.- Imputabilidad y aspecto negativo	76
2.4.5.- Culpabilidad y aspecto negativo	80
2.4.6.- Punibilidad y aspecto negativo	85

## **CAPITULO TERCERO**

### **ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE INCESTO PREVISTO Y SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO**

<b>TEMA</b>	<b>PAG.</b>
3.1.- Concepto legislativo y doctrinal del delito de incesto	88
3.2.- Cuerpo del delito	89
A).- Conducta	95
B).- Resultado	95
C).- Nexo causal	96
3.3.- Clasificación del delito de incesto	97
A).- Por su clasificación legal	97
B).- Por el tipo penal	98
3.4.- Comprobación del delito de incesto	98
A):- Comprobación del parentesco	99
B).- Ejecución de la cópula	100
C):- Que los sujetos activos tengan parentesco consanguíneo	101
3.5.- Elementos del tipo penal	102
A).- Sujetos	102
B).- Bien jurídico	102
C).- Objeto material	103
3.6.- Culpabilidad	103
3.7.- Tentativa y Consumación	104
3.8.- Requisitos de procedibilidad	105
3.9.- Participación delictiva	108
3.10.- El delito de incesto en la legislación penal mexicana comparada	109

## **CAPITULO CUARTO**

### **PROPUESTA Y JUSTIFICACIÓN PARA ADICIONAR LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN PLENA EN EL DELITO DE INCESTO EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.**

<b>TEMA</b>	<b>PAG.</b>
<b>4.1.-</b> La figura legal de la adopción plena como ficción del derecho en la configuración del conocimiento del parentesco en el delito de incesto	116
<b>4.2.-</b> La ausencia del bien jurídico en el delito de incesto por interferencia de la institución de la adopción plena	118
<b>4.3.-</b> El problema del consentimiento en los sujetos activos del delito de incesto cuando son mayores de edad y existe adopción plena	120
<b>4.4.-</b> El problema del dolo en la relación incestuosa cuando existe la adopción plena	120
<b>4.5.-</b> Una necesidad jurídica: la incorporación de la institución de la adopción plena para que se configure el delito de incesto	124

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

Es incuestionable que algunos delitos que tipifica la Parte Especial del Código Penal para el Estado de México tiene una estrecha vinculación con instituciones del derecho de familia, tal como ocurre en el delito de incesto que sanciona el artículo 221 el mismo ordenamiento jurídico penal; y que es el caso del parentesco, y sus diversas clases que reconoce el Código Civil para el Estado de México; por lo tanto, la institución de la familia y el matrimonio, el parentesco, la adopción y el ejercicio de la patria potestad son figuras de corte familiar que se involucran en el delito que es tema de análisis jurídico.

De este modo, en el Capítulo Primero, se lleva a cabo un análisis jurídico acerca del vínculo jurídico que tiene la institución jurídico-familiar como es la adopción con el hecho del incesto que es considerado como delito por la ley penal; y que se encuentran paralelamente vinculada cuando una familia nuclear ha llevado a cabo mediante un acto de poder por parte del Estado la incorporación de una nueva persona a su centro familiar; por consiguiente, siendo y teniendo conocimiento algún miembro de familia consanguínea, puede en forma dolosa ejecutar los elementos que describe el tipo penal, como es la comisión delictiva incestuosa.

El Capítulo Segundo, está dedicado al estudio de la Teoría del Delito, partiendo desde su definición hasta los elementos que lo componen; a pesar de las diversas teorías y puntos de vista que ha elaborado la doctrina penal mexicana como extranjera, adoptamos la postura de que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, elementos que se comprueban para la materialización del delito, aunado con los elementos propios que describe el tipo penal en un caso determinado.

Respecto al Capítulo Tercero, la figura del delito de incesto, descrita y sancionada en el artículo 221 del Código Penal para el Estado de México, es objeto de un análisis jurídico, con la finalidad de darle y entender su perfil y contornos que lo caracteriza; delito vinculado directa y especialmente con la familia nuclear o conyugal, por lo que también tiene una estrecha relación con la sexualidad humana, situación que no es respetada por los sujetos activos, y que quebranta la moral social y familiar con consecuencias en el ámbito jurídico penal, y que nos servirá para conocer sus deficiencias técnicas en la propuestas que se sostiene, la cual debe ser incluida.

Finalmente, en el Capítulo Cuarto, se lleva a cabo una serie de reflexiones jurídicas acerca del delito en estudio, con el objetivo de señalar, que a pesar de que se trata de un delito vinculado con la familia y la sexualidad humana, es denunciado muy pocas veces, y que el Congreso Local del Estado de México, debe de hacer reformas y adiciones al mismo, para evitar la impunidad de los sujetos activos, debido a la interferencia de la figura familiar de la adopción, ya sea simple o plena; por consiguiente, resulta ya una urgencia de carácter jurídico penal, que en el delito de incesto se incluya la figura de la adopción como un parentesco que reconoce la ley civil, y se equipare al delito de incesto, para ser tipificado y sancionado.

## **CAPITULO I**

### **1.1.- Antecedentes históricos de la adopción.**

Antes de entrar al estudio de las grandes culturas universales donde encontramos los orígenes jurídicos de la adopción, haremos una visión panorámica sobre otras culturas donde someramente encontramos esta figura legal que hasta nuestros días ha evolucionado y permanecido en nuestra cultura y legislación jurídica.

#### **a).- Código de Hammurabi.**

El sexto Rey de la dinastía amorrea de Babilonia, Hammurabi (1730-1688 a. de C) promulgó probablemente en sus primeros veinticinco años de su reinado un conjunto de leyes que para su mejor conocimiento mandó grabar en estelas de piedra y repartirlas por las principales capitales de su Imperio.

Tales leyes, que a modo de Código venían a sancionar en parte la jurisprudencia anterior con los adecuados retoques, constituyen el monumento literario más extenso y más importante de su época, así como el Corpus legislativo más célebre del mundo antiguo oriental y aun de toda la antigüedad.

El ordenamiento legal desarrolla 282 artículos formulados de manera sencilla y en forma condicional. Si bien carece de ordenación sistemática (como hoy en día conocemos un Código jurídico) algunas materias aparecen tratadas más o menos en conjunto. Su contenido puede resumirse y estructurarse a grandes rasgos, como el siguiente esquema: Infracciones Procesales (artículos 1 al 5); Estatutos de la Propiedad (artículos 6 al 25); Beneficios y Obligaciones derivadas de feudos militares (artículos 26 al 41); Relaciones de Posesión y de otras especies (artículos 42 al 78); Préstamos y otros negocios mercantiles (artículos 79 al 126); Matrimonios y Familias (artículos 127 al 177); Sacerdotistas (artículos 178 al 184); Adopción (artículos 185 al 195); Lesiones Corporales y Aborto (artículos 196 al 214); Médicos, Arquitectos y Barqueros (artículos 215 al 240); Materias Agrícolas y ganaderas con sus sanciones penales (artículos 241 al 272); Salarios y Alquileres (artículos 273 al 277); y, por último, la compraventa de esclavos (artículos 278 al 282).

Resulta sorprendente, que un ordenamiento legal tan antiguo, haya regulado la institución de la adopción, por lo que le dedicó diez preceptos, que a continuación nos permitimos transcribir.

La familia babilónica, escribe el tratadista Santiago Castro Dessen- “estaba constituida por el padre o esposo, sus mujeres (una esposa principal y eventualmente otra secundaria), los hijos de sus mujeres e incluso adoptivos y aquéllos habidos con sus esclavas. Con relación a la filiación adoptiva, se estatuyó así:

Artículo 185.- Si un señor ha tomado un niño desde su infancia para darle su nombre y le ha criado, este hijo adoptivo no podrá ser reclamado.

Artículo 186.- Si un señor ha tomado un niño para darle su nombre, si cuando lo ha tomado, éste adoptado reclama a su padre y a su madre, el hijo adoptado volverá a su casa.

Artículo 187.- El hijo adoptivo de un favorito que presta sus servicios en el palacio no puede ser reclamado.

Artículo 188.- Si un artesano ha tomado un muchacho como hijo adoptivo y le ha enseñado su oficio no podrá ser reclamado.

Artículo 189.- Si no le ha enseñado su oficio, ese hijo adoptivo volverá a su casa paterna.

Artículo 190.- Si un señor ha tomado un niño para darle su nombre y le ha criado, si después ha establecido su propio hogar y tuvo así hijos, y si se propone librarse del hijo adoptivo, este hijo adoptivo no se irá con las manos vacías; el padre que le ha criado le deberá entregar de sus bienes un tercio patrimonial y entonces el hijo adoptado se irá; del campo, del huerto y de la casa no está obligado el padre adoptivo a darle nada.

Artículo 191.- Si el hijo adoptivo de un favorito ha dicho a su padre que le ha criado o a su madre que le ha criado “tú no eres mi padre”, “tú no eres mi madre”, se le cortará la lengua de un solo tajo, y será arrojada a las bestias o quemada.

Artículo 192.- Si un señor no ha incluido entre sus propios hijos al muchacho que había tomado para darle su nombre y que había criado, ese hijo adoptivo volverá a su casa paterna.

Artículo 193.- Si el hijo adoptivo de un favorito ha identificado su casa paterna y llega a odiar al padre que le ha criado o a la madre que le ha criado y marcha a su casa paterna, le sacarán su ojo.

Artículo 194.- Si un señor ha entregado su hijo adoptivo a una nodriza para que lo amamante, y ésta no lo hace y muere el menor, se le amputarán los pechos a la nodriza.

Artículo 195.- Si un hijo adoptivo ha golpeado a su padre adoptivo, se le amputarán las manos.

La adopción en el gobierno teocrático de Hammurabi, curiosamente tuvo fines sociales y de protección a los niños abandonados, bien sea de padres conocidos o no, alejada esta figura de toda noción religiosa”<sup>1</sup>.

Lo anterior nos permite ver que la institución de la adopción, en el primer código del que se tienen noticias jurídico-históricas, ya era regulada normativamente, y que su tratamiento, aunque rudimentario, sin técnica jurídica, era considerado por las leyes antiguas.

En este orden de ideas, podemos deducir que la institución de la adopción se caracterizó en los siguientes términos:

a).- Que las condiciones para que procediera la adopción se requería que se tratará de un niño o niña recién nacido, de padres desconocidos o conocidos, o abandonados, con el objeto de que no se acordarán de sus padres biológicos, en algunos casos; que se ocuparan de su crianza (educación, alimentación y vestido) en forma personal o dentro del hogar, y finalmente, que le dieran su nombre y apellidos para equiparlo con los hijos legítimos.

---

<sup>1</sup> Castro Dassen, Santiago. El Código de Hammurabi Comentado. 9ª. edición. Editorial Playde. Argentina, 1989. p. 21.

b).- Podría desaparecer la adopción, en algunos casos, si se adoptaba a un niño o una niña ya bastante crecidos, y éstos reconocieran o quisieran regresar a la familia original, situación que se les advertía a los padres adoptivos.

c).- No podía desaparecer, por el contrario, la adopción, cuando los hijos adoptivos estaban al servicio de un palacio, toda vez que se trataba de un status social y económico muy atractivo, aun cuando los padres naturales los reclamaran.

d).- Los padres naturales no podían reclamar a sus hijos adoptados en otras familias, cuando en éstas se les crió, y se les enseñó un oficio para que subsistieran.

e).- Debido a que la adopción era plena y perpetua, el padre adoptante si quería sacar de su familia al hijo adoptivo, era necesario para ello, que le diera un tercio de la masa patrimonial, pero solamente de bienes muebles, más no de los inmuebles, como eran terrenos, huertos o casas.

f).- La ingratitud de palabra o de conducta del hijo adoptivo hacia con los padres adoptantes, era sancionado con penas severas, como cortarles la lengua, las manos o sacarles un ojo, según fuera el caso.

g).- Finalmente, también recibía una pena cruel la nodriza que amamantara a un hijo adoptivo, cuando se le confiara esa tarea, y que por su culpa aquél muriera.

### **b).- Derecho Hebreo.**

Lo más representativo del derecho hebreo es el Código Deuteronomico, que es un conjunto de leyes que, dadas al parecer en los campos de Moab, son puestas en boca de Moisés a la vista de la tierra prometida. Sus preceptos pueden agruparse en torno a disposiciones sobre culto y religión, leyes relativas a jueces, sacerdotes y profetas y otras concernientes al derecho familiar, entre otras. Todo este articulado supone ya una sociedad perfectamente centralizada, dedicada al comercio, con jerarquía sacerdotal, lo que hace que algunos estudios de la Biblia lo sitúen en el Siglo VII a. de C.

Sobre la adopción es la legislación hebrea, tuvo fines meramente religiosos y proféticos, como explica el tratadista Salomón Cleimán, cuando hace referencia al padre adoptivo de Jesús en el debatido tema sobre su existencia, y que lo explica en los siguientes términos: “Con relación al cristianismo y su fundador, Jesús, fue un personaje histórico, y no mitológico como muchos así lo creen.

El primer versículo de la Escrituras griegas cristianas, conocido comúnmente como el Nuevo Testamento, dice: “El libro de la historia de Jesucristo, hijo de David, hijo de Abrahán”. (Mateo 1:1). ¿Es esa una declaración infundada de Mateo, ex recaudador de impuestos judío que estuvo entre los discípulos más cercanos a Jesús, y que fue su biógrafo? No. Los siguientes 15 versículos de ese capítulo detallan la línea de descendientes de Abrahán hacia Jacob, quien “llegó a ser padre de José, el esposo de María, de la cual nació Jesús, a quien se le llama “Cristo”. Por lo tanto, Jesús en verdad fue descendiente de Abrahán, Judá y David, y como tal satisfacía tres de los requisitos que acreditan a la predicha “simiente” o “descendencia” que se menciona en Génesis 3:15 y que vendría de Abrahán. (Génesis 22:18; 49:10; 1, Crónicas 17:11).

Otro requisito que acreditaría a la Descendencia Mesiánica sería su lugar de nacimiento. ¿Dónde nació Jesús? Mateo nos dice que Jesús “nació en Belén de Judea en los días de Herodes el Rey” (Mateo 2:1). El relato del médico Lucas confirma este hecho al decirnos lo siguiente sobre el que sería padre adoptivo de Jesús: “José también subió de Galilea, de la ciudad de Nazaret, a Judea, a la ciudad de David, que se llama Belén, por ser miembro de la casa y familia de David, para inscribirse con María, quien le había sido dada en matrimonio según se había prometido, y a la sazón estaba en estado avanzado de gravidez”. (Lucas 2:4, 5)<sup>2</sup>. De este modo, aunque en forma somera, sin más detalles sobre requisitos y procedimientos para llevar a cabo la adopción, ésta se practicó con fines religiosos, que directamente producían bienestar familiar a la niñez en todos sus órdenes, como la alimentación, educación y seguridad. Se trató de una institución de buena fe.

### **c).- Derecho Germánico.**

La condición jurídica y social de los germanos radica en su “sippe”, éste vocablo designaba el círculo total de los parientes consanguíneos y adoptivos a la

---

<sup>2</sup>.- Cleimán, Salomón. Derecho Hebreo. 5ª. edición. Editorial Ariel. Argentina, 1987. pp. 20-21.

vez. Su estructura descansaba en la igualdad de derechos de sus miembros. El derecho era considerado como el ordenamiento de la paz general, no era escrito sino consuetudinario, fundido con la religión y los usos sociales.

De vital importancia resulta por lo que hace a la organización política y militar, debido a que fue el centro de atención de toda actividad germana. Se reunían en determinadas épocas para tratar asuntos relevantes de paz o guerra, abriéndose y clausurándose con actos religiosos.

Por consiguiente la adopción se conoció en el antiguo derecho germánico, y tuvo principal finalidad el ejercicio de la milicia, esto es, que el hijo adoptivo se preparara para la guerra, por lo que tenía que aprender esta actividad del padre adoptante, y demostrar previamente inteligencia, vocación, valentía y destreza en el manejo de las armas. De este modo, el hijo adoptivo adquiría el nombre, las armas y el poder público del adoptante, y por otro lado, carecía de derechos sucesorios sobre el patrimonio económico de los padres adoptivos, a excepción, que lo recibiera por contrato de donación o fuera mencionado como heredero por testamento. Así, el hijo adoptivo cumplía con honrar a sus padres en los combates saliendo victorioso, con lo cual se cumplía la finalidad de adopción, tanto en el núcleo familiar, social y estatal.

#### **d).- Derecho Español.**

Por lo que hace al derecho español, es conveniente apuntar que los antecedentes históricos-legislativos de la adopción como institución jurídica que nos ocupa resulta un tanto difícil de ubicarlo con exactitud, en atención a la multiplicidad de ordenamientos legales que existieron, por una parte, de aquellos que nunca se aplicaron o que lo fueron de un modo parcial, y por otro lado, de aquellos que sobresalieron y que más o menos tuvieron vigencia, y de estos últimos haremos sus respectivas referencias.

Así, el primer antecedente lo tenemos en la Ley de las Siete Partidas, que según la Ley I, del Título XVI, de la Partida IV, disponía que: “La adopción es el prohijamiento de una persona que está bajo la patria potestad y a la cual se recibe en lugar de hijos o nietos. Tanto quiere decir como prohijamiento: que es una manera que establecen las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente”. Esta misma regulación es recogida por la Novísima Recopilación (Libro XI, Título XXIV, Ley 6).

Con la evolución misma del derecho español, principalmente en el “derecho civil foral, en materia de adopción rigen los principios del Derecho Romano, conforme a los cuales en el medio legal por el cual pasan a ser hijos de una persona los que no lo son por naturaleza. Según sea el estado natural y civil del adoptante y adoptado, se divide en adopción propiamente dicha (cuando el adoptado se halla bajo la patria potestad del padre o madre); plena (si recae en un descendiente); simple llamada también menos plena (si recae sobre un extraño); y adrogación (si el prohijado está ya emancipado).

**El procedimiento para la adopción es determinado por el derecho común español.**

Las circunstancias o requisitos que ha de reunir el adoptante para poder adoptar son tres: 1º.- Ser padre de familia; 2º.- Exceder de dieciocho años al adoptado; y, 3º.- No tener por naturaleza impedimento físico perpetuo para adoptar.

Para que las mujeres puedan adoptar es necesario que hayan perdido a sus hijos en la guerra o en servicio del Estado necesitando para ello autorización real. Los tutores no podían adoptar a sus pupilos hasta que éstos hayan llegado a la mayoría de edad.

Los menores de siete años que no tengan padres no podrán ser adoptados, y cuando lo fuesen al pasar de esta edad estarán sin distinción de ninguna clase en la familia del adoptante.

Cuando el adoptante es ascendiente paterno o materno del adoptado para éste a poder de aquél y tiene en sus bienes y familia iguales derechos que los que concede la ley a los hijos naturales y legítimos.

Si fuere un extraño el prohijante, a los hijos de familia adoptados por éste les corresponderá por sucesión, los mismos derechos que los hijos naturales y legítimos, y con respecto al padre natural continuarán bajo su patria potestad conservando todos los derechos que tenía en la familia antes de la adopción.

La adopción propiamente dicha, tal queda sin efecto por la emancipación, y la mera adopción por la sola voluntad del adoptante.

En la adrogación, la emancipación no puede tener lugar sino por justa causa. Considerando como tales:

a).- Mediar ofensa grave por parte del adrogado.

b).- Porque esté instituido heredero testamentario a condición de que sea emancipado por el arrogador. Si la emancipación tiene lugar por causa justa, el arrogador deberá entregar al arrogado todos los bienes que éste hubiere recibido, y de no mediar aquella habrá de entregarle, además las ganancias con ellos y la cuarta parte de la herencia”<sup>3</sup>.

Es muy poco frecuente la adopción en Navarra, de lo que por otra parte, nada dicen las leyes de ese territorio, siendo de aplicar, para aquellos casos en que tenga lugar lo prescrito por el derecho romano.

El derecho de Vizcaya no habla de esta institución jurídica y apenas lo practicaron los habitantes. En Mallorca es de aplicarse el derecho romano de la misma forma en que se explicara en el desarrollo de nuestra exposición. En Galicia no existió esta figura legal en particular; y por lo que se refiere a Aragón, nada contiene su legislación.

La Ley Canónica atribuye a la cognación legal, o sea, el parentesco nacido de la adopción la condición de impedimento canónico, impediendo o dirimiendo del matrimonio según el carácter que reviste en la Ley Civil Española.

En España, es de aplicación el canón 1080, que dice: “Los que por la ley civil son inhábiles para contraer entre si matrimonio a causa del parentesco legal que nace de la adopción por prescripción del derecho canónico que pueden casarse válidamente, pasando por tanto la adopción a contribuir un impedimento canónico dirimente.

Este impedimento hace inválido el matrimonio celebrado entre el adoptado y padre o madre adoptantes; entre el adoptado y el cónyuge viudo del adoptante; y entre los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción”<sup>4</sup>. Por tanto, se puede apreciar que el derecho romano y el

---

<sup>3</sup>.- Castellanos, Alejandro. **Derecho Civil**. Tomo III. Editorial Tecnos. España, 1989. p. 78.

<sup>4</sup>.- Castellanos, Alejandro. **Derecho Civil**. Tomo III. Op. Cit. p. 81.

canónico influyen directamente en la institución y regulación de la adopción en el derecho español.

### **Grecia.**

Las noticias históricas de este derecho son fragmentarias, imprecisas y frecuentemente escasas; sin embargo, se cuentan con algunos datos que permiten tener ideas sobre la adopción en la cultura griega.

De Esparta se puede mencionar que fue la una ciudad poderosa, tanto militar como económicamente, debido al orden impuesto en todos los ámbitos por medio del terror. Se compuso de una familia patriarcal, y muchas instituciones de carácter familiar no existieron jurídicamente, debido a que se trataba de un gobierno dictatorial, carente de toda democracia. Por lo que en opinión generalizada de los doctrinarios la institución de la adopción no existió, debido a que todos los hijos, de todas las clases sociales, como lo fueron los espartanos libres, lacedemonios, iliotas y esclavo, pertenecían al Estado, bajo su custodia y vigilancia.

De Atenas, se puede señalar un claro contraste, casi diferente con la organización política, social, familiar, económica y jurídica que imperó en Esparta.

De este modo, la figura de la adopción en Atenas apareció gracias al gobierno democrático que influyó en sus demás instituciones, como la familiar, y que en criterio generalizado por los tratadistas sobre esta materia, tuvo las siguientes características:

- a) .-La adopción tuvo un fin meramente religioso;
- b) .-Podían adoptar familias que pudieran tener hijos, y que los hijos adoptivos fueran extraídos de su propia clase social;
- c) .-El adoptado no podía volver a su familia biológica o natural sin antes dejar un hijo en la familia adoptiva, como muestra de gratitud;
- d) .-La ingratitud del hijo adoptivo se castigaba con penas corporales, como azotes y mutilaciones en la manos, orejas y lengua;
- e) .-El trámite en un principio se llevaba a cabo ante autoridades eclesiásticas, para que tiempo después se efectuará ante un Magistrado.

La adopción en Atenas, resultado de los pocos datos que se tienen, fue del toda incierta, “debido a que en cada ciudad por exigencias de carácter religioso debía ser absolutamente independiente, pues era necesario que cada cual poseyera su Código propio, cada una tenía su religión y de ésta emanaba la Ley. No se podía aceptar que existiera en nada en común entre dos ciudades”<sup>5</sup>. Conforme a estas ideas, la institución de la adopción tomo diferentes características en cada ciudad, con requisitos y procedimientos propios para su validez.

### **Roma.**

Es inobjetable la importancia e influencia que ha tenido el derecho romano en los pueblos y culturas occidentales, y que en gran medida ha sido receptor nuestro sistema jurídico mexicano, al tomar carta de naturalización varias instituciones jurídicas de carácter familiar de este derecho.

Así, el ingrediente romano en nuestro patrimonio jurídico es muy grande. Nuestro vocabulario, nuestro modo de pensar, nuestro concepto de la esencia y fundación del derecho, nuestra concepción de la norma del derecho, nuestras categorías jurídicas, etcétera, proceden en buena medida de las elaboraciones que realizó Roma a través de su Derecho.

La institución de la adopción fue conocida y regulada jurídicamente, conceptuándola “como la institución jurídica de naturaleza solemne, propia del “ius civitatis”, que tenía por objeto crear entre dos personas relaciones similares a las que “iustae nuptiae” establecen entre el “paterfamilias” y sus hijos”<sup>6</sup>. Esto es, era una institución del derecho civil romano que establecía entre dos personas relaciones análogas a las que creaban las iustae nuptiae (matrimonio legal), entre el hijo y el paterfamilias.

Así también, Marco Tulio Cicerón en sus repetidas reflexiones jurídicas se preguntaba: ¿en qué se funda el derecho de adopción? La respuesta la da él mismo: en que quien adopta no puede ya procrear y cuando pudo, procuró no tenerlos. De ahí que opere ampliamente el aforismo latino: “adoptio est legitimus actus, naturam imitans, quo líberos nobis quaerimus” (la adopción es el acto legítimo por el cual, a imitación de la naturaleza, nos procuramos hijos).

---

<sup>5</sup>.- Cansinos Asséns, Rafael. Compendio de Historia del Derecho. Tomo V. 10ª. edición. Editorial Cumbre. Argentina, 1989. p. 121.

<sup>6</sup>.- Jiménez Sócrates, Santiago. Diccionario de Derecho Romano. Editorial Sista. México, 2002. p. 30.

Mediante la adopción se lograban determinadas finalidades, como eran, entre otras, las siguientes:

- a) .-Suplía a la naturaleza, para un hombre sin hijos procurándole un heredero de su nombre, de su fortuna y de su culto religioso;
- b) .-Permitía a un ascendiente adquirir la patria potestad sobre descendientes que no estaban sometidos en razón de las reglas especiales de la organización de la familia;
- c) .-Podía, en fin realizar un objeto político; hacer adquirir el derecho de ciudad a un latino, transformar a un plebeyo en patricio o, más aún, bajo el Imperio, dar un sucesor al príncipe reinante.

En Roma, existieron y se regularon dos clases de adopción: a).- La arrogatio; y, b).- La adopción propiamente dicha. Las cuales en ese orden sean analizadas.

#### **a).- Adrogación.**

La arrogatio, o también denominada adrogación, “era una especie de adopción que antiguamente se practicaba, fundada en la Ley Populi Autoritate, y se llamaba así porque se preguntaba al adrogante si admitía como hijo a aquel a quien se proponía adoptar y al adrogado se le preguntaba si daba su autorización. Empero, en el Imperio, la voluntad del pueblo fue reemplazada por el Emperador, quien la expresaba en un rescripto”<sup>7</sup>. En otras palabras, por medio de esta figura jurídica se permitía que un paterfamilias adquiriera el derecho de ejercer la patria potestad sobre otro paterfamilias.

Por ser un acto legal muy delicado y de trascendencia (pues acarrearía la desaparición de una familia con todas las consecuencias que esto implicaba) era necesario someterlo a varias consideraciones, tanto desde el punto de vista religioso como político. En la primera, porque se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los pontífices, para que éstos la aprobaran, ya que la consecuencia directa e inmediata que les afectaría era la desaparición de su religión anterior, si ese era el caso. Mientras que en el segundo, era necesario informar del caso a los comicios por curias a efecto de que en ellos se votara a favor o en contra de la adrogación, para lo cual el Magistrado que presidía el

---

<sup>7</sup>.- Morales, José. **Derecho Romano**. 4ª. edición. Editorial Trillas. México, 1991. p. 181.

comicio dirigía tres notas rogatorias al futuro adrogado a fin de que recapacitara sobre ese hecho, si éste insistía, se procedía a votar, en sentido afirmativo o negativo, según las condiciones que se presentaran para otorgar o no dicha autorización.

Siendo afirmativa la votación, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado, acto que se conocía como repudio sacramental y aceptaba el perteneciente a su nuevo paterfamilias. Ya en la época del Emperador Dioclesiano, se suprimieron todas estas solemnidades y fue suficiente con la autorización del Emperador para poder llevar a cabo la adrogación.

Los estudiosos sobre esta disciplina jurídico-histórica, coinciden en señalar que para que pudiera proceder la adrogación, era indispensable la satisfacción de determinados requisitos establecidos por el derecho. Y eran los siguientes: 1º.- Aptitud en el adrogante para adquirir la patria potestad, por lo que: a).- debería ser hombre o varón; y, b).- debería ser ciudadano romano. 2º.- Se requería el acuerdo de voluntades entre el adrogante y adrogado; uno y otro debería otorgar su consentimiento para que la adrogación se consumara. 3º.- El adrogante no debía tener hijos ni legítimos, ni adoptivos. 4º.- El adrogante debía tener sesenta años como mínimo. 5º.- Entre el adrogante y el adrogado debería haber una diferencia de edades tal, que hiciera imposible cualquier indicio de paternidad entre ellos.

Por lo que hacía a los efectos jurídicos, eran los siguientes: 1º.- Hacía entrar bajo la patria potestad del adrogante no sólo al adrogado, sino también a todos los hijos naturales o adoptivos que éste tenía bajo su patria potestad. 2º.- El adrogante adquiría todos los bienes a título universal del adrogado. 3º.- El adrogado y quienes estaban sometidos a su patria potestad tomaban el nombre de familia y gentilicio del adrogante. 4º.- El culto religioso privado del adrogado se extinguía, para participar en el nuevo culto del adrogante.

### **b).- Adopción.**

Por lo que hacía a la adopción, se requería el concurso de determinadas condiciones establecidas por el propio derecho, las que fundamentalmente consistían en los siguientes requisitos: 1º.- La aptitud en el adoptante para adquirir la facultad de la patria potestad, en consecuencia: a).- debería ser un hombre o varón; y, b).- debería ser ciudadano romano. 2º.- Entre el adoptante y el adoptado debería existir una diferencia de edades, de tal modo que resultara imposible cualquier indicio de paternidad entre ellos. En la época de Justiniano se señaló

esta diferencia en dieciocho años. 3º.- Era condición importantísima, el acuerdo de voluntades entre el paterfamilias del adoptado y el adoptante; y a partir de Justiniano la no oposición del adoptado.

En cuanto a los efectos jurídicos que producía la adopción se pueden señalar los siguientes, que en forma genérica son: a).- El adoptado sale de su familia original o biológica, perdiendo todo parentesco y, consecuentemente, los derechos de sucesión en esa familia. b).- El adoptado se coloca bajo la facultad de la patria potestad del adoptante, entrando en su familia civil con todos los derechos que corresponden a los hijos legítimos. c).- El adoptado como en el caso de la "arrogatio" o adrogación, toma el nombre y apellido de la familia del adoptante. d).- Si el adoptado era casado y tenía esposa e hijos, la adopción no producía efectos con respecto a ellos, quienes quedaban sujetos a la patria potestad y autoridad del antiguo paterfamilias del adoptado.

Por lo que hacía al procedimiento, se mencionan dos etapas, siendo la primera la que menciona la Ley de las XII Tablas, y que era semejante a la emancipación: primero, el paterfamilias vendía, por tres veces consecutivas, a su hijo al adoptante. En segundo término después de que el adoptante cede el hijo a su padre natural o biológico, se presentan ante el Magistrado: el adoptante reclama al hijo afirmando que tenía sobre él la autoridad paterna, el padre natural no contradecía la afirmación o manifestaba su conformidad y el Magistrado aprobaba y sancionaba la patria potestad del adoptante sobre el hijo adoptado.

En este derecho, se simplificó notablemente el procedimiento para establecer la adopción, pues fue suficiente la declaración por el paterfamilias y por el adoptante ante el Magistrado.

### **Francia.**

En Francia, al igual que en otros países, como España, la institución de la adopción fue regulada sin mucha importancia, pero no fue sino con la aparición del Código Napoleónico cuando se le da importancia, por lo que solo podían ser adoptados los menores de edad y en todo caso dejaba subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado; así también, sus efectos fueron muy limitados, haciendo especial referencia a la obligación de alimentos entre adoptado y adoptante, así como la reciprocidad para heredar.

