

HEMEROTECA Y DOCUMENTACION



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

"ACATLAN"

EL DELITO DE ADULTERIO

Tesis Profesional

Sustentada por el alumno

ROLANDO CARDENAS VELASCO

Para obtener el Título de

LICENCIADO EN DERECHO.



1 9 7 9

M-0027167

II



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

MEMOROTECA Y DOCUMENTACION

A MI ESPOSA

SOFIA ELENA

Que con su amor y apoyo, ha hecho posible la elaboración del presente trabajo.

A MIS HIJOS

ROLANDITO Y KATYA.

A MIS PADRES

FILIBERTO CARDENAS URIBE.

SONIA F. VELASCO DE C.

Con mi cariño y agradecimiento.

A MIS HERMANOS

Con Cariño.

A TODOS MIS MAESTROS

En reconocimiento

A MIS AMIGOS Y

FAMILIARES

A LA SEÑORA

MA. ELENA BARAJAS DE A.

Con cariño y agradecimiento por
su ayuda.

A MIS CUÑADOS.

INDICE

DEDICATORIAS	III
INDICE	VII
INTRODUCCION	XI
ANTECEDENTES	1
El Adulterio en Epocas Diversas.	3
Grecia y Roma	5
Derecho Histórico Español	7
El Adulterio en Diversas Legislaciones	12
Influencia del Derecho Español y Francés en las Legislaciones Penales.	17
Bibliografía	19
CONCEPTO DE ADULTERIO	20
Bibliografía	25
LA ACCION Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO	27
La Conducta en General	27
Clasificación del Delito en Cuanto a la Conducta	29
Clasificación del Delito de Adulterio en Orden al Resultado	30
Ausencia de la Conducta	31
Bibliografía	39

M-0027167

LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO	40
Tipicidad	42
Clasificación en Orden al Tipo	44
Elementos del Tipo	47
REFERENCIAS ESPACIALES	51
ELEMENTO NORMATIVO	52
Atipicidad	54
Bibliografía	57
LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO	59
Antijuridicidad Formal y Material	60
Aspecto Negativo de la Antijuridicidad o Causas de Justificación	61
Legítima Defensa	62
El Estado de Necesidad	63
El Cumplimiento de su Deber	64
El Ejercicio de un Derecho	65
Obediencia Jerárquica	65
Impedimento Legítimo	65
Bibliografía	67
LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO	68
Concepto de Imputabilidad	69
Inimputabilidad	70
Bibliografía	74

LA CULPABILIDAD	75
Teorías Sobre la Culpabilidad	75
Concepto de Culpabilidad	77
Formas de la Culpabilidad	78
Teorías Sobre el Dolo	78
Dolo Directo	80
Dolo Indirecto	80
El Dolo en la Legislación Penal Mexicana	80
La Culpa	83
La Culpa en el Derecho Positivo Mexicano	85
La Inculpabilidad	87
El Error de Derecho	89
El Error de Hecho Esencial e Invencible	91
El Error en el Tipo	92
El Error de Licitud	95
Bibliografía	98
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO	102
Naturaleza Jurídica	102
Concepto de Condiciones Objetivas de Punibilidad	104
Características de las Condiciones de Punibilidad	104
Bibliografía	110

PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO	111
Naturaleza Jurídica de la Punibilidad	112
La Punibilidad en el Delito de Adulterio	115
Las Excusas Absolutorias	118
Bibliografía	120
CONCLUSIONES	121
BIBLIOGRAFIA GENERAL	

INTRODUCCION

Uno de los motivos que me indujeron, a tratar el tema de El Adulterio, como trabajo de tesis recepcional fue, la gran atracción que siempre transmitió a sus alumnos el maestro de los cursos de Derecho Penal I y II y mas aún, en mi caso por el interés de estudiar a fondo los delitos, que en una u otra forma conmovían la integridad de la familia.

Ahora bien por lo que hace al contenido de este estudio, éste se inicia con un breve bosquejo de la institución matrimonio, por ser el presupuesto jurídico necesario para la tipicidad del delito, enseguida se lleva a cabo una ojeada histórica para conocer como en el devenir de la humanidad se ha venido castigando el adulterio.

Se analiza en la legislación comparada el concepto de adulterio incluyendo la mexicana. Además se elabora el estudio de los elementos del delito de adulterio siguiendo la dogmática del delito, para así culminar con las modestas conclusiones a que se llega.

Para finalizar, no me resta mas que agradecer a todos mis maestros de la -- E.N.E.P. ACATLAN por los conocimientos, orientación y consejos transmitidos, y en especial a mi director de tesis Lic. José Dibray García Cabrera por haberme brindado su apoyo.

Al honorable jurado someto a su consideración este modesto trabajo de tesis.

R.C.V.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

Antecedentes del Matrimonio y de la Familia en Epocas Primitivas.

Las primeras épocas de la humanidad se caracterizaron por la existencia de una promiscuidad a gran escala, cosa que hacía imposible determinar la paternidad, de tal manera que la organización familiar se reguló -- siempre en relación a la madre, por lo que, los hijos seguían la condición social y jurídica de ella, surgiendo así el matriarcado.

En épocas posteriores apareció la Poliandria que es una forma de matrimonio en la que una mujer puede estar unida con dos o más maridos reconocidos al mismo tiempo. Poliginia forma de matrimonio en la que un hombre puede estar unido simultáneamente a dos o más mujeres reconocidas. Poligamia forma de matrimonio en la que una persona de uno u otro sexo está -- unida a más de un cónyuge. (en ésta, están comprendidas la poliandria y la poliginia.(1)

Las instituciones anteriores producen el mismo efecto o sea la imposibilidad de determinar la paternidad, no en el mismo grado que el matriarcado de tal suerte que se continuó con el principio de filiación materna.

Posteriormente aparece el matrimonio por compra, en el que ya se da claramente la filiación paterna.

Con el matrimonio Romano el patriarcado surge con toda su fuerza, pues el paterfamilias ejercía un poder absoluto e ilimitado sobre toda la familia.

Así con Justiniano el matrimonio se caracteriza por la existencia de dos elementos:

El físico que era la comunidad de vida que se manifestaba en la *De-ductio* de la Esposa *IN-DOMUN-MARITI*.

En cambio el elemento psíquico o espiritual era la voluntad de crear y mantener la vida común, o sea la *AFFECTIO MARITALIS*.

Con los canonistas se considera el matrimonio como sacramento, en el cual los esposos eran los ministros y el sacerdote un testigo autorizado - por la iglesia, teniendo la característica de indisolubilidad.

Como una derivación del protestantismo surge el concepto laico del matrimonio, que lo califica como una cosa mundana.

Los iusnaturalistas consideran al matrimonio como un contrato civil.

Toda esa evolución culminó en la concepción moderna del matrimonio, ya sea que se le considere como institución, acto jurídico condicional, acto jurídico mixto, contrato ordinario, contrato de adhesión, estado jurídico, acto de poder estatal etc.

Sea cual fuere la posición adoptada en forma individual al respecto, existe el matrimonio y como resultado la familia, que va a ser normada por el derecho a la vez que protegida.

EL ADULTERIO EN EPOCAS DIVERSAS.

Una vez reseñada la evolución del matrimonio que opera como primer elemento o presupuesto para que pueda tipificarse el delito de adulterio, veamos la forma en que se punfa este delito a través de la historia.

De los datos anotados anteriormente se infiere que en épocas primitivas, ni siquiera se concebfa la posibilidad del adulterio debido a la forma de organización de las familias y tribus.

Las Leyes de ESNUNNA en la tablilla 29, sancionaban con la muerte el adulterio en el siglo X (A. de C.) con los Babilonios.

En el siglo XVIII A. de C. el código de HAMMURABI en la tablilla 129, ordenaba se castigara a los adúlteros amarrándolos y lanzando a ambos a las aguas del río Eúfrates, de tal suerte que si no morfan resultaban inocentes, pero si fallecfan eran culpables. El marido podfa perdonar a la adúltera, - - únicamente jurando ésta para desvirtuar los hechos, pero si el adulterio era público obligaba la pena de muerte.

Las leyes asirias imponfan la misma sanción a los adúlteros procediendo de inmediato a efectuarse la ORDALIA. La Ley 13 establecf a que en caso de haber existido acuerdo mutuo ambos eran muertos, de acuerdo a la ley 12 en caso de que haya mediado violación, únicamente se castigaba al hombre, las leyes 14 y 15 establecfan el derecho que tenfa el marido de tratar a su antojo a los adúlteros. Existfa el "Rito del Agua de Celos" para -- que la mujer se arrepintiera de sus actos.

En las leyes Indúes, la adúltera era lanzada a los perros y el hombre era incinerado.

El adulterio implicaba una ofensa a los dioses y a la raza por propiciar posibles mezclas que atacaban su pureza. (2)

En Persia, también fue castigado el adulterio con la muerte.

Los Lepiteos del Africa, llevaban al adúltero desnudo por las calles durante varios días, mientras la mujer permanecía de pie en la plaza.

Los Pffidos en Asia sometían a los adúlteros a la vergüenza.

En Egipto castigaban al adúltero con la castración, y a la mujer se le cortaba la nariz. Posteriormente la pena del adúltero consistía en recibir mil azotes.

Los Sajones quemaban a la adúltera y al delincuente le aplicaban garrote vil.

Los aborígenes americanos, castigaban a la adúltera con la lapidación.

En lo que actualmente es Venezuela y Colombia, las tribus castigaban con la muerte a la adúltera por ser "cosa propia del marido".

Los Calchaques y los Araucanos daban muerte a los adúlteros; - - estas tribus sudamericanas equiparaban el adulterio con el robo.

Con los Incas se imponía la pena de muerte a la adúltera y el delincuente era desterrado para siempre.

En la Tierra de Fuego, el marido debía matar a los adúlteros, pero con más saña al varón.

El código Netzahualcóyotl para Texcoco, establecía la lapidación y el estrangulamiento.

Los tlaxcaltecas lo castigaban con la muerte.

El Código Mendocino (1533-1550) menciona que los Aztecas aplicaban la lapidación, ahogarlos, pero la diferencia era que el marido no podía hacerse justicia por propia mano.

GRECIA Y ROMA.

En Grecia las leyes de Solón permitían que en caso de adulterio flagrante, el marido matase al adúltero, o le pidiera una fuerte indemnización. En esta época la adúltera era penada con la deshonra y la vergüenza (publicidad del delito).

En Esparta, se afirma que no existía el adulterio debido a la rigidez y pureza de sus costumbres. Se menciona que el marido estéril e impotente podía encomendar a otro la función creadora.

En Roma el Derecho Doméstico garantizaba las sagradas obligaciones de la mujer de no tener contacto carnal antes del matrimonio y sólo con su marido después de celebrado éste. A su vez el hombre no podía ofender doncellez o matrimonio ajeno.

"Los cónyuges se deben fidelidad a este respecto, el Derecho Romano trata más severamente a la esposa que al marido ya que la infidelidad de aquella introduce sangre extranjera en la familia., la mujer adúltera comete siempre un delito público. (3)

El paterfamilias como jefe del tribunal doméstico juzga a los adúlteros y en caso de que no lo hiciera el colegio de Pontífices resolvería.

Hasta la época Imperial y por la corrupción de las costumbres, el Divino Augusto, dictó la LEX IULIA DE ADULTERIIS COERCENDI (18 A. de C.) sancionada el año (8 A. de C.) como una medida para proteger al matrimonio.

Por ser el adulterio considerado como DELICTA PUBLICA O CRIMINA había tres posibles acusaciones.

1. - IURE MARITI

2. - PARENTUM

3. - EXTRANEORUM

La primera acusación era exclusiva del marido, la segunda correspondía a los parientes y la tercera pertenecía a todos los extraños en defecto de los anteriores.

Constantino abolió la acusación hecha por extraños.

Poco después triunfó la máxima "MARITUS GENITALISTHORI SOLUS VENDEX", en virtud de que sólo le correspondía al marido la acusación y su acción prescribía a los cinco años.

Esta LEX IULIA DE ADULTERIIS COERCENDI establece también -- los casos en los cuales el marido no puede acusar de adulterio a su mujer:

Si el esposo recibe recompensa por inducir a su mujer al adulterio.

Si cede su morada para que otros cometan adulterio con su mujer.

Si el marido hubiere dejado libre al adúltero sorprendido in fraganti y no hubiere pedido el divorcio.

Si acepta o facilita dinero a cambio de no promover la acción de adulterio, o desiste de ella.

Si contrae matrimonio con una mujer que antes hubiera sido condenada por causa de adulterio. En caso de connivencia el marido se tornaba reo.

Cuando el marido no arroja de su lado a la adúltera su acción se extingue.

Justiniano modifica la pena, la adúltera era azotada.

El Digesto impedía que los adúlteros se casaran posteriormente.

En las Novellas la mujer adúltera era castigada con la reclusión en un monasterio por dos años y si al término no era sacada por su marido, quedaba como monja, los codelincuentes siguieron sujetos a la pena capital.

DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

El Derecho Español Antiguo se orientó principalmente hacia los sistemas germánico y románico con la influencia de las Institutas y Novellas de Justiniano. En el primer caso está el Fuero Juzgo en el segundo el Setenario o las Siete Partidas.

Así el Fuero Juzgo facultaba al marido para disponer de la vida y bienes de los adúlteros, excepto si había hijos legítimos que pudiesen heredar.

Por otro lado el Setenario o Siete Partidas vinculaba el adulterio a la infidelidad de la mujer; asimismo reconocen el ADULTERIO INTER UXORATOS.

La Partida VII título XVII Ley I dice:

"Adulterio es yerro que home face yaciendo a sabiendas con mujer que es casada con otro, él tomó éste nombre de dos palabras del Latín ALTERIUS ET TORUS, que quiere decir en romance como lecho de otro, porque la mujer es considerada por lecho de su marido et non el della. Et por ende dijeron los sabios antiguos que maguer el hombre que es casado yoguiese con otra mujer ante el juez seglar por tal razón. . . . Et esto tovieron por derecho los sabios antiguos por muchas razones, la una porque el adulterio que face el varón con otra mujer, non nasce daño ni deshonra a la suya, la otra porque el adulterio que faciere la mujer con otro finca el marido deshonorado, recibiendo la mujer a otro en su lecho et demás porque el adulterio que ficie-re ella puede venir al marido muy gran daño ca si se bernie el fijo extraño - heredero en uno de sus hijos, lo que non avernie a la mujer del adulterio que el marido ficie-re con otra. (4)

En cuanto a la comprobación del delito en el caso particular de que el marido recelase a su mujer y temiese posibles agravios, debfa requerir por tres veces al hombre ante notario o testigos, para que dejase de tratar a su mujer, a ésta se le prohibfa hablar con tal hombre, de tal modo que una vez realizado el trámite, si a los dos se les encontraba hablando ya fuere en casa o en la del hombre o acaso en huerta lejana se les tenfa por adúlteros.

