

308909  
23

UNIVERSIDAD PANAMERICANA E3

ESCUELA DE DERECHO  
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
U.N.A.M.



LA DOGMATICA JURIDICA APLICADA AL DELITO  
DE ADULTERIO PREVISTO EN EL CODIGO PENAL  
PARA EL DISTRITO FEDERAL

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA EL ALUMNO:  
**ALEJANDRO MANUEL LOPEZ DIAZ DE LEON**

DIRECTOR DE TESIS:  
JUAN VELAZQUEZ EVERS

MEXICO, D. F.

1993

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# INDICE

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

## CAPITULO I

LA DOGMATICA JURIDICO PENAL.....	1
----------------------------------	---

## CAPITULO II

### PRINCIPALES ENUNCIADOS DE LA TEORIA DEL DELITO

1. CONCEPTO DE DELITO.....	7
2. DISTINTAS NOCIONES DEL DELITO.....	8
A) ESCUELA CLASICA.....	8
B) NOCION SOCIOLOGICA.....	9
C) NOCION JURIDICO-FORMAL.....	12
D) NOCION DEL DELITO COMO LESION DE BIENES JURIDICOS.....	13
E) NOCION JURIDICO-SUSTANCIAL.....	13
3. EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.....	17
4. CLASIFICACION DE LOS DELITOS.....	18
A) EN FUNCION A SU GRAVEDAD.....	18
B) EN ATENCION A LA FORMA DE CONDUCTA DEL SUJETO ACTIVO O AGENTE.....	20
C) EN ATENCION AL RESULTADO.....	21
D) EN ATENCION AL DAÑO QUE CAUSAN.....	22
E) POR SU DURACION.....	22
F) EN ATENCION AL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.....	24
G) EN FUNCION DE SU ESTRUCTURA O COMPOSICION.....	26
H) POR EL NUMERO DE ACTOS QUE INTEGRAN AL DELITO.....	26

I) POR EL NUMERO DE AGENTES O SUJETOS.....	27
J) POR LA FORMA DE PERSECUSION .....	27
K) EN ATENCION A LA MATERIA DEL DELITO.....	28
5. CLASIFICACION LEGAL.....	29

### **CAPITULO III**

#### **LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA**

1. LA CONDUCTA.....	33
2. EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO EN EL ACTO DELICTIVO ...	33
3. LA CONDUCTA EN SENTIDO AMPLIO .....	36
4. LA ACCION EN SENTIDO ESTRICTO Y LA OMISION.....	40
5. ELEMENTOS DE LA ACCION.....	43
6. ELEMENTOS DE LA OMISION.....	44
7. LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA ACCION.....	45
8. LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA OMISION.....	54
9. LUGAR Y TIEMPO DE LA COMISION DEL DELITO .....	55
10. OBJETO DEL DELITO .....	57
11. AUSENCIA DE CONDUCTA.....	58
I. LA VIS ABSOLUTA.....	60
II. LA VIS MAYOR.....	62
III. MOVIMIENTOS REFLEJOS.....	64
IV. MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS.....	64
V. ESTADOS DE INCONSCIENCIA.....	64

### **CAPITULO IV**

#### **LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA**

1. TIPO Y TIPICIDAD. CONCEPTOS E IDEAS GENERALES.....	68
---	----

2. ELEMENTOS DEL TIPO.....	71
a) ELEMENTOS OBJETIVOS.....	71
b) ELEMENTOS NORMATIVOS.....	73
c) ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	73
3. CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES.....	74
POR SU COMPOSICION.....	74
POR SU ORDENACION METODOLOGICA.....	74
EN FUNCION DE SU AUTONOMIA O INDEPENDENCIA.....	76
DE DAÑO Y DE PELIGRO.....	76
POR SU FORMULACION.....	76
EN TORNO A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE BIENES TUTELADOS.....	77
4. ATIPICIDAD.....	77

## CAPITULO V

### ANTI JURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

1. ANTI JURIDICIDAD.....	80
2. CLASES DE ANTI JURIDICIDAD.....	81
3. AUSENCIA DE ANTI JURIDICIDAD.....	83
3.1. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	83
3.1.1. NOCION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	83
3.1.2. DIFERENCIA CON OTRAS EXIMENTES E IMPORTANCIA DE LA DISTINCION.....	85
3.1.3. EXCLUYENTES SUPRA LEGALES.....	88
3.1.4. RAZON DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	90
3.1.5. UBICACION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN NUESTRO CODIGO PENAL.....	91
3.1.6. EL EXCESO.....	95

3.2. LEGITIMA DEFENSA.....	96
3.2.1. FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA .....	97
3.2.2. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO .....	98
3.2.3. PRESUNCIONES DE LEGITIMA DEFENSA.....	101
3.2.4. PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA .....	103
3.3. ESTADO DE NECESIDAD.....	104
3.3.1. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.....	106
3.3.2. DIFERENCIAS CON LA LEGITIMA DEFENSA.....	108
3.4. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.....	109
3.5. EJERCICIO DE UN DERECHO.....	111
3.6. OBEDIENCIA JERARQUICA.....	113
3.7. IMPEDIMENTO LEGITIMO.....	115

## CAPITULO VI

### IMPUTABILIDAD

1. LA IMPUTABILIDAD .....	116
2. LA RESPONSABILIDAD.....	118
3. LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA .....	119

## CAPITULO VII

### INIMPUTABILIDAD

1. CONCEPTO DE LA INIMPUTABILIDAD .....	122
2. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD .....	123
a) LOS ESTADOS DE INCONSCIENCIA.....	123
b) EL MIEDO GRAVE .....	125
c) LA SORDOMUDEZ .....	127
d) LA MINORIA DE EDAD.....	128

## CAPITULO VIII

### CULPABILIDAD

1. NOCION DE LA CULPABILIDAD.....	130
2. TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD.....	132
a) TEORIA PSICOLOGICA.....	132
b) TEORIA NORMATIVA.....	134
3. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.....	136
4. FORMAS DE LA CULPABILIDAD.....	137
4.1. EL DOLO. EVOLUCION. CONCEPTO.....	137
4.1.1. ELEMENTOS DEL DOLO.....	139
4.1.2. ESPECIES DE DOLO.....	140
DOLO DIRECTO.....	140
DOLO INDIRECTO.....	140
DOLO EVENTUAL.....	141
DOLO INDETERMINADO.....	141
4.2. CULPA.....	141
4.2.1. CONCEPTO.....	142
4.2.2. FUNDAMENTO DE LA CULPA.....	144
TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD.....	144
TEORIA DE LA PREVISIBILIDAD Y EVITABILIDAD.....	144
TEORIA DEL DEFECTO EN LA ATENCION.....	145
4.2.3. ELEMENTOS DE LA CULPA.....	145
4.2.4. CLASES DE CULPA.....	146
A) CULPA CONSCIENTE, CON PREVISION O CON REPRESENTACION.....	146
B) CULPA INCONSCIENTE, SIN PREVISION O SIN REPRESENTACION.....	147
4.2.5. FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS CULPOSOS.....	150

4.2.6. LA CULPA EN EL DERECHO MEXICANO.....	150
5. PRETERINTENCIONALIDAD.....	151
6. EL CASO FORTUITO.....	152

## CAPITULO IX

### LA INculpABILIDAD

1. INculpABILIDAD.....	154
2. LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD.....	155
2.1. EL ERROR.....	156
2.1.1. LA OBEDIENCIA JERARQUICA.....	159
2.1.2. LAS EXIMIENES PUTATIVAS.....	160
2.1.3. EL ERROR ESENCIAL DE HECHO EN EL CODIGO PENAL MEXICANO.....	161
2.2. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.....	162
a) EL TEMOR FUNDADO.....	163
b) EL ESTADO DE NECESIDAD TRATANDOSE DE BIENES DE LA MISMA ENTIDAD.....	164
c) EL ENCUBRIMIENTO DE PARIENTES Y ALLEGADOS.....	164

## CAPITULO X

### PUNIBILIDAD Y SU AUENCIA

1. NOCION Y NATURALEZA.....	165
2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	169
3. AUENCIA DE PUNIBILIDAD. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	170
a) EXCUSA EN RAZON DE MINIMA TEMIBILIDAD.....	171
b) EXCUSA EN RAZON DE LA MATERNIDAD CONSCIENTE.....	172
c) OTRAS EXCUSAS POR INEXIGIBILIDAD.....	172
d) EXCUSA POR GRAVES CONSECUENCIAS SUFRIDAS.....	173



**CAPITULO XI**  
**LA VIDA DEL DELITO**

1. "ITER CRIMINIS".....	174
2. FASES DEL ITER CRIMINIS .....	174
a) INTERNA .....	174
b) EXTERNA.....	175
RESOLUCION MANIFESTADA.....	176
ACTOS PREPARATORIOS.....	176
EJECUCION .....	177
3. TENTATIVA.....	177
4. CONSUMACION .....	181

**CAPITULO XII**  
**PARTICIPACION**

1. CONCEPTO DE PARTICIPACION.....	183
2. GRADOS DE PARTICIPACION.....	185
AUTOR .....	185
AUTOR MEDIATO Y AUTOR INMEDIATO .....	185
COAUTOR.....	186
COMPLICES .....	186
ENCUBRIDORES.....	186
3. ASOCIACION DELICTUOSA Y PANDILLERISMO.....	194

## CAPITULO XIII

### CONCURSO DE DELITOS

UNIDAD DE ACCION Y RESULTADO .....	198
UNIDAD DE ACCION Y PLURALIDAD DE RESULTADOS.....	198
PLURALIDAD DE ACCIONES Y UNIDAD DE RESULTADO.....	199
PLURALIDAD DE ACCIONES Y DE RESULTADOS.....	200

## CAPITULO XIV

### EL ADULTERIO

1. ETIMOLOGIA Y DEFINICIONES DE LA PALABRA ADULTERIO.....	205
2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO.....	211
2.1. EVOLUCION HISTORICA.....	211
2.2. EVOLUCION HISTORICA EN MEXICO .....	216
EPOCA PRECORTESIANA .....	216
EPOCA COLONIAL.....	220
EPOCA INDEPENDIENTE .....	221
EL CODIGO PENAL DE 1871 .....	224
EL CODIGO PENAL DE 29.....	226
CODIGO PENAL DE 1931 .....	228
3. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ADULTERIO .....	231
3.1. PRESUPUESTO FACTICO .....	231
3.2. CLASIFICACION DEL DELITO DE ADULTERIO.....	233
a) EN ORDEN A LA CONDUCTA.....	233
b) EN ORDEN AL RESULTADO .....	234
c) POR SU DURACION.....	234
d) POR EL DAÑO QUE CAUSA.....	236
e) POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.....	236

f) EN FUNCION DE SU ESTRUCTURA O COMPOSICION.....	237
g) POR EL NUMERO DE ACTOS INTEGRANTES DE LA ACCION TIPICA.....	237
h) EN FUNCION DE LA UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA EJECUCION DEL HECHO DESCRITO EN EL TIPO PENAL.....	238
i) POR LA FORMA DE SU PERSECUCION.....	238
3.3. ELEMENTOS DEL DELITO DE ADULTERIO.....	239
3.3.1. LA CONDUCTA.....	241
3.3.2. MODALIDADES TIPICAS COMO ELEMENTO DEL DELITO DE ADULTERIO.....	253
3.3.3. EL DOLO COMO ELEMENTO EN EL DELITO DE ADULTERIO.....	260
3.4. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO.....	260
3.5. EL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO.....	261
3.6. AUSENCIA DE CONDUCTA.....	269
3.7. TIPO, TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPICIDAD.....	271
3.8. LA ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA.....	276
3.9. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.....	277
3.10. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.....	279
3.11. PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.....	283
3.12. VIDA DEL DELITO (ITER CRIMINIS).....	283
3.12.1. TENTATIVA.....	283
3.12.2. PARTICIPACION.....	283
3.13. CONCURSO.....	286
3.14. CUESTIONES PROCESALES.....	286
CONCLUSIONES.....	290
BIBLIOGRAFIA.....	296

## INTRODUCCION

*El Derecho como instrumento del ser humano, se ha manifestado como un conjunto de normas cambiantes en cada época, adecuándose en cada momento por determinadas circunstancias, y cuya finalidad es regir la conducta externa de los hombres y con ello hacer posible la paz y la seguridad sociales.*

*Todos los intereses y bienes que se desean proteger por el Derecho son de vital e incalculable importancia, sin embargo, entre todos ellos existen algunos que por su naturaleza deben ser especialmente cuidados y asegurados, ya que con su debida tutela en determinado tiempo y lugar se garantizará la existencia y permanencia del orden social.*

*Para la obtención de la paz y seguridad sociales y con ello lograr la permanencia del orden social, el Estado como autoridad, se encuentra facultado y así mismo obligado, a procurar a sus gobernados, por los medios a su alcance, la creación y conservación del mencionado orden, surgiendo así la necesidad y justificación de la existencia del Derecho Penal que, por su naturaleza punitiva, es el medio e instrumento del hombre para refrendar la existencia de los valores necesarios para crear y conservar la vida en sociedad.*

*Al igual que la vida, la libertad, el patrimonio de las personas, etc., el orden familiar, es un bien o interés que debe ser jurídicamente tutelado por las leyes penales.*

*Para tal efecto, nuestra legislación penal ha creado la figura del delito de adulterio, establecido una sanción para aquellos que lo cometen.*

*Desde la promulgación del Código Penal de 1931, ha surgido con alguna fuerza, una corriente abolicionista del delito de adulterio, sin embargo, esta tendencia no ha obtenido resultados favorables, y esto se debe al reconocimiento que han hecho los legisladores en el sentido de que el Derecho Penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene una alta misión civilizadora.*

*Al entrar al estudio del delito de adulterio, estamos concientes de la necesidad de separar cuidadosamente la esfera de la moral y la del Derecho Penal; sin embargo, consideramos indebido construir un Derecho Penal positivo desprovisto de todo contenido ético. La sociedad exige protección a aquellas instituciones sin cuya actividad y función le es imposible existir y desarrollarse. Se ha considerado desde tiempos remotos, que los delitos para tener sentido, deben ser una manifestación fiel de una defensa de lo elemental y esencial en las sociedades.*

*La infidelidad conyugal destruye la cordialidad matrimonial, y aunque el adulterio es fundamentalmente un delito de orden privado, afecta la a familia, que es la base de la sustentación de la sociedad, lo que le hace adquirir un carácter de interés público.*

*La tendencia abolicionista del delito de adulterio, se basa en la dificultad de establecer con certidumbre el verdadero objeto y utilidad de la protección penal, en la dificultad práctica de su comprobación, y sobre todo en la crisis actual del matrimonio.*

*En ocasiones se ha argumentado que el delito de adulterio no puede configurarse por ausencia de tipo, esto es que sin tipo no existirá la tipicidad requerida para la*

*existencia del delito. En otras ocasiones se argumenta que el adulterio debe ser una cuestión de carácter civil, en la que el Derecho Penal no debe intervenir.*

*Así, lo que se intenta en este trabajo, con las limitaciones propias del mismo, es analizar a la luz de la dogmática jurídica penal, el delito de adulterio contemplado en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, y concluir que, como delito, el adulterio se encuentra tipificado, estableciendo cuál es el bien objeto de la tutela por parte de las normas penales, cuál es su naturaleza como delito, y poder encontramos en condiciones de afirmar que el adulterio como delito debe continuar vigente en nuestro ordenamiento penal para el Distrito Federal.*

## CAPITULO I

### LA DOGMATICA JURIDICO PENAL

Es necesario antes de iniciar el estudio del delito de adulterio tipificado en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, lo cual haremos a la luz de la dogmática jurídico penal, establecer en qué consiste ésta y cuáles son sus principales enunciados o principios rectores.

"La expresión Derecho Penal, como acertadamente afirma Maggiore, se aplica para designar al conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuanto a la Ciencia del Derecho Penal, estimada como rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. Puede definirse según se haga referencia al sistema de normas, o bien al de conceptos científicos sobre el delito, el delincuente y la pena."<sup>1</sup>

"El Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina jurídica social, por mirar a las violaciones de la ley, a

---

1 CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 20a. ed., Porrúa, México, 1984, pág. 19.

la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad, y a la significación y valoración social y jurídica de la conducta humana."<sup>2</sup>

"El Derecho Penal -enseña Porte Petit- comprende dos partes: la general referente a la ley, al delito, a las penas en general y medidas de seguridad, y la parte especial que se ocupa de los delitos en particular y de sus penas respectivas."<sup>3</sup>

La Ciencia del Derecho Penal definida por Cuello Calón, "es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad".<sup>4</sup>

"La Ciencia Penal estudia la realidad jurídico penal y mina a la construcción, elaboración y organización de los conceptos deducidos de las normas penales, para comprenderla, valorarla e iluminarla, a los fines de dirigir la actividad humana, indicando los hechos que no deben ser ejecutados porque constituyen delitos y amenazando con penas a los autores de tales delitos".<sup>5</sup>

La Ciencia del Derecho Penal estudia "las normas jurídico-penales, o sea, la dogmática jurídico penal." Porte Petit precisa, que el Derecho Penal en síntesis estudia el conjunto de normas jurídico-penales, en su parte general y en especial la Ciencia Penal en concepto de Del Rosal "pregunta las razones últimas del carácter positivo e histórico del Derecho Penal, con lo que "la Ciencia Penal es de naturaleza filosófica."<sup>6</sup>

2 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano Parte General*, 10a. ed., Porrúa, México, 1974, pág. 17.

3 PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 11a. ed., Porrúa, México, 1987, pág. 19.

4 CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal*, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pág. 24.

5 CAVALLO, *Derecho Penal*, T. I, pág. 37, según cita de PORTE PETIT, Celestino; Loc. Cit.

6 PORTE PETIT, Celestino, op. cit., pág. 24.



Raúl Carrancá y Trujillo afirma que, "en tanto el Derecho Penal procede mediante el análisis de categorías jurídicas concretas, de pura técnica en relación con los conceptos de delito, delincuente y pena, según la legislación, la Ciencia del Derecho Penal procede sistematizando dichos conceptos para lograr una noción universal y abstracta del delito y, mediante el método científico, o sea el jurídico, marca el delito como fenómeno humano, social y jurídico, al delincuente como un ser corpóreo y no un ente conceptual y a la pena como una consecuencia política y social del delito, aplicada según los fines que con ella se persiguen".<sup>7</sup>

El objeto de estudio de la Ciencia del Derecho Penal, son i) las normas jurídico penales; ii) los delitos; y iii) las penas, las medidas de seguridad y las medidas similares, siendo estos tres elementos, los que integran al Derecho Penal en su parte general.<sup>8</sup>

"La dogmática jurídica, es la Ciencia que estudia la definición de los conceptos jurídicos y su sistematización. Es entendida como la misma ciencia del Derecho, considerada estricta y exclusivamente como lógica jurídica".<sup>9</sup>

Ante la posibilidad de confundir estos conceptos, es importante considerar lo expresado por el maestro Castellanos Tena, quien afirma: "suele identificarse la Dogmática Jurídico Penal con la Ciencia del Derecho Penal contra la opinión general, consideramos a la primera, parte de la segunda. Mientras el Derecho Punitivo es conjunto de normas positivas, la Ciencia del Derecho Penal intégrase por principios

7 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, pág. 18.

8 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., Trillas, 1990, 1a. reimpresión, México, 1991, pág. 22.

9 DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1981, pág. 239.

cuyo objeto es, desde luego, el estudio de las normas positivas, pero también como expresa el Maestro Villalobos, fijar la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado. Nótese que la Ciencia del Derecho Penal es más amplia (comprende en su seno a la Dogmática)... En concreto: la Dogmática es una rama de la Ciencia del Derecho Penal cuya misión es el estudio integral del ordenamiento penal positivo".<sup>10</sup>

La Ciencia del Derecho Penal es esencialmente de carácter normativa; su objeto lo constituye, de modo esencial, el estudio del Derecho Penal de manera sistemática, ordenada y racional.

La dogmática jurídico penal es la "disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico penales para extraer su voluntad con base en la interpretación, construcción y sistematización".<sup>11</sup>

El maestro Celestino Porte Petit, señala el contenido de la dogmática jurídico penal, manifestando que "consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo"; asimismo su función la establece en los siguientes términos: "para que el dogmático pueda realizar su función, primeramente debe interpretar la ley penal, para buscar su voluntad; una vez hallada ésta, necesita construir las instituciones y coordinar todas ellas... procede por inducción para formar la premisa universal y el juez, al aplicar la ley después de establecida dicha premisa, actúa por deducción".<sup>12</sup>

---

10 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, págs. 24 y 25.

11 PORTE PETIT, Celestino, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

12 PORTE PETIT, Celestino, *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*. Gráfica Panamericana, México, 1954, págs. 13 y 14.

Jiménez de Asúa, citado por Porte Petit, considera que la dogmática jurídico penal consiste en la reconstrucción del derecho vigente, en base científica, por otro lado, el mismo autor cita que para Crispigni, la dogmática penal "es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el orden jurídico positivo, constituyen el derecho penal"<sup>13</sup>; luego entonces, se puede afirmar que la dogmática jurídico penal es "la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo".<sup>14</sup>

Por su parte Maggiore, autor citado por Porte Petit expresa, "dogmática significa ciencia de los dogmas, o sea, de las normas jurídicas dadas dogmáticamente, como verdades ciertas e indiscutibles"<sup>15</sup>, Crispigni afirma por su parte -explica Porte Petit- que "la norma debe ser captada tal como es, como su dogma... y precisamente por esto la disciplina se llama dogmática jurídica". Soler -añade el multicitado autor- subraya que "el estudio del Derecho Penal se llama dogmático porque se presume la existencia de una ley".<sup>16</sup>

"La ley tiene, pues, el carácter de dogma y como este no es sino una proposición firme y cierta, principio básico de una ciencia, resulta que aquella será la premisa de toda sistematización jurídico-penal... En realidad la ley es como un dogma, porque es el instrumento con que trabaja el juzgador, pero no entendida como un 'fetiché', sino como una norma de la cual hay que descubrir su voluntad".<sup>17</sup>

"En los sistemas de Derecho liberal como el nuestro, sólo la ley establece delitos y penas. Así lo manda la Constitución Federal en su Artículo 14. En

13 *Ibidem.*

14 *Ibidem*, pág. 22.

15 *Ibidem.*

16 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos...* pág. 26.

17 *Ibidem.*

consecuencia, para el penalista la ley es como un verdadera dogma; debe tenerse por verdad firme y cierta, base de toda investigación".<sup>18</sup>

Así como existe una teoría general del Derecho, existe la teoría del delito, naturalmente comprendida en aquélla. "La teoría del delito comprende el estudio de sus elementos, su aspecto negativo y las formas de manifestarse el mismo".<sup>19</sup>

La teoría del delito, se encuentra junto con la teoría de la ley penal y la teoría de la pena y medidas de seguridad dentro de la parte general del Derecho Penal.

La teoría general del delito se identifica con la dogmática jurídico penal, comprendiendo fundamentalmente, generalidades sobre la definición; concepto; elementos; factores negativos; la vida del delito; la participación; y, el concurso.

La teoría del delito estudia "aquellos componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible".<sup>20</sup>

---

18 *Ibidem.*

19 *Ibidem*, pág. 28.

20 JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 3a. ed., T. I, Hennes, Buenos Aires, 1959, pág. 263.

## CAPITULO II

### PRINCIPALES ENUNCIADOS DE LA TEORIA DEL DELITO

#### I. CONCEPTO DE DELITO

Gramaticalmente, la palabra delito deriva del latín *delinquere*, que significa abandonar el buen camino marcado por la ley. Las variantes se han presentado cuando tratan de precisarse los elementos jurídicos, porque en ellos siempre intervienen factores de tiempo, lugar y en general de idiosincrasia de los pueblos.

Los juristas han tratado de formular una definición del delito de tipo filosófico que se adecúe a todos los tiempos y en todos los países para establecer si una conducta es delictiva o no.

"Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares., una definición filosófica, esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido elegidas en delito. A pesar de tales dificultades, como se verá después, es posible caracterizar al delito *jurídicamente*, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales"<sup>21</sup>.

---

21 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 125.

"La ineficiencia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política. Lo más que podría decirse del delito así considerado es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico (Pessina) y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien que es la acción punible (Mezger) lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera."<sup>22</sup>

## **2. DISTINTAS NOCIONES DEL DELITO:**

**A) ESCUELA CLASICA**

**B) SOCIOLOGICA**

**C) JURIDICO-FORMAL**

**D) COMO LESION DE BIENES JURIDICOS**

**E) JURIDICO-SUSTANCIAL**

El insigne maestro Fernando Castellanos Tena en su obra *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, se refiere a los periodos donde con mayor fuerza ha variado la concepción del delito, así analiza el delito en la Escuela Clásica, desde el punto de vista Sociológico y finalmente el concepto jurídico-substancial.

### **A) Escuela Clásica**

Fue Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica, quien fundamentalmente, se distinguió al exponer su definición del delito considerándolo como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los

<sup>22</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, pág. 172.

ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."<sup>23</sup>

Para Carrara el delito es la infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en un delito cuando choca contra la ley del Estado, la cual debe ser promulgado para obtener la protección de la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal finalidad carecería de obligatoriedad. Carrara -según cita de Castellanos Tena- juzgó necesario resaltar que la infracción es la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos, así como, para precisar que solo el hombre puede ser agente activo del delito, ya sea en sus acciones como en sus omisiones, y por último, considera al acto o a la omisión moralmente imputables, porque para él, el individuo está sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral.<sup>24</sup>

## B) Noción Sociológica

En la Escuela Positivista encontramos una concepción sociológica del delito, proporcionada en base a la distinción romana entre *delicta mala in se* y *delicta mala quia prohibita*, que atiende a los hechos intrínsecamente inmorales o a los que sólo están prohibidos por la ley. Para Rafael Garófalo, "delito es la violación a los sentimientos altruistas de probidad y piedad poseídos por una población en la medida mínima indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".<sup>25</sup>

Cuello Calón expresa "para determinar que es el delito, dice Garófalo, es preciso indagar los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones

<sup>23</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, págs. 125 y 126.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 126.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pág. 127.

humanas. Hecha la indagación, afirma este penalista, que el delito está constituido por la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de la piedad y de probidad, en la medida media en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Así según este concepto, habría una delincuencia natural constituida por los ataques a los sentimientos fundamentales de piedad y probidad, y una delincuencia artificial que comprendería los demás delitos que no ofenden estos sentimientos, los delitos contra el sentimiento religioso, contra el pudor, etc. Semejante teoría ha sido objeto de numerosas críticas, no solo es arbitraria, dice Alimena, sino inútil para el Derecho Penal, porque solo nos daría la explicación de la criminalidad de una parte mínima de los delitos contenidos en el Código; es además falsa ante la historia y la psicología, pues solo para hoy podrían servirnos, si fuese cierto que muchos sentimientos de las épocas pasadas son extraños a nosotros, y que muchos de nuestros sentimientos no serán sentimientos del porvenir. Podría también añadirse que la moralidad media representa un máximum con relación a la delincuencia (Manzini) que muchos de los sentimientos cuya violación no constituye delito, según este autor como delitos contra el pudor, etc., tiene una raíz tan profunda en el corazón humano y una importancia social tan considerable como los sentimientos de piedad y probidad.<sup>26</sup>

"La Escuela Positiva hace del delito natural una oposición a las condiciones fundamentales de la vida social en atención a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que se encuentran en una sociedad civil determinada (Garófalo, Ferri, Durkheim).<sup>27</sup>

---

26 CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 3a. ed., Editorial Bosh, Barcelona, 1935, pág. 249.

27 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, pág. 173.



A este respecto el maestro Ignacio Villalobos apunta -según Castellanos Tena- "De haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como *hecho natural*, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales... Y no podía ser de otra manera ya que la conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta, la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos, pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aun cuando luego su concepto general y demasiado nebuloso haya trascendido al vulgo, o quizá por él mismo se haya formado como tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de estas apreciaciones un fenómeno natural. La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etcétera; por tanto no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, por que en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto *a priori*, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formado una universalidad cuyo principio es absurdo querer y luego inducir de la naturaleza".<sup>28</sup> "Lo que el delincuente infringe es la norma, anterior a la ley penal; esta última crea el delito, en tanto que la norma cultural (concepto social, fundamento de la convivencia

---

28 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

entre los hombres) crea la antijuridicidad de la acción. En definitiva, el delito es un fenómeno humano social."<sup>29</sup>

### C) Noción Jurídico-Formal

Fernando Castellanos tena, nos dice que la definición del delito mediante un sistema de derecho debe formularse naturalmente desde el punto de vista del Derecho, sin incluir elementos causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la psicología criminal y otras.

"Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione determinada conducta no es posible hablar de delito".<sup>30</sup>

Edmundo Mezger, considera que el delito es una acción punible, o sea, el conjunto de los presupuestos de la pena.

"Esta noción del delito se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal. El delito es verdaderamente configurado por su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existirá el delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social."<sup>31</sup>

---

29 MARQUEZ PINERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 134.

30 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 128.

31 MARQUEZ PINERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 132.

Esta concepción formalista, no ha escapado a la crítica, ya que se le ha considerado como incompleta e insuficiente, ya que solo atiende a los requisitos formales, despreocupándose de la naturaleza del acto en sí. Desde un punto de vista rígidamente formal puede decirse que todos los delitos son artificiales por cuanto sólo existen en virtud de la ley que tipifica las acciones punibles.<sup>32</sup>

Finalmente, el considerar fundamentalmente a la sanción como elemento esencial del delito, es incorrecto ya que en ocasiones se presentan delitos sin pena.

#### **D) Noción del Delito como Lesión de Bienes Jurídicos**

El Doctor Márquez Piñero nos explica que fue Birnbaum en el año de 1894, quien entendió la esencia del delito como una lesión de bienes o interés jurídicos o como un peligro para ellos. El bien jurídico, a reserva de profundizar más en su concepción, debemos considerarlo como el objeto de la protección penal.<sup>33</sup>

"Dicha noción explica el contenido material del delito (lesión o peligro), determina la finalidad del ordenamiento penal (protección de bienes jurídicos) y fundamenta la sistematización de los delitos en la parte especial del derecho penal.<sup>34</sup>

#### **E) Noción Jurídico-Substancial**

Para realizar la concepción jurídica substancial del delito, se han empleado dos sistemas, el sistema atomizador o analítico y el unitario o totalizador.

32 CARRANCA Y TRUJILLO, *Raúl, op. cit.*, págs. 174 y 175.

33 MARQUEZ PIÑERO, *Rafael, op. cit.*, págs. 134 y 135.

34 *Ibidem*, pág. 135.

La corriente unitaria, establece que el delito es un bloque monolítico, que de ninguna manera es divisible, ni aún para su estudio, pues considera al delito un todo orgánico a pesar de que el mismo presente diversos aspectos.

Por su parte el sistema analítico, descompone al delito en sus elementos constitutivos, relacionándolos entre sí. En cuanto a los elementos integradores del delito no existe uniformidad de criterios. Es por esto, que han surgido diversas opiniones respecto del número de elementos que integran el delito destacando entre éstas las siguientes:

- a) **Bitómica.** Únicamente señala como elementos del delito al hecho y a la culpabilidad.
- b) **Tritómica.** Señala como elementos del delito al hecho o acción, la cual debe ser típica y antijurídica.
- c) **Tetratómica.** Integrando al delito como un hecho o conducta típica, antijurídica y culpable.
- d) **Pentatómica.** Considerando al delito como la conducta o hecho típico, antijurídico y punible.
- e) **Exatómica.** Establece como elementos constitutivos a la conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable, punible e imputable.

- f) Heptatómica. Integrando al delito por una conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable, punible, imputable y además tiene condiciones objetivas de punibilidad.

Edmundo Mezger, también elaboró una concepción jurídico- sustancial del delito, al expresar que se le debe considerar como la acción típicamente antijurídica y culpable.<sup>35</sup>

El maestro Jiménez de Asúa, nos dice partiendo del criterio jurídico substancial heptatómico, que "el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal"<sup>36</sup>.

El maestro Fernando Castellanos tena, adoptando por el criterio tetratómico, define al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, adhiriéndose sin reservas a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

Dentro del desarrollo del presente trabajo, comentaremos cada uno de estos elementos, manifestando desde ahora nuestra adhesión al criterio sustentado por el citado Castellanos Tena, considerando como elementos esenciales la conducta, la tipicidad, antijuricidad (o antijuridicidad) y la culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario.

<sup>35</sup> CASTELLANOS TENA, *op. cit.*, pág. 129.

<sup>36</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, 3a. ed., Hennes, Buenos Aires, 1959, pág. 256.

En cuanto al momento de aparición de cada uno de estos elementos, es dable considerar que no existe una prioridad temporal, pero sí una prelación lógica, ya que procede observar inicialmente si hay la conducta, luego verificar su amoldamiento al tipo legal; tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; en segundo, investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente, imputabilidad y finalmente, indagar si el acto da la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obra con culpabilidad <sup>37</sup>.

Para el análisis de los elementos ya sean esenciales o no, dependiendo del criterio que se adopte, hemos considerado oportuno tomar el cuadro elaborado por Jiménez de Asúa, el cual contiene los elementos tanto positivos como negativos.

### Elementos del Delito

Elementos positivos		Elementos negativos	
1)	Actividad	1)	Falta de acción
2)	Tipicidad	2)	Falta de tipo
3)	Antijuridicidad	3)	Causa de justificación
4)	Imputabilidad	4)	Causas de imputabilidad
5)	Culpabilidad	5)	Causas de inimputabilidad
6)	Condicionabilidad objetiva	6)	Falta de condición objetiva
7)	Punibilidad	7)	Excusas absolutorias

<sup>37</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 132.

### 3. EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

"Si bien numerosos, códigos modernos no definen los que es delito, pues la definición, como dice Jiménez de Asúa, nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos, nuestro códigos penales han procedido distintamente. Sólo el Proy. 1949 ha optado por no definir lo que debe entenderse por delito. El c.p. 1871, nutrido en el español de 1870, lo definía como 'la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda' (art. 1); concepto sustancialmente idéntico al de 'acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley' (art. 1 c. p. español 1870) aunque más imperfecto que él, pues el delito no viola la ley penal, sino, antes al contrario, hace posible su aplicación. En cuanto al c. p. 1929, lo definió como 'la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal' y fijó como tipos legales de los delitos los catalogados en el mismo código (art. 11); definición incompleta por cuanto no circunscribe el delito dentro del radio de las acciones humanas y porque mira exclusivamente a sus efectos, así como porque no comprende a los delitos de peligro y porque hay delitos que no atacan derechos sino los bienes que éstos protegen."<sup>38</sup>

Nuestro Código Penal vigente de 1831, define en su art. 7o. primer párrafo al delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Esta definición formalista, y formulada con fines prácticos, suprimió la calificativa de voluntariedad a la acción, provocando contradicciones en la interpretación práctica, sin embargo, debemos considerar a ésta como el fundamento pragmático de la imputabilidad, esto es que el acto u omisión es el elemento objetivo por medio del cual se manifiesta la voluntad.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, *Ratil, op. cit.*, pág. 177.

<sup>39</sup> *Ibidem.*

En resumen, podemos afirmar que los caracteres constitutivos del delito, según el art. 7 del nuestro código penal, son: i) tratarse de un acto u omisión, de una acción, de una conducta humana, entendiéndose por ésta, la voluntad manifestada por el movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual provoca un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior; y ii) estar sancionada por la ley penal, es decir se fija la obligación del establecimiento previo de los tipos de los delitos, los que, para los efectos penales, pasan a ser los únicos tipos de acciones punibles.<sup>40 y 41</sup>

#### 4. CLASIFICACION DE LOS DELITOS

En base a los establecido por el maestro Castellanos Tena en su obra *Líneamientos Elementales de Derecho Penal*, y apoyados en lo expuesto por el Dr. Márquez Piñero, a continuación expondremos la forma en que se clasifican los delitos.

##### A) EN FUNCION A SU GRAVEDAD

Existen dos concepciones, la bipartita que señala que las infracciones penales son delitos y faltas; y la tripartita que distingue entre crímenes, delitos y faltas o contravenciones, entendiéndose por crímenes, los atentados contra la libertad, la vida y los derechos naturales; los delitos, como las conductas contrarias a los derechos emanados del contrato social, y a las faltas o contravenciones como aquellas infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

---

40 *Ibidem.*

41 *MARQUEZ PIÑERO, Rafael, op. cit., pág. 136.*



Como aciertos de la teoría tripartita, se atribuyen el facilitar la distribución de la competencia de los órganos jurisdiccionales, y la aprobación popular en cuanto a la individualización de la gravedad del hecho, ya que los crímenes son castigados con mayor severidad que los simples delitos. Por otra parte, esta teoría ha sido objeto de críticas, sobre todo desde el punto de vista científico, aun cuando se le ha reconocido su utilidad práctica, "se le reprocha la inversión del orden natural, es decir, en vez de derivar la gravedad de las acciones de la naturaleza del hecho en sí, la deduce de la gravedad de la pena, 'sin inquietarse en absoluto de la inmoralidad del hecho'".<sup>42</sup>

La clasificación bipartita, como hemos afirmado anteriormente, distingue los delitos de las faltas, argumentando que entre los delitos y crímenes no hay diferencia esencial, sino de cuantía, mientras que entre los delitos y contravenciones hay diversidad de naturaleza y cualidad. Se consideró a los delitos como infracciones surgidas de una intención maliciosa, violadoras de intereses individuales o colectivos, y cuya represión es realizada en condiciones semejantes por todas las civilizaciones de características similares. Por su parte, las contravenciones o faltas son hechos distintos, en general carentes de inmoralidad, ejecutados normalmente sin perversidad, constitutivos de un simple peligro para el orden jurídico, sancionados de manera preventiva. Como principal objeción a esta corriente, aparece la dificultad para determinar con claridad el límite entre ambas infracciones.<sup>43</sup>

Castellanos Tena, afirma que en México carece de toda importancia esta distinción, ya que nuestros Códigos Penales, sólo se ocupan de los delitos en general, en donde se subsumen los que en otras legislaciones extranjeras se denominan como

---

42 *Ibidem*, pág. 137.

43 *Ibidem*.

crímenes, dejando la represión de las faltas en las disposiciones y autoridades de carácter administrativo, pareciendo que se adopta por la teoría bipartita.

## **B) EN ATENCIÓN A LA FORMA DE CONDUCTA DEL SUJETO ACTIVO O AGENTE**

Diversos autores penalistas los clasifican en delitos de acción y delitos de omisión, subdividiendo a los de omisión, en de omisión simple y de comisión por omisión.

"Anticipando el concepto de acción, por necesidades de debido entendimiento de esta clasificación, se puede decir, con Cuello Calón, que consiste en la conducta exterior voluntaria dirigida a la producción de un resultado. Este es su sentido amplio, que comprende: la acción en sentido estricto (es decir, un actuar positivo) y la omisión (es decir, un no hacer o actuar negativo)."<sup>44</sup>

Los delitos de acción se traducen en la violación de una ley prohibitiva, mediante la realización de un comportamiento positivo o acción (manifestado con un movimiento corporal) por parte del sujeto o agente, mientras que los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, se configuran porque el sujeto activo, deja de ejecutar una conducta ordenada por la ley, independiente del resultado que material que produzca, violando así, la norma preceptiva (que impone determinada conducta).

Los delitos de comisión por omisión, también llamados de omisión impropia, son aquellos en los cuales el agente se decide por no actuar y por su inactividad se

<sup>44</sup> *Ibidem*.

produce el resultado material, esto es, por su abstención se produce un cambio en el mundo externo o resultado material. Se cita como ejemplo típico de los delitos de comisión por omisión, el de la madre de deja de amamantar a su hijo recién nacido, produciéndose el resultado letal.

En los delitos de omisión, existe una violación jurídica y un resultado puramente formal, en tanto que en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se infringe una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se violan una dispositiva y una prohibitiva.

### **C) EN ATENCION AL RESULTADO**

Se clasifican en formales y materiales. A los primeros también les denomina delitos de simple actividad de o acción; a los segundos se le conoce como delitos de resultado.

Los delitos formales son aquellos en que el tipo penal se consuma jurídicamente mediante el solo movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo. Al ser delitos de mera conducta, se sanciona la acción (u omisión) en si misma (como la portación de arma de fuego o el falso testimonio).

Los delitos materiales o de resultado, son aquellos que se integran o consuman cuando se produce un resultado dañoso objetivo o material (como la muerte en el homicidio).

## **D) EN ATENCION AL DAÑO QUE CAUSAN**

Esta clasificación atiende al daño resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, y se dividen en delitos de lesión y delitos de peligro.

Los delitos de lesión, una vez que se han consumado, lesionan o causan un daño directo y efectivo en los intereses jurídicamente protegidos por la norma violada (como el homicidio, el fraude, etc.); los de peligro, no causan un daño directo a los intereses jurídicos, pero los ponen en peligro, exponiéndolos a su lesión o pérdida (como el abandono de personas o la omisión en el auxilio). El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicamente protegidos, de la cual surge la posibilidad de causación de un daño.

## **E) POR SU DURACION**

Los delitos se clasifican en base a su duración, como instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

El delito instantáneo es aquel en que la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento, de forma inmediata, esto es, la violación jurídica se produce de manera simultánea con la consumación del delito (como en el robo o en el caso del homicidio).

El delito instantáneo con efectos permanentes, es aquel en que la conducta, destruye o disminuye el bien jurídico tutelado de forma instantánea, permaneciendo la secuela nociva. Podemos citar como ejemplo, el caso de las lesiones, en las que el bien jurídico protegido (la salud o la integridad corporal), disminuyen

instantáneamente como consecuencia de la actividad humana, pero la alteración en la salud permanente por un tiempo determinado o de por vida.

Delito continuado es aquel, en que se dan varias acciones, produciéndose una sola lesión jurídica idéntica, pues hay unidad en el propósito. Se dice que el delito continuado consiste en i) unidad de resolución; ii) pluralidad de acciones; y iii) unidad de lesión jurídica. Como ejemplo podemos considerar el caso del sujeto que decide robar un número determinado de bienes, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de uno de estos bienes, hasta completar la cantidad propuesta.

El delito permanente es aquel en el cual, la violación jurídica continúa ininterrumpidamente después de la consumación del ilícito. "Puede hablarse de delito permanente sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria de Derecho en cada uno de sus momentos"<sup>45</sup>, como en el caso del rapto, el plagio, etc.

Al respecto nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7 establece lo siguiente:

*"ARTICULO 7o.- ...*

*El delito es:*

*I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;*

---

45 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 139.

*II.- Permanente o Continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y*

*III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.<sup>46</sup>*

## **F) EN ATENCION AL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD**

Tomando como base la culpabilidad los delitos se dividen en dolosos y culposos. Algunos autores y legislaciones como nuestro Código Penal agregan los llamados preterintencionales.

Delito doloso será aquel en que la voluntad del agente se dirige conscientemente a la realización del hecho típico y antijurídico.

El delito culpable, se presenta cuando el agente no obra conscientemente, esto es, no desea el resultado tipificado en la ley, el cual se produce por impericia o negligencia. En la culpa no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas para la vida en común por el Estado.

En cuanto a los delitos preterintencionales, son los que surgen cuando la voluntad del sujeto va dirigida a obtener un resultado, si embargo el que se produce

---

<sup>46</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

es mayor a la intención. Es preterintencional cuando el resultado sobrepasa la intención.

Nuestra legislación penal para el Distrito Federal, en su artículo 8o. establece los delitos podrán ser intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales.

Por su parte el artículo 9o. de dicho ordenamiento expone en qué consiste la materialidad de cada una de las especies delictivas referidas en el párrafo anterior, al establecer:

*"Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.*

*Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico, incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen; y*

*Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."<sup>47</sup>*

## **G) EN FUNCION DE SU ESTRUCTURA O COMPOSICION**

Según este criterio, los delitos son clasificados como simples y complejos. En los delitos simples hay una lesión jurídica única e inseparable, la cual viola o ataca a un solo bien jurídicamente tutelado, como en el caso del homicidio.

Los delitos complejos son aquellos que se forman de la fusión diversos hechos delictivos, cada uno de los cuales es por sí mismo un delito diverso, formando una figura delictiva nueva y superior en gravedad a los que la componen; no se trata de un concurso de delitos, ya que se violan dos o más bienes jurídicamente protegidos configurando una sola figura delictiva, así establecida por la propia ley, podríamos decir, circunstanciado, en tanto que en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, aun cuando es un mismo sujeto quien las ejecuta.