Más modernamente, “el Consejo de Estado Francés, tratando de imitar la adoptio romana, logró finalmente incorporar en el Código Civil, por motivo exclusivamente sucesorios, de carácter individualista y con miras a proteger directamente en forma inmediata el interés personal del adoptante, aun cuando los efectos mediatos de la adopción pudieran ser beneficiosos para el adoptante.

Durante los tres últimos decenios, particularmente en Francia, la adopción se ha transformado completamente.

En efecto, las rígidas disposiciones bajo las cuales reapareció en el Código de Napoleón han sido modificadas a través de varias reformas que, a partir del año de 1923 hasta 1949, se introdujeron en el texto legislativo, después de que la experiencia reveló las posibilidades asistenciales de esta figura jurídica. Hoy en día la finalidad fundamental de la adopción es que ella presente indudables ventajas para el adoptado y siempre y cuando que se realice por motivos justos. Es el tribunal el que ha de decidir si la adopción que se propone llena los requisitos legales”<sup>8</sup>. Nuevamente la influencia del derecho romano es el postulado principal de la institución de la adopción en el derecho francés, aunque, como en todo derecho en evolución, reformado y modificando su regulación legal por causas sociales, jurídicas, políticas y económicas.

## **1.2.- Antecedentes históricos de la adopción dentro del Derecho Mexicano.**

No hay datos precisos sobre la adopción en el derecho civil azteca, sin embargo, se permitió en casos de suma importancia, como “...era si quedaban huérfanos de padres; cuando moría la madre en el parto; si el padre hallaba la muerte en la guerra o era prisionero o esclavo en territorio del enemigo”<sup>9</sup>. En estas circunstancias, el hijo adoptivo adquiría los mismos derechos y obligaciones que el de los hijos legítimos, aunque se podía suspender y castigar con la pena de muerte en caso de injuriar, robar, lesionar o matar al padre de familia o quien lo adoptó.

La regulación jurídica sobre la adopción durante el período de la Colonia y gran parte del México Independiente, se oriento bajo los lineamientos de las leyes españolas, como la Ley de las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, el Código Civil Foral de Cataluña o el de Mallorca, e incluso el Código Canónico de la Iglesia

---

<sup>8</sup>.- Sánchez Esquivel, Humberto. **La Filiación Adoptiva**. U.A.E.M. México, 1996. p. 34.

<sup>9</sup>.- Ceballos López, Javier. **Breve Historia del Derecho Civil**. U.A.E.M. México, 1998. p. 129.

Católica también figuró como ordenamiento legal para ciertas materias, como era para todos los actos celebrados con el estado civil de las personas.

Y en ese lapso de tiempo, antes de la promulgación del primer Código Civil Mexicano, hubo un ordenamiento que trató de regular esta figura jurídica como es la siguiente:

### **Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del Presidente Ignacio Comonfort de 1857.**

El 27 de enero de 1857, durante el gobierno de Ignacio Comonfort, se expidió la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil. Hasta entonces, los únicos registros disponibles eran los que celebró el clero, que sólo inscribió con base en los sacramentos, nacimientos, matrimonios y defunciones, omitiendo otros actos del estado civil de las personas.

Esta ley estaba integrada en su totalidad de cien artículos, agrupados en siete capítulos, con la siguiente denominación: primero, organización del Registro del Estado Civil; segundo, de los nacimientos; tercero, de la adopción; cuarto, del matrimonio; quinto, de los votos religiosos; sexto, de los fallecimientos; y séptimo, disposiciones generales.

Ordenaba el establecimiento en toda la República Mexicana de oficinas del Registro Civil, y la obligación para todos los habitantes de inscribirse en ellas, advirtiendo que el incumplimiento impediría el ejercicio de los derechos civiles y originaría la aplicación de una multa. Reconoce como actos del estado civil el nacimiento, matrimonio, adopción, el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso temporal o perpetuo y el fallecimiento.

Esta ley solamente “disponía de dos artículos (22 y 23) que, hecha la adopción en la forma legal y aprobada por la autoridad judicial competente, el adoptado debía presentarse con el adoptante ante el Oficial del Estado Civil, quien, asistido por dos testigos verificaría el registro transcribiendo al libro la resolución judicial que autorizaba la adopción”<sup>10</sup> Aunque en forma muy defectuosa fue regulada la institución de la adopción, tenemos en este instrumento legal el primer antecedente histórico-legislativo sobre esta materia en el derecho civil mexicano, cuya vigencia permaneció más o menos un largo tiempo, porque con la

---

<sup>10</sup>.- Ceballos López, Javier. Breve Historia del Derecho Civil. Op. Cit. p. 134.

promulgación de otras leyes desapareció la institucionalización de esta figura jurídica, para tiempo después, ser nuevamente incorporada a las leyes civiles mexicanas, como lo veremos en el desarrollo de este análisis jurídico.

### **Código Civil de 1870.**

El primer Código Civil Federal Mexicano es del año de 1870, si bien produjo un gran avance en la regulación de varias materias, en este instrumento jurídico, “y en forma inexplicable –apunta el maestro Javier Ceballos-, cesa de ser un acto en este género, motivo por el que nada se dice en el articulado que trata la materia, y es de creerse que sólo podía efectuarse en niños expósitos. Es decir, en aquellos que fueren abandonados por sus padres en las puertas de las Iglesias, casas u otros establecimientos públicos, pero sin consignarse en los Libros del Registro Civil correspondiente”<sup>11</sup>. Lo cual da una idea que el legislador de esa época, tuvo pleno desconocimiento sobre la importancia de esta institución al no regularla en forma suficiente.

### **Código Civil de 1884.**

El segundo Código Civil Federal mexicano, una vez abrogado el de 1870, fue el promulgado en 1884, y que jurídica y legislativamente fue una copia o transcripción del código civil anterior, y de igual manera se presentaron las mismas irregularidades y deficiencias sobre la institución de la adopción; por lo que vale el mismo comentario del inciso antecedente.

### **Ley de Relaciones Familiares de 1917.**

Esta ley expedida por Don Venustiano Carranza en el año de 1917, incorpora nuevamente la regulación de la institución de la adopción, definiéndola en el artículo 220 en los siguientes términos: “Es el acto legal por el cual una persona mayor de edad acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural”. Pero esta ley no reconocía más parentesco que el consanguíneo y el de afinidad (artículo 32), por lo que la adopción no era fuente de la familia, toda vez que no se le reconocía como parte o especie de parentesco. Así pues, en los preceptos subsecuentes, se

---

<sup>11</sup>.- Ibídem. p. 136.

puede observar que no difiere mucho de lo que establecía la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil de 1857, por lo que únicamente rescata y pone en vigencia la regulación de la adopción en forma muy escueta, aunque técnica y legislativamente un tanto deficiente, sin innovación alguna.

### **Código Civil de 1928.**

Este ordenamiento legal viene a superar grandemente las deficiencias jurídicas y legislativas que se habían presentado en sus antecesores (pues abrogó la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917) sobre la regulación de la adopción, y reconoce el parentesco civil como fuente de la familia. Los efectos limitados caracterizan esta institución entre adoptado y adoptante. Hacen pasar al adoptante la patria potestad sobre el hijo adoptivo, pero dejan subsistentes entre el adoptado y sus ascendientes naturales los demás derechos y obligaciones que nacen del parentesco por consanguinidad (artículos 403 al 419).

Por lo tanto, el adoptante toma sobre sí el cumplimiento de un conjunto de deberes y de responsabilidades respecto del adoptado, a saber: el cuidado y vigilancia de la persona del mismo, que comprende su educación, guarda, y sostenimiento, así como los alimentos, y representarlo en juicio, conforme a los preceptos relativos a los efectos jurídicos de los hijos legítimos.

Del texto original del Código Civil de 1928, nos permitimos transcribir lo relativo al acta de adopción respecto a su tramitación ante la Oficialía del Registro Civil, y eran como se apunta, en los siguientes términos:

Artículo 84.- Dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción, el adoptante dentro del término de ocho días presentará al Oficial del Registro Civil copia certificada de las diligencias relativas, a fin de que se levante el acta correspondiente.

Artículo 85.- La falta de registro de la adopción, no quita a éste sus efectos legales, pero sujeta al responsable de la pena que se le aplique.

Artículo 86.- El acta de adopción contendrá los nombres, apellidos, edad y domicilio del adoptante y adoptado, el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción. Nombre, apellidos y

domicilios de las personas que hayan intervenido como testigos. En el acta se levantará íntegramente la resolución judicial que haya autorizado la adopción.

Artículo 87.- Extendida el acta de adopción, se anotará la de nacimiento, y se archivará la copia de las diligencias relativas, poniéndole el mismo número del acta de adopción.

Artículo 88.- El juez o tribunal que resuelve que una adopción queda sin efectos, remitirá durante el término de ocho días copia certificada de la resolución al Oficial del Registro Civil, para que cancele el acta de adopción y anote la de nacimiento.

Aunque en cierta forma, el legislador del Código Civil de 1928 retoma algunos aspectos de la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, imprime discretas innovaciones sobre la adopción, además de la reglamentación de derechos y obligaciones del Oficial del Registro Civil en cuanto hace a los actos del estado civil de las personas. Además, de que con el transcurrir del tiempo, el legislador, definió los derechos y obligaciones que nacen de la relación adoptiva, los efectos jurídicos del mismo, y las causas de su terminación. Y finalmente, reglamentar como innovación la figura de la adopción plena y la adopción en el plano internacional.

Lo anterior, viene a confirmar, que el legislador de 1928, fincó las bases primarias de la adopción simple, haciendo hincapié de los derechos y obligaciones entre ambas partes que dan nacimiento al parentesco civil; de estas ideas parte y las adoptan legislativamente los demás Códigos Civiles de la República Mexicana, lo cual permite dar seguridad jurídica al acto jurídico de la adopción.

### **1.3.- Concepto etimológico de adopción.**

El Diccionario Anaya de la Lengua dice respecto al concepto etimológico del vocablo adoptar, que “viene del latín.- adoptare<ad+=optare=desear. 1.- Prohijar, tomar legalmente como hijo a quien no lo es naturalmente”<sup>12</sup>.

En este mismo sentido, la palabra adopción proviene del latín “adoptio”, y adoptar, de “adoptare”, de “ad-a y optare”, desear (acción de adoptar o prohijar),

---

<sup>12</sup>.- Diccionario Anaya de la Lengua. 10ª. Edición. Fundación Cultural Televisa, A.C. México, 1998. p. 18.

es recibir, en términos generales como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es natural o biológicamente.

#### 1.4- Conceptos doctrinales de adopción.

Así, son tantos los conceptos como los tratadistas que aportan el suyo respecto a esta institución, y puede entenderse como lo señala el tratadista español José Castán Tobeñas como “un acto jurídico que crea, entre adoptante y el adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas”<sup>13</sup>.

Dentro la doctrina civil mexicana, existen conceptos de excelente técnica jurídica, como lo que expresa el maestro Ignacio Galindo Garfias, al afirmar que la adopción “es el acto jurídico por virtud del cual, una persona mayor de veinticinco años, crea por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, una relación paterno filial que lo une con un menor de edad un incapacitado”<sup>14</sup>.

Para el tratadista Edgardo Peniche López, se da el nombre de adopción “al acto por el cual una persona mayor de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos y que no tenga descendientes, toma bajo su cuidado a un menor de edad o a un mayor incapacitado para establecer entre ambos el parentesco civil de padre o padres del hijo”<sup>15</sup>.

Finalmente, apunta la maestra Sara Montero Duhalt que la adopción “es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo”<sup>16</sup>

Por consiguientes, estos conceptos, en su totalidad resultan jurídicamente completos en virtud de que se señalan sus características y sus efectos.

---

<sup>13</sup>.- Castán Tobeñas, José. **Derecho Civil Español Común y Foral**. Tomo V. Editorial Reus. España, 1976. p. 272.

<sup>14</sup>.- Galindo Garfias, Ignacio. **Derecho Civil**. 16ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 686.

<sup>15</sup>.- Peniche López, Edgardo. **Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil**. 24ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 126.

<sup>16</sup>.- Montero Duhalt, Sara. **Derecho de Familia**. 5ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1992. p. 320.

### **1.5.- Concepto legal de adopción.**

El vigente Código Civil para el Estado de México no nos da una definición acerca de lo que legislativamente debe de entender por la institución de la adopción, ya que únicamente lo reglamenta en su Libro Cuarto denominado “Del Derecho de Familia”, Título Sexto denominado “De la Adopción”, Capítulo I denominado “Disposiciones Generales” (artículos 4.178. al 4.187); Capítulo II denominado “De la Adopción Simple” (artículos 4.188 al 4.193). Capítulo III denominado “De la Adopción Plena” (artículos 4.194 al 4.198); y Capítulo IV denominado “De la Adopción Internacional” (artículos 4.199 y 4.200); y por ello, únicamente reglamenta los requisitos, derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado, así como sus efectos jurídicos.

Posiblemente, esa tarea, el legislador lo ha dejado a la doctrina jurídica para resolverlo, además que un texto legislativo no ningún diccionario de términos jurídicos, y por ello, no encontremos plasmado un concepto sobre esta institución, y otras más, y por ello, se tenga que elaborar en base a sus requisitos y sus efectos legales. Y esta misma problemática, se encuentra de igual modo en los demás Códigos Civiles de la República Mexicana.

### **1.6.- La adopción en el marco legal.**

Es de suma importancia ubicar la institución jurídica de la adopción en el vigente Código Civil para el Estado, recientemente publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 07 de junio del 2002, y que se ubica en el Libro Segundo, Título Sexto denominado “De la Adopción”, estructurado de la siguiente forma: Capítulo I, denominado “Disposiciones Generales” (artículos 4.178 al 4.187); Capítulo II denominado “De la Adopción Simple” (artículos 4.188 al 4.193); Capítulo III denominado “De la Adopción Plena” (artículos 4.194 al 4.198); Capítulo IV denominado “De la Adopción Internacional” (artículos 4.199 y 4.200).

De tal manera, que en espacio normativo de la ley civil del Estado de México, se regulan los requisitos y efectos jurídicos de la institución jurídica de la adopción, y que será motivo de análisis en el desarrollo de este rubro de investigación jurídica-académica.

### **1.6.1.- Objeto de la adopción.**

Como se puede apreciar, la institución de la adopción tiene por objeto varios aspectos de importancia, y destacan los siguientes:

1. Incorporar a menores de edad e incapacitados a un hogar.
2. Que a los adoptados se les pueda alimentar, educar y cuidar en su desarrollo psicofísico.
3. Que se les dé un trato igual como hijos biológicos, según sea el caso.
4. Que esta institución jurídica sea un instrumento para aquellas parejas que no pudieron tener hijos, o que teniendo y cubriendo los requisitos que señala la ley puedan hacerlo.
5. Y, también, que se pueda dar en hogares del extranjeros, dándoles a los adoptados otras condiciones familiares que les favorezcan.

### **1.6.2.- La adopción como institución jurídica.**

Como ya lo hemos expuesto, la “adopción es una institución jurídica solemne y de orden público, por la que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos”<sup>17</sup>.

Atento a estas ideas, es necesario establecer la naturaleza jurídica de la figura legal de la adopción.

Modernamente, se ha discutido en la doctrina cuál es la naturaleza jurídica de la adopción, y sus fundamentos respectivos, por lo que hoy en día, superando algunos obstáculos doctrinales, se debate la postura sobre dos corrientes: la primera, como un acto de poder estatal; y, la segunda, como un acto mixto, por lo que lo trataremos por separado.

La adopción como acto del poder estatal es sostenido por algunos tratadistas nacionales, como la maestra Alicia Elena Pérez Duarte, quien afirma que “hoy por hoy, la adopción es un acto de carácter complejo que para su celebración exige la concurrencia de los siguientes elementos: la emisión de una

---

<sup>17</sup>.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Editorial Bibliográfica. Argentina, 1979. p. 497.

serie de consentimientos; la tramitación de un expediente judicial y la intervención de los jueces de lo familiar y del Registro Civil. Es un acto jurídico a través del cual una persona mayor de 25 años, y mediante una declaración unilateral de voluntad sancionada por un juez de lo familiar, establece una relación de filiación con una persona menor de edad o incapacitada”<sup>18</sup>.

De estas ideas, se pueden apreciar nociones legislativas, pues la autora retoma efectos jurídicos y sus requisitos de esta institución, además de los elementos que involucran al acto jurídico.

De este criterio es el maestro Antonio de Ibarrola, al afirmar que “la adopción en esto se acerca al matrimonio: como en éste, las partes se adhieren por un acuerdo de voluntades a una institución cuyos cuadros y lineamientos ya están fijos de antemano. Además la adopción no sólo se crea por el acuerdo de voluntades. Se necesita de una sentencia: la adopción es un acto judicial”<sup>19</sup>.

Esta teoría se explica en el sentido de considerar a la adopción como un acto de poder estatal y no un contrato, por lo que lo niegan formalmente, es decir, no existe el vínculo adoptivo sin la intervención del órgano jurisdiccional competente (Poder Judicial) y del Oficial del Registro Civil (en cuanto a la inscripción de la respectiva acta en el Libro correspondiente), y cuya presencia no es solo declarativa, sino constitutiva.

Esta teoría se reafirma en el postulado de que la voluntad del adoptante no es más que un requisito para formalizar la adopción ante el juez de primera instancia de lo familiar y que éste actúa en nombre del Estado, y en todo caso es este pronunciamiento (la sentencia en vía de jurisdicción voluntaria) y no otra circunstancia, el que constituye la adopción. Por lo que jurídicamente la adopción es válida con la intervención de los representantes del Estado y cuyas actuaciones darán legalidad a la celebración del acto jurídico, esto es, solamente tendrá validez con la absoluta aprobación judicial.

Contrario a esta postura, afirma categóricamente el maestro Ignacio Galindo Garfias que “sin embargo, no puede aceptarse este punto de vista, porque si bien es verdad que el decreto del juez de lo familiar que aprueba la adopción es

---

<sup>18</sup>.- Pérez Duarte, Alicia Elena. **Derecho de Familia**. 4ª. edición. Fondo de Cultura Económica. México, 2001. p. 193.

<sup>19</sup>.- Ibarrola, Antonio de. **Derecho de Familia**. Op. Cit. p. 437.

un elemento esencial para la creación de este vínculo jurídico, debe observarse que la voluntad del adoptante es un elemento esencial, previo para que tenga lugar el pronunciamiento judicial y por otra parte es necesario que los representantes del adoptado, convengan en la creación de ese vínculo jurídico paterno filial.

Debe concurrir en el acto de la adopción, junto a la voluntad de los particulares, la voluntad del órgano judicial coordinándose entre sí, porque si bien el adoptante tiene un interés particular generalmente de carácter afectivo, para llevar a cabo la adopción, ese interés privado se conjuga con el interés que tiene el Estado en la protección de los menores e incapacitados, que es un interés público y que exige la intervención del órgano jurisdiccional para cuidar que la adopción se lleve a cabo en beneficio del menor.

De allí, que el acto de la adopción, sea un acto jurídico complejo, de carácter mixto, en el que por participar el interés de los particulares y del Estado, debe considerársele como acto mixto. Esta particular estructura de la adopción, pone en claro cuál es su naturaleza jurídica<sup>20</sup>.

Este mismo criterio es compartido por la maestra Sara Montero Duhalt, al afirmar que “si bien es cierto que es la autoridad la que dirá la última palabra en el acto de adopción, otorgándola o negándola, la misma no puede surgir jamás por imperio de autoridad; el motor impulsor de la misma es la voluntad del adoptante aceptada por el adoptado y sus representantes legales. El juez vendrá en su caso a sancionar y autorizar la voluntad de los sujetos para que legalmente surja la relación jurídica de filiación civil. La conjunción de estas voluntades es esencial para la creación de la adopción lo que la convierte en un acto jurídico plurilateral de carácter mixto de efectos particulares y de interés público<sup>21</sup>”.

Esta teoría incuestionablemente se funda en tomar en cuenta que se trata de un acto mixto, es decir, intervienen varias personas que lo caracterizan como un acto jurídico plurilateral. En efecto, intervienen él, o los adoptantes, adicionalmente, todas las personas que en los términos del artículo 4.185 del vigente Código Civil para el Estado de México, deben prestar su consentimiento. Pero debe obtenerse una resolución judicial por parte del órgano jurisdiccional competente para que la adopción se constituya y esta intervención del juez de

---

<sup>20</sup> .- Galindo Garfias, Ignacio. **Derecho Civil**. Op. Cit. pp. 677-678.

<sup>21</sup> .- Montero Duahlt, Sara. **Derecho de Familia**. Op. Cit. pp. 324-325.

primera instancia de lo familiar es un elemento esencial que le dará plena solemnidad a este acto jurídico.

Atento a estas ideas, no adherimos en aceptar que la naturaleza jurídica de la adopción es un acto de poder estatal, en virtud de la exposición ya planteada, y porque la intervención del Estado es un fenómeno sine qua non para consumar este acto jurídico. En otras palabras, en definitiva, se trata de una institución solemne y de orden público, debido a que existe un instrumento jurídico-civil que lo reglamenta jurídicamente, y es solemne y de orden público, por cuanto al crear y modificar relaciones de parentesco toca intereses del Estado y compromete al orden público, debido a que el Estado le interesa tanto que ese acto jurídico debe estar legalizado por el Poder Judicial a través de sus autoridades jurisdiccionales (juez de lo familiar), siendo por consiguiente, un elemento esencial y no meramente declarativo de ahí su carácter solemne; y por tanto, al ser un acto mixto –donde encuentra su verdadera naturaleza jurídica- debido a que intervienen una pluralidad de voluntades (acto jurídico plurilateral), y que debe de obtenerse una resolución judicial para que la adopción se consuma o se constituya, y la intervención del Estado y del órgano jurisdiccional es un elemento esencial que le da ese carácter solemne.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido este criterio último de reconocerle a la institución de la adopción la naturaleza jurídica de un acto mixto, lo cual sostiene el siguiente criterio jurisprudencial, y que me he permitido transcribirlo.

### **Octava Época**

**Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: V, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1990**

**Página: 50**

**ADOPCION. LA SOLA VOLUNTAD DE LAS PARTES NO LA CONSTITUYE. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO MIXTO EN LA ADOPCIÓN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE ZACATECAS). Aun cuando sea manifiesta la voluntad para adoptar a una persona, ello no basta para que legalmente exista adopción, ya que**

**ésta, sólo puede realizarse ante autoridad judicial, y no por la mera voluntad de los adoptantes, puesto que el juez debe vigilar que éstos cumplan con los diversos requisitos que la ley establece para que proceda la adopción, uno de ellos la diferencia de edad a que se refiere el artículo 352 del Código Familiar, y sobre todo, recabar el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad de la adoptada. Por ello, aún cuando exista una adopción de hecho, sin embargo, no debe perderse de vista que esta filiación civil se constituye, y surte sus efectos legales, sólo a virtud de declaración judicial, emanada del procedimiento y con los requisitos exigidos por la ley. Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. Amparo en revisión 99/90. Ma. Del Refugio Cabral Estrada. 19 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo.**

El citado criterio jurisprudencial se vincula con el tema que tratamos en el sentido de que viene a reafirmar que la naturaleza jurídica de la adopción es una emanación del poder público, es decir, mediante una resolución judicial que así lo declare la autoridad competente, no bastando la simple voluntad de las partes, pues la adopción es un acto de orden público, es decir, es un acto donde el Estado está interesado en regularlo jurídicamente y que así lo apruebe a través de sus autoridades competentes para darle legitimidad al acto.

### **1.6.3.- Características de la adopción.**

Sobre las características de la figura jurídica de la adopción, la doctrina acertadamente ha coincidido en señalar que son las siguientes:

a).- La adopción como un acto jurídico, porque se requiere de la manifestación de la voluntad con el fin de producir los efectos deseados por los interesados.

b).- La adopción es un acto jurídico solemne, ya que requiere para su perfeccionamiento de las formalidades que señala expresamente el vigente Código Civil para el Estado de México. Además el procedimiento para hacer la adopción es fijado por el vigente Código de Procedimiento Civiles para el Estado de México. Como complemento de esta solemnidad requerida debemos

mencionar el levantamiento de la respectiva acta de adopción que le corresponde al Oficial del Registro Civil, una vez que recibe la copia certificada de la resolución judicial (sentencia ejecutoriada).

c).- La adopción es un acto jurídico plurilateral, porque en este acto interviene, no sólo una, sino varias voluntades. En este caso participan las voluntades del adoptante, de los representantes legales del adoptado, de la autoridad judicial e incluso en algunos casos cuando es menor de edad.

d).- La adopción tiene un carácter mixto, porque intervienen tanto particulares como autoridades estatales. Esta característica viene unida a la característica de plurilateral, porque al dar los particulares su consentimiento, también es necesario que la autoridad judicial de su consentimiento para que se decrete la adopción.

e).- La adopción es un acto constitutivo ya que crea el parentesco civil entre el adoptado y el adoptante, es decir, se constituye el parentesco por adopción. Y da también lugar al ejercicio de la patria potestad del adoptante con el adoptado, tal como lo estatuye el artículo 4.189 del vigente Código Civil para el Estado de México.

f).- Se dice que la adopción algunas veces es extintiva, esto es consecuencia derivada del punto anterior, debido a que al transferirse la patria potestad al adoptante se extingue la patria potestad en relación a los padres consanguíneos o biológicos, quienes sólo podrán recuperarla en caso de revocación; porque entonces se restituyen las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse la adopción. Esta característica sólo es operable en la adopción simple, más no en la adopción plena, debido a que ésta es irrevocable en los términos del artículo 4.198. Del vigente Código Civil para el Estado de México. Por ello, apunta la maestra Sara Montero Duahlt que “cuando el adoptado estaba sujeto a la patria potestad de sus ascendientes que consienten en darlo en adopción, se extingue para ellos la patria potestad, aunque no se extingan los lazos de parentesco en la adopción simple como la que regula nuestro derecho”<sup>22</sup>.

g).- Es de efectos privados, al ser la institución de la adopción una institución perteneciente al Derecho de Familia o Familiar, esta figura produce sus

---

<sup>22</sup> .- Montero Duahlt, Sara. Derecho de Familia. Op. Cit. p. 325-326.

consecuencias jurídicas únicamente entre particulares. Es decir, entre adoptante y adoptado.

h).- Es de interés público, porque da protección a los menores e incapacitados, e interesa al Estado, además por lo cual se considera la adopción una figura de utilidad social, ya que al dar protección y preocuparse por los menores e incapacitados que generalmente se encuentran en instituciones de beneficencia favorece a éstos, porque existen familias sin descendencia propia, así como personas y familias con espíritu altruista en las cuales pueden ser muy bien recibidos y cuidándolos en su educación y alimentación, entre otros aspectos. Siendo el Estado el más interesado en que la adopción cumpla con los fines que el legislador ha estatuido.

#### **1.6.4.- Requisitos de la adopción.**

Para hablar de los requisitos que se requieren para que la adopción sea procedente, los dividiremos en dos partes, con el propósito de facilitar la comprensión de los mismos.

Primeramente hablaremos de los elementos personales, que se refieren a las personas que intervienen en la adopción; y posteriormente nos avocaremos a los elementos formales, los cuales nos señalan como se debe de tramitar la adopción ante la autoridad judicial.

##### **1.6.4.1.- Elementos personales.**

El vigente Código Civil para el Estado de México, en su Libro Cuarto, Título Sexto denominado “De la Adopción”, Capítulo I, denominado “Disposiciones Generales” encontramos los requisitos para la adopción, y que nos permitimos reproducir el legislativo para llevar a cabo su análisis jurídico.

#### **Requisitos para adoptar.**

“**Artículo 4.178.** El mayor de veintiún años puede adoptar a uno o más menores o incapacitados, cuando acredite:

- I. Que tiene más de diez años que el adoptado;

- II. Tener medios para proveer los alimentos del adoptado, como hijo;
- III. Que la adopción sea benéfica para la persona que se pretenda adoptar;
- IV. Que el adoptante sea persona idónea y adecuada para adoptar, para lo cual el juez con el auxilio de peritos, deberá realizar los estudios de personalidad y físicos que permitan acreditar esa idoneidad”.

De conformidad con lo anterior, son requisitos para adoptar, los siguientes:

- a) Cualquier persona física lo puede hacer.
- b) Edad mínima del adoptante: veintiún años.
- c) Diferencia mínima de edad entre el adoptante y el adoptado: más de diez años.
- d) Aptitud del adoptante: mayor de veintiún años, con solvencia moral y económica para la alimentación y educación del menor o incapacitado adoptado; además de ser la persona idónea para éste, previo estudio de personalidad y condiciones físicas e intelectuales del adoptante.
- e) Pueden adoptar solteros, viudos, divorciados, pero siempre se les dará preferencia a los matrimonios sin descendencia.
- f) Que dicha adopción sea benéfica para el adoptado.

Estos son los requisitos de fondo que el legislador exige, por lo que el juez de primera instancia de lo familiar deberá de calificarlos previamente para dictar su resolución judicial.

Por otro lado, deben de cubrirse los requisitos de forma, que consisten precisamente en la resolución judicial (sentencia) que dicte el órgano jurisdiccional competente en sentido afirmativo o negativo sobre la adopción. El consentimiento, si así fuera el caso, el consentimiento de las personas que estipula el artículo 4.185 y 4.186 del vigente Código Civil para el Estado de México.

En cuanto a la fracción I del artículo 4.178, en examen, obedece a que el adoptante deba de tener más de diez años de edad que el adoptado, y es lógico, y se explica porque la figura jurídica de la adopción representa una ficción de la paternidad biológica y se le trata dentro de lo posible, de manera semejante a ésta, porque el legislador lo establece de manera de una semejanza, es decir, que se aparente por esa distancia de edad que se trata de padre e hijo.

Atento a lo que dispone la fracción II, exige también que el adoptante tenga los medios bastantes para proveer la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que se trata de adoptar, pero como condición que no vaya en perjuicio de los hijos legítimos, si los haya, por ello, el legislador trata de garantizar en lo posible del adoptado de que tenga los satisfactores necesarios para subsistir.

De este modo, la necesidad de los medios económicos para atender al adoptado se comprende porque, sin ellos, la finalidad de la adopción quedaría prácticamente frustrada, toda vez que debe reportar ventajas para el adoptado.

Referente a la fracción III, en cuanto a este requisito que debe aprobar el adoptante, responde a la idea de que la adopción se establece por sobre todas las cosas, en provecho del adoptado, dada la condición de inferioridad física e intelectual en que éste se haya, por minoría de edad o por incapacidad; además ello garantizara una mejor calidad de vida para el adoptado.

Finalmente, la fracción IV, es de vital importancia, y será el juez de primera instancia de lo familiar, para que en apoyo de peritos, tenga la certeza de que la personalidad del adoptante es la idónea y adecuada para adoptar un menor o incapacitado, en virtud de que su perfil psicológico debe ser sano y no contar con enfermedades mentales, como un esquizofrenia desarrollada, una neurosis, u otras perturbaciones mentales que impidan una convivencia armoniosa con el adoptado, además de sus condiciones físicas que no le impidan su desarrollo para la atención del adoptado, por consiguiente, tiene el órgano jurisdiccional competente la obligación de comprobar las condiciones óptimas del adoptante para poder emprender esta tarea de alimentar y educar en un ambiente normal al adoptado.

Así también el numeral 4.180. Del mismo instrumento jurídico-civil estipula el consentimiento entre cónyuges para adoptar, y que dice textualmente lo siguiente:

**“Artículo 4.180.** Los cónyuges podrán adoptar cuando estén de acuerdo”.

En cuanto a este precepto, se estatuye que el consentimiento para efectuar la adopción debe ser de ambos cónyuges, y no de uno solo; aunque por el

contrario, cuando dos estén de acuerdo, bastará con que uno solo cubra los requisitos que exige la ley, en especial, lo conducente a lo que señala el artículo 4.179., del vigente Código Civil para el Estado de México, por lo que no surge obstáculo alguno cubriendo esos requisitos, este precepto tiene la finalidad “de equilibrar dos principios: por una parte el hecho de que la adopción es un sucedáneo de la paternidad y, por lo tanto, debe existir una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado y que la ley civil lo señala. Por otra parte es aconsejable fomentar las adopciones, por el beneficio que ellas pueden reportar a los menores e incapacitados”<sup>23</sup>. Por tanto, el legislador abre con esta disposición la posibilidad de adoptar menores e incapaces en la institución del matrimonio, aun cuando tengan hijos por lo que es benéfico para aquéllos, atento a la finalidad con que cumple la institución de la adopción.