El término de prescripción era de cinco años a partir de que el marido tuviera conocimiento.

La mujer quedaba eximida de acusación en los siguientes casos:

- a) Por prescripción de la acción.
- b) Por consentimiento de su marido, el cual era castigado por lenocinio.
- c) Si después del adulterio el esposo la admitía en su lecho o compañía.
- d) Si declaraba ante el Juez que no quería acusarla o abandonaba la acusación.
- e) Si hubiera cometido el adulterio creyéndose viuda por noticias fidedignas. En este caso no podía ser acusada aunque hubiera contraído nupcias nuevamente.

A las causas de exoneración contenidas en el Setenario, se puede agregar la contenida en la Novísima Recopilación, para el caso de que la mujer, que acreditaba, haber sido forzada, no era culpable de adulterio.

La ley 82 de Toro, establece que aún en caso de nulidad de matrimonio, la mujer no queda eximida del adulterio, también se establece que el marido no tiene derecho ni a los bienes de los adúlteros ni a la dote, cuando de propia autoridad los mata, aún cuando los haya sorprendido in-fraganti.

El Fuero Real disponía que los adúlteros quedaban en poder del marido, el cual podía disponer de sus bienes y personas, pero no matar a uno y dejar vivo al otro ni tampoco adquirir los bienes, si acaso alguno de ellos tuviese legítimos herederos. El Fuero Real contiene las causas de exención antes citadas. Asimismo el Ordenamiento de Alcalá reproduciría al Fuero Real.

La Nueva Recopilación, vuelve al criterio antiguo, dejando los bienes y personas de los adúlteros al arbitrio del marido, pero no puede matar a uno y dejar vivo al otro; en caso de matarlos el marido no puede ganar ni la dote ni los bienes.

La Novísima Recopilación reprodujo la Ley Primera del título veintiuno del Ordenamiento de Alcalá de tal modo que el marido podía matar a los dos al mismo tiempo y no a uno solo. En caso de mediar acusación hecha por el marido, los adúlteros eran puestos en su poder, al igual que sus bienes.

La Novísima Recopilación prohibió al marido ofendido por una parte agredir a los culpables, quedando reservada a los tribunales su persecución. Y por otra la Ley XXI del Título XX Libro 12 permitía excepcionarse con -- las circunstancias del caso, para eximirse de la pena de homicidio.

Tampoco se permitía que la mujer se excepcionase diciendo o probando que el marido había cometido adulterio.

En cuanto al marido la Novísima Recopilación señalaba que si éste tuviera manceba y viviera con ella en su casa y no con su mujer, se le confiscarían sus bienes en un cincuenta por ciento.

En España se reguló el adulterio en el Código Penal de 1822 (art. 683). Estableció que sólo la mujer adulteraba, la pena era impuesta por el marido, recluyendo a la mujer por un lapso no mayor de 10 años y desterrando al -- amante, por el tiempo que viviera el ofendido.

El código de 1848 (art. 638) y el de 1878 (art. 448), castigaban el -- concubinato cometido en la casa conyugal con escándalo, es similar al vigente de 1944.

Durante la República Española, en 1932 es abolido el adulterio; asimismo aparece la ley de divorcio del 21 de marzo de 1932 en su artículo -- 34, en el que se señala el adulterio como una causal de divorcio.

Con el triunfo Franquista se instaura otra vez el delito de adulterio, con la ley del 11 de mayo de 1942, quedando en igual forma que en el código de 1870, encontrándose regulado en los art. 449 a 452 del Código Penal Español.

El artículo 450 C.P. Español:

"No se impondrá pena por el delito de adulterio sino en virtud de -- querrela del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos".

Artículo 449 C.P. Español.

"El adulterio será castigado con pena de prisión menor, cometen - adulterio la mujer casada que yace con varón que no es su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el - matrimonio".

Artículo 451 C.P. Español.

"El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a - su consorte. En este caso se tendrá también por remitida la pena del adúl - tero".

Artículo 452 C.P. Español.

"El marido que tuviera manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor, la manceba será -- castigada con la misma pena o con la de destierro. Lo dispuesto en los ar - tículos 450 y 451 es aplicable al delito castigado en el presente respecto a

la mujer agraviada".

EL ADULTERIO EN DIVERSAS LEGISLACIONES.

Es a todas luces evidente la relación que existe en el Derecho Hebraico y el Derecho Canónico, en virtud de que el primero se regía por la Ley -- Mozaica y Antiguo Testamento, y el segundo aparte de tener su CORPUS - -- IURIS CANONICI se alimenta sustancialmente además de las fuentes antes - citadas, en el Nuevo Testamento.

En los inicios del Derecho Hebraico sólo podía cometer adulterio la mujer, misma que era sancionada con la lapidación y posteriormente con la horca y el fuego.

También era castigada la falsa acusación de adulterio, como se lee en el libro de Daniel respecto a la falsa acusación de Susana,

Tanto en el Nuevo como en el Antiguo Testamento, se hace mención al adulterio en varios libros como el Génesis, Levítico, Deuteronomio, -- Job, Salmos, Proverbios, Jeremías, San Mateo, Epístolas de San Juan, etc.

Los Canonistas equiparan el adulterio del marido al de la mujer al decir "ADULTERIUM IN UTROQUE SEXU PARITATIONE CONDENNAT".

Los canonistas acuñaron el concepto de adulterio simple y doble.

Adulterio simple, cuando uno de los culpables es casado.

Adulterio doble, cuando los dos culpables son casados.

El fundamento del Adulterio lo encuentran en el sexto mandamiento de la Ley Mozaica, además de ser violatorio de las buenas costumbres,

El Concilio de Trento declaró la absoluta indivisibilidad del matrimonio cristiano; los disidentes orientales y protestantes no estuvieron de acuerdo.

El adulterio de la mujer se considera de mayor gravedad.

En sus inicios la sanción del adulterio se dejaba al arbitrio o juicio de Dios. En el siglo IX y X se le consideró delito eclesiástico. El marido era obligado a perseguir a la culpable, la situación se mitigaba si ella no perseveraba en el delito, así durante el cumplimiento de la penitencia el matrimonio era vedado, y en caso de llevarlo a cabo, podía proceder la separación.

Actualmente el Código Canónico ha mitigado la sanción.

Para los canonistas el adulterio tiene los siguientes aspectos:

El objeto formal es el matrimonio válido, no es necesario que esté consumado.

Los sujetos son las personas culpables físicamente capaces de consumar el delito. Para esto, deben ser de diferente sexo, pues de lo contrario habría sodomía, o incesto si la relación fuera paterno - filial y en caso de no realizarse con persona sería bestialidad.

El sujeto pasivo a juicio de los canonistas es: La Iglesia, la moralidad pública y la paz familiar.

La conducta se realiza con la cópula normal, ya que la contra natura sería sodomía imperfecta.

En caso de haber mediado violencia o amenazas se considera estupro.

La continuación o repetición del adulterio genera la relación adulterina permanente.

La publicidad del adulterio, constituye una condición objetiva de punibilidad, la cual no tiene relevancia en el caso de clérigos involucrados en el adulterio.

Inocencio XI señaló que el adulterio con el consentimiento del marido no es adulterio.

La penalidad en el caso de clérigos se agrava y si hay relación permanente opera la deposición del clérigo, que es perpétua.

En caso de adulterio público, los adúlteros no pueden formar parte de asociación piadosa, ni recibir la comunión, ni sepultura piadosa.

El adulterio con promesa de matrimonio, al igual que el conyugicidio son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio.

Solo en caso de adulterio público, se da lugar al proceso presidido por un colegio de cinco jueces.

Como pruebas, basta la presunción vehemente, pero se acepta la prueba escrita y la acción prescribe a los cinco años.

Para los seglares, la sanción varfa según las circunstancias del caso, pero si muestran arrepentimiento o cesan en el escándalo se les puede dispensar la pena.

Artículo 74 del Código Penal Argentino.

"La acción por delito de adulterio corresponde únicamente al cónyuge

ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio no producirá efecto alguno en el juicio criminal. El cónyuge que ha consentido el adulterio y lo ha perdonado, no tiene derecho de iniciar la acción.

La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena.

En la Legislación Penal Mexicana del año de 1871 el adulterio se regulaba en los artículos 816-830.

El código Martínez de Castro en la exposición de motivos decía:

".....porque si no se puede negar que, moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales consecuencias, pues aquél queda infamado con razón o sin ella por la infidelidad de su consorte y la reputación de ésta no se empaña por las faltas del marido....."

El artículo 816 del mismo ordenamiento castigaba el adulterio cometido:

Por mujer casada con hombre libre, por hombre casado con mujer libre, en el hogar conyugal por hombre casado con mujer libre, fuera del hogar conyugal, por mujer casada, con hombre casado. A éste último se le impondrá la mitad de la pena si se ejecutó el adulterio fuera de su hogar conyugal e ignorando que la mujer era casada.

La persecución del delito, solo procedía a petición del cónyuge ofendi

do y contra los dos adúlteros.

Únicamente podía querellarse la mujer cuando:

El adulterio lo cometía el marido en el hogar conyugal o fuera con concubina o con escándalo sin importar lugar y codelincuente.

Las personas libres de vínculo matrimonial, para ser responsables debían tener conocimiento del estado matrimonial de su codelincuente. Las penas además de ser privativas de libertad, suspendían los derechos a ser tutores o curadores.

El perdón del ofendido, junto con la vida común o en su caso el acceso carnal hacían cesar el procedimiento y ejecución; en caso de que se produjera la muerte del querellante antes de dictarse sentencia irrevocable, hacía cesar el proceso y sus efectos.

Acertadamente el código Almaráz de 1929 introdujo al adulterio entre los delitos contra la familia, éste código no distinguía en cuanto al sexo de los culpables y sólo se sancionaba cuando era cometido en el domicilio conyugal y con escándalo.

El Código Penal Vigente de 1931 contiene el delito de adulterio en su título decimoquinto, capítulo IV en los artículos 273 a 276.

Al respecto no ofrecemos por el momento ningún comentario debido a que en capítulos siguientes analizarán, por ser el objeto fundamental de este estudio.

INFLUENCIA DEL DERECHO ESPAÑOL Y FRANCÉS EN LAS LEGISLACIONES PENALES.

El Derecho Español influyó en la codificación de los siguientes países:

Chile	(art. 375 - 381)
Nicaragua	(art. 417 - 425)
El Salvador	(art. 338 - 391)
Honduras	(art. 431 - 435)
Paraguay	(art. 295 - 299)
Panamá	(art. 301 - 306)
Venezuela	(art. 396 - 401)
Guatemala	(art. 325 - 329)
Ecuador	(art. 479 - 480)

En cambio las disposiciones del Código Penal Francés perduran en los Códigos de los siguientes países

Haití	(art. 284 - 287)
República Dominicana	(art. 336 - 339)
Puerto Rico	(art. 269)
Perú	(art. 212 - 213)
Brasil	(art. 240)

Las legislaciones de algunos países, no han tipificado el Adulterio, -- entre ellos están:

Uruguay

Cuba

Colombia

Costa Rica

U. R. S. S.

Letonia

Dinamarca

México (Michoacán y Veracruz).

Bibliografía. -

- (1) Pratt Fairchild
Diccionario de Sociología.
Edit. Fondo de Cultura. 1949 México p. 225

- (2) Guier Jorge E.
Historia del Derecho.
Edit. Costa Rica 1968 Vol. 1., p. 246

- (3) Floris Margadant Guillermo
El Derecho Privado Romano
Edit. Esfinge 3a. Ed. México 1968 p. 203

- (4) Las Siete Partidas del Rey Alfonso El Sabio
Part. VII Tit. XVII Ley I p. 648
Madrid Imprenta Real 1807

CONCEPTO DE ADULTERIO.

Es usual que para dar una explicación acerca de un concepto se recurra a la etimología del mismo. Para el caso que nos atañe el concepto de adulterio es insuficiente, demasiado simplista y confuso, de tal manera que al intentar trasladarlo al campo de lo jurídico fue más ambiguo e incompleto debido a que carece de los elementos esenciales que conforman el delito.

Así se dice "Adulterio es yerro que home face yaciendo á sabiendas con mujer que es casada ó desposada con otro, et tomó este nombre de dos palabras de latín ALTERIUS ET TORUS, que quiere tanto decir en romance como lecho dotro, porque la mujer es contada por lecho de su marido et non el della."

El diccionario de la Real Academia Española dice:

El vocablo adulterio proviene del latín "Adulterium" que se traduce por "Ayuntamiento Carnal Ilegítimo del hombre con mujer, siendo uno de los dos casados".

Francesco Carrara nos dice que proviene del vocablo AD ALTERIUS -- THORUM IRE que significa andar en tálamo ajeno. (2)

Vossio citado por Carrara dice que Adulterium deriva de adulter como magisterium de magister. (3)

Los anteriores conceptos son tan sólo figurativos, de tal modo, que incluso no llegan a satisfacer siquiera los elementos para llegar a un concepto común y simple del adulterio sino que faltan totalmente los elementos que de-

ben concurrir en el adulterio como conducta ilícita.

Por otra parte encontramos a diversos autores que con bastante acierto incluyen en el concepto el elemento objetivo o material del delito, señalando - en que consiste, incluyen también al sujeto o sujetos activos, etc.

Edmund Mezger dice "El Adulterio, que el artículo 172 no define es la unión sexual entre una persona casada y una tercera persona de otro sexo (4).