Como ejemplo de delito complejo, podemos establecer el delito de robo en lugares habitados o destinados para la habitación, el cual se castigará como un delito complejo, sin imponer las sanciones correspondientes al robo y al allanamiento de morada, penas que corresponderían a cada uno de estos delitos, en caso de no existir este delito complejo tipificado en nuestro Código Penal en su artículo 381 bis.

## **H) POR EL NUMERO DE ACTOS QUE INTEGRAN AL DELITO**

Existen delitos unisubsistentes y plurisubsistentes. Los primeros son aquellos que se forma por un solo acto, en tanto que los segundos son aquellos que constan de varios actos para su perfeccionamiento, aunque no de varias figuras delictivas como en el caso del delito complejo.



## **I) POR EL NUMERO DE AGENTES O SUJETOS**

Esta clasificación toma como base para elaboración, la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo penal, haciendo la distinción entre delitos unisubjetivos y delitos plurisubjetivos.

Serán unisubjetivos, si es uno solo el sujeto actuante que colma el tipo, como en el caso del péculado, mientras que los delitos plurisubjetivos requieren de dos o mas sujetos activos para que el tipo se perfeccione, como en el caso de la asociación delictuosa.

## **J) POR LA FORMA DE PERSECUSION**

Se presentan los delitos perseguibles por querrela y los de oficio. Los delitos perseguibles por querrela o también llamados perseguibles a instancia de parte, solo se investigarán si está de por medio la querrela de la parte ofendida o bien, de aquella persona facultada por la ley para querrellarse.

En los delitos perseguibles de oficio, el Estado está obligado a actuar, investigando, persiguiendo y castigando a los responsables del ilícito, sin que sea necesario contar con la voluntad del sujeto ofendido por el delito, esto es, que serán investigados y posteriormente sancionados por iniciativa de la propia autoridad, por mandato legal.

## K) EN ATENCION A LA MATERIA DEL DELITO

En cuanto a este aspecto, encontramos que se dividen en comunes, federales, oficiales, militares y políticos.

Los delitos comunes son los que se formulan en leyes que las legislaturas de los Estados promulgan, con excepción del Distrito Federal, donde el Congreso de la Unión es el órgano legislativo facultado para legislar en materia común, por carecer de legislatura local. Los delitos Federales están establecidos en las leyes que expide el Congreso de la Unión.

Los delitos militares son aquellos que afectan la disciplina del Ejército, y son imputables a los miembros del mismo, a quienes por lo tanto se les juzga por tribunales militares en aplicación del Código castrense. Sin embargo, se debe puntualizar que la Constitución General de la República, en el Artículo 13, prohíbe a los tribunales militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado.

Delitos oficiales son los que se llevan a cabo por un funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones públicas.

Los delitos políticos "no han sido definidos de manera satisfactoria. Generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del estado en sí misma o en sus órganos o representantes"<sup>48</sup>. Consideremos que son aquellos que tratan de afectar la estabilidad del Estado, ya sea en su organización, en su estructura o en sus funciones.

---

<sup>48</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 145.

Para el profesor Fernando Martínez Inclán -citado por Castellanos Tena- lo que caracteriza al delito político es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, de vulnerar o alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado.<sup>49</sup>

Con relación a los llamados delito políticos, el artículo 144 de nuestro Código Penal establece:

*Art. 144.- "Se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y de conspiración para cometerlos".<sup>50</sup>*

## 5. CLASIFICACION LEGAL

El Código Penal vigente (el cual data del año de 1931, con las modificaciones que se han incorporado al mismo), en el Libro Segundo, reparte los delitos en veinticuatro Títulos, a saber:

Título I:	Delitos Contra la Seguridad de la Nación
Título II:	Delitos Contra el Derecho Internacional
Título III:	Delitos Contra la Humanidad
Título IV:	Delitos Contra la Seguridad Pública

<sup>49</sup> *Ibidem.*

<sup>50</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

- Título V:** Delitos en Materia de Comunicación y Violación de Correspondencia
- Título VI:** Delitos Contra la Autoridad
- Título VII:** Delitos Contra la Salud
- Título VIII:** Delitos Contra la Moral Pública y las Buenas Costumbres
- Título IX:** Revelación de Secretos
- Título X:** Delitos Cometidos por Servidores Públicos
- Título XI:** Delitos Cometidos Contra la Administración de Justicia
- Título XII:** Responsabilidad Profesional
- Título XIII:** Falsedad
- Título XIV:** Delitos Contra la Economía Pública
- Título XV:** Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual
- Título XVI:** Delitos Contra el Estado Civil y Bigamia

<b>Título XVII:</b>	<b>Delitos en Materia de Inhumaciones y Exhumaciones</b>
<b>Título XVIII:</b>	<b>Delitos Contra la Paz y Seguridad de las Personas</b>
<b>Título XIX:</b>	<b>Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal</b>
<b>Título XX:</b>	<b>Delitos Contra el Honor</b>
<b>Título XXI:</b>	<b>Privación Ilegal de la Libertad y Otras Garantías</b>
<b>Título XXII:</b>	<b>Delitos en Contra de las Personas en su Patrimonio</b>
<b>Título XXIII:</b>	<b>Encubrimiento</b>
<b>Título XXIV:</b>	<b>Delitos Electorales y en Materia de Registro Nacional de Ciudadanos</b>

Debemos considerar que el legislador d 1931 pretendió, en términos generales, hacer una clasificación de los delitos en base al bien o interés jurídicamente protegido, sin embargo, las reformas que se han dado a través del tiempo a nuestro ordenamiento penal, en ocasiones se han realizado tomando como base el sujeto pasivo a al sujeto activo, o bien a la actividad delictuosa.

El Doctor Rafael Márquez Piñero, nos proporciona una clasificación en base al sujeto pasivo de la infracción y al bien jurídicamente protegido:

- I. Delitos contra el Individuo (vida, integridad corporal, honor, reputación, libertad, estado civil, seguridad y patrimonio).
- II. Delitos contra la institución familiar (relaciones entre los cónyuges y paternofiliales).
- III. Delitos contra la salud (salud pública, moral o buenas costumbres, falsedades, servidores públicos en el desempeño de sus cargos, comunicaciones, economía pública, y responsabilidad de los profesionistas).
- IV. Delitos contra la Nación o el Estado (seguridad exterior, seguridad pública, autoridades, e insignias nacionales).
- V. Delitos contra el Derecho Internacional (piratería, violación de inmunidad diplomática, neutralidad, atentados contra los derechos de prisioneros, heridos, rehenes y personas hospitalizadas).<sup>51</sup>

---

51 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 142.

## CAPITULO III

### LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

#### 1. LA CONDUCTA

El delito es ante todo una conducta, acto o hecho humano. La conducta constituye el elemento objetivo del delito, por exteriorizarse a través de un cambio en el mundo exterior.

El maestro Castellanos Tena, define a la conducta como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."<sup>52</sup>

#### 2. EL SUJETO ACTIVO Y EL SUJETO PASIVO EN EL ACTO DELICTIVO

"El delito es -como lo establece el maestro Castellanos Tena- ante todo una conducta humana".<sup>53</sup> Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto o conducta y la omisión deben corresponder al hombre, es el único capaz de voluntariedad.

Jiménez Huerta indica con todo acierto que todos los seres vivos racionales del mundo circundante se encuentra comprendidos en el concepto de sujeto activo a que

---

52 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 49.

53 *Ibidem*, pág. 147.

hacen referencia los tipos penales. En consecuencia, los animales y las cosas no son sujetos activos. Tampoco es sujeto activo la persona moral.

Entendamos entonces que el "sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal."<sup>54</sup>

La Doctora Olga Islas en relación con este punto afirman que únicamente el autor material, unitario o múltiple, puede ser sujeto activo. El autor mediato, el autor intelectual, el cómplice y el autor detrás del autor, no son sujetos activos por que no concretizan el contenido semántico de los elementos del tipo legal. Esta concretización se realiza cuando en el caso particular hay tipicidad, esto es la adecuación de la conducta al tipo penal.<sup>55</sup>

El maestro Porte Petit, lo define como: "el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice".<sup>56</sup>

Al sujeto activo se le puede clasificar en cuanto a la calidad requerida en el tipo. Si el agente activo puede ser cualquier persona, estamos en presencia de un sujeto activo "común" o "indiferente", pero si el individuo lleva a cabo una conducta que el tipo describe como propia de alguien, "restringese en estos casos la posibilidad de ser sujeto activo del tipo al círculo de personas en quienes concurre la mencionada condición o circunstancia personal, hasta el extremo de que la persona desposeída de tal cualidad, no puede ser sujeto activo primario... surgen así los llamados delitos

---

54 ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, *Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida*, 2a. ed., Trillas, México, 1985, pág. 29.

55 *Ibidem*, pág. 32.

56 PORTE PETIT, Celestino, *Apunamientos*, pág. 438.



propios o exclusivos, que sólo pueden ser cometidos por determinada categoría de personas, en contraposición a los delitos comunes, los cuales pueden ser realizados por cualquiera".<sup>57</sup>

Debemos considerar al sujeto activo como elemento del tipo, pues no se puede concebir un delito sin sujeto activo.

El maestro Castellanos Tena establece que el sujeto pasivo del delito es "el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido..."<sup>58</sup>

"Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Es por ende, el elemento del tipo en el que singulariza la ofensa inferida a la sociedad."<sup>59</sup>

En ocasiones la ley exige una serie de características determinadas por lo estaremos en presencia de una calidad específica (como por ejemplo en el parricidio, en el que el sujeto pasivo es un ascendiente consanguíneo en línea recta). Cuando la ley no establece calidad específica, cualquiera puede ser sujeto pasivo.

Así mismo, hay tipos legales que exigen una pluralidad de personas para la integración del sujeto pasivo, (como por ejemplo el aborto sufrido, en que se requiere el producto de la concepción no nacido y la mujer embarazada) Otros tipos legales no requieren esa pluralidad (el robo, fraude, etc.).

---

57 JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, T. 1., 5a. ed., Porrúa, México, 1985, págs. 96, 97 y 98.

58 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 152.

59 ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, *op. cit.*, págs. 39 y 40.

### 3. LA CONDUCTA EN SENTIDO AMPLIO

Gran parte de las controversias que sobre distintos temas de derecho, se han suscitado entre los autores, encuentran su fundamento en la distinta terminología que proponen para designar las instituciones y figuras jurídicas; el elemento objetivo del delito, no podía escapar a esa realidad, y es así como encontramos que los diversos juspenalistas se refieren al mismo, utilizando diversos términos tales como: acción, hecho, conducta, comportamiento, etc... Desde luego, es importante apuntar que el Código Penal vigente, implica indistintamente las palabras acto, acción, conducta y hecho, según se desprende de la lectura de los artículos 7, 19 y 52, entre otros, lo que revela claramente que la legislación positiva atribuye a estos términos el mismo significado y por ello la discusión sobre la terminología que debe adoptarse carece de interés práctico, no obstante, y para asentar nuestro punto de vista sobre el particular, haremos un breve análisis de las denominaciones propuestas.

Francisco Pavón Vasconcelos, hace notar la diferencia "entre 'hecho' considerado como delito y el propio hecho como elemento objetivo del delito"<sup>60</sup>. Antolisei al expresar que el delito es un hecho realizable en el mundo exterior, afirma que "en el delito, por consiguiente, existe indefectible un elemento material o físico (objetivo), sin el cual, por lo menos en la fase actual de la evolución del Derecho, aquél no es concebible".<sup>61</sup>

---

60 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 8a. ed., Porrúa, México, 1987, pág. 156.

61 ANTOLISEI, Francisco, *La Acción y el Resultado en el Delito*, Traducción hecha por Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969, pág. 9.

Pavón Vasconcelos enseña que la palabra acción, "término genérico comprensivo de la acción en sentido estricto y de la omisión; es usada entre otros autores, por Cuello Calón, Antolisei y Maggiore."<sup>62</sup>

Jiménez de Asúa, considera que el término acto, implica en su acepción, el aspecto positivo "acción" y el negativo "omisión". Consideramos desde luego que no es aceptable denominar como acto o acción al elemento objetivo del delito, ya que en tanto la acción o acto implica en sí misma la idea de movimiento, la palabra omisión hace referencia a una inactividad, constituyendo aspectos opuestos de la conducta humana, sin que podamos referirnos a ambos aspectos, con el empleo de un solo término.

Los maestros Castellanos Tena<sup>63</sup> y Jiménez Huerta<sup>64</sup> consideran como término adecuado para definir al elemento objetivo del delito el conducta. El mencionado Castellanos Tena establece como término correcto el de la conducta ya que dentro del mismo se puede incluir el hacer positivo como el negativo, esto es, que dentro del término conducta pueden comprenderse la acción y la omisión.

Porte Petit<sup>65</sup> por su parte, distingue la conducta del hecho, según el caso, utilizando el primer término en los casos en que la ley no exige un resultado material, es decir cuando el tipo penal describe una mera conducta y, la palabra hecho para aquellas ocasiones en que el tipo legal no se agota con la simple conducta del agente, sino que requiere la realización de un resultado material. "Pensamos -dice Porte Petit,

---

62 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.*, págs. 182, 183 y 184.

63 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 147.

64 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Panorama del Delito*, Imprenta Universitaria de México, México, 1950, pág. 78.

65 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos...* pág. 121.

citado por Castellanos Tena- no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo.<sup>66</sup>

Don Fernando Castellanos Tena, opina en relación con las consideraciones del maestro Porte Petit los siguiente: "Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la *conducta* (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, *hecho*, cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de *conducta*; de *hecho*, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así pues, el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. Por nuestra parte no hay inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos *conducta* y *hecho*, advirtiendo, sin embargo que, en el lenguaje ordinario por *hecho* se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde un punto de vista, un *hecho*. También los fenómenos naturales son *hechos*. Mas si convencionalmente se habla de *hecho* para designar la conducta, el resultado y su necesario nexo causal, y del vocablo *conducta* cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción nos parece útil. Desde luego, únicamente existe el nexo causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico."<sup>67</sup>

66 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 148.

67 *Ibidem*.

Al igual que el profesor Castellanos Tena, no encontramos inconveniente alguno en utilizar ambos términos, sin embargo no consideramos aconsejable el uso de esta dualidad de términos, que podrían provocar confusiones y que es contraria al sentido simplista que debe caracterizar al derecho.

El Doctor Raúl Carranca y Trujillo al hablar de elemento objetivo del delito establece que: "La conducta es el elemento básico del delito, consistente en un hecho material exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior físico o psíquico y se es negativo consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal lo que también causará un resultado".<sup>68</sup>

Recordemos que el delito en cuanto a la conducta, puede dividirse en delitos de acción y de omisión, subdividiendo a los de omisión en delitos de omisión simple y de comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad voluntaria, la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto que en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

---

68 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, pág. 261.

#### 4. LA ACCION EN SENTIDO ESTRICTO Y LA OMISION

Hemos asentado que la conducta (también llamada acto u omisión, *lato sensu*, e inclusive hecho), puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; esto es, por actos u omisiones.

El acto o la acción, en sentido estricto, es todo hecho humano voluntario, dirigido a la obtención de un fin determinado, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro en dicha modificación.

Cuello Calón, citado por Castellanos tena, considera a la acción, en sentido estricto, como el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro que se produzca.<sup>69</sup>

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe realizar. La omisión es una forma negativa de la acción.

Castellanos Tena, citando a Cuello Calón, expresa que la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.<sup>70</sup>

---

69 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 152.

70 *Ibidem*, pág. 153.

En los delitos de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente, en los de acción se hace lo prohibido. En los de omisión de infringe una ley dispositiva y en los de acción una ley prohibitiva.

La omisión viene a ser una de las formas de la conducta, presentando dos clases, las cuales se deben distinguir entre ellas: propio delito de omisión u omisión simple y ii) delitos omisión impropia, o sea el delito de comisión por omisión.

"La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntarios (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a 'un tipo de mandamiento' o 'imposición'",<sup>71</sup>

En la comisión por omisión existe un delito de resultado material, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.<sup>72</sup> En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva.

Como diferencias básicas entre los delitos de omisión simple y los de comisión por omisión encontramos las siguientes:

- "a) Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión o por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.

---

71 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntes...*, págs. 305 y 306.

72 *Ibidem*, pág. 311.

b) En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los de comisión por omisión, un resultado típico y material.

c) En la comisión simple, lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que lo que se sanciona no las omisión en sí, sino el resultado producido por ésta. En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva (penal); en tanto que en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.

d) El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión, es de resultado material.<sup>73</sup>

El maestro Castellanos Tena, al referirse al la diferenciación que se debe hacer en relación con los delitos de comisión por omisión y los de omisión simple, expresa: "en los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En cambio, en los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión), es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el Derecho ordena. Por eso quienes emplean los términos conducta y hecho para designar el elemento objetivo del delito, afirman que en la omisión propia o simple, tal elemento es sólo la *conducta*, en tanto que en los delitos de comisión por omisión se trata de un *hecho* (conducta, resultado y nexa causal). En la omisión simple sólo se viola, la norma que ordena, por que el agente no hace lo mandado; en la comisión por omisión infrínge dos normas: la dispositiva (la que impone el deber de obrar) y la

73 *Ibidem*, pág. 321.



prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado). La omisión propia sólo comporta resultado jurídico; la impropia uno jurídico y otro material, sensorialmente perceptible. En los delitos de omisión simple el tipo se llena con la inactividad; en los delitos de comisión por omisión cuando por inactividad emerge el resultado material.<sup>74</sup>

## 5. ELEMENTOS DE LA ACCION

Celestino Porte Petit escribe: "Se ha expresado en forma casi unánime, la opinión de que la acción consta de tres elementos: a) Manifestación de voluntad. b) Resultado y c) Relación de causalidad....V. Liszt señala como elementos de la acción, los antes enumerados, cuando dice que la idea de acto supone, en primer término, una manifestación de voluntad; que la voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior, que debe llamarse resultado y perceptible por los sentidos, y que a los dos elementos del concepto de acto, se debe agregar otra característica, que reúna las diferentes partes en un todo: la relación del resultado con la manifestación de la voluntad."<sup>75</sup>

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal. Par Mezger en la acción se encuentra como elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Existen varios criterios con respecto a si la relación de causalidad y el resultado deben ser o no considerados dentro de la acción. La razón de esta

---

74 CASTELLANOS TENA, *Fernanda, op. cit.*, pág. 154.  
75 PORTE PETIT, *Celestino, Apuntes...*, págs. 300 y 301.

divergencia -afirma Castellanos Tena- radica, en el uso de una terminología variada; si el elemento objetivo se le denomina acción, evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el nexo causal, dada la amplitud otorgada a dicho término; lo mismo cabe decir respecto de otros, tales como acto, conducta y hecho. Es por esta razón que Porte Petit habla de conducta o hecho, para él la primera no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto a la propia conducta como al resultado y al nexo de causalidad cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior<sup>76</sup>.

## 6. ELEMENTOS DE LA OMISION

Como en la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, siendo por tanto los elementos que la integran los siguientes: a) Voluntad y b) Inactividad. La voluntad se encamina a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. La inactividad está íntimamente ligada con el otro elemento, al psicológico, toda vez que el sujeto se abstiene de ejecutar el acto a cuya realización estaba obligado.

Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la omisión por comisión, mas en ésta surgen otros dos elementos, a saber: Un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre el resultado y la abstención.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura delictiva prevista por las leyes. En ambos casos existe un resultado jurídico; en la comisión por misión existe además un resultado material.

---

76 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 155.

En los delitos de comisión por omisión, como hemos apuntado anteriormente, la manifestación de la voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en una abstención teniendo la obligación de actuar, pero violándose no solo la norma preceptiva sino, también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

## 7. LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA ACCION

"Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado deber tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Por su puesto, sólo tiene sentido estudiar la relacion de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige una mutación en el mundo externo, a cuyo elemento objetivo el profesor Porte Petit, como hemos dicho denomina "hecho".<sup>77</sup>

La conducta humana puede producir un cambio en el mundo exterior: físico, anatómico, fisiológico o psíquico, ose un resultado material, y entre conducta y resultado material se requiere una relación causal, para que aquél sea atribuible al sujeto.

"Entre el acto humano (acción u omisión) y el resultado delictuoso debe existir una relación de causalidad, pues sin ésta no existe acción en sentido penal. Es diferente que la relación de causalidad sea directa, inmediata o mediata, que el agente realice por su propio esfuerzo personal el hecho que causa el resultado

---

77 *Ibidem*, pág. 156.

producido, o que para su obtención se valga de fuerzas o energías que él pone en movimiento, exteriores a su persona."<sup>78</sup>

Ante el serio problema de determinar cuáles actividades humanas deber ser tenidas como causa del resultado, se han elaborado numerosas teorías advirtiéndose dos corrientes: la generalizadora y la individualizadora. Según la primera, todas las condiciones productoras del resultado se consideran causa del mismo. De conformidad con la doctrina individualizadora, debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

La teoría de la equivalencia de las condiciones, una teoría generalizadora también conocida como la de la *conditio sine qua non*, establece que todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas con su causa. "Antes de que una de las condiciones, sea cualquiera, se asocie a las demás, todas sin ineficaces para la producción del resultado; éste surge por la suma de ellas; luego cada una es causa de toda la consecuencia y por ende respecto de ésta tienen el mismo valor.

En relación con esta teoría el Doctor Márquez Piñero afirma: "causa es inexcusablemente el conjunto de factores que han precedido a la producción de un fenómeno, incluso los pasivos y los aparentemente más alejados de él."<sup>79</sup>

Conforme a la doctrina de la equivalencia afirma el Doctor Márquez Piñero, "ni la concurrencia de condiciones o concausas preexistentes (como las condiciones

---

78 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 174.

79 *Ibidem*, pág. 172.

patológicas del lesionado o su debilidad orgánica), ni las circunstancias sobrevenidas (como la gangrena aparecida), ni la intervención de hechos ajenos al agente (como la imprudencia del herido que se arranca el vendaje, o como la impericia del médico) excluyen en el homicidio la relación de la causalidad. Esta doctrina conduce a una extensión desmedida del concepto de causa y de la responsabilidad, que no puede aceptarse.<sup>80</sup>

La concepción de la teoría de la equivalencia o de la *conditio sine qua non*, es intachable, irrefutable, verdadera desde el punto de vista lógico; pero ha sido criticada en el campo netamente jurídico, considerándose indispensable restringirla en su aplicación.

Celestino Porte Petit, expresa los errores de la teoría de las equivalencia de las condiciones de la siguiente manera: "Se expresa que el error de la equivalencia de las condiciones consiste en equiparar, en confundir el nexo causal con la propia culpabilidad; nexo que bastaría, para sentar que el individuo es responsable, lo que es inexacto, llagándose por esta vía a los mayores absurdos. Recordemos lo que piensan algunos juristas:

a).- A esta teoría, anota Antolisei, puede hacerse el reproche de una extensión del concepto de causa; extensión que lleva a resultados en contraste con la exigencia del derecho y del sentimiento de justicia.

b).- Para Maggiore, esta teoría, aun siendo de las más sólidas, conduce a graves errores, pues al abolir toda distinción entre causa, concausa y condición, se

---

80 *Ibidem*, pág. 175.

extiende tanto el concepto de causa, que se hace caber en él los precedentes más remotos.

c).- Según Cuello Calón, esta doctrina conduce a una desmedida extensión del concepto de causa y de la responsabilidad penal que no puede aceptarse.<sup>81</sup>

Para Carlos Binding -citado por Castellanos Tena-, si la teoría de la equivalencia fuera eficaz en el campo del Derecho Penal, debería castigarse como coautores en el delito de adulterio, no sólo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama.<sup>82</sup>

Para evitar la desmesurada extensión a que lleva según algunos autores la teoría de la equivalencia, se ha querido limitarla mediante correctivos. Así, algunos autores, como Antolisei, buscan en la culpabilidad el correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues para ser un sujeto responsable, no basta la comprobación del nexo de causalidad, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa.

Porte Petit considera que no es dable considerar a la culpabilidad como un correctivo dentro de la teoría de la equivalencia de las condiciones al afirmar: "La relación de causalidad es el nexo existente entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado. De aquí que, el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir deben concurrir para dar por existente el 'hecho', elemento

81 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos...* pág. 340.

82 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 157.

del delito (cuando el tipo así lo exija): una conducta, resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento 'hecho', se resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el nexo naturalístico entre la conducta y el resultado (consecuencia efecto). Pero para que un sujeto sea responsable, no basta el nexo naturalístico, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, verificar existencia de una relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es en función de la culpabilidad, lo cual constituye un elemento del delito. Así pues, una vez que se comprueben los elementos del hecho y consiguientemente, la relación causal, es necesario la concurrencia de los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello, no podemos admitir que la culpabilidad venga a ser un 'correctivo' en la teoría de la equivalencia de las condiciones; no puede ser correctivo lo que es elemento, o sea aquello que es indispensable que concurra para que se origine o nazca el delito, pues en todo caso, habría la misma razón para llamar 'correctivos' a los restantes elementos del delito."<sup>83</sup>

El maestro Castellanos Tena apoyando en las consideraciones realizada por el profesor Porte Petit, establece como acertada la teoría de la equivalencia de las condiciones, al afirmar: "En concreto, la teoría de la equivalencia, al ser acertada desde el punto de vista físico y lógico, lo es también en el campo jurídico, sin necesidad de correctivos; basta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito; se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal."<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> PORTE PETIT, Celestino, *Apuntes*, pág. 341.

<sup>84</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 158.

La corriente individualizadora se presenta con diversos aspectos, surgiendo tres diversas concepciones:

La primera de las concepciones de la corriente individualizadora es conocida como la teoría de la última condición, de la causa próxima, o de la causa inmediata. Su fundamento lo constituye un criterio temporal. Según esta corriente, debemos estimar como causa, del resultado producido, la última conducta realizada, es decir la más cercana al resultado. Esta concepción ha sido atacada, considerándola como inadmisibile, toda vez que niega el valor a las demás concausas y los especialistas están acordes en que el Derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del evento.

Como segunda concepción dentro de la corriente individualizadora tenemos la teoría de la condición más eficaz. Esta teoría se funda en un criterio de cantidad y distinguiendo la causa, la condición y la ocasión. Para esta teoría sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante (criterio cuantitativo), esto es, que será causa más eficaz, aquella condición que en la producción del resultado ha contribuido más. Su defecto radica en la dificultad para precisar la consecuencia que una sola condición ha de tener en el resultado.

Por su parte, la teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada, únicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo, fundándose en un criterio cualitativo y por tanto una teoría individualizadora. La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado surge



según lo normal y corriente de la vida. Si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta.

Como objeciones ante esta teoría el maestro Porte Petit cita las siguientes:

"a).- Que puede ofrecer al imputado una cómoda escapatoria para eludir las mallas de la justicia.

b).- Que presenta el defecto opuesto al de la doctrina de la condición: extiende exageradamente el campo de la irresponsabilidad penal, llevando a excesivas absoluciones.

c).- Que confunde el problema de la causalidad material con el de la culpabilidad.

d).- Cae sin remedio, en contradicciones ineludibles, cuando quiere determinar objetivamente la previsibilidad.

d).- Que introduce elementos extraños, como la antijuricidad y la imputabilidad."<sup>85</sup>

Como gran mérito de esta teoría de la adecuación, encontramos que comienza a limitar la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*.

---

85      PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos...*, págs. 350 y 351.

Como partidario de esta teoría de la causalidad adecuada encontramos al Doctor Márquez Piñero, cuya opinión y consideraciones nos permitiremos transcribir a continuación:

"Se afirma que la anterior teoría parece la más aceptable por dos razones: a) por poner su evento en la idoneidad de la conducta en relación con la consecución del posible resultado delictuoso (juntamente con la posibilidad de previsión por parte del agente, límites de la responsabilidad penal) y b) por utilizar un criterio restringido en la sanción de las posibles responsabilidades.

Jiménez Huerta señala que la idoneidad de la conducta, para producir un resultado dado, no puede ni debe ser enjuiciada en forma abstracta, sino en las concretas condiciones en que el agente operó. Resulta preciso examinar, con tacto exquisito, la concreta situación histórica en que el agente actuó, para resolver si las concausas cooperantes excluyen o no el nexos causal. En la admisión o no de estas concausas radica la principal diferencia entre la doctrina de la equivalencia o *conditio sine qua non* y de la causalidad adecuada. Ese finísimo y agudo penalista que es el maestro Jiménez Huerta sigue diciendo que el derecho penal (en cita de Massari) no se interesa por aquellos nexos causales que no sean aprehensibles desde el punto de vista de la responsabilidad; así, sucede que la causa tiene una esfera de aplicación más restringida en el terreno jurídico, sin que ello suponga, de ninguna manera, una variación sustancial (ontológica) del concepto.

En cuanto a la objeción de que la teoría de la causalidad adecuada carece de precisión, respecto a lo que debe entenderse por causa, y que deja un amplio margen al arbitrio del juez para estimar la existencia o no de la relación de causalidad adecuada, cabe señalar que el derecho penal, con todos sus principios, está al servicio

de los valores sociales. En consecuencia, no puede olvidarse que el juicio de causalidad es un juicio de valor, el cual -termina diciendo el ilustre profesor- mal puede erigirse en fórmula mecánica capaz de dar siempre una solución uniforme a todo y cualquier problema que pueda surgir..."<sup>86</sup>

De vital importancia consideramos las conclusiones que realiza el Doctor Márquez Piñero en relación con este tema, quien afirma:

"En resumen, pueden establecerse las conclusiones siguientes:

**Primera:** la causalidad es un problema general o, dicho con mayor propiedad, enclavado en la parte general de derecho penal, que no se circunscribe a ciertos delitos.

**Segunda:** aunque algunos tratadistas han elaborado doctrinas de la causalidad exclusivamente desde el punto de vista del derecho penal, en tanto que concepto normativo, es conveniente señalar que no puede perderse de vista, y tenerlo siempre presente, que la ciencia penal ha de valorar los elementos de las ciencias naturales (por ejemplo, piénsese en los diarios peritajes médicos que los jueces han de conocer y valorar, y en los que se establece la causa de la muerte).

**Tercera:** hay que tener en cuenta en esta cuestión la relevancia de las condiciones por adecuación a los tipos legales establecidos y la función correctiva a la culpabilidad.

---

86 *MARQUEZ PIÑERO, Rafael, op. cit., pág. 176.*

**Cuarta:** hay tres presupuestos exigidos para la penalidad del resultado:

- a) Nexos o relación causal entre la acción humana (positiva o negativa) y el resultado.
- b) Relevancia jurídica de esa relación, apreciada o esclarecida en cada tipo legal.
- c) Culpabilidad del sujeto en orden al resultado

**Quinta:** los casos dudosos que, si bien excepcionalmente, presenta la vida ante los jueces, sólo pueden ser solucionados desentrañando el tipo, todo el tipo legal, en su *ratio legis*, en su verbo activo, en su imagen rectora, y aun en referencia a los medios y circunstancias para poner ordinariamente (normalmente) en marcha la voluntad hacia la consecución del resultado, a fin de determinar el grado de probabilidad o de improbabilidad del curso causal realmente producido.<sup>87</sup>

## 8. LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA OMISION

La cuestión del nexo de causalidad en los delitos de omisión ha suscitado también diversas opiniones. En primer lugar debemos recordar que en los delitos de omisión simple no existe un resultado material por lo que no es dable ocuparse de los mismos.

---

87 *Ibidem*, págs. 176 y 177.

El problema se presenta en los delitos de comisión por omisión, por que producen un cambio en el mundo exterior (material) además del resultado jurídico.

Consideramos que la teoría de la omisión misma o de la concepción normativa es la adecuada para intentar resolver este problema. Esta teoría sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa que el sujeto está obligado a realizar una conducta, o sea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido.

## **9. LUGAR Y TIEMPO DE LA COMISION DEL DELITO**

En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado; el tiempo que transcurre entre la actividad o la omisión y su resultado es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes.

Sin embargo, hay ocasiones en que la conducta humana (acción u omisión) y sus resultados no coinciden en el tiempo o en el lugar del acto delictivo, y es cuando se está en presencia de los llamados delitos a distancia.

Para solucionar este problema se han elaborado diversas teorías. Nosotros estudiaremos de manera simple y sin pretensiones de exhaustividad las conocidas como: a) Teoría de la actividad, b) Teoría del Resultado y c) Teoría del conjunto, unitaria o de la ubicuidad.

La teoría de la actividad da relevancia al tiempo y lugar donde se realizó la acción o la omisión.

La teoría del resultado establece que el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado. Contra esta doctrina -expone el Doctor Márquez Piñero- se afirma que existen determinados delitos (por ejemplo aquellos cometidos en grado de tentativa), en que no pueden determinarse el tiempo ni el lugar del resultado y que hay delitos en el resultado puede producirse en distintos lugares, con el consiguiente posible conflicto de jurisdicciones, problema éste que se puede agravar en el campo del derecho internacional con problemas de soberanía estatal.<sup>88</sup>

La teoría unitaria, de conjunto o de la ubicidad establece que el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como en donde y cuando se produce el resultado.

Parece que esta teoría de la ubicidad es la más aceptable, en virtud de que asegura el castigo del delito, tanto en el caso de que la acción se haya cometido en el territorio del Estado, como cuando el resultado se haya producido fuera de sus fronteras. Sin embargo, para la cuestión referente al tiempo del delito, la teoría aplicable debe ser la de la actividad, ya que el principio de legalidad, toma como referencia el momento en que el sujeto realizó su acción delictuosa.<sup>89</sup>

Por lo que se refiere a los delitos de omisión, se reputarán como cometidos en el lugar donde se hubiera debido realizarse la acción (positiva, exigida y omitida) y donde se produjo el resultado consecuencia de la abstención. En cuanto al tiempo, los

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, pág. 187.

<sup>89</sup> *Ibidem*, págs. 187 y 188.

delitos se cometen durante el periodo en que el sujeto hubiera debido realizar la acción omitida, que tenía la obligación jurídica de realizar, comienzan en el momento en que es exigible la ejecución de la conducta y duran el tiempo de vigencia del deber de ejecutarlo.<sup>90</sup>

## 10. OBJETO DEL DELITO

Los diversos autores han hecho una distinción entre objeto material y de objeto jurídico del delito.

El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre la que se realiza, recae o se produce el daño o puesta en peligro; la cosa o la persona sobre la que se concreta la acción delictuosa.

Generalmente el sujeto pasivo del delito es diferente al objeto material del mismo. Sin embargo hay ocasiones en que se identifican, como en el homicidio y en los atentados al pudor.

El objeto jurídico del delito, es el bien protegido por la ley y que la conducta delictiva lesiona o pone en peligro. Son los intereses o bienes tutelados por el derecho.

El bien jurídico u objeto jurídico es definido por la Doctora Olga Islas como "el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal"<sup>91</sup>.

---

90 *Ibidem*, pág. 188.

91 ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, *Olga, op. cit.*, pág. 29.

Porte Petit establece que el bien jurídico forma parte del contenido del tipo, pues es inconcebible éste sin aquel.<sup>92</sup>

"Cabe señalar la distinción entre el objeto genérico del delito, que es el bien o interés social o colectivo (es decir, el interés del Estado en su existencia y conservación), y el objeto específico del delito, que es el bien o interés del sujeto pasivo del delito, o sea, el determinado que cada tipo del delito tiene, en cuanto vulnerador de un exclusivo interés (individual o colectivo); en definitiva, un singular objeto específico."<sup>93</sup>

## 11. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta constituye uno de los aspectos negativos en el delito, teniendo como resultado la imposibilidad la formación de la figura delictiva.

Anteriormente hemos apuntado que la falta de cualquiera de los elementos esenciales del delito, impide la integración del mismo. Si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Recordemos que el acto humano positivo o negativo es la base indispensable del delito.

Pavón Vasconcelos señala que "hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con mas propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son 'suyos', por faltar en ellos la voluntad."<sup>94</sup>

---

92 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos*, pág. 42.

93 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 154.

94 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.*, pág. 198.



Habrá ausencia de conducta cuando la acción u omisión sean involuntarias. La ausencia de conducta implica que el agente autor de la acción u omisión actúe o deje de hacerlo, sin tener ánimo de cometer un delito.

"En general -dice Jiménez de Asúa- puede decirse que toda conducta que no sea voluntaria y motivada, supone ausencia de acto humano".<sup>95</sup>

Las causas que impiden la integración del delito por ausencia de conducta son las siguientes:

- I. Vis absoluta
- II. Vis mayor
- III. Movimientos reflejos
- IV. Movimientos fisiológicos
- V. Estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo e hipnotismo).

Correcta nos parece la opinión del maestro Castellanos Tena, cuando señala que: "No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Por esto nos adherimos, sin reservas, a las opiniones de quienes aceptan las excluyentes de supraleales por falta de conducta..."<sup>96</sup>

## I. LA VIS ABSOLUTA.

<sup>95</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, *op. cit.*, pág. 237.

<sup>96</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 163.

Es conocida como la fuerza física, irresistible, exterior y proveniente del hombre; dicha fuerza provoca que el sujeto realice una acción o una omisión a la cual no estaba encaminado su ánimo, por lo tanto no puede integrarse el elemento del delito llamado conducta, pues está ausente de voluntad.

El maestro Porte Petit entiende señala que la fuerza irresistible o vis absoluta aparece "cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una física humana e irresistible".<sup>97</sup>

La fuerza física irresistible como aspecto negativo de la conducta, involucra una actividad o inactividad voluntaria, un movimiento corporal que realiza el sujeto, o una inactividad voluntaria. De tal manera, que la fuerza física hace que el individuo ejecute un hacer o no hacer, que no quería ejecutar. Por lo tanto, si existe fuerza irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: la voluntad.

"La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho Penal, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada de que un asesino se valiera."<sup>98</sup>

---

97 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntes...*, pág. 406.

98 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 163.

El maestro Porte Petit<sup>99</sup> señala como elementos integrantes de la vis absoluta los siguientes:

- a) Una Fuerza,
- b) Física,
- c) Humana, e
- d) Irresistible.

Dicho de otra manera, los elementos integrantes de la vis absoluta son:

- a) La actividad o inactividad llevadas a cabo contra la voluntad del agente.
- b) Que la actividad o inactividad ejecutadas contra la voluntad del agente, tenga su origen en una fuerza humana, esto es, proveniente del hombre, pues de no ser así estaríamos ante la fuerza mayor, la cual tiene su origen en fuerzas subhumanas: de la naturaleza o de los animales.
- c) la fuerza humana impulsora del acto o de la omisión debe ser física, es decir, material, por que a diferencia de la fuerza moral, es la única que puede constreñir al sujeto a actuar contra su voluntad.
- d) La fuerza física debe ser irresistible, esto es que el sujeto que la sufre, no la pueda dominar, siendo vencido por ella.

---

99 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntamientos*, pág. 408.

La fracción primera del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla de manera genérica a esta causa de ausencia de conducta y exime de responsabilidad penal al individuo que la sufre, al establecer:

*"Art. 15. Son excluyentes de responsabilidad penal:*

*I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias."*

Antes de la reforma al Código Penal de 1985, la citada fracción I, del artículo 15 establecía: Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible".

En el fondo de esta eximente -afirma el maestro Castellanos Tena- en vano se ha querido encontrar una causa de inimputabilidad; cuando el sujeto se halla compelido por una fuerza de tales características, puede ser perfectamente imputable, si posee salud y desarrollo mental para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz. Por ende no se trata de una causa de inimputabilidad; la verdadera naturaleza jurídica de esta excluyente debe buscarse en la falta de conducta.<sup>100</sup>

## II. LA VIS MAYOR

La vis mayor es una de las hipótesis de ausencia de conducta, debiéndose entender por la misma, cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por fuerza exterior de carácter irresistible, que tiene su origen en la naturaleza o en los seres irracionales.

---

100 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, págs. 163 y 164.

"Está constituida por un suceso que es absolutamente imposible remediar, del que es imposible defenderse, aunque sea previsible y se prevea.

Es una energía externa, natural o subhumana, que es mayor que la energía que el autor puede oponer para contrarrestarla y le arrastra, como instrumento, a la realización de un hecho del cual es ella la verdadera causa"<sup>101</sup>.

Porte Petit<sup>102</sup> establece como sus elementos conformadores los siguientes:

- a) Una Fuerza
- b) Subhumana
- c) Física
- d) Irresistible

Si compramos a la Vis Absoluta y a la vis mayor, observaremos que en ambas existe una fuerza física, exterior e irresistible, que provoca una actividad o inactividad involuntaria, constituyendo por lo tanto un aspecto negativo de la conducta. Su diferencia se encuentra únicamente en que en la fuerza mayor la fuerza física e irresistible, proviene o de la naturaleza o de los animales, en tanto que en la vis absoluta la fuerza física proviene del hombre

Esta causa se encuentra contemplada de manera genérica en nuestra ley penal, esto es no se encuentra expresamente destacada en la ley, adquiriendo por tanto un carácter suprallegal, pero puede operar, por que su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta.

<sup>101</sup> GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962, pág. 259.

<sup>102</sup> PORTE PETIT, Celestino, *Apuntes...*, pág. 416.

### **III. MOVIMIENTOS REFLEJOS**

Los actos reflejos constituyen una forma de ausencia de conducta, definiéndose como aquellos movimientos corporales involuntarios producto de un descontrol de los propios medios de locomoción del sistema nervioso central del ser humano.

Es importante señalar que cuando estos movimientos corporales involuntarios pueden ser controlados por el sujeto o por lo menos retardarlos, no podrán operar como aspecto negativo de la conducta, pudiendo estar frente a la existencia de la culpabilidad.

### **IV. MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS**

De igual manera que el los actos reflejos, puede producirse un resultado a causa de un movimiento fisiológico, originándose un aspecto negativo de la conducta por ausencia de la voluntad.

Así. los llamados movimientos reflejos y los movimientos corporales causados por una excitación de carácter fisiológico, con ausencia total de espiritualidad, constituyen ausencia de voluntad (artículo 15 del Código Penal).

### **V. LOS ESTADOS DE INCONSCIENCIA**

Los estados de inconsciencia, también son considerados causas de ausencia de conducta.

Dentro de los estados de inconsciencia encontramos al sueño, el sonambulismo y el hipnotismo, "en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas Inhibitorias".<sup>103</sup>

Algunos autores, como el maestro Villalobos -según cita Castellanos Tena- opinan que estos casos de ausencia de conducta, deberfan estar situados dentro de la inimputabilidad, afirmando en relación con sonambulismo, que sí existe conducta, pero falta una verdadera conciencia, puesto que el sujeto se rige por imágenes de subconciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos y por lo tanto, esas imágenes sólo producen una especie de conciencia no correspondiendo a la realidad (inimputabilidad)<sup>104</sup>.

Por sonambulismo se ha entendido como el deambular dormido; estado durante el cual hay un obrar que no corresponde a la realidad, debido a que el sujeto mediante imágenes inconscientes que le producen estímulos, actúa con la conciencia suprimida; es por ello que sus movimientos corporales son inconscientes, apareciendo así el aspecto negativo de la conducta. Ahora bien en el supuesto de que el sonámbulo sea aproveche de ese estado para realizar una conducta o hecho tipificado en la penal, debemos considerar que se trata de un delito doloso. Por otra parte, en el supuesto de que el sonámbulo pueda prever el resultado o haya podido preverlo, estamos frente a un delito culposo.

Consideremos al hipnotismo como un caso de ausencia de conducta, porque en éste se encuentra distorsionado el saber y el querer, ya que se actúa bajo sugestión.

---

103 CASTELLANOS TENA, *Fernando, op. cit.*, pág. 164.

104 *Ibidem.*

Al igual que el sonambulismo el maestro Villalobos, sostiene respecto del hipnotismo, que se da la inimputabilidad como consecuencia del estado que guarda el sujeto, en el que se dice hay una obediencia automática hacia el sugestionado, sin que tenga relevancia alguna, el argumento en el sentido de que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él un verdadero repudio.<sup>105</sup>

Dos son las escuelas penales que se han ocupado de esta causa impeditiva de la conducta, son las escuelas de Nancy y la escuela de París.

La escuela de Nancy sostiene que el hipnotizado no conserva la capacidad de resistir las órdenes que el hipnotizador da, por ende el último es el responsable de la acción delictuosa.