En relación al número de personas que pueden adoptar, el **artículo 4.181.**, dice lo siguiente: “Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior”.

Por lo que hace a este precepto, es un acierto del legislador, pues se justifica al no autorizar la adopción por más de una persona, salvo en el caso de que se efectúe en la institución del matrimonio, ya que el fundamento de la adopción, además de que es la protección física, moral e intelectual del menor de edad o del incapacitado, lo es también la integración de la familia.

Y la excepción a esta regla, es la adopción de más de una persona, cuando se de dentro del matrimonio.

Así también, apunta el **artículo 4.182** del vigente Código Civil para el Estado de México, en relación a los requisitos para que el tutor adopte a su pupilo, y que textualmente dice lo siguiente: “El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela”.

De la redacción del precepto en cita, obedece a que el tutor ejerce autoridad sobre el pupilo y por esa conducta puede hacer fraude a la ley, y sobre todo al patrimonio del pupilo, y por consiguiente manipular la voluntad del mismo, por lo que el legislador lo primero que exige es un estado de cuentas debidamente

---

<sup>23</sup> .- García Mendieta, Carmen. La Adopción. Anuario Jurídico. Tomo I. Vol. XXI. U.N.A.M. México, 1983. p. 127.

aprobadas satisfactoriamente, para después, si así se presentan determinadas circunstancias, celebrar el acto mixto de la adopción.

En caso contrario, de contravenir esta disposición, se produciría una nulidad absoluta en todos sus aspectos, lo cual se comprobaría con la sentencia condenatoria que emita el órgano jurisdiccional para que el tutor devuelva el patrimonio no explicado ni comprobado de su pérdida al pupilo.

#### **1.6.4.2.- Elementos formales.**

Como ya ha quedado de manifiesto con antelación, la adopción es un acto jurídico mixto, plurilateral y solemne entre otras características. De las características mencionadas se desprenden los elementos formales que constituyen a la adopción. Como sabemos, la institución jurídica de la adopción contempla varios elementos personales que se tienen que cumplir, y de igual manera existen múltiples elementos formales para que se perfeccione la misma, es decir, nos referimos al procedimiento de adopción; es por esto que consideramos que para el mejor entendimiento de dichos elementos nos basaremos en la división que hace la doctrina familiar en general, donde se dicta, que dentro de los elementos formales se encuentran unos que son concurrentes en la adopción y otros posteriores, los cuales trataremos de explicar a continuación.

#### **A).- Elementos concurrentes.**

a).- La adopción es un procedimiento judicial, que se encuentra regulado en el Libro Tercero, denominado "Procedimientos Judiciales no Contenciosos", en el Título Único, denominado "Actos que por disposición de la ley a solicitud de los particulares requieren del juez cuando no exista litigio", Capítulo III, denominado "De la Adopción" (artículos 3.15 al 3.19), del vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Como se puede apreciar, diremos que el procedimiento de adopción se inicia por medio de una jurisdicción voluntaria siempre y cuando se hayan cubierto los requisitos que señala la ley civil (artículo 4.178. del vigente Código Civil para el Estado de México y 3.15. del vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México), debido a que no existe controversia entre las partes y por solicitud de los interesados es necesaria la intervención judicial para que tenga

efectos jurídicos. Así, “en la solicitud debe manifestarse el nombre y edad del menor o incapacitado, nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o de la persona o institución pública que lo haya acogido; debiéndose acompañar un estudio médico, psicológico y socioeconómico de los adoptantes, realizado por una institución oficial”. (Artículo 3.16. del vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México); luego entonces, “cumplidos los requisitos del artículo anterior, y obtenido el consentimiento del que legalmente deba darlo, el Juez resolverá lo procedente. La resolución es apelable con efecto suspensivo”. (Artículo 3.17. del vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México).

b).- Tratándose de la competencia del tribunal, diremos primeramente, que la competencia del tribunal en razón a la materia corresponde a un juzgado familiar, relacionando la anterior competencia con la competencia de grado que será competente al juez de lo familiar de primera instancia, en cuanto a la competencia por territorio, su ámbito será local (territorio del Estado de México) y será competente el juez del lugar donde viva el menor o incapacitado que se pretenda adoptar, fundamentándolo en los artículos 1.1., 1.3., 1.9., 1.12., y 1.14., del vigente Código Civil para el Estado de México; y los artículos 1.1., 1.2., 1.3., 1.4., 1.8., 1.9., y 1.10., del vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México);

c).- Respecto a las personas que deben consentir en la adopción, dispone textualmente el **artículo 4.185.**, del vigente Código Civil para el Estado de México lo siguiente: “Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. Las personas que hayan acogido al que pretende adoptar y lo traten como a hijo cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad ni tenga tutor;
- IV. El Ministerio Público a falta de los anteriores; o cuando quien lo acogió pretenda adoptarlo;
- V. El menor que se va a adoptar cuando tenga más de diez años;
- VI. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México para la intervención correspondiente”.

Por lo que respecta a la fracción I, del artículo en comento, tiene una estrecha relación con el **artículo 4.204.**, del vigente Código Civil para el Estado de México, que textualmente dice lo siguiente: “La patria potestad se ejerce en el siguiente orden: I.- Por el padre y la madre; II.- Por el abuelo y la abuela maternos; III.- Por el abuelo y la abuela paternos. Tratándose de controversias entre los abuelos, el juez decidirá, tomando en cuenta los intereses del menor”. De la lectura del precepto en cita, indica que en ese orden, darán el consentimiento quien o quienes ejerzan la facultad de la patria potestad para el consentimiento de la adopción.

Respecto a la fracción II, aparece la figura legal del tutor que a falta de quienes ejercen la patria potestad podrá dar su consentimiento para la adopción.

En cuanto a la fracción III, faculta a quienes hayan acogido un menor de edad o a un incapacitado cuando carezca de tutor o de quienes ejercen la patria potestad, ello obedece, a que el legislador permite que el posible adoptado, sin demora de tiempo, haya encontrado adoptantes, y que éstos lo hayan tratado como si fuera su hijo, dándole las atenciones alimenticias, educativas y de cuidado. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en criterio jurisprudencial lo siguiente:

### **Quinta Época**

**Instancia: Tercera Sala**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: LXXVIII**

**Página: 1222**

**ADOPCION, CONSENTIMIENTO DE LA, POR LAS PERSONAS QUE HAYAN ACOGIDO AL MENOR (LEGISLACION DE VERACRUZ). El artículo 712 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz, estatuye que antes de resolver el tribunal sobre la adopción, deberá obtener el consentimiento de las personas que deban darlo, conforme al artículo 327 del Código Civil de la misma entidad, precepto este que, en su fracción III, designa al efecto a las personas que hayan acogido a quien se pretenda**

**adoptar y lo hayan tratado como hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad ni tutor. Ahora bien, al emplear el legislador el vocablo "acogido", se refirió sin duda alguna al verbo que demuestra la actividad de quien acoge por un movimiento espontáneo de la voluntad, y no al hecho material de recibir en depósito un menor, debiendo conservarlo en su poder a disposición de la oficina de la Policía Judicial, hasta cuando ella lo crea conveniente, lo que constituye una actitud pasiva. Además, al hablar la ley de acoger, supone una situación actual y no una que haya cesado; de manera que quien haya acogido en una época a un menor y deja de mantener tal actitud, pierde el derecho de que se le oiga en las diligencias de adopción.** Amparo civil directo 4378/41. Marañón Virginia. 16 de octubre de 1943. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

La citada jurisprudencia, apunta que quienes tienen capacidad de goce y de ejercicio pueden adoptar, siempre y cuando sea en forma voluntaria, sin coacción física o moral alguna, debe de manifestarse esa voluntad libre de vicios de la misma; una vez adoptado, pueden los adoptantes ejercer la patria potestad; de este modo, antes de que se de la resolución judicial a favor de quienes pretenden la adopción, han cumplido con sus obligaciones, como el de cuidar, alimentar, educar, entre otros, al adoptado.

En sentido, la conducta del posible adoptante sobre el menor o incapacitado que "acogió", debe ser una conducta permanente hasta la declaración judicial de la adopción, y no meramente una conducta temporal transitoria.

En cuanto a la fracción IV, el Ministerio Público cumple una función social de carácter especial, atento a la adopción, en cuanto al consentimiento si no existen las personas que señala la ley en las hipótesis legislativas precedentes, por lo que el representante social lo otorgará siempre y cuando se haya percatado de los posibles adoptantes que cumplen de igual forma los requisitos que señala la ley civil, y que es la mejor opción para el adoptado, por lo que asegurará su buen criterio para el bienestar de éste y velar por sus intereses cuando otorgue su consentimiento; y por otro lado, también la ley lo faculta para dar su

consentimiento, cuando el menor o incapacitado pretenda ser adoptado en la hipótesis de que posibles adoptantes lo hayan “acogido”.

En cuanto a la fracción V, se presenta cuando el menor tenga más de diez años de edad, por cual deba de consentir su propia adopción; pero eso de ninguna manera le impide impugnar la adopción, una vez alcanzando la mayoría de edad.

Por ello, dispone el **artículo 4.183**, sobre el plazo para que el adoptado impugne su adopción, por lo cual dice el precepto en cita que: “El menor o el incapacitado que hayan sido adoptados podrán impugnar la adopción simple dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad”. Esa impugnación debe ser por vía judicial, y que el órgano jurisdiccional resuelva en lo conducente, mediante una resolución judicial (sentencia condenatoria), para que surta sus efectos jurídicos, y de esa manera, se disuelva el vínculo adoptivo entre ambos interesados. Por lo tanto, esa impugnación se presenta en las siguientes hipótesis: a).- dentro del año siguiente a la mayoría de edad; o, b).- una vez desaparecida la incapacidad del adoptado, que puede ser en cualquier momento de su vida, o bien en la mayoría de edad, o después de esta.

Finalmente, la fracción VI, hace referencia al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, quien por medio de su representante legal podrá otorgar el consentimiento para la adopción, a falta de las demás personas que enumera el precepto, por lo tanto, el legislador le otorga esa facultad legal para hacerlo.

Así también, sobre la suplencia de consentimiento por el juez, textualmente dispone el **artículo 4.186**. Del mismo instrumento jurídico-civil que: “Cuando el tutor, el Ministerio Público, o el acogedor, no consientan en la adopción, podrá suplir el consentimiento el juez competente tomando en cuenta el interés superior del menor”.

En este caso, si el tutor, el Ministerio Público o el acogedor no expresan las causas justificadas para la oposición de la adopción, será el juez de primera instancia de lo familiar quien con las facultades suficientes que le da la ley procesal civil, podrá otorgar el consentimiento para que el menor o el incapaz sea adoptado, siempre y cuando tenga beneficios amplios y satisfactorios para aquél, por lo que se traduce que es notoriamente conveniente para los intereses materiales y morales del adoptado.

En este mismo orden de ideas, las personas que pueden adoptarse plenamente, es lo que estatuye el **artículo 4.196**. Del vigente Código Civil para el Estado de México, que señala textualmente lo siguiente: “Solo pueden adoptarse plenamente los abandonados, expósitos o entregados a instituciones públicas o de asistencia privada legalmente reconocidas.

También podrán adoptarse plenamente, aquellos menores cuya tutela legal haya sido conferida a estas instituciones por virtud de resolución judicial”.

De este precepto se concluye que solamente puede adoptarse plenamente:

a).- los menores o incapaces abandonados; b).- los menores o incapaces expósitos; c).- los menores o incapaces entregados a instituciones públicas o de asistencia privada legalmente reconocidas; y, d).- los menores o incapaces cuya tutela legal haya sido conferida a estas instituciones siempre y cuando haya sido decretada mediante una resolución judicial. Se caracteriza esta adopción plena, debido a que no existe ningún antecedente familiar del posible adoptado en estas condiciones, por lo que facilita la incorporación del adoptado en los hogares donde les asistirán y los deseen para protegerlos por parte de los adoptantes como si fueran sus hijos legítimos, con lo cual el legislador asegura un hogar a esos menores e incapaces en esas circunstancias dadas.

d).- Constancia, en este caso, dispone el artículo 3.16., del vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México lo siguiente: “En la solicitud debe manifestarse el nombre y edad del menor o incapacitado, nombre y domicilio de quienes ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela, o de la persona o institución pública que lo haya acogido; debiéndose acompañar un estudio médico, psicológico y socioeconómico de los adoptantes, realizado por una institución oficial”. Por lo tanto, deben de obrar constancias fehacientes y suficientes para poder acceder a la adopción, constancias que son pruebas plenas para celebrar ese acto jurídico, como son los requisitos para poder adoptar, y que lo señala el artículo 4.178., del vigente Código Civil para el Estado de México, como es la comprobación de sus ingresos económicos, su perfil psicológico de su persona, el grado de estudios, entre otros. Además, en el caso de que el menor o el incapaz estuviera en una institución pública, se recabaría la constancia del tiempo de la exposición o abandono, para los efectos de la pérdida de la patria potestad, entre otros.

e).- Acreditados todos los requisitos que exige tanto el vigente Código Civil para el Estado de México como el vigente Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en sus respectivos numerales, el órgano jurisdiccional competente dictaminará su procedencia o improcedencia de la adopción. Y tan pronto como cause ejecutoria, quedará consumada la misma.

**B).- Elementos posteriores que debe de cumplir el Oficial del Registro Civil en el levantamiento del acta de adopción plena.**

Estos elementos hacen referencia básicamente al Oficial del Registro Civil. Para hablar de la actuación de este servidor público a la vez federatario de actos del estado civil, nos remitimos al Libro Tercero del vigente Código Civil para el Estado de México, denominado “Del Registro Civil”, Capítulo III, denominado “De las Actas de Adopción Plena” (artículos 3.23. 3.24. y 3.25).

Una vez que el órgano jurisdiccional competente (juez de primera instancia de lo familiar) aprueba la adopción remitirá copia de su resolución judicial al Oficial del Registro Civil para que levante el acta correspondiente dentro del término de quince días. Con la finalidad de que se levante el acta respectiva, con la comparecencia del adoptante.

El acta de adopción plena, de conformidad con lo que estatuye el vigente Código Civil para el Estado de México, contiene la siguiente regulación jurídica.

**“Plazo y documentos para levantar el acta de adopción plena.**

**Artículo 3.23.** Dictada la resolución definitiva que autorice la adopción plena, el adoptante dentro del plazo de quince días, presentará al Oficial del Registro Civil, copia certificada de las diligencias relativas, a fin de que se asiente el acta de nacimiento correspondiente.

**Contenido y efectos del acta de adopción plena.**

**Artículo 3.24.** En la adopción plena se asentará el acta como si fuera de nacimiento.

El acta de nacimiento anterior quedará reservada, con las anotaciones correspondientes a la adopción plena. No se expedirá constancia alguna que revele el origen del adoptado, ni su condición de tal, salvo mandamiento judicial.

### **Omisión del registro de la adopción plena.**

**Artículo 3.25.** La falta de registro de la adopción plena priva a ésta de sus efectos legales”.

Hacemos especial mención, que solamente en la adopción plena, se extiende una acta como si fuera de nacimiento, debido a las características que tiene esta institución y que difieren con la adopción simple, por lo que en ésta, solamente se hará una anotación correspondiente al acta de nacimiento del adoptado, y cuando se ha revocado la misma, se hará otra, en el sentido de que jurídicamente ya no existe.

### **1.6.5.- Personas que tienen capacidad legal para adoptar.**

De conformidad con lo que estatuye el vigente Código Civil para el Estado de México, las personas físicas que pueden adoptar, son las siguientes:

#### **“Personas preferidas para adoptar.**

**Artículo 4.179.** Para la adopción deberá darse preferencia a matrimonios sin descendencia conforme al orden siguiente:

- I. A mexiquenses cuyo domicilio conyugal se ubique dentro del territorio de la entidad;
- II. A mexiquenses cuyo domicilio conyugal se ubique fuera del territorio de la entidad;
- III. A mexicanos cuyo domicilio conyugal se ubique dentro del territorio nacional;
- IV. A mexicanos cuyo domicilio conyugal se ubique fuera del territorio nacional;
- V. A extranjeros cuyo domicilio conyugal se ubique dentro del territorio de la entidad;
- VI. A extranjeros cuyo domicilio conyugal se ubique dentro del territorio nacional;

VII. A extranjeros cuyo domicilio conyugal se ubique fuera del territorio nacional”.

En este precepto, únicamente encontramos una jerarquización sobre la preferencia para la adopción, siempre y cuando hayan cubierto los requisitos que exige la ley, y el procedimiento judicial para que se decrete su validez y consumación de la institución de la adopción.

#### **1.6.6.- Personas que tienen prohibido para adoptar.**

Aquí es preciso hacer mención de la capacidad de la persona física, ésta se entiende como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad se entiende en dos sentidos: capacidad de goce y capacidad de ejercicio, siendo la primera, la aptitud general de ser titular de derechos y obligaciones; y la segunda, la posibilidad de ejercer por sí sólo sus derechos y contraer además obligaciones. Por lo que interpretando a contrario sensu, encontramos que las personas que tienen prohibido adoptar, lo señala el **artículo 4.230.** del vigente Código Civil para el Estado de México, que textualmente dice lo siguiente: “Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia por trastornos mentales, aunque tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordomudos que no sepan leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inadecuado de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia;
- V. Las personas que por cualquier causa física o mental no puedan manifestar su voluntad por algún medio”.

Por lo tanto, referente a la fracción I, resulta imposible jurídicamente que un menor de edad adopte a otro menor de edad o incapacitado, debido a su minoría de edad y recursos económicos que debe tener para ese fin, lo cual no es operante. En relación a la fracción II, la disminución de las facultades mentales de mayores de edad es un impedimento legal para cumplir con los fines de la adopción, en virtud de que éstas personas están al cuidado de otras que las cuidan y las atienden, además de representar un peligro serio para los menores e incapacitados que están conviviendo con ellos, además de la falta de conciencia y

responsabilidad que no la tienen personas en estas condiciones. La fracción III, los sordomudos sin ninguna instrucción escolar están incapacitados para el ejercicio de la adopción, en virtud que estas personas tienen un daño cerebral que le impide cumplir con funciones educacionales y de conducta hacia los posibles adoptados. Referente a la fracción IV, el legislador tomo las precauciones para que personas adictas al alcohol y estupefacientes no puedan ser adoptantes, debido a que pudieran hacer adictos a menores e incapacitados, además de bajo nivel de vida y su precaria situación económica, por lo que los ponen a salvo de esta clase se personas. Finalmente, las personas que por cualquier causa física (estar ciegas, estar sordas, faltarles un brazo, una pierna, entre otras), o una causa mental (padecer una psicopatía permanente y progresiva, trastornos mentales, entre otros) y que ello les impida manifestar su voluntad, además de tener conciencia de la realidad que viven, impiden el cuidado y protección de los menores o incapacitados que se pretende adoptar.

#### **1.6.7.- Efectos de la adopción.**

La institución de la adopción origina efectos jurídicos entre las partes interesadas, y son las siguientes, que examinamos.

Estipula el **artículo 4.184.** del vigente Código Civil para el Estado de México textualmente lo siguiente: “Entre el adoptante y el adoptado habrá los mismos derechos y obligaciones que entre padres e hijos”.

Este precepto legal refleja la trasmisión de los derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos, que básicamente están comprendidos en la institución de la patria potestad. Así también, indica que el adoptado deberá cumplir con los deberes que le impone la patria potestad, así como sus derechos, entre otros, los alimentos.

Por consiguiente, esos efectos jurídicos de la adopción son los mismos que pudiera darse en la filiación-paternal, y en algunos casos, los limita la propia legislación, como son los preceptos que analizamos.

Estas ideas, se sustentan en el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia, y nos hemos permitido transcribir.

**Quinta Época**

**Instancia: Tercera Sala**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: LXXVI**

**Página: 1816**

**ADOPTANTES, DERECHOS DE LOS.** La adopción concede a los adoptantes, respecto del menor adoptado, los derechos que tienen los padres con relación a la persona y bienes de los hijos, según lo establece el artículo 395 del Código Civil del Distrito Federal, derechos de los cuales no pueden ser privados, sin haber sido oídos y vencidos en juicio, pues de lo contrario, se violan los artículos 14 y 16 constitucionales. Por tanto, si en el juicio instaurado por el padre del menor en contra de la madre, aquél obtuvo sentencia por la cual se condenó a esta a la entrega de dicho menor, esa sentencia no puede ejecutarse en perjuicio de los derechos de los adoptantes del mismo, que fueron extraños al juicio; sin que importe que en el amparo promovido por la madre, contra la sentencia que la condenó a la entrega del menor, se hubiera negado la protección federal, porque la ejecutoria relativa, única y exclusivamente pudo referirse al caso sobre que versó la queja, esto es, a la sentencia reclamada, la cual no pudo afectar a los adoptantes del menor, que fueron extraños al juicio en que la misma fue pronunciada. Amparo civil en revisión 7545/42. Reyes Hernández Enrique y coagraviada. 19 de abril de 1943. Unanimidad de cuatro votos. El Ministro Hilario Medina no votó por las razones que constan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Los derechos que nacen de la adopción sobre el adoptado, son igualmente como si fueran para los hijos legítimos o dentro del matrimonio, es decir, no se pueden renunciar, ni ser modificados, son iguales, en nada cambian, aunque el criterio jurisprudencial hace referencia entre controversias entre los adoptantes, por la

decisión para custodia y guarda del adoptado, pero se dará en el sentido de causas de terminación de la adopción simple, por una las partes, pero quien intente la acción deberá probarlo ante la autoridad competente.

Así también, estipula el **artículo 4.187**, que: “La adopción producirá sus efectos aunque sobrevengan hijos del adoptante”

Es incuestionable, que el adoptante aunque tenga hijos biológicos con su cónyuge u otra pareja, no es causa de disolución de la adopción, ni de revocación ni de suspensión, debido a que la ley no lo contempla, y como lo hemos señalado, sólo se extinguirá mediante un procedimiento judicial. Por consiguiente, bajo esta hipótesis legislativa, seguirán vigentes los efectos jurídicos entre los interesados.

En este mismo orden de ideas, cabe decir, que el legislador con sentido de justicia, se aplica esta disposición cuando el adoptante persona libre de matrimonio, viudo, o divorciado, y si éste se contrae nupcias y engendra hijos biológicos, no por ello pierde sus efectos la adopción respecto del adoptante.

Dispone el **artículo 4.188**. lo siguiente: “Los derechos y obligaciones que nacen como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado”.

De esta manera, con la creación de la adopción, se origina el parentesco civil y así lo reconoce el **artículo 4.117.**, del vigente Código Civil para el Estado de México, y que textualmente dice lo siguiente: “Sólo se reconocen los parentescos de consanguinidad, afinidad y civil”. Además el **artículo 4.120.**, señala que: “El parentesco civil nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado. En la adopción plena, el parentesco se equipara al consanguíneo”.

En este sentido, los efectos jurídicos se dan exclusivamente entre el adoptado y el adoptante, y no entre parientes de éste, es por lo que se caracteriza la adopción simple, mientras que en la adopción plena, pasa todo lo contrario, y que en su oportunidad lo analizaremos.

De esta manera, estipula el **artículo 4.189.**, lo siguiente: “Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que se transfiere al padre adoptivo”.

En la adopción simple, como lo regula el vigente Código Civil para el Estado de México, aquélla no trae como consecuencia el rompimiento de los vínculos parentales con la familia de origen del adoptado. La patria potestad, en cambio, se transfiere al adoptante, para que éste pueda cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos con relación al hijo adoptivo. En virtud de este precepto legal, éste podrá heredar a quiénes lo hayan adoptado, a sus padres consanguíneos y a todos sus parientes biológicos, dentro del cuarto grado. También, de este mismo modo, tendrá con respecto a unos y otros, derechos y obligaciones alimentarias.

Por cuanto a la patria potestad, como es un ejercicio temporal en la relación tanto filial-paternal como entre adoptante y adoptado, se extingue, y por ello, el **artículo 4.223.**, del vigente Código Civil para el Estado de México señala textualmente que: “La patria potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce; II.- Con la emancipación derivada del matrimonio; III.- Por la mayoría de edad; IV.- Por la adopción simple”. Así también refiere el **artículo 4.206.**, del vigente Código Civil para el Estado de México señala textualmente que: “En la adopción simple la patria potestad solo la ejercen los adoptantes”.

Por lo que en este contexto, la patria potestad en la adopción simple, no puede ser ejercida por abuelos maternos ni abuelos paternos.

Encontramos en el **artículo 4.8.**, del vigente Código Civil para el Estado de México otro efecto jurídico, y que textualmente dice lo siguiente: “En la adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes”. Este precepto tiene serios propósitos como impedimentos mientras no se disuelva jurídicamente el vínculo adoptivo, toda vez que “la relación filial, aunque ficticia, pero que precisamente por esta razón facilita la vida familiar y en cierta manera íntima, entre adoptante y adoptado, impide que se desvirtúe la noble institución de la filiación adoptiva, para propiciar a través de ella, finalidades contrarias a la moral y las buenas costumbres”<sup>24</sup>. Por tanto, mientras dure y esté vigente el vínculo adoptivo no podrán celebrar nupcias, y en caso de contravenir esta norma jurídica, y se celebra matrimonio entre adoptante y adoptado en estas condiciones, produciría una nulidad relativa, y sería calificada de un matrimonio ilícito, entendiéndose que “son aquellos que, encontrándose viciados por alguna causa que no importe gravedad extrema, no son considerados jurídicamente nulos, limitándose el legislador, frente a ellos, a imponer una sanción civil a los contrayentes por el acto matrimonial”<sup>25</sup>. Aunque deficiente este concepto, la

---

<sup>24</sup>.- Galindo Garfias, Ignacio. **Derecho Civil**. Op. Cit. p. 518.

<sup>25</sup>.- Pina, Rafael de. **Elementos de Derecho Civil Mexicano**. Tomo I. 19ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1995. p. 333.

sanción civil es precisamente la nulidad relativa si han contraído matrimonio el adoptante y el adoptado, sin haber disuelto el vínculo que los une legalmente.

#### **1.6.8.- Terminación de la adopción.**

Estipula el artículo 4.183., del vigente Código Civil para el Estado de México, que: “El menor o el incapacitado que hayan sido adoptados podrán impugnar la adopción simple dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad”.

La impugnación, entendida “como la acción y efecto de atacar, tachar o refutar un acto judicial, documento, deposición testimonial, entre otros, con el objeto de invalidación”<sup>26</sup>. De esta manera, la impugnación la puede ejercer unilateralmente el adoptado y la procedencia es por la vía del juicio ordinario civil, por lo que caduca la acción en un plazo de un año; por lo que el juez de primera instancia de lo familiar, puede hacerla valer de oficio mediante el debido cotejo de la fecha en que se cumplió la mayoría de edad o cesó la incapacidad, según sea el caso.

Lo anterior, lo sustentamos y lo confirma el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al afirmar lo siguiente.

#### **Octava Época**

**Instancia: Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: VII, Junio de 1991**

**Página: 185**

**ADOPCION. LA LEY ESTABLECE PARA TERMINARLA, LA IMPUGNACION Y LA REVOCACION. Los modos establecidos por la ley para terminar la adopción, son la impugnación y la revocación de la misma, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 394 y 405 del Código Civil para el Distrito Federal;**

---

<sup>26</sup>.- Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. 24ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1995. p. 315.

requiriéndose en la primera, que el menor o el incapacitado la hagan valer dentro del año siguiente del cumplimiento de la mayoría de edad o de la fecha en que haya desaparecido la incapacidad; y en la segunda, puede ser, cuando el adoptante y el adoptado convengan en la revocación, siempre que el último sea mayor de edad; y si no lo fuere, se oirá a las personas que prestaron su consentimiento en términos del numeral 397 del ordenamiento citado, si tuvieren domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas; y, cuando se dé, por ingratitud del adoptado. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 179/91. Angélica Garza Toscano. 18 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Secretaria: Eleonora Murillo Castro.

La primera acción deberá intentarla el adoptado en un término no mayor de un año una vez cumplida la mayoría de edad; mientras que la segunda, se llevará a cabo con consentimiento de ambas partes (adoptado-adoptante) siempre y cuando el adoptado sea mayor de edad; por ello, el criterio jurisprudencial hace referencia a las vías legales para dar por terminado el vínculo adoptivo, con intervención del adoptado.

Las causas de revocación de la adopción, las encontramos en el **artículo 4.190**. que dice lo siguiente: “La adopción puede revocarse:

- I. Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, es necesario que consientan en la revocación las personas que prestaron su consentimiento;
- II. Por ingratitud del adoptado”.

La revocación es posible debido a que se trata de una adopción simple, por lo que se trata “de un acto jurídico en virtud del cual una persona se retracta del que ha otorgado a favor de otro, dejándolo sin efecto, siendo posible únicamente en los de carácter unilateral, como el testamento, el mandato y el algunos casos la

adopción”<sup>27</sup>. Si la revocación se solicita por ambas partes, puede tramitarse en vía de jurisdicción voluntaria, cuando el adoptado mayor de edad; más sin embargo, también se puede presentar siendo aún menores de edad, siempre que lo represente quien dio el consentimiento, quienes podrán haber sido los que ejercieron la patria potestad, el tutor, el Ministerio Público, y en última instancia el juez de primera instancia de lo familiar.

Por lo que hace a la fracción II, del mismo precepto en comento, es por causas de ingratitud del adoptado, que puede tener diversas manifestaciones, como el ser irrespetuoso con el adoptante, haber sido sentenciado por delito doloso y grave, entre otros. Y tiene estrecha relación con el precepto legal siguiente.

De conformidad con el **artículo 4.191.**, encontramos las causas de ingratitud del adoptado, y que textualmente dice lo siguiente: “Para los efectos del último párrafo del artículo anterior, se considera ingrato al adoptado:

- I. Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;
- II. Si el adoptado denuncia al adoptante de algún delito grave, aunque lo pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;
- III. Si el adoptado rehúsa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza”.

Respecto a la fracción I, es justificable cuando el adoptado cometa algún delito en contra del adoptante o de su familia, como bien sería el delito de lesiones dolosa, injurias, difamación, secuestro, robo, abuso de confianza, entre otros, lo cual originaría la pérdida de la confianza del adoptante, por lo que estas conductas injustificadas merecen la revocación del mismo.

Respecto a la fracción II, tiene una estrecha relación con el artículo 11 del vigente Código Penal para el Estado de México que señala todo un elenco de los delitos que son calificados por el legislador como graves, y que son perseguibles de oficio, por lo que de cometerlo el adoptado, resulta debido a su gravedad de la lesión del bien jurídico, como sería el robo de infante, la violación, entre otros, en

---

<sup>27</sup> .- Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael. **Diccionario de Derecho**. Op. Cit. p. 445.

contra del adoptante o de su familia es causa suficiente para su revocación; pero si quien lo ha cometido es el adoptante en contra del adoptado también procede la revocación porque rompe por completo el esquema de la armonía familiar.

En cuanto a la fracción III, resulta obvio y con justa razón el legislador lo sanciona, de que el adoptado niegue alimentos al adoptante, cuando éste se los dio, por lo que es una obligación recíproca, y cuya inobservancia por parte del adoptado produce una revocación de la adopción; pero la propia norma condiciona la proporción de los alimentos al adoptante, y es que éste haya caído en la pobreza. Por ello, el **artículo 4.134.**, del vigente Código Civil para el Estado de México, afirma lo anterior al estatuir que: “En la adopción simple, el adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos, en los casos en que la tiene el padre y los hijos”.