Federico Puig Peña, nos dice que el adulterio es "El ayuntamiento carnal de un hombre con mujer, que implica violación de la fe conyugal por parte de cualquiera de ellos o de los dos a un tiempo. Comúnmente se toma sólo en cuenta la infidelidad de la mujer y no la del marido; de modo que por adulterio no puede entenderse sino el acceso de mujer casada con otro varón distinto -- del marido" (5).

En el concepto antes transcrito ya se menciona el bien jurídicamente protegido como lo es la fidelidad conyugal.

Antonio de P. Moreno dice "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". (6)

Aquí el autor incluye la referencia espacial "Domicilio Conyugal".

Lo mismo sucede con Bernaldo Quiróz Costancio que dice "Adulterio es la conjugación carnal de mujer casada con cualquier otro varón que no sea su cónyuge, o de varón casado con cualquiera otra mujer, en condiciones de relativo escándalo."

La Legislación Penal del Estado de Aguascalientes que al parecer es

de las únicas que nos da una definición aceptable del delito al decir: "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".

El mencionado precepto requiere del elemento espacial, y del elemento normativo para la existencia del delito.

También la Jurisprudencia señala los elementos constitutivos del adulterio: "La cópula o ayuntamiento carnal de hombre y mujer, siendo uno de ellos o los dos casados con persona distinta; para que sea punible se requiere que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo"

El nuevo Código Penal del Estado de Guanajuato es una de las legislaciones que define el delito de adulterio en su artículo 264 que a la letra dice:

"Adulterio es la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge, si se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal.

A los culpables de adulterio se les impondrá hasta dos años de prisión y multa de cien a mil pesos".

La misma jurisprudencia en relación a la Legislación del Estado de Guanajuato dice que: (haciendo referencia al Código Penal anterior).

El delito de adulterio tipificado en el art. 212 del Código Penal del Estado de Guanajuato tiene como elementos:

Un acto de adulterio, esto es, la infidelidad de un casado consistente en su acceso carnal (coito), con persona ajena a su matrimonio, vínculo matrimonial del sujeto del delito con otra persona; y, que el acto se cometa en condiciones de grave afrenta.

Estas condiciones son:

a) En el domicilio conyugal, entendido éste no en el concepto técnico del Derecho Civil, sino en su sentido vulgar de residencia o lugar, permanente o transitorio, de convivencia de los cónyuges.

b) Con escándalo, es decir acompañado el acto adulterino de grave publicidad, afrentoso para el cónyuge inocente. (9)

Existen un sin número de conceptos que incluyen los elementos mencionados anteriormente además de que añaden la antijuridicidad o ilicitud de la conducta como por ejemplo:

Raúl Carrancá en su Código Penal Anotado nos dice "Es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados".

La doctrina define el adulterio en general, "como la unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su propio cónyuge." (10)

A diferencia de la mexicana existen legislaciones en las cuales la mujer únicamente puede cometer adulterio, ya que el esposo comete otro delito denominado amancebamiento.

Eugenio Cuello Calón define el adulterio en idéntica forma que como lo hace el Código Penal Español, diciendo, " Cometén adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio."

En la República de Chile el adulterio se concreta a la repetición del concepto del mencionado Código Penal Español.

En relación con el tipo descrito en nuestro ordenamiento penal (arts.

273 y sig.) el legislador no define el adulterio.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho: "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

b) Que ése 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.

(11)

En el mismo sentido existen opiniones como: la de la Comisión Revisora del Código Penal de 89 "no creo necesario que se defina el delito de adulterio como no lo han sido que no se definan otros muchos, cuyos elementos constitutivos están en la conciencia de todo el mundo. Nadie ignora que es adulterio, y menos aún, las personas que lo cometen. (12)

Opinión contraria es la de Almaráz "Algunos Errores y Absurdos de la Legislación Penal de 1931 en su página 132 menciona que no existe el tipo de adulterio y que como el derecho penal es de estricta aplicación por el dogma "NULLUM CRIMEN SINE LEGE", al aplicarse el art. 273 del Código Penal se está incurriendo en violación constitucional, porque éste tan sólo señala la sanción. En idéntica forma se pronuncia Carrancá y Trujillo.

Bibliografía

- (1) Ob Cit Las Siete Partidas página 648
- (2) Carrara Francesco
Programa de Derecho Criminal
Parte Especial Volumen III Tomo V página 271
Editorial Temis Bogotá 1973
- (3) Ob Cit Carrara página 273
- (4) Mezger Edmund
Derecho Penal Parte Especial.
Trad Conrado A. Finzi
Edit. Bibliográfica Argentina 4a. Edición
Buenos Aires Arg. 1954 p. 395
- (5) Puig Peña Federico
Derecho Penal 6a. Ed.
Tomo IV p. 116
Edit. Revista de Derecho Privado
Madrid 1969
- (6) Moreno Antonio de P.
Curso de Derecho Penal Mexicano
Parte Especial
Edit. Jus p. 353
México 1944
- (7) Jurisprudencia Citada por Carrancá y T.
Código Penal Anotado
Edit. Porrúa p. 353 y 356

- (8) Cardona Arizmendi E. y Ojeda Rodríguez C.
Nuevo Código Penal comentado del Edo. de Guanajuato
Edit. Cárdenas Editor y D. México 1978 p. 490.
- (9) Castro Zavaleta Salvador y Muñoz Luis
55 años de Jurisprudencia Mexicana 1917-1971
1a. Sala p. 18
Cárdenas Editor y Distribuidor
México 1972
- (10) Robles Ortigosa Antonio
Enciclopedia de la Ciencia Jurídica Tomo I p. 311
Botas Andrés e Hijo, Lib y Edit.
México 1921.
- (11) Carrancá Ob. Cit. (7)
S. C., Primera Sala 3948/59 p. 356
- (12) Secretaría de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal,
Trabajo de revisión del Código Penal Proyecto de Reformas
y Exposición de Motivos. Tipográfica de la Oficina Impresora
de Estampillas.
México 1912 Tomo II 189

LA ACCION Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO,

LA CONDUCTA EN GENERAL.

El elemento objetivo del delito en general, queda constituido en su forma más amplia mediante una conducta o un hecho.

De tal suerte que la conducta abarca los delitos de acción, los de omisión simple, que son delitos de resultado jurídico y los de omisión impropia que son delitos omisivos que además incluyen el resultado material.

La conducta, nos dice F. Castellanos Tena, "consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario. (culpa)' (1)

La omisión simple consiste en el no hacer voluntario o involuntario -- (culpa) violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición, sus elementos son:

"la voluntad o no voluntad."

"La inactividad o no hacer, deber jurídico de obrar y resultado típico". (2)

En relación al delito de adulterio, éste se materializa mediante una conducta, concretamente a través de una acción y que como tal sus elementos son la voluntad o querer, actividad y deber jurídico de abstenerse.

El delito de adulterio materialmente se realiza a través de la acción consistente en la unión sexual normal o anormal o sea vaginal o per anum -- respectivamente, realizada por una persona casada con persona distinta de su cónyuge.

La acción en el delito de adulterio ha sido denominada de diversas maneras así tenemos las siguientes: yacimiento, ayuntamiento, unión sexual, -- acceso carnal, conjugación carnal, cópula, etc., y que con tal diversidad de -- acepciones se presta a confusiones y dudas de tal suerte que se tomará la de -- Unión Sexual, para aclarar se indica que la unión sexual se puede realizar en -- el adulterio por vía vaginal o per anum (normal o anormal), así quedan excluf -- dos, los actos de simple lascivia o libidinosos que se caracterizan porque el -- sujeto activo no tiene el ánimo de llegar a la unión sexual en sus dos formas, de tal modo que se configurará en este caso otro delito o ningún otro.

Algunos juristas exigen que para la realización de la acción es necesaria la cópula, el coito, yacimiento, unión sexual etc., dicho en otras pala-- bras que esto quiere decir que la acción se realice en un vaso idóneo, e inclu-- so que llegue a ser un acto completo, es decir que se realice con todas sus -- consecuencias fisiológicas o sea la seminatio intra vas.

El criterio antes mencionado tiende a considerar a la unión sexual ex-- tramarital como una violación a la fidelidad conyugal, además de que al exi-- gir la realización completa del acto o sea su agotamiento fisiológico, se hace previendo que eventualmente la mujer puede introducir el seno familiar hijos ilegítimos, fruto de relaciones extramaritales, produciéndose la TURBATIO SANGUINIS dentro del seno familiar.

Este criterio resulta un tanto erróneo debido a lo avanzado de la cien-- cia médica con respecto a los métodos anticonceptivos de hoy en día.

En México Francisco González de la Vega nos dice que "la acción tfpi

ca del delito 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 específica, esto quiere decir que, remite a su significación vulgar o genérica, o sea al acceso carnal de una persona casada, sea cual fuere su sexo con una persona extraña de su marido.

Esta acción implica dos requisitos:

- a) Que por lo menos uno de los autores esté unido en matrimonio legítimo y
- b) Que la unión sexual se realice con persona ajena al vínculo matrimonial.

La acción material del delito consiste en el acceso carnal adulterino, sus hipótesis son los ayuntamientos entre:

- a) mujer casada y varón libre
- b) hombre casado y mujer libre
- c) hombre y mujer casados de distintos matrimonios.

A este último se le denomina adulterio doble.

Clasificación del Delito en Cuanto a la Conducta.

El delito de adulterio se clasifica en orden a la conducta de la siguiente manera:

- a) Como delito de acción (no se puede cometer este delito por omisión).

- b) Como delito unisubsistente.
- c) Ocasionalmente puede ser plurisubsistente.

Es un delito de acción porque se consume con la conducta que constituye la acción misma que se concreta con la unión sexual normal o anormal, por ello la naturaleza de la actividad o acción a desarrollar impide que el delito se realice por omisión.

Es un delito unisubsistente debido a que el tipo legal se consume o adecúa con la acción consistente en un solo acto ya sea normal o anormal.

Ocasionalmente es un delito plurisubsistente porque se realiza en varios actos a través del tiempo.

Clasificación del Delito de Adulterio en Orden al Resultado.

- a) Instantáneo
- b) Continuado (en ocasiones)
- c) De lesión o de daño.
- d) Formal o de mera conducta o de pura actividad.

El adulterio es instantáneo, cuando se consume y extingue en un solo momento o sea que se realiza cuando se lleva a cabo la relación sexual.

Es continuado, cuando los agentes o sujetos activos del delito llevan a cabo en diversas ocasiones la relación sexual ilícita en forma discontinua, hay pluralidad de acciones y de violaciones, cada una de las cuales tiene las carac

terísticas de un delito perfecto.

No puede ser delito permanente porque le falta continuidad en los hechos generadores del delito.

El delito de adulterio es de lesión o daño porque la conducta va encaminada a la destrucción del bien jurídico tutelado.

Es un delito formal o de pura actividad porque no produce una mutación o cambio en el mundo exterior, es decir, no hay consecuencias materiales, -- exclusivamente el cambio se da en el resultado jurídico.

Ausencia de la Conducta.

Como ya hemos visto anteriormente para que haya acción debe existir una conducta (elemento objetivo) y una voluntad (elemento psíquico). Al no -- haber alguno de estos elementos no existirá acción. Pero además debe existir una forma de contenido prohibitivo de carácter penal ya que de no ser así, la acción de que se trate no constituirá la conducta delictuosa.

Para Reinhart Maurach son causas de ausencia de actividad los movimientos reflejos, las conductas llevadas a cabo en estado de inconciencia, -- así como en forma mecánica por la *vis absoluta*.

Así Francesco Antolisei menciona que las corrientes psicológicas -- más modernas aceptan como actos involuntarios los siguientes: actos reflejos, actos instintivos y actos habituales.

Para Luís Jiménez de Asúa las causas específicas de ausencia de actividad, son:

La fuerza irresistible, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y la sugestión.

La fuerza física irresistible ha sido considerada como una causa de ausencia de conducta, en vista de que el individuo carece de voluntad, que es esencial para integrar la acción.

Con referencia a la fuerza irresistible Luis Jiménez de Asúa nos dice que, "La fuerza irresistible esta reconocida unánimemente como ausencia de acto en que el sujeto física y absolutamente coaccionado, no es más que un instrumento en manos del autor mediato." (3)

Carlos Fontán Balestra agrega que "La exigencia de que el autor domine el movimiento corporal y lo dirija con sentido, aparece muy claramente al estudiar la falta de acción. En la fuerza física irresistible, por ejemplo, el movimiento corporal del violentado es manejado y dirigido por quien ejerce la fuerza." (4)

Esto confirma que habrá ausencia de conducta, cuando la acción carezca de voluntad, en virtud de fuerza física exterior irresistible; en éste caso no existirá el delito, por falta del elemento objetivo.

Cualquier causa capaz de eliminar la conducta es suficiente para impedir la formación del tipo, por esta razón, son aceptadas las excluyentes supralegales por falta de conducta, sin creer necesario que la legislación enumere todas y cada una de las excluyentes.

El código penal en su artículo 7 . Define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales. Cuando haya ausencia de conducta --

(acto u omisión) no existirá nada que sancionar; pero aún suponiendo que no existiera la fórmula del art. 7o. tampoco se integrará el delito si falta el hacer o el abstenerse humano voluntario.

Una de las causas que impiden la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada *vis absoluta*, o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del art. 15 de Código Penal para el Distrito Federal.

Ahora bien, como afirma Fernando Castellanos Tena al referirse a esta causa excluyente, que no se trata de una causa de inimputabilidad porque la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad o la capacidad de querer y entender, su ausencia presupone una incapacidad para valorar el contenido de la voluntad, para poder autodeterminarse, de tal modo que si existe una voluntad previa, lo que falla es el contenido de ésta no la voluntad en sí misma.

Aristeo Martínez Licona coincide igualmente al decir que lo que no se puede aceptar, es que la fuerza física constituya una causa de inimputabilidad, o en una causa de justificación como afirman otros autores.

La acción forzada a la que es sometida el agente, hace que la acción no sea voluntaria y si no es voluntaria le falta uno de los elementos esenciales que es la manifestación de voluntad.

Refiriéndonos al aspecto negativo de la conducta, sostenemos que su inclusión en los Códigos Penales Mexicanos como excluyente de responsabilidad que es incorrecta, porque se ha tratado de demostrar que no se trata de una causa excluyente de responsabilidad, sino de ausencia de voluntad en la

acción o en la omisión y en consecuencia de una inexistencia del delito, por falta de la conducta, elemento primordial.