La escuela de París, afirma que el hipnotizado siempre conserva la facultad de rechazar las órdenes que el hipnotizador emite, por lo tanto, el hipnotizado es el responsable del acto.

De una manera práctica el maestro Porte Petit establece la problemática del hipnotismo, estableciendo tres hipótesis: i) cuando el sujeto ha sido hipnotizado sin su consentimiento y realiza una conducta u omisión tipificados por la ley; estando en este caso frente a una ausencia de conducta; ii) que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos, caso en el cual estaremos frente a una *actio liberae in causa*, siendo responsable el sujeto, en virtud de haberse colocado intencionalmente en ese estado para cometer el delito; y iii) cuando el sujeto es

---

105 *Ibidem.*



hipnotizado con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste, caso en el cual el sujeto será responsable de un delito culposo.<sup>106</sup>

Al sueño se le ha definido como un estado fisiológico normal de descanso, tanto corporal como mental. Por ello, si el sujeto dentro de este estado origina movimientos involuntarios de los cuales se produce resultado dañoso, no se le considerará responsable.

Sobre la problemática en el caso del sueño, Porte Petit, no expone las posibles hipótesis: i) cuando el sujeto está dormido y en ese estado comete la conducta tipificada por la ley penal, deberemos considerar, que se está frente a una causa de ausencia de voluntad; ii) cuando el sujeto busca el sueño intencionalmente o se aprovecha del mismo para cometer la acción ilícita, será indudable que estamos frente a la *actio liberae in causa*, y por tanto, el sujeto debe responder de la conducta, aplicándose a *contrario sensu*, la fracción II del artículo 15 del Código Penal.<sup>107</sup>

En todo caso, para que opere el sueño como causa de ausencia de voluntad, el sueño no deberá producirse por imprudencia o falta de precaución del sujeto.

---

106 PORTE PETIT, Celestino, *Apuntes de Derecho Penal*, pág. 421.

107 *Ibidem*, pág. 419.

## CAPITULO IV

### LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

#### 1. TIPO Y TIPICIDAD. CONCEPTOS E IDEAS GENERALES

En algunas ocasiones hemos apuntado que para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; sin embargo, no toda conducta o hecho son configurativos de delitos; es necesario además, que sean típicos, antijurídicos o culpables.

En relación con el papel que desempeña la tipicidad en la teoría del delito, han surgido diversas opiniones. Hay quienes opinan que la tipicidad es una característica esencial del delito, otros afirman que la tipicidad es un requisito del hecho, según el Derecho positivo, otros por su parte, opinan que la tipicidad es una condición, pero no elemento del delito, o y otros entre los que se encuentra el maestro Castellanos Tena, y a cuya opinión nos adherimos, opinan que la tipicidad es un elemento esencial del delito.

El maestro Castellanos Tena, como apuntamos anteriormente, es partidario de considerar a la tipicidad como un elemento esencial del delito, afirma "La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: 'En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por

simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata', lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.<sup>108</sup>

Importante resultar advertir que no se debe confundirse el tipo con la tipicidad.

El tipo es la descripción abstracta (hipótesis normativa) que hace el Estado, a través del cuerpo legislativo, y contenida en los preceptos penales, de una conducta considerada antijurídica en determinada época, por la sociedad.

La Doctora Islas nos enseña que "el tipo es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una determinada clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos".<sup>109</sup>

La anterior definición contiene implícitamente las siguientes premisas: i) El tipo es una mera descripción general y abstracta; ii) su elaboración corresponde exclusivamente al legislador; iii) el tipo regula tan sólo eventos que tienen la propiedad de ser antisociales; iv) el tipo determina que un evento antisocial adquiera relevancia penal; v) para cada clase de eventos antisociales hay un, y sólo un, tipo legal; vi) cada tipo legal señala una, y sólo una, clase de eventos antisociales; vii) el tipo delimita, con toda precisión, el ámbito de lo punible; viii) el tipo tiene como función la protección de uno o más bienes jurídicos; y ix) sin la existencia previa de un tipo, no hay delito.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 167.

<sup>109</sup> ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, *op. cit.*, pág. 21.

<sup>110</sup> *Ibidem.*

Para Jiménez de Asúa, el tipo constituye "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito..."<sup>111</sup>

La tipicidad "es la adecuación de una conducta concreta con la descripción formulada en abstracto",<sup>112</sup>

Para el penalista Pavón Vasconcelos, la tipicidad es la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa.<sup>113</sup>

Por su parte, De Pina dice que la tipicidad es "la coincidencia de la conducta del imputado con la descripción del tipo de delito descrito por la ley penal."<sup>114</sup>

Para el maestro Celestino Porte Petit, "la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula 'nullum crimen sine tipo', fórmula que se encuadra o resume en el dogma jurídico 'nullum crimen sine lege'.<sup>115</sup>

De acuerdo a lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que no existiendo la adecuación de una conducta concreta al tipo legal (tipicidad), no puede existir delito alguno; y aún más, es imposible la existencia de un delito, si la conducta no se encuentra descrita con anterioridad mediante un tipo legal.

---

111 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *op. cit.*, pág. 654.

112 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 167.

113 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *La Causalidad en el Delito*, 2a. ed., Porrúa, México, 1983, pág. 200.

114 DE PINA, Rafael, *op. cit.*, pág. 358.

115 POTTE PETIT, Celestino, *Impugnación...*, pág. 37.

Ahora bien, debemos considerar que el contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien, objetivo y subjetivo, pues "existen tipos muy completos, en los cuales se contienen todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, donde es fácil advertir la referencia típica de culpabilidad, al aludir a los conceptos 'con engaño', 'furtivamente', etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito. Sin embargo, en ocasiones la ley limitase a formular la conducta prohibida (u ordenada, en los delitos omisivos); entonces no puede hablarse de descripción del delito, sino de una parte del mismo. Lo invariable en la descripción del comportamiento antijurídico (a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa)... En concreto: El tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones, la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete 'el que priva de la vida a otro'.<sup>116</sup>

## 2. ELEMENTOS DEL TIPO

### a) Elementos objetivos

También son conocidos como elementos descriptivos o de descripción objetiva. Son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento, y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 168.

<sup>117</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Manual...*, pág. 264

"La descripción objetiva, al decir de Jiménez de Asúa, tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: *matar, apropiarse*, etc.; pero el tipo (sin abandonar su carácter descriptivo) presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción, que pueden ser en cuanto al sujeto activo, el sujeto pasivo, al tiempo, al lugar, al objeto y al medio".<sup>118</sup>

En cuanto al sujeto activo, el tipo exige, en algunas ocasiones, que el agente posea alguna calidad especial, por ejemplo, funcionario militar en los delitos del orden castrense, o servidor público tratándose del delito de peculado, encontrándonos con lo que la doctrina llama sujeto activo "propio" o "exclusivo". Por otra parte, si el agente puede ser cualquier persona, estamos en presencia de un sujeto activo "común" o "indiferente".

En cuanto a parte el sujeto pasivo, el tipo legal demanda determinada calidad especial o característica, como en el caso del parricidio, en que se exige ser el ascendiente del autor, originándose lo que en la doctrina se conoce como delito personal y cuando el sujeto pasivo pueda ser cualquiera, se tratará de un delito impersonal.

En cuanto al objeto, con referencia concreta al objeto material, por ejemplo, en el robo se habla de cosa ajena mueble.

En cuanto al lugar, el tipo puede demandar una referencia espacial, o sea de lugar, por ejemplo, en el allanamiento de morada se castigará cuando se cometa en departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitación.

---

118 MARQUEZ PINERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 218.

En cuanto al tiempo, el tipo en ocasiones reclama alguna referencia en orden al tiempo, por ejemplo, en el infanticidio, la muerte del niño deberá ocurrir dentro de las 72 horas de su nacimiento.

En cuanto a los medios comisivos, los tipos en numerosas ocasiones exigen determinados medios, originándose los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados, por ejemplo, en el delito de fraude, el ilícito se debe cometer mediante el engaño o aprovechamiento del error.

#### **b) Elementos normativos**

Son aquellos "presupuestos del injusto típico que solo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho."<sup>119</sup>

Los elementos normativos que podemos encontrar en los tipos son de dos clases: los de valoración jurídica, si la ley alude por ejemplo, a un funcionario, a un documento público, a un documento privado, a un bien inmueble, etc... Por su parte, los elementos normativos de valoración cultural, existirán cuando en el tipo exprese términos como casta y honesta, buenas costumbres, desprecio, etc.

#### **c) Elementos subjetivos**

En ocasiones el tipo no nos proporciona una mera descripción objetiva, sino que agrega a ella otros elementos, referentes a estados anímicos del agente en orden a lo injusto.

---

119 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual...*, pág. 266.

Como ejemplo de tipo que contiene algún elemento subjetivo, podemos señalar el supuesto contenido en la fracción III del artículo 235 de nuestro Código Penal, que se refiere al uso de moneda falsa o alterada, a "sabiendas" de tal circunstancia.

### 3. CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES

#### Por su composición

a) Normales. Son aquellos que se limitan a establecer una descripción objetiva: privar de la vida a otro (homicidio) o introducir (falsificación y alteración de moneda), etc.

Para Jiménez de Asúa "los tipos normales se integran con elementos objetivos de aprensión cognoscitiva material".<sup>120</sup>

b) Anormales. Son aquellos en los que además de contener una descripción objetiva, se incluyen elementos normativos o subjetivos que requieren una valoración ya sea cultural o jurídica; por ejemplo en el estupro, además de la cópula (elemento objetivo), es necesario que la mujer sea casta y honesta (elemento normativo, que requiere una valoración) e incluso el tipo puede establecer referencias al estado anímico del sujeto, como el engaño en el fraude.

En conclusión, la diferencia entre los tipos normales y los anormales, estriba en que los primeros contienen conceptos jurídicamente objetivos, en tanto los

<sup>120</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, *op. cit.*, pág. 380.



anormales además de los elementos objetivos, hacen mención de elementos subjetivos o normativos.

### **Por su ordenación metodológica**

a) **Básicos o fundamentales.** Son aquellos que por sus elementos integrantes constituyen la esencia o fundamento de otros tipos legales, por ejemplo dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el de homicidio.

b) **Especiales.** Son los que se forman con los elementos del tipo básico, al que añaden determinadas características, adquiriendo vida propia o independiente, excluyendo la aplicación del tipo básico, al cual subsumen, como por ejemplo el parricidio o el infanticidio.

c) **Complementado.** Son los que se integran con el tipo básico, sumándose nuevos elementos o determinaciones características que hacen que se subordine, careciendo por ello de vida independiente, girando siempre en torno al tipo básico o fundamental del cual se forman, como por ejemplo el homicidio calificado por premeditación, alevosía y ventaja.

Ahora bien, tanto los tipos especiales como los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Será agravado cuando sea sancionado más severamente que el básico o fundamental y será privilegiado cuando sea sancionado menos enérgicamente que el básico, como por ejemplo los casos de parricidio (especial agravado), el infanticidio (especial privilegiado), el homicidio calificado por alevosía (complementado agravado) y el homicidio en duelo (complementado privilegiado).

### **En función de su autonomía o independencia**

a) **Autónomos o independientes.** Son aquellos que tienen vida propia, sin requerir de la existencia de algún otro tipo, por ejemplo el robo simple.

b) **Subordinados.** Son aquellos que por su carácter circunstancial respecto al tipo básico, adquieren vida en razón de éste, al que no solo complementan, sino que subordinan, como por ejemplo el homicidio en riña.

### **De daño y de peligro**

a) **De daño o lesión.** Son aquellos que protegen a los bienes jurídicos tutelados por la norma penal, en contra de su destrucción (homicidio) o disminución (fraude).

b) **De peligro.** Son aquellos que protegen los bienes jurídicamente tutelados, de posibilidad de sufrir un daño, por ejemplo, el disparo de arma de fuego o la omisión de auxilio.

### **Por su formulación**

a) **Amplios.** Son aquellos que describen una hipótesis única, en donde todos los medios de ejecución, como el apoderamiento, en el robo.

b) **Casuísticos.** Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito, se han dividido en :

- Casuísticos alternativamente formados
- Casuísticos acumulativamente formados

Los tipos alternativamente formados o casuísticos alternativos, son aquellos en los que se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas, por ejemplo, para la tipificación del delito de adulterio precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo.

Los tipos acumulativamente formados o casuísticos acumulativos, son aquellos que requieren el concurso de todas las hipótesis establecidas por la norma, para que el tipo se integre debidamente, como por ejemplo en el delito de vagancia y malvivencia en donde el tipo exige dos circunstancias: no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada y, además, tener malos antecedentes.

### **En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados**

- a) **Simples.** Son aquellos que tutelan o protegen un solo bien jurídico.
- b) **Complejos.** Son aquellos que tutelan o protegen dos o más bienes jurídicos.

## **4. ATIPICIDAD**

Suele distinguirse en la doctrina entre ausencia de tipo y atipicidad. La ausencia de tipo, se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser definida y establecida

en los catálogos de los delitos. En cambio, la atipicidad o ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta realizada. La atipicidad es pues, la falta de adecuación de la conducta al tipo.

"En el fondo de toda atipicidad, hay falta de tipo' si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo"<sup>121</sup>.

Como hipótesis de atipicidad podemos considerar a las siguientes:

1) Ausencia adecuación por falta de calidad en el sujeto activo. Esta causal de atipicidad se presenta, cuando el legislador al describir la conducta delictiva hace referencia a cierta calidad o característica que debe satisfacer el sujeto activo, por ejemplo en el parricidio, el sujeto activo debe ser descendiente en primer grado del sujeto pasivo.

2) Ausencia adecuación por falta de calidad en el sujeto pasivo. En ocasiones la descripción del tipo legal requiere una cierta calidad en el sujeto pasivo, por ejemplo en el estupro se exige que la mujer sea casta y honesta.

3) Ausencia de adecuación en cuanto al objeto material o jurídico. En otras ocasiones, el tipo protege un determinado objeto, ya sea jurídico o material, por ejemplo, cuando un sujeto dispara a un cadáver (en este caso no hay objeto material ni jurídico).

4) Ausencia de adecuación en las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo. En algunos tipos se exige la realización de la conducta

121 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 175.

antijurídica bajo condiciones de tiempo o de lugar; si no operan la conducta será atípica. Pensemos en el caso del delito de asalto, que precisa que la conducta se realice en despoblado (en cuanto al lugar), o bien en el delito de traición a la patria, en el cual el sujeto debe cometer el ilícito, cuando ha declarada la guerra o rotas las hostilidades (en cuanto al tiempo).

5) Ausencia de adecuación en cuanto a los medios comisivos específicamente señalados en la ley. Si el tipo precisa modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del delito, por ejemplo en el caso del delito de la violación, se establece como medio comisivo la violencia física o moral.

6) Ausencia de adecuación referente a los elementos subjetivos. Esta causa de atipicidad se presenta en los tipos penales que hacen referencia a la voluntad del sujeto activo a su ánimo), o al fin que persiguen, por ejemplo en el caso de parricidio, en que el agente comete el ilícito sabiendo del parentesco con la víctima

7) Ausencia de adecuación referente a los elementos normativos o antijuridicidad especial. Por excepción, algunos tipos penales se refieren a una especial antijuridicidad, como sucede, por ejemplo en el delito de allanamiento de morada, en el cual establece en la descripción, que el comportamiento se deberá efectuar sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita. Entonces al obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo, existiendo por consiguiente un caso de atipicidad, que en otros delitos sería causa de justificación.

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

## CAPITULO V

### ANTI JURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

#### 1. ANTI JURIDICIDAD

Adheridos totalmente al criterio tetratómico del delito, hemos considerado a éste, como una conducta (hacer o no hacer) humana típica, antijurídica y culpable. Iniciaremos ahora, el estudio de la antijuridicidad (o antijuricidad), que como elemento del delito es esencialísimo para la integración del mismo.

Un tanto difícil ha resultado elaborar y proporcionar un concepto de antijuridicidad por ser éste un concepto negativo; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo que es contrario a derecho; pero no debemos concretarnos a considerarse como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas culturales reconocidas por el Estado. Se trata de una oposición entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico establecido por el Estado, para la regulación de la vida en sociedad. Las normas no emergen espontáneamente, sino que tienen unos presupuestos antecedentes que integran la tradición cultural de la sociedad.<sup>122</sup>

Para Cuello Calón: "La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae

---

122 MARQUEZ PIÑERO, *Rafael*, op. cit., pág. 193.

sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de índole subjetiva por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo"<sup>123</sup>

Para el maestro Carrancá y Trujillo la antijuridicidad "es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado".<sup>124</sup>

Para Franco Guzmán "la antijuridicidad debe entenderse en un sentido teleológico lógico, de contenido, de modo que comprende no sólo la simple y formal contrariedad a la norma, sino la ilicitud que objetivamente lesiona al derecho. Una de las funciones que éste realiza, consiste precisamente en la valoración de la conducta humana, que tomada en su momento objetivo, se califica como antijurídica".<sup>125</sup>

"Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente *objetiva*, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado."<sup>126</sup>

## 2. CLASES DE ANTIJURIDICIDAD

En este punto nos encargaremos de comentar las teorías sostenidas por Carlos Binding y el Marx Ernesto Mayer. El primero de los nombrados, sostiene que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto ajustado a lo previsto en la ley penal.

123 CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, 9a. ed., México, 1953, pág. 309.

124 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, pág. 337.

125 FRANCO GUZMAN, Ricardo, *La Subjetividad en la Ilícitud*, 1a. ed. José Ma. Cajica Jr. México, 1959, pág. 43.

126 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 180.

Jiménez de Asúa ha expresado al respecto: "Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrara lo definía como la infracción de la ley del Estado. Pero Carlos Binding, descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acontece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley...El Decálogo es un libro de normas; *no matarás*. Si se mata o se roba se quebranta la norma, mas no la ley. Por eso Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe."<sup>127</sup>

Por su parte Mayer, otorga un contenido específico a la antijuridicidad. Afirma que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura (comprendiendo costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etc.) reconocidas por el Estado, pretendiendo dar un contenido ético, a un concepto eminentemente jurídico.

Ambas posturas han sido criticadas, y es que como bien afirma el maestro Castellanos Tena y el Doctor Márquez Piñero, tanto Mayer como Binding, presintieron el doble contenido de la antijuridicidad. Esto no quiere decir que se acepte la posibilidad de existencia de una antijuridicidad formal y otra material. La antijuridicidad es un juicio unitario, es el resultado de un juicio sustancial, en que nada impide percibir dos aspectos, como bien la afirma el maestro Jiménez Huerta - citado por Castellanos Tena-, al señalar que "sin contrariedad formal con el mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre

127 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *op. cit.*, pág. 338.



una conducta', pero expresa el mismo jurista, que no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico, 'lo que contradice dicho orden ha de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón del orden jurídico".<sup>128</sup>

### **3. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD**

Siguiendo la metodología propuesta para el presente trabajo, analizaremos los supuestos de ausencia antijuridicidad y en que consisten.

En ocasiones puede ocurrir que la conducta esté en aparente oposición al derecho y, sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

#### **3.1. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION**

##### **3.1.1. NOCION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION**

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen la facultad de excluir o eliminar la antijuridicidad de una conducta típica, en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. De esta manera la acción ejecutada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

Durante el presente trabajo hemos tratado de asentar que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, es obvio que la ausencia de antijuridicidad traerá como resultado la no existencia de la infracción penal. En efecto, existen

<sup>128</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 180.

ocasiones en que el propio Estado priva de licitud a una conducta típica que generalmente tendría ese carácter, surgiendo el elemento negativo de la antijuricidad.

A las causas de justificación también se les llama causas eliminatorias de la antijuricidad, justificantes o causas de licitud.

Maggiore nos dice: "Llamamos causas de justificación a las circunstancias de un hecho que borran su antijuricidad objetiva, o, en otros términos, que tienen como efecto, la transformación de un delito en un no delito."<sup>129</sup>

Por su parte Porte Petit sostiene que "Es causa de Justificación aquélla que conforma a derecho una conducta o hecho que de otro modo serían antijurídicos."<sup>130</sup>

Jiménez Huerta afirma: "La frecuencia con que se presentaban determinadas situaciones en la vida real y la sencillez y concreción de las mismas, hizo posible que la técnica legislativa imperante en la confección de la ley penal hasta la época presente en que se construye dogmáticamente el concepto del delito por la determinación de sus diversos caracteres, crease casuísticas y exhaustivas fórmulas para aquéllas situaciones en que la conducta se justificaba ante el derecho. Así nacieron la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y la obediencia debida."<sup>131</sup>

---

129 MAGGIORE, Guiseppe, *Derecho Penal*, T. I, traducción a la 5a ed., Temis, Bogotá, 1985, pág. 387.

130 PORTE PETIT, Celestino, *Programa de la Parte General de Derecho Penal*, 1a. ed., U.N.A.M., Dirección General de Publicaciones, México, 1958, pág. 290.

131 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *La Antijuricidad*, 1a. ed., Imprenta Universitaria de México, México, 1952, pág. 119.

Se justifica una conducta cuando al ser juzgada y valorada, atendiendo primordialmente a las condiciones en que se realizó, se estima como no ofensiva para la sociedad, ya que si bien es cierto lesiona bienes jurídicamente tutelados que le son ajenos, no lo es menos, que en cambio protege bienes jurídicos propios que tienen preferencia desde un punto de vista social, cobrando valor el principio del interés preponderante, común denominador de casi todas las causas de justificación.

### **3.1.2. DIFERENCIA CON OTRAS EXIMENTES E IMPORTANCIA DE LA DISTINCION**

A las causas de justificación o justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que impiden la configuración del delito. Suele catalogárseles bajo una denominación genérica como causas excluyentes de responsabilidad, causas de inculpatión, circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, etc. Nuestro Código Penal utiliza la impropia denominación de circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Con gran acierto el insigne maestro Raúl Carrancá y Trujillo, utiliza la denominación causas que excluyen la inculpatión. Sin lugar a duda la denominación que es utilizada por Carrancá y Trujillo es mucho más acertada y adecuada que la empleada por nuestro legislador,; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se utiliza la palabras causas en sustitución de circunstancias, pues como acertadamente afirma Jiménez de Asúa -citado por Carrancá y Trujillo- "circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y que lo modifica accidentalmente; y las

causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho convirtiendo el crimen en una desgracia".<sup>132</sup>

Las causas que excluyen la incriminación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpaibilidad.

Las justificantes o causas de justificación no deben ser confundidas con otras eximentes. Existe entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. A continuación trataremos de establecer un concepto de cada una de ellas, para luego comentar sus principales diferencias:

a) Causas de la inimputabilidad.- Son aquellas en que, si bien es cierto el hecho es intrínsecamente malo, contrario a derecho, no se encuentra sujeto de delito en condiciones de serle atribuible el acto realizado por no concurrir en él el desarrollo o la salud mentales, la conciencia o la espontaneidad requerida por el derecho. En otras palabras, son aquellas en que en el sujeto las condiciones de capacidad penal necesarias para que la acción pueda serle atribuída; penalmente el sujeto no existe como sujeto de imputación penal.

b) Causas de Justificación.- Como aquellas que excluyen la antijuricidad de la conducta, que entra en el hecho objetivo determinado por la ley penal. Por lo que al concurrir una de estas causas la acción imputables resulta realizada conforme a derecho, pues nos ha sido contraria a él.

---

132 CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, *Las Causas que Excluyen la Incriminación. Derecho Mexicano y Extranjero*, Impreso por Eduardo Limón, México, 1944, págs. 74 y 75.

- c) Causas de Inculpabilidad.- Son todas aquellas causas que eliminan los elementos intelectual y volitivo.

Así, podemos afirmar que mientras las causas de justificación, son objetivas, referidas al hecho e impersonales, las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos producidos por las causas de justificación, son *erga omnes* respecto de los partícipes y en relación con cualquier responsabilidad que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.

Por su parte, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad; en tanto que las primeras se refieren a la conducta totalmente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente el presupuesto de capacidad para actuar penalmente, en diversa forma y grado. Entendemos que el sujeto inimputable, es psicológicamente incapaz, de modo transitorio o perdurable, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad eliminan la incriminación en quien fue capaz; por su parte las de inimputabilidad anulan la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputable, no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.<sup>133</sup>

Como último punto de diferenciación entre las justificantes y las demás eximentes, comentaremos brevemente lo relativo a la responsabilidad civil. Si, no obstante la inimputabilidad del sujeto, ella no ha impedido que se cause un daño lesivo de un bien jurídicamente protegido, aun cuando el hecho no tenga relevancia penal para la persona es lógico que sí la tenga civil, obligando a la consiguiente indemnización por daños y perjuicios cuando no sea posible la restitución de la situación anterior al daño. De igual manera sucederá en las acciones impunes por estar penalmente amparadas por alguna de las causas personales. Por último, si al

133 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 184.

causarse un resultado dañino el sujeto no obró antijurídicamente sino apegado a derecho, la acción que no configuró en sí misma delito alguno no puede traer ninguna consecuencia, ni civil ni penal, ni para el actor principal ni para los copartícipes.

En las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

En resumen, las justificantes son objetivas, por que atienden al hecho mismo, sin tomar en cuenta la subjetividad de los que intervienen, esto es, no miran al aspecto personal del autor, sino solo a la realización externa de la conducta, son reales, por que se fundan en lo que acontece en el mundo fáctico y no en la creencia o imaginación de los protagonistas, son *erga omnes*, debido a que son útiles y válidas para todos los hombres sin distinción, así mismo y precisamente debido a su calidad objetiva por ser objetivas aprovechan a todos los copartícipes y, finalmente son legales, por estar previstas en la propia ley.

### 3.1.3. EXCLUYENTES SUPRALEGALES

Al hablar de los movimientos reflejos como causa de ausencia de conducta, comentamos la existencia de las aceptación de las llamadas causas supralegales, entendiéndolo por éstas, a todas las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley.

Adheridos al criterio del maestro Castellanos tena, debemos afirmar que no es dable reconocer la existencia de las causas supralegales tratándose de las justificantes. "Toda antijuricidad -expresa Ignacio Villalobos, citado por Castellanos Tena- se descompone en un contenido *material* o sociológico de oposición al orden, de

inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuricidad *formal* y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal. Esta antijuricidad formal... no puede ser destruida sino por una declaración legal, de suerte que, aun cuando imagináramos la desaparición del contenido material de antijuricidad en un acto, éste continuaría siendo antijurídico *formalmente* mientras la ley no admitiera y declarase *formalmente* también, aquella desaparición de antijuricidad, subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo... La eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal que no exige respecto de ningún otro de los elementos del delito. El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal alguno; se trata de puras esencias que, al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, u con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad; pero el factor de antijuricidad penal, que siempre debe ser declarado por la ley y a veces aún es creado por ella, existe y se mantiene, al menos formalmente, aun cuando desde sus orígenes carezca de verdadero contenido antisocial; o cuando teniendo el contenido desaparezca éste por causas especiales, mientras la ley no modifique se declaración primitiva o señale la causa que puede anular sus efectos. Resumiendo podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal..."<sup>134</sup>

---

134 VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, T. I, 2a. ed., Porrúa, México, 1960, pág. 325, citado por CASTELLANOS, TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 186.

### 3.1.4. RAZON DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Hemos apuntado líneas arriba que las causas de justificación, consideradas como el conjunto de hipótesis, condiciones o extremos previstos en la ley, y que impiden la antijuricidad de una conducta típica, deben ser declaradas expresamente por el legislado. El estado excluye la antijuricidad de una conducta (acto u omisión) que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se pretende tutelar (ausencia de interés), o cuando concurren dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso (interés preponderante).

Ausencia de interés. Generalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para anular la antijuricidad de una conducta, y es que el delito no vulnera sólo intereses individuales, sino que también rompe con el orden colectivo; sin embargo, en ocasiones el interés social consiste en tutelar un interés privado del cual su titular puede hacer uso libremente (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); hipótesis en el cual sí interesará el consentimiento del interesado en virtud de significar el ejercicio de tales derechos y, por ende resulta idóneo entonces para excluir la antijuricidad. Ahora bien, debemos tener muy presente, que generalmente de los tipos contenidos en los ordenamientos penales utilizan términos tales como "sin consentimiento" (artículo 260), "contra la voluntad", etc. Entonces el consentimiento no operará para fundamentar una causa de justificación, sino una causa de atipicidad. Exclusivamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, se estará frente a verdaderas justificantes por ausencia de interés.<sup>135</sup>

---

135 CATELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 187.



Interés preponderante o preponderancia de intereses. Debemos considerar al interés preponderante como el común denominador de casi todas las justificantes, de las causas de justificación. El interés preponderante surge cuando existen dos intereses incompatibles, frente a la imposibilidad de que ambos subsistan, por lo que el derecho opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como única solución para la conservación del preponderante.

### **3.1.5. UBICACION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION EN NUESTRO CODIGO PENAL**

El artículo 15 de nuestro Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, a la letra dice:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias.*

*II.- Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastornos mentales o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente;*

*III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.*

*Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.*

*Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentran bienes propios o respecto de los cuales tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en*

*circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.*

*IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual, o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.*

*V.- Obrar en forma legítima, 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.*

*VI.- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.*

*VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía;*

*VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo;*

*IX.- Derogada*

*X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.*

*XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.*

*No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.<sup>136</sup>*

Como se puede advertir, las justificantes se encuentran expresamente contempladas junto con las demás causas que excluyen la incriminación.

---

<sup>136</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

### 3.1.6. EL EXCESO

Cuando el sujeto excede los límites de una acción legitimada por alguna de las causas de justificación, surge la ilicitud, pues mientras la justificantes excluyen la antijuridicidad de la conducta, el exceso queda ya ubicado dentro del ámbito de la delictuosidad.

Nuestro Código penal en su artículo 16 sanciona el exceso:

*"ARTICULO 16.- Al que se exceda en los casos en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho u obediencia jerárquica a que se refieren las fracciones III, IV, V y VII del Artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia."<sup>137</sup>*

Las causas de justificación generalmente aceptadas son:

- a) Legítima Defensa.
- b) Estado de Necesidad.
- c) Cumplimiento de un Deber.
- d) Ejercicio de un Derecho.
- e) Obediencia Jerárquica.
- f) Impedimento Legítimo.

### 3.2. LEGITIMA DEFENSA

Para Pavón Vasconcelos es " la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho."<sup>138</sup>

Para Cuello Calón "es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor."<sup>139</sup>

Por su parte, Carrancá y Trujillo expresa: "Entre las incontables definiciones de la defensa legítima el c. p. alemán señala en sobria formula que la legítima defensa existe cuando el agente comete el hecho por haber sido constreñido a rechazar una agresión actual antijurídica que desarrolla un peligro contra sí o contra otro: 'Defensa necesaria es aquella que es requerida para rechazar un ataque actual e injusto dirigido contra el que se defiende o contra un tercero'. "<sup>140</sup>

"Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios".<sup>141</sup>

---

138 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual...*, pág. 315.

139 CUELLO CALON, Eugenio, *Derecho Penal, T. I, 8a. ed.*, pág. 341, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 191.

140 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Las Causas...*, pág. 281.

141 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley y el Delito*, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 192.

### 3.2.1. FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA

Al iniciar el capítulo correspondiente a las justificantes apuntamos que el interés preponderante es el común denominador en la mayoría de las causas de justificación, siendo por ello que consideramos que dicho interés es el fundamento de la legítima defensa; pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor, sino en virtud de que para el Estado existe una preponderancia indiscutible en el interés de mantener ilesos los derechos y bienes jurídicos conformadores del orden social, por encima de la posibilidad de que se ocasionen un daño al agresor de dichos bienes y, por ende., trastornado del orden público impuesto por el Estado, con la finalidad de detener su ataque. Por tanto, el fundamento de la legítima defensa no es que el interés individual del agredido sea mayor que el del agresor, sino que obedece a motivos jurídica y socialmente justificados, en tanto que la comparación no debe establecerse entre los intereses o bienes individuales, sino sobre el interés social que tienen el Estado por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés social que tiene el propio Estado por mantener seguro e intocado al transgresor injusto, por que si bien es cierto, el Estado busca proteger las garantías de todos los sujeto que viven en sociedad, no lo es menos, que la protección a las garantías se deberá otorgar mientras observan un mínimo de respeto para los demás y para la comunidad en que viven, no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden al amparo de aquellas garantías.<sup>142</sup>

Como elementos integrantes de la legítima defensa señalaremos a los siguientes: i) Una agresión injusta y actual; ii) Un peligro inminente de daño,

---

142 *Ibidem*, pág. 193.

consecuencia de la agresión, sobre los bienes jurídicamente protegidos; y, iii) Repulsa de dicha agresión.

### 3.2.2. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

El artículo 15, fracción III de Nuestro Código Penal contempla a la legítima defensa:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende..."<sup>143</sup>*

De la anterior transcripción se observa que la legítima defensa se encuentra integrada por los siguientes elementos:

- a) Una agresión.
- b) Que tal agresión sea actual.
- c) Que tal agresión sea real.

---

<sup>143</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.



- d) Que tal agresión sea violenta.
- e) Que tal agresión sea sin derecho.
- f) Que de tal agresión resulte un peligro inminente que lesione los bienes jurídicamente protegidos.

a) **Agresión.-** Es la conducta de cualquier ser humano que amenaza lesionar los intereses jurídicamente protegidos. Por lo tanto no se requiere que la conducta agresora lesione el derecho atacado, pues la repulsa a dicha conducta pretende evitar la violación del bien protegido, bastando entonces que se inicie la acción injusta aunque ésta no se consume.

b) **La agresión debe ser actual.-** Esto quiere decir presente, contemporánea al acto defensivo. La agresión se considera actual si se produce en el momento en que se realiza la acción defensiva. La repulsa al acto injusto, debe surgir en el momento mismo en que la acción agresiva se presenta, de lo contrario, estaríamos frente a una venganza privada, lo cual está prohibido por nuestro artículo 17 constitucional, en virtud de que la agresión ya se consumó, y lo que se pretende es precisamente evitar el daño que pueda causarse. Por otra parte, no es dable considerar como legítima defensa, a aquella agresión o "reacción" fundada en situaciones futuras.

c) **La agresión debe ser real.-** Se pretende que la agresión efectivamente exista y sea objetivamente realizable y, que no solamente se presente el terreno imaginario.

d) **La agresión debe ser violenta.-** Aunque la disposición legal antes transcrita no contenga expresamente característica, en virtud de que la idea de

agresión implícitamente contiene a la de violencia, consideramos pertinente hacer referencia de la misma. Por agresión violenta debe entenderse la ejecutada con ímpetu lesivo, fuera de razón y de justicia; de tal manera intempestiva, que no se pueda prever, por parte del agredido. Esta misma violencia es la que impide al agredido el intentar otro medio racional para evitar el daño.

e) La agresión debe ser sin derecho.- Para que la agresión pueda ser justamente rechazada se requiere que esta injusta, es decir sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas de derecho impuesta por el Estado.. Por lo tanto, no cabe la posibilidad de alegar la legítima defensa en los casos en que el agredido provoque la agresión dando causa suficiente e inmediata.

Se discute entre los doctrinarios, si constituyen una agresión injusta ciertos actos ejecutados por la autoridad, aceptándose la posibilidad de la resistencia, siempre que y cuando sea contra el exceso del agente de la autoridad y no pase más allá de lo indispensable para contener la agresión arbitraria.

f) Que de tal agresión resulte un peligro inminente que lesione los bienes jurídicamente protegidos.- Esto significa que la agresión debe estar por suceder prontamente, pues si el peligro fuere remoto podrán sus consecuencias ser evitadas o inclusive anuladas por otros medios lícitos.

Por otra parte, el peligro o daño debe recaer los bienes jurídicamente protegidos (la vida, el honor etc.), ya sean propios o ajenos.

Ahora bien, de la misma transcripción del artículo 15 fracción tercera de nuestro Código penal, podemos advertir que no es posible que se integre la legítima defensa cuando se presenten las siguientes hipótesis:

i) Cuando el agredido o la persona a quien se defiende provoque la agresión, por que haya dado causa suficiente e inmediata; y,

ii) Cuando no exista necesidad racional del medio empleado en la defensa. En este punto consideramos importante apuntar lo expresado por el maestro Carrancá y Trujillo: "con acierto, nuestra jurisprudencia establece 'no debe tomarse en cuenta solamente el carácter intrínseco de la agresión sino como ésta aparece racional y lógicamente ante el sujeto agredido'... 'cuando la ley habla de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, el elemento racional a que se refiere impone la necesidad al juzgador de no ser demasiado severo al juzgar de él, debiendo bastar que, examinados el caso y las circunstancias, haya podido creerse racionalmente que la defensa era precisa y los medios adecuados, por que no puede suponerse que en la situación en que se hallaba el acometido tuviera la suficiente tranquilidad de espíritu para hacer los razonamientos y cálculos que se ocurrirían en la fría tranquilidad de un gabinete'." <sup>144</sup>

### 3.2.3. PRESUNCIONES DE LEGÍTIMA DEFENSA

El mismo artículo 15, fracción, párrafos segundo y tercero, nos establecen las presunciones de legítima defensa, dicho artículo a letra dice:

---

144 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Las Causas...* págs. 296 y 297.

*"Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.*

*Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentran bienes propios o respecto de los cuales tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión."<sup>145</sup>*

Las presunciones de la legítima defensa son *juris tantum*, esto es, pueden admitir prueba en contrario; sin embargo el sujeto cuya conducta se ajuste a ellas, tiene a su favor la legal presunción de que su actuar fue conforme a derecho, siendo la

---

<sup>145</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

autoridad competente a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos que puedan desvirtuar que el actuar del sujeto no fue al amparo de la legítima defensa. Podemos advertir, que la presunción de legítima defensa es más favorable, desde el punto de vista de la carga de la prueba, que la legítima defensa genérica.

### **3.2.4. PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA**

Analizados los elementos de la legítima defensa, a nuestro parecer no se puede considerar esta justificante cuando exista riña. La riña es la contienda de obra y no de palabra, entre dos o más personas, según la definición legal (artículo 314 del Código Penal). En la riña ninguno de los contendientes puede encontrarse en la condición de no haber dado causa inmediata y suficiente para la agresión de su oponente, ya que se ubican al margen de la ley, al acudir a las vías de hecho para resolver sus diferencias y, por consiguiente ambas actitudes son antijurídicas, mientras que la legítima defensa requiere para su integración de una conducta lícita, frente a una agresión injusta; de ahí que la riña excluya al la legítima defensa.

Otro problema que pudiera surgir con motivo de esta justificante, es el conocido como la legítima defensa contra exceso en la legítima defensa. Parece ser que la opinión general de los doctrinarios en este punto, consiste en admitir la posibilidad de integración de la legítima defensa contra el exceso en la defensa. En efecto, todo exceso en la defensa constituye una nueva agresión injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa.

En cuanto a la llamada legítima defensa recíproca, no es admisible. Consideremos que el fundamento de la legítima defensa es la aparición de una agresión injusta y, por tanto quien acomete contra otro injustamente, no puede hacer

valer la defensa legítima cuando el agredido contraataca; en todo caso, su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión injusta, sino en el rechazo de una conducta apegada a derecho, exenta de antijuricidad.

Por lo que se refiere a la legítima defensa del inimputable, partiremos de la naturaleza objetiva de la antijuricidad, admitiendo la defensa legítima por parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe ser objetivamente valorada y dársele, en el caso, la calificación de lícita, en razón de la agresión injusta que repulsa.

Finalmente, debemos aceptar la posibilidad de surgimiento de la legítima defensa contra los inimputables. Si bien es cierto, que la conducta de un inimputable jamás será calificada de culpable por faltarle las capacidades de conocimiento y voluntad, no lo es menos, que dicha conducta sí pueda ser antijurídica y dar lugar a la repulsa mediante la legítima defensa.

### 3.3. ESTADO DE NECESIDAD

Para Cuello Calón, "El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona."<sup>146</sup>

Para Sebastián Soler el estado de necesidad "es una situación de peligro actual o inmediata para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico."<sup>147</sup>

---

146 CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, pág. 275.

147 Citado por CASTELLANOS TENA, Fernanda, *op. cit.*, pág. 203.

Para Carrancá y Trujillo, "consiste el estado de necesidad en una situación en la que se impone el ataque contra bienes ajenos jurídicamente protegidos, a fin de salvar otros de igual o mayor valor. Es por tanto, una situación de conflicto y colisión en la que, por el principio de valuación de los bienes jurídicos, desaparece la antijuridicidad de la acción siempre que el bien de más alto valor sólo pueda salvarse mediante el sacrificio de otro bien de inferior jerarquía."<sup>148</sup>

Jiménez de Asúa, que considera que el estado de necesidad "es una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en lo que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos jurídicos protegidos, pero de inferior calidad, a condición de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en la salvaguarda del bien o interés en conflicto."<sup>149</sup>

Actualmente se continúa discutiendo sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es necesario distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Al respecto el maestro Castellanos Tena apunta: "Si el bien sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuridicidad, sino en función de una causa de inculpabilidad o, tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera excusa absolutoria."<sup>150</sup>

148 CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, *Las Causas...*, pág. 321.

149 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. "El Delito"*, T. IV, 3a. ed., Lozada, Buenos Aires, 1965, pág. 279.

150 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 204.

Consideremos como fundamento del estado necesidad el interés preponderante, que se actualiza en el bien de mayor jerarquía, para buscar su subsistencia frente al de menor importancia o sacrificado.

### 3.3.1. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD

El artículo 15 del Código Penal fracción IV establece los siguiente:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:*

*IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual, o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance."<sup>151</sup>*

De lo anterior transcripción podemos afirmar que los elementos integrantes del estado de necesidad son:

a) La existencia de una situación de peligro real, actual o inminente. El peligro real, será la probabilidad de daño en una situación en que éste parece fácilmente verificable. Debe ser actual, presente, que exista y pueda ser objetivamente realizado.

---

<sup>151</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.



La actualidad o inminencia del acto, se consideran, en base a que el peligro no puede ser imaginario, la amenaza está por suceder, lo que excluye un peligro remoto.

b) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado ya sea propio o ajeno. El peligro debe recaer sobre dos o más bienes jurídicos que se encuentran en conflicto y de los cuales uno se tiene que sacrificar.

c) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado de necesidad. El ataque por parte de quien actúa bajo el estado necesario, se da por la inevitabilidad de evitar dicho peligro.

d) Que se lesione o destruya un bien protegido por el derecho.

e) La ausencia de otro medio practicable y menos perjudicial. Esta se presenta ante la imposibilidad de superar el peligro de manera distinta.

f) Que el peligro o amenaza no sea provocado intencionalmente ni por imprudencia grave del agente.

g) Que el sujeto no se encuentre obligado a hacer frente a la acción peligrosa.

En nuestra legislación, se contemplan dos casos específicos respecto de estado de necesidad, el primero de ellos es el llamado aborto terapéutico, y el segundo es el robo famélico, los cuales se encuentran consignados expresamente en los artículos 334 y 379 respectivamente. Consideramos que en ambos casos no hubiera sido preciso reglamentar por separado dichas conductas, en virtud de que su existencia puede

perfectamente derivar de la fracción IV del artículo 15 del mismo ordenamiento penal.

### 3.3.2. DIFERENCIAS CON LA LEGÍTIMA DEFENSA

Como diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa podemos establecer las siguientes:

- I. La legítima defensa siempre tendrá procedencia humana, en tanto que el estado de necesidad puede originarse por factor humano o natural.
- II. En la legítima defensa existe una agresión injusta, mientras que en el estado de necesidad lo que existe es un estado de peligro.
- III. En la Legítima defensa la lesión se produce sobre bienes del injusto agresor, mientras que en el estado de necesidad recae sobre bienes de un inocente.
- IV. La legítima defensa constituye en sí misma una reacción contra el ataque y el estado de necesidad es una acción.
- V. En la legítima defensa existe el "*ánimus defendendi*" del agredido y en el estado de necesidad el "*ánimus conservationis*".
- VI. La legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo y otro lícito, en tanto que en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

### 3.4. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

La noción que el maestro Ignacio Villalobos expone sobre esta causa de justificación es la siguiente: "La eximente que nos ocupa se origina por la concurrencia de un deber especial o de un derecho en atención al cual se ejecuta el acto y que por su misma naturaleza de deber o de derecho cumplido elimina el carácter delictuoso de aquella conducta, así quien se introduce a una casa ajena por el deber que tiene de practicar un cateo, o quien ejerce la violencia sobre el hijo en ejercicio del derecho de educación y de corrección, lógicamente queda libre de toda responsabilidad penal."<sup>152</sup>

El fundamento legal de esta causa de justificación se encuentra en la fracción V del artículo 15 de nuestro Código Penal, que dice en lo conducente:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico... siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber..."<sup>153</sup>*

Debe señalarse que el deber a que hace referencia el Código Penal es el deber jurídico, no siendo válido invocar deberes morales, religiosos, sociales o de cualquier otra índole como causas de justificación. Esto resulta lógico al considerar que la

<sup>152</sup> VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, 3a. ed., Porrúa, México, 1975, pág. 335.