Así también, estipula el **artículo 4.192.** el momento en que surte efecto la revocación del adoptado, al señalar que: “La resolución que revoque la adopción por acuerdo de las partes, la deja sin efectos a partir de ese momento”.

De esta manera, mediante una resolución judicial, la adopción quedará revocada, y si el juez de primera instancia de lo familiar encuentra que ésta es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado, entonces quedará disuelto, y quedarán las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse y consumarse este acto jurídico. Por consiguiente, tanto para acordar la adopción como para revocarla por acuerdo de las partes, el órgano jurisdiccional competente debe tener en cuenta, principalmente, el interés del adoptado, de tal manera, que el “juez dispone del arbitrio judicial, ya sea para denegar una adopción que considere desfavorable para quien se pretenda adoptar, o para desestimar una revocación que considere inconveniente para el mismo”<sup>28</sup>.

Aquí, la resolución judicial (sentencia) tiene efectos constitutivos sobre el estado civil, toda vez que deja sin efectos el parentesco creado por el vínculo adoptivo. Por lo que revocada la adopción, cesan todos los derechos y obligaciones entre el adoptado y el adoptante, entre ellos el derecho de proporcionarse alimentos, los derechos sucesorios, la extinción de la patria potestad, si así fuera el caso.

---

<sup>28</sup> .- García Mendieta, Carmen. **La Adopción**. Op. Cit. p. 130.

En este orden de ideas, dispone el **artículo 4.193.**, el tiempo en que surte efectos la revocación por ingratitud, al señalar que: “En el caso de ingratitud la adopción deja de producir efectos desde que se comete el acto de ingratitud”.

Respecto a esta hipótesis legislativa, es necesario dejar en claro que en virtud de que la naturaleza jurídica de esa sentencia de la revocación, es totalmente declarativa, puesto que el vínculo de la adopción se destruye con el acto de ingratitud y no en virtud de la sentencia declarada en sentido condenatorio.

### **1.6.9.- La adopción plena.**

La doctrina jurídica como el vigente Código Civil para el Estado de México, dentro de nuestro sistema jurídico-familiar, ha considerado dos clases de adopción: la plena y la simple. La primera tiende a incorporar al adoptado en la familia del adoptante; mientras que la simple se circunscribe al vínculo entre el adoptante y el adoptado.

En otros términos, “en la plena, el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea, la de origen; se extingue por completo el parentesco con la familia biológica y cesan, salvo los impedimentos del matrimonio, todos los efectos jurídicos que pudieran existir. El menor, por su parte, adquiere, en este tipo de adopción, todas las obligaciones y derechos de hijo legítimo, hijo de matrimonio. La adopción simple le otorga al adoptado la calidad de hijo pero no crea un vínculo de parentesco que no se pueda extinguir, sino que sus efectos están señalados por la ley y puede terminar cuando las partes así lo crean conveniente”<sup>29</sup>.

De este modo, es conveniente hacer mención que por vez primera el vigente Código Civil para el Estado de México, introduce reformas y adiciones al mismo, entre ellas, incorpora la adopción plena, y que fue publicado por Decreto en la Gaceta de Gobierno del Estado de México del 27 de agosto de 1987, y que nos permitimos reproducirlo, como antecedente histórico-legislativo, que permitirá comprender esta figura jurídica.

## **“CC. DIPUTADOS SECRETARIOS DE LA H. XLIX. LEGISLATURA**

---

<sup>29</sup>.- Jiménez Araujo, Miguel Ángel. La Filiación Adoptiva. 5ª. edición. Editorial Pirámide. México, 2000. p. 98.

## **DEL ESTADO.**

En uso de las facultades que me confieren los artículos 59 fracción II y 88 fracción I de la Constitución Política Local, me permito someter a la consideración de la H. Legislatura, por el digno conducto de Ustedes, iniciativa de Decreto de Reformas y Adiciones al Código Civil del Estado de México, la que tiene su fundamento en la siguiente:

### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La presente administración se ha preocupado en forma prioritaria por invocar el Sistema Jurídico Estatal, para atender las legítimas demandas de la población, pugnando por mejorar el medio de vida institucional. A este respecto no hemos escatimado esfuerzo alguno para lograr el propósito enunciado.

Los cambios en el medio social, político y económico en todos los niveles, ameritan y originan continuar con la misma pauta en el marco jurídico, ya que en el derecho ha sido el sustento y guía de las acciones de mi Gobierno.

De esta manera se ha propuesto a esta Soberanía, importantes iniciativas de nuevos ordenamientos legales y reformas a los existentes que se han requerido como la forma más eficaz de cumplir con los postulados del desarrollo del Estado.

La fe inquebrantable en el Derecho y las Instituciones, ha sido la norma permanente del quehacer público.

Con tales principios se generaron reformas relativamente recientes al Código Civil para el Estado de México, para regular aspecto de gran trascendencia sobre la adopción y patria potestad, tendientes a dar agilización a los trámites respectivos; a prever algunos casos específicos de expósitos y en suma a establecer certeza en los actos de adopción.

Bajo ese marco de referencia, se hace necesario fortalecer aún más el vínculo familiar con el establecimiento de la adopción plena, con el objeto de que las consecuencias jurídicas de la mismas inspiradas en un criterio más amplio, permitan que al menor adoptado se le tenga como hijo propio con todos los

derechos que la ley otorga a un hijo consanguíneo, con la finalidad de evitar señalamientos que en muchos de los casos en su vida social y familiar.

Lo anterior es una respuesta positiva a las inquietudes sociales en tal sentido.

En efecto, las consecuencias familiares y sociales soportadas tanto por los adoptantes como por los adoptados de grandes diferencias con los llamados hijos legítimos y fuera de matrimonio, inducen a buscar las alternativas más acordes para evitar esa limitación.

Bajo esa tesitura se proponen reformas a los artículos 35, 36, 37, 77, 79, 278, 290, 372, 383, 384, 385 y 401 del Código Civil para el Estado de México, así como adición a este ordenamiento del artículo 392-Bis.

**El espíritu que anima esas adecuaciones, es el concreto siguiente:**

La figura de adopción establecida en el Código Civil del Estado de México, tiene como objetivo fundamental, la de proteger a los menores e incapaces, procurando su desarrollo armónico dentro de un hogar y de la sociedad, así como dar satisfacción en la mayoría de los casos a los anhelos paternos a quienes les ha sido negada su propia descendencia.

No obstante los fines expuestos, la adopción se encuentra supeditada a rigidez de requisitos y limitantes en cuanto al parentesco y obligaciones y derechos que de ella resultan, ya que solamente se establece entre el adoptante y el adoptado y no con los familiares de éstos; se transfiere exclusivamente la patria potestad, sin extinguirse los demás derechos y obligaciones que nacen del parentesco natural; se levante acta de adopción y ésta pueda ser revocable.

Ante este tipo de restricciones en la personalidad del adoptado, su señalamiento en la familia y en la sociedad, al saberse y acreditarse como hijo adoptivo, condicionan su estabilidad emocional y desarrollo físico, y se limita en su esencia la calidad de padres en los adoptantes, cuando ellos lo que desean es tener a un desprotegido, como hijo propio, con parentesco, derechos y obligaciones extensivas a todos sus familiares.

Lo anterior ha dado motivo en la práctica omitir los trámites de adopción y los interesados en forma directa acuden ante el Oficial del Registro Civil para registrar al menor como hijo propio, incurriendo en falsas declaraciones y sorprendiendo la buena fe de la institución del Registro Civil.

Para evitar esas consecuencias jurídicas y sociales soportadas por los adoptantes y los adoptados, procurar una optimización en su fines, una estabilidad emocional, familiar y social de éstos y evitar la realización de actos al margen de la ley, se ha considerado conveniente incluir en nuestro derecho positivo civil, la adopción plena, con efectos absolutos, irrevocable, en donde el parentesco, derechos y obligaciones se extiendan a todos los parientes, ascendientes, descendientes y colaterales de los adoptantes, con extinción de los que nacen del parentesco natural del adoptado, excepto derechos hereditarios y además para que la resolución judicial que autorice la adopción plena, ordene se cancele al acta de nacimiento del adoptado si es que existe y se levante acta de nacimiento, sin que se aluda o haga referencia a la figura de la adopción.

De esta forma quedará garantizado fehacientemente el desarrollo armónico en la familia y en la sociedad del adoptado, al no existir señalamiento alguno ni diferencia con los hijos consanguíneos.

La inclusión en el Código Civil vigente de una adopción que se distinga de la que se regula actualmente en ese ordenamiento, por sus requisitos y efectos, hará posible evitar cualquier distinción entre hijos adoptivos y consanguíneos.

El tenor de la propuesta de reformas, se configura en lo general bajo los siguientes presupuestos.

La edad del adoptado será hasta doce años, para que dentro de lo posible no guarde memoria de su situación anterior, sus alcances se extienden a todos los parientes de los adoptantes, se extinguen las obligaciones y derechos que nacen del parentesco natural del adoptado, excepto los derechos hereditarios, la adopción plena tendrá efectos irrevocables y la patria potestad se ejercerá en los términos señalados en la ley para los hijos consanguíneos, los parientes naturales no conservarán ningún derecho sobre el adoptado, quedando éste exento de deberes para con ellos, el juez en su resolución ordenará que se levante acta de nacimiento, conteniendo los datos del adoptado, del o de los padres adoptivos, los ascendientes de éstos, así como de los testigos, quedando prohibido al Oficial del

Registro Civil hacer mención sobre la adopción, inscribiéndose esa acta en el Libro Primero.

Por otra parte se señala que las disposiciones relativas a la adopción, serán aplicables para la adopción plena, en cuanto no se opongan a las que regulan ésta.

Las anteriores consideraciones, son el sentir del Ejecutivo de mi cargo, y de los reclamos de la sociedad, para proponer a esa H. Soberanía las modificaciones pertinentes al Código Civil del Estado de México, para instituir en el mismo la adopción plena que vendrá a dar solución al problema social de abandono de hijos no deseados o de quienes teniéndolos les provocan malos tratos y satisfacer los anhelos de paternidad en las personas, sin descendencia o de quienes teniéndola, deseen brindar un hogar a menores desprotegidos y finalmente propenderán a garantizar el desarrollo íntegro y armónico de los adoptados, tanto en el núcleo familiar, como en la sociedad, como cualquier hijo, sin distingos en ninguna naturaleza.

En virtud de lo expuesto, se adjunta el Decreto relativos de reformas y adiciones, a efecto de que si lo estiman correcto y adecuado, en su caso se apruebe en sus términos.

**ARTÍCULO PRIMERO.-** Se reforman los artículos 35, 36, 37, 43, 77, 79, 278, 290, 372, 383, 384, 385 y 401 del Código Civil para el Estado de México, para quedar del tenor siguiente:

35.- En el Estado de México, estará a cargo de los Oficiales del Registro Civil, autorizar los actos del Estado Civil y extender las actas relativas a nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción plena, matrimonio, divorcio, tutela, emancipación y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en su territorio; así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte o que se ha perdido la capacidad legal para administrar bienes.

36.- Los Oficiales del Registro Civil llevarán por duplicado Siete Libros que de denominarán "Registro Civil" y que contendrán: el primero actas de nacimiento, de nacimiento por adopción plena y de reconocimiento de hijos; el segundo, actas de adopción; el tercero, actas de tutela y de emancipación; el cuarto, actas de matrimonio; el quinto, actas de divorcio; el sexto, actas de fallecimiento y el

séptimo, las inscripciones de las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte o que se ha perdido la capacidad legal para administrar bienes.

Toda acta deberá asentarse en los dos ejemplares del Registro.

37.- Las actas del Registro Civil, solo se pueden asentar en los Libros de que se habla el artículo anterior, salvo las excepciones previstas por la Ley.

La infracción de esta regla producirá la nulidad del acta y se castigará con la destitución del Oficial del Registro Civil.

43.- No podrá asentarse en las actas, ni por vía de nota o advertencia, sino lo que deba ser declarado para el acto preciso a que ellas se refieren, excepto las prevenciones en contrario y lo que esté expresamente prevenido por la ley.

77.- Dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción, y adopción plena, el adoptante dentro del término de ocho días, presentará al Oficial del Registro Civil, copia certificada de la diligencias relativas, a fin de que se levante el acta que corresponda.

79.- El acta de adopción contendrá los nombres, apellidos, edad y domicilio del adoptante y del adoptado, el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción y los nombres, apellidos y domicilios de las personas que intervengan como testigos. El acta se insertará íntegramente la resolución judicial que haya autorizado la adopción.

En los casos de adopción plena, se cancelará el acta de nacimiento del adoptado, si es que existe y en su lugar se levantará acta de nacimiento que contendrá los datos del adoptado, del o de los padres adoptivos y los ascendientes de éstos, así como de los testigos de ese acto.

278.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado.

En la adopción plena, el parentesco existirá además con los ascendientes del adoptante y descendientes colaterales.

290.- El adoptante y el adoptado tienen obligación de darse alimentos, en los casos en que tienen el padre y los hijos.

En la adopción plena la obligación se extenderá a los ascendientes, descendientes y colaterales de los adoptantes.

372.- Los mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos y aún cuando tengan descendientes, pueden adoptar a un menor o aun incapacitado, aún cuando sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diez años más que el adoptado y que la adopción sea benéfica a éste.

Con los mismos presupuestos anteriores se instituye la adopción plena con efectos irrevocables, en los términos establecidos por este Código, a favor de los menores de doce años abandonados, expósitos o los que sean entregados a una institución de Asistencia autorizada para promover su adopción.

383.- El juez que apruebe la adopción remitirá copia de las diligencias respectivas al Oficial del Registro Civil del lugar para que levante el acta correspondiente.

En la adopción plena, la resolución judicial que la apruebe, contendrá la orden al Oficial del Registro Civil, para que cancele en su caso el acta de nacimiento del adoptado, así como para que levante acta de nacimiento en la que figuren como padres, los adoptantes y como del adoptado y demás datos que se requieran conforme a la ley, sin hacer mención sobre la adopción.

384.- Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulten, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 143.

En la adopción plena, el parentesco se extenderá a todos los ascendientes, descendientes y colaterales de los adoptantes.

385.- Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al padre adoptivo.

En la adopción plena, los parientes naturales, ascendientes y colaterales del adoptado, no conservarán ningún derecho sobre el mismo, quedando éste exento de deberes para con ellos, pero conservando en su caso sus derechos sucesorios por naturaleza.

401.- La patria potestad sobre el hijo adoptivo, lo ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

En la adopción plena, la patria potestad se ejercerá en los términos señalados en este Código para los hijos consanguíneos.

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** Se adiciona al Ordenamiento mencionado con el artículo 392 Bis., del tenor siguiente:

392 Bis.- Las disposiciones de este Capítulo, relativas a la adopción, serán aplicables para la adopción plena en cuanto no se opongan a las que regulan esta.

## **TRANSITORIOS**

**ARTÍCULO ÚNICO.-** El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta de Gobierno del Estado.

Lo tendrá entendido el Gobernador del Estado, haciendo que se publique y se cumpla.

Reitero a Ustedes las seguridades de mi distinguida consideración.

**ATENTAMENTE**  
**SUFRAGIO EFECTIVO, NO REELECCIÓN**  
**EL GOBERNADOR DEL ESTADO**  
**LIC. ALFREDO BARRADA**  
**EL SECRETARIO DE GOBIERNO**

## LIC. GERARDO RUIZ ESPARZA

Publíquese. »<sup>30</sup>.

Lo anterior, expone los razonamientos jurídicos del Congreso Local para incorporar la figura de la adopción plena, como si fuera biológica, a la normatividad del Código Civil para el Estado de México, como una necesidad jurídica y social que reclamaba la sociedad, y de quienes querían adoptar, pero con la desaparición de la anotación marginal en el acta de una adopción, por lo que la adopción plena viene, por ficción del derecho, a convertirla o convertir al adoptado en hijo biológico, sin revocación alguna.

Estas disposiciones, también fueron retomadas en el vigente Código Civil para el Estado de México, que fue publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 07 de junio de 2002, y que por lo que respecta a la reglamentación de la adopción plena, pasamos a su análisis.

Apunta el **artículo 4.194.**, del vigente Código Civil para el Estado de México, que: “Por la adopción plena el adoptado adquiere la calidad de hijo consanguíneo de los adoptantes”.

Este precepto obedece a que el propósito del legislador es que los menores o incapacitados cuando fueran adoptados por esta clase de adopción, no sufrieran la discriminación social y familiar que impera en la sociedad mexicana, y con ello se incorporaran plenamente a la familia y a los lazos de parentesco del adoptante, por lo cual se convertirían por ficción del derecho como hijos consanguíneos.

Sobre la legitimación para adoptar plenamente, dispone el **artículo 4.195** del mismo instrumento jurídico-civil, textualmente lo siguiente: “Sólo pueden adoptar plenamente, el hombre y la mujer unidos en matrimonio”.

Como requisito sine qua non, la adopción plena solamente podrá consumarse mediante un procedimiento judicial en la institución del matrimonio, lo cual, viene a afirmar que esos menores o incapacitados se transforman en hijos legítimos o consanguíneos dentro del mismo, con lo cual el adoptado podrá tener una vida mejor y en una pareja debidamente bien constituida, con lo cual

---

<sup>30</sup> .- Gaceta de Gobierno del Estado de México, de fecha 27 de agosto de 1987. pp. 10-14.

psicológica y jurídicamente no tendrá problemas de exclusión o discriminación familiar y social.

Dispone el **artículo 4.197.**, del mismo ordenamiento jurídico-civil, lo siguiente: “La adopción plena extingue la filiación existente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio”.

Como característica de esta clase de adopción, y distinguiéndose de la adopción simple, se extingue todo el historial familiar del adoptado con su familia consanguínea si la tuvo, y en muchos de los casos, no tuvo, lo cual facilita que no exista ningún registro familiar anterior, y de esta manera, tener la certeza de que se trata de un hijo consanguíneo educado y alimentado dentro de una familia conyugal.

Así, dispone el **artículo 4.198.**, que: “La adopción plena es irrevocable”.

La irrevocabilidad de la adopción plena, es otra característica fundamental, pues no opera jurídicamente, debido a que jurídicamente, siendo, por ficción del derecho, un hijo consanguíneo o legítimo, no se puede desconocer que no lo sea, es inoperante, por lo tanto, no es revocable; situación contraria sucede con la adopción simple.

Esta figura jurídica de la institución familiar, es de gran importancia para nuestro tema en desarrollo y para nuestra propuesta debido a la incorporación que se hace a un menor de edad a una nueva familia, que con el transcurrir del tiempo crece y se desarrolla, por lo que puede ser sujeto imputable en una relación incestuosa, aunque biológicamente no lo sea, pero jurídicamente si lo es.

## CAPITULO II

### 2.1.- Concepto legislativo.

El delito sigue al hombre como la sombra al cuerpo; como la muerte a la vida. Ha existido siempre. No desaparecerá. Las antiguas culturas y sus narraciones asocian al delito la misma suerte de nuestra especie. Así ocurre en el Antiguo Testamento: Adán y Eva quebrantaron la ley divina. Entonces se puso la primera sanción de que se tenga noticia: la expulsión del paraíso, que equivale a la pena de destierro hoy en día. Esta medida y otras se perpetuaron en lo sucesivo. Luego entonces se cometerá otro delito, la violencia más remota que se conoce: el fratricidio de Abel en manos de Caín. Nuevamente funcionará la pena: privación de la paz para el fratricida.

Sin embargo, existieron delitos que quedaron impunes, como la aprehensión y crucifixión sin juicio previo de Jesús a manos de los soldados romanos. O bien, recordando la muerte del filósofo Sócrates, que según afirman sus historiadores tuvo que beber una porción de veneno llamado cicuta por el delito de ser ateo y practicar herejía. En definitiva, delito y pena se localizan, en los albores de la historia del hombre.

De esta manera, el concepto elemental de delito o hecho punible ha sido estudiado a lo largo del tiempo como una relación jurídica entre gobierno y gobernados, cuyo origen y surgimiento es la actividad humana estimada legislativamente como contraria al orden ético y social.

Etimológicamente la palabra delito, “deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, y el prefijo “de”, en la connotación peyorativa, se toma como linquere viam o rectam viam; dejar o abandonar el buen camino”<sup>31</sup>. Por esta razón, el máximo representante de la Escuela Clásica, Francesco Carrara, escribió que el delito es el abandono de la ley.

Así pues, el estudio científico del derecho preocupa su contenido y repercusiones sociales, fundamentalmente en la rama referida al delito que, a su vez, es estudiado desde otros puntos de vista, como sociológico, filosófico,

---

<sup>31</sup> .- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 2002 p. 202.

psicológico, antropológico, entre otros, pero para nuestros fines, nos interesa únicamente su estudio estrictamente jurídico.

En este orden de ideas, el vigente Código Penal Federal en su numeral 7º. Encontramos una definición de delito, y que textualmente dice: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. Dicho criterio legislativo ha merecido severas críticas por parte de la doctrina jurídica, debido a que es tachada de formalista y tautológica, pero que constituye “un concepto lógico, un juicio, que asocia el delito como causa a la pena como efecto. Por otra parte, la simple lectura de cualquiera de las normas penales singulares incluidas en la Parte Especial de los códigos penales, permite observar que ésta se integra de dos partes: el precepto y la sanción. El precepto no es sino la descripción de un modo de conducta prohibida ínsitamente en la norma, la sanción, la privación de un bien jurídico con que se conmina la ejecución de esa conducta típica”<sup>32</sup>.

Una de las razones que podríamos encontrar sobre los fundamentos en que se basa la crítica de la doctrina, es en el sentido de que dicho concepto poco o nada dice, dado que no existe claridad respecto a cuáles son esos actos y esas omisiones, y, bajo qué condiciones son sancionables, lo cual, obviamente entrafía la verdadera naturaleza del ilícito penal.

En este sentido, aparece el comentario crítico del maestro Francisco Pavón Vasconcelos, al apuntar que “no aplaudimos el que las recientes reformas hayan dejado vigente en artículo 7º. del Código Penal...dicho concepto, pues si bien nada positivo aporta en la búsqueda de la noción del delito, lo cual puede ser extraída dogmáticamente del conjunto de normas que integran el ordenamiento punitivo, no hemos advertido, que el concepto en él consignado constituya obstáculo serio en la aplicación de la ley y en la realización de la justicia penal”<sup>33</sup>.

Independientemente de estas críticas, de ser técnica o no, obedece más que nada a las exigencias del principio de legalidad consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido, de que no hay delito ni pena sin ley. Por consiguiente, es indudable que en él se está precisando que el objeto de las normas penales sólo lo pueden ser las acciones o las omisiones; la conducta delictiva, por tanto, ha de ser antes que nada una acción o una omisión. Por otro lado, implica la obligación del

---

<sup>32</sup>.- Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 4ª. edición. Editores Mexicanos. México, 1973. p. 9.

<sup>33</sup>.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Las Reformas Penales. 2ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1987. pp. 27-28.

establecimiento previo de los tipos legales por la normación punitiva, pasando éstos a ser únicamente actuaciones punibles, y esto es referente cuando el concepto estipula “que sancionan las leyes penales”.

Así también el vigente Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 15, estipula textualmente que: “El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión”. En este, la Asamblea Legislativa no plasma un concepto de delito, sino únicamente lo clasifica por la conducta del sujeto activo. La razón que encontramos para no incluirlo, obedece al principio de legalidad que ya se encuentra consagrado en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, por cuanto se dirige como mandato a los órganos jurisdiccionales y, al mismo tiempo, como una garantía individual a favor del interés de los particulares frente al poder público, y por tanto, queda debidamente satisfecho en la ley penal, mediante el elenco de figuras ilícitas o tipos penales comprendidos en la Parte Especial del mismo Código Penal para el Distrito Federal.

De este modo, el nuevo y vigente Código Penal para el Estado de México publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 20 de marzo del 2000, encontramos un concepto del delito en su numeral 6°. Que dice textualmente lo siguiente: “El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible”.

Atento a la definición legislativa con antelación descrita, consideramos que ha sido un acierto del legislador, toda vez que se aleja del concepto formalista con que identifica al concepto que da el artículo 7°. del Código Penal Federal; y, del contenido en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, en cuanto que al definirlo simplemente lo conceptúa en cuanto a la clasificación de la conducta típica del sujeto activo del delito. Por ello, resulta novedoso, que el concepto legislativo del delito en el Código Penal para el Estado de México, encontramos los elementos sui generis con que se estructura el mismo, siendo en total cinco. Sin embargo, dicho concepto no es nuevo, sino que el legislador lo ha tomado de la doctrina española y mexicana, basta tan sólo revisar algunos tratados jurídicos, para cerciorarnos. Ejemplo de ello, es la definición del tratadista español Eduardo Fungairiño Bringas, al expresar que “doctrinalmente delito es toda <<acción, típica, antijurídica, culpable y punible>>”<sup>34</sup>. En la doctrina penal mexicana, sostiene el maestro Octavio Alberto Orellana Wiarco, al analizar los elementos del delito, y en consecuencia, concluir que “en su conjunto nos

---

<sup>34</sup>.- Fungairiño Bringas, Eduardo. Diccionario Jurídico Espasa. 12ª. edición. Fundación Tomás Moro. Espasa-Calpe. España, 2002. p. 287.

permiten definir al delito como el hecho o conducta típica, antijurídica, culpable y punible<sup>35</sup>. Así también, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, señala que “hemos sostenido que son elementos del delito: la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad”<sup>36</sup>. Con lo cual concluimos, que el legislador adoptó un concepto doctrinal del delito, basado en tratadistas que aceptan sin ninguna reserva, que son cinco los elementos del delito, convirtiéndolo así en un concepto legislativo.

## 2.2.- Concepto doctrinal.

Por lo que toca al criterio doctrinal o substancial del delito, éste se caracteriza porque se mencionan los elementos que lo estructuran o lo componen, por tanto, nos avocaremos primeramente a citar algunos conceptos doctrinales que merecen ser examinados, y que han influido en la doctrina y en la legislación penal mexicana.

Revisando la doctrina penal mexicana, encontramos dos conceptos sobre el delito, de esta manera “para el tratadista Fernando Arilla Bas <<es una conducta, activa u omisiva, cuya ejecución se conmina por la norma con la imposición de una pena>>. Por otra parte, dice el tratadista Raúl Carrancá y Trujillo que <<es siempre una conducta (acto u omisión) reprobada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales). No es necesario que la conducta tenga eficaz secuela en la pena; basta con que éste amenace, es decir, se anuncie como consecuencia misma, legalmente necesaria. La noción queda así comprendida>>”<sup>37</sup>. Estos conceptos son totalmente formalistas y tautológicos, basados en lo que expresa el concepto legislativo del delito contenido en el artículo 7º. del vigente Código Penal federal, y únicamente asocia el delito como causa a la pena como efecto, además de presentar una ausencia de los elementos que integran al mismo.

Otro grupo de doctrinarios apuntan, como “el maestro Fernando Castellanos Tena que <<el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable>>. El maestro Francisco Pavón Vasconcelos dice que <<es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible>>; y por último, para el maestro Celestino Porte Petit Candaudap, <<es la conducta o hecho, típico, imputable, antijurídico,

---

<sup>35</sup> .- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. (Parte General). 2ª. edición. Editorial Porrúa. México, 2001. p. 171.

<sup>36</sup> .- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 182.

<sup>37</sup> .- Citados por Quezada, Oscar. Principios de Derecho Penal. Editorial Monroy. 5ª. edición. México, 1997. p. 41.

culpable, y a veces alguna condición objetiva de punibilidad. >>”<sup>38</sup>. Con estos conceptos, ya tenemos, pues, una conceptualización del delito, en atención de que se mencionan los elementos que lo componen y que en su oportunidad analizaremos, aunque existen diferencias doctrinales en cuanto al número de los propios elementos que lo configuran, pues para algunos tratadistas serán tan solo cuatro, para otros, cinco, seis o siete, se ahí, que no exista un criterio unificado en cuanto a la definición y elementos que componen al delito.

Consideramos, después de una reflexión acerca del criterio doctrinal del delito u hecho punible, que se ha caracterizado por seguir principalmente las concepciones tradicionales de la dogmática representativa del llamado sistema causalista. La gran mayoría de los tratadistas nacionales parte de un concepto causal de acción, como concepto básico de la estructura del delito, derivándose de él determinado contenido de los elementos del delito, como son la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad, imputabilidad y punibilidad. Aún cuando hay una diversidad de opiniones en torno al número de elementos del mismo, lo cierto es que el sistema causalista ha servido de modelo para los tratadistas nacionales en torno al concepto de delito.

Para el tratadista alemán Edmundo Mezger, “es la acción típicamente antijurídica y culpable;....., y para Max Ernesto Mayer, el delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable”<sup>39</sup>.

En cuanto al concepto aportado por el maestro alemán Edmundo Mezger, encontramos los siguientes elementos y la esencia misma del hecho punible o delito, como son: a).- Es una conducta humana, que puede presentarse en forma positiva (un hacer), o negativa (un no hacer); b).- Es típica, es decir, previsto y descrito en la ley penal; c).- Es antijurídico, o sea, contrario al derecho objetivo y vigente por ser contrario a un mandato o a una prohibición contenida en la norma jurídico-penal; d).- Es culpable, en cualquiera de las formas reconocidas por la ley penal (dolo o culpa), ya que es un dato de reproche en contra del delincuente que ha quebrantado la norma penal.

El criterio doctrinal del maestro Ernesto Mayer, aunque parecida a la anterior, sustituye el elemento de culpable por imputable, entendiéndolo por ésta

---

<sup>38</sup>.- Citados por Quezada, Oscar. Principios de Derecho Penal. Op. Cit. p. 43.

<sup>39</sup>.- Citados por Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 116.

noción como la capacidad de entender y querer del sujeto activo de dirigir sus actos dentro de la norma penal para vulnerarlos.

El concepto doctrinal del maestro Edmundo Mezger, ha influido enormemente en la doctrina y legislación penal mexicana, ejemplo de ello, está en lo que dispone el artículo 6º. Del Código Penal del Estado de Aguascalientes, al expresar que: “Para efectos de aplicación de la Legislación Penal en el Estado, se consideran elementos del delito los siguientes: I.- La conducta; II.- La tipicidad; III.- La antijuricidad; y IV.- La culpabilidad”. El artículo 11 del Código Penal del Estado de Guerrero dice que: “El delito es la conducta típica, antijurídica y culpable”. El artículo 9º. del Código Penal de Querétaro, expresa que: “El delito es la conducta típicamente antijurídica y culpable”.

Por lo tanto, estamos convencidos de que el concepto de delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, lo que nos acerca a una corriente tetratómica, es decir, en que el hecho punible o delito únicamente contiene para su validez, tan sólo cuatro elementos básicos. Por ello, eliminamos del concepto que adoptamos los siguientes conceptos que no tienen el rango de elementos del delito, como son: a la imputabilidad por tratarse de un concepto que no está vinculado con el hecho punible, sino con el sujeto activo del mismo; eliminamos así a las condiciones objetivas de punibilidad porque no son sino elementos del tipo penal, así como a la punibilidad que es una consecuencia lógica-jurídica del tipo, pues es inconcebible que un tipo penal carezca de una sanción punitiva, pues ésta siempre estará acompañada de aquél, sin discusión alguna.

### **2.3.- Aspectos positivos y negativos.**

A pesar de los diversos esfuerzos realizados por los especialistas en la materia para unificar criterios en cuanto a los aspectos positivos y negativos del delito que necesariamente derivan del mismo por los elementos que lo integran, ha sido una tarea intelectual hoy en día un tanto difícil de resolver, debido a los diferentes criterios o posturas de los mismos tratadistas, que al elaborar su propia definición de delito desprenden del mismo los elementos, por tanto, veremos a continuación esta diferenciación en la doctrina penal para tener una visión sobre esta problemática.