También se nos presenta claramente la hipótesis de ausencia de conducta causada por fuerza mayor o VIS MAIOR, ya que ésta suprime la voluntad de la acción.

La VIS MAIOR es una fuerza de la naturaleza, sobrehumana física e irresistible, que al igual que la fuerza física exterior anula la voluntad del sujeto.

Decimos que hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, en otras palabras, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, por faltar en ellos la voluntad.

La moderna dogmática del delito ha precisado como indiscutibles casos de ausencia de conducta:

La vis absoluta (fuerza física irresistible proveniente del hombre) y la VIS MAIOR o fuerza mayor (fuerza física proveniente de la naturaleza).

La falta de voluntad en el actuar al impulso de esa fuerza exterior irresistible impide la integración de la conducta y por ello la VIS MAIOR o fuerza mayor, como la vis absoluta; conforman casos de inexistencia del delito por ausencia de conducta. Si el hacer o el no hacer son inatribuibles al sujeto por ausencia de voluntad, no puede integrarse la conducta y tampoco el hecho, siendo en consecuencia imposible la imputación del resultado a quien ha actuado en un plano exclusivamente físico.

La VIS compulsiva o fuerza moral, no llega a excluir a la voluntad en la acción u omisión, sino que tan sólo ataca su dirección o motivación libre de tal modo que sigue subsistiendo la voluntad siendo posible la acción y en consecuencia la conducta activa.

En los casos de la llamada VIS compulsiva, la aplicación de la fuerza no obliga al coaccionado de un modo inmediato, sino que mediante un influjo en su voluntad es determinado a ceder en su resistencia. En tales situaciones existe una manipulación de voluntad y por consiguiente una acción.

Como podemos deducir de lo anterior la vis compulsiva no es causa de ausencia de voluntad sino lo contrario pues aplicada al delito de adulterio el agente será sujeto activo del delito.

Es muy importante considerar a la inconsciencia como hipótesis de la ausencia de conducta en el delito de adulterio en virtud de la ausencia de voluntad que representa.

Si una persona inconsciente que tiene la calidad de casada, en determinado momento puede ser objeto de un acceso carnal, por parte de otra persona que no sea su cónyuge, en este caso, no podrá responder como agente de adulterio, sólo será paciente de violación impropia o ficta.

En caso de que el inconsciente sea agente del delito de adulterio, solamente podrá negarse la ausencia de conducta derivada de la falta de voluntad en la acción, si su estado de inconsciencia es superior o mayor; tan pronto aparezca un asomo de conciencia se constituirá el elemento del delito.

También es importante considerar que el sueño, estado fisiológico --

normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos, en este último caso - habrá realizado un movimiento corporal y por ello, expresado físicamente, - una actividad, un hacer, pero faltará el coeficiente psíquico necesario o sea la voluntad para que tal actuación sea relevante en el campo del derecho. Al no integrarse la conducta, por faltar la voluntad habrá inexistencia del delito.

Así en relación con el delito de adulterio se presentan situaciones de fácil comprensión en relación a los durmientes.

Por ello no resulta difícil imaginar que si el durmiente es una mujer o un hombre casados, si durante su sueño profundo sumido en un estado de excitación, otra persona distinta de su cónyuge se aprovecha de esta situación para llegar a tener un acceso carnal, el resultado es una clara ausencia de conducta, misma que se traduce en la inexistencia lógica del delito.

Las mismas consideraciones aplicadas al sueño, corresponden al Sonambulismo, sólo que la única diferencia es la facultad motriz o de locomoción, la que permite deambular al que se encuentra en tal estado.

Tal posibilidad motora o de locomoción, agiliza, en relación al adulterio, las posibilidades de realizar una unión sexual involuntaria y por ende permite que se presente como hipótesis de ausencia de conducta siendo por ello - que el sonámbulo, no pueda ser agente del delito de adulterio.

El problema resulta más grave con el HIPNOTISMO, pues estriba en saber si la persona que se encuentra en estado de sugestión hipnótica, puede delinquir únicamente con una sola orden del hipnotizador.

Con referencia a lo anterior existen tres escuelas:

La primera señala que el hipnotizado, no puede delinquir, ya que al ser le sugerido el delito, se produce un choque psicológico que lo hace rechazar la sugestión.

La segunda, afirma que el hipnotizado siempre realizará ciega y automáticamente las sugestiones hipnóticas, siendo posible que delinca con la simple orden del hipnotizador.

La tercera denominada intermedia, señala que solo en el caso de personas depravadas o con tendencias criminales, obedecerán ciegamente las sugerencias delictivas del hipnotizador, ya que las personas moralmente normales reaccionarán rechazando la sugerencia delictiva del hipnotizador, en virtud del choque que les produce la sola idea de delinquir.

En el delito realizado por un hipnotizado, es indiscutible que nos encontraremos ante una ausencia de conducta, por falta de voluntad en la acción u omisión, así podemos afirmar que la persona que se encuentra bajo sugestión hipnótica carece de voluntad, lo cual le impide ser agente del delito de adultorio, resultando una hipótesis de ausencia de conducta.

Entre los códigos vigentes pocos son los que se ocupan del hipnotismo, el argentino (art. 78), declara que en el concepto de violencia se comprende el uso de medios hipnóticos, por lo cual el delito realizado por el hipnotizado no sería imputable pues declara no punible (art. 34,) al que obra violentado por una fuerza irresistible. En esta legislación, la sugestión hipnótica vendrá a ser equivalente de la fuerza física irresistible. El Código Colombiano en su ar

Artículo 23 frac. I. declara exento de responsabilidad al que obra en estado de -
sugestión hipnótica. (5)

Bibliografía.

- (1) Castellanos Tena Fernando
Lineamientos de Derecho Penal
Edit. Porrúa p. 135
México 1971

- (2) Maggiore Giuseppe
Derecho Penal Parte Especial
Trad. José J. Ortega T.
Edit. Temis Ltda. 4a. Edición Vol. IV. p. 316 y 317
Bogotá 1965.

- (3) Jiménez de Asúa Luis
Tratado de Derecho Penal".
Edit. Losada 2a. Edición III p. 732

- (4) Fontán Balestra Carlos
"Tratado de Derecho Penal"
Edit. Abeledo Perrot Tomo I p. 413 y 414
Buenos Aires 1960

- (5) Cuello Calón Eugenio
Derecho Penal
Casa Editorial Bosch Barcelona 1975 p. 294

LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO.

El tipo es un molde que dará lugar a la tipicidad, y ésta se da cuando la conducta o el hecho se adecúen a lo prescrito en el tipo. La importancia del tipo cobra su verdadero valor, cuando éste se entiende como fundamento de la antijuridicidad.

El contenido del tipo, ha suscitado grandes discusiones:

"El contenido del tipo, puede ser meramente objetivo, u objetivo y -normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien objetivo y subjetivo" (1).

En virtud de lo anterior, el concepto del tipo puede abarcar tan sólo la conducta o hecho, atendiendo a una concepción descriptiva, incluir elementos normativos o subjetivos, o ambos si es que el tipo así lo permite.

Luis Jiménez de Asúa quien se inclina a clasificar los tipos en anormales y normales, dice:

El tipo normal es eminentemente descriptivo, sin importar que el tipo contenga referencias y modalidades a la conducta o hecho, e incluso elementos subjetivos y normativos, siempre y cuando no rebasen su papel descriptivo.

Para Beling el tipo es exclusivamente objetivo o descriptivo. (Teoría de la Pura Coordinación de la Independencia). (2)

Mayer, citado por Celestino Porte Petit atribuye al tipo penal un valor indiciario de antijuridicidad o sea que toda conducta que se ha conformado a

un tipo, debe estimarse presuncionalmente antijurídica (3).

Esta tesis ha sido aceptada por la Suprema Corte, por ser el tipo, un indicio de antijuridicidad, y que desde luego no funda la culpabilidad.

Edmund Mezger infiere un mayor grado de evolución al concepto del tipo como fundamento de la antijuridicidad, al expresar:

"que el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto, que el tipo penal que describe dicho actuar típico posee por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penal (RATIO ESSENDI de la antijuridicidad), aunque a reserva siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto, pues si tal cosa ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad". (4)

Blasco y Fernández no toma en consideración lo dicho por Mezger al decir". . . . es la antijuridicidad donde hay que buscar la ratio essendi de la tipicidad ya que si una conducta determinada llega a ser tipificada en las disposiciones penales, lo es porque la misma se reputa en la generalidad de los casos, es decir, cuando no concurren otros motivos justificantes de ella, como tan gravemente antijurídica en cuanto contraría a las normas de cultura en que el estado encuentra su base jurídica y conforme a las cuales orienta su función creadora del derecho, que no halla medio más útil que el legislador, para defender dichas normas, que declarar aquella conducta delictiva y por ende, sujeta a sanción penal." (5)

En resumen podemos decir, que la conducta o el hecho es antijurídico

porque es típico, como menciona Porte Petit "el tipo existe previamente a la realización de la conducta, e igualmente preexisten las hipótesis del aspecto negativo de la antijuricidad o sean, las causas de licitud, la conducta realizada, será antijurídica o lícita tan pronto se conforme al tipo descrito por la ley o no. Es decir, la conducta será típicamente antijurídica o típicamente lícita, pues no puede negarse que desde que nace el elemento objetivo y se adecúa al tipo, la conducta típica es lícita o ilícita". (6)

TIPICIDAD.

"La tipicidad consistirá en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo" (7)

Este concepto, permite que la tipicidad como relación conceptual pueda ser referida a cualquier tipo, sea cual fuere el variado contenido de éste.

Al decir "adecuarse a lo previsto por el Tipo", quedan incluidos todos los elementos que constituyan al tipo delictivo en particular, evitándose de tal modo, que se haga mención directa a cada uno de los elementos que daría lugar a un concepto que contenga elementos superfluos y que pudiera excluirse algún elemento primordial.

En cuanto al delito objeto de nuestro estudio existen graves problemas de interpretación y aplicación de la norma relativa, a consecuencia de que el artículo 273 del Código Penal no contiene definición alguna del delito de adulterio, sino que tan sólo se limita a establecer las condiciones necesarias para su tipicidad y la sanción aplicable.

De lo anterior se deduce la falta de referencia al elemento objetivo del delito, ni a los sujetos activos tanto en su calidad, cantidad y sexo, respecto al sujeto pasivo, solo hay referencia indirecta al hacerse mención "al cónyuge ofendido", asimismo, entre los artículos relativos encontramos fundamentalmente reglas de carácter procesal, pero además el artículo 273, también hace mención a la referencia espacial consistente en el "domicilio conyugal" y al muy controvertido elemento normativo del "escándalo", elementos que para algunos autores y para la Suprema Corte, hacen posible la aplicación de la sanción, tampoco se hace mención al objeto jurídico tutelado, ni al objeto material del delito, pero ello resulta subsanable mediante una adecuada interpretación dogmática del delito, del mismo modo que se llega a la conclusión, de la necesidad del presupuesto jurídico de la conducta que es el matrimonio.

El artículo 273 del Código Penal a la letra dice:

"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".

Este artículo ha dado lugar a vivas discusiones, e incluso se ha llegado a negar la existencia del tipo de adulterio, debido a que el citado artículo habla exclusivamente de los culpables y de la pena que se les debe aplicar, y el artículo 275 expresa que únicamente se castigará el adulterio consumado, y como existe la garantía constitucional "NULLUM CRIMEN SINE LEGE", al juzgador le está vedado sentenciar y condenar a alguien por un hecho cuyos elementos constitutivos como delito no se encuentran en artículo alguno

del código represivo (8)

Algunas legislaciones de otros estados de la república no tipifican el adulterio en su código penal, en atención a que el estado no debe intervenir en cuestiones morales y de diversa índole, que sólo afectan al fuero interno de los sujetos involucrados.

Ahora bien la tipicidad puede aparecer, por haber una integración jurídica y una integración natural.

El caso de la integración natural del adulterio, se presentará cuando éste sea instantáneo.

La integración jurídica del adulterio se tendrá cuando éste sea continuado, ya que tal integración permite que diversos actos naturales y singulares se subsumen en una sola descripción típica.

De tal suerte que no puede afirmarse que ha habido tantos adulterios como actos singulares, debido a la cohesión que se presenta entre todos y -- cada uno de los diversos actos naturales y singulares, pero debe tomarse en cuenta que el delito continuado requiere la unidad de propósito, la pluralidad de conductas y la identidad de lesión jurídica.

El adulterio, puede integrarse monotípicamente, ya sea que se presente solo o en concurso de delitos.

Clasificación en orden al tipo.

El adulterio es un tipo

- a) fundamental o básico

BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

- b) autónomo o independiente.
- c) de formación libre.
- d) normal.
- e) complejo (en cuanto a la cantidad de bienes tutelados).

a) El delito de adulterio es un tipo fundamental o básico, porque su existencia no deriva de ningún otro delito, ni tampoco su esencia delictiva y más particularmente, tampoco de ninguno de los denominados delitos sexuales, ya que cada uno de ellos tiene su esencia y elementos propios.

Esto lo afirma el concepto de G. Maggiore, al decir: "Delito tipo es el que se presenta en su puro modelo legal, sin más características que los -- essentiali delicti". (9)

b) Es un tipo autónomo e independiente, ya que en el código encuentra sustantividad propia el art. 273 del Código Penal para el D.F. y en general podemos decir que todo delito tipificado en su parte especial, tiene independencia o existencia propia y autónoma.

c) Es un tipo de formulación libre, en vista de que el tipo no menciona medios especiales a emplearse para su comisión, de tal modo que lo que realmente tiene trascendencia jurídica penal, es que el medio sea idóneo para la producción del resultado jurídico o inmaterial, consistente en la lesión efectiva del bien jurídico tutelado.

d) El adulterio es un tipo normal si se considera que éste acepta tanto - referencias y modalidades de la conducta, como elementos subjetivos, especialmente los llamados normativos.

Los elementos normativos tienen valoración jurídica y una vinculación directa con la antijuridicidad; no deben confundirse con aquellos que tienen valoración cultural y son meramente descriptivos.