<sup>153</sup> *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.*

voluntad del legislador busca que el derecho se cumpla, aunque para cumplirlo se realice en un momento determinado una conducta que normalmente se estimaría como ilícita.

El cumplimiento del deber emana precisamente de la ley, que es la que faculta al sujeto activo de la conducta para su realización, y por ello, la ley no puede castigar a quien obliga a realizar tal o cual acción u omisión.

La ley en ocasiones impone al hombre ciertos deberes cuyo cumplimiento es obligatorio, llegando a permitirles en ocasiones, hasta el empleo de la fuerza o de las armas cuando sean necesarias para cumplir con éstos. En este caso el cumplimiento de un deber consiste en la obligación que tiene el sujeto de actuar en determinado sentido, por que así se lo exige la ley. El maestro Carranca y Trujillo opina al respecto, que "no actúa antijurídicamente el que por razón de su situación oficial o de servicio está obligado o facultado para actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o facultad ordenada o señalada por la Ley".<sup>154</sup>

Obviamente la misma ley señala el alcance que puede tener el deber de que se trate, pues de otra manera fácilmente podría abusarse de esta justificación.

---

154 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano...*, pág 616.

### 3.5. EJERCICIO DE UN DERECHO

"La Ley justifica la comisión de hechos, aparentemente delictivos, cuando son cometidos en el legítimo ejercicio de un derecho, de la autoridad o del cargo. Tales actos, aunque configuren acciones típicas, carecen del elemento de la antijuricidad necesario para constituir delitos."<sup>155</sup>

El ejercicio de un derecho se reduce en la actualización o concreción de la facultad o autorización que el ordenamiento legal otorga a un sujeto determinado para llevar a cabo una conducta, aparentemente delictuosa.

Su fundamento legal se encuentra el artículo 15 fracción V de nuestro Código Penal, que en lo conducente dice:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*V.- Obrar en forma legítima...en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional en el medio empleado para...ejercer el derecho."<sup>156</sup>*

Esta causa de justificación se confunde a menudo con el cumplimiento de un deber, pero encontramos su diferencia en cuanto a que en el cumplimiento de un deber, el agente está de manera absoluta obligado a actuar trasgrediendo la norma,

<sup>155</sup> GOLDSTEIN, Raúl. op. cit., pág. 205.

<sup>156</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

en cambio, en el ejercicio de un derecho, el agente tiene la opción de transgredir o no ese orden jurídico.,

El ejemplo clásico de este tipo de excluyente está en las lesiones y hasta en el homicidio que se produce en la práctica de deportes como el boxeo o la lucha libre, donde existe la ausencia de antijuricidad en la conducta lesiva y, el sujeto que profiere las lesiones solo está actuando en ejercicio del derecho reconocido por el Estado.

Según la doctrina, para que el ejercicio de un derecho sea una causa de justificación se requiere:

- a) El reconocimiento hecho por la Ley sobre el derecho ejercitado. Este requisito no sólo entraña que exista la norma que faculta al ejercicio del derecho, sino que se requiere también que el derecho sea ejercitado en la medida y en la vía autorizadas por la misma ley sobre en relación con el derecho ejercitado.
  
- b) Una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. Toda autorización o facultad que se conceda por la autoridad competente debe también otorgarse dentro del margen que la misma ley concede. Es decir, no basta que la autoridad que dé la autorización goce de la competencia para su otorgamiento, se requiere además que tal autoridad actúe dentro del marco de su competencia y que dicha autorización reúna los requisitos legales, ya que si la autorización excede las facultades concedidas por la ley, entonces no existirá la excluyente y la conducta será considerada delictuosa.

### 3.6. OBEDIENCIA JERARQUICA

Esta hipótesis de ausencia de antijuridicidad nos conduce a pensar en la existencia de un superior jerárquico y de un subordinado que está en obligación de acatar lo mandado por aquél.

Evidentemente los caracteres de superioridad, legitimidad y jerarquía son integrantes de la obligatoriedad en un mandato, siendo la obligatoriedad en el cumplimiento de un deber la que constituye la razón de ser de esta excluyente.

El maestro Fernando Castellanos tena al estudiar la inculpabilidad expone el cuestionamiento existente sobre la verdadera naturaleza jurídica de la eximente por obediencia jerárquica, manifestando la necesidad de diferenciar las diversas hipótesis en que ésta se puede encontrar. "Cuando el subordinado carece de poder de inspección y legalmente *tiene el deber de obedecer*, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otro conducta, como algunos incorrectamente suponen; el Derecho (en esas condiciones) está más interesado en la ciega obediencia del inferior, que en la excepcional posibilidad de que el superior ordene algo delictuoso. Esto sucede lo mismo si el subordinado conoce o desconoce la ilicitud, pues el Estado impone al inferior como un deber cumplir con las órdenes superiores, sin ser relevante su criterio personal sobre la licitud o la ilicitud de la conducta ordenada. Tal acaece con los miembros del Ejército, en donde importa más la disciplina, con independencia de los delitos que eventualmente resulten. En el Instituto Armado, el Estado, la propia sociedad, esperan incondicionalmente obediencia jerárquica de los miembros del mismo. Si en estos casos el inferior actúa cumpliendo una obligación legal, se integra una causa de justificación y no ha delito por estar ausente la *antijuridicidad*. (La

justificación por obediencia jerárquica se equipara a la de cumplimiento de un deber)."<sup>157</sup>

De acuerdo a lo anterior, es posible considerar la existencia de una de las hipótesis de la obediencia jerárquica dentro de lo establecido por la citada fracción V del artículo 15 de nuestro ordenamiento penal.

Nuestro ordenamiento penal en su artículo 15 fracción VII, establece:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía."*<sup>158</sup>

Se advierte de dicho artículo que la hipótesis de referencia, en realidad supone el error del agente por la falta de notoriedad del carácter ilícito de la orden y la ignorancia del sujeto que la cumplimenta. En tales condiciones se trata de una excluyente por causa de inculpabilidad, aunque no de justificación, y a la que sólo por razones prácticas nos referimos en el presente apartado para ser analizada al hablar de la inculpabilidad.

---

<sup>157</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág 265.

<sup>158</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.



### 3.7. IMPEDIMENTO LEGITIMO

El artículo 15 fracción VIII del Código Penal, a la letra dice:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo."<sup>159</sup>*

Esta causa de justificación se presenta cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto se abstiene de obrar, colmándose el tipo penal. Debemos advertir que el comportamiento es siempre omisivo.

Su fundamento lo encontramos otra vez, en el principio del interés preponderante, el cual impide la actuación del sujeto en virtud del conflicto de intereses entre dos normas, una que le establece el deber de actuar (inferior) y la otra que impide el actuar (de carácter superior).

Así como el que actúa en cumplimiento de un deber legal no obra antijurídicamente, el que deja de cumplir ese deber legal por que tenga un impedimento que la propia ley le reconozca como tal, al omitir lo que está obligado a hacer no obrará antijurídicamente, pues la colisión de leyes obliga a su omisión.

---

<sup>159</sup> *Ibidem.*

## CAPITULO VI

### IMPUTABILIDAD

#### 1. LA IMPUTABILIDAD

Diversas y diferentes posturas se han manifestado respecto del papel de la imputabilidad en la teoría del delito. Algunos autores separan a la imputabilidad de la culpabilidad, considerando a ambos como elementos autónomos del delito; otros opinan, dando un amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Alguno otros autores entre los que se encuentra el maestro Castellanos Tena, sostienen que la imputabilidad constituye el presupuesto de la culpabilidad, tesis a la cual nos adherimos.

Castellanos Tena nos dice: "Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea *imputable*; si en la culpabilidad, como se verá más adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiera la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de *entender* y de *querer*, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito, según pretenden algunos especialistas.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la *capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.*<sup>160</sup>

Por capacidad de entender debe considerarse a la capacidad de conocer el deber, o de comprender el carácter ilícito de la conducta; y por capacidad de querer debe entenderse la determinación de obrar autónomamente, de tal suerte que la imputabilidad resulta ser la capacidad de entender lo ilícito de la conducta y obrar con total autonomía.

Conceptualmente -define Vela Treviño- "la imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta."<sup>161</sup>

De Pina, dice que la imputabilidad es la "capacidad general atribuible a un sujeto para cometer cualquier clase de infracción penal."<sup>162</sup>

Por su parte el maestro Carrancá y Trujillo afirma: "Siendo la imputabilidad la capacidad abstractamente considerada de la persona para que pueda ser puesto en su cuenta un hecho previsto como posible por lo que será imputable todo aquel que

<sup>160</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 217.

<sup>161</sup> VELA TREVIÑO, Sergio, *Culpabilidad e Inculpabilidad*, 1a. reimpresión, Trillas, México, 1977, pág. 18.

<sup>162</sup> DE PINA, Rafael, *op. cit.*, pág. 239.

posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicamente exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley para poder determinar su conducta normalmente, que sea apto e idóneo jurídicamente para conducirse en forma que responda a las exigencias medias de la conducta en sociedad humana."<sup>163</sup>

Jiménez de Asúa sostiene la tesis de que la imputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad, al sostener que la imputabilidad como presupuesto psicológico de la culpabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar las normas y de determinarse espontáneamente.

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal que lo capacitan para responder del mismo, ya que cuenta con la capacidad para conocer y valorar el deber jurídico de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

## 2. LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad es la situación jurídica en que se coloca el sujeto imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho ejecutado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, todos aquellos que posean, al tiempo de la acción, las mínimas condiciones de salud y desarrollo psíquico exigidos por el Estado; pero sólo son *responsables* quienes habiendo realizado el acto, están obligados previa declaración jurisdiccional (sentencia firme), a responder de él.

---

163 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Las Causas...* págs. 77 y 78.

"La responsabilidad y la culpabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas frecuentemente son consideradas como equivalentes las tres palabras como sinónimas. Pero...estos tres conceptos pueden y deben distinguirse y precisarse. *La imputabilidad* afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; *La responsabilidad* resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito...; y *la culpabilidad* es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto, que le es imputable, más que a condición de declararle culpable del él."<sup>164</sup>

"La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obro culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta."<sup>165</sup>

### 3. LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del acto (y también la culpabilidad, de la que es presupuesto); pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se ubica en situación inimputable, y en esa condiciones comete el delito. A estas acciones se les conoce como *acto liberae in causa*.

---

<sup>164</sup> MARQUEZ PINERO, Rafael, *op. cit.*, págs. 232 y 233.

<sup>165</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 219.

Maggiore nos dice que las acciones libres en su casa son "actos que habiendo sido queridos mientras el autor era imputable -y por tanto libres en el momento causal-, se verifican cuando el agente no está ya en estado de imputabilidad."<sup>166</sup>

Podemos considerar que las acciones libres en su causa se integran por: i) una conducta; ii) de una configuración típica; iii) del nexo causal, cuando se trata de delitos materiales de resultado; y, iv) de dos diferentes momentos que son, el de la colocación de la causa y el de la producción del resultado.

"Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base a declararlo culpable y, por consiguiente responsable, siendo acreedor a una pena."<sup>167</sup>

Nuestro Código Penal contempla expresamente la responsabilidad penal tratándose de las acciones libres en su causa:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*II.- Padecer el inculpaado, al cometer la infracción, trastornos mentales o desarrollo intelectual*

<sup>166</sup> MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit.*, pág. 505.

<sup>167</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 221.

*retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente."<sup>168</sup>*

---

<sup>168</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

## CAPITULO VII

### INIMPUTABILIDAD

#### 1. CONCEPTO DE LA INIMPUTABILIDAD

Como se ha señalado con anterioridad, la inimputabilidad es el presupuesto de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede integrarse el delito; luego la imputabilidad es necesaria para la formación de la figura delictiva. Ya hemos expresado que la imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo; la inimputabilidad se presenta como el aspecto negativo de la imputabilidad.

Podemos entender a la inimputabilidad como la ausencia de capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y para autodeterminarse.

"Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad."<sup>169</sup>

Entonces la inimputabilidad, se presenta cuando no se tiene la capacidad de querer y entender, ya sea por que no se alcance el grado de madures necesario o por

---

169 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 223.



que las facultades mentales del sujeto activo estén perturbadas de manera transitoria o permanente.

Son los criterios biológicos, psicológicos y, mixto, los que por minoría de edad o por perturbación de la conciencia (que impide al sujeto el conocimiento de la ilicitud de la acción) pueden determinar las causas de inimputabilidad.

## 2. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

La clasificación más aceptada y de hecho la más común, es aquella que agrupa a las causas de inimputabilidad bajo los siguientes rubros:

- a) Los estados de inconsciencia, permanentes y transitorios;
- b) El miedo grave;
- c) La sordomudez; y,
- d) La minoría de edad.

### a) Los Estados de Inconsciencia

Con motivo de la reforma al artículo 15 fracción II del Código Penal<sup>170</sup>, las fórmulas sobre los estados de inconsciencia han sido substituidas:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

---

<sup>170</sup> Reformado mediante Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984.

*II.- Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastornos mentales o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente."*<sup>171</sup>

De la transcripción anterior, podemos advertir dos grandes hipótesis: i) trastorno mental y, ii) desarrollo intelectual retardado, sin que se hable de la transitoriedad o permanencia de dicho estado.

El trastorno mental, consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. Como apuntamos anteriormente, la ley no distingue los trastornos mentales transitorios de los permanentes, de lo que se puede interpretar que la inimputabilidad puede operar tanto en un trastorno efímero como en uno duradero. Ahora bien, no es suficiente la demostración del trastorno mental para declarar la verdadera eximiente; la ley es cuidadosa al referirse a un trastorno mental de tal magnitud, que impida al sujeto comprender el carácter ilícito del acto realizado, o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

En un intento de interpretación del citado numeral, podríamos considerar que el trastorno mental transitorio se identifica con el término "trastorno mental", mientras que a los trastornos mentales permanentes, se les identifica con el término "desarrollo mental retardado".

---

<sup>171</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Es de mucha importancia advertir que los actos de inconsciencia determinados por la ingestión de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por toxicaciones graves, deben ser trastornos mentales transitorios ocasionados accidentalmente pues de lo contrario se caería en acciones libres en su causa.

"No resulta ocioso destacar que en la actual fórmula legal sobre la inimputabilidad (Art. 15, fracción II de C.P.), pueden quedar comprendidos en los respectivos casos, además de los trastornados mentales transitorios o permanentes, aquellos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aun cuando no presenten un verdadero trastorno mental."<sup>172</sup>

#### b) El Miedo Grave

El artículo 15 fracción VI de nuestro ordenamiento penal contempla esta excluyente de la siguiente manera:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*VI.- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no*

---

172 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 229.

*exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.*"<sup>173</sup>

De la transcripción anterior, se desprende la existencia del temor fundado y del miedo grave como dos causas independientes que excluyen la incriminación y, por ende técnicamente no pueden identificarse. El miedo grave difiere del temor, en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causas externas.

El miedo constituye una causa de inimputabilidad porque produce la afectación o pérdida de las facultades intelectivas y de la actuación conforme a una valoración moral. Miedo, proviene del término latino "*metus*", que significa inquietud o ansiedad. El miedo grave es una alteración de la psique que requiere para su eficacia, como causa de inexistencia de delito dos elementos, ser grave y ser contemporáneo a la producción del resultado típico. En cambio, el temor fundado, da lugar a la inexistencia del delito pero no por ausencia de imputabilidad, sino por ausencia de culpabilidad, ya que el temor fundado es una forma de la *vis compulsiva* y finca su procedencia precisamente en la coacción moral que se ejerce sobre la persona mediante la amenaza de un peligro real, inminente y grave, que lo obliga a actuar en tal forma que produce un resultado típico y antijurídico, no obstante lo cual el delito no se integra por faltar la posibilidad de formular el juicio de reproche, puesto que no es exigible racionalmente una conducta diferente a la realizada.

En el temor, el proceso de reacción es consciente, con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; ya que afecta la capacidad o aptitud psicológica.

---

<sup>173</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

### c) La Sordomudez

La sordomudez es la carencia total de la facultad de hablar y oír. Como hemos mencionado, el artículo 15 fracción II con la reforma de que fue objeto, abarca en amplio sentido a varias formas en las que la inimputabilidad puede presentarse, entre las que es factible que se dé la sordomudez.

En nuestra opinión la reforma deja una gran laguna por lo que se refiere a los sordomudos, ya que nuestro Código Penal no hace mención expresa de los sordomudos como inimputables, como lo hacía anteriormente en su artículo 67 que establecía:

*Art. 67.- A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción.*

Esta anterior redacción dejaba perfectamente claro en nuestro ordenamiento penal, el considerar expresamente a los sordomudos como inimputables. En todo caso y como ya se ha dicho anteriormente, podemos incluir a los sordomudos como inimputables dentro de la fracción II del artículo 15 del Código Penal.

Finalmente, el tratamiento a los sordomudos se desprende de la redacción del nuevo artículo 67, que dispone que para ellos (en tanto inimputables) su reclusión en

establecimientos especiales con la finalidad de ser educados o instruídos teniéndose en cuenta su estado de sordomudez.

#### d) La Minoría de Edad

Respecto a los menores de edad ha surgido desde hace tiempo, una gran polémica, algunos autores consideran que no deben ser imputables debido a la falta de desarrollo mental y criterio que les permita tener la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Otros opinan por su parte, que nada impide que una persona menor de 18 años de edad, tenga o posea un desarrollo mental suficiente y sea capaz de dilucidar entre lo que se prohíbe y lo que se permite por las normas jurídicas, por lo que el menor puede ser plenamente imputable para el Derecho Penal en la comisión de cualquier delito.

Parece ser que legalmente, los menores (de dieciocho años según nuestro Código Penal; en algunos Estados de la República se fija otro límite) son inimputables por razones de política criminal, en este sentido, nuestra Constitución, establece en su artículo 18 párrafo cuarto, la obligación de la Federación y de los gobiernos de los Estados de establecer las instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Siguiendo el pensamiento del maestro Castellanos Tena podemos afirmar: "Mas situados en el ángulo jurídico, debemos considerar la imputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de aplicación de las disposiciones penales y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del Derecho represivo. Desde este punto de vista, evidentemente los menores...son inimputables. 'Al menos se le excluye del horizonte penal -afirma el profesor Sergio

García Ramírez- porque es inimputable; por tanto, lo adecuado es designarle un inciso entre los que se señalan las causas de inimputabilidad, y con este inciso declare inimputable, *juris et de jure*, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen a su tratamiento...'.<sup>174</sup>

Anteriormente los artículos 199 a 222 regulaban la llamada delincuencia de menores, actualmente estos numerales se encuentran derogados, por lo que coincidimos en afirmar junto con algunos doctrinarios, que los menores infractores se encuentran regulados bajo un régimen especial de derecho, no siendo sancionados penalmente, sino que se les imponen medidas de seguridad, para lo cual se crean las instituciones encargadas de corregir, orientar y readaptar a los menores que comenten algún ilícito.

---

174 CASTELLANOS TENA, *Fernando*, *op. cit.*, pág. 230.

## CAPITULO VIII

### CULPABILIDAD

#### 1. NOCION DE LA CULPABILIDAD

Recordemos que de acuerdo a la teoría tetratómica del delito, a la cual nos hemos adherido desde un principio, éste se integra o constituye por un acción típica, antijurídica y culpable. Una acción será culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada. "En la culpabilidad, por tanto hay, además una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues al ejecutar un hecho -que ésta prohíbe- ha quebrantado su deber de obedecerla; hay una reprobación a la conducta del agente y se reprocha este comportamiento porque no ha obrado conforme a su deber."<sup>175</sup>

La culpabilidad ha sido definida por Cuello Calón, como "un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley."<sup>176</sup> "El reproche -apunta el Doctor Márquez Piñero-, contenido en la culpabilidad como elemento del delito recae sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión, el juicio de culpabilidad sobre el hecho concreto y aislado. (La peligrosidad y el carácter antisocial del agente no son fundamento de la culpabilidad, ni, por tanto, causa de absolución o de condena, sino que solamente

---

175 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 239.

176 CUELLO CALON, Eugenio, *op. cit.*, pág. 358.



pueden influir en la medida de la pena o en la adopción de medidas de seguridad)."<sup>177</sup>

Porte Petit, citado por el maestro Castellanos Tena, define a la culpabilidad, como "el nexó intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto"<sup>178</sup>. Debemos hacer notar que esta concepción, es válida por lo que respecta a lo delitos dolosos o intencionales, pero en cuanto a los culposos, en los que no se desea el resultado, no encuentra total acogida.

Mezger, señala que la culpabilidad "es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenta frente al sujeto la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".<sup>179</sup>

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad es "el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos o prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por la franca oposición en el dolo o indirectamente, por la indolencia y desatención nacidos del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa."<sup>180</sup>. De esta definición, podemos advertir, que la culpabilidad se forma por dos elementos: i) una actitud psicológica del sujeto, conocida como situación de hecho de la culpabilidad; y, ii) una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en franca oposición con el derecho y con sus obligaciones personales.

177 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 239.

178 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 234.

179 Citado por FERNANDEZ DOBLADO, Luis, "Culpabilidad y Error", *Criminalia* Núm. 6, Junio de 1959, pág. 30.

180 VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, pág. 283.

## 2. TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD

Existen dos teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la culpabilidad, conocidas como: a) La Teoría Psicológica de la Culpabilidad y b) la Teoría Normativista de la Culpabilidad.

a) **Teoría Psicológica.**- Esta teoría afirma, que la culpabilidad consiste en el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior, en las relaciones psicológicas del autor con su hecho. Esto es, que la culpabilidad es una relación de carácter psicológico existente entre el sujeto activo y el hecho antijurídico, dejando toda valoración jurídica para la antijuricidad.

Sebastián Soler -enseña Fernández Doblado- expresa en síntesis, que el contenido de la culpabilidad está formado por los elementos siguientes: 1.- un elemento normativo que consiste en la vinculación del sujeto a su orden jurídico; y 2.- un elemento psicológico que resulta de la vinculación del sujeto a su hecho. Indica el autor argentino que "ambos elementos son de carácter psicológico pero en tanto que en el segundo se atiende a una relación entre sujeto y hecho desprovista de toda valoración, en el primero se examina fundamentalmente la posición del sujeto en una instancia de responsabilidad, frente al orden jurídico del que forma parte como elemento capaz. Dentro de este elemento precisa ver si el sujeto ha cometido con su conducta un acto de desvalor como negación concreta de aquél. Queda entonces, como elemento genérico de la culpabilidad la conciencia en el autor de la criminalidad de su acción. En cuanto a la acción dolosa, el autor relaciona intuitivamente el orden moral y buenas costumbres en torno al orden jurídico propio,

Añade, que en relación a los hechos ilícitos, algunos son cometidos por imputables y de éstos algunos son culpables."<sup>181</sup>

Respecto de esta teoría Goldstein señala: "Este modo de concebir la culpabilidad ubicó el núcleo de ésta en el dolo y en la culpa, vale decir, en la vinculación de índole fundamentalmente psicológica entre el autor y el hecho. En este caso la imputabilidad es un presupuesto de esas formas de ser culpable, y el error, la ignorancia y la coacción son causas que las excluyen. Se le critica que no explicar cómo la culpa inconsciente en la que falta la relación psíquica directa del autor con el resultado delictivo, es una forma de la culpabilidad; que, además no siendo dentro de él graduable la relación psíquica del autor con el resultado no permite la graduabilidad del dolo; que, por otra parte, concibiendo la culpabilidad como puro hecho psicológico, no sabe como puede excluir la coacción que no afecta en nada ese hecho; que en fin, al no admitir la exclusión de la culpabilidad siempre que el autor, con arreglo a las circunstancias, no se le puede exigir una conducta conforme a su deber. En concreto, la imputabilidad sí es psicológica, pero la culpabilidad es valorativa."<sup>182</sup>

En síntesis, la culpabilidad para los psicólogos, consiste en el reconocimiento de la relación psicológica existente entre el hecho concreto antijurídico y su autor, estableciendo con ello un psicologismo esencial a la culpabilidad.

Para finalizar su exposición en relación con la teoría psicológica de la culpabilidad, el maestro Castellanos Tena afirma "ya hemos dicho como el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores

<sup>181</sup> FERNANDEZ DOBLADO, Luis, *Culpabilidad y Error*, Comisión Nacional de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 1951, págs. 23 y ss.

<sup>182</sup> GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 127.

elementos: conducta, tipicidad y antijuricidad, y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto inimputable; por otra parte, claro está que en la teoría psicologista se trabaja en el campo normativo como es el del Derecho, único donde puede hablarse del delito.<sup>183</sup> Como podemos advertir el ilustre profesor presupone una valoración de la antijuricidad de la conducta típica, al entrar al estudio de la culpabilidad.

b) **Teoría Normativa.**- Para esta teoría la culpabilidad "no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida. Teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa. Este camino, necesario, no agota la investigación del concepto de culpabilidad, pues determinados los motivos debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presentes los motivos y la personalidad del autor, le era 'exigible' una conducta acorde con el Derecho. La culpabilidad es, en suma, algo que consiste en un reproche hecho al autor sobre su conducta antijurídica, pues como se ha dejado anotado, el hecho antijurídico concreto es el punto de partida del reproche contra su autor."<sup>184</sup>

"Para la concepción normativa, la culpabilidad no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo es un punto de partida. Partiendo de un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para encajar la conducta del sujeto en la esfera del dolo o en la de la culpa; una vez determinados los motivos, debe llegarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual hay que acreditar, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor, podría

183 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 235.

184 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual*, pág. 352.

exigirsele una conducta conforme a derecho. En definitiva, la culpabilidad radica en el reproche, hecho al autor, sobre su conducta antijurídica. De ahí que, para Mezger, la culpabilidad significa *un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor*. Para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido de la forma antijurídica y típica, sino que además es necesario que su acción pueda serle reprochada personalmente.<sup>185</sup>

La teoría normativa toma como punto de referencia al psicologismo y le añade otras características, predominantemente el juicio de reproche contra el agente, la condena que deriva de dicho juicio y la afirmación de que el sujeto es culpable por no haber actuado como debiera, es decir es, en relación a la exigencia de una norma, lo que fundamenta, frente al autor, la reprochabilidad de la conducta antijurídica.

Para poder reprochar a un sujeto una conducta o un hecho ilícito, es necesario que sea capaz de pensar, querer y obrar (ser imputable) y luego analizar el elemento psíquico para determinar el grado de culpabilidad implícito en su comportamiento.

"Reprochabilidad -afirma Goldstein- es la cualidad de la acción que posibilita hacer un reproche personal al autor porque no la ha omitido, y para que una acción pueda ser reprochable, su omisión debe ser exigible."<sup>186</sup>

Esta forma de concebir la culpabilidad supone que el sujeto tenga una motivación normal, es decir, que el agente actúe con total comprensión de su conducta y de las consecuencias legales que ésta trae como resultado, puesto que si la motivación es anormal queda excluida la culpabilidad.

---

185 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 241.

186 GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 127.

Es de hacerse notar que la adopción de una y otra corriente, sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad no es un asunto puramente especulativo, sino de extraordinaria importancia práctica, sobre todo en cuanto a la operancia del aspecto negativo de este elemento del delito; si optamos por el psicologismo, sólo serán causas de inculpabilidad las capaces de eliminar el conocimiento de la voluntad, si estamos de acuerdo con los normativistas nos veremos obligados a aceptar como causas de inculpabilidad el error y la no exigibilidad de otra conducta.

### 3. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

Ahora bien, en cuanto a los elementos de la culpabilidad, hay que distinguir entre los señalados por la doctrina normativista y los señalados por los psicologistas.

Para la teoría normativa los elementos son:

- a) La imputabilidad, en cuanto presupuesto de la culpabilidad.
- b) Las formas de culpabilidad, dolo y culpa, constitutivas de la referencia psíquica entre: la conducta o hecho y su autor.
- c) La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Para la teoría psicológica -afirma Pavón Vasconcelos- da a la imputabilidad el carácter de presupuesto de la culpabilidad, señalando que el contenido de éste en el hecho psicológico, en cuanto en él yace la necesaria relación entre la acción u omisión antijurídica y su autor.

## 4. FORMAS DE LA CULPABILIDAD

A partir del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, en vigor a lo 90 días de su publicación, el artículo 8o. del Código Penal, que anteriormente sólo admitía las formas dolosa y culposa de comisión de delitos, prescribe que los delitos pueden ser *intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales*. El artículo 9o. del mismo ordenamiento, se encarga de desarrollar tales formas o grados de culpabilidad precisando que "obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico quiera y acepte el resultado prohibido por la Ley.- Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen.- Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."<sup>187</sup>

### 4.1. EL DOLO. EVOLUCION. CONCEPTO

"Cuando acudimos a la ciencia para definir el dolo dogmáticamente, tropezamos con la Psicología cuyos tratadistas -afirma Jiménez de Asúa-, no se ponen de acuerdo sobre las nociones voluntad y representación"<sup>188</sup>, que son, sin embargo teorías que conjugadas aportan en el Derecho el fundamento del concepto de dolo.

En efecto, Carrara y Pessina adheridos a la teoría de la voluntad, fundaron el dolo, como la más grave especie de la culpabilidad en la intención o voluntad.

<sup>187</sup> *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.*

<sup>188</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado...* págs. 386 y ss.

Posteriormente surge la teoría de la representación iniciada por Franz Von Litz, quien sostiene que "el dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley."<sup>189</sup>

Pavón Vasconcelos, critica a la teoría de la voluntad por caer en el error de "definir el dolo como la intención, cuando el alcance del primer término es mayor al segundo, con lo cual dejaron fuera del concepto al dolo eventual, en el que no existe propiamente intención."<sup>190</sup> Así mismo la teoría de la representación es convincente por ser este "elemento intelectual, con lo que el concepto de la primera especie de la culpabilidad (afectivo o volitivo), queda no sólo mutilado en uno de sus requisitos, sino extendido desmesurada y peligrosamente, hasta el punto de que la noción de dolo desaparece."<sup>191</sup>

De ambas teorías se construyó una tercera doctrina conocida como teoría conjunta de la representación y la voluntad que armónicamente conjuga los dos elementos fundamentales del dolo por "constituir la voluntad conciente que es el elemento efectivo por excelencia, aunque con ingredientes de cognición".<sup>192</sup>

Al lado de estas teorías se construyó la teoría positiva de los móviles, pretendiendo integrar el dolo con independencia de la voluntad y de la representación.

---

189 VELA TREVIÑO, Sergio, *op. cit.*, pág. 214, quien cita a VON LIZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, pág. 397.

190 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual...*, pág. 389.

191 VELA TREVIÑO, Sergio, *op. cit.*, pág. 215.

192 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado...*, T. V, pág. 404.



Cuello Calón define al dolo como "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito."<sup>193</sup>

Jiménez de Asúa expresa: "el dolo existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica."<sup>194</sup>

Por su parte el maestro Castellanos Tena afirma: "el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico."<sup>195</sup>

#### 4.1.1. ELEMENTOS DEL DOLO

Son dos los elementos que integran el dolo, a saber: i) el intelectual; y, ii) el afectivo o emocional.

El elemento intelectual comprende el conocimiento del hecho y de cuantas circunstancias fácticas sean de importancia para el tipo ; el conocimiento en lo que tiene de decisivo, del concurso de la cadena causal y el conocimiento del significado antijurídico de los hechos, que a su vez se puede subdividir en el conocimiento de que su conducta se halla tipificada en la ley así como la conciencia de que se quebranta un deber.

193 CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, pág. 408.

194 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley*, pág. 365.

195 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 239.

El elemento emocional o afectivo consiste en la voluntad de ejecutar el hecho y en la conciencia de producir el resultado.

Castellanos Tena se refiere a los elementos del dolo de la siguiente forma: "El dolo contiene un elemento *ético* y otro *volitivo o emocional*. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la violación del hecho típico."<sup>196</sup>

#### 4.1.2. ESPECIES DE DOLO

El maestro Castellanos Tena, enseña las diversas especies bajo las cuales puede presentarse el dolo:

**Dolo Directo.-** Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Cuello Calón -citado por Castellanos Tena- afirma que se presenta el dolo directo cuando el resultado corresponde a la intención. Por tanto, hay voluntariedad en la conducta y querer en el resultado, por ejemplo, quien decide quitar la vida a otro y lo mata.

**Dolo Indirecto.-** (o simplemente indirecto) Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

---

<sup>196</sup> *Ibidem*, pág. 240.

**Dolo Eventual.-** Se presenta cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de ello, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Se presenta la voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se desprecia o menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.<sup>197</sup>

Esta clase de dolo se caracteriza por la incertidumbre o eventualidad en relación con los resultados típicos previstos pero no queridos directamente, a diferencia del dolo simplemente indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido, y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daño sin saber cuál será, pues el fin que persigue la acción es otro y no del daño mismo.

**Dolo Indeterminado.-** Se presenta cuando el agente del delito no se propone un resultado delictivo determinado, pero admite cualquiera de ellos que pueda producirse, esto es, que el sujeto tiene la intención de delinquir, sin proponerse causar un resultado delictivo específico.

## 4.2. CULPA

Durante el desarrollo del presente capítulo ha quedado asentado que la culpa es una de las formas o especies en que se presenta la culpabilidad.

"Se ha repetido demasiado que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un

---

<sup>197</sup> *Ibidem.*

olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin esto el delito no se integra."<sup>198</sup>

#### 4.2.1. CONCEPTO

Cuello Calón al respecto señala: "La culpa existe cuando obrando sin intención y sin diligencia debida, se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley."<sup>199</sup>

Para Ignacio Villalobos existirá la culpa en un sujeto, "cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su imprudencia, falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios se produce una situación antijurídica típica no querida directamente, sino consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo preveer, y cuya realización era inevitable por él mismo."<sup>200</sup>

Carranca y Trujillo considera la culpabilidad como "La no previsión de lo previsible y evitable que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado."<sup>201</sup>

Por su parte, Jiménez de Asúa comenta al respecto: "Existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se produce sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo."<sup>202</sup>

198 *Ibidem*, pág. 245.

199 CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, pág. 393.

200 VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, pág. 309.

201 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano...*, pág. 439.

202 JIMENEZ DE ASUA, Luis, citado por GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 125.

La culpa -en palabras de Vela Treviño-, "es la manifestación de la culpabilidad mediante una conducta causalmente productiva de un resultado típico que sea previsible y evitable por la simple imposición a la propia conducta del sentido necesario para cumplir el deber de atención y cuidado exigible al autor, atendiendo las circunstancias personales y temporales concurrentes con el acontecimiento".<sup>203</sup>

Pavón Vasconcelos por su parte, define la culpa como "aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable por los usos y costumbres".<sup>204</sup>

El maestro Castellanos Tena considera "que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción del resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas".<sup>205</sup>

"La negligencia -afirma el Doctor Márquez Piñero-, etimológicamente procede del vocablo *neglio* o *nec-lego*, que significa no elijo, no recojo, dejo pasar, supone una actitud negativa -por pereza o por indolencia- que consiste en la falta de actividad necesaria para prever y evitar sucesos o consecuencias inconvenientes. La imprudencia, aun cuando literalmente es falta de prudencia, y en ese sentido podría entenderse también como un concepto negativo, en realidad es ausencia de discernimiento, de precauciones, pero todo ello producido por actuar alocadamente, con precipitación y con audacia que puede llegar hasta la temeridad. Por

203 VELA TREVIÑO, Sergio, *op. cit.*, pág. 245.

204 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual...*, pág. 411 y ss.

205 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, págs. 246 y 247.

consiguiente, implica efectos parecidos a los de la negligencia, pero en virtud de causas diferentes y aun opuestas: exceso de actividad que no da tiempo a la ponderación; precipitación al realizar un acto, sin detenerse lo indispensable para medir o para evitar las consecuencias antijurídicas que pudieren sobrevenir.

Muy certeramente -continúa exponiendo el Doctor Márquez Piñero-, el profesor Cuello Calón dice que la imprudencia supone una actividad, se refiere al obrar irreflexivamente, sin precaución ni cautela. La negligencia equivale a descuido, y se refiere a la omisión de la atención y diligencia debidas; pero ambas presentan el carácter común de falta de la previsión debida.<sup>206</sup>

#### 4.2.2. FUNDAMENTO DE LA CULPA

Para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías, a continuación y siguiendo al maestro Castellanos Tena citaremos algunas de las teorías de mayor relevancia:

**Teoría de la previsibilidad.-** Sostiene que la culpa radica esencialmente en la voluntaria omisión de la diligencia, de previsión de calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. La culpa se integrará precisamente con la negligencia, cuya causa primaria se encuentra en la voluntad del hombre, se localiza en un vicio de la inteligencia el cual no es, en última instancia, sino en un vicio de la voluntad. El mayor exponente de dicha teoría fue Francisco Carrara.

**Teoría de la previsibilidad y evitabilidad.-** El principal exponente de dicha corriente, fue Binding, quien acepta la previsibilidad del acto,, pero añade el carácter

206 *MARQUEZ PIÑERO, Rafael, op. cit., págs. 283 y 284.*

de evitable o previsible para integrar la culpa, de tal modo que no habrá lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

**Teoría del defecto en la atención.**- Como principal exponente se encuentra a Angiolini, esta teoría, se basa en que la culpa es una violación por parte del sujeto activo, de un deber de atención impuesto por la ley. Así el mecanismo de la culpa se desarrolla reprochando al autor del acto el no haber acatado las disposiciones establecidas.

Finalmente, acordes a lo establecido por el maestro Castellanos Tena, podemos considerar que existe culpa "cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser posible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas."<sup>207</sup>

#### 4.2.3. ELEMENTOS DE LA CULPA

Respecto de los elementos de la culpa, consideremos como tales a los siguientes:

- a) Una conducta o actuar voluntario (acción u omisión);
- b) La conducta voluntaria deberá realizarse sin las precauciones o cautelas exigidas por el Estado;
- c) Un resultado típico y antijurídico;

---

207 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, págs. 246 y 247.

- d) Un nexo causal entre la conducta (acción u omisión) inicial y el resultado no querido ;
- e) Naturaleza previsible y evitable del resultado;
- f) Ausencia de voluntad del resultado (Si el resultado es querido o aceptado, sea directa o indirectamente, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa; y,
- g) Violación de los deberes de cuidado. Pudiendo ser por imprudencia, negligencia, etc.

#### 4.2.4. CLASES DE CULPA

Dos son las principales clases de culpa:

A) **Culpa Consciente, con previsión o con representación.-** Existe cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, en virtud de su acción u omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan. Existe en la mente del sujeto la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, esperanzado en la no realización del evento, ejecuta la conducta. "Como ejemplo de esta especie de culpa, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento,



impulsa velozmente la maquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en su camino."<sup>208</sup>

**B) Culpa inconciente, sin previsión o sin representación.-** Se presenta cuando el agente no previó el resultado posible (penalmente tipificado). En este caso existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible, es, pues, una conducta en la cual el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

No debe confundirse el dolo eventual con la culpa consciente, al respecto el maestro Pavón Vasconcelos indica que "establecido el punto común consistente en la representación del evento, la diferencia es sencilla de precisar, tomando en cuenta la proyección de la voluntad. En el dolo eventual, hay aceptación del resultado previsto como posible o probable, o sea la voluntad, aunque no querer directo, en tanto en la culpa consciente no hay voluntad respecto del resultado que no se quiere ni se agota a pesar de haber sido representado."<sup>209</sup>

A la culpa inconsciente o sin representación solía clasificársele en culpa lata, culpa leve y culpa levísima. La culpa lata existe cuando el resultado dañoso pudo ser previsto por cualquier persona; la culpa leve existirá cuando el resultado lesivo sólo pudo ser previsto por alguien diligente y cuidadoso, y habrá culpa levísima en el supuesto en que el resultado solamente pudo preverse por un sujeto extraordinariamente diligente, muy cuidadoso, fuera de lo común.

---

<sup>208</sup> *Ibidem*, pág. 247.

<sup>209</sup> PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manuales*, pág. 415.

Nuestro Código Penal acepta la clasificación a que se refiere el párrafo anterior sólo por cuanto la gravedad o levedad de culpa, haciendo operar una mayor o menor penalidad. De esta manera el artículo 60 nos dice a la letra:

*"ARTICULO 60.- Los delitos imprudenciales se sancionarán con prisión de tres a cinco años y suspensión hasta de dos años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio. Cuando a consecuencia de actos u omisiones imprudenciales, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución de empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá, cuando se trate de transporte de servicio escolar.*

*La calificación de la gravedad de la imprudencia queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:*

*I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;*

*II.- Si para ella bastaban una reflexión o atención ordinaria y conocimientos comunes en algún arte o ciencia;*

*III.- Si el inculpado ha delinquirido anteriormente en circunstancias semejantes;*

*IV.- Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios;*

*V.- El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas de transportadoras, y en general, por conductores de vehículos; y*

*En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional.”<sup>210</sup>*

---

210 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

#### 4.2.5. FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LOS DELITOS CULPOSOS

En los delitos culposos (no intencionales o de imprudencia) también existe menosprecio por el orden jurídico establecido por el Estado; hay una actuación voluntaria que omite las cautelas o precauciones necesarias para no alterar el orden jurídicamente establecido.

La necesidad de cuidar y mantener el orden social establecido por el derecho, requiere que éste no solamente imponga el deber de someterse a su exigencias, sino también la obligación de conducirse con todas las cautelas y precauciones indispensables para la conservación y mantenimiento del propio orden jurídico, impidiendo su alteración; por ello junto a los delitos dolosos también se castiga, aunque en menor grado, a los culposos.

#### 4.2.6. LA CULPA EN EL DERECHO MEXICANO

Al iniciar el estudio relativo a las formas o especies de la culpabilidad, hemos asentado como se encuentra regulada la culpabilidad en nuestro ordenamiento penal.

Finalmente, debemos advertir que el artículo 8 del Código Penal confunde la culpa con la imprudencia, al equiparar a los delitos intencionales con los de imprudencia, cuando en realidad la imprudencia es sólo una forma de la culpa. En este sentido el maestro Castellanos Tena afirma: "El precepto no escapa a la crítica. Indebidamente emplea el vocablo *imprudencia* como sinónimo de *culpa*, a pesar de ser aquélla sólo una especie de ésta. Sin embargo, se mejora el texto anterior; ahora ya no se habla de *delito no intencional o de imprudencia*, sino de obrar

*imprudencialmente*, con lo cual se enfatiza que la culpa es una de las formas de culpabilidad, consistente en infringir la obligación de comportarse con el cuidado necesario para mantener el orden jurídico. Por otra parte en la fórmula legal caben tanto la culpa consciente o con previsión, como la sin previsión o inconsciente."<sup>211</sup>

## 5. PRETERINTENCIONALIDAD

Esta manifestación de la culpabilidad es la más controvertida entre los diversos tratadistas dada su naturaleza jurídica; ello obedece a que se dice, que se presenta cuando, el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto siendo una figura de naturaleza mixta en la que se combinan el dolo y la culpa.

La preterintencionalidad es el resultado típico que sobrepasa a la intención del sujeto. Así tenemos que en el tercer párrafo del artículo 9o. del Código Penal se establece: *Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia.*

El maestro Castellanos Tena, afirma con toda razón que no pueden concurrir las esencias del dolo y de la culpa en una sola figura por que se excluyen. Toda vez que, para la existencia del dolo se precisa que la voluntad consciente del agente y ésta se dirige a un evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, mientras que la culpa se configura sin la voluntad consciente de producir el resultado, pero éste se presenta por la conducta imprudente o negligente del autor.