Para el maestro Luis Jiménez de Asúa, los aspectos positivos y negativos del delito, son los siguientes:

#### “Aspectos Positivos

- a).- Actividad
- b).- Tipicidad
- c).- Antijuricidad
- d).- Imputabilidad
- e).- Culpabilidad
- f).- Condiciones objetivas
- g).- Punibilidad

#### Aspectos Negativos

- a).- Falta de acción
- b).- Ausencia de tipo
- c).- Causas de justificación
- d).- Causas de inimputabilidad
- e).- Causas de inculpabilidad
- f).- Falta de condiciones objetivas
- g).- Excusas absolutorias”<sup>40</sup>.

Para el maestro español Francisco Muñoz Conde, apunta que “podemos definir el delito como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

#### Aspectos Positivos

- a).- Acción
- b).- Tipo
- c).- Antijuricidad
- d).- Culpabilidad
- e).- Punibilidad

#### Aspectos Negativos

- a).- Falta de acción
- b).- Ausencia de tipo
- c).- Causas de justificación
- d).- Causas de inculpabilidad
- e).- Excusas absolutorias”<sup>41</sup>.

El maestro Eduardo López Betancourt, coincide en ese mismo sentido con el tratadista Luis Jiménez de Asúa, al afirmar “que podemos concluir que los elementos del delito, según su concepción positiva y negativa, son los siguientes:

#### Aspectos Positivos

- a).- Conducta
- b).- Tipicidad
- c).- Antijuricidad
- d).- Imputabilidad
- e).- Culpabilidad
- f).- Condiciones objetivas
- g).- Punibilidad

#### Aspectos Negativos

- a).- Ausencia de conducta
- b).- Ausencia de tipo o atipicidad
- c).- Causas de justificación
- d).- Inimputabilidad
- e).- Inculpabilidad
- f).- Falta de condiciones objetivas
- g).- Excusas absolutorias”<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup>.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Primera edición en México. Editorial Hermes, S.A. México, 1981. p. 209.

<sup>41</sup>.- Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Colombia, 1990. p. 9.

<sup>42</sup>.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México, 1994. p. 65.

Por tanto, atendiendo a la definición del delito, que en mi opinión, pertenece a la corriente tetratómica, por contener tan sólo cuatro elementos básicos del mismo, como lo es la conducta típica, antijurídica y culpable, que son suficientes y que tienen el rango de elementos del delito, para hacer ello su comprobación ministerial y a la vez comprobar la probable responsabilidad del sujeto activo del delito; así pues, los aspectos positivos y negativos, son los siguientes:

Aspectos Positivos	Aspectos Negativos
a).- Conducta	a).- Ausencia de conducta
b).- Tipicidad	b).- Atipicidad
c).- Antijuricidad	c).- Causas de justificación
d).- Culpabilidad	d).- Inculpabilidad

Por lo que se refiere a los aspectos positivos y negativos del concepto legislativo del delito que contiene el artículo 6º. del vigente Código Penal para el Estado de México, son los siguientes:

Aspectos Positivos	Aspectos Negativos
a).- Conducta	a).- Ausencia de conducta
b).- Tipicidad	b).- Ausencia del tipo
c).- Antijuricidad	c).- Causas de justificación
d).- Culpabilidad	d).- Causas de inculpabilidad
e).- Punibilidad	e).- Excusas absolutorias

Como se podrá observar, no existe un criterio uniforme sobre los aspectos positivos y negativos del delito, por consiguiente, para fines de nuestra exposición y ser partidario de la corriente tetratómica, es necesario hacer el estudio de la imputabilidad y la punibilidad (que no son propiamente elementos del delito o que simplemente no tienen el rango del mismo), de tal manera que con ello tendremos una visión jurídica en torno al delito en general, por lo que adoptaremos este esquema.

Lo anterior nos permitira comprobar si estamos y si se tiene un soporte jurídico para comprobar el delito de incesto, pues se parte de que el incesto es un delito de acción, debido a que los sujetos deben de ejecutar movimientos musculares para consumar el acto sexual entre parientes; o bien, que la conducta que despliegan se ajuste a la descripción del núcleo del tipo penal; que su

conducta sea contrario a derecho y que se le reproche su conducta por medio de la culpabilidad, que es típicamente dolosa.

## **2.4.- Elementos del delito.**

Las notas características del delito han recibido la denominación de “elementos”. En términos generales, los elementos son un componente esencial que entra en la estructura de un objeto y se obtiene de la descomposición del mismo.

Desde el punto de vista jurídico, el maestro Celestino Porte Petit Candaudap, define los elementos del delito como “todo componente sine qua non, indispensable para la existencia del delito en general o especial”<sup>43</sup>. Esto es, esos componentes son únicos, con características propias que los hacen diferentes de otros elementos. Por esta razón, cada tratadista al elaborar su concepto del hecho punible o delito, lo hace incluyendo esos elementos que forman al mismo, por ello, como ya lo afirmamos con antelación, somos partidarios de la corriente tetratómica, pero agregamos la imputabilidad y la punibilidad para su estudio, sin que tengan el rango de elementos del delito.

Por esta razón, si no concurren los elementos esenciales del delito en general en un tipo penal en especial, es decir, en cualquier delito de la Parte Especial del vigente Código Penal para el Estado de México, en ausencia de cualquiera de ellos, el ilícito penal no se configurará, esto es, resultará inexistente.

La aplicación de la teoría del delito es fundamental sobre cualquier delito que se quiera analizar, y no solo en el delito de incesto, por lo que su importancia radica en forma teórica y práctica.

### **2.4.1.- Conducta y aspecto negativo.**

El artículo 7º. del vigente Código Penal para el Estado de México, en cuanto a la conducta señala textualmente que: “Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión”:

---

<sup>43</sup>.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. 14ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 271.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir, y ésta, se caracteriza por ser un comportamiento humano voluntario, activo (un hacer positivo); o, negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado relevante en el ámbito jurídico-penal.

Por ello, “la conducta humana activa consiste en un comportamiento corporal voluntario dirigido a la obtención de un fin determinado”<sup>44</sup>. Y se integra por dos elementos fundamentales: a).- el elemento psíquico o interno; y, b).- el elemento material o externo. El primero es una actitud humana, que consiste en la dirección que le da el sujeto activo del hecho punible a su voluntad para conseguir un fin ilícito, es por ello, que la energía psíquica que se proyecta en contra de un objeto o una persona, y por ello, existe conciencia y conocimiento para cuando se ejecuta una conducta positiva o de acción. Y sólo puede ser delito, la conducta humana que revista las características que la ley penal establece; por tanto, ésta, va a determinar qué actos del hombre tienen la categoría o el rango de delito, contemplándolos como una acción o una omisión. El segundo, para que se configure debe proyectar en un hacer o no hacer en forma exteriorizada, es decir, se traduce en movimientos físicos o musculares para consumar la conducta ilícita del sujeto activo del delito, por ello, tiene que realizar “algo”, de tal modo, que cambie al mundo externo con su conducta.

En cuanto a la omisión, es el no hacer, la abstención de actuar, la actitud pasiva; por tanto, en los llamados delitos de omisión encontramos ausencia, abstención de conducta activa. Por ello, la omisión se integra por dos elementos: a).- la inactividad o abstención, lo cual significa que el sujeto activo del hecho punible no realiza conducta alguna materializada, sino por el contrario, no la realiza, por ello, existen consecuencias penales; mientras que el segundo: b).- la voluntariedad, es de orden psíquico, porque existe conciencia y la fijación de un objeto o persona hacia quien va dirigido en que recaiga la lesión o la puesta en peligro del bien jurídicamente tutelado por la norma jurídico-penal.

La omisión se subdivide en delitos de omisión simple y delitos de comisión por omisión: los primeros, consisten en no hacer voluntaria o imprudencialmente lo que se debe hacer, con lo cual se produce el delito, aunque no haya un resultado material, de modo que se infrinja una norma jurídico-penal, como es el caso del delito de portación, tráfico y acopio de armas prohibidas contenido en el artículo 179 y 180 del vigente Código Penal para el Estado de México; y, en los segundos,

---

<sup>44</sup>.- Reynoso, Dávila, Roberto. Teoría del Delito. Editorial Porrúa. México, 1995. p. 21.

existe un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringe una norma jurídico-penal, como es el caso del delito de incumplimiento de obligaciones alimentarias, y en especial lo que preceptúa la parte final del artículo 217 del vigente Código Penal para el Estado de México, que dice: “Este delito se perseguirá de oficio si de él resultare algún peligro, lesión o la muerte, independientemente de las reglas de concurso”. Así como lo que estatuye el mismo ordenamiento jurídico-penal en el delito de abandono de incapaz (artículo 254); omisión de auxilio a lesionados (artículo 255); y, omisión de auxilio (artículo 256). Otros ejemplos, que pueden presentarse, es el caso de quien, al cuidado de un enfermo, resuelve no darle las medicinas prescritas médicamente a fin de causarle definitivamente la muerte al paciente.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento conducta. Afirma el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, que existe ausencia de conducta “e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son “suyos” por faltar en ellos voluntad”<sup>45</sup>. Por ello, es importante señalar que el movimiento corporal que ejecuta el sujeto es involuntario, y con ello se convierte en mero instrumento o sujeto manipulado por otro, y con ello desaparece la posibilidad de configurarse el delito, por ausencia de conducta voluntaria.

La doctrina penal ha distinguido dos formas de ausencia de conducta: la primera, por fuerza absoluta; y, la segunda, por fuerza mayor. Y éstas se encuentran debidamente expresadas como causas excluyentes del delito y de la responsabilidad en el artículo 15 del vigente Código Penal para el Estado de México, que señala textualmente lo siguiente: “Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal: I.- La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior e irresistible;.....”

Hay ausencia de conducta y por tanto imposibilidad de integración del hecho punible, cuando la conducta activa o la omisión son totalmente involuntarias, esto es, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, por faltar en ellos voluntad; por tanto, acertadamente afirma el maestro Sergio García Ramírez que “la fuerza que impele al sujeto, pues, ha de

---

<sup>45</sup>.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 244.

ser material y ajena a éste, incapaz de vencerla o resistirla. En tal virtud, el sujeto no actúa; otro lo obliga o lo hace por él”<sup>46</sup>.

En la fuerza irresistible, existe la ausencia de conducta o del coeficiente psíquico (voluntad) en la actividad o inactividad, y por ello, no puede integrarse por sí sola una acción u omisión; pues quien actúa o deja de actuar violentado por una fuerza física irresistible, se convierte en un mero instrumento de la voluntad ajena.

Por lo que respecta a la fuerza mayor, ésta se presenta en forma similar a la fuerza irresistible. Por tanto, “se diferencia de la vis absoluta (fuerza irresistible) en que ésta, la fuerza impulsora proviene necesariamente del hombre, mientras aquélla encuentra su origen en una energía distinta, ya natural o sub-humana”<sup>47</sup>.

En definitiva, tanto la fuerza irresistible como la fuerza mayor, configuran los casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. Estas circunstancias excluyen para el derecho penal, y por consiguiente a la probable responsabilidad, toda conducta ilícita de carácter penal.

Es relevante la conducta en el delito de incesto, pues es el primer elemento del delito que debe de presentarse, bien en forma positiva (acción) o negativa (omisión), por lo que para su configuración y atendiendo a la clasificación de la conducta, el delito de incesto es de acción.

#### **2.4.2.- Tipicidad y aspecto negativo.**

Es conveniente, desde este momento, hacer notar la diferenciación que guardan las nociones de tipo y tipicidad, pues con frecuencia, se les toma como sinónimo, cuando no lo son, por lo que en la terminología jurídica no existen como tales, sino que guardan entre sí ideas afines.

El tipo dice el maestro Ignacio Villalobos es “la descripción esencial, objetiva, de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordinarias, la ley considera delictuoso....., es pues, una forma de determinación de lo antijurídico

---

<sup>46</sup>.- García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Introducción al derecho Mexicano. Tomo I. 2ª.edición. U.N.A.M. México, 1983. p. 466.

<sup>47</sup>.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 248.

punible, supuestas condiciones normales de la conducta que describe”<sup>48</sup>. Por su parte, la maestra Olga Islas Magallanes dice que “un tipo es una figura elaborada por el legislador con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos”<sup>49</sup>. En otras palabras, el tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma jurídico-penal. En una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos legales, lo cual constituye un instrumento de seguridad jurídica al establecerse, el conjunto de ellos, las conductas prohibitivas y susceptibles de dar lugar a la imposición de una pena al sujeto activo del hecho punible.

En cuanto a la tipicidad, podemos considerar que “la afirmación de que un hecho constituye un ilícito (la violación del orden jurídico) requiere, la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma, y en segundo lugar, la verificación de que esa infracción no está autorizada. La comprobación de que el comportamiento infringe una norma es la materia propia de la “tipicidad”, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho es presupuesto de la pena contenida en la ley”<sup>50</sup>. O bien, como acertadamente afirma el tratadista Francisco Muñoz Conde, al apuntar que la tipicidad “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente del *nullum crimen sine lege* solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tal”<sup>51</sup>. Por tanto, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, en otras palabras, es el encuadramiento real a la hipótesis legislativa-penal.

Una vez examinados ambos conceptos fundamentales en el delito, es conveniente afirmar que no se puede aceptar que el tipo (mundo abstracto o hipótesis legal) y la tipicidad (comportamiento real o mundo concreto), sean sinónimos jurídicos, sino más bien, guardan entre sí ideas afines. Por consiguiente, las ideas del maestro Francisco Muñoz Conde ilustran esta afirmación al señalar que el “tipo es, por tanto, la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal. Tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es

---

<sup>48</sup>.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 266.

<sup>49</sup>.- Islas Magallanes, Olga. Discurso de Ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales. (16 de febrero de 1978). Revista Criminalia. Año XLIV. No. 1-3. Editorial Porrúa. México, 1978. p. 43.

<sup>50</sup>.- Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989. p. 79.

<sup>51</sup>.- Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Op. Cit. p. 39.

subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal”<sup>52</sup>. Y es el tipo precisamente la figura abstracta creada por la norma jurídico-penal; en cambio, la tipicidad, es la presencia, es un acto humano, de los caracteres esenciales del tipo.

Por lo que hace a la ausencia de tipicidad, cabe distinguir entre la ausencia del tipo penal y ausencia de tipicidad.

La ausencia del tipo significa jurídicamente que en el ordenamiento jurídico-penal no existe la descripción típica de una determinada conducta ilícita. Esto es, si un Código Penal no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello. Ejemplo de ello, es la tipificación del delito de violación de fuero que sanciona el artículo 272 del Código Penal del Estado de Tabasco, y que textualmente dice lo siguiente: “Se aplicará prisión de dos a ocho años y multa de cien a trescientos días multa, al servidor público que detenga o ejercite acción penal en contra de alguno de los servidores públicos a que se refiere el artículo 69 de la Constitución Política del Estado, sin haberse emitido la declaración de procedencia a que se refiere el mismo precepto. Igual sanción se aplicará al juez que instaure una causa penal en contra de un servidor público de los citados en el párrafo anterior y en el caso ahí previsto”. En cambio en el vigente Código Penal para el Estado de México no aparece como delito, y por tanto, ocurre la ausencia de tipo penal, y no habrá sanción alguna por la comisión de una conducta de esta naturaleza.

La ausencia de la tipicidad se presenta cuando una conducta no se adecua a la descripción, esto es, existe tipo penal, pero no encuadramiento de la conducta típica al marco legal constituido por el tipo; ejemplo de ello, es el caso del delito de adulterio que tipifica el artículo 222 del vigente Código Penal para el Estado de México, y que dice: “A la persona casada que en el domicilio conyugal o con escándalo, tenga cópula con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y suspensión de derechos civiles hasta por seis años”. Aunque la conducta de los sujetos activos se consumara, siendo ambos casados con diferentes personas, o una de ellas casado y la otra soltera, pero se ejecuta la conducta fuera del domicilio conyugal y sin escándalo, no se configura el delito de adulterio, por lo que habrá ausencia de tipicidad, y con toda razón refiere al maestro Miguel Ángel Cortes Ibarra que “la conducta, pues, es atípica cuando no se subsume

---

<sup>52</sup>.- Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. p. 40.

plenamente a la descrita por la ley, por no cumplimentarse cualquiera de los elementos que el tipo contiene”<sup>53</sup>.

En el delito de incesto la tipicidad, que es la conducta que despliegan los sujetos activos incestuosos, deben de estar ajustados o que debe de coincidir con lo que describe el núcleo del tipo penal, por consiguiente, deben de tener cópula, y conocer el parentesco entre ambos, por ejemplo; de este modo, si ambos sujetos no han ejecutado consumativamente esos elementos, no puede existir jurídicamente el delito de incesto.

### **2.4.3.- Antijuricidad y aspecto negativo.**

En términos generales, los tratadistas han considerado a la antijuricidad como elemento del delito, y contrario a lo preceptuado en la norma jurídico-penal. Y han llegado a utilizar los términos de “ilegalidad”, “ilegitimidad”, “ilícito penal”, “contrario a derecho”, pero en realidad se refieren a la noción de antijuricidad que es la más correcta. Así, por ejemplo, cuando preceptúa el artículo 287 del vigente Código Penal para el Estado de México que: “Comete el delito de robo, el que se apodera de un bien ajeno mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de él, conforme a la ley”. Este precepto legal está tutelando incuestionablemente el patrimonio de las personas consagrado en el tipo penal, por esta razón, quien comete éste realiza una conducta típica y antijurídica.

Conceptos sobre la antijuricidad son abundantes en la doctrina penal, por tanto, citaremos dos, que por su importancia estimamos convenientes. La primera corresponde al tratadista Sergio Vela Treviño, quien afirma que es “el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado”<sup>54</sup>. Por su parte el maestro Enrique Bacigalupo afirma que “es una conducta u acción típica que no está justificada”<sup>55</sup>.

En atención a lo expuesto en este rubro, por nuestra parte consideramos a la antijuricidad como el desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídica atendible, al interés legalmente protegido.

---

<sup>53</sup>.- Cortes Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal. 4ª. Edición. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1992. p. 193.

<sup>54</sup>.- Vela Treviño, Sergio. Antijuricidad y Justificación. 3ª. Edición. Editorial Trillas. México, 1990. p. 130.

<sup>55</sup>.- Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Op. Cit. p. 88.

Este concepto, bien lo podemos explicar en los siguientes términos: al expresar que se trata de un desvalor, significa que el sujeto activo del delito al contradecir la norma jurídico-penal lo hace con el desdén o desprecio hacia el propio derecho. Involucramos una conducta típica porque la antijuricidad penalmente relevante sólo se predica de aquella conducta que sea subsumible dentro del tipo penal determinado. Además, al ponerse en peligro o lesionar un bien jurídico protegido, pone de manifiesto el origen de la ilicitud, contrario a lo que preceptúa la norma penal. Por último, si se ha vulnerado un bien jurídico sin causa de justificación debida expresamente por la ley penal, entonces dicha conducta típica es calificada como antijurídica.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo del elemento antijuricidad y son condiciones cuya presencia extermina totalmente a una conducta típica frente a la ley penal. La ausencia de antijuricidad impide valorar una conducta típica como delito. Por ello, el tratadista Luis Jiménez de Asúa las define apuntando que “son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios a derecho, que es el elemento más importante del crimen”<sup>56</sup>. Por lo tanto, el elemento negativo de la antijuricidad está constituido por las causas de justificación, o como lo refiere nuestro Código Penal para el Estado de México con la denominación: “Causas excluyentes del delito y de la responsabilidad” (Libro Primero. Capítulo V). Así, la presencia de las mismas, en el caso concreto, neutraliza lo antijurídico. Los motivos justificadores de la conducta típica hacen que ésta, aunque aparentemente contraria al derecho, queda legitimada al comprobarse que el sujeto actuó dentro de lo permitido por el sistema de legalidad, y por lo mismo no infringió ninguna norma jurídico-penal ni lesionó ni puso en peligro un bien jurídicamente tutelado por la misma.

Las causas excluyentes del delito y de la responsabilidad o causas de justificación, se encuentran debidamente expresadas legalmente en el artículo 15 del vigente Código Penal para el Estado de México, y que textualmente son las siguientes: “Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

- I. La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;

---

<sup>56</sup>.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op. Cit. p. 284.

- II. Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;
- III. Las causas permisivas, como son:

- a) Se actué con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
  - 1. Que se trate de un delito perseguible por querrela;
  - 2. Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y
  - 3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.
- b) Se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

- c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y
- d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar al otro.

IV.- Las causas de inculpabilidad:

a).- Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese

provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

b).- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1.- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2.- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

c).- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas”.

Su estudio y análisis de cada una de ellas rebasaría el propósito de nuestra exposición, por esta razón, únicamente nos permitimos transcribirlas. A modo de ejemplo, proponemos el siguiente supuesto hipotético.

Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típicamente antijurídica por ajustarse a los presupuestos del tipo que contiene el artículo 241 del vigente Código Penal para el Estado de México, y que dice lo siguiente: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”. Y sin embargo, puede no ser antijurídica si se demuestra que obró el sujeto activo del hecho punible en legítima defensa, tal como lo prevé la fracción III, inciso b), del artículo 15, del mismo instrumento jurídico-penal. Ante este supuesto hipotético, la legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, o cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente o inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Si se demuestra esta causa de justificación en el desarrollo del proceso comprobando la misma judicialmente, se estará ante la imposibilidad de integrar el delito de homicidio.

Así pues, de la existencia de una excluyente del delito y de responsabilidad penal, podemos afirmar lo siguiente: a).- Que siendo lícita y permitida por el legislador bajo el amparo de la legalidad, no puede obrar el sujeto contrario a derecho o en forma antijurídica; b).- Cualquier partícipe en la excluyente del delito

estará justificado; c).- Al sujeto que haya comprobado judicialmente la excluyente del delito que señala la ley penal, no se aplicará pena o medida de seguridad por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que no cometió un hecho punible y su conducta típica fue lícita; y, d).- No cabe aquí el estudio de la culpabilidad, en cuanto a que la conducta que ejecutó el sujeto en la excluyente del delito fue dolosa o culposa, ni la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Esa antijuricidad es equivalente a un menosprecio por la norma jurídica penal, y aun así, los sujetos activos incestuosos lo ejecutan, contrariando lo que expresamente señala la ley penal; y por otro lado, para el caso del delito de incesto no existe una causa de justificación para ese hecho considerado como delito por la ley punitiva; ya que en este siempre está presente la acción de los sujetos, y por lo tanto, no cabe la posibilidad que haya alguna causa de justificación para este delito establecido en la norma penal mexicana.

#### **2.4.4.- Imputabilidad y aspecto negativo.**

En el contorno de la norma jurídico-penal, solamente el hombre es sujeto activo del delito, pero para que legalmente tenga que cargar con determinada consecuencia o responsabilidad penal, únicamente puede ocurrirle a aquella persona que por sus condiciones psíquicas, tenga posibilidades de voluntariedad.

La doctrina penal es abundante en cuanto al concepto de imputabilidad, por ello afirma el tratadista Francisco Muñoz Conde que “la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del tipo de injusto, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. Al conjunto de estas facultades mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad”<sup>57</sup>. Y por consiguiente, “son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y responder así ante el Estado y la sociedad de sus acciones contraídas al ordenamiento jurídico-penal”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup>.- Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Op. Cit. p. 139.

<sup>58</sup>.- Cortes Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal. Op. Cit. p. 252.

A la imputabilidad se le asignan dos límites: el físico, o límite de edad que precisamente el artículo 3º. del vigente Código Penal para el Estado de México fija en los siguientes términos: “Este código se aplicará a nacionales o extranjeros que hayan cumplido 18 años de edad. Respecto de los segundos, se considerará lo pactado en los tratados celebrados por la federación con otras naciones y lo dispuesto en el derecho de reciprocidad. Los menores de esta edad quedan sujetos a la legislación de la materia”. Y el segundo, que es el límite psíquico, lo cual significa y se refieren a las capacidades de comprender y de conducirse. Y por consiguiente, cuando un menor de edad ha cometido un delito, se le aplicará lo conducente en la legislación en la materia, que es la vigente Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores del Estado de México.

Atendiendo al precepto con antelación transcrito, tenemos entonces, que para los sujetos adultos imputables, mayoría de edad (dieciocho años en adelante) y capacidad psíquica son dos parámetros por medio de los cuales una persona puede convertirse en sujeto de derechos y deberes, es decir, adquirir la capacidad jurídica que lo convertirá en sujeto de relaciones reguladas por el derecho penal.

En este mismo orden de ideas consideramos que la imputabilidad es una calidad personal del sujeto activo, toda vez que surge al cumplir aquél determinada edad, la cual hace que jurídicamente entre en posesión de una capacidad psíquica que le atribuye la posibilidad de argumentar, juzgar, seleccionar y decidir determinada voluntad ilícita penal. Esta calidad debe estar presente en el sujeto activo del hecho punible, al momento de cometer el mismo, para que el tipo penal le señale la sanción correspondiente a consecuencia de su conducta típica y antijurídica.

Además, los tratadistas hacen mención en el concepto de imputabilidad de la “capacidad de querer y entender”, que debe tener el sujeto activo al momento de realizar el delito. Estas capacidades se desarrollan en la esfera psíquica del sujeto activo y se reafirman en la zona de la conciencia y en la de la voluntad.

Esas dos capacidades de la imputabilidad se pueden explicar que tanto el querer como el entender necesariamente se unen y se requieren para considerar imputable al sujeto activo del hecho punible. La capacidad de entender, va más allá de la comprensión pura y simple de la acción, normalmente existen también la capacidad de evaluar el acto mismo; sus consecuencias morales y jurídicas, sus contradicción a los principios éticos, sociales y jurídicos, y de conducirse de acuerdo con esa comprensión. La capacidad de querer es la aptitud para dirigir

libremente la propia conducta, fundándola en los motivos más razonables, así también, consiste en que el sujeto activo selecciona entre una o varias acciones para cometer el ilícito penal que se propone, lo cual está influido por determinados motivos propios o ajenos.

La inimputabilidad representa el aspecto negativo de la imputabilidad, esto es, “supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa representación”<sup>59</sup>. Esto es, si interpretamos a contrario sensu la imputabilidad, entendemos que es inimputable una persona que no está en capacidad de conocer y comprender que actúa antijurídicamente o pudiendo comprenderlo no está en condiciones de actuar diversamente; por lo tanto, para que opere jurídicamente la inimputabilidad se debe anular completamente la voluntad del sujeto infractor, suprimiendo la conciencia del mismo e impidiéndole por esa circunstancia la valoración de su conducta para dejarlas reducidas a mero producto de sus impulsos inconscientes, privándolo finalmente del normal ejercicio de sus facultades mentales.

Las causas de inimputabilidad, se encuentran en el artículo 16 del vigente Código Penal para el Estado de México, y que textualmente dice lo siguiente: “Es inimputable el sujeto activo cuando padezca:

- I. Alineación u otro trastorno similar permanente;
- II. Trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria; y
- III. Sordomudez, careciendo totalmente de instrucción.

Estos padecimientos deben tener como consecuencia la ausencia de la capacidad de comprender la antijuricidad o ilicitud de su acción y omisión, antes o durante la comisión del ilícito”.

Nuevamente, debido a la complejidad del análisis de cada una de las causas de inimputabilidad que enumera el precepto con antelación transcrito, únicamente las citamos, pues el examen de cada una rebasaría el propósito de nuestro estudio. A pesar de ello, haremos una breve referencia del trastorno mental y de la sordomudez.

---

<sup>59</sup>.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad. 2ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1989. p. 95.

De conformidad con lo dispuesto en la norma jurídico-penal, el trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al sujeto activo del hecho punible conducirse conforme a las reglas sociales y jurídicas aceptadas por la sociedad, por ello refiere el maestro Francisco Pavón Vasconcelos que “así por ejemplo la esquizofrenia, enfermedad psíquica que provoca que el sujeto se desconecte de la realidad, tal padecimiento provoca trastorno mental que anula la capacidad del autor de comprender la naturaleza de sus actos; caso distinto puede resultar el del psicópata que puede comprender lo ilícito de su conducta, pero que no puede conducirse de acuerdo al conocimiento de esa ilicitud, pues este padecimiento, para algunos, anula su capacidad de voluntad”<sup>60</sup>. Y, por otro lado, puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia tóxica (etélica o psicotrópica) o por proceso patológico. Solo se excluye el caso en que el propio sujeto del ilícito penal haya provocado esa incapacidad, ya sea en forma dolosa o culposa.

Ahora bien, en cuanto al sordomudo, se le caracteriza por que es una persona que por causas patológicas está incapacitada para oír y para hablar, no importa que hubiera nacido con tal incapacidad o que haya llegado a ella en cualquier momento de su vida. Por estudios médicos, se ha declarado que la sordomudez tiene su origen en una lesión cerebral la cual trae como consecuencia la deficiente inteligencia de la persona que lo padece, de ahí la calidad de inimputabilidad que se le atribuya a su conducta delictuosa si lo hiciera o la conducta típica se consumara.

En cambio, si el sordomudo posee relativa capacidad de discernimiento porque puede comunicarse así sea precariamente o tiene una instrucción escolar y por eso no se le escapa el contenido de ilicitud de sus acciones, podrá ser considerado como sujeto imputable a la luz de la norma jurídica-penal, aunque en ambos casos, se deberá comprobar mediante un dictamen pericial médico-psiquiátrico y psicológico el grado de trastorno mental o de sordomudez, según sea el caso, ante el órgano jurisdiccional competente, que presenta la persona afectada por ello, el cual evaluará el juzgador para determinar su situación jurídica, bien para determinar su imputabilidad o inimputabilidad en el delito cometido.

La imputabilidad es relevante para la aplicación de la norma jurídica-penal y las consecuencias y las sanciones penales, por consiguiente, los sujetos incestuosos deben ser penalmente imputables, es decir, con capacidad de

---

<sup>60</sup>.- Citado por Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Op. Cit. p. 286.

entender y querer las consecuencias que origina una relación incestuosa; de tal modo, que una persona privada de inteligencia o con daño cerebral, por ejemplo, no puede ser sujeto imputable en el Derecho Penal.

#### **2.4.5.- Culpabilidad y aspecto negativo.**

Previamente diremos que este elemento del delito que ahora toca examinar tiene como presupuesto a la imputabilidad, es decir, la capacidad del ser humano para orientar su comportamiento hacia la realización de ciertos resultados y de entender la licitud o ilicitud de ambos.

Los conceptos sobre la culpabilidad son abundantes en la doctrina penal, y para efectos de nuestro estudio, únicamente atenderemos a dos.

Afirma el maestro Sergio Vela Treviño que la culpabilidad “es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta”<sup>61</sup>. Esto significa que la culpabilidad es la resultante de un juicio por el que se reprocha al sujeto activo haber actuado en contra de la norma jurídico-penal, o sea, antijurídicamente, cuando era exigible un comportamiento adecuado a la pretensión normativa y que el reproche, que es por el hecho concreto realizado, se dirige a la total personalidad del sujeto activo del hecho punible.

Por su parte el tratadista español Eugenio Cuello Calón sostiene que la culpabilidad “puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.....La noción de culpabilidad está íntimamente ligada con la de antijuricidad, sin una conducta antijurídica no hay culpabilidad, aquélla es condición previa para la existencia de ésta”<sup>62</sup>. Así pues, la culpabilidad representa el aspecto subjetivo más relevante del acto ilícito-penal pues encarna el momento de su vinculación con el sujeto activo del hecho punible. De este modo, la antijuricidad está relacionada al tipo, constituyendo características antinormativas del hecho punible; en tanto que la culpabilidad, juicio valorativo del sujeto activo y su conducta, da cabida al reproche jurídico-penal de la misma. La culpabilidad conduce a la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica, ante la ausencia de causas de inculpabilidad.

---

<sup>61</sup>.- Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Editorial Trillas. México, 1985. p. 337.

<sup>62</sup>.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. (Parte General) Volumen Primero. 18ª. edición. Bosch, Casa Editorial. España, 1980. p. 424.