Al exigirse el "escándalo" en el tipo del adulterio estamos en presencia de un pseudo elemento normativo, ya que éste se da en razón de una valoración cultural y en relación directa al concepto medio que tenga la sociedad de tal conducta afrentosa y que conmociona el orden social. En tal sentido el escándalo no tiene vinculación con la antijuridicidad, ya que es tan sólo una modalidad o consecuencia directa de la conducta adulterina, y que de acuerdo al artículo 273 del C.P. es uno de los requisitos para hacer punible el adulterio.

En conclusión los tipos normales son escuetos, se limitan a dar una descripción objetiva de la conducta del delincuente. Su función principal es de Ratio Cognoscendi.

Son tipos anormales aquéllos en que la descripción típica no se limita a su función descriptiva normal, si no que la rebasa incluyendo además elementos normativos o excesivas alusiones a elementos subjetivos del injusto.

e) El adulterio es un tipo complejo, debido a la unidad o pluralidad de bienes jurídicos tutelados. Esta pluralidad o superbien, es el Buen Orden Familiar.

Elementos del Tipo.

El tipo en particular tiene sus elementos propios que son:

- a) Presupuesto de la conducta.
- b) Conducta.
- c) Sujeto activo.
- d) Sujeto pasivo.
- e) Objeto material del delito.

Los elementos del tipo de adulterio (art. 273 C.P.) los iremos deduciendo de la Teoría y de la Jurisprudencia porque como podemos observar el precepto penal que nos proporciona nuestro ordenamiento, solo hace referencia a los culpables y a la sanción, pero en ningún momento menciona los elementos del tipo.

a) El presupuesto de la conducta, consiste en el matrimonio válido o eficaz, o sea un elemento preexistente al delito, es decir, que el estado civil de uno de los agentes debe derivarse del acto jurídico denominado matrimonio.

La falta de este primer elemento da como resultado el aspecto negativo del tipo, o sea la atipicidad.

b) La conducta, que ya ha sido explicada en el capítulo anterior ampliamente, consiste en la unión sexual normal o anormal.

c) En el tipo de adulterio, solo pueden ser sujetos activos en su caso, --

las personas vivas, quedando así excluidos los animales y cadáveres.

Eugenio Cuello Calón dice:

"Solamente el hombre puede ser sujeto del delito, sólo el hombre puede ser denominado delincuente." (10)

Debemos señalar que por razones fácticas, el adulterio solo puede realizarse mediante el concurso necesario de personas y que además son las que directamente ejecutan la materialidad de la conducta, es decir que en sentido estricto se trata de auténticos sujetos activos primarios.

d) En contraposición al sujeto activo que lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado, se encuentra el sujeto pasivo del delito, que es el titular del bien que resulta lesionado o puesto en peligro por el agente.

De tal manera que puede afirmarse que el sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien o interés jurídicamente protegido. Huggo Rocco citado por Luis Jiménez de Asúa admite que una colectividad de individuos no personificada jurídicamente, puede ser sujeto pasivo del delito.

Así, que el sujeto pasivo puede ser tanto una persona física, como una entidad colectiva sin personalidad jurídica, como lo es la familia, o bien una persona jurídica.

En relación al adulterio el problema de dilucidar quien es el sujeto pasivo es difícil puesto que es necesario saber y conocer primero cual es el bien jurídico tutelado o el objeto jurídico.

"El objeto jurídico del delito es el bien jurídico que el hecho punible le

siona o pone en peligro. Se distingue el objeto genérico del delito que es el bien o interés colectivo y el objeto específico del mismo el bien o interés del sujeto pasivo del delito." (11)

Francesco Carrara dice: " El deber de la fidelidad conyugal es indiscutible, y es deber jurídico porque el otro cónyuge tiene el derecho correspondiente de exigir su observancia . Y continua diciendo: la esposa tiene derecho a la fidelidad del marido, así como tiene derecho a ser por él alimentada". (12)

A la posición de Francesco Carrara se le ha atacado porque, la fidelidad conyugal más que un deber jurídico es un deber moral, como el comportamiento leal entre amigos, lo cierto es que de ser base del matrimonio, tendría que exigirse a uno y otro consorte, en cuyo caso no podrían hacerse las diferencias que la legislación española y argentina, así como la gran mayoría de los códigos vigentes establecen entre el adulterio de la mujer y el amancebamiento del hombre mejor denominado como concubinato.

Luis Jiménez de Asúa y Antón Oneca refiriéndose al honor comentan que "imposible es alegar, que es el adulterio un ultraje contra el honor, porque es injusto y absurdo proclamar que padece menoscabo la honra del marido, o de la mujer engañada, por la conducta del cónyuge infiel". (13)

El caso contrario lo encontramos en el comentario que nos hace Enrique Cardona Arizmendi y Cuauhtémoc Ojeda R., al nuevo Código Penal del estado de Guanajuato refiriéndose al delito de adulterio, diciendo que al legislador le interesó fundamentalmente el honor y la posible descendencia. (14)

Sebastián Soler dice: "Este delito tiene como característica la de vincu

larse con un complejo de intereses y principios que están muy por encima de la mera discusión de un problema estrictamente penal. Cuando se discute sobre adulterio, está en juego la concepción del matrimonio y de la familia, que para algunos es la base misma de la sociedad" (15)

Es lógico que resulte imposible encontrar la solución en un bien simple, que por ser parcial resulta incapaz para comprender la estructura compleja de la institución familiar. Otros autores, comprendiendo esto, estudian el problema de una forma más completa, al concebir la complejidad del bien lesionado.

Nuestro código penal en el caso del art. 273 tiene como objeto jurídico del delito, la fidelidad conyugal.

Con referencia al bien jurídico tutelado se encuentran las siguientes -- opiniones: G. Maggiore dice, "Es objeto de éste delito el interés público de amparar el ordenamiento ético-jurídico del matrimonio monogámico, contra el cual se atenta no sólo con las nupcias dobles (bigamia), sino también con las relaciones extra matrimoniales de alguno de los dos cónyuges" (16)

Eugenio Cuello Calón nos dice que el "Interés protegido es el orden jurídico y moral del matrimonio y por consiguiente el orden jurídico y moral de la familia que tiene en aquél su fuente originaria. Entre los elementos integrantes del orden jurídico matrimonial uno de los más relevantes es el deber de fidelidad conyugal, que tiene no solo base moral religiosa, sino también jurídica". (17)

Francisco González de la Vega dice que "... parece indudable que, por lo menos los adulterios cometidos en la forma de grave ultraje contra el ofendido, alteran o comprometen la paz y tranquilidad de la familia matrimonial. Es

pues primordialmente el adulterio delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial". (18)

Así puede concluirse diciendo que el bien jurídico protegido es el Orden Jurídico y Moral de la Familia, o bien, el Buen Orden Familiar. Por lo que su ubicación en el código penal vigente es incorrecta, por incluirse en el Título - Décimoquinto: "Delitos Sexuales." cuando debería haber sido catalogado, con mejor técnica en un epígrafe denominado, por ejemplo "Delitos contra la Familia" o contra el orden Familiar, junto con infracciones que afectan dicho bien.

Se considera pertinente hacer alusión a la tendencia, cada vez más marcada, de suprimir el carácter delictivo del adulterio, para abandonarlo o dejarlo al campo de la legislación puramente civil. Algunos estados de la república, como, Veracruz, Michoacán y Yucatán ya no lo tipifican.

e) Objeto Material del Delito.

El objeto material es aquella persona sobre la cual recae el delito, es -- decir, es el sujeto pasivo.

REFERENCIAS ESPACIALES.

Las referencias espaciales son simplemente modalidades referidas a la conducta y que se insertan en el tipo penal.

En el delito de adulterio, se presenta claramente la referencia espacial consistente en la comisión del adulterio en "el domicilio conyugal".

Esta referencia resulta condicionante de la punibilidad del adulterio co-

metido en el domicilio conyugal, o en su caso con escándalo.

Como se deduce del art. 273 del código penal en virtud de la redacción del mismo, el delito de adulterio resulta estar condicionado a que debe cometerse en el "domicilio conyugal" o en su caso con escándalo, para considerarse como tal.

La exigencia legal de que la comisión del adulterio sea referida precisamente a un lugar determinado, es una simple cuestión de tipicidad, que si no se cumple, la consecuencia será la atipicidad, resultando en consecuencia imposible la integración de la estructura del delito y en última instancia no será posible la sanción penal.

Los comentaristas y la jurisprudencia, han reiterado, que sólo se sancionará el adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, lo que equivale a darle a tales referencias, la categoría de condiciones objetivas de punibilidad, lo cual nos parece un tanto erróneo; pues como en renglones anteriores mencionamos, el domicilio conyugal es tan solo una referencia espacial de la conducta que integra un elemento típico mas.

EL ELEMENTO NORMATIVO.

Para Luis Jiménez de Asúa, solo son auténticos elementos normativos, los que se vinculan con la antijuridicidad y que se hallan en los tipos legales - por impaciencia del legislador quien tuvo la intención de afirmar por anticipado la ilicitud, y que considera que generalmente los elementos normativos con valoración jurídica son los auténticos, cosa que no sucede con los que tienen valora

ción cultural, que tan sólo son descriptivos u objetivos.

El escándalo es obviamente objeto de valoración cultural o empírica, -- así que su concepto variará para unos y otros, existiendo no obstante eso, un concepto medio cultural, por ésto como afirma F. González de la Vega, el escándalo es la publicidad de un acto que ofende la moral media social, siendo su carácter privativo y específico dicha ofensiva notoriedad.

En vista de que el escándalo es una consecuencia o también una modalidad concurrente a la realización del adulterio, pero que no es la unión sexual misma, que es lo antijurídico, no se piensa que tenga valoración jurídica, ni implique vinculación alguna y directa con la antijuridicidad, por lo cual el escándalo es tan sólo la conmoción de la moral media social que el adulterio produce en el grupo social, de tal modo que puede ser apreciada por el juez de manera objetiva.

La parte del artículo 273 que hace alusión al escándalo tan sólo va a ser referida para resolver si se aplica o no, la sanción a los adúlteros culpables, lo cual ya hace suponer que en momento anterior y oportuno se resolvió todo lo relativo a la antijuridicidad y que ya en el momento en que queda comprobada la culpabilidad, debe procederse a examinar si es posible la punibilidad, de tal modo que si hubo escándalo por el adulterio, plenamente cabe la punibilidad.

Lo antes escrito acerca de que si es o no un auténtico elemento normativo, así como en lo que consiste nos ayudará a explicar esta referencia típica que se encuentra inserta en el tipo penal y la forma en que se presenta como -

condición objetiva de punibilidad es errónea. Con fundamento en la opinión de -- destacados doctrinarios puede afirmarse, que tales condiciones son anexos del tipo y que por no tener relación causal con el elemento objetivo, ni con la anti-juridicidad, ni culpabilidad, con tal sentido no tienen por que figurar en el tipo.

El escándalo como es una modalidad más de la conducta, su lugar está en el tipo y su ausencia generará la atipicidad y no un aspecto negativo de las -- condiciones objetivas de punibilidad.

LA ATIPICIDAD.

El estudio del aspecto negativo de la tipicidad en el adulterio es la atipicidad, que se presenta cuando la conducta o hecho, no se adecúa a lo previsto -- por el tipo.

La atipicidad es diversa o diferente a la ausencia de tipo, ésta última se presenta cuando una conducta o hecho, no están previstos en la norma penal, de tal modo, que se trata de una ausencia total de descripción de la conducta o del hecho en la ley penal siendo así que se presenta una inexistencia del presupuesto general del delito. Así que en tal caso surgen los llamados delitos putativos, en los que la persona cree que la conducta o hecho producido por ella, es delito, siendo que en realidad no lo es, cobrando así relevancia el principio jurídico penal de "Nullum Crimen Sine Lege".

El fundamento constitucional de la tipicidad y por ende de la atipicidad -- se encuentran en el segundo y tercer párrafos del artículo 14 de nuestra Carta Magna que contienen las garantías del delito y de las penas, brindan también la

oportunidad, en un razonamiento a contrario sensu, de esgrimirlos como bases constitucionales para fundamentar la atipicidad. (19)

Así concretamente en el delito de adulterio encontramos las siguientes atipicidades.

1. - Por falta del presupuesto jurídico de la conducta adulterina, así que aunque tal presupuesto preexiste al delito, su lugar reside en el tipo, y solo las razones lógicas lo permiten anteponer a la conducta.

Hay que aclarar que para que exista la conducta adulterina, se necesita que cuando menos uno de los agentes del delito, tenga la calidad jurídico - penal de casado, de no ser así, no habrá sujeto pasivo inmediato, es decir, cónyuge ofendido ni tampoco lesión jurídica.

2. - Por falta del elemento objetivo o conducta, se produce la atipicidad por no haberse realizado la acción descrita en el tipo y aunque ésta no se describe en el art. 273 del C.P., la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en forma más o menos adecuada ha interpretado el precepto penal, diciendo que habrá atipicidad si la conducta no conduce a la cópula normal o anormal, quedando excluidos los simples actos libidinosos no tendientes a la realización de la cópula. Asimismo, habrá atipicidad, si tal conducta se realiza en forma violenta.

3. - La atipicidad por ausencia de sujetos activos, o sea la ausencia de una de las personas vivas con quien voluntariamente se va a realizar la cópula, aunque el art. 275 del ordenamiento penal, prescriba que solo se castigara el adulterio consumado.

4. - También se presenta la atipicidad por falta de modalidades de la -- conducta, como sucede con la ausencia de la referencia especial del adulterio consistente en la comisión del mismo en el "Domicilio conyugal".

Esto no es una condición objetiva de punibilidad en estricto sentido, sino que simplemente es una referencia espacial y su ausencia produce la atipicidad.

5. - De igual forma se puede expresar con referencia al escándalo que -- como ya se dijo, no puede ser considerado como elemento normativo, por ser -- meramente descriptivo y no vincularse con la antijuridicidad de tal suerte que, resulta ser otra modalidad más de la conducta que está ligada casualmente a los agentes y tampoco se trata de una condición objetiva de punibilidad puesto que no es nada extraño a la voluntad de los mismos, como realmente lo exigen las condiciones objetivas de punibilidad. Por tanto, la falta de "Escándalo" produce la - atipicidad.