---

211 *CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pág. 250.*

## 6. EL CASO FORTUITO

Para Cuello Calón -enseña Márquez Piñero- dice que más allá de la culpa, en la frontera de la culpabilidad, se encuentra el caso fortuito. Su esencia, reside en la ausencia de culpabilidad, de dolo y de culpa; el sujeto no ha querido el resultado dañoso, ni lo ha causado por imprudencia o negligencia. La doctrina tradicional destacó como elemento básico la imprevisibilidad del daño, aunque en opinión de Cuello Calón, no se requiere que el hecho sea imprevisible, sino que basta con que la conducta sea irrepachable, pues su irreprochabilidad es el elemento más relevante del caso fortuito. Si el sujeto ha actuado con observancia de las cautelas debidas, aun cuando no se prevea la posibilidad de daño, su conducta puede constituir un caso fortuito.<sup>212</sup>

El caso fortuito se encuentra consignado en la fracción X del Código penal, que literalmente dice:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:*

*X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas."<sup>213</sup>*

---

212 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 298.

213 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

En el caso fortuito la conducta no tiene nada de culpable, en virtud de que el resultado es imprevisible. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible.

Por su parte el maestro Franco Guzmán, al estudiar la fracción X del artículo 15 del código penal, afirma que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad, ya que el hecho realizado es lícito, y por ende no puede ser antijurídico, al no ser antijurídico, no puede ser culpable.

En el caso fortuito -afirma el maestro Castellanos Tena- el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta lícita y precavida del agente y una fuerza a él extraña. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y como consecuencia de ello se produce un resultado tipificado penalmente, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de diligencia o cuidado.<sup>214</sup>

Finalmente, debemos apuntar que la diferencia existente entre la culpa inconsciente con el caso fortuito, se encuentra en que en la culpa inconsciente no se prevé el resultado previsible, en el caso fortuito jamás puede preverse por ser imprevisible. Esto es, tanto en la culpa inconsciente como en el caso fortuito hay ausencia de previsión del resultado delictivo, pero en aquélla debe preverse por existir dicha posibilidad, en cambio en el caso fortuito el agente no tiene la obligación de prever lo humanamente imprevisible.

---

214 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 255.

## CAPITULO IX

### LA INCULPABILIDAD

#### 1. INCULPABILIDAD

La inculpabilidad constituye el elemento negativo de la culpabilidad.

Para Jiménez De Asúa, siguiendo el pensamiento normativista, la inculpabilidad consiste "En la absolución del sujeto en el juicio de reproche"<sup>215</sup>.

La inculpabilidad opera cuando se hayan ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, a saber; conocimiento y voluntad.

Castellanos Tena al hablar de la culpabilidad nos dice: "ya hemos dicho como el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores elementos: Conducta, tipicidad y antijuricidad; y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable..."<sup>216</sup> Es en base a esta consideración que el citado autor al hablar de la inculpabilidad afirma: "Tampoco será culpable una conducta cuando falte algún otro elemento del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con

---

215 JIMENEZ DE ASUA, Luis, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pág. 257.

216 CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pág. 235.



un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuricidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco, aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor, anterior, por ser ella elemento fundado respecto a los otros, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica (no de prioridad temporal)."<sup>217</sup>

## 2. LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Solamente podrá obrar en favor del actuar de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una causa de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

Para que un sujeto puede ser culpable, es necesario que su conducta contenga los elementos intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

Para los seguidores del normativismo son causas genéricas o específicas de inculpabilidad el error y la no exigibilidad de otra conducta.

El maestro Castellanos Tena opina sobre el particular, que aún no se ha podido determinar con precisión la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cuál de los dos elementos de la culpabilidad quedan anulados en presencia de ella, pues el Código Penal se afilia a la teoría

217 *Ibidem*, págs. 257 y 258.

psicologista. Por tanto, en estricto rigor -afirma el citado autor-, se deben considerar como causas de inculpabilidad al *error esencial de hecho* (ataca el elemento intelectual) y a la *coacción sobre la voluntad* (afecta el elemento volitivo).<sup>218</sup>

## 2.1. EL ERROR

El error ha sido definido como "La noción falsa que de alguna cosa se tiene; la representación equivocada de un objeto cierto; Es un estado positivo del ánimo, la falsa noción de los hechos."<sup>219</sup>

Joaquín Escriche señala que el error es: "La oposición, discordancia o no conformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosa o bien, un pensamiento, una idea o una opinión contraria a la verdad."<sup>220</sup>

Castellanos Tena nos dice que "el error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad...El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente."<sup>221</sup>

Pavón Vasconcelos afirma en relación con el error y la ignorancia que "son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa; en tanto el error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo para los efectos del

218 *Ibidem*, pág. 258.

219 GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 214.

220 ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, 1a. ed., T. II, Porrúa, México, 1979, pág. 634.

221 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 259.

Derecho, sin embargo, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente.<sup>222</sup> Por lo que podemos afirmar que tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad.

Ahora bien, en la doctrina el error se divide en error de hecho y en error de Derecho. El error de hecho se subdivide en esencial y en accidental; comprendiendo el accidental *la aberratio ictus, la aberratio in persona y la aberratio delicti*.<sup>223</sup>

El error de Derecho, no produce efectos de excluyente porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. "La ignorancia de la Ley no exime de su cumplimiento y no aprovecha a nadie."

Aun cuando es claro que el error de Derecho, también llamado error de prohibición siguiendo la teoría alemana, ha sido reconocido en nuestro Código Penal, evidentemente no como causa de exclusión, sino como una atenuante de la pena.

*"ARTICULO 59 Bis.- Cuando se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le pondrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso."*<sup>224</sup>

222 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual*, págs. 443 y ss.

223 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 259.

224 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

El error esencial de hecho, es el que recae sobre uno más de los elementos que se requieren para la existencia del delito. Para que el error de hecho tenga efectos de eximente, es necesario que sea invencible, de lo contrario deja subsistente la culpa.

Existe dos clases de error de hecho: el error esencial y el error accidental. El error esencial, recae sobre un elemento esencial del delito impidiendo que al agente conocer exactamente el hecho realizado. Se surte el error accidental, cuando recae sobre conceptos secundarios.

La teoría alemana clasifica al error esencial de hecho en: error de tipo y error de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el sujeto ignora obrar típicamente) o el agente, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo amparado por una justificante.

En el error esencial de hecho sobre los elementos del tipo, el agente realiza una conducta que no es punible por falta de tipicidad. El error en esta especie para que adquiera relevancia jurídica ha de recaer sobre un elemento esencial del hecho, debiéndose entender por tal, aquél sin cuya concurrencia no se integra el delito.

El error accidental de hecho, puede recaer en un resultado no querido pero a él equivalente, o sobre una persona, o sobre la comisión de un delito que no se deseaba realizar. Es decir, que será un error accidental, si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. Este tipo de errores son mejor conocidos como *aberratio ictus* o error en el golpe cuando existe desviación en el golpe, con causación de un daño equivalente menor o mayor al propuesto por el sujeto, es decir, se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente; *aberratio in persona* en la que el error no se origina en el acto sino recae

sobre la persona debido a una errónea representación, esto es, que el error versa sobre la persona objeto del delito; y *aberratio delicti* que da lugar a considerar falsamente la comisión de un delito que no se pensaba cometer, realizándose otro ilícito. error accidental no surte sus efectos como eximente, dando lugar a la plena culpabilidad.

### 2.1.1. LA OBEDIENCIA JERARQUICA

Siguiendo al maestro Castellanos Tena, hablaremos ahora de la obediencia jerárquica, la cual ya se ha tratado con anterioridad al exponer las excluyentes de responsabilidad.

Para enmarcar al error esencial de hecho como una situación de obediencia jerárquica, el maestro Castellanos Tena se refiere a diversas situaciones:

1o. Si el subordinado tiene el *poder de inspección* sobre la orden superior y conoce la ilicitud de ésta, su actuación es delictuosa, por ser el inferior, al igual que el superior, súbdito del orden jurídico, y si conoce la ilegitimidad debe abstenerse de cumplir el mandato en acatamiento de la ley, norma de mayor categoría que el acto de voluntad de quien manda.

2o. Si el inferior posee el poder de inspección, *pero desconoce la ilicitud* del mandato y ese desconocimiento es esencial e insuperable, invencible, se configura una inculpatibilidad a virtud de un error esencial de hecho.

3o. El inferior, conociendo la licitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la *amenaza de sufrir graves consecuencias*; se integra una

inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional (según algunos), o una no exigibilidad de otra conducta (para otros).

40. Cuando el subordinado carece del poder de inspección y legalmente *tiene el deber de obedecer*, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta, como algunos incorrectamente suponen...<sup>225</sup>

Como se puede advertir, para el maestro Castellanos Tena, la obediencia jerárquica puede operar como una causa de inculpabilidad por error esencial de hecho.

### 2.1.2. LAS EXIMIENTES PUTATIVAS

Cuando el error esencial de hecho, cuando recaer sobre una causa de justificación da lugar a las llamadas eximientes putativas.

El maestro Castellanos Tena afirma, que por éstas deberá "entenderse que son las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo."<sup>226</sup>

Para Jiménez de Asúa las eximientes putativas surgen cuando el agente "se cree amparado por una causa de justificación, por una causa de inculpabilidad o incluso por una excusa absolutoria".<sup>227</sup>

225 CASTELLANOS TENA, Fernando., *op. cit.*, págs. 264 y 265.

226 *Ibidem*, pág. 266.

227 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado...*, T. VI, pág. 684.

Si un sujeto al realizar una conducta típica desconoce la significación de su acto (y ese desconocimiento se debe a un error esencial e insuperable), o poseyendo esa conciencia ejecuta una conducta o un hecho con voluntad coaccionada, estará ausente la culpabilidad, a pesar de que dicho caso sea completamente imputable.

Generalmente suele limitarse el alcance de las eximentes putativas a la legítima defensa putativa; sin embargo nada autoriza a tal proceder, ya que todas las actuaciones típicas y antijurídicas en donde el sujeto considera, de manera fundada, encontrarse ante una causa de justificación, participan de la misma naturaleza, lo que da lugar a las siguientes eximentes:

- a) Legítima defensa putativa.
- b) Obediencia jerárquica putativa.
- c) Ejercicio de un derecho putativo.
- d) Cumplimiento de un deber putativo.
- e) Impedimento legítimo putativo.
- f) Estado de necesidad putativo.
- g) Consentimiento del ofendido putativo.

### **2.1.3. EL ERROR ESENCIAL DE HECHO EN EL CODIGO PENAL MEXICANO**

EL error esencial de hecho se encuentra contenido en el artículo 15 fracción XI del Código Penal:

*"ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal:*

*XI.- Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.*

*No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.*"<sup>228</sup>

La fracción en la primera parte, se refiere al llamado error de tipo, ya que alude al error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal. En la segunda, contiene el error de prohibición, ya que por un error invencible el sujeto cree lícito su actuar, acorde al Derecho.

## **2.2. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA**

La no exigibilidad de otra conducta se funda en cuanto se considera que se excusa el actuar del agente en función de que el Estado no puede exigir del sujeto que actúe conforme a Derecho en razón de las circunstancias que mediaron al transgredir o poner en peligro un bien jurídico.

---

<sup>228</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.



Afirma Mezger que "no actúa culpablemente la persona a quien no puede ser exigida una conducta distinta a la realizada."<sup>229</sup>

El maestro Castellanos Tena nos dice: "Con la frase 'no exigibilidad de otra conducta', se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento."<sup>230</sup>

Para algunos la no exigibilidad de otra conducta representa, una causa de inculpabilidad, y para otros la motivación de una excusa, la cual, dejando subsistente el carácter delictivo del acto excluye la pena.

Las formas específicas de la no exigibilidad de otra conducta.

- a) El temor Fundado
- b) Estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.
- c) El encubrimiento de parientes y allegados.

a) **El temor fundado.**- El temor fundado e irresistible (*Vís compulsiva*), se fundamenta en la coacción moral ejercida sobre el sujeto, mediante la amenaza de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos sin que desaparezcan las facultades de juicio y decisión en el sujeto activo. Lo anterior se aprecia en el artículo 15 fracción VI de nuestro ordenamiento penal.

---

229 MEZGER, Edmundo, según cita de PORTE PETIT, Celestino, *Programa...*, pág. 256.

230 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 270.

b) **El estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.-** Al tocar el tema del aspecto negativo de la antijuridicidad estableció, que estaríamos frente a una causa de justificación, cuando se sacrifique un bien jurídicamente tutelado de menor valor, para salvaguardar otro de mayor valor. Por otra parte, hay quienes opinan que en los casos en que entran en conflicto dos intereses de igual valor, el sacrificio de alguno de ellos opera en base a la no exigibilidad de otra conducta.

Al respecto, el maestro Castellanos Tena afirma: "Como según nosotros la no exigibilidad sólo es relevante para evitar el merecimiento de penas, pero no la culpabilidad, estamos en desacuerdo con quienes consideran, en el estudio, la integración de una inculpabilidad, coincidiendo en que se trata de una no exigibilidad de otra conducta, pero eliminatoria de la punibilidad."<sup>231</sup>

c) **El encubrimiento de parientes y allegados.-** Antiguamente esta circunstancia se consideraba como una causa excluyente de responsabilidad penal al estar regulada en la fracción IX del artículo 15 del Código penal, en la actualidad se encuentra regulada en el artículo 400 último párrafo incisos a), b) y c) en relación con las fracciones III y IV.

Se puede advertir dos tendencias sobre esta eximente: una la considera causa de inculpabilidad y otra como excusa absoluta. Para ambas, sin embargo, se trata de una no exigibilidad de otra conducta.

Para el maestro Castellanos Tena, basado en la adopción del psicologismo en nuestro Código Penal, afirma que se trata de una excusa absoluta.

<sup>231</sup> *Ibidem*, pág. 272.

## CAPITULO X

### PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

#### 1. NOCION Y NATURALEZA

Dentro de la doctrina, uno de los aspectos de mayor discusión lo ha sido la punibilidad. En efecto, algunos la consideran como elemento del delito, y otros le atribuyen la característica de ser una consecuencia del mismo.

Punibilidad para Goldstein es la "suceptibilidad de pena o castigo."<sup>232</sup>

Para el maestro Castellanos Tena "la punibilidad 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 esa sanción, También se utiliza la palabra *punibilidad*, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de una pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio de *jus puniendi*); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delinquentes, a *posteriori*, las penas conducentes. En este último sentido, la

---

232 GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 404.

punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.

En resumen, punibilidad es: a) merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley."<sup>233</sup>

Para Pavón Vasconcelos la punibilidad es "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."<sup>234</sup> Para este autor desde el punto de vista formal, el concepto de delito se reduce a la conducta punible, conforme lo determina el artículo 7 del Código Penal. Se trata de un carácter esencial o elemento integral del delito.

Carrara afirmó que "Al definir al delito como infracción de la ley sancionada, se llega a admitir que aún una acción eminentemente malvada y nociva pueda no ser un delito en el Estado en que ninguna ley lo prohíba; y que, en cambio una acción inocentísima se convierte en delito por el capricho de un legislador bárbaro al que le vino en gana declararla como tal."<sup>235</sup>

Ferri, perteneciente a la escuela positiva, señala que la punibilidad es un elemento del delito definiéndolo como "la acción u omisión mediante la que se viola la Ley penal y para la que ésta conmina una sanción represiva."<sup>236</sup>

---

233 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 273.

234 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual*, pág. 455.

235 CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, T. II, Temis, Bogotá, 1956, pág. 34.

236 FERRI, Enrico, *Principios de Derecho Criminal*, Reus, Madrid, 1933, pág. 584.

Manzini explica que "el delito y pena son ciertamente términos correlativos, pero distintos; de manera que la sanción no es un elemento del delito, sino por lo contrario, un elemento extrínseco en el cual se concreta la responsabilidad penal de aquel que ha cometido un delito."<sup>237</sup>

Mezger no considera la punibilidad como elemento del delito, definiéndolo como "la acción típicamente antijurídica y culpable."<sup>238</sup>

Soler afirma que "para que un acto tenga que ser punible es necesario que el delito sea una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta."<sup>239</sup>

Fontán Balestra de plano acepta que la pena sea un elemento del delito y al efecto señala que: "es la pena la más esencial característica del delito en cuanto lo distingue nítidamente de las demás acciones antijurídicas y culpables."<sup>240</sup>

Por su parte Luis G. Cabral define "al delito como acción adecuada a un tipo penal, antijurídica, culpable y sancionada con una pena"<sup>241</sup>, incorporando así esta última al concepto de delito.

---

237 MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1948, págs. 4 y 5.

238 MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho Penal, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pág. 156.

239 SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino. Parte General, T. I, la. reimpression total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 227.

240 BALESTRA, Fontán, Derecho Penal. Parte Especial, 11a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 297.

241 CABRAL G., Luis, Compendio de Derecho Penal. Parte General, 1a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 249.

Jiménez de Asúa señala que la punibilidad es "el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena."<sup>242</sup>

Como podemos observar, son diversos los criterios existentes para resolver la naturaleza de la imputabilidad. El maestro Castellanos Tena, Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos, e inclusive Porte Petit, quien en un principio afirmaba que la punibilidad era un elemento del delito, opinan que la punibilidad es una consecuencia del delito y no un elemento del mismo.

Ignacio Villalobos, afirma que el delito es la oposición al orden jurídico tanto objetiva (antijuricidad) como subjetivamente (culpabilidad), mientras que la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito constituyendo su consecuencia ordinaria, pero no significa que la punibilidad sea parte del delito, ni que el delito dejaría de serlo si se cambiarán los medios de defensa de la sociedad. Un acto -continúa explicando el autor- es punible por que es delito; pero no es delito por ser punible.<sup>243</sup>

Carrancá y Trujillo al hablar de las excusas absolutorias afirma que, "en las causas de inimputabilidad la acción deja de ser delictuosa porque el sujeto no es imputable y en las de inculpabilidad porque su acción no puede ser reprochada, y en las de justificación porque la acción no es antijurídica, en las excusas absolutorias falta sólo la punibilidad de la acción; son causas que dejan subsistir el carácter delictivo de la acción, causas personales que excluyen sólo la pena..."<sup>244</sup>

---

242 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado...*, pág. 458.

243 VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, págs. 203 y 204.

244 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano...*, pág. 377.

## 2. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

El maestro Castellanos Tena al abordar el tema de la punibilidad nos hace una breve referencia a la condicionalidad objetiva. Afirma el citado autor, que las condiciones objetivas de penalidad, tampoco deben ser consideradas como elementos del delito, ya que si las condiciones objetivas se encuentra contenidas en la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si no aparecen en la descripción, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Agrega el citado autor, que su naturaleza jurídica no está delimitada con claridad. Frecuentemente se les confunde con los requisitos de procedibilidad, como la querrela de parte en los llamados delitos privados, o bien, con el desafuero previo en determinados casos. Afirma que son definidas generalmente como "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación."<sup>245</sup>

El Doctor Rafael Márquez Piñero opina que las condiciones objetivas de punibilidad, están "constituidas por la exigencia de la ley para que concurren determinadas circunstancias ajenas o externas al delito e independientes de la voluntad del agente, en calidad de requisitos para que el hecho sea punible, para que la pena tenga aplicación."<sup>246</sup>

Para Goldstein "consisten en un hecho futuro o incierto, positivo o negativo, extrínseco a la actividad del sujeto, del cual la ley hace depender la punibilidad de un delito."<sup>247</sup>

---

245 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 276.

246 MARQUEZ PIÑERO, Rafael, *op. cit.*, pág. 252.

247 GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 111.

Para Guillermo Colín Sánchez, existe identidad entre las cuestiones prejudiciales y las condiciones objetivas de punibilidad, así como con los requisitos de procedibilidad.<sup>248</sup>

Zaffaroni textualmente expresa "creemos que algunas de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son elementos del tipo que, como tales deben ser abarcados por el conocimiento (dolo) o por la posibilidad de conocimiento (culpa); en tanto que otras son requisitos de perseguibilidad, es decir, condiciones procesales de operatividad de coerción penal."<sup>249</sup>

Jiménez de Asúa expresa: "a nuestro entender, las más genuinas condiciones objetivas son los presupuestos procesales a que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras de delito, como la calificación de la quiebra."<sup>250</sup>

### 3. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Como elemento negativo de la punibilidad encontramos a las excusas absolutorias. El maestro Castellanos Tena las define como: "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición."<sup>251</sup>

248 COLIN SANCHEZ, Guillermo, citado por CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pág. 276.

249 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, pág. 689.

250 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley*, pág. 563.

251 CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., págs. 276 y 277.



Para Ignacio Villalobos tratándose de las excusas absolutorias, "se hace referencia a caracteres o circunstancias de diversos hechos, por los cuales, no obstante que existe y está plenamente integrado el delito, la Ley no impone sanción por razones particulares de justicia o de conveniencia contra las cuales no puede ir la pena, aún cuando no se admita que justicia y utilidad son *ratio escendi*, su fundamento y su fin."<sup>252</sup>

Jiménez de Asúa encuentra el fundamento de las excusas absolutorias, cuando afirma: "Son causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública."<sup>253</sup>

Las excusas absolutorias de mayor importancia según nuestros doctrinarios mexicanos y concretamente el maestro Castellanos Tena son:

a) **Excusa en razón de mínima temibilidad.** El artículo 375 del Código Penal (ubicado dentro del Título Vigésimo Segundo, de los delitos en contra de las personas en su patrimonio) establece que "*cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario mínimo, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la Autoridad tome conocimiento del delito no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.*"<sup>254</sup> La razón de esta excusa se debe buscar en que la restitución espontánea es una muestra objetiva de arrepentimiento y de la mínima temibilidad.

252 VILLALOBOS, Ignacio, *op. cit.*, pág. 426.

253 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley...*, pág. 433.

254 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

**b) Excusa en razón de la maternidad consciente.** El artículo 333 del Código Penal, establece que *"no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación."*<sup>255</sup> En el supuesto de la violación será necesario demostrar el ataque sexual en contra de la mujer, aun cuando respecto de éste no se haya iniciado juicio alguno en contra del violador.

Castellanos Tena apunta que tratándose del aborto por imprudencia, se estará frente a una excusa por mínima temibilidad y, en el caso del aborto del hijo concebido de una violación se estará frente a una no exigibilidad de otra conducta.<sup>256</sup>

**c) Otras excusas por inexigibilidad.** Como se comentó anteriormente para el maestro Castellanos el encubrimiento de parientes y allegados, constituye una verdadera excusa absolutoria fundada en la no exigibilidad de otra conducta. Encontrando igual fundamento para los supuestos contenidos en los artículos 280, fracción II y 151 de nuestro Código Penal.

El artículo 280 de nuestro Código Penal se refiere la exención de pena para determinados parientes de un homicida, si ocultan, destruyen, o sin la debida licencia sepultan el cadáver del occiso. El artículo 151 del mismo ordenamiento, excusa a ciertos familiares de un detenido, procesado o condenado cuando favorezcan su evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante violencia en las personas o fuerza en las cosas.

---

255 *Ibidem.*

256 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 278.

d) **Excusa por graves consecuencias sufridas.** El artículo 55 del Código Penal establece que "cuando el agente hubiese sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez podrá prescindir de ella."<sup>257</sup>

---

257 *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.*

## CAPITULO XI

### LA VIDA DEL DELITO

#### 1. "ITER CRIMINIS"

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde su nacimiento como idea o tentación en la mente del agente, hasta su consumación. A este proceso se le llama *iter criminis*, es decir camino al crimen. Sin embargo, debemos hacer notar que únicamente los delitos dolosos son los que recorren este camino, ya que los delitos culposos, se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial. La vida de los delitos culposos surge cuando el agente descuida, en su actuación, las precauciones o cautelas que debe llevar a cabo para evitar la alteración o lesión al orden jurídico establecido por el Estado. En consecuencia, los delitos culposos comienzan a vivir con la ejecución misma, no pudiendo quedar en grado de tentativa, puesto que para obtener tal calificación es necesario que los actos se realicen voluntariamente encaminados al delito.

#### 2. FASES DEL ITER CRIMINIS

El *iter criminis* se encuentra constituido por dos etapas:

a) **Interna.-** Es aquella que inicia con la idea del sujeto de delinquir y termina en el momento anterior a la exteriorización. Esta fase comprende la ideación,

la deliberación y la resolución de cometer el delito. La fase interna queda fuera de toda acción penal en razón de que nadie puede ser penado por sus pensamientos.

Carrancá y Trujillo al respecto nos dice: "El delito se engendra en la conciencia del sujeto que se representa un objeto ilícito, delibera sobre la posibilidad de su logro, inervado por sus motivos, y resuelve, por fin, realizarlo. El delito permanece hasta entonces en el claustro mental del sujeto: nada revela al exterior. En esta fase no hay incriminación posible, pues no hay acción criminosa, sobre que sería imposible la prueba del pensamiento delictuoso, el que no será tan peligroso si las solas inhibiciones del sujeto han bastado a frenarlo; pues si no bastaren, entonces engendrarán la volición y ésta la acción, convirtiéndose sólo por medio de ésta en incriminable."<sup>258</sup>

b) **Externa.-** Es la que se inicia con la manifestación del delito y termina con la ejecución del mismo. La fase externa comprende: la resolución manifestada, los actos preparatorios, y la ejecución, pudiendo devenir esta última en tentativa o consumación.

En la fase externa el primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. Si el sujeto se considera insuficiente para ello buscará coordinar sus fuerzas con otras afines: propondrá, inducirá, conspirará. También puede ofrecerse la manifestación de la idea por medio de una confesión espontánea del propósito, para no realizarlo, o bien de esa misma confesión, pero producida para dar a entender que ese propósito se realizará en daño de alguien.<sup>259</sup>

---

258 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano...*, pág. 387.

259 *Ibidem*, pág. 388.

**Resolución Manifestada.-** Es la deliberación interna de la idea criminosa, realizada objetivamente en el mundo externo. La idea que residía en el pensamiento aflora al exterior. La idea surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado. La manifestación no es punible pero podemos encontrar la excepción en los delitos de amenazas e injurias.

**Actos preparatorios.-** Son los que no constituyen la ejecución del delito, pero se encuentran referidos al mismo delito que se trata de cometer; son hechos y circunstancias necesarias que realiza el delincuente, para la ejecución del acto delictivo. Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos, no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir, pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos. En el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo.

La preparación consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados. Por excepción nuestro ordenamiento penal sanciona algunos actos que por sí mismos agotan el tipo relativo, más no significa que al establecerlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; tal es el caso del artículo 256 al establecer sanciones para los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, gonzúas, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito delictivo.

**Ejecución.-** Es el momento pleno de ejecución del delito, puede presentar dos distintas formas: tentativa y consumación.

### 3. TENTATIVA

Para Jiménez de Asúa la tentativa es: "la ejecución incompleta de un delito". Agregando que "hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento."<sup>260</sup>

Castellanos Tena define a la tentativa como: "los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto."<sup>261</sup>

Ramón Palacios Vargas expresa que "la existencia jurídica del delito tentado viene de su particular previsión genérica en la ley, y del tipo principal; tiene su propia materialidad, puesto que objetivamente es diverso el resultado -material o simplemente jurídico- del tipo principal, que la objetividad de la tentativa consiste en la puesta en peligro de aquél bien garantizado por el referido tipo; la tentativa es perfecta, y ahí inculpa, cuando satisface los elementos subjetivos y objetivos -a veces normativos- requeridos por su norma general y por la norma que tutela el bien agredido."<sup>262</sup>

---

260 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley*, pág. 595.

261 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 285.

262 PALACIOS VARGAS, J. Ramón, *La Tentativa*, 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979, pág. 27.

Castellanos Tena expresa que "la tentativa difiere de los actos preparatorios, en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren al núcleo del tipo del delito; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate."<sup>263</sup>

El mismo Ramón Palacios Vargas, afirma que "la tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el Derecho penal liberal, una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser incriminada; la norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo -tentativa, frustración-, pero jamás tiene vida por sí: No hay pues el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado como resume Bettiol y acepta la doctrina dominante; en nuestro régimen jurídico penal, dados los términos en que se encuentra concebidos los artículos 14 y 16 constitucionales, la tentativa, para ser incriminada debe recibir previsión legal. No desmerece la consideración de que el legislador eleva verdaderas tentativas a la categoría de delitos *per se*, en cuanto a que ahí pierde su carácter accesorio, vinculado, y no es ya tentativa de un delito, sino figura típica".<sup>264</sup>

Finalmente, Carrancá y Trujillo afirma que "la tentativa requiere la ejecución de actos idóneos e inequívoco. Existe por la ejecución incompleta de un delito, o sea en tanto que la ejecución no se ha realizado por completo. Esto puede ocurrir bien porque el agente suspenda la ejecución que consumarían el delito (delito intentado o

<sup>263</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 285.

<sup>264</sup> PALACIOS VARGAS, J. Ramón, *op. cit.*, págs. 22 y 23.



tentativa inacabada), o bien porque el agente realice todos esos actos de ejecución que han de producir el resultado, no ocurriendo éste por causa externa, imprevista o fortuita (delito frustrado o tentativa acabada).<sup>265</sup>

La tentativa puede dividirse en:

- a) Tentativa acabada.
- b) Tentativa inacabada.

La tentativa inacabada es aquélla que existe cuando se interrumpe el proceso del delito por causas ajenas a la voluntad del agente habiéndose omitido algún acto encaminado a su ejecución; hay una inacabada ejecución. La tentativa acabada o delito frustrado, ocurre cuando completándose el proceso ejecutivo no hay consumación, por causas ajenas al agente; el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

Debemos insistir en que si el sujeto suspende voluntariamente la ejecución de uno de los actos (tentativa inacabada) hay imposibilidad de punición, puesto que, para que la tentativa sea sancionada se precisa de la ejecución de los hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo tanto, si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad del sujeto, habrá inmunidad. La tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del agente.

---

265 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano...*, págs. 389 y 390.

Por lo que respecta al fundamento de la punibilidad en la tentativa, Castellanos Tena opina: "El fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, sólo se pone en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminal, no es punible la tentativa."<sup>266</sup>

Conforme a nuestra legislación penal la tentativa será punible en los términos del artículo 12, que a la letra dice:

*"ARTICULO 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.*

*Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.*

*Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que*

---

266 CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., pág. 286.

*corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.*<sup>267</sup>

El artículo 63 del Código Penal establece la aplicación de las penas a los responsables de tentativas.

*"ARTICULO 63.- A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario."*<sup>268</sup>

Finalmente, es importante distinguir entre la tentativa acabada y la llamada tentativa de delito imposible. En ésta tampoco se produce el resultado y no surge por causas ajenas a la voluntad del agente, pero por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción a la norma o tipo por existir una imposibilidad material, por idoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito, por ejemplo pretender matar a un muerto.

#### 4. CONSUMACION

Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal, se presenta cuando el sujeto ha realizado la lesión jurídica que su voluntad decidió ejecutar.

<sup>267</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la Republica en Materia de Fuero Federal.

<sup>268</sup> *Ibidem.*

Goldstein señala: "Cuando el hecho reúne todas las condiciones exigidas por el tipo, se dice que se ha consumado el delito. Hay delito consumado cuando el acto ejecutado reúne en sí todas las condiciones especificadas por la ley en la definición del delito. Mientras la conducta del ejecutor no sea totalmente adecuada a la definida por la ley penal, subsistirá la tentativa, cualquiera que sea el carácter del elemento legal que falte."<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 114.

## CAPITULO XII

### PARTICIPACION

#### 1. CONCEPTO DE PARTICIPACION

En ocasiones el delito no es la obra de una sola persona; varias suman sus fuerzas para realizarlo participando con él. A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere la pluralidad de sujetos, por ejemplo el adulterio, en donde la intervención de dos sujetos es condición indispensable para la integración del tipo correspondiente. El delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más sujetos conjuntamente cometen un mismo delito; es entonces cuando se habla de participación.

El maestro Castellanos Tena la define como "la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad."<sup>270</sup>

Goldstein dice al respecto: "Participar es tener parte en una cosa, obra o empresa. El delito es a menudo, obra de varios individuos que complementan sus esfuerzos humanos en la tarea ilícita de la misma manera como los esfuerzos humanos se complementan en la realizaciones permitidas por la ley".<sup>271</sup>

---

<sup>270</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 289.

<sup>271</sup> GOLDSTEIN, Raúl, *op. cit.*, pág. 114.

Es por medio de esta figura, que el Derecho prevé que varios sujetos, con su actuar, puedan infringir una sola norma penal. Doctrinalmente a la participación se le conoce como concurso de personas.

Anteriormente se hizo la distinción entre los delitos unisubjetivos o monosubjetivos y los delitos plurisubjetivos, según el tipo legal exija la intervención de uno o varios sujetos. El delito será unisubjetivo cuando el tipo penal dentro de su descripción típica no precise como necesaria la concurrencia de dos o más personas, el delito sigue siendo monosubjetivo aun cuando en forma contingente intervengan varios sujetos; son aquéllos en que basta la intervención de un sólo agente para que sean producidos, por ejemplo el homicidio, mientras que los plurisubjetivos, es necesaria la intervención de dos o más sujetos para su integración, en virtud de su descripción típica, un ejemplo es el de las lesiones en riña, o bien el del adulterio, en que se presenta el concurso necesario.

En los delitos monosubjetivos por naturaleza, es dable, como hemos asentado, la posibilidad de la concurrencia de varios sujetos y sólo entonces se habla de participación o concurso eventual de personas en la comisión del ilícito penal, por ejemplo en el delito de homicidio, si diversos sujetos intervienen, tanto en la planeación en cuanto a su ejecución y toca a cada uno distinta actividad dentro del propósito concebido, sus conductas, convergentes a la producción del resultado de muerte, configuran el concurso eventual o participación. Si la descripción del tipo penal requiere de dos o más sujetos activos, se integra el concurso necesario; por ello, al definir la participación (concurso eventual o contingente), se anotó como condición que el tipo legal no imponga la pluralidad.

## 2. GRADOS DE PARTICIPACION

Ya hemos dicho que la participación requiere de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la ejecución de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención. Todos los partícipes de un delito son responsables. Pero no todos los son en igual grado, ésta estará en relación con la actividad o inactividad en cada uno, de donde surgen varias formas de participación.

"Carrara distinguió entre autores principales y accesorios: autor principal es sólo el que concibe, prepara o ejecuta el acto físico en que consiste la consumación del delito; y cuantos más le dan vida en todos aquellos grados tantos más serán los autores principales; todos los demás son delincuentes accesorios. Esta distinción precisa es suficiente y generalmente aceptada, entendiéndose que los delincuentes accesorios no son otros que los secundarios o cómplices y que los varios autores principales son los denominados por ello coautores."<sup>272</sup>

Existen diversas clasificaciones respecto de la participación:

**Autor.** Considerado como quien pone una causa eficiente para la producción del delito. El autor puede tener la calidad material si ejecuta los actos que el tipo penal describe o bien, puede considerársele autor intelectual cuando concibe, planea o induce anímicamente a otro u otros para que lleven a efecto la conducta ilícita.

**Autor mediato y autor inmediato.** Cuando un autor se vale de un medio penalmente inerte para ejecutar el delito; de otra persona que está exenta de responsabilidad, ya sea por ausencia de conducta, por error o por ser inimputable, se

272 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano...*, pág. 297.

convierte en autor mediato. El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere la calidad de mero instrumento. Por su parte, el autor inmediato será el que ejecuta la acción descrita por el tipo penal.

**Coautor.-** Si son varios sujetos los que han ejecutado entre todos un delito y son todos penalmente responsables, entonces son coautores.

**Cómplices.-** Son las personas que mediante previo acuerdo ayudan o socorren al delincuente principal. El cómplice ha de ser sujeto plenamente responsable y no inductor, pues en este caso sería coautor. Su cooperación ha de ser tal que sin ella el hecho no se habría cometido (cómplice primario) o ha de contribuir de cualquier modo a la consumación del hecho (cómplice secundario).<sup>273</sup>

**Encubridores.-** El encubrimiento consiste en la realización de una acción posterior a la ejecución del delito y en favor del delincuente, sin acuerdo previo a la ejecución del delito mismo. En concreto, los encubridores son los individuos que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie al autor del delito, con conocimiento de esa circunstancia y por acuerdo posterior a la ejecución del ilícito.

En las legislaciones penales más clásicas se considera al encubrimiento como un delito autónomo.

"Dentro de nuestra legislación penal el encubrimiento, se encuadra tanto como forma de participación (artículo 13, fracción VII), cuanto como delito autónomo (artículo 400)."<sup>274</sup>

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, pág. 399.

<sup>274</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 295.



Debemos apuntar la división de la participación en base al grado, la calidad, el tiempo y la eficacia en la actuación.

a) Según el grado, será participe principal aquél que efectúa la consumación del delito, en tanto que se considerará participación accesoria la que atiende a la preparación del delito.

b) Según la calidad, la participación puede ser moral y física; siendo la primera aquélla que comprende la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca, como subclases: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la asociación.

Será moral, cuando atiende al carácter psíquico o moral del aporte del autor principal; es física, si ese aporte es de carácter material y se realiza dentro de la fase ejecutiva del delito.

Hay instigación, cuando el sujeto "quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo". La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillarlos a la ejecución del delito."<sup>275</sup>

El mandato se presenta cuando se encomienda a otro sujeto la ejecución del ilícito, para exclusivo beneficio del que ordena. La orden no es

sino una forma del mandato y la impone el superior a un inferior con abuso de su autoridad. La coacción se presentará cuando el mandato se apoya en la amenaza. El consejo se presenta como una instigación que se hace a algún sujeto para inducirlo a cometer el delito para la exclusiva utilidad y provecho del que instiga. Por último, la asociación se presenta como el acuerdo o pacto celebrado entre varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.

c) Según el tiempo la participación puede ser anterior, concomitante o posterior, en relación con el momento de ejecución.

d) Según la eficacia puede ser la participación necesaria o no necesaria, según el tipo delictivo y la naturaleza del mismo.

El artículo 13 de nuestro Código Penal regula la participación en los términos siguientes:

*"Artículo 13.- Son responsables del delito:*

*I. Los que acuerden o preparen su realización;*

*II. Los que realicen por sí;*

*III. Los que lo realicen conjuntamente;*

*IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;*

*V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;*

*VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;*

*VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y*

*VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado.*"<sup>276</sup>

Advertimos de dicho precepto que el legislador previene todas las formas de participación en los siguientes términos:

La fracción I, se refiere al acuerdo o preparación del delito también llamada participación por preordenación. Esta fracción sólo opera respecto a la realización del delito y no en los actos de ideación, deliberación y resolución que se dan en la mente del sujeto y que no son sancionables.

La fracción II se refiere a la realización del delito por sí, o sea a los autores. Únicamente comprende al autor material, a quien materialmente realiza la conducta ilícita.

---

276 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Luis C. Cabral, precisa que "autor es el que ejecuta el hecho descrito en el tipo penal y coautores todos los que toman parte -inclusive parcialmente-, en la ejecución de ese hecho."<sup>277</sup>

El citado Luis C. Cabral, afirma que "la participación extiende la punición a personas que, aunque no revisten la calidad de autores del delito intervienen en él a título de instigadores o cómplices"<sup>278</sup>, lo cual rige en las siguientes fracciones del artículo en comento, salvo por lo que se refiere a los incisos VII y VIII.

La fracción III prevé la consultoría al mencionar la realización conjunta de varios sujetos con la finalidad de ejecutar un ilícito penal. Esta fracción contempla el caso de la coautoría.

La fracción IV prevé el caso de la autoría inmediata en la que queda precisado como responsable de un ilícito el que para llevarlo a cabo se sirve de otro quien sólo tiene el carácter de instrumento o medio. Es importante agregar el comentario de Pavón Vasconcelos al referirse a esta disposición legal, ya que indica que "la estimación delictiva del hecho no depende de la especial culpabilidad del autor material, sino de la apreciación culpable tanto de la particular conducta como de las convergentes a la producción del delito."<sup>279</sup>

La fracción V se refiere al autor intelectual y a quien compele o instiga; esto es, quien conmina a otro a la ejecución de un delito, Luis C. Cabral afirma: "la diferencia entre autoría e instigación, resulta claramente del carácter principal de la

277 CABRAL G., Luis, *op. cit.*, pág. 215.

278 *Ibidem.*

279 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual*, pág. 499.

primera y del carácter accesorio de la segunda, lo cual se traduce en la independencia del castigo de la primera y en la dependencia de la segunda...puede existir autoría punible sin instigación."<sup>280</sup>

En la fracción VI encontramos la participación consistente en la prestación de ayuda o auxilio a otro para la comisión del delito; esta ayuda o auxilio si bien constituye una contribución secundaria resulta eficaz en orden a la producción del resultado. El elemento que la caracteriza es la voluntad en el cómplice de auxiliar para la realización del delito. La complicidad puede presentarse en forma dolosa o culposa y se manifiesta por hechos o abstenciones, técnicamente se le denomina "connivencia".

La fracción VII se resuelve en la hipótesis técnicamente denominada "participación *subsequens*" la cual está precedida de complicidad negativa o connivencia. Esta forma de participación no debe confundirse con la hipótesis de encubrimiento ya que en estos casos bien por favorecimiento real (ocultamiento de efectos o instrumentos del delito) o favorecimiento personal (ocultamiento de sujetos) el acuerdo entre autores, coautores, o cómplices es posterior con el encubridor a la ejecución del delito. Castellanos Tena la conceptualiza como "una forma sui géneris de encubrimiento."<sup>281</sup>

De manera sencilla se puede afirmar que en la fracción VII del artículo 13 del Código Penal se capta como forma de participación el auxilio por promesa previa del sujeto.

---

280 CABRAL G., Luis, *op. cit.*, pág. 224.

281 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 294.

Finalmente la fracción VIII del comentado artículo 13 de nuestro ordenamiento penal se ocupa de la complicidad correspondiente, anteriormente sólo aplicable a los actos de lesiones y homicidio y con la última reforma a todos los que intervengan en la comisión de un delito cuando no conste precisamente quién ejecutó el acto generador eficiente de la producción del resultado.

Como se comentó anteriormente el encubrimiento se regula por nuestro Código Penal en la antes transcrita fracción VII y en el artículo 400, que a la letra dice:

*"ARTICULO 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y quince a sesenta días de multa, al que:*

*I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.*

*Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta en una mitad.*

*Para los efectos del párrafo anterior, los adquirentes de vehículos de motor deberán tramitar la transferencia o regularización del vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia;*

*II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;*

*III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetivos o para la persecución del mismo o impida que se averigüe;*

*IV.- Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y*

*V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.*

*No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:*

a) *Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;*

b) *El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo, y*

c) *Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.*"<sup>282</sup>

### 3. ASOCIACION DELICTUOSA Y PANDILLERISMO

"Numerosos delitos son concebidos, preparados y ejecutados con el concurso organizado de varias voluntades. Las asociaciones para delinquir, forma la más precisa de las *societas sceleris*, representan en sus componentes una temibilidad agravada por razón del concurso."<sup>283</sup>

"En su acepción estricta una pandilla es la liga o unión de personas, especialmente la que se forma con el objeto de divertirse, por ejemplo en un día de campo. Pero en sentido lato es esa unión o liga para engañar a otros o para causarles

282 *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.*

283 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano...*, pág. 409.



algún daño. Su etimología es la misma que la de la banda, de bando o partido, de bandería o parcialidad, vocablos que derivan de gótico banwa o del sajón ban, que significa liga, vínculo, alianza o lazo. La pandilla es el lazo que una a varias personas para algo, concretamente, para algo en daño de alguien."<sup>284</sup>

De lo anterior podemos afirmar que en la asociación delictuosa no hay participación, sino concurso necesario; en la pandilla tampoco es dable admitir la participación, puesto que también presenta como característica el concurso necesario de personas, pero es operante la participación (o concurso eventual) respecto al o los delitos cometidos por los pandilleros. Ambas se encuentran definidas por nuestra legislación penal en los artículos 164 y 164 bis respectivamente. Por otra parte, difieren en que la asociación es una organización con fines delictuosos, y es un delito autónomo, ya que la simple reunión con fines ilícitos constituye en sí mismo el delito; en cambio la pandilla es una reunión habitual, ocasional o transitoria, sin estar organizada con fines delictuosos, y cometen un delito en común, lo que la hace una forma de cometer otros delitos, que hace aumentar la pena a ellos correspondiente.