De este modo, entendemos la culpabilidad como la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto al sujeto activo del hecho punible actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente. De esta manera, la culpabilidad toma el perfil de una verdadera disposición del ánimo por parte del sujeto activo de actuar conscientemente hacia la realización de una conducta que resulta típica y antijurídica. Así, al comportarse antijurídicamente pudiendo hacerlo de una manera adecuada; por esta razón su conducta es reprochable.

Y los presupuestos o premisas necesarias de la culpabilidad son: la capacidad de autodeterminación o capacidad de culpabilidad (imputabilidad); y la capacidad de comprender lo antijurídico (posibilidad de comprensión de la conducta injusta en que actúa el sujeto contrario al imperio de la ley penal).

Así, cuando dicha actitud se orienta hacia un fin típicamente antijurídico, surge entonces el dolo; y cuando, en cambio, se encamina hacia una finalidad indiferente, estamos ante la culpa.

El artículo 8º., del vigente Código Penal para el Estado de México, reconoce y define las formas que toma la culpabilidad, y que textualmente dice lo siguiente: “Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos: El delito es doloso cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley.
- II. Culposos: El delito es culposo cuando se produce el resultado típico que no se previó siendo previsible o confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales”.

En este orden de ideas, los tratadistas han definido al dolo, y que en opinión del maestro Eduardo López Betancourt, “consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo y voluntad o aceptación de realización del mismo”<sup>63</sup>. Para el maestro Eugenio Cuello Calón, “puede definirse el dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley

---

<sup>63</sup>.- López Betancourt, Eduardo. Imputabilidad y Culpabilidad. Editorial Porrúa. México, 1993. p. 40.

prevé como delito”<sup>64</sup>. Mientras que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho en jurisprudencia definitiva que “dolo es, en materia penal, el conocimiento que del carácter delictuoso de un hecho, tiene el agente que lo ejecuta”<sup>65</sup>. Por consiguiente, en mi opinión, el dolo es un modo de causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuricidad del hecho. Así, el dolo opera cuando el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de una conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria.

En cuanto a los elementos que integran al dolo, el maestro Eduardo López Betancourt, señala acertadamente que “el dolo está compuesto por los siguientes elementos: a).- Intelectual. Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y, b).- Emocional. Es la voluntad de la conducta o del resultado”<sup>66</sup>. De esta manera, podemos señalar, de igual modo, que los elementos del dolo son el moral y el psicológico: el primero contiene el sentimiento, la conciencia de que se vulnera una norma jurídico-penal y traer consigo consecuencias de esa naturaleza; y el psicológico es la voluntad, la decisión de realizar la conducta típicamente antijurídica.

En cuanto a la culpa, dice el maestro Eugenio Cuello Calón, que “existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado”<sup>67</sup>. De acuerdo con esta definición la existencia de la culpa requiere: una conducta voluntaria pero sin intención de cometer un hecho punible (delito) alguno, previsibilidad del resultado ocasionado, omisión de la atención debida, cautelas o precauciones necesarias; y por último, relación de causalidad entre la acción ejecutada y el efecto típico producido.

En este sentido, refiere el maestro Miguel Ángel Cortes Ibarra, que “actúa culposamente, quien sin prever el resultado, siendo previsible y evitable, o habiéndolo previsto confiando en que no ocurra, produce un daño típico penal. De esta noción se desprende como elementos los siguientes: a).- Conducta (acción u omisión); b).- Daño típico penal; c).- Falta de previsión del resultado siendo

---

<sup>64</sup>.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. (Parte General) Volumen Primero. Op Cit. p. 441.

<sup>65</sup>.- Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo XXXIII. p. 219.

<sup>66</sup>.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Op. Cit. p. 210.

<sup>67</sup>.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. (Parte General) Volumen Primero. Op Cit. p. 466.

previsible; o habiéndose previsto, abrigar la esperanza de que no ocurra; y, d).- Relación de causalidad entre la conducta y el daño causado”<sup>68</sup>.

Finalmente, dice nuestro máximo tribunal que “la esencia de la culpa radica en obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause daño de cualquier especie”<sup>69</sup>. Por ello, el sujeto que comete un hecho punible culposo, previsto en la ley penal, causa un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, se configura aquél y que no previó lo que pudo y debió prever, o cuando habiéndolo previsto, no realiza lo necesario para evitar el acontecimiento dañoso mediante una conducta contraria a la que observó y dio como resultado una responsabilidad penal.

De esta manera, los elementos de la culpa son los siguientes: a).- Una conducta positiva o negativa; b).- Ausencia de cuidados o precauciones exigidas por la norma jurídico-penal; c).- Resultado típico, previsible, evitable, no deseado; y, d).- Una relación causal entre la conducta y el resultado.

El aspecto negativo de la culpabilidad es la inculpabilidad, y ésta se representa cuando una persona actúa en forma aparentemente delictiva, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de una conducta típica, como en el caso del error esencial del hecho, en términos generales, existe una coacción sobre la voluntad. Esas causas de inculpabilidad consisten en aquellas circunstancias que destruyen o impiden que elementos del dolo o de la culpa se presenten, y en consecuencia impiden que se integre la culpabilidad, y por ende el hecho punible mismo.

El artículo 15, en su fracción IV, del vigente Código Penal para el Estado de México, hace mención sobre las causas de inculpabilidad, y textualmente dice lo siguiente:

“Artículo 15.- Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

I.-.....

II.-.....

III.-.....

IV.- Las causas de inculpabilidad:

---

<sup>68</sup>.- Cortes Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal. Op. Cit. pp. 321-322.

<sup>69</sup>.- Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Segunda Parte Tomo LVIII. pp. 24-25.

a).- Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

b).- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- 1.- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;
- 2.- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

c).- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas”.

Su estudio y análisis de cada una de ellas rebasaría el propósito de nuestra exposición, por esta razón, únicamente nos permitimos transcribirlas. En este orden de ideas, haremos referencia a una de ellas, para efecto de nuestra exposición.

Atento a lo que dispone el inciso b) de la fracción IV, del artículo 15 del vigente Código Penal para el Estado de México, y que dice: “Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible”. Por consiguiente, esa causa de inculpabilidad se funda en el error, y se entiende esta noción, como el falso conocimiento de la verdad, el conocimiento erróneo, la falta de correspondencia entre la realidad de algo y la idea de que de ella tiene el sujeto activo del hecho punible.

Por lo tanto, es inevitable o invencible el error de quien aun habiendo actuado con el mayor cuidado y diligencia, no habría podido evitar caer en el error en que se encontraba. Por ello, el error invencible elimina la tipicidad dolosa, como también, en su caso, la culposa, y por consecuencia se destruye el hecho punible.

En este mismo orden de ideas, el que se refiere al caso de obediencia jerárquica, pero se requiere de una representación equivocada en forma esencial e invencible de actuar en forma lícita, cuando en realidad se está conduciendo en forma antijurídica, por lo que fundamentalmente el sujeto de menor jerarquía cree (en forma esencial y e invencible) que se encuentra en alguno de los supuestos de

las llamadas causas de justificación; así, por ejemplo, sería el caso, de un empleado de una dependencia gubernamental de menor jerarquía, que recibe la orden de su superior (que creyendo serlo, lo obedece debido a que se ostenta imaginariamente o erróneamente como su superior, y le cree) de hacer una inspección laboral y ejecutar un embargo para garantizar el pago de las cuotas del Seguro Social, pero sin orden por escrito o sin especificar las ejecuciones legales, por lo tanto, ante dicho mandato jerárquico resulta invencible el error, debido a la aparente subordinación que existe, por lo que opera la excluyente de culpabilidad pues su actuar se debe a un error esencial e invencible, acatando órdenes que suponía emanadas de un superior y en circunstancias que lo hacían creíble.

La culpabilidad es el reproche que hace la norma jurídica-penal al sujeto imputable de la relación incestuosa, un reproche que va acompañado de una antijuricidad en su actuar, y por consiguiente, es una conducta típicamente dolosa, pues los sujetos actúan en forma conciente y quieren y desean el resultado final que describe el tipo penal.

#### **2.4.6.- Punibilidad y aspecto negativo.**

La punibilidad, considerada como sanción, como una pena al comportamiento delictuoso del sujeto activo, “consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de una sanción”<sup>70</sup>. Para el tratadista Luis de la Barreda “es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste”<sup>71</sup>. Por tanto, la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

Al examinar la punibilidad, nos encontramos con uno de los problemas más debatidos y conflictivos en el campo de la doctrina penal; y estriba fundamentalmente en la determinación de sí la punibilidad adquiere o no el rango de elemento esencial del delito.

---

<sup>70</sup>.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Op. Cit. p. 273.

<sup>71</sup>.- De la Barreda, Luis. Justicia Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 79.

Quienes afirman que la punibilidad forma parte de los elementos del delito, está el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos, quien afirma que “al definir el delito...expresamos que debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Dimos por tanto, a la punibilidad, el tratamiento de carácter fundamental o elemento integral del delito...Por punibilidad entendemos, en consecuencia, la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”<sup>72</sup>. Para el tratadista Eugenio Cuello Calón, “el delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacados..., para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir la punibilidad, siendo éste de todos ellos, el mayor relieve”<sup>73</sup>. Por último, sostiene el maestro Luis Jiménez de Asúa, al hacer un análisis sobre los elementos del hecho punible, “que al hablar de tipo, puesto que en el concepto de la penalidad, es decir, en la frase “penado por la ley”, se hallaba ínsita la necesidad de definirlo. Para mí, son ambos caracteres específicos del delito....Las objeciones que se han hecho para demostrar que la “penalidad”, o sea, la “amenaza de pena” no es característica del delito, no tienen poder de convicción. Decir que es una consecuencia del hecho penal no invalida nuestro aserto, pues justamente que el delito acarree esa consecuencia es lo que le separa de las demás acciones antijurídicas”<sup>74</sup>.

Por otro lado, existe un sector de la doctrina que niega que la punibilidad sea un elemento del delito o que tenga tal rango, por ello, sostiene el maestro Eduardo López Betancourt, que “la punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran señaladas en nuestro Código Penal”<sup>75</sup>.

Por su parte, el maestro Celestino Porte Petit Candaudap, dice que “cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hechos, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se le llene la condición objetiva de la punibilidad, lo cual viene a conformar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito”<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup>.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 453.

<sup>73</sup>.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Volumen Primero. Op Cit. p. 636.

<sup>74</sup>.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op. Cit. pp. 427-438.

<sup>75</sup>.- López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. Op. Cit. p. 253.

<sup>76</sup>.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Op. Cit. p. 368.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con el criterio de negarle el rango de elemento a la punibilidad porque el hecho punible (delito) existe cuando se consagra en la ley penal; con independencia de que señale o no responsabilidad penal, por eso, una de las características más significativas de la norma jurídico-penal es su coercitividad, y por tanto, la punibilidad es una consecuencia del delito y no un elemento del mismo.

El aspecto negativo de la punibilidad lo forman las excusas absolutorias, y éstas no destruyen al hecho punible, pero su presencia imposibilita la imposición de las penas. Las excusas absolutorias la define el maestro Octavio Alberto Orellana Wiarco diciendo “que son aquellas específicas causas de carácter personal que el legislador regula expresamente donde un hecho o conducta típico, antijurídico y culpable, no resulta punible”<sup>77</sup>. En definitiva, éstas, nulifican la punibilidad de un hecho punible establecido por la ley penal.

Ejemplos de excusas absolutorias, las encontramos en el vigente Código Penal para el Estado de México, y específicamente, en la Parte Especial, y estas son algunas de ellas.

“No se impondrá pena a los que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros si no hubiesen cometido algún otro delito además del de rebelión”. (Delito de Rebelión. artículo 112). “No cometen este delito los trabajadores que se coaliguen en ejercicio de sus derechos constitucionales o que hagan uso del derecho de huelga”. (Delito de Coalición. Parte final del artículo 135). “La disposición de bienes para asegurar su conservación y evitar su destrucción y siempre que se destinen a la función pública, no será sancionada”. (Delito de Peculado. Parte final del artículo 140). “No se sancionará este delito: I.- Si el objeto de fraccionar o dividir un lote se hace en consecuencia de adjudicación por herencia, juicio de prescripción o usucapición, división de copropiedad que no simulen fraccionamiento o por la constitución de minifundio; y II.- Cuando se trata de donaciones y, compraventas realizadas entre parientes, en línea ascendente hasta el segundo grado, descendientes hasta el tercer grado, cónyuges, concubinos y entre hermanos”. (De los Delitos Cometidos por Fraccionadores. Artículo 190).

---

<sup>77</sup>.- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Op. Cit. p. 450.

## CAPITULO III

### 3.1.- Concepto legislativo y doctrinal del delito de incesto

El concepto legislativo del delito de incesto se encuentra en el artículo 221 del Código Penal para el Estado de México, que textualmente dice lo siguiente: " A los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes, teniendo conocimiento del parentesco, se les impondrán de tres a siete años de prisión y de treinta a doscientos días multa. La pena aplicable a estos últimos será de uno a tres años de prisión. Se impondrá esta última sanción en caso de incesto entre hermanos".

Sobre la etimología del vocablo incesto, dice el profesor Francesco Carrara que "sobre la etimología de la palabra incesto discuerdan los escritores; algunos lo hacen derivar del griego "**anacestus**" (insanable) como dijéramos delito inexpiable; otros de "**in**" y "**cestus**", es decir, no casto; otros de incestare: contaminar; otros en fin de cesto (zona nupcial), por la falta de ella en las uniones ilegítimas El incesto es la unión carnal entre dos personas de diferente sexo, ligadas por vínculo de parentesco que impide el matrimonio de la misma"<sup>78</sup>.

Para el tratadista Giuseppe Maggiore dice "que el incesto comprendía al principio entre los romanos, el estupro de las vestales y la participación de un hombre en los ritos sagrados reservados a las mujeres, y era castigado con sanciones religiosas. Después pasó a denotar toda unión sexual de personas entre quienes está prohibido el matrimonio por motivos de parentesco (ascendientes y descendientes, hermanos y hermanas, tíos y sobrinos, primos y primas y entre afines en determinados grados), distinguiéndose el "**incestus juris gentium**" (entre ascendientes y descendientes) y el "**incestus juris civilis**" (entre colaterales y afines)"<sup>79</sup>.

En cuanto al concepto del hecho punible del incesto, dice el tratadista **José Rafael Mendoza** que el incesto "es el comercio ilícito que tiene lugar entre personas que no pueden casarse en razón de su parentesco de consanguinidad o de alianza"<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup>.- Programa del Curso de Derecho Criminal. Parágrafo número 200. Editorial Temis. Bogotá Colombia. p. 440.

<sup>79</sup>.- Derecho Penal. (Parte Especial). Tomo IV. Op. Cit. p. 205.

<sup>80</sup>.- Curso de Derecho Penal Venezolano. (Parte Especial). Tomo IV. Editorial Universal. Venezuela, 1965. p. 233.

Para **Giuseppe Maggiore** "es la unión carnal entre personas de distinto sexo, ligadas por relaciones de parentesco o afinidad que constituyen impedimento absoluto de matrimonio"<sup>81</sup>.

**Francesco Carrara** dice que el "incesto es la unión carnal entre dos personas de diferente sexo, ligadas por vínculos de parentesco, que impiden el matrimonio de las mismas"<sup>82</sup>.

Para el maestro **César Augusto Osorio y Nieto**, el incesto puede "conceptualizarse como la relación sexual entre parientes próximos que en razón del mismo parentesco se encuentran impedidos absolutamente para contraer matrimonio, es el acceso carnal entre ascendientes y descendientes o entre colaterales impedidos legalmente para contraer matrimonio, esto es entre parientes dentro de los grados en que se encuentra prohibido el matrimonio"<sup>83</sup>.

Para el autor **Federico Gómez** es "la realización del acceso carnal u otro acto erótico sexual con descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana"<sup>84</sup>.

Para el doctrinario **Marco Antonio Díaz de León**, "es el delito que se comete por el coito entre dos personas ligadas por vínculos de parentesco dentro de los grados que impiden el matrimonio de las mismas"<sup>85</sup>.

Por nuestra parte, opinamos que comete el hecho punible del incesto los sujetos con parentesco consanguíneo (ascendientes y descendientes) y en línea transversal (hermanos) que tienen cópula normal.

### 3.2.- Cuerpo del delito

Respecto al concepto de cuerpo del delito, es necesario hacer mención que esta noción jurídica se introduce a raíz de las reformas aparecidas y publicadas en el Diario Oficial de la federación del día 8 de marzo de 1999, al segundo párrafo

---

<sup>81</sup>.- Derecho Penal. (Parte Especial). Tomo IV. Op. Cit. p. 209.

<sup>82</sup>.- Programa del Curso de Derecho Criminal. Parágrafo número 200. Op. Cit. p. 440.

<sup>83</sup>.- Ensayos Penales. Op. Cit. p. 267.

<sup>84</sup>.- Derecho Penal Colombiano. (Parte Especial) 7ª, .edición. Editorial Temis. Bogotá, 1985. p. 71.

<sup>85</sup>.- Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Op. Cit. p. 933.

del artículo 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que textualmente dice lo siguiente: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y **EXISTAN DATOS QUE ACREDITE EL CUERPO DEL DELITO Y QUE HAGAN PROBABLE LA RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO**”.

Con ello, ha repercutido en la legislación penal y procesal penal de los estados federativos, como es el caso del Estado de México.

De esta manera, en cuanto al concepto del cuerpo del delito, en la doctrina penal extranjera, podemos encontrar los siguientes puntos de vista:

- a) Es el efecto o resultado producido por el accionar del autor; el efecto exterior previsto por este en su actuar típico. (Arturo Serrano).
- b) Es el objeto material del delito, la cosa o substrato material sobre el cual recae la acción del autor. (Alfredo Etcheberry).
- c) La estructura plasmada en al figura típica: su tipicidad. (Rafael Fontecilla).
- d) La totalidad de los elementos subjetivos y objetivos que componen estructuralmente el delito: el delito mismo. (José Irureta Goyena).
- e) Es todo lo que causa su existencia del hecho punible. (G. Jiménez Asenjo).
- f) Son todas las materialidades relativamente donde se cometió el delito, así como también cualquier otro objeto que cause efecto inmediato de este mismo delito o que en otra forma se refiere a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba. (Manzini).
- g) Puede aplicarse al objeto directo del crimen, a los instrumentos que han facilitado su ejercicio, a cualquiera otros objetos que hagan presumir la perpetración de un crimen, a los lugares mismos. (Miettermaier)<sup>86</sup>.

A pesar de las anteriores definiciones, no todas coinciden en sus apreciaciones, ni son criterios uniformes, como lo comprendemos a la luz de la doctrina y jurisprudencia penal mexicana.

Para el tratadista José González Bustamante, el cuerpo del delito “nos viene a la memoria la idea de algo preciso, objetivo, material, que podemos apreciar con el auxilio de nuestros sentido, (y transcribiendo a Ortalán) concluye

---

<sup>86</sup>.- Citados por Montes, Alfredo. Derecho Penal. Editorial Jurídica. México, 1996. pp. 89-90.

diciendo que el cuerpo del delito es todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente o, en otros términos, es el conjunto de los elementos físicos eminentemente materiales, ya sea principales, ya accesorios, de que se compone el delito”<sup>87</sup>.

Por su parte el maestro José Arturo González Quintanilla, el cuerpo del delito “consiste en lo histórico del tipo, es decir, su realización fenomenológica en el mundo natural integrado por la materialidad de todos los elementos que contenga, la figura típica, haciendo abstracción de la atribuibilidad que al activo se le haga de los hechos, por lo tanto, en los tipos que se integran con elementos subjetivos, identificado el autor, el auto de formal prisión, debe constituir en puridad técnica, una sentencia definitiva porque el mandato constitucional ordena “plenamente comprobado el cuerpo del delito”, o lo que es igual, tener por demostrada en toda su dimensión la culpabilidad”<sup>88</sup>.

En este sentido, la postura del tratadista Guillermo Colín Sánchez resulta brillante, atendiendo a sus ideas, dice que “existe cuerpo del delito cuando hay tipicidad de la conducta o hecho, de acuerdo con el contenido de cada tipo, de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá, atendiendo a la situación concreta: a).- a lo meramente objetivo; b).- a lo objetivo y normativo; c).- a lo objetivo, lo normativo y lo subjetivo; o bien, d).- a lo objetivo y subjetivo.....El cuerpo del delito se integra con el conjunto de elementos que corresponden al delito y naturalmente en cada tipo penal, con lo que conforman su esencia”<sup>89</sup>.

Atendiendo a estas ideas, podemos decir que el cuerpo del delito debe de entenderse como el conjunto de elementos subjetivos y objetivos que estructuran al hecho punible (delito) previstos y sancionados en el tipo penal (norma jurídico-penal), tales como la conducta y el resultado, operando entre ambos el nexo de causalidad.

---

<sup>87</sup> .- González Bustamante, José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, 10ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 268.

<sup>88</sup> .-González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1991. p. 460.

<sup>89</sup> .- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 17ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1998. p. 379.

Así también, el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción del hecho punible (delito), según lo determine la ley penal.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado los siguientes criterios jurisprudenciales:

### **Novena Época**

**Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

**Tomo: XII, Septiembre de 2000**

**Tesis: III.2o.P.67 P**

**Página: 735**

**CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DEL. SÓLO ES APLICABLE A LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y AL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, DE ACUERDO CON LAS REFORMAS A LOS ARTÍCULOS 16 Y 19, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADAS EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Es incuestionable que a raíz de las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República, del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, relativas a los requisitos de fondo para decretar tanto una orden de aprehensión como un auto de formal prisión, destacan, entre otros, la acreditación del cuerpo del delito, el cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, se entiende como el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. Ahora bien, del análisis de la definición anterior, se advierte que para el dictado de una orden de aprehensión o un auto de formal prisión, no se**

requiere la demostración de los elementos moral o subjetivos del delito, esto es, el dolo o la culpa, sino sólo de los objetivos, materiales o externos, y en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos. En efecto, es hasta la sentencia definitiva cuando el juzgador debe entrar al estudio de los aspectos moral o subjetivo del ilícito, entre los que se encuentran, el dolo o la culpa, ya que éstos, bajo el anterior concepto de elementos del tipo penal, forman parte de los elementos del delito en general. Consecuentemente, como las reformas de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, únicamente comprenden lo concerniente a que la institución denominada cuerpo del delito sólo es aplicable a las exigencias para librar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión, jurídicamente es posible interpretar que dicha reforma no modificó en lo sustancial los demás aspectos, esto es, aquellos que introdujo la figura de los elementos del tipo penal en septiembre de mil novecientos noventa y tres; por esa razón, el concepto de elementos del tipo penal sigue prevaleciendo para la sentencia definitiva, por no verse afectada con dichas reformas.

## **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.**

**Amparo directo 160/2000. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Fermín Rivera Quintana. Secretario: Marco Antonio Muñiz Cárdenas.**

Para el caso del delito de incesto acreditar el cuerpo del delito, es verificar y aportar las pruebas fehacientes para acreditar que el incesto si se llevo a cabo por parte de lo sujetos activo en el hecho, por ello, es de gran importancia las diligencias básicas ministeriales que haga el Ministerio Público para su comprobación, como lo es la declaración de los sujetos incestuosos, del denunciante, de las actas de nacimiento de ambos para comprobar el parentesco,

así como de la cópula genital, entre otros, que harán posible la comprobación del cuerpo del delito.

**CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE.-** Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito.

Este criterio jurisprudencial, aporta un concepto sobre lo que es el cuerpo del delito, aunado a la comprobación que debe de tenerse sobre los elementos normativos, objetivos y subjetivos que contiene la descripción del núcleo del tipo penal del delito de incesto.

En cuanto a su naturaleza jurídica, apunta acertadamente el tratadista Rigoberto Cousiño, que es un elemento “meramente procesal: el conjunto de pruebas reunidas en el proceso mediante las cuales se demuestran los hechos que serán sometidos a proceso, posteriormente a adecuación típica, a reproche de antijuricidad y a reproche culpable y a pena”<sup>90</sup>.

De esta manera, el cuerpo del delito está inmerso en la teoría del proceso, justamente porque pertenece a él. De tal forma que el cuerpo del delito como lo histórico del tipo penal y de ese hecho punible (delito) que es lo material y objetivo, el órgano jurisdiccional o el juzgador deberá y buscará en el momento procesal penal oportuno: a).- su adecuación a la figura típica; b).- su valoración antijurídica, si es apto para lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal; y, c).- la culpabilidad del sujeto activo, para hacer el reproche de lo antijurídico. Es por ello, que todos los Códigos Procesales Penales nacionales sigan este criterio, de encontrar su naturaleza jurídica del cuerpo del delito en el ámbito procesal, prueba de ello, es que el nuevo Código Procesal Penal para el Estado de México, en su Título Tercero denominado “Disposiciones Comunes de Averiguación Previa y a la Instrucción”, en su Capítulo I, denominado “Comprobación del Cuerpo del Delito” (artículos 119 al 128) viene a comprobar su naturaleza jurídica.

---

<sup>90</sup>.- Cousiño, Rigoberto. Teoría del Proceso. 6ª. edición. Editorial Fontana. Argentina, 1980. p. 142.

De conformidad con lo que hemos analizado, los elementos del cuerpo del delito son: a).- la conducta; b).- el resultado; y, c).- el nexo causal, y que en ese orden lo examinaremos.

### **A).- Conducta.**

Sobre la conducta, expresa el profesor Gustavo Malo Camacho que “es la manifestación de voluntad finalísticamente determinada. La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetivos propugnados por el autor, quien para tal efecto, con base en su experiencia, aprovecha su conocimiento acerca de los procesos causales”<sup>91</sup>.

De tal forma que el derecho penal no pretende otra cosa que ser un orden regulador de conductas. Para ello, tiene que respetar el “ser” de la conducta y desvalorar aquéllas que atentan contra bienes jurídicos fundamentales para la convivencia humana.

Invariablemente, la conducta debe ser voluntaria, es decir, que sin voluntad no hay conducta. La voluntad implica siempre una finalidad, porque no se concibe que haya conducta de nada o voluntad para nada. Esta posición responde al principio de que no hay delito sin conducta.

La conducta es una unidad, no obstante, para efectos de análisis, hay que distinguir en ella dos aspectos: uno interno, que comprende la proposición de un fin y la selección de los medios para obtención; y, otro externo, consistente en la puesta en marcha de la causalidad a la producción de un resultado.

La conducta puede ser de acción u omisión, según se trate de un hacer o un no hacer voluntario final.

### **B).- Resultado**

Sobre el resultado, como segundo elemento del cuerpo del delito, dice el profesor Francisco Pavón Vasconcelos que “debe de entenderse la mera mutación o cambio en el mundo jurídico; o bien, como transformación que en el mundo

---

<sup>91</sup>.- Malo Camacho, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 2ª. edición. Editorial Porrúa. México, 1998. p. 341.

material se produce como una consecuencia causal de la conducta del hombre, la cual se encuentra en la ley incorporada al tipo penal<sup>92</sup>. Luego entonces, en el hecho punible (delito), el resultado es un fenómeno ineludible de carácter físico que acompaña a toda conducta: no hay conducta sin resultado y ambos elementos están unidos por un nexo de causalidad.

De esta manera, el resultado es una lesión efectiva al ordenamiento legal, pues lo que se protege es la seguridad de ciertos bienes jurídicos y la sola situación de peligro en que les coloca puede y produce el resultado jurídico como daño efectivo a la protección penalística, mientras que, por el contrario, el resultado material, como mutación del mundo exterior al sujeto, constituye la situación de peligro creada con la conducta. Ese resultado consiste en la modificación del mundo exterior (por ejemplo, la muerte de un individuo o la interrupción de vida en el feto, el primero delito de homicidio, y el segundo como delito de aborto); y también psíquica (como la percepción de injurias).

### **C).- Nexo causal.**

Cuando encontramos un nexo de causalidad entre la conducta (acción u omisión) y el resultado material, podemos afirmar que éste es atribuible a la conducta. El nexo causal es la realización objetiva entre la conducta y el resultado, que debe acreditarse para que este sea imputable al sujeto activo del delito. En otras palabras, el nexo causal se vincula entre la conducta y el resultado, por consiguiente, una relación de causalidad se da entre el acto humano y el resultado producido sobre el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, lo cual pone en condiciones del sujeto activo del querer y conocer sobre los hechos punibles, aceptándolos conscientemente además de su responsabilidad penal.

Como ejemplo, de cómo funcionan los elementos del cuerpos del delito, referimos sobre el artículo 248 del vigente Código Penal para el Estado de México, que tipifica el delito de aborto, en los siguientes términos: “Al que provoque la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino,....”

- a) La conducta. La conducta consiste en la voluntad exteriorizada a través de acciones u omisiones. En el aborto consentido (sea con o sin móviles de

---

<sup>92</sup>.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Diccionario de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México, 1997. p. 901.

honor), pueden presentarse la acción como forma de conducta, sin existir posibilidad del funcionamiento de la omisión simple, por ser el aborto un delito material.

La acción puede consistir en todas aquellas maniobras físicas, positivas, de carácter abortivo, tales como las realizadas por medios mecánicos en el interior de la cavidad vaginal o bien en la ingestión de sustancias tóxicas idóneas. Más sin embargo, en la comisión por omisión es dable en los casos en que exista un deber jurídico de obrar cuya inobservancia produce el resultado de muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino.

- b) El resultado en el aborto consiste en la muerte del producto de la concepción: en el cesar de las funciones vitales que, aunque receptoras de las de la mujer embarazada, reciben protección jurídica, siendo irrelevante que la muerte acontezca en el seno materno o fuera de él.
- c) Nexo de causalidad existe entre la conducta típica y el resultado material, cuando la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo intrauterino está en relación naturalística causal con la acción u omisión realizada, esto es, como se trata de un delito material, ese nexo causal depende del resultado típico: que se ha causado la muerte del feto; por consiguiente la conducta y el resultado típicos están totalmente vinculados, para que el resultado pueda ser imputado al sujeto activo y sus partícipes como consecuencia de su conducta activa o negativa (omisión).

El delito de incesto debe comprobarse a la luz de los elementos el cuerpo del delito, es decir, comprobar su conducta, que es típicamente activa; el resultado, si se consumó o quedó únicamente en una tentativa acabada o inacabada. Mientras que el nexo causal, deberá comprobarse ministerialmente, con pruebas fehacientes, pues se da entre la conducta y el resultado.

### **3.3.- Clasificación del delito de incesto.**

#### **A).- Por su clasificación legal.**

En cuanto a la clasificación legal en orden a la conducta, se trata de un delito de acción, por la actividad de movimientos que emplean los sujetos en el delito de incesto.

Se trata de un delito plurisubjetivo, pues puede intervenir dos más sujetos activos con parentesco consanguíneo para consumir el delito de incesto, toda vez que a sí lo describe el tipo penal, cuando señala expresamente que: "A los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes,..."

Se trata de un delito plurisubistente, pues no basta tan solo un movimiento físico para provocar la consumación del delito de incesto, sino que se requieren de varios movimientos.

#### **B).- Por el tipo penal.**

En cuanto al resultado se trata de un delito material, consistente en la cópula entre ascendientes y descendientes por parentesco consanguíneo para que exista una alteración en el mundo exterior.

Se trata de un delito autónomo, pues no depende de otro ilícito para tener vida jurídica y ser sancionado.

Es un delito de lesión, ya que origina un daño directo en la genética humana en caso de la existencia de un embarazo, además del bien jurídicamente tutelado.

De gran importancia resulta esta clasificación, toda vez, por ejemplo, el delito de incesto no puede cometerse con una conducta omisiva de lo sujetos activos, lo cual no configuraría el hecho incestuosos; es así también un delito plurisubjetivo, pues para ello deben de intervenir, más de dos sujetos activos, por ejemplo, y que dicha clasificación es tomada en cuenta por el juez de lo penal, para el momento de emitir su resolución judicial: la sentencia.

### **3.4.- Comprobación del delito de incesto.**

Para la comprobación del delito de incesto es necesario atender a los elementos que componen al tipo penal que lo describe en el mismo artículo 221 del Código Penal para el Estado de México, y que son los siguientes:

## A):- Comprobación del parentesco.

El maestro Rafael Rojina Villegas, dice que el parentesco "implica en realidad un estado jurídico por cuanto que una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, matrimonio o de la adopción, por originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho"<sup>93</sup>.