Bibliografía

- (1) Porte Petit Celestino.
Apuntamientos a la Parte General de Derecho Penal.
Edit. Jurídica Mexicana México 1961 tomo 1 p. 424
- (2) Ob. Cit. Porte Petit p. 425
- (3) Ob. Cit. Porte Petit p. 426
- (4) Ob. Cit. Porte Petit p. 427
- (5) Ob. Cit. Porte Petit p. 427 y 428
- (6) Ob. Cit. Porte Petit p. 429
- (7) Ob. Cit. Porte Petit p. 471
- (8) Almaráz Harris José.
Algunos errores y absurdos de la Legislación penal de 1931
Sin. Edit. 1941 México.
- (9) Maggiore Giuseppe.
Derecho Penal.
Trad. de José Ortega Torres.
Edit. Temis Ltda. Bogotá 1972 Vol. 1 p. 292.
- (10) Cuello Calón Eugenio.
Derecho Penal
Casa Editorial Bosch. Barcelona 1975 p. 280
- (11) Ob. Cit. Cuello Calón p. 292
- (12) Ob. Cit. Carrara p. 277
- (13) López Goicochea Francisco.
Código Penal Comentado y Concordado del Edo. de Gro.

- Sin. Edit. México 1962 y p. 185.
- (14) Cardona Arizmendi E. y Ojeda Rodríguez C.
Código Penal Comentado del Estado de Gto.
Cárdenas Editor y Dist. México 1977 p. 492
- (15) Soler Sebastian.
Derecho Penal Argentino.
Edit. T. E. A. S. A. tomo III
Buenos Aires. 1976 p. 273
- (16) Ob. Cit. Maggiore G. Tomo IV p. 186
- (17) Cuello Calón Eugenio.
Derecho Penal.
Edit. Bosch. tomo II p. 641
Barcelona 1975.
- (18) González de la Vega Francisco
Derecho Penal Mexicano.
Edit. Porrúa México, 1975 p. 431.
- (19) Martínez Licona Aristeo.
Dogmática del delito en la Legislación Penal Veracruzana, y en
la del Distrito y Territorios Federales.
Sin. Edit. 1953 México p. 56

LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO.

Debe quedar muy claro, que la antijuridicidad en particular, es la contradicción entre la conducta o hecho delictivo y la norma jurídica. Ahondando en la cuestión se encuentra que en su esencia fundamental la antijuridicidad expresa la relación de contradicción entre el hecho y la norma jurídica.

Sin embargo ya que de la norma, como es sabido surgen dos situaciones subjetivas opuestas, la contradicción se actualiza también entre el hecho y estas dos situaciones, es decir, entre el hecho y la obligación, y entre el hecho y el interés protegido. Por consiguiente se presentan: contrariedad a la norma, contrariedad a la obligación y contrariedad al interés protegido.

De tal modo que debe descartarse el criterio de que la antijuridicidad es la contradicción del hecho con la totalidad del orden jurídico, por no ser realista, ya que la antijuridicidad debe referirse específicamente a la contradicción del hecho con la norma jurídica correspondiente a una determinada rama del derecho que regula la actividad del hombre en alguno de los diversos campos del derecho.

Por eso no es exacto decir que la antijuridicidad es "la contradicción del hecho con la totalidad del orden jurídico" (1)

Es importante hacer notar, que en ocasiones la antijuridicidad, debe valorar por adelantado ciertos elementos que normalmente corresponden a la culpabilidad, por desarrollar ahí su función, así sucede en forma análoga con la tipicidad que a veces incluye elementos propios de la antijuridicidad. Esto no implica el juicio mismo sobre la culpabilidad.

Como nos dice Bettiol "la antijuridicidad consiste ni más ni menos, en -- una valoración que el juez realiza acerca del carácter lesivo de un comportamiento humano".

Realmente creemos que la valoración debe ser objetiva, porque la antijuridicidad aparece cuando una conducta o hecho viola una norma penal, simple y llanamente, sin que exista una causa de licitud, de tal modo que la antijuridicidad debe consistir en una valoración externa de la conducta o hecho.

Por ello se puede concluir que con ". . . la aguda separación entre valoración del acto (injusto típico) y valor del autor (atribuibilidad), se hace patente una conquista característica de la moderna ciencia jurídico-penal, que injustamente se ha puesto de nuevo en tela de juicio: La teoría de la antijuridicidad se limita a la caracterización negativa del acto, es juicio del suceso, no de la personalidad" (2)

ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

"La antijuridicidad presenta un doble aspecto: el formal constituido por la conducta opuesta a la norma, y el material integrado por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Ambos suelen coincidir, los hechos que las normas penales prohíben o mandan a ejecutar son siempre nocivos, peligrosos socialmente, pero aún cuando no lo fueren no dejarían de ser antijurídicos por -- estar en contraposición con lo preceptuado por la norma, o la existencia de hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad no previstos por la norma penal sólo pueden ser causa para una ley que los sancione y sólo entonces serán

realmente antijurídicos " (3)

El problema de la antijuridicidad formal y material encuentra una solución con la aplicación del principio penal "Nullum Crimen Sine Lege", por eso la única antijuridicidad válida es la formal, aunque la solución ideal se da cuando coinciden ambas en una norma.

Este problema cobra relevancia en relación al adulterio, ya que este delito no es tipificado en varias legislaciones de modo que en tales casos no existe antijuridicidad formal del adulterio, aunque existe en muchos o pocos la conciencia íntima de la violación de un bien jurídico al realizarse tal conducta, siendo que esto no basta para su acriminación.

Puede decirse que el adulterio es antijurídico, cuando la conducta se adecúa a lo prescrito en el tipo y no exista una causa de licitud o justificación que lo ampare, aunque realmente, no le son aplicables las causas de licitud, por lo cual, puede decirse que en principio, para que el adulterio sea antijurídico, basta que sea típico.

Aspecto Negativo de la Antijuridicidad o Causas de Justificación.

Las causas de justificación pueden definirse: "como aquellas especiales situaciones en las que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o impone."(4)

Fernando Castellanos nos dice que las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica y que representan un aspecto negativo del delito; en presencia de una de -

ellas faltará uno de los elementos esenciales del delito, que es la antijuridicidad; en tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho.

Como ha quedado establecido en el apartado anterior, que la antijuridicidad tiene un doble aspecto, es decir, la conducta opuesta a la ley y el ataque al bien jurídico protegido, por lo que solo podrá hablarse de antijuridicidad cuando hay una ley violada, de tal suerte que lo único que podrá establecer las causas de justificación será otra ley que así lo disponga.

Por lo anterior las causas de justificación a que hacemos mención deben estar expresamente determinadas en la ley sin que haya posibilidad de admitir excluyentes de responsabilidad de naturaleza justificativa, es decir, que no podrá invocarse ninguna causa que no está dentro de la mención que limitativamente haga la ley.

En nuestro código penal bajo el título de circunstancias excluyentes de responsabilidad en el art. 15 encontramos las siguientes:

La legítima defensa.

Estado de necesidad.

Cumplimiento de un deber.

Ejercicio de un derecho.

Obediencia jerárquica.

Impedimento legítimo.

Legítima Defensa.

Para Cuello Calón la legítima defensa, . . . es la defensa necesaria para

rechazar una agresión actual o inminente e injusta mediante un acto que lesiona bienes del agresor. (5)

Carlos Fontán Balestra dice que se debe entender a "La defensa legítima como la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima y no provocada, de un bien jurídico, actual o inminente amenazado por la acción de un ser humano". (6)

Para R. Maurach "la legítima defensa es la defensa necesaria para repeler de sí mismo o de un tercero, la agresión actual y antijurídica. (7)

Para Luis Jiménez de Asúa, " la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor; sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla. (8)

En relación al adulterio, puede afirmarse terminantemente que no opera la causa de justificación consistente en la legítima defensa.

El Estado de Necesidad.

Para que sea válido como una causa de justificación y de acuerdo con el precepto regulador del estado de necesidad, se desprenden los siguientes elementos:

- a) amenaza de un peligro o mal grave y actual o inminente;
- b) que dicho mal o peligro sea injusto;
- c) imposibilidad de evitar el mal por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno;
- d) y que el necesitado no haya dado lugar con su conducta intencional

al surgimiento del estado de necesidad.

En caso de conflicto entre bienes de diverso valor no cabe duda sobre la justicia de la intervención del tercero que defiende el bien de mayor valor.

Como fácilmente se puede observar, resultaría absurdo que el adulterio se pudiera amparar en un estado de necesidad, ya que no se concibe que mediante la cópula adulterina se satisfaga la necesidad de salvar la propia persona, -- los bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro grave, real e inminente, sin posibilidad de recurrir a otro medio practicable y menos perjudicial.

El Cumplimiento de un Deber.

El artículo 15 fracción V. del Código Penal incluye al "obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado en la ley".

Esta fracción conjunta dos situaciones que son diversas: El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. Ambas ofrecen similitudes y diferencias: la similitud se presenta porque ambas nacen del ordenamiento legal y admiten el exceso; se diferencian en que el ejercicio de un derecho es facultativo y el cumplimiento de un deber es obligatorio y su omisión acarrea sanción.

En relación con el adulterio, podemos excluir la posibilidad de su justificación con base en un pretendido cumplimiento de un deber legal porque no hay ley alguna que obligue a la realización de la cópula. Al casado, tampoco se le obliga a la realización de la cópula, sino que se le faculta tan sólo, de tal modo que no se puede considerar como un deber la realización de la misma,

por lo cual si no existe el deber, no puede haber una cópula adulterina que se pretende amparar en el cumplimiento de un deber legal.

El Ejercicio de un Derecho.

El ejercicio de un derecho debe derivar de la ley y es facultativo para su titular, de tal modo que si éste al ejercitarlo, lesiona o pone en peligro otros bienes jurídicos, está actuando ilícitamente desde un principio, por ello si no ejercita su derecho facultativo, no hay consecuencia jurídica.

También aquí el adulterio cometido por el casado no se puede amparar en esta causa de justificación, porque el cónyuge sólo está facultado a ejercitar su derecho marital con su propio cónyuge y no con otra persona. En esto se fundamentó el adulterio, es decir, en la conservación del orden familiar y del matrimonio.

Obediencia Jerárquica.

No es posible ya que no imaginamos que potestad pudiere ser la que obligara a un sujeto a cometer un acto adulterino.

Impedimento Legítimo.

Consiste en contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por estar impedido legítimamente.

En relación al adulterio, de ninguna manera se puede amparar la ausencia de actividad penalmente obligatoria y preponderante, en virtud de que la cau

sa que impide tal actividad es la realización de un adulterio.

Bibliografía.

- (1) Fontán Balestra Carlos
Tratado de Derecho Penal Parte General
Edit. Abeledo Perrot Buenos Aires 1966 tomo 11. p. 66
- (2) Maurach Reinhart
Tratado de Derecho Penal.
Trad. Juan Córdoba Roda
Edit. Ariel Barcelona 1962 tomo 1 p. 356 y Ss.
- (3) Cuello Calón Eugenio
Derecho Penal
Casa Editorial Bosch Barcelona 1975 p. 311
- (4) Antolisei Francesco.
Manual de Derecho Penal Parte General.
Trad. Juan del Rosal y Angel Torio.
Edit. UTEHA Buenos Aires 1960 p. 201
- (5) Ob. Cit. Cuello Calón p. 217
- (6) Ob. Cit. Fontán Balestra p. 127
- (7) Ob. Cit. Maurach Reinhart p. 356 - 357
- (8) Jiménez de Asúa Luis.
La Ley y el Delito.
Edit. Sudamericana Buenos Aires 1976 p. 289

LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA EN EL DELITO DE ADULTERIO.

Siguiendo con la estructura del delito corresponde ahora analizar la imputabilidad, que es requerida para la estructuración del delito.

Teorías sobre la Imputabilidad.

La escuela positiva o determinista, afirma que el hombre no es libre, - ya que está determinado por factores endógenos y exógenos de tal modo que se niega la libertad del hombre. Por eso el positivismo "... , consecuentemente con su negación de libre albedrío y su determinación fatalista, tiene que buscar fuera de las propias cualidades internas del alma del sujeto, la base de la imputabilidad" (1)

Este planteamiento de la imputabilidad fundado en la peligrosidad, falla desde sus mismas bases porque no existe siempre una relación directa indispensable entre inimputabilidad y peligrosidad por que si bien se puede ser totalmente inimputable puede llegar a ser nula la peligrosidad, tal teoría tampoco observa que la peligrosidad no se cifra en la comisión ocasional de un delito que incluso puede ser culposos, sino que el verdadero peligro está en los delincuentes reincidentes que llegan a producir malestar social.

Creemos que el positivismo es inaceptable, ya que las doctrinas fundadas en el estado peligroso, soslayan la discusión filosófica sobre el libre albedrío y basan la imputabilidad en el peligro que el delincuente representa para la sociedad.

La escuela clásica por el contrario, funda totalmente la imputabilidad en la libertad humana y dice que la imputabilidad no es sino la imputabilidad -

moral aplicada al delincuente. De acuerdo con el libre albedrío, el hombre -- goza de la libertad de actuar y del criterio de orientar sus actos hacia el bien o hacia el mal según le plazca.

Así que el imputable debe tener las condiciones siguientes:

1. - Que en el momento de la ejecución del hecho posea el discernimiento de sus actos.

2. - Que goce de la libertad de su voluntad, de su libre arbitrio, es decir de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de su conducta que se presentan ante su espíritu y determinar libremente mediante la potencia de su voluntad". (2)

Costa citado por Domingo Luzón nos dice "La imputabilidad no es otra cosa que la posibilidad de atribuir a su autor, física y moralmente, un hecho. La imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino, ésta misma aplicada en concreto al autor de un hecho jurídicamente punible. La materia de la imputabilidad moral es todo acto humano, de la criminal únicamente el delito." (3)

Concepto de Imputabilidad.

La ley italiana citada por Sergio García Ramírez define a la imputabilidad como "capacidad de entender y de querer. Empero es preciso calificar a la capacidad de entender, como la capacidad de conocer el deber, dicho en -- otras palabras comprender el carácter ilícito de la conducta; y a la capacidad de querer como capacidad de inhibir los impulsos delictivos o aptitud de la -- persona para determinar de manera autónoma, resistiendo a los impulsos" (4).