En los citados numerales 164 y 164 Bis de nuestro Código Penal, podemos encontrar su definición legal:

*"ARTICULO 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de uno a ocho años, y de treinta a cien días de multa.*

*Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro.*

*ARTICULO 164 BIS.- Cuando se cometa algún delito por pandilla, se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por el o los delitos cometidos.*

*Se entiende por pandilla, para los efectos de esta disposición, la reunión habitual, ocasional o transitoria, de tres o más personas que sin estar organizadas con fines delictuosos, cometen en común algún delito.*

*Cuando el miembro de la pandilla sea o haya sido servidor público de alguna corporación policiaca, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes de las penas que le corresponda por el o los delitos cometidos y se le impondrá además, destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro.\*285*

## CAPITULO XIII

### CONCURSO DE DELITOS

"En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le da el nombre de *concurso*, sin duda por que en la misma persona *concurrer* varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser *ideal* y *material*.

Los problemas del concurso derivan de la conducta reiteradamente delictuosa de un mismo sujeto o de los diversos resultados obtenidos en virtud de ella. La primera hipótesis que se ofrece es la de la unidad de la acción y del resultado; pero pueden darse unidad de acción y pluralidad de resultados, pluralidad de acciones y unidad de resultado y pluralidad de acciones y de resultados, incriminables todos en cuanto a un mismo sujeto.

A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones el mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico."<sup>286</sup>

La pluralidad de delitos con la existencia de pluralidad de conductas, da lugar al llamado concurso real o material, ya que la unidad de conducta y pluralidad de delitos da lugar al llamado concurso ideal o formal; en tanto la pluralidad de

---

286 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 301.

conductas y la unidad de delito conlleva al delito continuado; todo lo cual debe distinguirse del caso en que una conducta singular produce un solo ataque jurídico, se hablará entonces de unidad en la conducta y en el delito, y por tanto es evidentemente que el concurso está ausente.

La problemática señalada en el párrafo que antecede es de gran importancia en la práctica en torno a la imposición de las penas en relación con el justo reproche conforme se establece el artículo 64 de nuestro ordenamiento penal.

**Unidad de acción y resultado.** Cuando una conducta singular produce un sólo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

**Unidad de Acción y pluralidad de resultados.** El llamado concurso ideal o formal surge en la concurrencia efectiva de normas compatibles entre sí con una unidad de conducta, pero a su vez constitutivas de un ilícito cada una de ellas. Pavón Vasconcelos afirma en este sentido: "Al referirse al concurso ideal, la doctrina alude como rasgos característicos del mismo a la unidad de conducta y a la pluralidad de delitos."<sup>287</sup>

Estaremos frente al concurso ideal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho. Un ejemplo del concurso ideal, se puede presentar cuando un sujeto dispara una pistola, y priva de la vida a otra persona, y por ende podría ser objeto de responsabilidad penal por los delitos de portación de arma de fuego,

---

287 PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Las Reformas Penales (Análisis crítico de la parte general)*, 2a. ed., Porrúa, México, 1987, pág. 79.

dísparo de arma de fuego, lesiones y homicidio; sin embargo en función de la aplicación de los principios a que se sujeta la institución del concurso ideal de delitos, sólo debe castigarse por el delito de homicidio.

Ahora bien, debemos distinguir entre concurso ideal homogéneo y concurso ideal heterogéneo, esto en base a la identidad o diversidad de lesiones jurídicas que se causen; será concurso ideal homogéneo aquel en que la misma conducta ilícita colma el mismo tipo penal reiteradamente, mientras que el heterogéneo es con una sola conducta como se infringen varios tipos penales, como es el ejemplo a que se refiere el párrafo anterior.

**Pluralidad de acciones y unidad de resultado.** "Una conducta reiteradamente delictuosa puede lesionar el mismo bien tutelado por el Derecho. Las acciones son múltiples, pero una lesión jurídica. Se habla entonces del delito *continuado*. Recuérdese que es continuado en la conciencia y discontinuado en la ejecución. Consiste en unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de ataque jurídico."<sup>288</sup> El ejemplo clásico se presenta en el trabajador de una tienda que comete el robo continuado.

El delito continuado debe distinguirse del concurso de delitos. En efecto, en el concurso real de delitos también existe una pluralidad de conductas; en el concurso real los propósitos delictivos son tantos y tan variados como conductas o acciones en concurso se presenten, cometándose diversos delitos, en tanto que en el delito continuado se viola el mismo precepto legal.

---

288 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 302.

Por cuanto hace al concurso ideal, se distingue del delito continuado en cuanto que el primero requiere una conducta singular, mientras que el segundo, supone una pluralidad de conductas, cada una de ellas constitutivas de un ilícito distinto en cada caso.

**Pluralidad de acciones y de resultados.** "Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al llamado concurso *material o real*, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo, cometidos por un mismo sujeto)."<sup>289</sup>

El concurso real existe "cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importa cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste."<sup>290</sup>

El Doctor Carrancá y Trujillo afirma "Por último, puede darse pluralidad de acciones con pluralidad de resultados. Entonces se está en presencia de delitos diversos que dan lugar al concurso real o material. Si el sujeto no ha sido sentenciado por ninguno de ellos, en nuestro derecho procede la acumulación... Y si por alguno de los delitos había recaído ya sentencia firme, sólo hay reincidencia... Una especie agravada de la reincidencia es en nuestro derecho la habitualidad."<sup>291</sup>

Castellanos Tena nos señala los tres sistemas de represión para los casos de concurso real, que son: "*acumulación material, absorción y acumulación jurídica*. En el sistema de acumulación material se suman las penas correspondientes a cada delito.

289 *Ibidem*, pág. 304.

290 JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley*, págs. 244 y 245.

291 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, págs. 425 a 428.

En el de la absorción, sólo se impone la pena del delito más grave, pues se dice que éste absorbe a los demás. En el de la acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable".<sup>292</sup>

En relación con la reincidencia y la habitualidad, debemos apuntar que se encuentran reguladas en el Código Penal en los artículos 20 y 21 respectivamente.

*"ARTICULO 20.- Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual a de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.*

*La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga ese carácter en este Código o leyes especiales.*

*ARTICULO 21.- Si el reincidente en el mismo género de infracciones, comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que*

*las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.*"<sup>293</sup>

El concurso de delitos se encuentra regulado por nuestro Código Penal en sus artículos 18 y 19.

*"ARTICULO 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.*

*"ARTICULO 19.- No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado."*<sup>294</sup>

Por su parte el artículo 64 establece la forma en que habrá de sancionarse el concurso de delitos.

*"ARTICULO 64.- En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.*

---

293 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

294 Ibidem.



*En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes para cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero...<sup>295</sup>*

"El artículo 64 permite la aplicación de la pena correspondiente al delito mayor (absorción) pero faculta al juzgador para aumentarla en atención a los delitos cuya pena sea de menor cuantía (acumulación jurídica), y establece la posibilidad de aplicar hasta la suma de las sanciones de todos los delitos (acumulación material) sin que pueda exceder de cuarenta años."<sup>296</sup>

El delito continuado se encuentra contemplado en nuestro Código penal en su artículo 7 fracción III, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

El delito continuado se encuentra sancionado en el último párrafo del artículo 64 de nuestro Código penal.

---

295 *Ibidem.*

296 CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 304.

**"ARTICULO 64.- ...**

***En caso de delito continuado se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.***<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

## CAPITULO XIV

### EL ADULTERIO

#### 1. ETIMOLOGIA Y DEFINICIONES DE LA PALABRA ADULTERIO

El análisis de la raíces etimológicas de la palabra adulterio ofrece algunas dificultades, ya que no se ha encontrado una continuidad en la evolución de dicho concepto como fenómeno histórico, en tanto se ha ido desarrollando a través del tiempo y como fenómeno social, cuya evolución ha dependido de las necesidades y exigencias de la colectividad.

"El dudoso origen etimológico de la palabra adulterio es ensayado por la Séptima Partida (tít. XVII, ley 1<sup>a</sup>), la que expresa: *Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada, ó desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín Alteruis et thorus, que quieren tanto decir como ome que va ó fue al lecho de otro; por quanto la mujer es contada por el lecho del marido con quien es ayuntada, é non el della.*"<sup>298</sup>

"Etimológicamente la palabra adulterio deriva de dos latinas *Alter Thorum*. En un sentido histórico gramatical, vino a significar el delito cometido en el "lecho ajeno", es decir, una infidelidad conyugal."<sup>299</sup>

298. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 15a. ed., Porrúa, México, 1979, pág. 429.

299. GONZALEZ BLANCO, Alberto, *Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano*, 3a. ed., Porrúa, México, 1974, pág. 210.

El diccionario dice: "(Del. lat. *adulterium*). El lenguaje común se entiende que es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge"<sup>300</sup>. "Del latín, *ADULTEURIUM*. Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de ellos o los dos casados. Delito que cometen la mujer casada que yace con varón que no es su marido, y el hombre que yace con mujer casada sabiendo que lo es".<sup>301</sup>

"Sabido es que el adulterio -de *ad alter thorum*- es yacer ilícitamente en lecho ajeno. Es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados."<sup>302</sup>

El concepto del adulterio queda así expresado. Es la cópula o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados con persona distinta.

Para Escriche el adulterio consiste en el "acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona, o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una casada con un hombre que no sea su marido".<sup>303</sup>

Ahora bien, el problema se presenta al tratar de establecer lo que jurídicamente debe entenderse por adulterio para los efectos penales.

300 *Diccionario Jurídico Mexicano, T. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Porrúa, México, 1985, pág. 106.*

301 *DE P. MORENO, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano Parte Especial, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecha, Serie A, Volumen III, Jus, México, 1944, pág. 352.*

302 *CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Código Penal Anotado, 9a. ed., Porrúa, México, 1981, pág. 529.*

303 *Diccionario Razonado de Jurisprudencia y Legislación, pág. 98.*

El concepto de adulterio desde el punto de vista genérico y ampliamente gramatical encierra la idea de engaño, falsificación o alteración en perjuicio de alguna cosa o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos casados.

En su moderno significado general o común, que es el que corresponde al Derecho Civil, el adulterio es la violación a la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno y otro sexo y persona ajena a su vínculo marital. Esta infidelidad carnal constituye siempre un ilícito civil, que por violador del deber de fidelidad matrimonial, da lugar a la acción de divorcio, pero no necesariamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas. Esto es, que no todo acto de adulterio es forzosamente un delito penal.

"En el Derecho Civil mexicano es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa, cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice, puesto que, sin distinción, produce las siguientes acciones y sanciones privadas que puede ejercitar el cónyuge ofendido: el divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento de la infidelidad; el cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones; pierde los derechos que tuviere a alimentos y todo lo que se le hubiere prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito; además constituye impedimento no dispensable para contraer matrimonio -y causa de nulidad en su caso- el adulterio entre los que pretenden contraerlo, cuando haya sido judicialmente comprobado (artículos 267, frac. I; 269,

278, 283, 285, 286, 288, 156, frac. V; 235 y 243 del Código Civil). Así, pues, en materia civil existe entre los cónyuges mutuo deber y correlativo derecho a la fidelidad, siendo ilícita su inobservancia.<sup>304</sup>

"En efecto, el concepto de adulterio es un concepto netamente jurídico y arranca de nuestro Derecho Positivo. El Código Civil no define el matrimonio, pero la lectura de sus artículos 147 y 162, permiten deducir cuáles son sus fines que no pueden ser otros, sino el de perpetuar la especie y la ayuda mutua entre los cónyuges. El deber de fidelidad, no aparece, por su parte, consignado en precepto legal alguno, pero su existencia deriva de la necesidad de cumplir los fines de la institución el matrimonio, a través de la fidelidad conyugal. El quebrantamiento de ésta constituye un hecho ilícito aun cuando no se halle descrito en la ley, nace de ella misma y por lo mismo, tiene realidad jurídica."<sup>305</sup>

El Doctor González Blanco afirma: "Por otra parte, agotando la extracción del concepto de adulterio, observamos que el artículo 310 del Código Penal, al describir una modalidad atenuada de homicidio, es decir, el homicidio por infidelidad conyugal finca precisamente la atenuación para el caso de que una persona casada sorprenda a su cónyuge en acto carnal con otra, y de ahí surge claramente el concepto de adulterio el cual puede definirse, en términos netamente legales, no doctrinarios, como el acto carnal cometido por una persona casada con otra distinta de su cónyuge. Es por eso que a nuestro juicio el Código Penal al sancionar el adulterio sin definirlo, no viola el principio de la legalidad, como lo sostienen entre otros, los tratadistas citados."<sup>306</sup>

---

304 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 430.

305 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, pág. 212.

306 *Ibidem*, págs. 212 y 213.

La anterior noción general o civil no corresponde en todos sus extremos al concepto del delito de adulterio. Para el Derecho Penal, hay adulterio cuando hay ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de ellos, o los dos casados, si se verifica en el domicilio conyugal o con escándalo. Estas últimas circunstancias, que proporciona el tipo, en el artículo 273 del Código Penal, constituyen las condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente, estableciendo la diferencia entre el adulterio civil y el delito de adulterio.

En este sentido citaremos el criterio jurisprudencial que dice:

*"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y la persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución de vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos.- Quinta Época: Tomo CXXVII. Pág. 809. A. D. 5152/55. Rufino Fernández Ocaña. Mayoría de 3 votos.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de*

*la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Pág. 491.*  
(379).<sup>307</sup>

"En México la jurisprudencia ante la ausencia de definiciones legales del adulterio, se ha orientado en el aspecto de otorgarle un significado puramente gramatical. Tenemos al respecto la ejecutoria pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 4757 del Tomo 81 del *Semanario Judicial de la Federación*, cuya tesis establece: 'A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, que, en general, se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República, para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramatrimoniales de los cónyuges y aunque éstas por su propia naturaleza, son de muy difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciarse a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal'.

En otras ocasiones, la jurisprudencia para establecer el concepto del adulterio, se remite a la doctrina. Así la ejecutoria visible en la página 3636 del Tomo 82 del *Semanario Judicial de la Federación* dice: 'Es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada'.<sup>308</sup>

---

307 OBREGON HEREDIA, Jorge. *Código Civil Concordado*, 1a. ed., Porrúa, México, 1988, pág. 64.  
308 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 212 y 213.



"Entre nosotros define el adulterio el c.p. Aguascalientes: 'Cometen el delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, si uno de ellos o los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo' (art. 249). También Tabasco (art. 264) ofrece una interesante definición: 'Se entiende por adulterio, el trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido, o de hombre casado con mujer que no sea su esposa. Para considerar comprobado el adulterio, no se necesita que lo sea el acto carnal mismo, sino que otras circunstancias probadas lo hagan suponer fundadamente'. Por su parte, Chihuahua (257) tipifica el adulterio en esta forma: ' Se aplicará reclusión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada, siempre que lo hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo...'"<sup>309</sup>

La importancia de conceptualizar jurídicamente al adulterio, encuentra su fundamento en la tipicidad que como delito debe tener, es por esto que al entrar al análisis del tipo y tipicidad abundaremos más en el tema.

## 2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO

### 2.1. EVOLUCION HISTORICA

Los pueblos antiguos sancionaban generalmente con severidad al adulterio de la mujer.<sup>310</sup>

309 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Código Penal...*, págs. 529 y 530.

310 Para el desarrollo de la parte histórica de este capítulo, se consultaron a los siguientes autores: Carranca y Trujillo, Raúl, *Las Causas que excluyen la incriminación. Derecho Mexicano y Extranjero*, Impreso por Eduardo Limón, México, 1944; De P. Moreno, Antonio, *Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial*, Editorial Jus, México, 1944; González Blanco, Alberto, *Delitos*

En Egipto existía la pena de castración para el hombre que cometiera adulterio, creyendo hallar en esta barbarie cierta especie de proporción entre el delito y la pena, y después le daban mil azotes. A la mujer le cortaban la nariz para infamarla públicamente.

Los lidios establecieron para los adúlteros la pena de muerte. En la India encontramos que los Brahmanes castigaban a la mujer adúltera condenándola a ser comida por los perros.

Los judíos establecieron como pena para la mujer adúltera la lapidación. Los sajones quemaban a la mujer y sobre sus cenizas levantaban un cadalso donde daban garrotazos a su cómplice.

Las legislaciones antiguas de Roma y España, son las que nos proporcionan datos más precisos sobre la regulación del adulterio como hecho delictuoso.

El derecho romano siempre se limitó el delito a los actos de adulterio cometidos, no por el marido, sino por la esposa. En la época republicana, el marido no tenía necesidad de formular acusación en contra de la mujer, por que bastaba que la repudiara, el adulterio de la mujer casada era un delito de orden privado sometido a la jurisdicción del tribunal doméstico y se le consideraba como un robo de la misma en perjuicio de su marido. En la época del emperador Augusto, se expidió la *Lex Julia*

---

*Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano*, Editorial Porrúa, S.A. 3a. ed., México, 1974; González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos*, Editorial Porrúa, S.A., 15a. ed., México, 1979; Macedo S., Miguel, *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, México, 1945; López Chinos, Gabriel, *Breve Estudio Sobre la Evolución Social y Jurídica de la Familia Zapoteca*, México, 1949; Hernández, Rómulo, *Organización Política Social, Económica y Jurídica de los Aztecas*, México, 1939.

*de adulteriis*, elevando el adulterio a la categoría de *judicia publica* o crimen público con pena de relegación y repudio. Esta ley no comprendía a los que estuvieran unidos por esponsales porque las uniones carnales de éstos se consideraban como estupro. El adulterio no podía existir sino cuando se hubiera consumado, puesto que la tentativa se consideraba como injuria. Más tarde Constantino decretó la pena de muerte para la mujer casada y su amante adulterino. Justiniano conservó la pena de muerte para el copartícipe, pero cambió la de la mujer infiel en azotes y reclusión en un monasterio, con obligación de tomar los hábitos si el marido no perdonaba. Se consideraba como privada la acción en contra de los adúlteros; la sanción se impondría en atención a la calidad de los culpables y a la flagrancia o no del delito; se autorizaba mediante ciertos requisitos al *pater familiae* para dar muerte a los adúlteros, ampliándose esa facultad al marido ofendido por Rescripto de los emperadores Marco y Comodo; y por último se establecieron diversas categorías de penas, inclusive la de la privación de la vida.

El Fuero Juzgo, regulaba la represión del adulterio en la ley 1ª, Título IV, Libro III, *si el adulterio fuere fecho de voluntad de la mujer, la mujer é el aduiterador sean metidos en manos del marido, é faga dellos lo que se quisiere*. El adulterio regulado por este ordenamiento, es el cometido por o con mujer casada; la acción para perseguirlo se extendía al marido, a los hijos por imposibilidad de aquél, a los parientes más próximos y a cualquier otra persona, reconociendo así a ese hecho el carácter de delito público; la sanción se determina a voluntad del marido ofendido; establecía la impunidad absoluta por el asesinato de la esposa por esa causa; y por último, se limitaba la facultad del marido de cohabitar con su mujer, cuando ésta hubiere sido puesta en su poder.

El fuero Viejo de Castilla, no previó en forma expresa el adulterio, sino el forzamiento de mujeres.

El Fuero Real siguiendo la tradición, sancionaba el adulterio cometido por o con mujer casada, sin descartar el del marido; la acción para perseguirlo se concedía al marido, siempre y cuando él no lo hubiere cometido a su vez; en cuanto a la sanción sigue el criterio del Fuero Juzgo, es decir, el marido podía dar muerte a los adúlteros, a disponer de ellos o de sus bienes, pero con la obligación, en el supuesto de la pena de muerte de que matara a los dos; y por último concedió la impunidad absoluta en el caso del asesinato de la mujer cometido por esa causa, fuera igualmente facultaba ponía a los dos adúlteros en poder del marido con el fin que pudiera disponer a su arbitrio de sus personas y de sus bienes, pero sin poder matar alguno y dejar al otro, ni tampoco poder hacer suyos los bienes de cualquiera de los dos delincuentes que tuviese hijos legítimos.

Las Leyes de las Partidas imponían a la mujer adúltera la pena de ser azotada públicamente y reclusión en un monasterio, con pérdida de la dote, arras y bienes gananciales a favor del marido, y para su copartícipe la de muerte. Definen al adulterio, excluyendo el cometido por el marido por las siguientes razones: *La primera, porque del adulterio que haze el varon con otra muger non nace daño ni deshonra a la suya. La otra, porque el adulterio que haze su muger con otro, fina el marido deshorrado, recibiendo la muger á otro en su lecho; é además porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca sí se empreñase de aquel con quien fiziese el adulterio, venría el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernia a la muger del adulterio que el marido fiziese con otra; é por ende, pues que los daños e las deshonnas no son iguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, é puede acusar a su muger del adulterio, si lo fiziese, é ella non a el...;* le reconoce el

carácter de privado a este delito, pues la acción para perseguirlo se concede al marido y en su defecto al padre, a los hermanos y a los tíos; impide la acción del marido cuando éste a su vez lo ha consentido, perdonado o dejado prescribir; eximía de pena al marido cuando privaba de la vida a un individuo a quien previamente había prohibido las relaciones con su mujer.

El ordenamiento de Alcalá dió facultades al marido para matar a los adúlteros, sorprendiéndolos, en el mismo acto o infraganti, con tal de quitar la vida al mismo tiempo a los dos y no a uno solo. Si el marido no quisiera o no pudiera hacer uso de tan terrible permiso, dispuso esta misma ley: "Que si el marido acusare y probare el delito, los adúlteros debían ser puestos bajo su poder para que hiciere de ellos y de sus bienes lo que más le acomodare."

La Leyes del Toro determinaba que si el marido ofendido daba muerte a los adúlteros por propia autoridad al sorprenderlos infraganti, perdería la dote y los bienes de aquél a quien matare; pero si lo hacía porque la justicia los ponía a su disposición se le eximiría de pena alguna.

En la Novísima Recopilación se sancionaba el adulterio en las leyes del Título XXVIII del Libro VI, Ley 1ª y se reglamentaban las disposiciones aisladas contenidas en los ordenamientos anteriores, respecto al cometido por el marido. Se introducen algunas modalidades en cuanto al adulterio de la mujer, como son: el de no ser excusa para perseguirlo, el cometido por el marido; le reconoce el carácter de delito aun cuando se probara la nulidad del matrimonio; y la obligación del marido de acusar a los dos culpables.

Los códigos españoles de 1822, 1848 y 1870, sólo castigaban el adulterio de la mujer y a sus copartícipes. En el 1822, se hace la distinción como diversos delitos, el adulterio de la mujer y el marido que los denomina amancebamiento. El de 1848, distingue como delitos distintos el adulterio y el amancebamiento, y en materia de penalidad castigaba aquél con reclusión menor, admitía en cualquier momento el perdón haciéndolo extensivo a ambos adúlteros; y sancionaba el uxorcidio en caso de delito *in fraganti*. El de 1870, mantiene substancialmente esas mismas reglas.

## 2.2. EVOLUCION HISTORICA EN MEXICO

Antes de remontarnos al estudio de la legislación mexicana, consideramos conveniente señalar que nuestra investigación se refiere a los siguientes momentos históricos: Epoca Precortesiana, Epoca Colonial, Epoca Independiente, Código Penal 1871, Código Penal 1929 y Código Penal de 1931.

**Epoca Precortesiana.** Este período es el comprendido antes de la llegada de los españoles a nuestro territorio. Debido a la diversidad de tribus o pueblos con sus propias costumbres, el derecho vigente en esa época era múltiple. Todos estos pueblos seguramente tuvieron sus instituciones jurídicas aún cuando haya sido en forma rudimentaria; indudablemente contaron con un sistema de represión de los delitos, en que la pena fue y desigual y que en las organizaciones más avanzadas es seguro que las clases teocráticas y militares aprovecharon la intimidación para consolidar su predominio.

El maestro Miguel Macedo expresa que "la influencia del derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación...; los mexicanos aún el indio de raza pura, estamos totalmente desprendidos de toda idea jurídica propiamente

indígena, es decir, que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianas.<sup>311</sup>

A pesar de lo expresado, procuraremos hacer una breve reseña de los datos que hemos logrado reunir sobre este derecho.

El rey Netzahualcōyotl, dictó varias leyes conocidas actualmente como "Leyes de Netzahualcōyotl o Código Penal de Netzahualcōyotl, para Texcoco". En ellas el Juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se encontraban principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación de bienes, destierro, suspensión o destitución de empleo, prisión en cárcel o en el propio domicilio. Los adúlteros sorprendidos *in fraganti* delito eran lapidados o estrangulados.

Entre las ordenanzas de Netzahualcōyotl reproducidas por Don Fernando de Alva Ixtlīxōchitl, transcribimos la siguiente:

*"1.- La primera, que si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndolo él mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis y si el marido no lo viese sino por idas lo supiese y los acusare y averiguado ser verdad, ella y el adúltero fuesen ahorcados".*

Las nuevas leyes promulgadas por el mismo Emperador constituyeron principalmente un Código Militar, conteniendo además preceptos de aplicación común. De entre estos preceptos podemos transcribir los siguientes:

---

311 MACEDO S., Miguel, *op. cit.*, págs. 12 y 14.

*"11.- La adúltera y el cómplice, fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados y para la justificación fuere bastante la denuncia del marido; pero si éste no los aprehendiese en el delito sino que por sospechas los acusase a los jueces y se averiguase ser cierto, muriesen ahorcados".*

*"4.- Al adúltero si le cogía el marido de la mujer en adulterio con ella, morían ambos apedreados; y si era por indicios o sospechas del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad estaba aunque no los acusare el marido, sino por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros o terceras".*

*"5.- Los adúlteros que mataban al marido, el varón moría asado vivo y mientras se iba asando lo iban rociando con agua y sal hasta que allí perecía; y a la mujer la ahorcaban; y si eran señores o caballeros los que habían adulterio, después de habertes dado el garrote les quemaban los cuerpos, que era su modo de sepultar".*

Por último, de la Recopilación de las "Leyes de los indios de la Nueva España, Anaguac o México" por Fray Andrés de Alcóbiz, podemos tomar las siguientes leyes:

*"24.- No bastaba la probanza para el adulterio, si no los tomaban juntos y la pena era que públicamente los apedreaban".*

*"34.- Apedreaban a las que habían cometido adulterio a sus maridos, juntamente con el que con ellas había pecado".*



*"35.- A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio, si solo el marido de ella la acusaba, sino había de haber testigos y confesión de los malhechores y si estos malhechores eran principales ahogándolos en la cárcel".*

*"36.- Tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios, y aunque la tomase con otro, sino que los jueces lo habían de castigar".*

Los indios Zapotecas también consideraron delito el adulterio, y tenían la costumbre de mutilar a la adúltera y además multarla, el coautor de la acción adulterina era mutilado y apedreado.<sup>312</sup>

Los Mayas castigaban el adulterio entregando al adúltero al ofendido quien podía matarlo o perdonarlo, y en cuanto a la mujer, su vergüenza en infamia eran penas suficientes. Los mayas como vemos eran más humanitarios y civilizados que los pueblos de occidente de quien heredamos cultura y religión.

Entre los Aztecas sólo se castigaba el adulterio cometido por la mujer casada, mas no el del hombre. "Este régimen de desigualdad para juzgar los hechos, está basado en la desigualdad social de la mujer y el hombre y traduce la condición de inferioridad de aquella en su situación para con el hombre."<sup>313</sup>

De acuerdo con estos datos podemos decir que estos pueblos contaron con el derecho elaborado por ellos, y el conquistador al llegar borró este derecho e impuso su propia legislación. El derecho penal precortesiano ha sido de nula influencia en la colonia y en el vigente. Su estudio pertenece a la arqueología criminal.

---

312 LOPEZ CHINOS, Gabriel, *op. cit.*, pág. 50.

313 HERNANDEZ, Rómulo, *op. cit.*, pág. 28.

**Epoca Colonial.** El derecho vigente durante la Colonia comprendió el principal y el supletorio: el primero de los nombrados constituido por el derecho indiano (dictado por FVirreyes, Audiencias y Cabilidos); el segundo integrado por el derecho de Castilla.

Diversas recopilaciones de leyes especialmente aplicables en las Colonias fueron hechas, siendo las principales la "Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias", autorizada por Carlos II en 1680 y la "Real Ordenanza de Intendentes", mandada a promulgar por Carlos III en 1786.

"En cuanto al derecho de Castilla la ley 2, tit, I, Lib. II recogida también en la Recopilación de 1680, prescribió expresamente que *"en todo lo que no estuviera decidido no declarado... por la leyes de esta recopilación o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, se guarden las leyes de nuestro Reyno de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a la sustancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como en la forma y orden de sustanciar"* (1530); el carácter de derecho supletorio hubo de mantenerse con relación a estas leyes propias de la Metrópoli; el Fuero Real (1255), las Siete Partidas (1265), el Ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505), la Nueva Recopilación (1567), y la Novísima Recopilación (1805). Pero Fue el Código de Partidas el principalmente aplicado."<sup>314</sup>

En resumen en la época colonial, tanto las Partidas como todos los demás ordenamientos jurídicos, establecían que el adulterio sólo era punible en la mujer casada y varón adulterino. Al hombre casado no se le castigaba por faltar a la

314 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Las Causas...*, pág. 36.

fidelidad conyugal. Por regla general se aplicaba la pena de muerte, y este delito sólo se perseguía por querrela del marido ofendido, y en raras excepciones podían presentar la acusación en contra de los adúlteros, el padre, el hermano o los tíos; pero jamás por personas extrañas.

**Epoca Independiente.** A pesar de la independencia política y aun a pesar del federalismo constitucional, México siguió viviendo la unidad legislativa representada por el derecho colonial.

Al declararse y consumarse la independencia política de México, el Estado se preocupa primerísimamente por todo lo relacionado a su organización misma y a su fortalecimiento; de donde todo el movimiento legislativo habría de mirar a lo constitucional y administrativo. La actividad reglamentaria no descuidó el aspecto penal, sin embargo, lo que se hacía se refería a la paz pública, la seguridad del Estado y a la de las personas y su propiedades.

Ante la magnitud de los problemas el Gobierno Federal hubo de reconocer expresamente la constante vigencia de la legislación imperante en la colonia, como legislación mexicana propia. "El dato de mayor importancia, consta en una Circular del Ministro de lo Interior, de fecha 20 de septiembre de 1838, bajo el Gobierno del General Anastasio Bustamante. La circular dice en lo que importa, así:

'Excmo. Sr.- El Excmo Sr. Presidente del Consejo de Gobierno, en nota de 25 de agosto próximo pasado, ha trasladado a este Ministerio la consulta siguiente:

'Excmo señor: El consejo aprobó y emite como suyo al Excmo. Sr. Presidente el dictamen que sigue:

'D. José M. López se quejó a la inspección de milicia permanente de ...  
etc.

'El Supremo Gobierno dirigió al Consejo al expediente para que se consulte sobre los puntos que abraza y, además, si las leyes de los antiguos Estados deben regir con perjuicio de las disposiciones del mismo Gobierno.

'Para resolver el segundo punto de la consulta del gobierno, la Comisión hará algunas observaciones que tal vez puedan conducirnos al intento.

'Debe notarse principalmente que están en vigor todas *aquellas leyes que no han chocado abiertamente con el sistema que rige tampoco se encuentran derogadas expresamente por alguna otra disposición posterior*, teniendo lugar esta regla con respecto de aquellas leyes que fueron dictadas en épocas muy remotas, y bajo las diferentes formas de Gobierno que ha tenido la Nación; y así es que los tribunales y otras autoridades diariamente resuelven los diversos negocios de su resorte con presencia de los decretos de las Cortes de España, de las leyes de Partida y Recopilación, con tal que éstas disposiciones no se resientan más o menos de la forma de gobierno en que fueron sancionadas.

'Sentado este principio fluyen naturalmente dos consecuencias: la primera es que *deben considerarse vigentes las leyes de los antiguos Estados siempre que tengan los requisitos de que antes se hizo mención, sin que obste por ello ni la forma de gobierno bajo que fueron dictadas ni que el supremo gobierno haya dispuesto otra cosa*, puesto que sus disposiciones jamás deben sobreponerse a la leyes. La otra consecuencia es que si las órdenes del Gobierno fuesen efecto de alguna de sus

atribuciones constitucionales o de alguna otra ley posterior que lo faculta para tal o cual acto, entonces las leyes de los Estados no deben considerarse vigentes, no por que se opongan a las disposiciones del Gobierno sino más bien por que la ley que lo autorizó para dictar esta o la otra disposición contraría por el mismo hecho derogatorio cualquiera otra disposición anterior.'

'Y estando de conformidad el Ecmo. Sr. Presidente ha tenido a bien acordar se comunique a los gobiernos de los Departamentos *para que se observe esta disposición por punto general.*'<sup>315</sup>

El 23 de julio de 1859, Don Benito Juárez expide su famosa "Ley del Matrimonio Civil", en donde ya se consideraba al adulterio como un atentado contra la familia y el orden familiar. Aquella ley estipulaba que el matrimonio era un contrato civil que se contraía lícita y válidamente ante la autoridad civil; no podía celebrarse sino por un sólo hombre con una sólo mujer; el matrimonio era el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie, de suplir las imperfecciones del individuo, el cual no puede bastarse así mismo para llegar a la perfección del género humano, debiéndose respeto cada uno, deferencia, fidelidad, confianza y ternura. Consideraba como causa legítima para el divorcio temporal al adulterio, salvo cuando ambos esposos se hubieran hecho reos de este crimen, o cuando el esposo prostituyera a la esposa con su consentimiento. La acción de adulterio era común al marido y a la esposa, en su caso; ninguna otra persona podía presentar la denuncia.

---

315 *Ibidem*, págs. 42 y 43.

El Código Penal de 1871, en su título sexto, denominado "Delitos contra el Orden de las Familias, la Moral Pública, o las Buenas Costumbres", agrupaba a los siguientes delitos:

- I. Delitos contra el estado civil de las personas.
- II. Delitos de ultraje a la moral pública y a las buenas costumbres.
- III. Atentados contra el pudor, estupro, violación.
- IV. Corrupción de menores.
- V. Rápto.
- VI. Adulterio.
- VII. Bigamia y otros matrimonios ilegales.
- VIII. Provocación de un delito, apología de éste o de algún vicio.

El Código de 71, en el artículo 816 sancionaba el adulterio en los tres casos siguientes: I.- El cometido por mujer casada con hombre libre; y el cometido por hombre casado y con mujer libre, en el domicilio conyugal. II.- El ejecutado fuera de la casa conyugal por hombre casado con mujer libre. III.- El cometido por mujer casada con hombre casado, disminuyendo la pena para el hombre cuando no lo cometía en el domicilio conyugal.

Tal parecía, juzgando por la fracción II del artículo, que el adulterio del hombre era sancionable en todos los casos. Pero el artículo 821 del Código citado prevenía que la mujer casada sólo *"podrá quejarse de adulterio, en tres casos: I.- Cuando su marido lo cometa en el domicilio conyugal; II.- Cuando lo cometa fuera de él con concubina; III.- Cuando el adulterio cause escándalo, sea quien fuere la adúltera y el lugar en que el delito se cometa"*.

"La exposición de motivos del Código de 71 decía: 'Respecto del adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste; porque si no puede negar que, moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las consecuencias; porque aquel queda infamado, con razón o sin ella, con la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos, introduciendo herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio'.<sup>316</sup>

La pena fijada a los adúlteros, tratándose de la esposa y varón libre era de dos años de prisión o multa de segunda clase. Para el esposo adúltero se fijaba una sanción menor consistente en un año de prisión, salvo si el delito se hubiera cometido en el domicilio conyugal, en cuyo caso la pena ascendía a dos años de prisión.

El Código mencionado marcaba ciertas agravantes: a) cuando se presentaba el adulterio doble; b) cuando tenían hijos el adúltero o la adúltera; c) cuando se ocultaban su estado el adúltero a la adúltera casados a la persona con quien cometían el delito.

La acción criminal sólo procedía a petición del cónyuge ofendido y contra ambos culpables y sus cómplices, extinguiéndose por defunción del querellante. Además los adúlteros se hacían acreedores a la privación del ejercicio de la tutela y la curatela, en un lapso de seis años.

---

316 DE P. MORENO, Antonio, *op. cit.*, pág. 353.

Por otra parte, si el cónyuge al sorprender a los infractores en el hecho delictuoso privaba de la vida a su consorte o al copartícipe, era castigado, según el artículo 554, con sólo cuatro años de prisión, en virtud de la grave provocación al ofendido. Esta concesión no favoreció a la esposa aún cuando por las mismas circunstancias matara; pues ella muy poco disfrutó de las ventajas contenidas en los preceptos establecidos por este código.

Podemos advertir que si la idea del legislador era fortalecer los lazos familiares y a su vez hacer respetar el contrato matrimonial imponiendo sanciones a quienes faltaban a los deberes recíprocos y correlativos derechos de fidelidad, emanados de dicho contrato, debería en todo caso haber nivelado la responsabilidad de los cónyuges o sea haberlos puesto en igual situación.

El Código Penal de 29 en su artículo 891 iguala la situación del marido a la de la mujer, no sancionando el adulterio sino cuando se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo. Suprime, pues, explícitamente, el tercer motivo, segundo en el orden del artículo 821 del Código de 71, que autorizaba a la mujer para acusar al marido por adulterio cometido fuera del domicilio conyugal, pero con concubina.

Este Código, con gran acierto, incluyó el adulterio en el título "De los delitos Contra la Familia".

Las disposiciones aplicables se encontraban redactadas como sigue:

*Art. 891.- El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo.*



*Art. 892.- Por domicilio conyugal se entiende: la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada.*

*Art. 893.- No se podrá proceder contra los adúlteros, sino por queja del cónyuge ofendido; pero cuando éste hubiere formulado su querrela contra uno sólo de los adúlteros, se procederá contra los dos y contra sus cómplices.*

*Esto se entiende en el caso de que los adúlteros, vivan, estén presentes y se hallen ambos sujetos a la jurisdicción del país; pero cuando así no sea, se podrá proceder contra el responsable que se halle en esas condiciones.*

*Art. 894.- El adulterio sólo se sancionará cuando haya sido consumado, pero si el conato constituyere otro delito, se aplicará la sanción señalada para éste.*

*Art. 897.- Son circunstancias agravantes:*

- I. Ser casados ambos adúlteros;*
- II. Tener hijos el adúltero o la adúltera; y*
- III. Ocultar su estado el adúltero o la adúltera casados, a la persona con quien cometen el adulterio".*

*Art. 898.- Cuando el ofendido perdona a su cónyuge cesará todo procedimiento si el juicio penal aún no se fallare; si ya hubiere sido condenado el reo, no se ejecutará la sentencia ni producirá efecto alguno.*

*También cesarán el proceso y sus efectos, en los casos en que después de la acusación, tuvieren los cónyuges acceso carnal o el quejoso falleciere antes de pronunciar su sentencia irrevocable. Los casos previstos en el artículo aprovechan a todos los responsables.*

*Art. 899.- El simple conocimiento que el ofendido tenga del adulterio no se tomará como consentimiento ni como perdón del delito, pero aprovechará para la prescripción.*

*Art. 900.- El cónyuge acusado de adulterio no podrá alegar como excepción que su cónyuge ha cometido el mismo delito antes de la acusación o después de ella.*

**Código Penal de 1931.** La Legislación penal de 1929, fue abrogada por el Código de 1931 que es el que actualmente rige. El delito a que nos estamos refiriendo, en este código fue colocado entre los "Delitos sexuales" en el Título XV, Capítulo IV.

Al elaborarse el proyecto del código penal vigente, hubo una marcada tendencia a eliminar al delito de adulterio de la lista de los hechos punibles, propósito que no llegó a realizarse, porque según expresa González de la Vega, Ceniceros y Garrido, a pesar de reconocer las críticas justificadas de que había sido objeto ese hecho en su estimativa como delito, hicieron valer la conveniencia de que siguiera subsistiendo con ese carácter, al establecer que se debían reconocer las acrebas y en ocasiones justificadas críticas que se han hecho para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron que se debía seguir incluyendo en los Códigos Penales, por que tal inclusión representaba, por lo menos, un valladar que se opone al desenfreno y al relajamiento de las costumbres, por que la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora.

Mediante Decreto de fecha 22 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 1991, la denominación del Título XV, fue reformada para llamarse de los "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicossexual", manteniendo en su Capítulo IV al adulterio.

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

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

*Esto se entiende en caso de que los dos adúlteros vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país, pero cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se encuentre en esas condiciones.*

*ARTICULO 275.- Sólo se castigará el adulterio consumado.*

*ARTICULO 276.- Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables."<sup>317</sup>*

Como podemos observar nuestros diversos ordenamientos penales hasta llegar al vigente, han sufrido una evolución, actualmente señala una sanción muy leve, no hace distinción alguna en cuanto al sexo de los casados culpables y limita la infracción a casos realizados en condiciones especialísimas, como lo su realización en el domicilio conyugal o con escándalo. Así pues, podemos afirmar que, salvo esos casos de excepción y por regla general, el adulterio en el Derecho mexicano no es punible.

---

<sup>317</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

### 3. ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ADULTERIO

El análisis consistirá en la aplicación de los principales enunciados de la teoría del delito, mismo que han sido desarrollados durante el presente trabajo.

#### 3.1. PRESUPUESTO FACTICO

El presupuesto del delito de adulterio está constituido por la existencia del vínculo matrimonial, cuando menos respecto de uno de los sujetos.

El maestro González de la Vega afirma en este sentido: "Es presupuesto imprescindible del delito que por lo menos uno de sus protagonistas, en el momento del acto, esté unido en matrimonio legítimo, no disuelto por la muerte del otro cónyuge o por el divorcio y que no hubiere sido anulado. Este vínculo, para el contraído en México, ha de derivar precisamente del *contrato civil* de matrimonio, con exclusión del canónico o del simple amancebamiento, aun cuando los concubinos se den entre sí el tratamiento y la consideración de esposos...De acuerdo con las normas privadas, el estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro, o, cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las hojas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumentos o testigos; pero si uno sólo de los registros se ha inutilizado y existe otro ejemplar, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase (arts. 39 y 40 del Código Civil)."<sup>318</sup>

De igual manera opina el maestro Jiménez Huerta al expresar que "para la posible ejecución de la acción típica del delito de adulterio, precisase

318 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, págs. 436 y 437.

conceptualmente la previa realidad de un presupuesto fáctico: la existencia de un matrimonio que produzca efectos legales, esto es, de un matrimonio civil, único que tiene valor jurídico en nuestro Ordenamiento."<sup>319</sup>

Nuestros más altos tribunales en este sentido se han expresado de la siguiente manera:

*"ADULTERIO, PRUEBA DEL MATRIMONIO  
EN EL.*

*En virtud de que para la existencia del delito de adulterio, es necesario que los cónyuges sean casados civilmente, si en un juicio no se acredita legalmente la existencia de dicho matrimonio, y sólo se hace mención de que están "casados", no se llenan los requisitos que la ley señala para la consumación de dicho delito, ya que es frecuente comprobar que entre ciertas gentes de escasa instrucción, dado su analfabetismo, únicamente celebren el matrimonio eclesiástico.*

*Amparo directo 4580/63, Josefina Becerra Ponce,  
17 de agosto de 1964, 5 votos. Ponente: Agustín Mercado  
Alarcón.*"<sup>320</sup>

---

319 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, T. V, 2a. ed., Porrúa, México, 1983, pág. 24.

320 *Primera Sala, Sexta Epoca, Volumen LXXXVI, pág. 9.*

Por lo que se refiere a los matrimonios celebrados fuera del territorio mexicano estaremos a lo establecido en el artículo 51 del Código Civil y las normas aplicables en materia de derecho internacional privado.

*"ARTICULO 51.- Para establecer el estado civil adquirido por lo mexicanos fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la Oficina que corresponda del distrito Federal o de los Estados."<sup>321</sup>*

En definitiva, necesariamente se debe haber celebrado con anterioridad al acto ilícito el contrato de matrimonio a que se refiere y regula el Título Quinto del Libro Primero de nuestro Código civil. Por ende, ni el solo matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos, reglas o dogmas de cualquier religión ni el simple concubinato, constituyen el presupuesto fáctico del delito de adulterio.

### **3.2. CLASIFICACION DEL DELITO DE ADULTERIO.**

#### **a) En orden a la conducta.**

En orden a la conducta el adulterio es un delito de acción, solamente se puede realizar a través de un hacer, siendo imposible dada su naturaleza que se presente la forma de omisión o la de comisión por omisión.

---

<sup>321</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

**b) En orden al resultado.**

En virtud de no requerir un resultado material -delito material-, estamos en presencia de un delito formal o de mera conducta.