El profesor Antonio de Ibarrola, expresa que el parentesco "es el lazo permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener la misma sangre o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con este se haya reconocida por la ley"<sup>94</sup>.

El profesor George Ripert dice que "es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos o dos primos"<sup>95</sup>.

El tratadista Mario Andreoli, afirma que "el parentesco es el vínculo que subsiste entre dos individuos de ambos sexos que descienden de un mismo tronco o de un progenitor común"<sup>96</sup>.

En cuanto al parentesco consanguíneo, expresa el tratadista Manuel Chávez Ascencio que son "los vínculos que se originan entre ascendientes y descendientes (parentesco consanguíneo en línea recta) y también los que se originan entre aquellos que sin descender unos de otros, reconocen un antepasado común"<sup>97</sup>.

El profesor Efraín Moto Salazar lo define como el "vínculo que existe entre persona que tiene la misma sangre, por descender de un mismo progenitor"<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup>.- Compendio de Derecho Civil. Volumen Primero. Op. Cit. p. 260.

<sup>94</sup>.- Derecho de Familia. Op. Cit. p. 145.

<sup>95</sup>.- Tratado Elemental de Derecho Civil. Op. Cit. p. 210.

<sup>96</sup>.- Tutela. (Traducción al español por Jaime Cabrera de la Parra). Editorial Jurídica Europa-América. Argentina, 1975. p. 161.

<sup>97</sup>.- La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídica Familiares. 6ª. edición. Editorial Porrúa. México, 2001. p. 274.

<sup>98</sup>.- Elementos de Derecho. 46ª. edición. Editorial Porrúa. México, 2001. p. 240.

El profesor Augusto Bellusicio dice que es el "vínculo que existe entre dos o más personas que proceden de una misma raíz, vínculo que es más o menos fuerte, según que las personas unidas por él estén más o menos próximas del tronco que proceden"<sup>99</sup>.

Para el tratadista Francisco Bonet, es el "vínculo familiar que se basa en la descendencia. Puede ser en línea recta o colateral". (Derecho Civil, Común y Foral. Op. Cit. p. 287). Para el maestro Luis Jossierand, el parentesco por consanguinidad "es la relación jurídica entre dos personas integrantes de una comunidad nacida de los lazos de sangre"<sup>100</sup>.

De tal forma que ese parentesco consanguíneo se comprueba eficazmente con las actas de nacimiento de los sujetos incestuosos expedidas por el Registro Civil.

### **B).- Ejecución de la cópula**

La cópula en este delito es la misma que se efectúa en su interpretación en el hecho punible del estupro y de violación, por lo que se entiende por cópula la introducción del miembro viril en el cuerpo del de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no.

El problema radica, a nivel legislativo y doctrinal, si la ejecución de la cópula en el hecho punible de incesto es normal o anormal.

En este sentido, el doctrinario Francisco González de la Vega dice que "como la represión del delito tiene, entre otras, una mira eugenésica impedir la posible descendencia degenerativa-, interpretamos que el concúbiteo entre los parientes ha de ser precisamente el efectuado entre el varón y mujer por vía natural, o sea, el coito normal"<sup>101</sup>.

Más aún, afirma el tratadista Alberto González Blanco, que con respecto a la cópula normal en el delito de incesto, que "el acceso carnal en el incesto, a diferencia de lo que sucede en el estupro y la violación, requiere la seminatio intra vas, por lo que es una cópula normal, ya que habida cuenta de que la figura legal

---

<sup>99</sup>.- Derecho de Familia. Ediciones Palma. Argentina, 1984. p. 102.

<sup>100</sup>.- Derecho Civil. Tomo I. (Volumen Segundo). (Traducción al español por Santiago Cunchillos). Op. Cit. p. 191.

<sup>101</sup>.- Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 429.

que describe el incesto, tutela la organización exogámica de la familia"<sup>102</sup>.

Agrega el profesor Ramón Acevedo Blanco, que "el acceso carnal o relación sexual puede ser natural o contranatural, aun heterogéneamente, y puede ser pederástico. Los actos eróticos-sexuales diferentes al acceso carnal pueden ser: los preparatorios de la relación sexual natural o los que pretenden constituir esta, y pueden realizarse entre personas de sexo diferente o del mismo sexo"<sup>103</sup>.

En este sentido, opinamos que la cópula debe ser por vía normal (vaginal), con seminatio intra vas o no. Por lo que de efectuarse por vía anormal, bucal o anal; o el coito interfémora, la introducción de la lengua en la región vulvar o vestibular de la vagina y sobre el clítoris; o la introducción del pene en la boca para succionarlo, o practicas masturbatorias, actos eróticos y lúbricos, estaríamos en presencia del hecho punible de actos libidinosos y de corrupción de menores, más no de incesto.

**C):-** Que los sujetos activos tengan parentesco consanguíneo.

**Incesto entre ascendientes y descendientes.** En su sentido restringido la liga ascendente - descendente del parentesco se limita a la consanguínea en línea recta padres e hijos, abuelos y nietos, etc., sean legítimos o naturales.

**Incesto entre hermanos.** Los hermanos son los más cercanos parientes consanguíneos en la línea colateral igual: entre ellos caben los que tienen padre y madre común, los de padre común y madre distinta y los de madre común y padres distintos.

Por consiguiente, para que sea un hecho punible de incesto, los sujetos activos deben tener el parentesco consanguíneo como elemento sine qua non y no otro (por afinidad o adoptivo), pues recordemos que el bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal es la organización exogámica de la familia conyugal o nuclear y/o la conservación de la genética humana para que no existan mutaciones en los genes que derivan en degenerativas, por lo que no puede suceder en los otros parentescos.

---

<sup>102</sup>.- Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Op. Cit. p. 182.

<sup>103</sup>.- Manual de Derecho Penal. (Parte Especial). Op. Cit. p. 159.

Esa comprobación del cuerpo del delito es el equivalente de comprobar todos y cada uno de los elementos que componen el núcleo del tipo penal que señala el artículo 221 del Código Penal para el Estado de México; sin lo cuales, el Ministerio Público no podría ejercitar la acción penal ni el Juez de lo Penal emitir su sentencia, si no han sido debidamente comprobados con elementos probatorios que permite la ley para el mismo.

### **3.5.- Elementos del tipo penal.**

#### **A).- Sujetos.**

En cuanto a los sujetos en el hecho punible del incesto, siguiendo las ideas del maestro Arturo Zamora Jiménez, en cuanto a ello "se trata de un sujeto especial ya que deberá reunir ciertos requisitos de naturaleza parental al que se le puede denominar, tanto activo como pasivo... El sujeto pasivo en este delito es la sociedad"<sup>104</sup>.

Por su parte el maestro Eduardo López Betancourt dice que el sujeto activo "es el ascendiente y el descendiente o los hermanos que tienen relaciones sexuales, cuando ambos lo desean. No obstante, se puede presentar la situación en la cual el ascendiente o el hermano no es sujeto activo, por la falta de voluntad para cometer la relación sexual del descendiente o hermano, respectivamente. Sujeto pasivo será la familia, la comunidad. Cuando el activo es el ascendiente o el hermano, el sujeto pasivo será el descendiente o hermano, quien no desea el hecho ilícito, pero que tampoco se niega por la inmensa confusión que le provoca el mismo"<sup>105</sup>.

Por consiguiente, los sujetos activos son calificados, pues deben ser parientes consanguíneos, mientras que el sujeto pasivo es la sociedad.

#### **B).- Bien jurídico.**

Para el maestro Mariano Jiménez Huerta, "el delito de incesto en nuestra legislación tutela el estricto orden familiar que rige las relaciones sexuales entre los consanguíneos ascendientes, descendientes y hermanos: orden familiar

---

<sup>104</sup>.- Manual de Derecho Penal. (Parte Especial). Op. Cit. p. 221.

<sup>105</sup>.- Delitos en Particular. Tomo II. Op. Cit. p. 224.

oriundo de plexo de sociológicas censuras y prohibiciones jurídicas de dicha sexual naturaleza"<sup>106</sup>.

Para la maestra Irma G. Amuchategui Requena, dice que "opinamos que el objeto jurídico en el incesto es la integridad familiar, pero aclaramos que ello implica consideraciones de tipo moral y social derivadas del respeto a la unidad familiar, sin perder de vista la naturaleza exogámica que a la familia atribuyen las normas de derecho civil"<sup>107</sup>.

Por consiguiente, el bien jurídico tutelado en la norma jurídico penal es la conservación genética de la familia.

### **C).- Objeto material.**

El objeto material en el delito del incesto es discutible en la doctrina. Pero se desprende de la redacción legislativa del artículo 221 en comento. Que pueden ser los sujetos activos. Como son los ascendientes, descendientes o hermanos.

Estos elementos del tipo penal son fundamentales, pues deben de ser identificados en el juicio de tipicidad para su punición por parte el órgano jurisdiccional competente; identificación que debe constar en actuaciones ministeriales de averiguación previa y durante el proceso, e incluso ser señalados en la propia sentencia penal.

### **3.6.- Culpabilidad.**

La culpabilidad representa el aspecto subjetivo más relevante del acto ilícito-penal pues encarna el momento de su vinculación con el sujeto activo del hecho punible. De este modo, la antijuricidad está relacionada al tipo, constituyendo características anti normativas del hecho punible; en tanto que la culpabilidad, juicio valorativo del sujeto activo y su conducta, da cabida al reproche jurídico-penal de la misma. La culpabilidad conduce a la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica, ante la ausencia de causas de inculpabilidad.

---

<sup>106</sup>.- Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Op. Cit. p. 55.

<sup>107</sup>.- Derecho Penal. Op. Cit. p. 343.

De este modo, entendemos la culpabilidad como la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto al sujeto activo del hecho punible actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente. De esta manera, la culpabilidad toma el perfil de una verdadera disposición del ánimo por parte del sujeto activo de actuar conscientemente hacia la realización de una conducta que resulta típica y antijurídica. Así, al comportarse antijurídicamente pudiendo hacerlo de una manera adecuada; por esta razón su conducta es reprochable.

La culpabilidad reviste dos formas; dolo y culpa, según el sujeto activo dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el estado para la vida gregaria (culpa).

Y los presupuestos o premisas necesarias de la culpabilidad son: la capacidad de autodeterminación o capacidad de culpabilidad (imputabilidad); y la capacidad de comprender lo antijurídico (posibilidad de comprensión de la conducta injusta en que actúa el sujeto contrario al imperio de la ley penal).

Así, cuando dicha actitud se orienta hacia un fin típicamente antijurídico, surge entonces el dolo; y cuando, en cambio, se encamina hacia una finalidad indiferente, estamos ante la culpa. Así pues, el delito de incesto es típicamente doloso, debido a que los sujeto activos quiere y desea el resultado de su conducta típica antijurídica y culpable: la cópula a sabiendas del parentesco consanguíneo que los une.

La culpabilidad es un elemento y que tiene el rango de elemento del delito, por lo que tiene gran importancia, pues basta, de igual modo, comprobar la conducta dolosa en el incesto, para desacreditar el error de los sujetos activos incestuosos, y con ello, descartar la ignorancia o desconocimiento que describe el núcleo del tipo penal.

### **3.7.- Tentativa y Consumación.**

Para la maestra Irma G. Amuchategui Requena, dice que "en nuestra opinión, sí es factible que se presente la tentativa pues es posible que los activos

realicen los actos encaminados a la producción del delito pero por causas ajenas a su voluntad no se consume. Puede ser un familiar quien evite la comisión del delito, a pesar de la intención e iniciación de los actos ejecutivos para consumarlo"<sup>108</sup>.

Por su parte, dice el profesor Eduardo López Betancourt que "la tentativa se da en el incesto tanto la tentativa acabada como la inacabada, como lo explicamos enseguida: 1.- Tentativa acabada.- En ésta, el agente prepara todos los actos indispensables para la ejecución del ilícito; empero, por una causa ajena a él no se cumple su objetivo. Verbigracia, cuando momentos antes de efectuarse las relaciones sexuales entre hermanos, llega el papá de ellos, sorprendiéndolos, sin llegar a consumarse el incesto. 2.- Tentativa inacabada.- Es cuando el agente omite la ejecución de un acto necesario para la realización del incesto. Por ejemplo, cuando el ascendiente junto con el descendiente acuden al hotel, pero olvidan llevar dinero para pagarlo, por lo cual no se consuma el delito"<sup>109</sup>.

En nuestra opinión, estamos de acuerdo con lo doctrinarios que sostienen que si es configurable la tentativa, tanto acabada como inacabada en el hecho punible del incesto, toda vez que se trata de un delito de mera conducta o formal, en virtud de que en un caso determinado puede existir la intención de realizar la cópula entre los sujetos activos que señala el propio tipo penal en un principio de ejecución, y no llegar a integrarse los elementos que exige el mismo por causas ajenas a la voluntad de los sujetos activos o por la omisión de un acto que integra al mismo; por ello, sostenemos que al igual que en el delito de violación y del estupro, que son hechos punibles formales, requiere de una mera conducta, consistente en la ejecución de la cópula, además de que incesto admite el desistimiento más no el arrepentimiento, que sólo puede presentarse en lo delitos de resultado material.

La consumación en el delito de incesto se presenta en el momento de la cópula entre ascendientes y descendientes consanguíneos o entre hermanos,

Esta no consumación del delito de incesto, es tomada en cuenta por el juzgador para la emisión de su sentencia, por lo que existe la posibilidad una tentativa punible, que aunque no se haya consumado, merece una sanción penal, como consecuencia de una conducta típica, antijurídica y culpable en el hecho de incesto.

---

<sup>108</sup>.- Derecho Penal. Op. Cit. p. 347.

<sup>109</sup>.- Delitos en Particular. Tomo II. Op. Cit. p. 230.

### 3.8.- Requisitos de procedibilidad.

En términos generalizados, los requisitos de procedibilidad son los medios legales que se dan para que se inicie el procedimiento penal, pero en forma más técnica y precisa, el maestro César Augusto Osorio y Nieto dice que los requisitos de procedibilidad “son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica”<sup>110</sup>.

Los requisitos de procedibilidad los podemos encontrar en el segundo párrafo del artículo 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que dice textualmente lo siguiente: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y **SIN QUE PROCEDA DENUNCIA O QUERRELLA** de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acredite el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Por tanto, la denuncia, junto con la querrela, son las únicas instituciones jurídicas como requisitos de procedibilidad para iniciar el procedimiento penal aceptadas por el segundo párrafo del artículo 16 constitucional que permiten al Ministerio Público el conocimiento de los delitos.

En este orden de ideas, primeramente, denunciar, quiere decir, comunicar, esto es que cualquier persona puede denunciar algún delito o un hecho que en un momento determinado considere como delito, y que éste sea perseguible de oficio, pondrá en posibilidad al Ministerio Público para intervenir.

En la doctrina procesal penal mexicana, existen abundantes conceptos sobre la denuncia, por tanto, para fines de nuestra exposición, citamos la del maestro José Franco Villa, quien escribe que la denuncia “es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellas”<sup>111</sup>.

Este concepto es el que mejor se adapta al procedimiento penal en México, y del cual se desprenden los siguientes elementos:

---

<sup>110</sup>.- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa\_Op. Cit. p. 7.

<sup>111</sup>.- Franco Villa, Francisco. El Ministerio Público Federal\_ Editorial Porrúa. México, 1985 p. 162.

a).- Es una relación de actos que se estiman ilícitos penales, lo cual consiste en exponer en forma sencilla los hechos presuntamente delictuosos que integran la posible comisión de un delito, sin que exista en el ánimo de quien los narra el deseo de que se castigue al sujeto activo del delito.

b).- Se presenta ante el órgano investigador (Ministerio Público), lo que significa que dicha narración debe hacerse precisamente ante el órgano investigador, y no ante otro distinto, significando con ello que sólo ante él es válida la denuncia, en virtud de que a este órgano se le encomienda en exclusiva la investigación de los delitos, en los términos del artículo 21 constitucional.

c).- Puede ser hecha por cualquier persona, toda vez que se encuentra la posibilidad de que tal narración puede ser expuesta por cualquier individuo, testigo de los hechos o no, en donde se presenta un acto delictuoso, que en el ejercicio cotidiano se subsana al exigirle algún elemento de convicción que haga creíble su dicho.

En los términos del primer enunciado del artículo 105 del nuevo Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 20 de marzo de 2000), señala que: “No se admitirá la intervención de apoderado jurídico para la presentación de denuncias, salvo en el caso de que el sujeto pasivo sea una persona moral. Para las querellas, sólo se admitirá cuando el apoderado tenga representación con cláusula especial e instrucciones concretas de sus mandantes para el caso, sin que éstas sean necesarias en los casos de delitos contra el patrimonio.” Esto tiene su razón de ser ya que la denuncia por sí misma, no admite apoderado jurídico salvo cuando el titular del bien jurídicamente tutelado sea una persona moral, y tenga poder notarial, que le acredite la personalidad, y al igual lo será por querella, pero con cláusula especial y concretas.

Por lo tanto, el delito de incesto es perseguible por denuncia o de oficio.

La misma descripción del tipo penal que hace el artículo 221 del Código Penal para el Estado de México, refiere que el delito de incesto es perseguible de oficio, y que puede dar la noticia delictiva al Ministerio Público cualquier persona, interesada o no en el enjuiciamiento de los sujetos activos incestuosos, ejerciendo con ello, un derecho subjetivo público que la Constitución Política de los Estados Unidos le reconoce como gobernado para ser atendido por las autoridades competentes.

### 3.9.- Participación delictiva.

Los grados de participación delictiva en el delito de incesto, se presentan en los siguientes supuestos, a saber:

- a) En el delito de incesto se presenta la autoría material, cuando existe el dominio de la acción de los sujetos ejecutores (ascendientes y descendientes, o entre hermanos) por sí mismos del hecho punible. es decir, son quienes realiza materialmente el coito. Es por ello, que el maestro Francisco Pavón Vasconcelos afirma que "la relación de parentesco consanguíneo constituye. pues, una calidad referida al sujeto activo del delito. Por tanto, el incesto es un delito de sujeto propio o exclusivo (sujeto cualificado). y si los que copulan tienen, ambos, conocimiento del parentesco que los une, resultan responsables a título de autores"<sup>112</sup>.
- b) En el delito de incesto, se presenta el instigador (autoría intelectual), figura muy parecida al autor mediato, por lo que influye en la voluntad de otro, si el que va a ejecutar ya está determinado a llevar a cabo el ilícito, entonces la intervención del instigador es eficiente, por lo que se presenta, cuando lo ha convencido de que el incesto no es malo y que "hoy en día está permitido" (engañándolo, y presentarle una realidad que no es cierta), para convencerlo a que consuma el acto coital, por lo que el instigador o la autoría intelectual, puede presentarse por ascendientes, descendientes en línea recta, de medios hermanos, o por cualquier otra persona, que tenga o no parentesco con el sujeto o sujetos activos del hecho punible del incesto.
- c) En el delito de incesto, se presenta a los cómplices o auxiliadores, que son los que no tienen un dominio de hecho, pero cooperan en la realización del hecho punible, pero esa ayuda no es indispensable para que se lleve a cabo el ilícito penal, y puede presentarse que un cómplice proporcione y ofrezca su casa para que los sujetos activos consuman el coito en ese domicilio, por ejemplo, y con ello supuestamente nadie se de cuenta o eviten ser sorprendidos por familiares; y que otro u otros vigilen el lugar por si alguien viene sorpresivamente a la casa, y otros más que les facilitan la salida sin ser vistos rumbo a otro lugar después de haber consumado el

---

<sup>112</sup>.- Diccionario de Derecho Penal. Op. Cit. p. 586.

incesto en forma dolosa y antijurídicamente.

- d) En el delito de incesto, se presenta el encubrimiento, que es el auxilio posterior a la realización del hecho punible, por lo que los incestuosos en virtud de una promesa anterior a la ejecución del delito, por lo que se presenta cuando se ponen de acuerdo entre el encubridor y los sujetos incestuosos, y acuerdan que el primero ocultara a los sujetos activos del incesto en su domicilio para efecto de ocultar que no mantenían una relación incestuosas, cuando si la mantenían.

La participación delictiva es relevante para la punición de las conductas típicas, antijurídicas y culpables de quienes intervienen en el hecho del incesto, lo cual es considerada por el juzgador, pues puede ser el caso de quienes faciliten los medios idóneos para la consumación del hecho delictivo, o en otro caso, participe encubriéndoles después de la comisión del mismo.

### **3.10.- EL DELITO DE INCESTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA COMPARADA.**

Respecto a este punto, haremos un estudio comparativo de la descripción del tipo penal del delito de incesto del Código Penal para el Estado de México, con respecto a otros Códigos Penales de las Entidades Federativas de la República Mexicana, con el objetivo específico de señalar sus semejanzas y sus posibles diferencias, lo cual contribuirá a la propuesta que proponemos, por esta razón, nos permitimos transcribir el delito de incesto como se encuentra tipificado y sancionado en la Parte Especial de los Códigos Penales que a continuación se leen, y es como sigue:

#### **CODIGO PENAL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES TITULO TERCERO DELITOS EN CONTRA DE LA FAMILIA CAPITULO I INCESTO**

**ARTICULO 129.-** El Incesto es la realización voluntaria de cópula entre parientes consanguíneos, sean ascendientes, descendientes o hermanos, con conocimiento de su parentesco.

A los responsables de Incesto se les aplicarán de seis meses a cinco años de prisión y de diez a cien días multa.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR  
CAPITULO III  
INCESTO**

**ARTICULO 250.-** Se impondrá de dos a ocho años de prisión a los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de uno a cuatro años de prisión. Se aplicará esta misma pena en caso de cópula entre hermanos.

La cópula de padrastro o madrastra con hijastra o hijastro. A los primeros se les impondrán la pena de dos a seis años de prisión y a los segundos de uno a tres años.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE CAMPECHE  
CAPITULO III  
INCESTO**

**ARTICULO 241.-** Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIAPAS  
CAPÍTULO III  
INCESTO**

**Artículo 163.-** Se impondrá de tres a ocho años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de uno a cuatro años de prisión.

Se aplicará esta última sanción en caso de incesto entre hermanos.

Cuando el sujeto pasivo sea un niño, niña o adolescente se aumentará la pena de prisión hasta en una mitad más de la sanción que tenga señalada.

**Artículo 163 Bis.-** Cuando a consecuencia de alguno de los delitos, previstos en este título resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago por gastos de maternidad, de alimentos para los hijos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio.

**CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL  
CAPÍTULO V  
INCESTO**

**ARTÍCULO 181.** A los hermanos y a los ascendientes o descendientes consanguíneos en línea recta, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula entre sí se les impondrá prisión o tratamiento en libertad de uno a seis años.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO  
CAPÍTULO CUARTO  
INCESTO**

**ARTÍCULO 218.-** Al ascendiente consanguíneo, afín en primer grado o civil que tenga relaciones sexuales con su descendiente, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión y de veinticinco a cien días multa.

La pena aplicable a los descendientes será de seis meses a dos años de prisión y de diez a setenta y cinco días multa.

Se aplicará esta última sanción en caso de incesto entre hermanos.

En el caso previsto en el primer párrafo, además, se privará a los ascendientes de los derechos de patria potestad.

**ARTÍCULO 219.-** Se equipara al incesto y se castigará de uno a cuatro años de prisión y de veinticinco a cien días multa, a quien tenga relaciones sexuales con los descendientes de su pareja, a quienes se aplicará la mitad de estas sanciones.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE HIDALGO  
CAPITULO VII  
INCESTO**

**Artículo 242.-** A los parientes consanguíneos, sean ascendientes, descendientes o hermanos, que con conocimiento de su parentesco tengan cópula

entre sí, se les impondrá prisión de tres meses a cinco años y multa de 10 a 100 días.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE JALISCO**  
**CAPÍTULO VI**  
**INCESTO**

**Artículo 181.** Cometén incesto, los parientes que copulan entre sí, siempre que se trate de ascendientes con descendientes, hermanos, medios hermanos, padre o madre adoptante con hija o hijo adoptivo, respectivamente, o los que estén ligados por vínculos de afinidad en primer grado.

El incesto entre ascendientes con descendientes se castigará con prisión de uno a cuatro años y los demás con prisión de seis meses a tres años.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE QUINTANA ROO**  
**CAPITULO VII**  
**INCESTO**

**ARTÍCULO 176.-** A los parientes consanguíneos, sean ascendientes, descendientes o hermanos, que con conocimiento del parentesco tengan cópula entre sí, se les impondrá prisión de uno a seis años de prisión.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI**  
**CAPITULO II**  
**INCESTO**

**ARTICULO 168.** Cometén el delito de incesto quienes, siendo descendientes, ascendientes o hermanos consanguíneos, con conocimiento de su parentesco, tienen cópula.

Este delito se sancionará con una pena de uno a cuatro años de prisión y sanción pecuniaria de veinte a ochenta días de salario mínimo.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE SINALOA**  
**CAPÍTULO VI**  
**INCESTO**

**ARTÍCULO 248.** Se impondrá la pena de dos a ocho años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos, será de uno a cinco años de prisión. Esta misma sanción se aplicará en caso de incesto entre hermanos.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE TAMAULIPAS**  
**CAPITULO III**  
**INCESTO**

**ARTICULO 285.-** Cometén el delito de incesto los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes y los hermanos que tengan cópula entre sí.

**ARTÍCULO 286.-** A los ascendientes responsables del delito de incesto se les impondrá una sanción de tres a seis años de prisión y para los descendientes la sanción será de seis meses a tres años de prisión; esta última sanción se impondrá cuando el incesto se realice entre hermanos.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE VERACRUZ**  
**CAPÍTULO VIII**  
**INCESTO**

**Artículo 248.-**Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa hasta de ochenta días de salario a los ascendientes y descendientes consanguíneos o civiles, que tengan cópula entre sí.

Se aplicarán las mismas sanciones en caso de que la cópula sea entre hermanos.

**CODIGO PENAL DEL ESTADO DE ZACATECAS**  
**CAPITULO V**  
**INCESTO**

**Artículo 246.-** Se impondrán sanciones de dos a ocho años de prisión y multa de cinco a veinte cuotas a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes, cuando exista la anuencia de ambos. La sanción aplicable a los descendientes será de uno a cuatro años de prisión y multa de tres a diez cuotas.

Se aplicará esta última sanción en caso de incesto entre hermanos.

De la lectura de los diversos preceptos legales, podemos llegar a las siguientes consideraciones de comparación con relación al artículo 221 del Código Penal del Estado de México, y que son las siguientes:

- A. En cuanto a la descripción del tipo penal a que hace referencia el Código Penal para el Estado de México en su artículo 221, los siguientes Códigos Penales tienen igual conformación de sus elementos normativos y objetivos, como son: Aguascalientes; Campeche; Distrito Federal; Hidalgo; Quinta Roo; San Luis Potosí; Sinaloa; Tamaulipas y Veracruz; haciendo hincapié que su penalidad varía, y que es muy baja, y pueden los sujetos activos del delito de incesto ser caucionados, y enfrentar el proceso penal en libertad.
- B. Llama la atención lo que a la descripción del tipo penal refiere el primer párrafo del artículo 250 del Código Penal de Baja California Sur, al estipular la equiparación de la relación incestuosa entre él "... padrastro o madrastra con hijastra o hijastro"; tenemos que aclarar que la figura de "padrastro, madrastra o hijastro o hijastra" no es estrictamente ningún grado de parentesco que reconozca la legislación civil, sino que se trata de lo que comúnmente se conoce como "parientes políticos", debido a la cercanía de amistad o de convivencia entre la pareja y sus familiares, pero que la ley penal tipifica y sanciona.
- C. El Código Penal de Chiapas en su segundo párrafo agrava el delito de incesto cuando "... el sujeto pasivo sea un niño, niña o adolescente...", esto es virtud de que se trata de menores de edad de menos de doce años, lo cual hace que el sujeto que desconoce o no tiene conciencia del grado de parentesco sea un sujeto inimputable y por lo tanto el otro sujeto incestuoso que si sabe de dicho parentesco actúe con dolo, pero no se descarta que ambos actúen con ese conocimiento.
- D. En el Código Penal de Guanajuato, se puede observar en la descripción del tipo penal contenido en sus artículos 218, primeramente, que sanciona el incesto en el parentesco civil y se priva a los "... a los ascendientes de los derechos de patria potestad"; por lo que se trata de una sanción en ámbito de la institución del derecho de familia; además en su artículo 219 se sanciona el incesto en el parentesco por afinidad al estipular que: "..... a quien tenga relaciones sexuales con los descendientes de su pareja,....". Por consiguiente, se sanciona en el incesto los grados de parentesco que reconoce la ley civil.

- E. El Código Penal de Jalisco sanciona el incesto con el conocimiento del parentesco civil al hacer referencia al "... padre o madre adoptante con hija o hijo adoptivo,..." por lo que resulta una equiparación al parentesco consanguíneo.
- F. Llama la atención la pena impuesta en el delito de incesto en el Código Penal de Tamaulipas, pues es mayor a los ascendientes y menor en lo descendientes, ello obedece, en nuestro punto de vista a la jerarquía impuesta por el descendiente, pues en ello puede influir el engaño o la seducción para ejecutar y consumir la cópula entre ambos. La tendencia la aplica el Código Penal de Zacatecas en su artículo 246.
- G. El Código Penal para el Estado de Chiapas en su artículo 163-bis, hace referencia a la reparación del daño en cuanto a la suministración de alimentos cuando se origine por esa relación incestuosa hijos. Por consiguiente, estimamos, que si es posible tipificar y sancionar en el artículo 221 del Código Penal para el Estado de México el delito de incesto por parentesco civil.

Es relevante hacer un estudio comparativo de delito de incesto tipificado en el Código Penal para el Estado de México, con otros Códigos Penales de la República Mexicana, ello nos permitirá establecer las reglas, técnicas legislativas, aportes de otros elementos normativos u objetivos al hecho delictivo, que los haga sui generis de otros tipos penales.

Y con ello se pretende establecer la estrecha relación del delito de incesto tipificado en los diferentes Código Penales de la República Mexicana que hemos citado, pues sus elementos normativos y objetivos son semejantes y son común denominador de la descripción del tipo penal, aunque con algunas diferencias, principalmente de aplicación de punibilidad.

Aunque ya se menciona la figura de la adopción en el delito de incesto, ya existe un antecedente legislativo para justificar plenamente su incorporación en el Código Penal para el Estado de México, por consiguiente, sería seguir ese criterio para no dejar conductas impunes, que podrían aumentarse si se prevé su sanción penal.

## CAPITULO IV

### **4.1.- La figura legal de la adopción plena como ficción del derecho en la configuración del conocimiento del parentesco en el delito de incesto.**

La institución de la adopción plena tiene, como en el adopción simple, por objeto jurídico, importantes aspectos, que bien se pueden resumir de la siguiente manera:

1.- Incorporar a menores de edad e incapacitados a una familia nuclear, cuyo fin primordial es su pleno y normal desarrollo como personas y seres humanos.

2.- Que a los adoptados en la vía legal plena se les pueda alimentar, educar y cuidar en su desarrollo psicofísico.

3.- Que se les de un trato igual como hijos biológicos, en todos los sentidos, debido a ello por su capacidad moral y económica que han comprobados los padres adoptivos.

4.- Que es esta institución jurídica es un instrumento para aquellas parejas que no pudieron tener hijos, o que teniendo y cubriendo los requisitos que señala la ley puedan hacerlo atendiendo a su firme propósito de llevar a cabo e incorporar a todas aquellas personas que no siendo hijos biológicos lo sean bajo la ficción del derecho.