Esta definición es la más precisa a este respecto, ya que incluye a la voluntad o capacidad de autodeterminación en el querer, así como la conciencia de la ilicitud que resulta de la capacidad de valorar la conducta humana o sea la capacidad de entender.

En relación al adulterio, los agentes adúlteros son imputables cuando tienen capacidad de querer y entender, o sea cuando tienen conciencia de la ilicitud de sus actos y, no obstante valorar los pros y los contras, resuelven voluntariamente realizar la cópula adulterina.

El fundamento legal de la imputabilidad, en México se da casi en forma idéntica que en la mayoría de las legislaciones, se puede obtener solo a partir de la interpretación a contrario sensu de las reglas de la inimputabilidad - - - ejemplo de esto lo encontramos en el art. 15 fracción II. del código penal.

INIMPUTABILIDAD.

Si bien antes vimos que la imputabilidad es un requisito más, para la existencia del delito, siguiendo la prelación lógica de la estructura del delito, obviamente su ausencia generará la inimputabilidad, o sea su aspecto negativo, resultando en consecuencia la incapacidad de culpabilidad y por ende la inexistencia del delito.

Como ya se mencionó, en relación a la inimputabilidad se presenta una situación curiosa debido a la forma en que se regula la inimputabilidad en nuestro código penal y en muchos otros, de donde se deduce que la imputabilidad se obtiene dogmáticamente por excepción regla, dicho en otras palabras interpre-

tando a contrario sensu el art. 15 fracc. II del cual se deduce que resulta imputable quien no es inimputable.

Las causas de inimputabilidad que propiamente se deben considerar son:

- 1) Falta de desarrollo mental.
 - a) Minoridad.
 - b) Sordomudéz.
- 2) Falta de salud mental (trastorno mental permanente)
- 3) Trastorno mental transitorio.

En nuestra legislación penal la falta de desarrollo mental (minoridad) - antes se regulaba en los art. 119 al 122, pero han sido derogados por decreto del 26 de diciembre de 1973 que aprobó la ley que crea los consejos tutelares para menores infractores.

La Sordomudéz como causa de falta de desarrollo mental es también - otra causa de inimputabilidad aunque su situación se regula especialmente en el art. 67 del código penal, que a la letra dice: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción."

El trastorno mental permanente o falta de salud mental, tampoco es - causa de inimputabilidad según la legislación penal, por no estar regulado en la fracción II. del artículo 15 del C.P., no obstante esto, en la dogmática-jurídico-penal, si es causa de inimputabilidad.

Esta está reglamentada en el artículo 68 del C.P., la razón de este

tipo de reglamentación se debe a que la orientación del código de 1931 es netamente positivista en materia de falta de salud mental ya que se considera que el sujeto está determinado por factores endógenos y exógenos y que, por su peligrosidad debe ser recluido para su tratamiento.

Así que la enfermedad mental puede anular la inteligencia, paralizar su desarrollo o alterarlo profundamente y en el campo de la voluntad puede suprimir su libre funcionamiento o trastornarlo gravemente, por ello el enfermo mental y el loco, son inimputables e irresponsables, no pueden responder de los hechos dañosos realizados, ni pueden ser sometidos a pena.

Desde el punto de vista del derecho penal pueden señalarse dos grupos de perturbaciones:

1) aquellas que son extrañas a la personalidad del agente e irrumpen en ella trocándola en otra distinta (alienación) las más patentes son:

"Psicosis" perturbaciones provenientes de las enfermedades cerebrales y las llamadas "neurosis", como la histeria, la locura maniaco-depresiva, la esquizofrenia, epilepsia, etc.

2) Las provenientes de la personalidad anormal del sujeto y que por lo tanto no representan intervención en ella de elementos extraños, sino que corresponden a la propia personalidad (anormal) del sujeto; entre ellas se hallan las oligofrenias (idiotía, imbecilidad) las perturbaciones de carácter afectivo, las de la voluntad, de la vida instintiva (las llamadas psicopatías en sentido estricto), etc.

El trastorno mental transitorio lo contempla el art. 15 fracción II. del

C.P., que en definitiva se traduce en todas sus hipótesis legales, a un simple y llano trastorno mental transitorio, es decir, que hubiera sido más conveniente suprimir el concepto de inconsciencia que además de ser huidizo por los variados grados que presenta para su determinación y que también esta además ya - que si en virtud de las variadas hipótesis que se presentan es como se va a -- determinar, no tiene razón de ser, porque además la inconsciencia de ninguna manera se presenta exclusivamente, por las tres causas señaladas en el art. citado.

Por lo anterior, se cree que tal fórmula hubiera podido ser ventajosamente sustituida por un enunciado general, referente simplemente al trastorno mental transitorio e involuntario, el cual abarca todas las hipótesis, es más claro y de fácil determinación.

Bibliografía

- (1) Luzón Domingo Manuel
Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal.
Edit. Hispano Europea Barcelona 1960 tomo 1 p. 34
- (2) Cuello Calón Eugenio.
Derecho Penal.
Casa Edit. Bosch. Barcelona 1975 p. 359
- (3) Ob. Cit. Luzón Domingo M. T.I. p. 30
- (4) García Ramírez Sergio.
La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano.
Inst. de Inv. jurídicas UNAM México 1968 p. 13

LA CULPABILIDAD.

Teorías sobre la Culpabilidad.

Teoría psicológica de la culpabilidad. Esta teoría tan sólo considera el proceso psicológico que el sujeto haya desarrollado, de tal modo que la culpabilidad reside en la relación subjetiva entre el hecho y el autor, esto es el nuevo proceso psicológico o nexo psicológico, de tal modo que se descarta cualquier posibilidad de valoración por parte del autor.

La falla que se encuentra en esta teoría está, en que no basta el elemento psicológico puro, para integrar la culpabilidad.

Así que de acuerdo a la teoría psicológica de la culpabilidad, "En todo sujeto que delinque se opera un proceso intelectual volitivo, por virtud del --cual se establece una relación psicológica de causalidad, entre el autor y el --acto realizado. En este proceso precisamente se finca la culpabilidad". (1)

Fernando Castellanos Tena dice "... Consideramos a la culpabilidad --como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. (2)

El psicologismo resulta insuficiente por sí mismo, ya que para la for-mación completa de la culpabilidad, se requiere además una valoración de --acuerdo a la norma, surgiendo así la reprochabilidad.

La teoría normativa de la culpabilidad. Para los normalistas, el sujeto es culpable hasta que su conducta le es reprochable, así que mientras no se haga o lleve a cabo el juicio de reproche, ésta no surge, Esta es una con-cepción valorativa jurídico-penal, y no meramente ética.

En la culpabilidad aparece la conducta culpable como la expresión jurí

dicamente desaprobada de la personalidad, o también puede entenderse la culpabilidad de acuerdo al normativismo "como un juicio de reprobación por la -- ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley". (3)

Luis Jiménez de Astia dice, en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad, personal de la conducta antijurídica".

"El concepto de la culpabilidad está basado en la culpabilidad del acto - concreto injusto. El límite para imposición de penas está en lo incalculable, en el caso fortuito" (Casus). (4)

Como hemos visto, es lógico que el normativismo lleva insito el psicologismo, porque solo mediante un proceso psicológico puede nacer la conducta o hecho que luego va a ser reprochado.

Otros autores mencionan como requisito indispensable la presencia de - la exigibilidad de una conducta para la procedencia de la reprochabilidad, . Así dicen que "la exigibilidad de una conducta a la luz del deber, es el verdadero - fundamento de la culpabilidad consistente en la reprochabilidad de la conducta asumida por el sujeto del delito. Obsérvese que este juicio de reproche es algo eminentemente objetivo y que, como tal, se encuentra fuera de la acción psíquica del sujeto" (5)

Pero tal exigibilidad no opera siempre, porque si observamos con atención, fueron los mismos normativistas quienes con su teoría dieron origen a la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, esto es cuando se tiene una motivación superior al deber que se tiene que cumplir, por ello la consecuen-

cia de ésto es que hay un proceso psicológico y a su vez no hay reprochabilidad, porque desapareció la exigibilidad al violarse el precepto en virtud de que el sujeto no podía hacer otra cosa.

Por lo que "la contradicción entre psicologismo y normativismo como -- concepciones opuestas e irreductibles de la culpabilidad, debe abandonarse o - atenuarse al menos, dándole alcance ⁴ puramente metódico. Lo fáctico y lo normativo deben estar presentes en el momento de establecer la culpabilidad, lo - que no puede hacerse es identificar la culpabilidad con el puro acto o su desnudo enjuiciamiento: en tanto en cuanto el acto antijurídico puede ser referido, o reprochado, al sujeto, decimos que éste es culpable. Esto muestra a la vez, que - la culpabilidad en genere es moral y de ascendencia ética y que se torna en espe- cíficamente penal al ser puesta en relación con la norma jurídica violada por el agente". (6) La culpabilidad general se aplica a la rama jurídico penal al proyec- tarse sobre su originario contenido psicológico, el juicio valorativo de la norma específicamente penal.

En toda indagación previa de la culpabilidad cualquiera que sea la posi- ción doctrinal que se adopte, se encuentran estos dos inexcusables aspectos: el psicologismo y el normativismo.

Dicho en términos dogmáticos, el nexo o ligadura psíquica entre el autor y su acto es el substratum de la culpabilidad; la llamada situación fáctica de la culpabilidad sobre la cual ha de recaer el juicio valorativo.

Concepto de la Culpabilidad.

Lógicamente el concepto de culpabilidad variará según sea, que repre-

sente a alguna de las teorías indicadas. Por ello un concepto adecuado de culpabilidad debe contener el aspecto psicológico y la reprochabilidad.

Así la culpabilidad para Antolisei consiste en el nexo psicológico entre el agente y el hecho exterior. Este concepto es incompleto porque sólo se refiere al nexo psicológico y no se incluye a la reprochabilidad; además solo observa a los delitos de resultado material (hecho) y no a los delitos formales o de mera actividad (también de conducta, de resultado simplemente jurídico o inmaterial).

Para llegar al concepto de culpabilidad se necesita agregar:

La culpabilidad es el nexo psicológico entre el sujeto, su acto y el resultado reprochable. Así queda explicado el nexo psicológico entre el sujeto y su conducta o entre el sujeto y el resultado material. Esto se refiere a un delito de mera conducta. Cuando se trata de un delito de resultado, habrá un doble nexo entre la conducta y el resultado.

Formas de la Culpabilidad.

La culpabilidad tiene dos formas básicas que son: el dolo y la culpa, a vez éstas tienen sus especies.

Teorías sobre el Dolo.

Teoría de la voluntad. Tal voluntad consiste en el "querer" de tal modo que solo queda comprendido el dolo directo en el cual se quiere el resultado, - dicho en otras palabras es aquél en el cual la persona comete el delito y se da cuenta del carácter socialmente peligroso de su acción u omisión, prevee sus consecuencias socialmente peligrosas y desea que se produzcan.

Teoría de la representación. La representación es parte de la teoría de

la voluntad, porque como su nombre lo indica, no basta que el agente se represente el resultado sino que también debe quererlo, de tal modo que en el dolo - representarse el resultado no basta, sino que además hay que quererlo (representación y voluntad).

La teoría del asentimiento, es aquella en la cual el sujeto asiente o acepta el resultado, hablando técnicamente tan solo representación; esta teoría solo explica el dolo eventual en el que sólo se acepta el resultado y no como en el dolo directo en el que se quiere el resultado.

El dolo presenta dos elementos: el intelectual y el emocional o volitivo.

El elemento intelectual es la conciencia, el elemento volitivo o emocional es el querer o voluntad.

Carlos Fontán Balestra los denomina:

- A) Aspecto cognoscitivo con sus tres aspectos:
 - a) conocimiento de lo que se hace, del movimiento corporal y de su relación con el medio físico en que se realiza, saber lo que se hace. Este aspecto es preponderante en los delitos de actividad.
 - b) conocimiento de la relación que existe entre lo que se hace y su lógica, probable o posible consecuencia: conocimiento de la relación causal.
 - c) conocimiento de que se procede injustamente o sea la consecuencia de la criminalidad del acto.
- B) El aspecto volitivo, en éste la noción del dolo se completa con el elemento volitivo, consistente en querer o aceptar el hecho, asentir en él.

Dolo Directo.

Es aquella clase de dolo en la cual la persona que comete el delito se da cuenta del carácter socialmente peligroso de su acción u omisión además sus - consecuencias socialmente peligrosas y desea que se produzcan. (7)

Dolo Indirecto.

Es aquella clase de dolo en la cual "el autor del delito reconoce el carácter socialmente peligroso de la acción u omisión cometida por él, prevee sus consecuencias socialmente peligrosas y conscientemente las acepta pero no desea - que se efectúen". (8)

El Dolo en la Legislación Penal Mexicana.

El artículo 8 nos dice:

Los delitos pueden ser:

- I. - Intencionales y
- II. - No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional.

Aparte del esfuerzo dogmático que se requiere para extraer el dolo a partir del artículo 8 del citado código nos encontramos con que el contenido - del mismo artículo es inexacto y por lo tanto tiende a lo erróneo, ya que desde un principio el código habla de delitos intencionales y no intencionales o de imprudencia, cuando lo correcto debiera ser: Delitos dolosos y culposos.

Asimismo la imprudencia es tan sólo una especie de la culpa y no la culpa genérica, la palabra intencional plantea el problema de no comprender el dolo eventual y otros sino tan sólo al directo.

El art. 6. - del código de Veracruz, registra este concepto del delito doloso. Es intencional cuando se desean o aceptan las consecuencias del acto u omisión.

Los problemas técnicos relativos al dolo aparecen más claros en el art. 9, con la muy criticada presunción de dolo, ya que puede afirmarse al igual que otros autores que es un atropello a las garantías individuales porque lo correcto sería que el ministerio público fuera el que tuviese que probar la conducta dolosa del sujeto en ciertos casos, y no como sucede en que la ausencia de dolo debe ser gravada al imputado. Además presenta una extraña redacción en sus seis fracciones, lo que conduce a errores y dudas, existiendo incongruencias internas entre la genérica presunción del dolo y algunas de sus fracciones que en realidad no son propiamente demostrativas de dolo, siendo palpable esto en relación con el consentimiento del ofendido, reglamentado en su fracción VI.