Recordemos que la característica de ser un delito formal se presenta en aquellos delitos en los cuales el tipo legal se agota con la sola actividad del sujeto, sin requerir una mutación en el mundo exterior. El delito de adulterio se consuma al verificarse la realización de la conjunción carnal, si concurren las respectivas circunstancias objetivas de punibilidad.

**c) Por su duración.**

"Manzini lo considera como delito permanente y así mismo estima que no admite la tentativa. A nuestro Juicio, es instantáneo, por que tan pronto se produce la conjunción carnal, se viola la norma."<sup>322</sup>

Algunos Doctrinarios opinan que se puede dar como un delito o continuo. En este sentido, González de la Vega afirma: "El adulterio es delito instantáneo; se consuma en el momento mismo del acceso carnal; puede integrar delito continuo cuando entre los mismos autores se prolonga en forma más o menos permanente un estado de relaciones sexuales; la reiteración más o menos persistente de ayuntamientos adúlteros entre las mismas personas constituye para los prácticos del

---

322 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 213 y 214.



derecho de continuidad jurídica de un único y mismo delito. En este caso no habrá lugar a la acumulación."<sup>323</sup>

Apoyando la posibilidad del adulterio como un delito continuo, encontramos el criterio que a continuación se transcribe:

*"DELITOS PERMANENTES Y CONTINUOS,  
DIFERENCIA ENTRE.*

*En el lenguaje doctrinario se dice que son delitos permanentes, aquéllos en los que, mediante la manifestación de voluntad punible del sujeto activo, se crea un ulterior estado anti-jurídico duradero, como en el raptó, en que el delito permanece prolongado en el tiempo, mientras dure la retención de la mujer (Edmundo Mezger, tratado de derecho penal, tomo I, página 380). Así pues, no deben confundirse los delitos permanentes con los delitos continuos, pues en estos su duración no es esencial del delito, dado que la persistencia temporal de la acción no forma parte de su descripción legal, pero los diversos actos en que se descomponen la acción respectiva, representan, según Frank, "similitud del tipo delictivo, homogeneidad de ejecución, carácter unitario del bien jurídico violado, conexión temporal y utilización de las mismas relaciones y de la misma ocasión, como en los casos en que se comete repetidamente el adulterio con la misma*

**persona** o cuando se roba al mismo propietario cosas semejantes, aprovechando las mismas ocasiones.

*Competencia 103/68 - Entre jueces de primera instancia de Salvatierra, Estado de Guanajuato y de Tlalnepanitla, Estado de México, para conocer proceso en contra de Leonardo Almanza. 3 de noviembre de 1969 - unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rébollo R.*<sup>324</sup>

En relación con el criterio antes transcrito, debemos apuntar que en el mismo se hace una distinción entre los delitos permanentes y continuos, diferenciación que nuestro Código Penal en su artículo 7 fracción II no hace.

Por nuestra parte consideramos que es de carácter instantáneo, en virtud de que la acción consumativa, se agota al realizarse todos los elementos constitutivos.

**d) Por el daño que causa.**

Es un delito de lesión o daño, en contraposición a los de peligro, por que al verificarse la conducta se causa un daño directo y efectivo en el interés jurídicamente protegido.

**e) Por el elemento interno o culpabilidad.**

El adulterio se concibe como doloso, ya que requiere un dolo específico.

Como todos los delitos que tiene por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos protagonistas, en la consciente ejecución de la cópula transgresora de las normas penales. "El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge y, para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo que efectúa con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal, pero admite prueba en contrario.

Es verdad que el adulterio consiste en una actividad sexual realizada en común por los dos protagonistas que se ayuntan y, por tanto, supone generalmente que ambos son culpables del acto; pero, en casos concretos, puede acontecer que el casado o el extraño, a pesar de ser autores materiales del fornicio, no sean responsables, sea por ausencia de conducta criminal o bien por una causa de inculpabilidad."<sup>325</sup>

#### **f) En función de su estructura o composición.**

El delito de adulterio es clasificado como simple, en virtud de que la lesión jurídica es única e inseparable.

#### **g) Por el número de actos integrantes de la acción típica.**

---

325 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 440.

El delito en estudio se presenta como unisubsistente, por que un solo comportamiento colma el tipo.

**h) En función de la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen en la ejecución del hecho descrito en el tipo penal.**

El adulterio como ilícito penal se presenta como un delito plurisubjetivo, ya que es necesaria la intervención de dos personas.

En este sentido el maestro Castellanos Tena afirma: "El adulterio, al contrario, es un delito plurisubjetivo, por requerir, necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo (a menos que opere en favor de uno de los sujetos, por ejemplo, una causa de inculpabilidad por error de hecho esencial e insuperable)..."<sup>326</sup>

**i) Por la forma de su persecución.**

Se contiene en nuestra legislación penal como un delito privado o de querrela necesaria. Este forma de persecución se establece en el artículo 274 que dice:

*"ARTICULO 274.- No podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido..."*<sup>327</sup>

Antonio de P. Moreno en este sentido afirma: "Afortunadamente, entre nosotros, el adulterio, para su persecución, exige la condición de procedibilidad de la

<sup>326</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, pág. 143.

<sup>327</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

querella del ofendido. La ley no interviene, sin motivo, en las intimidades del hogar. Cuando el esposo o cónyuge ofendido considera que con formular su acusación se expone al ludibrio o hilaridad de los demás, que deshonra a los hijos y así mismo; o que es su obligación perdonar la falta de su cónyuge, porque fue ejecutada en circunstancias disculpables; o que el arrepentimiento y conducta posteriores a la falta han purgado ésta, no formulará su acusación. Pero cuando considera que no debe consentir la conducta abominable del marido o de la mujer, porque ella constituye el peor ejemplo para los hijos. Cuando juzga que su conducta intachable servirá, no de motivo de hilaridad ante la conducta perversa de su cónyuge, sino de telón de fondo por el cual destaque con mayor crudeza la felonía del adúltero, que no es capaz de refrenar sus instintos ante ninguna consideración de carácter moral y afectivo, procurará el castigo de quien lo merece, cumpliendo con un deber y castigará también al culpable o al corresponsable del desenfreno de la conducta moral del que fue compañero de su vida."<sup>328</sup>

### 3.3. ELEMENTOS DEL DELITO DE ADULTERIO

El maestro González de la Vega afirma en este sentido, que "los elementos externos del delito son: I. Un acto de adulterio; II. Que el mismo se cometa: a) en el domicilio conyugal, o b) con escándalo. Como elemento psicológico se requiere, en el casado infiel, conocimiento de que ejecuta el acto con persona que no sea su cónyuge, y, en el copartícipe, conocimiento de lo que efectúa con persona ligada en matrimonio."<sup>329</sup>

---

328 DE P. MORENO, Antonio, *op. cit.*, págs. 355 y 356.

329 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 436.

Por tanto consideremos como elementos del adulterio: a) La acción de adulterio (ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados, con persona distinta), b) Que esta acción se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo y, c) La voluntad delictuosa de los agentes o sujetos activos. Elementos que se desprenden de la lectura del artículo 273 de nuestro ordenamiento penal

Este criterio se confirma con los siguientes antecedentes jurisprudenciales que en lo conducente dicen:

"INTEGRACION DEL TIPO DEL DELITO DE ADULTERIO. (Legislación del Estado de Baja California).

*El hecho de que el legislador designe el delito de adulterio con el nombre de uno de sus elementos, no significa que no exista el tipo; éste se integra precisamente, a) con un adulterio y, b), que ese adulterio se verifique en el domicilio conyugal, o con escándalo, ya que no todo adulterio es delictuoso, sino únicamente el realizado en tales condiciones...*

*Amparo directo: 3948/59.- Alicia Baltierrez Lugo.- Resuelto el 1º de octubre de 1959, por unanimidad de cinco votos.- Ponente el Sr. Mtro. Rodolfo Chávez S.- Srío. Lic. Fernando Castellanos.*

*1ª SALA.- Informe 1959, Pág. 45, SEXTA EPOCA, Vol. XXVIII, Segunda Parte, Pág. 10, con título: "ADULTERIO".*<sup>330</sup>

"ADULTERIO, delito de. Legislación de Chiapas.

*Aun cuando el artículo 275 del Código Penal, con el sistema de otros, no lo define, la etimología indica que la violación consiste en la violación de la fe conyugal consumada corporalmente con los tres requisitos clásicos: 1ª unión sexual; 2ª matrimonio de uno o ambos prevenidos. y 3ª dolo o voluntad de parte de la persona casada..*

*Directo 1505/1956. Julieta Moreno de Fonseca. Resuelto el 14 de noviembre de 1957, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Ruiz de Chávez. Srio. Lic. Manuel Sánchez Esponda.*

*1ª SALA.- Informe 1967, Pág.711.*<sup>331</sup>

### 3.3.1. LA CONDUCTA

"La acción típica del adulterio consiste en un acto de adulterio. Como la ley no distingue en cuanto al sexo de los casados infieles y se limita a usar la palabra "adulterio", sin darle una definición o conotación específica, que quiere decir que, en

<sup>330</sup> *Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1955-1963, Sustentadas por la Sala Penal, 1ª. SALA, Mayo Ediciones, 2a. ed., pág. 548.*

<sup>331</sup> *Ibidem, pág. 36.*

lo que concierne a este elemento, remite a su significado general o vulgar, o sea el acceso carnal entre una persona casada, sea cual fuere su sexo, y una persona extraña a su liga matrimonial. Esta acción implica dos requisitos: a) que por lo menos uno de los autores esté unido en matrimonio legítimo; y b) que la conexión sexual se realice con persona ajena al vínculo."<sup>332</sup>

La conducta típica en el adulterio, se integra por la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o ambos unidos por vínculo matrimonial, con un tercero. Para ello, esa conducta debe realizarse con los modos de comisión que establece nuestra legislación penal en su artículo 273; a) de lugar, o sea su realización en el domicilio conyugal o, b) de modo, o sea la verificación de la conducta ilícita fuera del domicilio conyugal, pero con escándalo.

"Para la posible ejecución de la acción típica del delito de adulterio, precisase conceptualmente la previa realidad de un presupuesto fáctico: la existencia de un matrimonio que produzca efectos legales, esto es, de un matrimonio civil, único que tiene valor jurídico en nuestro Ordenamiento. Por ende, ni el solo matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos, reglas o dogmas de cualquier religión ni el simple concubinato, constituyen el presupuesto fáctico del delito de adulterio."<sup>333</sup>

Anteriormente hemos apuntado, que el presupuesto fáctico del delito en estudio, es la existencia del vínculo matrimonial con persona distinta de la persona con quien se ejecuta el acto adulterino. Por tanto, nos remitimos a lo apuntado anteriormente en obvio de repeticiones.

---

332 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 436.

333 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano...*, T. V, págs. 22 y 23.



La acción material del delito consiste en la conjunción carnal adulterina. Sus hipótesis son los ayuntamientos entre: mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; y hombre y mujer casados en distintos matrimonios. A esta última hipótesis se le denomina adulterio doble.

"La naturaleza del acto sexual, para efectos del adulterio, debe determinarse, analizando los aspectos de su existencia y esencia.

En cuanto a su existencia, se plantea el problema de si se configura el adulterio en los casos en que no haya posibilidad de engendrar, como sucede cuando la mujer cohabita con un niño, un anciano o un eunuco. Tratándose del yacimiento con impúber, la generalidad de los autores se inclinan por la negativa, por estimar ese acto más bien como un caso de corrupción de menores. No compartimos este criterio, por cuanto al adulterio, como delito, no requiere la procreación, ni la posibilidad de ella. Manzini y Cuello Calón se inclinan por la afirmativa pues consideran que en ese caso, media una infracción de los deberes conyugales, en cuanto al yacimiento con anciano, la opinión dominante se inclina por la afirmativa. Por lo que respecta al yacimiento con eunuco, las opiniones se dividen, y así Carrara y Lucchini, no ven en esa unión adulterio, y sí en cambio Manzini y Bebel, porque para ellos la unión carnal no precisa la cópula normal y completa."<sup>334</sup>

En cuanto a su integración fáctica o esencia como es llamada por el Doctor González Blanco, el maestro Jiménez Huerta, establece lo siguiente: "las dificultades creadas por la legislación de México en relación con el presente delito...se acrecientan y amplían en el artículo 275 en cuanto dispone seguramente, con el sano fin de precisar los perfiles fácticos del tipo, que 'Solo se castigará el adulterio consumado'.

334 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, pág. 215.

El citado artículo engendra el problema de esclarecer y dilucidar cuándo el adulterio queda consumado".<sup>335</sup>

Para el citado Doctor Alberto González Blanco existen los siguientes criterios en relación con el problema de la consumación:

a) El que exige la cópula normal (coito) y por lo tanto descarta los actos libidinosos y los contra-natura. Este es el punto de vista de Carrara, quien al referirse a los últimos actos, los estima como simple injuria al marido.

b) El que exige simplemente la *seminario intra vas*, es decir, la introducción del órgano genital masculino en un conducto femenino. Garraud sigue este criterio y lo mismo Lucchini, pero a condición que la *seminatio intra vas* sea por el conducto normal. Manzini objeta esta postura pues en su concepto, se dejarían de considerar aquellos casos en los que se observarían precauciones anticoncepcionales y los ejecutados con estériles.

c) Por último, aquel que estima no ser precisa la *seminatio intra vas*, sino simplemente la unión de los órganos genitales. A este criterio se adhieren entre otros Manzini, cuando propone se rechace la vieja, absurda e incontrolable exigencia de la *seminatio intra vas*, Ferrer, citado por Carmona, al expresar que la conducta en el delito de adulterio "viene determinada por el contacto de órganos genitales con la intención de consumir el acto carnal, siendo imposible independizar

los actos realmente ejecutados, del elemento intencional que los preside"; y Moreno al sostener que no es necesario que el acto alcance su perfección fisiológica.

La doctrina italiana, contrariando la tradicional, se orienta en el sentido de admitir cualquier clase de relaciones de tipo sexual.<sup>336</sup>

Por su parte el maestro Mariano Jiménez Huerta, reafirma estos criterios, al exponer que "los escritores antiguos y los prácticos, como recuerda Carrara a cuya dirección histórica y jurídica se une, creyeron necesario para la consumación del adulterio que hubiere habido la '*seminatio intra vas*' mediante la cópula normal, a fin de evitar la '*turbatio sanguinis*', excluyéndose del delito los actos libidinosos contra natura, así como las cópulas incompletas, esto es en grado de frustración por cualquier causa que impidiera la mencionada '*seminatio intra vas*'. Empero, posteriormente se ha abierto paso, más o menos lentamente, otra dirección pletórica de racionalidad y a cuya vanguardia es dable citar a Maggiore, la cual considera que los actos libidinosos contra natura, en los que concurrieron las misma modalidades de lugar o de ambiente exigidas en el adulterio estrictamente concebido, deben valorarse también como constitutivos del delito de adulterio, dado que excluirlos carece de razón o fundamento desde cualquier punto de mira."<sup>337</sup>

González Blanco plantea una solución de la siguiente manera: "La solución de este problema depende del criterio que se adopte sobre el interés jurídico objeto de la tutela. Si la protección recae sobre el concepto de la honestidad o la fe conyugal, resulta innegable que cualquier acto de tipo erótico será suficiente para configurar el

336 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 215 y 216.

337 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano...*, T. V, págs. 28 y 29.

adulterio, pues como dice Hafter citado por Jiménez de Asúa, 'los actos graves contra natura no lesionan menos que la cópula normal, la pureza del matrimonio'; y según Eusebio Gómez, 'El acto se hace extensivo a todo contacto entre una mujer casada y un hombre que no sea su marido si ese contacto es libidinoso, porque eso constituye la práctica normal o anormal de un amor fisiológico'. En cambio, si la protección se proyecta en función de la seguridad de la descendencia, se exigirá la *seminatio intra vas*, porque no es posible biológicamente la procreación, sin la existencia de la materia fecundante. Ahora bien, si como ya hemos indicado, el adulterio, lesiona la integridad del matrimonio, y éste se afecta no sólo con la cópula normal (coito), sino también con cualquier otro acto de tipo libidinoso, pues como expresa Ferrer, éstos se realizan con intención de consumir el acto carnal, siendo imposible independizarlos del elemento intencional que los preside, consideramos que los criterios expuestos el aceptable es el tercero."<sup>338</sup>

Jiménez Huerta, afirman con gran acierto, que "no hay duda que el delito queda consumado por la cópula normal. Pero no es exacto, como Carrara creía, que de su consumación queden excluidos los actos libidinosos contra natura, así como las cópulas incompletas, esto es, en grado de frustración que por cualquier causa impida la *'seminatio intra vas'*. Pues también en estos casos se realiza la relación carnal, esto es, la conducta típica del adulterio y se lesionan bienes jurídicos familiares tutelados en dicho delito. Limitar la consumación del delito a que hace referencia el artículo 275 (sic) a la realización de la cópula normal es desconocer la realidad de otros actos materiales de igual signo y densidad antijurídica."<sup>339</sup>

338 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 217 y 218.

339 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano...* T. V, págs. 28 y 29.

"Dado que en la legislación mexicana se puenen exclusivamente ciertos casos cñnicos u ostentosos de adulterio en consideración a la afrenta que entrañan contra el burlado, nos parece que el acto carnal puede consistir en el concúbito natural o en el realizado contra natura entre hombre y mujer, por que consideramos que las ofensas contra el engañado y el orden familiar existen en los dos supuestos. Para la existencia del acto adulterino es suficiente dicho acceso carnal, con independencia de su perfección fisiológica y de su pleno agotamiento...Se excluyen cualesquiera otras obscenidades, por íntimas que sean, y los actos de homosexualismo, por que nunca han correspondido a los conceptos general, civil o penal del adulterio."<sup>340</sup>

En consideración a las afirmaciones de los maestros González de la Vega, González Blanco y Jiménez Huerta, se manifiestan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas, quienes citando a Maggiore, estiman que ante la falta de definición de los elementos materiales del adulterio "corresponde a la doctrina enseñar que aun los actos de lujuria distintos de la unión carnal, pueden constituir adulterio en algunos casos, con tal de que sean inequívocos y gravemente obscenos, es decir, que no sean equívocos, como el beso; o de poca importancia, como un tocamiento fugaz. Naturalmente, debe tratarse siempre de un acto material, pues un adulterio meramente moral o sea que no contamine el cuerpo, es inconcebible; sólo podría al juez como indicio de que se ha cometido adulterio material."<sup>341</sup>

En definitiva el acto sexual se consume por la copula normal, sin embargo, no debemos desconocer la existencia de los actos libidinosos contra natura, ni a las cópulas incompletas como conductas integradoras de la acción adulterina.

---

340 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, págs. 437 y 438.

341 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *Código Penal...*, pág. 532.

Por último, dentro de la consumación del acto típico adulterino encontramos un aspecto importante de comentar, que es de carácter o naturaleza procesal, consistente en la comprobación de la conjunción carnal.

Para resolver esta cuestión planteada, el maestro Jiménez Huerta, nos dice: "Imbricada en la sustantiva cuestión de la consumación del adulterio hállase otra de naturaleza procesal. Pues la conjunción carnal no siempre ha de quedar probada de modo tomista, mediante un ver y creer, sino es también comprobable, además de por confesión, cartas o retratos, a través de estas presunciones o indicios a que tan elocuentemente hacen mención los artículos 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y demás concordantes de las entidades federativas. No puede existir, por ejemplo, lógica duda de la existencia de la unión carnal en aquellas situaciones a que anteriormente aludimos, en que el cónyuge adúltero y su culpable coautor viven permanentemente juntos. Y entre nosotros Demetrio Sodí muchos años ha proclamado que '...el adulterio se puede comprobar por presunciones vehementes'."<sup>342</sup>

González de la Vega en este punto se expresa de la siguiente manera: "Dado que los actos adulterinos se cometen rondeándolos de íntimo secreto y de grandes precauciones, salvo los casos de sorpresa flagrante o de confesión de sus autores, la demostración procesal del fornicio es difícil, pudiendo, sin embargo, establecerse indirectamente mediante pruebas de indicios, testimonios, correspondencia amorosa, revelaciones a terceros, etc. En cuanto a los casos de sorpresa a los adúlteros, generalmente se estima que es bastante se les encuentre en situaciones reveladoras de la intimidad carnal, como cuando están en el mismo lecho, o en ropas menores en la

---

342 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano...*, T. V, págs. 29 y 30.

misma alcoba, o cuando se han introducido sin otra posible explicación a un cuarto de hotel o a lugares apropiados para los amorfos ilícitos, etc."<sup>343</sup>

Estos criterios se encuentran respaldados por los siguientes criterios:

"ADULTERIO, delito de. Legislación de Chiapas.

*Aun cuando el artículo 275 del Código Penal, con el sistema de otros, no lo define, la etimología indica que la violación consiste en la violación de la fe conyugal consumada corporalmente con los tres requisitos clásicos: 1º- unión sexual; 2º matrimonio de uno o ambos prevenidos, y 3º dolo o voluntad de parte de la persona casada. Si por la naturaleza del delito casi nunca se puede probar el acto mismo, la doctrina, la jurisprudencia y la ley admiten que bastan antecedentes, concomitantes y consecuentes como reunión en recinto, cerrado, sorpresa en ropas menores y actitudes de estar uno en brazos se otro para establecer la presunción incontrovertible de la ejecución del tipo delictual.*

*Directo 1505/1956. Julieta Moreno de Fonseca. Resuelto el 14 de noviembre de 1957, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Ruiz de Chávez. Srío. Lic. Manuel Sánchez Esponda.*

1ª SALA.- Informe 1967, Pág.711.<sup>344</sup>

**"ADULTERIO. PRUEBA.**

*Tratándose de delitos de esta índole, no es necesario que se sorprenda a los adúlteros "In Rebus Veneris" si la comprobación de las relaciones sexuales se adquiere por el conjunto de indicios que, por su estrecha relación, llevan a la certidumbre del hecho.*

*Amparo directo 4535/60, Francisco Romo Gálvez, 27 de septiembre de 1960, 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.*<sup>345</sup>

**"ADULTERIO, LEGISLACION DE JALISCO.**

*Si bien el Código Penal Vigente de Jalisco, dispone que el delito de adulterio sólo es punible cuando se ha consumado, es decir, considera que no admite en su comisión el grado de tentativa, también debe reconocerse que por la índole misma del delito, existe una gra dificultad práctica, en lo que se refiere a su comprobación, por lo cual, salvo los casos e incuestionablemente lo son, el dicho de testigos idóneos que declaran haber visto entrar a la acusada, a una casa de violación de la fe conyugal, por otra parte, es incuestionable que el adulterio causa escándalo, si los*

---

344 *Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1955-1963, sustentadas por la Sala Penal, 1ª. SALA, Mayo Ediciones, Segunda Edición, pág. 36.*

345 *Primera Sala, Tomo XXXIX, Sexta Epoca, pág. 15.*



*publica ostentación de sus relaciones ilícitas, es decir, que había falta de reserva para ocultar la afrenta del cónyuge ofendido, haciéndola del conocimiento general.*

*Ramírez de Montero Rebeca, pág. 7127.*

*Tomo LXXIII, 24 de septiembre de 1942, 4 votos.*<sup>346</sup>

**"ADULTERIO, COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE. LEGISLACION DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI.**

*El Código Penal vigente en el Estado de San Luis Potosí, no define el delito de adulterio, pero si puntualiza los elementos que lo constituyen y mediante la comprobación de los cuales se reputa cometido, pero no por la omisión de la ley deben quedar impunes los actos que se reputan como adulterio, según los elementos del mismo, porque admitir lo contrario, equivaldría a dejar impunes actos que pugnan con lo moral, con las buenas costumbres y con el orden social en su base más estable, que es la familia. Ante esta omisión de la ley, procede recordar los antecedentes u orígenes de tal delito, para fijar los elementos que lo constituyen y deben definirlo. Escrihe, en su diccionario de legislación y jurisprudencia, lo define como el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no es su mujer legítima, o el que obtiene una casada con individuo que*

---

346 *Primera Sala, Tomo LXXIII, Quinta Epoca, pág. 7127.*

*no es su marido. Según el derecho canónico, el adulterio es el acceso al lecho conyugal de otro, y la ley de partidas lo define como yero que home faze a sabiendas, yaciendo con mujer casada o desposada con otro, como elemento del hecho en si del adulterio, deben subsistir las definiciones antiguas, sólo modificadas en cuanto a que las condiciones del hombre, pueden ser motivo de adulterio, y como todas esas definiciones requieren esencialmente la demostración de la existencia del acto carnal entre los actores, es preciso acreditar el mismo, por los medios que el derecho procesal establece.*

*Martínez Bruno y Coag, pág. 1158.*

*Tomo LXII, 24 de octubre de 1939, unanimidad de 4 votos.<sup>347</sup>*

Nuestra Suprema Corte de Justicia en definitiva ha aceptado a las pruebas presuntivas como un medio para la comprobación del adulterio. Dicho criterio se encuentra establecido en la jurisprudencia definida No. XII. del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, página 38, que dice:

#### "ADULTERIO, PRUEBA DEL

*Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva.*

---

<sup>347</sup> Primera Sala, Tomo LXII, Quinta Epoca, pág. 1158.

*Quinta Epoca:*

*Tomo XXXI, Pág. 251.- Hourani Margarita.*

*Tomo XXXV, Pág. 1252.- Rubio de Pereyra Ocejo Lidia.*

*Tomo XLII, Pág. 3117.- Mazón Victoriano y Coag.*

*Tomo LII, Pág. 606.- Vázquez Concepción.*

*Tomo LIII, Pág. 905.- Guerrero Prudencio."*

### **3.3.2. MODALIDADES TÍPICAS COMO ELEMENTO DEL DELITO DE ADULTERIO**

De conformidad con el artículo 273 de nuestro ordenamiento penal el acto adulterino debe cometerse: a) en el domicilio Conyugal; o b) con escándalo. Siendo estas circunstancias las que establecen la diferencia entre el adulterio civil y el adulterio penal.

En cuanto al adulterio cometido en el *domicilio conyugal* como primer elemento a analizar, debemos comentar que el Código Penal de 1831 fue omiso al no precisar este concepto, lo que ha originado algunas interpretaciones.

En cambio, el Código Penal de 1871 decía: *Por domicilio conyugal se entiende: la casa o casas que el marido tiene para su habitación. Se equipara al domicilio conyugal la casa en que sólo habita la mujer.* Por otra parte, el Código Penal de 1929, en su artículo 892, indicó: *Por domicilio conyugal se entiende la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada.* Al primero de esos Códigos puede objetársele haber desatendido el hecho de que en la casa convivieran los dos cónyuges; y al segundo, el

error de exigir el requisito de la habitualidad, como si el ultraje no pudiera inferirse también tratándose de la residencia que ocupa el matrimonio transitoriamente.

Ante la omisión antes apuntada, los doctrinarios coinciden en apuntar que por domicilio conyugal se debe entender, aquel que los cónyuges establezcan para su convivencia, sin importar su carácter de permanente o transitorio. Domicilio conyugal es, no sólo el hogar o residencias habituales del matrimonio, sino cualesquiera otras casas u hogares que accidental o transitoriamente ocupen para vivir los cónyuges.

Por lo que se refiere al adulterio cometido con *escándalo*, nuestro ordenamiento penal de 1931 también ha sido omiso en este sentido.

El Dr. González Blanco lo define como "la ejecución de los actos adulterinos en condiciones tales de publicidad, que causen ofensa no sólo a la sociedad, sino también al cónyuge ofendido por el ridículo a que se le expone ante los demás."<sup>348</sup>

Por su parte, Jiménez Huerta afirma: "Por cuanto atañe a la modalidad recogida en la frase '...o con escándalo', ésta consiste en aquel cúmulo de situaciones públicamente ultrajantes que pueden concurrir en las relaciones adulterinas y que de consumo se reputan culturalmente ofensivas para los sentimientos de la comunidad..."<sup>349</sup>.

González de la Vega apunta: "Canónicamente el escándalo es la conducta que, por el mal ejemplo que da, influye en la corrupción de las costumbres. Para la Academia es la acción o palabra que es causa de que uno obre o piense mal de otro y,

---

348 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, pág. 219.

349 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano...*, T. V, pág. 27.

en su acepción más precisa, consiste en el desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo. Así pues, en términos generales, diremos que el escándalo es la publicidad de un acto que ofende la moral media social, siendo su carácter privativo y específico dicha ofensiva notoriedad."<sup>350</sup>

El mismo González de la Vega, nos comenta que "la publicidad o carácter ostentoso de las relaciones adulterinas, no implica de manera necesaria que el acceso carnal se practique en presencia de público, pues este caso es de orden bien inusual y sólo acontece cuando por manía lúbrica o por interés de la paga los autores se prestan a exhibiciones obscenas. En términos generales consiste en que los adúlteros ostenten cínicamente sus amoríos o los den a entender claramente con su conducta de desenfreno. Así por ejemplo, el adulterio será escandaloso cuando sus autores se den públicamente el tratamiento de esposos, o cuando ante el conocimiento general viven amancebados, o se fuguen juntos con abandono de la familia legítima, o se exhiban notoriamente como amantes. En cambio, no existirá el tono escandaloso cuando tuvieren conocimiento de las relaciones algunas personas, como los criados, hosteleros, dependientes o amigos, con cuyo concurso, tolerancia o confianza se facilite o cometa la infidelidad. El escándalo ha de ser resultado directo de la conducta desvergonzada o despectiva de los amantes; no les podrá ser referida la publicidad que se deba a indiscreciones o revelaciones de tercera persona provocadoras del público conocimiento, ni menos la posterior publicidad que origine su proceso."<sup>351</sup>

Nuestros tribunales han emitido diversos criterios, algunos de los cuales a continuación transcribiremos:

---

<sup>350</sup> GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 440.

<sup>351</sup> *Ibidem.*

**"ADULTERIO, ESCANDALO COMO  
ELEMENTO DEL DELITO DE**

*Se configura el elemento escándalo como constitutivo del delito de adulterio, cuando éste se ve acompañado de grave publicidad, afrentosa para el cónyuge inocente.*

*Séxta Epoca, Segunda Parte:*

*Vol. XXXIX., Pág. 14.-A.D. 4535/60.-Francisco Romo Gálvez.-5 votos.*

*Vol. XLIV, Pág. 24.-A.D. 7522/60.-José Cisneros Hernández y Coags.-Unanimidad de 4 votos.*

*Vol. LI, Pág. 10.-A.D. 7877/60.-Ramón de la Mora.-Mayoría de 4 votos.*

*Vol. LXIII, Pág. 9.-A.D. 9378/61.-José Luis Macías Nuño.-5 votos.*

*Vol. CXI, Pág. 17.-A.D. 9741/65.-Antonio Hernández Hernández.-5 votos.<sup>352</sup>*

**"ADULTERIO, DELITO DE**

*Para tener por comprobado el escándalo, que para la existencia del delito de adulterio exige el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, es bastante que se justifique que la adúltera abandonó el*

---

<sup>352</sup> *Jurisprudencia Definida No. 11, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 37.*

*domicilio conyugal y se fue a vivir con su coacusado, haciendo vida marital con él, públicamente.*

*Quinta Epoca: Tomo XLVIII, Pág. 3712.-Mendoza García Elisa y Coag.*

**ADULTERIO, ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.**

*El elemento escándalo se produce cuando la acción o la palabra, ésta en su acepción lata, es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca, por la gravedad de los hechos cometidos, una reacción que afecta los sentimientos de las personas que resultan víctimas del delito, y, a la vez, la de reprobación de los mismos, como consecuencia de los comentarios y juicios que se emiten y transmiten en torno del acto o de las palabras dichas.*

*Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. CXII, Pág. 11.-A.D. 3979/61.- Juan Cadena Garcés y Coags..-5 votos.<sup>353</sup>*

**"ADULTERIO CON ESCANDALO.**

*Para considerar que el adulterio se ha cometido con escándalo, ante la ausencia de alguna norma jurídica que defina el significado de dicho vocablo, es*

---

353 *Tesis Relacionadas con la Jurisprudencia No. 11, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1975, Segunda Parte, Primera Sala, pág. 38.*

*preciso entender que éste consiste en la grave publicidad del estado adulteriano, que hacen los propios adúlteros, por la exhibición ostentosa de sus relaciones carnales, que conduzcan a una afrenta para él o a escarnecer al cónyuge inocente, y no puede estimarse demostrada esta forma de comisión del adulterio delictuoso, si no se acredita que la conducta de los responsables, por sí misma considerada, produce tales efectos.*

*Amparo directo 9378/61/2ª.-José Luis Macías Noño.- Resuelto el 10 de Septiembre de 1962, por unanimidad de cinco votos.-Ponente el Sr. Mtro. Alberto R. Vela. Secretario Lic. Salvador Ramos Sosa.*  
*1ª SALA.-Informe 1962, Pág 25, SEXTA EPOCA, Vol. LXIII, Segunda Parte, Págs. 9, 13.*

#### ADULTERIO.-DELITO DE.-ESCANDALO EN EL.-LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

*El escándalo, como elemento del delito, debe apreciarse por el sentenciador tomando en cuenta las circunstancias personales de los adúlteros en relación con el ofendido, las modalidades de su conducta externa y el ambiente social en que manifiesten sus relaciones adulterinas, a fin de valorar tales datos y determinar si implican una publicidad afrentosa para el cónyuge ofendido. Como en el caso, según las declaraciones de*



*los acusados, las relaciones sexuales no se realizaron en el pueblo de San Juan, Estado de México, donde el matrimonio tenía su domicilio, sino en esta Ciudad de México, cabe estimar que, por no haber tenido lugar en el medio social del ofendido, no pudieron redundar en una publicidad afrentosa para él.*

*Amparo Directo 7522/60. José Cisneros Hernández y Coag.-Resuelto el 9 de febrero de 1961, por unanimidad de 4 votos.-Ponente el Sr. Mtro. Manuel Rivera Silva.-Secretario: Lic. Víctor Manuel Franco.*

*1ª SALA.-Informe 1961, Pág. 21. SEXTA EPOCA, Vol. XLIV, Segunda Parte, Pág. 24, con el título: 'ADULTERIO, AUSENCIA DE ESCANDALO EN EL'.<sup>354</sup>*

Como se puede apreciar, la característica esencial del concepto escándalo consiste en la publicidad o carácter ostentoso de las relaciones adulterinas. A nuestro parecer, en el delito de adulterio, el escándalo es un elemento de índole normativa que, en los procesos, el juzgador debe valorar jurídicamente tomando en cuenta las circunstancias y antecedentes personales de los adúlteros en relación directa con el ofendido, las modalidades de su conducta externa y el ambiente social en que se manifiesten sus relaciones adulterinas, a efecto de valorar estos datos y determinar si son constitutivos de publicidad afrentosa, opinión compartida por los maestros González de la Vega, Jiménez Huerta, y nuestros más altos tribunales por el último

---

<sup>354</sup> *Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1955-1963, sustentadas por la Sala Penal, 1ª. Sala, Mayo Ediciones, Segunda Edición, págs. 35 y 36.*

criterio jurisprudencial transcrito líneas arriba, bajo el rubro Adulterio.- Delito de.- Escándalo en el.- Legislación del Distrito y Territorios Federales.

### 3.3.3. EL DOLO COMO ELEMENTO EN EL DELITO DE ADULTERIO

González de la Vega expone en este sentido: "Como todos los delitos que tienen por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos protagonistas, en la consciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge y, para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal, pero admite prueba en contrario."<sup>355</sup>

A reserva de tratar con mayor profundidad el tema del dolo al referirnos a la culpabilidad e inculpabilidad en el delito en estudio, basta considerar que la conducta adulterina debe ser dolosa para poder ser considerada como delito.

### 3.4. SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO

Al sujeto pasivo, lo hemos definido como el titular del bien jurídico protegido en el tipo, por ende, en el delito de adulterio lo será el cónyuge burlado. Tratándose del adulterio doble resultarán ofendidos los dos cónyuges inocentes.

---

355 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, págs. 441.

Anteriormente hemos definido al sujeto activo como "toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal"<sup>356</sup>, por lo que consideraremos como sujetos activos del delito a los protagonistas del acto carnal ilícito, sin olvidar la necesaria la calidad específica que debe tener al menos uno los sujetos activos, esto es, que por lo menos cualquiera de los autores materiales en el momento de acto, esté unido en matrimonio legítimo con persona distinta a su coautor.

### 3.5. EL BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO

Hemos definido anteriormente al bien jurídicamente tutelado como el interés individual o colectivo, de carácter eminentemente social, protegido por el tipo penal.

Al entrar al análisis del bien jurídicamente tutelado, debemos considerar que su estudio y entendimiento es de vital importancia dentro de la dogmática jurídico penal, ya que como bien afirma el maestro Jiménez Huerta afirma "el origen, existencia, estructura, límites, fines y alcance del tipo penal, sólo pueden hallarse en el bien jurídico que protege."<sup>357</sup>

Precisar el objeto jurídico de la tutela en el adulterio, es una cuestión de bastante importancia, debido a las diversas opiniones que existen el respecto.

Antes de establecer nuestra opinión respecto del bien jurídicamente tutelado, es importante hacer algunas consideraciones en relación con el tema.

---

356 ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, *op. cit.*, pág. 29.

357 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *La Tipicidad*, 1a. ed., Pomia, México, 1955, pág. 55.

El bien jurídicamente tutelado ha servido en ocasiones como base para discutir algunos otros elementos integrantes del delito de adulterio, por ejemplo, el Dr. González Blanco al estudiar la conducta típica del adulterio, y concretamente al acto sexual afirma: "La solución de este problema depende del criterio que se adopte sobre el interés jurídico objeto de la tutela. Si la protección recae sobre el concepto de la honestidad o la fe conyugal, resulta innegable que cualquier acto de tipo erótico será suficiente para configurar el adulterio, pues como dice Hafter citado por Jiménez de Asúa, 'los actos graves contra natura no lesionan menos que la cópula normal, la pureza del matrimonio'; y según Eusebio Gómez, 'El acto se hace extensivo a todo contacto entre una mujer casada y un hombre que no sea su marido si ese contacto es libidinoso, porque eso constituye la práctica normal o anormal de un amor fisiológico'. En cambio, si la protección se proyecta en función de la seguridad de la descendencia, se exigirá la *seminatio intra vas*, porque no es posible biológicamente la procreación, sin la existencia de la materia fecundante. Ahora bien, si como ya hemos indicado, el adulterio, lesiona la integridad del matrimonio, y éste se afecta no sólo con la cópula normal (coito), sino también con cualquier otro acto de tipo libidinoso, pues como expresa Ferrer, éstos se realizan con intención de consumir el acto carnal, siendo imposible independizarlos del elemento intencional que los preside, consideramos que los criterios expuestos el aceptable es el tercero."<sup>358</sup>

Así mismo, se ha considerado la importancia del bien jurídicamente tutelado, como fundamento para establecer la conveniencia de tutelar penalmente el adulterio o simplemente considerarlo como un ilícito civil.

González de la Vega, tomando como base la discusión existente sobre la penalización del adulterio, nos expone diversas consideraciones en relación con el

358 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs: 217 y 218.

bien jurídico objeto de la tutela penal, exponiendo lo siguiente: "Se ha alegado que el adulterio debe reprimirse penalmente porque quebranta la *fidelidad conyugal*, estimándose que ésta es el bien jurídico lesionado por la infracción. Carrara manifiesta: 'Que la fidelidad conyugal incontrovertiblemente constituye un deber jurídico, porque a él corresponde el derecho, en el otro cónyuge, a exigir su observancia. La violación de este derecho, reprobable enfrente de la ley moral y de la jurídica, es el adulterio, tanto cuando la infidelidad se comete por la mujer en perjuicio del derecho marital, como cuando se comete por el marido en ofensa de su consorte. De esta verdad jurídica extraen algunos la consecuencia de que debe elevarse a delito civil tanto el adulterio del marido como el de la mujer y que ambos son merecedores de igual represión penal, aun cuando generalmente los publicistas y los legisladores disienten de tal parecer considerando el adulterio de la mujer como un delito gravísimo y no admitiendo la punibilidad del marido'."<sup>359</sup>

El mismo González de la Vega, considera que no es precisamente la fidelidad conyugal el bien jurídicamente tutelado, estableciendo: "En nuestra opinión, es indudable que en materia civil se establece entre los cónyuges el mutuo deber a la fidelidad sexual, puesto que su incumplimiento, es decir cualquier acto carnal adulterino, es siempre productor de las acciones y sanciones privadas de divorcio y demás a que ya nos hemos referido. No obstante, afirmamos, dicha fidelidad, al menos en la legislación penal mexicana vigente, no es el interés jurídico que trata de protegerse mediante la conminación de las penas a los adúlteros, pues si así fuera, toda infidelidad carnal de los cónyuges, aun la realizada sin escándalo o fuera del domicilio conyugal, sería delictuosa."<sup>360</sup>

---

359 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 433.

360 *Ibidem*, pág. 434.

Para otros autores, la lesión se infiere al honor de la víctima o cónyuge burlado. Para Jiménez de Asúa citado por el Dr. González Blanco, le resulta absurdo e injusto suponer que el ofendido pueda sufrir menoscabo en su honra, por la conducta observada por el cónyuge infiel.<sup>361</sup> En el mismo sentido se expresa Jiménez Huerta, al establecer que "no parece admisible que el adulterio pueda considerarse como un delito contra el honor del cónyuge ofendido, a pesar de que las objetivas circunstancias vergonzosas que concurren en su realización pudieran hacer pensar a algunos de nuestros penalistas que nos halláramos ante un delito de dicha naturaleza."<sup>362</sup>

González de la Vega afirma: "Nos parece indudable que, por lo menos los adulterios cometidos en forma de grave ultraje contra el ofendido, alteran o comprometen la paz y tranquilidad de la familia matrimonial. Por eso nos parece plausible la cautelosa actitud del legislador mexicano que limitadamente contempla como delito la injuriosa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio invadiendo la residencia matrimonial o con la grave publicidad que entraña el escándalo. Más que un delito sexual, propiamente dicho, el adulterio es delito de injuria en su lato sentido, siendo el vehículo del menosprecio la despectiva actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge burlado...En resumen, estimamos que el objeto de la tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente (escándalo o violación del domicilio conyugal). Es, pues, primordialmente el adulterio delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial."<sup>363</sup>

---

361 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, pág. 206.

362 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, T. V, pág. 21.

363 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 435.

Mariano Jiménez Huerta, en su oportunidad criticó parte de la anterior afirmación, al considerar que "no obstante los colores atrayentes y sugestivos que a *prima facie* pudieren percibirse en las opiniones anteriores, estimamos que no sincronizan con la realidad presente. Pues, en primer término, no es correcto, en tan precisa materia típica, decir que '*el adulterio es un delito de injuria en su lato sentido*', pues sabido es que en la actualidad no hay ningún delito que pueda ser considerado de tan amplia manera sino en sus estrictos lineamientos típicos descritos en la Ley penal; y, en segundo término, dado que el artículo 348 del Código punitivo entra en consideración de manera destacada en la integración típica del delito de injurias un elemento subjetivo de antijuricidad-'...para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa'- no creemos que ni aun el adulterio '*...cometido en el domicilio conyugal o con escándalo*' concurra el *animus injuriandi* , pues los adúlteros al dar inoportuno e insólito cauce a sus ilícitas pasiones, no lo hacen '*...para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa*' sino con *animi lasciviosus o fomicandi*, sin perjuicio de que en su actuar pongan bien de relieve, como Ceniceros dice, su mutua desvergüenza. Bien puede afirmarse que el marido que cometa adulterio en el domicilio conyugal con su secretaria, ayudante, enfermera, mecanógrafa o camarera cuando la esposa está ausente o la mujer que lo realiza, hallándose de viaje el marido...no solamente lo afectan con ánimo *injuriandi* sino con las precauciones necesarias para que no se entere su cónyuge, esto es, sin ánimo de injuriarle. La desvergüenza y cínico actuar que objetivamente concurren en los casos citados no integra un delito de injuria, pues los actos deshonestos e impúdicos no se realizan '*...para manifestar desprecio a otro (el cónyuge) o con el fin de hacerle una ofensa*'. Igualmente, es dable afirmar en el adulterio realizado con escándalo. En tales situaciones el adulterio se pune por que la desvergüenza y cinismo de que los

adúlteros hacen gala, objetivamente ultrajan los ideales valorativos de la colectividad, con típica independencia de los elementos configurativos del delito de injurias."<sup>364</sup>

Ante las consideraciones hechas por el maestro Jiménez Huerta, sólo cabe agregar que a partir de la reforma de 1985 a nuestro Código Penal, ha desaparecido el delito de injurias, con lo que sin lugar a discusión, no es dable considerar al adulterio como un delito injurioso.