Ahora bien, la figura de la adopción plena en el conocimiento del parentesco en la realización del delito de incesto, resulta relevante en este sentido, por las siguientes consideraciones, a saber:

a).- Los sujetos activos, lo saben debido al trato que tienen en la convivencia que a diario tienen como familia;

b).- A pesar de saberlo, surge el dolo al percatarse que no guardan un parentesco biológico, sino meramente de una ficción legal;

c).- Dicho parentesco en muchos de los casos resulta en cierta manera reservado cuando son menores de edad, y con el transcurrir del tiempo le es

relevado al adoptado en vía legal plena que no es biológico, lo cual origina consecuencias de carácter psicológico, como depresión o ansiedad, entre otros aspectos.

Los sujetos activos atendiendo a estas circunstancias de carácter moral y jurídico, tienen conocimiento de ello, pero durante el desarrollo del iter criminis, como camino al delito, evalúan las consecuencias que de ello puedan ocurrir; por lo que estamos primeramente ante una tentativa punible.

En el caso de la tentativa, hay una tipicidad subjetiva completa, al completarse, en supuesto de tentativa acabada, el iter criminis, mientras no nace el tipo del delito agotado por no haber tipicidad objetiva completa.

En la tentativa, existen elementos que permiten centrar el fundamento de la pena, con cierta seguridad. En la tentativa hay una tipicidad subjetiva completa, aunque la objetiva no lo sea. En este modelo hipotético, existe sin duda un riesgo para la lesión jurídica. De existir la conducta típica consumada, habría lesión, pero al quedarse la conducta a un paso anterior a una consumación, pero posterior a los actos puramente preparatorios, habría una amenaza para los bienes jurídicos resguardados en la figura del hecho punible.

En el fundamento de la punibilidad de la tentativa, influyen varios elementos, destacando que el derecho punitivo busca proteger al sujeto pasivo, y la lesión o puesta en peligro de sus bienes tutelados, en algo prohibido que habrá de hacer respetar enérgicamente.

El iter criminis se compone de dos fases: la interna, que se refiere a los procesos mentales y subjetivos del sujeto activo, y la externa, que comprende las manifestaciones perceptibles por los sentidos del delito. Y brevemente las resumimos así, **a).- Fase interna.** Esta fase está constituida de tres momentos: primero, la ideación o idea criminosa, que es cuando el sujeto activo concibe en su mente la comisión de un ilícito penal. Segundo, la deliberación que se refiere a la valoración, a la meditación, a la consideración entre la realización o abstención del hecho delictivo. Y tercero, la resolución que es el momento en que el sujeto decide llevar a cabo su conducta antijurídica. Esta fase no es punible en virtud de que nuestra ley penal sanciona única y exclusivamente los hechos realizados, no las ideas, existe en esta área la máxima del jurisconsulto romano Ulpiano: nadie puede ser penado por sus pensamientos.

**b).- La fase externa** se integra también por tres momentos que son: manifestación, preparación y ejecución. La manifestación es el momento en que el sujeto externa su pensamiento criminal, cuando proyecta al exterior sus ideas ilícitas pero precisamente sólo como idea o un pensamiento. Esta manifestación no es punible. La preparación consiste en la realización de actos en sí mismos ilícitos con el propósito de llegar a la ejecución del delito, pero en los cuales no es apreciable la vinculación de la idea criminal con la transgresión de la norma jurídico-penal. Se trata de un momento intermedio entre manifestación y ejecución, esta fase tampoco es punible.

La ejecución es el momento en el cual el sujeto activo agota su conducta antijurídica para la realización del tipo penal consignado en la ley penal, y es la fase dentro de la cual el sujeto activo lleva a cabo todos sus actos que suponen necesarios para realizar la conducta criminal, ideada, deliberada, resulta, manifestada y preparada. Si se reúnen esos elementos típicos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) se estará ante un delito consumado. Lo anterior es perfectible en el delito de incesto.

El parentesco civil o adoptivo, es una ficción del derecho, con consecuencias de derecho, por ello, siendo la adopción una institución familiar, tiene una estrecha vinculación con el delito de incesto, debido a que su desarrollo se presenta en la familia; de este modo, en ese ámbito es donde se presenta el incesto, siendo lo que comúnmente se denomina delitos en silencio, porque no se da en forma pública, sino privativamente; y el parentesco es ficticio, aunque legalmente es real.

#### **4.2.- La ausencia del bien jurídico en el delito de incesto por interferencia de la institución de la adopción plena.**

El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso ya tienda este a destruirlo o menoscabarlo o simplemente ponerlo en peligro. El conocimiento del bien jurídico del tipo penal es el más importante medio de interpretación de dicho tipo. Este concepto explica claramente el contenido material del delito (lesión o peligro), señala la finalidad del ordenamiento punitivo (protección de bienes jurídicos) y es base de la sistematización de los delitos en la parte especial de todo Código Penal.

En el Derecho Penal es muy importante determinar como se afectan los bienes jurídicos a los que el Estado les ha brindado su protección. Por ello, las

acciones u omisiones se analizan cuando producen un resultado afectante, el cual puede tener lugar, ya sea mediante un cambio en el mundo físico; sin dicho cambio, a través de la simple puesta en peligro; o bien al incurrir en conductas formales determinadas por el código penal que, a pesar de no suscitarse cambio alguno en la naturaleza, el legislador ha determinado sancionarlas, lo que hace patente una posición a todas luces normativista, creado por la ley penal.

Función protectora de un bien jurídico, podemos resumirla de la siguiente manera: **1°)** En virtud de una vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito jurídico de la familia, entre padres e hijos, y que se fundamenta en los preceptos del derecho de familia, que impone obligaciones de alimentos, cuidado, etc. El obligado por estos preceptos tiene una posición de garante respecto a la vida, la integridad física y la salud de sus familiares, y del adoptado en la vía legal plena. Si omite el cumplimiento de estos deberes, responde de los resultados de su incumplimiento (caso típico de los padres que no alimentan a su hijo responde a la muerte de este). **2°)** Una comunidad de peligros, que se da sobre todo en la práctica de deportes colectivos, como el alpinismo, que impone la obligación de realizar determinadas acciones (clavar clavos, lanzar la cuerda, etc.) para ayudar a los demás participantes. **3°)** Una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da sobre todo en el ámbito de la medicina (servicios de urgencia, por ejemplo), de los bañeros contratados en los baños públicos, de los encargados de la custodia de los niños pequeños, etc., además personas que, de forma expresa o tácita, asumen la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación.

En otras palabras, como afirman los maestros Jesús Quintana Valtierra y Alfonso Cabrera Morales, "los bienes jurídicamente tutelados son aquellos que la ley protege en homenaje á los valores reconocidos para la vigencia de la armonía social"<sup>113</sup>.

Por ello, si atendemos al bien jurídico en el delito de incesto como lo es la conservación de los genes de la especie humana para que no se produzca una degeneración, es perceptible que de haber embarazo en una relación incestuosa en la que el sujeto activo sea un ser adoptado por la vía plena, no ocurrirá, eso es innegable, pero la sanción penal debe de prevalecer, a pesar de no ser afectado ese bien jurídico, simplemente, por la ficción del Derecho, y por la amenaza que

---

<sup>113</sup>.-Quintanilla Valtierra, Jesús y Cabrera Morales, Alfonso. Manual de Procedimientos Penales. Editorial Trillas. México, 1995. p. 56.

describiera el tipo penal, por lo que deben sufrir las consecuencias penales del delito que cometan los sujetos activos del de incesto.

En este sentido, es una ficción la lesión al bien jurídico tutelado en el delito de incesto, debido a que efectivamente no tiene un parentesco consanguíneo con el otro sujeto incestuosos, le es creado por un acto de autoridad jurisdiccional, pero si atenta contra la moral y buenas costumbres de la familias.

#### **4.3.- El problema del consentimiento en los sujetos activos del delito de incesto cuando son mayores de edad y existe adopción plena.**

Existen parámetros rigurosos en la consumación de las relaciones sexuales de todo ser humano, como son la intimidad y el no daño hacia terceras personas.

Bajo esa perspectiva, en el delito de incesto no existe violencia alguna, como pudiera suceder como la física y la moral (lo cual ocurre en el delito de violación), por el contrario, existe un acuerdo de voluntades entre ambos sujetos incestuosos, y siendo mayores de edad son sujetos para responder de sus actos personalísimos y atender a las consecuencias de los mismos, sin embargo, el grado de parentesco impide en este caso que dicha conducta se convierta en un delito sancionado penalmente.

No basta que exista una mayoría de edad entre los sujetos activos el delito de incesto, y es un elemento sine qua non la existencia y el conocimiento del grado de parentesco que existe entre ambos sujetos activos, lo cual origina una conducta típica, antijurídica y culpable con imposición de una sanción penal.

Aquí lo que le interesa a la norma jurídico-penal, es la no afectación o lesión al bien jurídico tutelado, existe el vínculo de parentesco, y eso es suficiente para tipificar el delito de incesto.

#### **4.4.- El problema del dolo en la relación incestuosa cuando existe la adopción plena.**

El concepto de dolo se deriva del artículo 8º, fracción I del Código Penal para el Estado de México y engloba dos ingredientes o aspectos: el intelectual y el volitivo, que son los reconocidos por la generalidad de la doctrina penal actual.

Un gran sector de la doctrina penal dominante sigue la opinión difundida por aspecto intelectual, sobre todo, de que el aspecto intelectual del dolo abarca: **a)** El conocimiento de los elementos fácticos del delito, y **b)** El conocimiento de la relevancia jurídica de la acción; esto último es lo que se conoce también como "conciencia de la antijuricidad". De manera que, para que se afirme que alguien ha actuado dolosamente, debe constarse que además del conocimiento de los elementos fácticos, tuvo también conciencia de la antijuricidad de su acción. De donde se deriva que la conciencia de la antijuricidad es un ingrediente del concepto del dolo. Al criterio que ubica a la conciencia de la antijuricidad en la estructura del concepto de dolo, se le conoce como "**teoría del dolo**", y es propia de los autores que siguen el sistema causalista. A este criterio, por supuesto, se le formulan diversas objeciones, entre las que se señala el hecho de que, conforme a eso, el ámbito de los delitos dolosos se restringe, pues pocos serían los que en el caso concreto tuvieran un conocimiento actual respecto de la ilicitud de su conducta.

Conforme a la opinión más moderna, el dolo abarca en su aspecto intelectual y cognoscitivo, únicamente los elementos, objetivos meramente descriptivos y elementos normativos del tipo, debiendo revestir dicho conocimiento, las siguientes características **a)** Debe abarcar a todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo, **b)** debe ser actual y no meramente potencial, **c)** No abarca a la conciencia de la antijuricidad; **d)** Por lo que hace a los elementos normativos, que requieren una valoración jurídica, no es necesario un conocimiento técnico, sino que basta un conocimiento que se encuentre en la esfera del lego. De lo anterior se deriva que el objeto de conocimiento del dolo, lo constituyen los elementos objetivos del tipo, sean descriptivos o normativos; partiendo que entre estos no se encuentra la conciencia de la antijuricidad, entonces ella no se requiere para actuar dolosamente. La conciencia de la antijuricidad es un ingrediente que forma parte de la estructura de la culpabilidad, para efectos del juicio de reproche, pero no un componente del dolo.

Las conciencias de seguir uno u otro criterio son importantes y se manifiestan en diversos aspectos, particularmente en lo que se refiere al problema del error en Derecho Penal. Una vez los criterios anteriores, podrán determinarse el que se deriva del artículo 8º, fracción I, del Código Penal para el Estado de México.

Como circunstancias del hecho típico del delito de incesto, no pueden entenderse más que aquellas que integran la descripción legal, y de estas, por supuesto, las del tipo objetivo (conducta positiva o conducta de acción), que son las únicas que se requieren para el conocimiento del dolo. Entre las circunstancias del hecho típico, por tanto, no se encuentra la antijuricidad de la conducta, aún cuando ahí pueda hablarse de la existencia de elementos normativos que implican una cierta valoración; por lo que aquella no constituye objeto del conocimiento para efectos del dolo. En consecuencia, debe entenderse que el conocimiento de que habla la primera fracción del artículo 8°, se refiere únicamente a los elementos objetivos del tipo. Por lo que hace al aspecto "volutivo", éste comprende tanto al caso del "querer" como de "aceptar" el resultado típico; por lo que, la regulación se refiere tanto a lo que es el dolo directo como a lo que es el dolo eventual.

La distinción entre "**dolo directo**" y "**dolo eventual**", se plantea fundamentalmente a nivel del aspecto volutivo, tomando en consideración la intensidad con que la voluntad alcanza el resultado. Si la actividad del sujeto se encamina, en base al conocimiento, de manera directa a la producción del resultado típico, estaremos ante el dolo directo; en cambio, si el sujeto encamina su actividad hacia un resultado diferente y se representa la producción de un resultado típico y lo acepta, entonces estaremos ante el dolo eventual. Es en relación al dolo eventual donde se plantea el problema de delimitar la frontera entre el delito doloso y el culposo, sobre todo el de culpa consciente; ambas situaciones se dan, en la mayoría de los casos, respecto de conciencias secundarias o concomitantes que puedan producirse junto (o en lugar de) al fin principal que el sujeto se propone. En ambos casos, dolo eventual y culpa consciente, hay la representación de la posibilidad de producción del resultado; la diferencia se va a encontrar sobre todo en el aspecto volitivo, en uno lo admite en su voluntad, en otro lo excluye.

Por cuanto se refiere al elemento subjetivo de la conducta típica omisiva, dolosa, entendemos que se presenta también tanto el momento cognoscitivo o intelectual de la representación que en tratándose del tipo omisivo doloso, reúne las características de la exigencia del efectivo conocimiento, al que se hizo referencia en el análisis del tipo, en la teoría del tipo y, también, en el análisis de la conducta típica por acción. En la tipicidad en tratándose de la omisión impropia es necesario que el sujeto tenga conciencia y conocimiento de su calidad, derivada de su posición garante, aun cuando no es necesario que tenga plena conciencia de cuales son todas las consecuencias que le derivan de dicha posición garantizadora. En relación con el aspecto volitivo no debe ofrecer especial diferencia respecto del elemento volitivo de los delitos dolosos, toda proporción

guardada de las características de uno y de otro. Nos parece que ubicados aún en el ámbito interno de la conducta, donde todavía no hay exteriorización, la situación psicológica que se plantea en la mente de quien comete un delito doloso de violación por acción, respecto de quien comete un delito igualmente doloso pero en forma omisiva, como pudiera ser el caso del guardavías que dolosamente no hace el cambio de vía a que está obligado, no existe particular diferencia.

Sobre el aspecto cognoscitivo, es viable que el autor represente la posibilidad de cometer un delito, independientemente de que el comportamiento resulte ser omisivo; igual acontece con el aspecto volitivo, en donde la persona, sobre la base de la representación de su objetivo, decide realizarlo y atiende lo necesario para llevarlo a efecto y, en este sentido, lo mismo puede concluir, la realización de su conducta a través de una acción, como también concluir en base a su experiencia; que el mismo proceso causal se ocupe de producir los efectos deseados, sin necesidad de intervenir, evitándolos, como la ley le ordena, para variar el efecto material de procesos causales que la propia comunidad sabe y espera que seán invariablemente evitados para proteger el bien jurídico.

Es evidente que también en el caso del delito doloso omisivo, el sujeto activo se propone la finalidad de un resultado típico penal, se representa la posibilidad del resultado y selecciona mentalmente los medios para alcanzarlo, y si para este efecto se percata de que no es necesaria su acción para poner en marcha un cierto curso causal, sino que simplemente es suficiente con dejar que el curso causal ya iniciado continúe y produzca sus consecuencias, ello no altera el contenido subjetivo del tipo omisivo.

Por consiguiente, el dolo en el delito de incesto podrá y puede comprobarse con otros elementos probatorios, como son las testimoniales de los familiares, las actas de nacimiento de los sujetos activos de este delito.

Aquí debemos tomar en cuenta acerca del delito de incesto la "unidad del dolo", que se refiere a que la intención de los sujetos activos materiales debe ser sólo una, debe abarcar el resultado total y final de aquellos actos parciales, que coinciden en sus elementos comisivos esenciales, en el lugar, en el tiempo, en la persona a quien se dirige el hecho o conducta antijurídica, es decir, el sujeto activo se coloca en una misma situación de hecho en varios actos, para llegar a su resultado final. También considero importante el elemento del delito continuado, la "pluralidad de hechos en fechas o épocas distintas", porque no se prolonga en el tiempo un mismo acto, sino que son varios actos en distintos tiempos cada uno,

que convergen a un fin inmediato. Atendiendo a su consumación del delito continuado, ésta se forma en tiempos o con un período consumativo interrumpido, porque se forma en tiempos distintos, este período consumativo comprende desde que se inicia la pluralidad de conductas hasta la última de ellas, es decir, la consumación del delito continuado se prolonga en el tiempo interrumpidamente.

#### **4.5.- Una necesidad jurídica: la incorporación de la institución de la adopción plena para que se configure el delito de incesto.**

Ante la deficiencia técnica legislativa que presenta hoy en día la tipificación del delito de incesto, es una necesidad jurídica ante la modernización que exige la vida social, que la figura legal y de naturaleza jurídica como institución familiar como lo es la adopción plena se incorpore en el delito de incesto, debido a los vínculos que tiene con la institución del matrimonio, donde se incorporan personas menores de edad e incapacitados a la familia nuclear con el propósito de cuidarlos y darles un mejor desarrollo en el aspecto moral y físico, y atendiendo a la naturaleza humana de lazos de afecto y de reproductividad, es necesario que ya no quede en grado de atipicidad en el delito de incesto la figura de la adopción plena.

Ante esta problemática, surge esta preocupación, debido a que se ha incrementado en el Estado de México, la tramitación de la adopción plena ante los tribunales familiares como un acto de poder estatal, donde los particulares, como matrimonios, incorporan menores de edad e incapacitados a sus hogares para darles una vida digna, pero al incorporarlos, y no ser personas o hijos biológicos de los padres adoptivos, surgen cuestiones, que por ignorancia de derecho y de hecho, provocan conductas equivocadas entre los hijos biológicos y los de adopción en la vía legal plena.

Consecuencias de orden sexual, como el incesto, que en muchos de los casos son consumados en silencio, pero tiempo después son denunciados, con la problemática de ser probados ministerialmente ante la autoridad competente, por ello, es necesario, al incorporar la figura de la adopción plena en el delito de incesto, ya que con ello no quedarán impunes conductas antijurídicas y culpables, sino que se fortalecerá la seguridad jurídica de la familia y el respeto hacia los integrantes de la relación paterno filial de la sociedad.

Esa necesidad es referida ya que podría presentarse el delito de incesto y uno de los sujetos activos que ha sido adoptado plenamente, en los términos que

lo regula el Código Civil para el Estado de México, y llegara a consumarse este hecho, pero en los términos en que está tipificado el delito de incesto en el Código Penal para el Estado de México, no podrá ser sancionado penalmente, se presentará luego entonces una atipicidad en el delito, es decir, habrá tipicidad por parte de los sujetos activos materiales, pero no se ajustará a lo que describe el tipo penal, por consiguiente habrá impunidad en la conducta delictiva, por lo que se incorpora esta figura al delito de incesto, no ocurrirá esto.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El Derecho se puede conceptuar como el conjunto de normas jurídicas, coactivas y normativas a la vez; que impone el Estado hacia sus destinatarios, que son los ciudadanos con capacidad de goce y de ejercicio.

El Derecho viene a armonizar la convivencia de las personas en sociedad, con la finalidad de conservar y resguardar los bienes jurídicos que otorga la ley penal a toda persona ofendida por la comisión de un delito.

**SEGUNDA:** Se considera válido el concepto legal de delito a que alude la doctrina y directamente el artículo 7º., del vigente Código Penal Federal, independientemente de ser técnica o no, o de que académicamente sea incompleta, toda vez que atiende más que nada a las exigencias del principio de legalidad. Que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable.

**TERCERA:** Por cuanto hace al concepto doctrinal del delito, se adopta la tendencia tetratómica, al considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable. Eliminando la imputabilidad porque no es un elemento del mismo sino del delincente; las condiciones objetivas de punibilidad que se reducen a elementos del tipo penal; y, la punibilidad por ser una consecuencia propia de la norma jurídico-penal.

Otros elementos que incorporan los tratadistas al concepto de delito resultan sobrantes, o que no se justifican, es por lo que se ha adoptado esa definición, ya que son suficientes para su comprensión teórica y práctica, que se ajustan a la legalidad y seguridad jurídica en su interpretación.

**CUARTA:** La antijuricidad y la tipicidad están íntimamente relacionadas, no sólo por ser ambas cualidades de una conducta, sino también por estar vinculadas a la estructura de la ley penal en la norma y el precepto. La tipicidad es el encuadramiento exacto de la conducta típica en la descripción contenida en el tipo; la antijuricidad es el choque de esa conducta con el ordenamiento jurídico-penal en general y la norma prohibitiva en particular.

La afirmación de que un hecho constituye un ilícito (la violación del orden jurídico) requiere, la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma, y en segundo lugar, la verificación de que esa infracción no está autorizada. La comprobación de que el comportamiento infringe una

norma es la materia propia de la “tipicidad”, es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho es presupuesto de la pena contenido en la ley.

**QUINTA:** En orden al aspecto subjetivo, el delito de incesto, es un delito típicamente doloso, que no admite la culpa, y por consiguiente, los sujetos activos del delito quieren y desean el resultado para consumir la relación sexual a sabiendas del parentesco que guardan entre sí.

La medida de la pena, es la medida de la culpabilidad, y ésta a su vez encuentra fundamento en el contenido del injusto. El juez debe apreciar y graduar el injusto y la culpabilidad como base que le permita arribar, al lado de otros elementos, a la medida de la pena....Los motivos que tuvo el sujeto para la comisión del ilícito resultan ser el principal indicador de culpabilidad. El juez de lo penal, respecto de los motivos debe atender a dos aspectos: la voluntad y el valor ético...La motivación como proceso subjetivo del sujeto está relacionada con la formación de la voluntad y la resolución de cometer el ilícito, y así se distingue en estímulos externos que influyen en la conformación de la motivación como son la miseria, la pésimas condiciones económicas, las ideas políticas, la instigación y aún la coacción de terceros, etcétera; y estímulos internos que pueden ser el lucro, la codicia, el odio, la ira, la cólera, la compasión, la piedad, etcétera...cada sujeto puede motivar en su resolución delictiva en forma distinta a cualquier otro; inclusive en los delitos plurisubjetivos, sean de concurso necesario o no, cada uno de los partícipes puede motivarse de diversa manera, unos de manera más reprobable que otros, de ahí que el juez al considerar diverso contenido de motivación el sujeto y de culpabilidad cumple precisamente con la individualización justa, que el marco legal le exige, al determinar la medida de la pena. De esta explicación, se pone en evidencia la relación que existe desde la acción (u omisión) típica, antijurídica, y culpable del delito de incesto, como un todo inescindible, cuya tarea culminaría en la sentencia, con el uso del arbitrio judicial, en el caso de ser condenatoria, de la aplicación de la pena justo dentro de los límites de su arbitrio que la ley señala en cada tipo penal.

**SEXTA:** En orden a la conducta el delito de incesto es de acción, y no se puede presentar en forma omisiva o por comisión por omisión, por tal razón, los sujetos activos del delito en estudio, manifiestan movimientos corporales para la consumación sexual, lo representa el tipo penal que señala la norma jurídico-penal.

La conducta como elemento del delito, es un elementos sine qua non, sin el cual, la conducta delictiva no podría sancionarse, por lo que la acción como conducta humana es relevante en la comisión del delito de incesto; sin conducta típica no habrá delito.

**SEPTIMA:** Actualmente, el delito de incesto, por lo que hace a la figura de la adopción plena, representa una figura atípica, es decir, a pesar de consumarse este ilícito no se sanciona, debido a la ausencia de esta figura civil en la descripción del tipo penal.

Es preciso que se incorpore a la descripción del núcleo penal del delito de incesto la figura de la adopción plena, pues de no hacerse, habrá conductas impunes, lo cual va en contra de la legalidad del sistema penal mexicano.

**OCTAVA:** Es tema de urgencia y necesidad jurídica que el Congreso Local del Estado de México, incorpore la figura de la adopción plena en el delito de incesto, para evitar conductas impunes entre quienes guardan ese parentesco en la familia, atendiendo a la ficción del Derecho, pues solo así se podrá conservar los valores que atañen al mismo, y por otro lado, la amenaza de la norma jurídico penal para sancionar este delito.

Una vez concluida nuestra investigación jurídica, podemos emitir la siguiente propuesta:

## **CAPITULO VIII**

### **INCESTO**

**Artículo 221.-** A los ascendientes que tengan cópula con sus descendientes, teniendo conocimiento del parentesco, se les impondrán de tres a siete años de prisión y de treinta a doscientos días multa. La pena aplicable a estos últimos será de uno a tres años de prisión.

Se impondrá ésta última sanción en caso de incesto entre hermanos.

**Se equipará el delito de incesto el parentesco civil: simple o plena, en los términos del Código Civil para el Estado de México.**

## **BIBLIOGRAFÍA**

- CASTRO**, Dassen Santiago. **El Código de Hammurabi Comentado**. 9ª. Edición. Editorial Playde. Argentina 1989.
- CLEIMAN**, Salomón. **Derecho Hebreo**. 5ª. Edición. Editorial Ariel. Argentina, 1987.
- QUINTANILLA**, Valtierra Jesús y Cabrera Morales, Alfonso. **Manual de Procedimientos Penales**. Editorial Trillas. México, 1995.
- CASTELLANOS**, Alejandro. **Derecho Civil**. Tomo III. Editoriales Tecnos. España, 1989.
- CANSINOS**, Asséns Rafael. **Compendio de Historia del Derecho**. Tomo V. 10ª. Edición. Editorial Cumbre. Argentina, 1989.
- JIMÉNEZ**, Sócrates Santiago. **Diccionario de Derecho Romano**. Editorial Sista. México, 2002.
- MORALES**, José. **Derecho Romano**. 4ª. Edición. Editorial Trillas. México, 1991.
- SANCHEZ**, Esquivel Humberto. **La Filiación Adoptiva**. U.A.E.M. México, 1996.
- CEBALLOS**, López Javier. **Breve Historia del Derecho Civil**. U.A.E.M. México, 1998.
- CASTAN**, Tobeñas José. **Derecho Civil Español Común y Foral**. Tomo V. Editorial Reus. España, 1976.
- GALINDO**, Garfias Ignacio. **Derecho Civil**. 16ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1997.
- PENICHE**, López Edgardo. **Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil**. 24ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1997.
- MONTERO**, Duhalt Sara. **Derecho de Familia**. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
- PÉREZ**, Duarte Alicia Elena. **Derecho de Familia**. 4ª. Edición. Fondo de Cultura Económica. México, 2001.
- GARCÍA**, Mendieta Carmen. **La Adopción**. Anuario Jurídico. Tomo I. Vol. XXI. U.N.A.M. México, 1983.
- PINA**, Rafael de. **Elementos de Derecho Civil Mexicano**. Tomo I. 19ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1995.

**PINA**, Rafael de y Pina Vara, Rafael. **Diccionario de Derecho**. 24ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1995.

**VILLALOBOS**, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 2002.

**ARILLA**, Bas Fernando. **El Procedimiento Penal en México**. 4ª. Edición. Editores Mexicanos. México, 1973.

**PAVÓN**, Vasconcelos Francisco. **Las Reformas Penales**. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1987.

**FUNGAIRIÑO**, Bringas Eduardo. **Diccionario Jurídico Espasa**. 12ª. Edición. Fundación Tomás Moro. Espasa-Calpe. España, 2002.

**ORELLANA**, Wiarco Octavio Alberto. **Curso de Derecho Penal**. (Parte General). 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 2001.

**CITADOS POR QUEZADA**, Oscar. **Principios de Derecho Penal**. Editorial Monroy. 5ª. Edición. México, 1997.

**JIMÉNEZ**, de Asúa Luis. **La Ley y el Delito**. Primera edición en México. Editorial Hermes, S.A. México, 1981.

**MUÑOZ**, Conde Francisco. **Teoría General del Delito**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Colombia, 1990.

**LÓPEZ**, Betancourt Eduardo. **Teoría del Delito**. Editorial Porrúa. México, 1994.

**PORTE**, Petit Candaudap, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal**. 14ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

**GARCÍA**, Ramírez Sergio. **Derecho Penal Introducción al derecho Mexicano**. Tomo I. 2ª. edición. U.N.A.M. México, 1983.

**ISLAS**, Magallanes Olga. **Discurso de Ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales**. (16 de febrero de 1978). Revista Criminalista. Año XLIV. No. 1-3. Editorial Porrúa. México, 1978.

**BACIGALUPO**, Enrique. **Manual de Derecho Penal**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989.

**CORTÉS**, Ibarra Miguel Ángel. **Derecho Penal**. 4ª. Edición. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1992.

**VELA**, Treviño Sergio. **Antijuricidad y Justificación**. 3ª. Edición. Editorial Trillas. México, 1990.

**PAVÓN**, Vasconcelos Francisco. **Imputabilidad e Inimputabilidad**. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1989.

**VELA**, Treviño Sergio. **Culpabilidad e Inculpabilidad**. Editorial Trillas. México, 1985.

**CUELLO**, Calón Eugenio. **Derecho Penal Tomo I. (Parte General)** Volumen Primero. 18ª. Edición. Bosch, Casa Editorial. España, 1980.

**LÓPEZ**, Betancourt Eduardo. **Imputabilidad y Culpabilidad**. Editorial Porrúa. México, 1993.

**DE LA BARREDA**, Luis. **Justicia Penal y Derechos Humanos**. Editorial Porrúa. México, 1997.

**Derecho Penal Colombiano**. (Parte Especial) 7ª edición Editorial Temis. Bogotá, 1985.

**CITADOS POR MONTES**, Alfredo. **Derecho Penal**. Editorial Jurídica. México, 1996.

**GONZÁLEZ**, Bustamante José. **Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano**. 10ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

**GONZÁLEZ**, Quintanilla José Arturo. **Derecho Penal Mexicano**. Editorial Porrúa. México, 1991.

**COLÍN**, Sánchez Guillermo. **Derecho Mexicano de Procedimientos Penales**. 17ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1998.

**COUSIÑO**, Rigoberto. **Teoría del Proceso**. 6ª. Edición. Editorial Fontana. Argentina, 1980.

**MALO**, Camacho Gustavo. **Derecho Penal Mexicano**. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México, 1998.

## **LEGISLACIÓN CONSULTADA**

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**.

**Código Penal para el Estado de México**. Editorial Sista. México, 2009.

**Código Civil para el Estado de México**. Editorial Sista. México, 2009.

**Código Penal del Estado de Aguascalientes**. Editorial Sista. México, 2009.

**Código Penal del Estado de Baja California Sur**. Editorial sista. México, 2009.

**Código Penal del Estado de Campeche**. Editorial Sista. México, 2009.

**Código Penal del Estado de Chiapas**. Editorial Sista. México, 2009.

**Código Penal del Estado del Distrito federal**. Editorial Sista. México, 2009.

**Código Penal del Estado de Guanajuato.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de Hidalgo.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de Jalisco.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de Quintana Roo.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de San Luis Potosí.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de Sinaloa.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de Tamaulipas.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de Veracruz.** Editorial Sista. México, 2009.  
**Código Penal del Estado de Zacatecas.** Editorial Sista. México, 2009.

## **OTROS**

**Diccionario Anaya de la Lengua.** 10ª. Edición. Fundación Cultural Televisa, A.C. México, 1998.  
**Enciclopedia Jurídica Omeba.** Tomo I. Editorial Bibliográfica. Argentina, 1979.  
**Gaceta de Gobierno del Estado de México,** de fecha 27 de agosto de 1987.  
**Semanario Judicial de la Federación.** Quinta Epoca. Tomo XXXIII.  
**Semanario Judicial de la Federación.** Sexta Epoca. Segunda Parte Tomo LVIII.  
**Programa del curso de derecho criminal.** Parágrafo número 200. Ed. Temis, Bogotá Colombia.  
**Curso de Derecho Penal Venezolano.** (Parte Especial). Tomo IV. Editorial Universal. Venezuela, 1965.