Para el propio Jiménez Huerta "el delito de adulterio tiene por objeto tutelar la familia en cuanto grupúsculo social específico integrador de la sociedad o colectividad. Empero, como los intereses jurídicos que a la familia tienen por titular son diversos, dado que dichos intereses presentan aspectos distintos a causa de la complejidad de la institución familiar legalmente constituida, precisa es concretizar específicamente la faceta o ángulo del grupo familiar que se tutela en dicho delito. Es intuitivo que no hay delito de adulterio sin la previa existencia de un vínculo matrimonial de naturaleza civil entre los cónyuges, que es la base de cada grupo familiar legalmente constituido. Da ahí que en las legislaciones en que el adulterio conforma un tipo delictivo, se pretende, en primer término, tutelar el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges; y en segundo lugar, los intereses o bienes jurídicos que para cada uno de ellos nacen en virtud del matrimonio y que perduran mientras éste no se extinga por muerte o divorcio...Lo que interesa subrayar aquí es que no es dudoso para nadie que el adulterio en nuestro Ordenamiento vigente es un hecho antijurídico, pues quebranta los derechos subjetivos que los cónyuges adquieren en virtud del contrato matrimonial, hace imposible la comunión espiritual que debe existir entre ellos, y origina la extensión o deterioro de los vínculos conyugales, base de la familia y cimiento de la colectividad...La objetividad jurídica en este delito, es

364 JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano...* T. V, págs. 21 y 22.



por tanto, el deber jurídico de fidelidad que para cada uno de los cónyuges surge del contrato matrimonial..."<sup>365</sup>

Como podemos observar para el ilustre jurista Jiménez Huerta, el bien jurídicamente lesionado es la fidelidad conyugal que nace del matrimonio, con lo que se afecta el vínculo matrimonial y por ende la familia.

El Doctor Alberto González Blanco critica las consideraciones de algunos de los autores antes citados, para posteriormente exponer su punto de vista: "Soler opina que existe imposibilidad de precisar ese objeto en el adulterio, por su vinculación con intereses y principios complejos, como son los del matrimonio, la garantía de pureza de los hijos, la integridad de la familia, la honestidad y aun el de exclusividad en las relaciones sexuales. Disentimos de esa opinión, y en lugar oportuno daremos la razón para ello.

Para algunos autores, el adulterio lesiona la honestidad, tanto del ofendido como da la sociedad. si eso fuera cierto, dice Langle Rubio, no se justificaría su estimativa como delito de acción privada por la generalidad de las legislaciones; ni tampoco para Soler, la diferencia establecida por algunos Códigos como el argentino, entre el adulterio de la mujer y el del marido.

Para otros autores, la lesión se infiere al honor de la víctima. A esto Jiménez de Asúa objeta que resulta absurdo e injusto suponer que el ofendido pueda sufrir menoscabo en su honra, por la conducta observada por el cónyuge infiel. Carrara, hace consistir la lesión, al deber de fidelidad conyugal impuesta por las normas

---

365 *Ibidem*, págs. 21, 22 y 23.

reguladoras del matrimonio, y esto hace al hecho en su concepto reprochable, no sólo frente a la ley moral, sino también frente la ley jurídica.

Manzini, discrepa de la opinión de Carrara, pues para él, la lesión no puede recaer en el deber de fidelidad, al extenderse la represión también al copartícipe, sino más bien, en la extrema injuria causada al cónyuge inocente por la afrentosa invasión de la residencia común, o por la grave publicidad ocasionada por su realización escandalosa.

Para Pacheco, resulta necio y mal sonante suponer que el adulterio, no pueda ser considerado por la ley como delito, y sin precisar el objeto de la tutela, lo estima como el más grave de los de esta esfera, por el desorden material causado a la sociedad.

Manfredini, deriva la lesión al orden ético jurídico matrimonial y familiar integrado por el ejercicio de la función sexual, la de los hijos, y la de la familia.

Chaveau y Helie, lo contempla en el quebrantamiento al orden de la familia y al daño inferido a la sociedad.

A González de la Vega, le parece plausible la cautelosa actitud del legislador mexicano, al contemplar limitativamente como delito, la injuriosa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio, invadiendo la residencia matrimonial, o con la grave publicidad motivada por el escándalo, y después de indicar 'más que un delito sexual, propiamente dicho, el adulterio es delito de injuria en su lato sentido, siendo el vehículo del menosprecio la despectiva actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge burlado', concluye que el objeto de la tutela penal 'radica en el interés de

asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adúlteros realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente.<sup>366</sup>

Para nosotros, el objeto de la tutela penal en el adulterio radica en el interés de asegurar la integridad del matrimonio. Es por eso que estimamos no tiene razón Soler, al sostener que el adulterio no puede alcanzar la determinación de un bien específicamente protegido, pues debe tenerse en cuenta que todos los intereses por él señalados, tienen relevancia en función de la integridad del matrimonio.<sup>366</sup>

Consideremos que todos los intereses, como son los del matrimonio, la honestidad o fidelidad y aun el de exclusividad en las relaciones sexuales, tienen relevancia en función de la integridad de la familia, el matrimonio y el orden familiar, por lo que en definitiva debemos decir que el objeto de la tutela penal radica en el interés de asegurar la familia y el orden matrimonial o familiar contra los daños y peligros causados por los actos adúlteros realizados en las condiciones establecidas en nuestro ordenamiento penal.

### 3.6. AUSENCIA DE CONDUCTA

Recordemos que la ausencia de conducta, constituye uno de los aspectos negativos del delito, y cuyo resultado es la imposibilidad de integración del delito. La ausencia de conducta, se presenta cuando en el sujeto no existe el ánimo de delinquir, y aunque exteriormente la conducta se adapte al tipo, éste no se configurará por la falta de elemento volitivo.

---

<sup>366</sup> GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 205 a 209.

Se ha considerado que la fuerza física irresistible o Vis Absoluta, la fuerza mayor o Vis Mayor, los movimientos reflejos y los estados de inconciencia (el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo), constituyen el aspecto negativo de la conducta. Recordemos que nuestro ordenamiento penal contempla de manera genérica a la fuerza física irresistible (art. 15 fracc. I), la fuerza mayor, los movimientos reflejos y, los estados de inconciencia, deben ser consideradas como excluyentes supraleales.

Como apuntaremos más adelante al tocar el tema de la culpabilidad, y como ya se ha dicho con anterioridad, el delito de adulterio requiere del dolo específico, por lo que, si el acto sexual adulterino no se realiza bajo ese supuesto, sino por el contrario, media el empleo de la violencia en cualquiera de sus aspectos, nos encontramos frente al caso de la excluyente prevista por el artículo 15 fracción I de nuestro ordenamiento penal, o dentro de la previsión consignada en los artículos 265 y 266 del mismo ordenamiento. En este sentido el maestro González de la Vega afirma: "Por ausencia de *conducta criminal voluntaria*, no será responsable el que sufre *violación adulterina*, por ejemplo, cuando se vence o anula su resistencia al acto por una fuerza física exterior -violencia física-, o por miedo o temor para evitar otros daños -violencia moral- (art. 15, fracs. I y IV, y art. 265), o cuando se aprovecha para el concubito su estado de indefensión (art. 266). Como la exclusión de responsabilidad únicamente favorece al que no ha actuado voluntariamente, el violentador adulterino será responsable en forma de *concurso formal* tanto de la violación como, en su caso, del adulterio, en los términos del artículo 58, *porque con un solo hecho ejecutado en un solo acto -la cópula- ha violado varias disposiciones legales; deberán aplicársele las penas de la violación, por ser éste el delito mayor, las que podrán aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración.*"<sup>367</sup>

---

367 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 441.

Por otra parte, en el supuesto de las excluyentes suralegales -movimientos reflejos y estados de inconciencia-, como fenómenos psíquicos que obligan al sujeto a realizar actividades o inactividades sin su voluntad por hallarse en un estado en que su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias, podemos encontrar la posibilidad para la comisión del delito con ausencia de voluntad.

### 3.7. TIPO, TIPICIDAD Y AUSENCIA DE TIPICIDAD

Al comentar el tema de la tipicidad y su ausencia, se estableció la necesidad de diferenciarla con el tipo, entendiéndose por éste, la descripción legal que el Estado hace de un comportamiento considerado como ilícito. Por su parte, la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Dentro de la corriente abolicionista del delito de adulterio, algunos doctrinarios afirman que el Código Penal del Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal no hay tipo, en virtud de que dicho ordenamiento no define el adulterio, limitando su artículo 273 a establecer las dos condiciones objetivas para su punibilidad, o sea su realización en el domicilio conyugal, o fuera de él, con escándalo.

La falta de esa definición, ha servido de fundamento a José Almaraz, para sostener que su penalidad implica una violación al principio *Nullum crimen sine lege*, consignado en nuestro artículo 14 constitucional, por ausencia de tipo.

"Por otra parte, aceptar o negar que el adulterio figure como delito, depende en todo caso, del alcance que se le dé al principio *Nullum crimen sine lege*. Es cierto que de acuerdo con la teoría de la tipicidad, la adecuación de la conducta al tipo,

solamente puede establecerse si este último contiene una descripción minuciosa de aquélla, pero también lo es que desde un punto de vista histórico, el dogma de la legalidad, tiene vida jurídica sin necesidad de afirmar que la descripción legal de la conducta deba ser exhaustiva. Basta a nuestro juicio, la previsión por la ley de un hecho de realidad jurídica, aun que no se haya descrito minuciosamente en ella, para que su sanción no viole el referido principio.<sup>368</sup>

Magistralmente el maestro Castellanos Tena, a quien nos adherimos sin reserva, ha expresado su pensamiento al expresar: "En cuanto al delito de Adulterio, con frecuencia se argumenta, tratándose de la legislación del Distrito y de los a ella semejantes, que jamás puede configurarse el delito por ausencia del tipo. El tipo consiste en la descripción que de un comportamiento delictuoso hace el legislador; si no existe tipo, consiguientemente no habrá tipicidad, (amoldamiento de la conducta a la fórmula legal). Se dice que en el adulterio falta la descripción que debe ser hecha por el legislador, porque el precepto relativo (artículo 273 del Código de 1931), no indica lo que es el adulterio; esta aseveración carece de validez y deriva únicamente de una confusión de los conceptos, motivada por el incorrecto nombre que al delito en cuestión le señala el ordenamiento jurídico. Como bien es sabido, no todo adulterio es delictuoso, sino únicamente aquél que se realiza en el domicilio conyugal o con escándalo, por lo que en realidad el delito deberá tener técnicamente otra denominación, precisamente con *un adulterio verificado en el domicilio conyugal o con escándalo*. El legislador del Distrito y también el de algunas entidades Federativas, designa al todo con el nombre de una de sus partes, al llamar delito de adulterio a una figura específica que, según se ha expresado, contiene, entre los elementos del tipo respectivo, un adulterio. Carece de eficacia el razonamiento que generalmente se invoca, en el sentido de que hay ausencia de tipo por que la ley no define lo que es

368 GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, pág. 211.

adulterio. Admitido que éste es sólo uno de los ingredientes del tipo y que, impropriamente, siendo una parte ha sido tomado para designar el todo, conviene destacar que no importa la falta de definición de dicho elemento, por que exigirla equivaldría a censurar al legislador por no haber definido, por ejemplo la cópula, en el estupro; la vida en el homicidio; el concepto del bien ajeno en el robo; etc.

En concreto, consideramos que aún cuando el nombre que se ha dado a la figura contenida en el artículo 273 del Código de 1931, es impropio, el tipo está perfectamente configurado, como repetidamente se ha expresado, con un Adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo y, por ende, cualquier conducta adulterina que reúna los demás exigencias será, a no dudarlo, un comportamiento típico.<sup>369</sup>

En definitiva el tipo en el delito de adulterio se presenta precisamente en la realización de un acto adulterino en el domicilio conyugal o con escándalo.

El criterio del maestro Castellanos Tena ha sido respaldado por nuestros más altos tribunales:

**"ADULTERIO.**

*El tipo de delito correspondiente, se integra precisamente con un adulterio que tenga verificativo en el domicilio conyugal o con escándalo estos son los elementos integrantes del tipo. Lo que ocurre es que probablemente no sea muy certero el nombre que se le ha dado a la*

---

369 CASTELLANOS TENA, Fernando, *Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio*, *Criminalia*, México, año XXVI, No. 11, noviembre de 1960, págs. 872, 873 y 874.

*figura delictiva, ya que se toma, para la denominación, de uno de los elementos, lo que equivale a confundir el todo con una de sus parte. Tal vez hubiera sido más técnico que el legislador hubiera dado otro nombre a la figura penal, pero esta circunstancia es irrelevante y carece de toda importancia, lo cierto es que se realiza el delito precisamente por la verificación de un acto adulterino en las condiciones exigidas por el dispositivo correspondiente. Mucho se ha explorado la cuestión de que no existe el tipo por que la ley no define lo que es el adulterio. Ya se ha indicado que el adulterio no es sino un elemento constitutivo de la infracción, elemento que efectivamente la ley no define, como tampoco proporciona la definición de la (sic) que el "vida", en el homicidio, ni de "cópula", en el estupro, etc.; pero en estas últimas infracciones, como en la mayoría de las que figuran en la legislación, al todo se le designa con una palabra diversa a la de una de sus partes (cosa que no ocurre con el llamado delito de adulterio), mas como se ha indicado, el hecho relativo a la denominación carece de eficacia alguna para destruir el tipo correspondiente, que se integra con la descripción de los elementos hecha por el ordenamiento jurídico.*

*Amparo directo: 3948/59.- Alicia Baltiérrez  
Lugo.- Resuelto el 1º de octubre de 1959, por*



*unanimidad de cinco votos.- Ponente el Sr. Mtro. Rodolfo Chávez S.- Srío. Lic. Fernando Castellanos.*<sup>370</sup>

**INTEGRACION DEL TIPO DEL DELITO DE ADULTERIO.** (Legislación del Estado de Baja California).- *El hecho de que el legislador designe el delito de adulterio con el nombre de uno de sus elementos, no significa que no exista el tipo; éste se integra, precisamente, a) con un adulterio y, b), que ese adulterio se verifique en el domicilio conyugal, o con escándalo, ya que no todo adulterio es delictuoso, sino únicamente el realizado en tales condiciones, siendo irrelevante que no se defina la palabra "adulterio", uno de los elementos de dicho tipo, pues es frecuente que la ley, al describir las figuras utilice vocablos que requieren de una valoración por parte de los encargados de aplicar el Derecho. En consecuencia la sentencia que condena a persona casada que sostuvo relaciones sexuales con un extraño, dentro del domicilio conyugal, no es violatoria de garantías.*

*Amparo directo: 3948/59.- Alicia Baltiérrez Lugo.- Resuelto el 1º de octubre de 1959, por unanimidad de cinco votos.- Ponente el Sr. Mtro. Rodolfo Chávez S.- Srío. Lic. Fernando Castellanos.*

*1ª SALA.- Informe 1959, Pág. 45, SEXTA EPOCA, Vol. XXVIII, Segunda Parte, Pág. 10, con título: "ADULTERIO".<sup>371</sup>*

Por cuanto se refiere a la ausencia de tipicidad o atipicidad, hemos apuntado con anterioridad, que la misma consiste en la falta de adecuación de la conducta al tipo establecido por el legislador. En el delito de adulterio podemos considerar como causas de atipicidad, los supuestos o hipótesis en que el sujeto querellante no tenga la calidad de cónyuge; que el vínculo que une al sujeto pasivo y al sujeto activo, no sea un matrimonio legal; que el acto adulterino no se haya consumado; cuando el acto adulterino se cometa fuera del domicilio conyugal, o bien, no exista el escándalo requerido por el tipo.

### **3.8. LA ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA**

La antijuricidad, se presenta como el tercer elemento integrante del delito. Comúnmente, se acepta que lo antijurídico es lo contrario a derecho; sin embargo, apuntamos anteriormente, que no debemos concretarnos simplemente a considerarlo como lo contrario a la ley, lo contrario al derecho o lo contrario a la norma, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas e impuestas por el Estado para la regulación de la vida en sociedad, radicando en la violación del valor o bien jurídicamente protegido a que se refiere el tipo penal respectivo.

---

371 *Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1955-1963, sustentadas por la Sala Penal, 1ª. Sala, Mayo Ediciones, Segunda Edición, pág. 548.*

El delito de adulterio será un hecho antijurídico, cuando siendo contrario a los intereses protegidos por la Ley Penal, no se encuadre dentro de alguna de las hipótesis de las causas de justificación.

El adulterio es un delito de daño toda vez que lesiona el bien jurídico objeto de la tutela, y por lo tanto su antijuricidad resulta manifiesta.

En cuanto a la causas de justificación, como el aspecto negativo de la antijuricidad, en el delito en estudio no se presenta ninguna de ellas.

### **3.9. IMPUTABILIDAD Y CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD**

Hemos apuntado con anterioridad, que la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal, por lo que cualquier sujeto puede ser imputable, salvo que exista alguna causa de inimputabilidad que pudiere excluir su responsabilidad.

Como causas de inimputabilidad, se establecieron con anterioridad, a los estados de inconsciencia permanentes y transitorios, el miedo grave, la sordomudez y la minoría de edad.

El doctor Alberto González Blanco al estudiar la inimputabilidad en el delito de adulterio afirma: "El adulterio dice Manzini, 'es siempre un hecho ilícito, antijurídico y, como tal, previsto en la ley penal como delito, y no puede decirse nunca, cualquiera que sean las condiciones en que se comete, que constituye un hecho lícito en relación con la misma ley penal y el orden jurídico general. Por consiguiente, no pueden reconocerse circunstancias que excluyan el carácter objetivo del adulterio,

el cual pierde su naturaleza delictiva exclusivamente por aquellas causas que excluyen el dolo'. 'Cuando el hecho se haya cometido con aquella voluntariedad y conocimiento, que es necesario y suficiente para constituir el dolo (imputabilidad), podrán presentarse las circunstancias que por motivo de conveniencia o de oportunidad admitan las leyes para eximir de responsabilidad (penal), pero no de imputabilidad, la cual queda inalterable, a pesar de la concurrencia de dichas circunstancias'

Examinando esas circunstancias, de acuerdo con nuestro Código Penal, encontramos que se reconocen como causas de inimputabilidad, los estados mentales anormales, por que implican ausencia de voluntad (dolo)...y la edad de soltero menor de 18 años...".<sup>372</sup>

El artículo 15 en su fracción II, reconoce los estados de inconsciencia, al establecer:

*"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de la responsabilidad:*

*II.- Padecer el inculgado, al cometer la infracción, trastornos mentales o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya*

---

<sup>372</sup> GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 222 y 223.

*provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.*"<sup>373</sup>

En definitiva, debemos considerar como causas de inimputabilidad en delito de adulterio, a los estados anormales, que implican ausencia de voluntad, regulados en el numeral antes transcrito. Ahora bien, recordemos que la sordomudez como causa de inimputabilidad, queda comprendida dentro de la citada fracción II del artículo 15 del Código Penal, por lo que también es posible que se le considere como una causa de inimputabilidad en el delito de adulterio.

Por lo que se refiere a la minoría de edad, es posible que se presente como una causa de inimputabilidad.

En cuanto al miedo grave, contemplado en la fracción VI del multicitado artículo 15, consideramos imposible su aparición como causa de inimputabilidad en el delito de adulterio.

### **3.10. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD**

El delito de adulterio, de acuerdo a su naturaleza, sólo puede presentarse de manera dolosa, pues requiere el actuar consciente y voluntario, dirigido a la obtención de resultado típico y antijurídico.

---

<sup>373</sup> *Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.*

Para los efectos de la culpabilidad, el delito de adulterio requiere el dolo específico, es decir, la conciencia y la voluntad de ambos sujetos, de realizar el acceso carnal ilícito, a pesar de la existencia conocida del vínculo matrimonial.

González de la Vega expone en este sentido: "Como todos los delitos que tienen por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos protagonistas, en la consciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge y, para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal, pero admite prueba en contrario.

Es verdad que el adulterio consiste en una actividad sexual realizada en común por los dos protagonistas que se ayuntan y, por tanto, supone generalmente que ambos son culpables del acto; pero en casos concretos, puede acontecer que el casado o el extraño, a pesar de ser autores materiales del fornicio, no sean responsables, sea por ausencia de conducta criminal o bien por una causa de inculpabilidad."<sup>374</sup>

El mismo González de la Vega nos dice: "Tampoco responderá del delito de adulterio, aquel que obre bajo una causa de *inculpabilidad* de su conducta, como en el caso en que el copartícipe del adulterio ignore en vínculo matrimonial de su amante, o en los casos en que el casado autor del acceso carnal adulterino lo haya realizado por error de hecho, por ejemplo, cuando sin conocer a su cónyuge haya celebrado

374 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 441.

matrimonio mediante poder y sostenga relación carnal con un extraño suplantador, o cuando hubiere cometido el acto creyéndose viudo por haber recibido noticias falsas, pero en apariencia dignas de fe, que le hicieron tener por verdadera la muerte de su cónyuge; en cuanto a la hipótesis más bien imaginaria de que se aprovechen las sombras de la noche para introducirse en el lecho de mujer casa y cohabitar haciéndose pasar por su marido... Todos estos casos quedan amparados por la excluyente de responsabilidad consistente en *ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar* (art. 15, frac. VI). La circunstancia de que el ofendido esté unido en matrimonio con uno de los protagonistas del acto carnal, es condición imprescindible del delito; en consecuencia, la *ignorancia inculpable* y el *error de hecho* acerca de dicha circunstancia, eliminan la culpabilidad del adulterio en aquel de sus protagonistas que obren en dichos estados."<sup>375</sup>

Por su parte el doctor González Blanco, tomando como punto de partida la conciencia y voluntad que debe existir al cometer el acto adulterino, afirma: "Si el acto sexual adulterino no se realiza bajo ese supuesto, sino por el contrario, media el empleo de la violencia en cualquiera de sus dos formas, nos encontramos frente al caso de la excluyente prevista por el artículo 15 fracción I de nuestro Código Penal, o dentro de la previsión consignada en los artículos 265 y 266 del mismo Ordenamiento.

El aspecto negativo de la culpabilidad, se puede presentar por *error esencial de hecho*, a que alude el mismo artículo 15 fracción VI, como sería el caso del copartícipe que ignora la existencia del vínculo matrimonial, lo cual implica que no subsista la responsabilidad para quien no pueda ignorar esa circunstancia."<sup>376</sup>

---

<sup>375</sup> *Ibidem*, pág. 442.

<sup>376</sup> GONZÁLEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 221 y 222.

No debemos dejar de tener en cuenta que nuestro ordenamiento penal a sufrido algunas reformas con posterioridad a la formulación de las opiniones realizadas por el maestro González de la Vega y el doctor González Blanco; sin embargo, tan brillantes criterios no han perdido vigencia, ya que en definitiva, como causa de inculpabilidad debemos considerar al error esencial de hecho contenido en el multicitado artículo 15 fracción XI de nuestro Código Penal, que a la letra dice:

*"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:*

*XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta."*<sup>377</sup>

Por lo que, la circunstancia de que alguno de LOS partícipes del acto adulterino ignore la existencia del vínculo matrimonial, lo coloca fuera de toda responsabilidad, lo cual no implica que no subsista dicha responsabilidad para quien no pueda ignorar esa circunstancia.

En cuanto a la no exigibilidad de otra conducta, y sus diversas formas de aparición (temor fundado, estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad y el encubrimiento de parientes y allegados), como causa de inculpabilidad, nos parece imposible su aparición tratándose del delito de adulterio.

---

377 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.



### 3.11. PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

Si se presenta la conducta tipificada, y los demás elementos del delito y no median casos de inimputabilidad o de exclusión de responsabilidad, el adulterio sin lugar a dudas será punible. En el aspecto negativo no cabe excusa absolutoria.

### 3.12. VIDA DEL DELITO (ITER CRIMINIS)

#### 3.12.1. TENTATIVA

Teóricamente no existe razón alguna para negar la posibilidad de la tentativa en el adulterio. Sin embargo, el artículo 275 de nuestro Código Penal impide toda discusión al respecto, pues expresamente dispone que sólo se sancionará el adulterio consumado. "Esta regla, derogatoria de la tentativa del delito (art. 12), obedece a que los actos preparatorios o los antecedentes de la fornicación adulterina son generalmente equívocos y su persecución se prestaría a errores e injusticias."<sup>378</sup>

#### 3.12.2. PARTICIPACION

La posibilidad de admitir la participación en el delito de adulterio es cuestión también discutida. No debe confundirse, sin embargo, tal problema, con el de la participación comunmente necesaria, que implica el propio delito.

El Doctor González Blanco, al tocar el tema de la participación expresa: "La mayoría de los autores entre ellos Manzini, Maggiore, Groizard y Pacheo, citados por

378 GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *op. cit.*, pág. 438.

Carmona, sostienen la procedencia de la complicidad y el encubrimiento en el adulterio. Groizard expresa: 'porque el adulterio no es solamente un delito donde es posible que a su perpetración concurren cómplices y encubridores, sino porque es frecuente que sus autores se los procuren, porque de ellos tienen más necesidad que en otros. El tipo de la criada que hace de centinela desde el balcón, para avisar la llegada del marido, a fin de que no sorprenda lo que en su alcoba pasa; el del que presta su habitación para que sigilosamente, el adulterio tenga lugar y otros que pudieran tomarse del natural, nos ahorran el trabajo de insistir sobre este punto'.

En cambio Garraud, se inclina por la negativa de la complicidad, pues al respecto nos dice: 'la regulación del adulterio tiene un carácter especial que resulta de la naturaleza misma del delito y que está por esto mismo sustraída a la aplicación de los principios generales. Penando por una disposición especial y excepcional al cómplice o coautor, el legislador ha indicado de manera suficiente que no rigen en este punto las reglas generales relativas a la participación de varias personas en el mismo delito, de donde se deduce que el legislador, con gran razón, deja impunes a las restantes personas que puedan haber ayudado a la comisión del delito de adulterio. Ya provocándolo por donativos, promesas, etc., ya procurando a los culpables los medios de cometerlos'. Alvarez y Vizmanos son de la misma opinión, pues al comentar el artículo 350 del Código Español de 1848 el cual consigna la exigencia de extender la acción a ambos culpables, encuentran una restricción para extenderla en otras personas.

Pacheco, por su parte no piensa de idéntica manera, pues considera que puede haber en el adulterio complicidad y encubrimiento, al igual que en cualquier otro delito.

Este problema no se presenta entre nosotros atento lo dispuesto por el artículo 274, al determinar con claridad que la acción penal, no sólo se hace efectiva en contra de los autores, sino también a los codelincuentes; y el artículo 13 extiende la responsabilidad penal a todos aquellos que intervengan en la ejecución de los delitos.<sup>379</sup>

Efectivamente, el artículo 274 de nuestro Código Penal dispone que en caso de que el cónyuge ofendido "...formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codelincuentes...", con lo que no se puede negar la complicidad. La participación en concepto de cómplice es perfectamente encuadrable en la fracción VI del artículo 13 del Código Penal y su responsabilidad aparece reafirmada en el párrafo primero del artículo 274 antes citado. Y lo mismo es dable decir en torno a los terceros que determinen intencionalmente a otro a efectuar el adulterio, con base en la fracción V del artículo 13, salvo el caso en que fueren prevalentemente aplicables las hipótesis típicas que integran el delito de lenocinio descrito en el artículo 207.

En cuanto a los encubridores del adulterio o de los adulteros, debemos afirmar que no son codelincuentes de este delito y no se enmarcan dentro de la frase "...y los que aparezcan como codelincuentes" que emplea el primer párrafo del artículo 274, habida cuenta de que el encubrimiento es en nuestro Código Penal un delito autónomo, tipificado en el artículo 400 de dicho ordenamiento. Las fracciones II, III y IV del artículo 400 -únicas hipotéticamente relacionadas con el delito de adulterio, establecen distintas formas típicas de este delito en las que un adulterio puede ser un presupuesto fáctico, pero impiden considerar a sus autores, como codelincuentes, sino como verdaderos autores del autónomo delito de encubrimiento.

379. GONZALEZ BLANCO, Alberto, *op. cit.*, págs. 224, 225 y 226.

### 3.13. CONCURSO

El delito de adulterio puede concurrir con otros delitos, aun cuando no es concebible su concurrencia con los otros delitos sexuales, especialmente con la violación, si se tiene en cuenta que la conducta se integra por la conjunción carnal voluntaria.

### 3.14. CUESTIONES PROCESALES

Trataremos por último algunas cuestiones procesales relacionadas con el delito de adulterio.

El artículo 274 del Código Penal dispone:

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

*Esto se entiende en el caso de que los dos adúlteros vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se encuentre en esas condiciones."<sup>380</sup>*

---

<sup>380</sup> Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Aún cuando la disposición antes transcrita parece no dar lugar a ninguna duda, es conveniente señalar, como lo hace Jiménez Huerta, que existen situaciones fácticas en que el cónyuge que formula la querrela no puede estimársele como ofendido, citando como ejemplo el del marido lenón que explota a su mujer, cerrando la posibilidad de considerársele como cónyuge ofendido, en primer lugar, por que la conducta incide en alguna de las formas del delito de lenocinio a que se refiere el artículo 207 del nuestro ordenamiento penal, y en segundo lugar, tampoco se puede considerar como ofendido al marido o a la mujer que lasciva y complacientemente consenten la triangular intervención de otro en sus relaciones matrimoniales íntimas. En este caso, como en algunos otros, se presenta la inexistencia de un elemento típico para la integración de la figura delictiva del delito de adulterio, esto es que existan culpables, debido al que el consentimiento libremente otorgado por para la realización del acceso carnal destruye la antijuricidad típica del delito en cuestión.<sup>381</sup>

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido por el antes transcrito artículo 274, debemos entender que la querrela procede contra uno solo de los adúlteros, cuando el cónyuge inocente hubiere matado a uno de los culpables en el caso del homicidio descrito en el artículo 310 del Código Penal o uno de los adúlteros se hubiere sustraído de la acción de la justicia mediante la huida, ocultamiento o cualesquiera otra circunstancia semejante. También se procederá contra uno solo de los adúlteros, cuando alguno de ellos se encuentre excluido de responsabilidad en cualesquiera de las formas que hemos explicado anteriormente. Entendemos que también procede el ejercicio de la querrela contra uno solo de los adúlteros si el cónyuge ofendido no hubiere podido identificar a la persona que sorprendió en actos de adulterio con su

---

381 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, T. V, pág. 33.

cónyuge, por alguna causa, como lo sería la obscuridad de la noche, su rauda y velos huida, etc.

En cuanto al ejercicio de la querrela tratándose del adulterio doble debemos distinguir las siguientes hipótesis: i) El adulterio doble realizado con escándalo, en el que ambos cónyuges inocentes, tienen la independiente facultad de querellarse; y, b) El adulterio doble realizado en el domicilio conyugal de uno de los cónyuges burlado, siendo éste el único que puede entablar la querrela, pues el delito se cometió en su domicilio conyugal.

El artículo 276 de nuestro ordenamiento penal dispone:

*"Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se le dictado sentencia, y si ésta se le dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables."*<sup>382</sup>

El perdón es el acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por el que el ofendido hace remisión tácita o expresa del agravio o manifiesta su voluntad de que no se inicie o se termine el procedimiento penal.

Debemos advertir que el perdón en el adulterio, adquiere un alcance procesal mayor que en los demás delitos perseguibles por queja o querrela a que alude el artículo 93 del Código Penal; pues en tanto que en estos últimos el perdón ha de otorgarse antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia, el citado artículo 276

---

382 Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

estatuye que puede concederse que puede concederse en cualquier instante o instancia del procedimiento y también si se hubiere dictado sentencia de condena, por lo que por excepción no sólo es extintor de la acción penal sino de las penas.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El adulterio como delito se encuentra sin lugar a discusión, tipificado en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para Toda la República en Materia de Fuero Federal.

Contrario al pensamiento de aquellos doctrinarios, que afirman la existencia de una violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 14 Constitucional, en virtud de que el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, no contiene una descripción de lo que es el adulterio, y por ende existe una ausencia de tipo; consideramos siguiendo el pensamiento de Don Fernando Castellanos Tena, que si bien es cierto, de acuerdo a la teoría del tipo y la tipicidad, el tipo siempre debe contener una descripción de la conducta que se prohíbe y para la cual se establece una sanción penal, y que la adecuación de la conducta al tipo (tipicidad) solamente puede establecerse si este último contiene la antes mencionada descripción detallada y precisa de aquélla, es decir de la conducta, no lo es menos, que el considerar la existencia de una violación constitucional, es una afirmación que carece de validez, y que deriva probablemente de la confusión de conceptos, motivada por la incorrecta denominación que se le ha dado a la figura delictiva objeto del presente estudio. Tal vez, como hemos apuntado



anteriormente, no sea muy certero el nombre que se ha dado al delito, ya que se toma, para su denominación, uno de sus elementos, lo que equivale a confundir el todo con una de sus partes, sin embargo aún cuando el legislador hubiera sido más técnico o le hubiera dado otro nombre a la figura penal, dicha circunstancia es irrelevante y carece de toda importancia, lo cierto es se realiza el delito precisamente por la verificación de las condiciones exigidas por la norma penal, esto es que *el tipo se configura precisamente con un adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo*. Por lo que no podemos considerar que existe una violación constitucional porque la ley no define lo que es el adulterio, como tampoco proporciona la definición de lo que es la vida, en el homicidio, ni de cópula, en el estupro; etc.

Concluimos entonces, que aun cuando el nombre que se le ha dado a la figura contenida en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, es impropio, el tipo está perfectamente configurado, como repetidamente se ha expresado, con un adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo y, por ende no todo adulterio será delito, sino sólo aquél comportamiento típico que reúna las exigencias establecidas en la ley penal.

**SEGUNDA.-** Siguiendo el pensamiento de Jiménez Huerta, quien a su vez sigue la teoría de Carrara, debemos considerar la existencia de los llamados *Delitos Sociales*, entendiéndolos por éstos "a todos aquellos que trascienden de la persona e irrumpen en el ámbito de la colectividad, en cuanto forma de ser o de estar de la misma o de los grupúsculos que de una manera u otra la integran, ora carezcan de personalidad jurídica,

como acontece con la familia, la colectividad social y el género humano, ora tengan una destacada estructura orgánica, como acaece con el Estado -cuerpo político de la nación-, dado que los hechos que forman dichos delitos lesionan los bienes jurídicos de dichas entidades sociales o políticas y ofenden los ideales valorativos de la comunidad".<sup>383</sup>

Como una primera categoría de los llamados delitos sociales, encontramos a aquellos que ofenden y lesionan a la familia, grupúsculo social sin personalidad jurídica de extraordinaria importancia. La familia en cuanto grupo social, está reconocida por nuestras leyes, mediante expresas referencias contenidas en diversos ordenamientos como la Constitución Política, el Código Civil, y evidentemente el Código Penal, y es que el grupo familiar forjado por el matrimonio, la filiación, la paternidad y el parentesco habidos entre las personas físicas siempre ha sido reconocido como la primera y más elemental y universal forma de comunidad, en la que el hombre encuentra las naturales condiciones para su desarrollo intelectual, físico y moral, siendo para el Estado una de las bases sociales sobre las que descansa.

Desafortunadamente, la familia o el orden familiar, ha cambiado durante los últimos tiempos, siendo por diversas causas llamadas por los sociólogos como tendencias desintegradoras del núcleo familiar, por lo que la familia ha comenzado a perder su carácter institucional. Es por tanto necesaria la creación y mantenimiento de normas penales que tutelen la familia, y con ella el orden familiar.

---

383 JIMENEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, 2a. ed., Porrúa, México, 1983, Pág. 9.

El Código Penal Vigente no contiene un título especial destinado a determinar, con total acierto, los delitos que atentan contra la familia y el orden familiar, dado que los mismos se encuentran dispersos en diversos títulos en forma asistemática. Podemos establecer como delitos contra la familia a los siguientes: i) El delito de adulterio; ii) El delito de bigamia; iii) El delito de incesto; y iv) El delito de alteración de estado civil. Los delitos de adulterio e incesto se encuentran comprendidos en el Título Decimoquinto intitulado "Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual"; los de bigamia y alteración de estado civil en el Decimosexto denominado "Delitos contra el estado civil y bigamia".

La falta de todo principio rector que tuviere por base el bien jurídico tutelado, es lo que provoca en ocasiones la errónea ubicación de los delitos dentro del título respectivo en nuestros ordenamientos penales.

Así, podemos concluir que, el Código Penal de 1871, fue más acertado al establecer en su Título Sexto, Libro III, denominado "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", Capítulo VI al adulterio. De igual manera nuestro ordenamiento penal de 1929, estableció al delito de adulterio dentro del Título llamado "Los delitos cometidos contra la familia", dejando en ambos casos, una constancia de que el bien jurídicamente tutelado no es otro sino la familia y el orden familiar.

Por lo tanto, consideramos que nuestro ordenamiento penal vigente, debería ser modificado y establecer al delito de adulterio como un

delito contra la familia y el orden familiar, retomando así, la acertada técnica de los códigos penales que le precedieron.

**TERCERA.-** Una vez que hemos concluido que el principal bien jurídicamente protegido es la familia y el orden familiar, debemos establecer que no es dable considerar al delito de adulterio como de naturaleza sexual.

Para considerar con propiedad como sexual a un delito, se requiere que en el mismo se reúnan dos condiciones o requisitos regulares: i) que la acción típica del delito, realizada por el sujeto activo en el cuerpo del ofendido o que éste se le hace ejecutar, sea directa e inmediatamente de naturaleza sexual; y ii) que los bienes jurídicos dañados o afectados por la acción típica sean relativos a la vida sexual del ofendido.

Al decir que es necesario que la acción típica sea de naturaleza sexual, queremos expresar que no basta que la conducta sea presidida por un antecedente, motivo o finalidad de lineamientos eróticos más o menos definidos en la conciencia del sujeto activo o dentro de su subconsciente, sino que es necesario además que la conducta positiva del actor se manifieste en actividades lúbricas somáticas o actividades erótico-sexuales ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le hacen ejecutar. Estas acciones eróticas pueden consistir en simples caricias o tocamientos libidinosos, o en las distintas formas de ayuntamiento sexual sean normales o contra natura. Se requiere, además que la acción corporal de lubricidad típica del delito, al ser ejecutada físicamente, produzca como resultado inmediato un daño o peligro a intereses tutelados por la norma penal, relativos a la propia

vida sexual de la víctima. Los bienes jurídicos protegidos susceptibles de lesión por un delito sexual, pueden ser, según las diversas figuras de delito, relativos a la libertad sexual o a la seguridad sexual del ofendido o víctima.

En el delito de adulterio no obstante que la acción en que se consume es erótica, constituye más bien una consecuencia del acto adulterino, y no una acción cuyo objetivo principal es dañar o lesionar la libertad sexual o la seguridad sexual del sujeto sobre el que se realiza la misma. Recordemos que lo busca el legislador es proteger a la familia y el orden familiar de la lesión que se le puede causar, por la afrentosa invasión del domicilio conyugal o por la grave publicidad que entraña el adulterio con escándalo.

Consideramos por tanto que el adulterio no es un delito de naturaleza sexual, y con ello, otra razón para considerar que se encuentra mal clasificado u ordenado dentro de nuestra legislación penal.

## BIBLIOGRAFIA

### LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1955-1963, Sustentadas por la Sala Penal, 1ª. SALA, Mayo Ediciones, 2a. ed.*

*Jurisprudencia, Poder Judicial de la Federación, Tesis de Ejecutorias, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Segunda Parte, Primera Sala, proporcionadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.*

### II OBRAS GENERALES

*ANTOLISEI, Francisco, La Acción y el Resultado en el Delito, Traducción hecha por Editorial Jurídica Mexicana, México, 1969.*

*BALESTRA, Fontán, Derecho Penal. Parte Especial, 11a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.*

*CABRAL G., Luis, Compendio de Derecho Penal. Parte General, 1a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.*

*CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Código Penal Anotado, 9a. ed., Porrúa, S.A., México, 1981.*

*CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano Parte General, 10a. ed., Porrúa, S.A., México, 1974.*

*CARRANCA y TRUJILLO, Raúl, Las Causas que Excluyen la Incriminación. Derecho Mexicano y Extranjero, Impreso por Eduardo Limón, México, 1944.*

*CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Tomos I y II, Temis, Bogotá, 1956.*

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 20a. ed., Porrúa, S.A., México, 1984.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio, *Criminalita*, México, año XXVI, No. 11, noviembre de 1960.

CUELLO CALON, Eugenio, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, 3a. ed., Editorial Bosh, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España, 1935.

DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, Porrúa, S.A., México, 1981.

DE P. MORENO, Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano Parte Especial, *Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Serie A, Volumen III, Jus*, México, 1944.

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M., Porrúa, S.A., México, 1985.

ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, 1a. ed., Tomos I y II, Porrúa, S.A., México, 1979.

FERNANDEZ DOBLADO, Luis, Culpabilidad y Error, *Comisión Nacional de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial*, México, 1951.

FERRI, Enrico, Principios de Derecho Criminal, Reus, Madrid, 1933.

FRANCO GUZMAN, Ricardo, La Subjetividad en la Ilícitud, 1a. ed. José Ma. Cajica Jr, S.A., México, 1959.

GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal, *Bibliográfica Omeba*, Buenos Aires, Argentina, 1962.

GONZALEZ BLANCO, Alberto, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 3a. ed., Porrúa, S.A., México, 1974.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, 15a. ed., Porrúa, S.A., México, 1979.

HERNANDEZ, Rómulo, Organización Política Social. Económica y Jurídica de los Aztecas, México, 1939.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga, Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida, 2a. ed., Trillas, S.A. de C.V., México, 1985.

JESCHECK, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, 3a. ed., Tomos I y II, Hermes, Buenos Aires, 1959.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, La Ley y el Delito. Principios de Derecho Penal, 3a. ed., Hermes, Buenos Aires, 1959.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal. "El Delito", Tomos III, IV, V y VI, 3a. ed., Lozada, S.A., Buenos Aires, 1965.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I. y V, 2a. y 5a. ed., Porrúa, S.A., México, 1983 y 1985 respectivamente.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Antijuridicidad, 1a. ed., Imprenta Universitaria de México, México, 1952.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, Panorama del Delito, Imprenta Universitaria de México, México, 1950.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Tipicidad, 1a. ed., Porrúa, S.A., México, 1955.

LOPEZ CHINOS, Gabriel, Breve Estudio Sobre la Evolución Social y Jurídica de la Familia Zapoteca, México, 1949.

MACEDO S., Miguel, Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, México, 1945.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal. Parte General, 2a. ed., Trillas, S.A. de C.V., México, 1990, 1a. reimpresión, México, 1991.

MAGGIORE, Guiseppe, Derecho Penal, Tomo I, traducción a la 5a ed., Temis, S.A., Bogotá, 1985.

MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ediar, S.A., Buenos Aires, 1948.

MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.

OBREGON HEREDIA, Jorge, Código Civil Concordado, 1a. ed., Porrúa, S.A., México, 1988.

PALACIOS VARGAS, J. Ramón, La Tentativa, 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad, 1a. ed., Porrúa, S.A., México, 1983.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 8a. ed., Porrúa, S.A., México, 1987.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, La Causalidad en el Delito, 2a. ed., Porrúa, S.A., México, 1983.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Las Reformas Penales (Análisis crítico de la parte general), 2a. ed., Porrúa, S.A., México, 1987.

PORTE PETIT, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 11a ed., Porrúa, S.A., México, 1987.

PORTE PETIT, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, Gráfica Panamericana, México, 1954.



PORTE PETIT, Celestino, Programa de la Parte General de Derecho Penal, 1a. ed., U.N.A.M., Dirección General de Publicaciones, México, 1958.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino. Parte General, Tomos I y II, 1a. reimpresión total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

VELA, TREVIÑO Sergio, Antijuricidad y Justificación, 3a. ed., Trillas, S.A. de C.V., México 1990.

VELA TREVIÑO, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, 1a. reimpresión, Trillas, S.A. de C.V., México, 1977.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 3a. ed., Porrúa, S.A., México, 1975.

VON LIZT, Franz, Tratado de Derecho Penal. Tomo II, 3a. ed., Reus, Madrid, 1927.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General, 1a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986.