Tenemos la opinión de Sebastian Soler que dice "La presunción del dolo debe eliminarse de los códigos" López Rey expresa que partiendo de que no debe haber pena sin culpabilidad, esta presunción es ya inadmisibile, conforme a la exigencia ya apuntada y es una evidente inconsecuencia en un derecho penal de base subjetivista.

Fernando Castellanos Tena respecto a su contenido nos dice:

La fracción I. se refiere al dolo indeterminado, hay una intención genérica de delinquir, pero sin determinación del daño.

En la fracc. II. parece encuadrar el dolo indirecto.

De acuerdo con las fracciones III. y IV. no sirve de excusa el juicio que

pueda merecer la ley ni su ignorancia, ni el concepto equivocado de la misma.

La fracción V. se refiere al error en la persona. Evidentemente subsiste la intención delictuosa.

El consentimiento de los ofendidos, en términos generales no legitima la acción delictuosa. El artículo 93 se refiere a los delitos perseguibles por querrela.

En relación al adulterio, podemos decir que es un delito que únicamente puede realizarse mediante dolo directo, es decir, que los agentes deben realizar la cópula adulterina con plena voluntad, queriéndola, ya que si es realizada sin un querer o sea sin consentimiento, aparecerá como sujeto pasivo de otro delito denominado violación.

Es importante recalcar la dirección del dolo en el adulterio, quedando excluido el dolo eventual y otros indirectos, ya que la cópula adulterina sólo se puede realizar queriendo, además al tratarse el adulterio de un delito formal o de pura actividad, los momentos constitutivos de éste que son la voluntad y la actividad, se soldan íntimamente, de tal modo que no se puede establecer separación entre ellos, siendo que en tal momento se lesiona el bien jurídico tutelado, no requiriéndose ningún resultado material.

En el adulterio resulta imposible que haya dolo eventual, en el que por no haber resultado material, no se puede querer en un primer momento (actividad) y tan sólo aceptar en el segundo momento (resultado).

De tal suerte que al aceptar el adulterio únicamente el dolo directo, queda excluido el adulterio culposo, ya que sería absurdo afirmar que se copuló

por falta de previsión, de reflexión o de cuidado en fin porque se violó el deber de cuidado, y más absurdo sería afirmar que fue por negligencia, que se caracteriza por ser una conducta omisiva y no activa como lo es la cópula adulta rina.

Tampoco existe el adulterio preterintencional, ya que por ser delito formal, no se puede alegar que hubo dolo inicial y culpa en el resultado, como sucede en la preterintencionalidad,

La Culpa.

La culpa acepta dos especies: La culpa con representación o previsión, y la culpa sin representación o previsión.

Alexander Graf la define: "Actúa culposamente quien no pone la diligencia a que está obligado y de la que es capaz, de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y por ello no prevé que puede concretarse el -- tipo de una acción punible o aún previéndolo confía en que no se producirá" (9)

Luis Jiménez de Asúa "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 (previsión) del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga, ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo. En esta fórmula va comprendida la culpa con representación. (10)

Ignacio Villalobos dice que "En términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su impru-

dencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización es evitable. " (11)

En cambio Edmund Mezger, solo incluye la culpa sin representación, al decir que:

"Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado" (12)

Para Franz Von Liszt "La culpa es formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Es previsible el resultado cuando el autor hubiera podido y debido preverla. El acto culposo es, por consiguiente, la causación voluntaria o el no impedimento de un resultado no previsto pero si previsible. (13)

Eugenio Cuello Calón nos dice que: "Existe culpa cuando se obra sin intención y sin diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y pena do por la ley" (14)

Como hemos venido diciendo "La culpa tiene dos especies;

- a) Culpa consciente con representación o culpa con previsión y
- b) Culpa inconsciente sin representación o culpa sin previsión.

Así que la culpa consciente con representación o con previsión existe -- cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

En cambio la culpa es inconsciente, sin previsión o representación, cu

do no se prevee un resultado previsible penalmente tutelado.

Por ello y en definitiva se encuentra que en la culpa sin representación al igual que en la culpa con representación, existe la voluntariedad de la acción, -- pero no existe la representación del resultado, en esta ausencia de representación reside la nota diferencial entre ambas especies de la culpa.

Es obvio que en el adulterio los agentes no pueden actuar culposamente, alegando la no previsión de lo previsible o su previsión pero sujeta a la esperanza de que no se produjera. En general no se puede afirmar que se llegó a la cópula adulterina, por la violación de un deber general de cuidado. La naturaleza misma del acto impide que se cometa por falta de cuidado o de prudencia y más absurdo resultaría que se pudiera cometer el adulterio por impericia o por negligencia.

La Culpa en el Derecho Positivo Mexicano.

Para hacer un estudio dogmático de la culpa, es necesario recurrir a su reglamentación en el artículo 8 fracción II del Código Penal. Como se vió antes al citar dicho artículo, para que mediante su interpretación a contrario sensu se captara la esencia de la culpabilidad, se encontró que en la fracción II se denomina, a los delitos culposos, no intencionales o de imprudencia. Se puede entonces, con Raúl Carrancá y Trujillo, concluir que al usar imprudencia y no culpa, el legislador de 1931 está usando como género la especie. (15)

Aparte de lo anterior, debe aclararse que la imprudencia como especie, es la violación de un deber de cuidado haciendo lo debido y la negligencia lo es pero no haciendo lo debido.

Así que mientras el negligente no hace algo que la prudencia indique hacer, el imprudente realiza un acto que las reglas de la prudencia indican no hacer.

El código después habla de la imprevisión, que es la no previsión, y que es esencial a la culpa sin representación por no haberse previsto lo previsible.

La citada fracción II habla de impericia, que es la falta de capacitación técnica o la deficiencia en ésta. Es la capacitación pues el presupuesto indispensable para que pueda hablarse de impericia en el propio arte o profesión, puesto que tales conocimientos son los únicos que pueden tomarse como índice de referencia para formarse un juicio a la pericia o impericia. (16)

Además el citado artículo se refiere también a la falta de reflexión o cuidado que fácilmente quedan incluidas en la imprudencia o negligencia.

Para algunos autores existe otra forma más de culpabilidad y que es la preterintencionalidad, que también es conocida como ultra intencionalidad o exceso en el fin.

Celestino Porte Petit señala: "El delito preterintencional, debe considerarse como mezcla de dolo y culpa; dolo con relación al daño querido y culpa -- respecto al daño causado, abarcando las dos especies culposas". (17)

Luis Jiménez de Asúa al respecto dice "Componen al delito preterintencional dos ingredientes, uno culposo, otro doloso. El dolo recae sobre el propósito, la culpa sobre el resultado" (18).

Pero en definitiva lo importante es que hay preterintencionalidad, cuando se causa un daño mayor que aquél que se quiso causar, con la esperanza de que

no se realizaría, o cuando ese resultado mayor que se produjo no se previó siendo previsible. Estas dos últimas opciones operan cuando hay culpa final, ya que también puede haber caso fortuito en la producción final del resultado.

Para Eugenio Cuello Calón "El caso fortuito es un acontecimiento involuntario e impredecible, es decir no imputable ni al dolo ni a la culpa. Un hecho solo puede considerarse imprevisible cuando en su ejecución se ha puesto todo el cuidado que los hombres diligentes suelen emplear en el ejercicio de su actividad para evitar la lesión de los derechos ajenos no obstante lo cual el evento se ha producido" (19).

El caso fortuito es lo imprevisible; esto ha servido para que algunos autores hayan querido asimilar el caso fortuito a la inculpabilidad, lo cual no es así. Afirman que el error de hecho esencial e invencible es lo imprevisible y tiene efectos de inculpabilidad, en consecuencia si el caso fortuito es lo imprevisible, dicen se trata entonces de una inculpabilidad.

La Inculpabilidad.

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad así que para que pueda haber delito es necesaria la culpabilidad, la cual puede tomar la forma de dolo, culpa, preterintencionalidad, siendo que estas formas de culpabilidad se anulan cuando existe una causa de inculpabilidad, como lo son el error de hecho esencial e invencible, el error de derecho o por una no exigibilidad de otra conducta.

A partir de estas tres amplias hipótesis de inculpabilidad, se puede observar, que no se puede hablar de una inculpabilidad idéntica con relación a la teoría

psicológica y normativa de la culpabilidad, pues en la primera se exige el elemento psicológico y en la segunda la reprochabilidad.

Como vimos antes, la culpabilidad debe contener ambos aspectos, siendo lógico que la inculpabilidad se presente cuando falta uno de ellos. De tal modo que resulta incompleto decir que exclusivamente hay culpabilidad, porque si bien eso es cierto respecto al error de hecho esencial e invencible y al error de derecho, en virtud de la falta del elemento intelectual, o sea la conciencia de la antijuridicidad, no sucede lo mismo en la hipótesis de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, en la que está presente el elemento psicológico, pero falta el elemento normativo o sea la reprochabilidad, porque en tales casos, la norma se viola teniendo la conciencia de la antijuridicidad pero lo que motiva tal proceder es la no exhibición de otra conducta, de tal modo que al sujeto no le queda otra alternativa que violar la norma pero que no le es reprochable tal conducta porque no le era exigible otra distinta.

También hay causas de inculpabilidad que operan indistintamente, bajo alguna de esas hipótesis, como sucede en la obediencia jerárquica, en la que puede originarse una inculpabilidad, tanto sobre la base del error al recibir la orden, como por la coacción o no exigibilidad de otra conducta, que solo afecta el elemento normativo.

Por ello hay que considerar como auténticas causas de inculpabilidad, - las que se originan por falta del elemento psicológico y normativo.

Fernando Díaz Palos señala las causas de exclusión de inculpabilidad:

1. - Causas de exclusión específicas.

a) Que afectan el contenido psicológico de la culpabilidad: error y eximentes putativas derivadas del mismo (Legítima defensa putativa estado de necesidad putativo etc).

b) Que afectan el estado normativo de la culpabilidad: coacción y sus derivadas (estado de necesidad inculpable, exceso inculpable).

c) Que afectan a ambos aspectos: mandato antijurídico y obediencia debida, pues si en muchos casos origina un verdadero yerro en el que obedece (apreciación errónea de la licitud de la orden), en otros el inferior conoce la antijuridicidad del mandato y solo le exculpa la no exigibilidad.

II. - Causa general de no exigibilidad, que con carácter supra-legal, -- sirve de complemento a las causas enunciadas de modo expreso en la ley". (20)

De igual manera se expresa Luis Jiménez de Asúa, que aunque no se señalan expresamente las hipótesis de inculpabilidad por falta de elemento psicológico y normativo, su disposición nos hace pensar que así lo consideró el también, que "propiamente dos grandes causas de inculpabilidad: genérica una y general - otra con alcances supra-legales:

A) Error con sus especies y variedades

a) Error de hecho y de derecho

b) Eximentes putativos.....

c) Obediencia jerárquica.

B) No exigibilidad de otra conducta. " (21)

El Error de Derecho.

Esta hipótesis ha sido rechazada por algunos autores y legislaciones,

como la nuestra, pero eso no es razonable ya que el error de derecho es consecuencia de los principios y fundamentos mismos en que hemos sustentado a la culpabilidad siendo absurdo pretender, que tales fundamentos tengan valor pleno y general para dar nacimiento y apoyar la culpabilidad y que en cambio se les rechace apriorfisticamente en su valor para fundamentar la ausencia de culpabilidad, cuando falte la conciencia de la antijuridicidad por parte del sujeto. También hay que señalar que el error de derecho, puede operar a partir de una total ignorancia de la ley, como por un falso conocimiento de la misma pero nunca por una inadecuada valoración de la ley conocida.

Así los autores y legislaciones que no son congruentes con lo dicho afirman categóricamente que el error de derecho no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley, no justifica ni autoriza su violación, la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

En nuestra legislación tenemos que conformarnos con lo anterior, por la clara exigencia de las disposiciones generales del código civil, además de que el código penal no considera el error de derecho como circunstancia excluyente de responsabilidad penal y además la fracción IV del art. 9 del C.P. expresa-- mente así lo deja entrever, al subsistir la presunción dolosa plena en tales casos.

También sucede, que la mayoría de los códigos no le reconocen eficacia al error de derecho como se demuestra en el precepto mencionado en el párrafo anterior, al presumirse el dolo plenamente, aunque se hubiera creído que era legítimo el fin propuesto, es clara y rotunda aunque errónea por lo ya dicho en

relación al elemento intencional de la culpabilidad.

Nuestra legislación penal no acepta ni el falso conocimiento, error, ni su ignorancia.

La fracción IV del multicitado artículo 9 ordena la no destrucción de la presunción dolosa, aunque se pruebe la creencia de que el fin propuesto era legítimo.

Dogmáticamente, ya que nuestra legislación penal lo prohíbe, se considera que sí se puede presentar el error de derecho en relación al adulterio y no es difícil que suceda, porque no tan sólo en legislaciones extranjeras, sino que en algunos de nuestros estados de la república sus códigos penales no tipifican el adulterio, e incluso en otras legislaciones extranjeras solo comete adulterio la mujer, de tal modo que bien se puede realizar la cópula adulterina, sin siquiera imaginarse que se está delinquiendo, cuando en tal relación se involucren sujetos que desconocen que en la Legislación Penal del D.F. pueden cometer adulterio tanto el hombre como la mujer.

El error de Hecho Esencial e Invencible.

Respecto al error de hecho, para que opere como causa de inculpabilidad deber ser esencial e invencible o insuperable, de lo contrario deja subsistente la culpabilidad, como sucede en el error inesencial o accidental en el golpe, el delito o la persona.

Al respecto Luis Jiménez de Asúa, ampliamente dice:

"A) El error excluye la culpabilidad del agente cuando es:

a) Esencial, en orden a los elementos constitutivos del tipo de las agr-

vaciones, y en referencia a la decisión del autor.

b) Racionalmente invencible, es decir, que no hayan podido ser reconocidas las características de los hechos, o la injusticia de la acción, atendida la relatividad de las circunstancias.

B) El error excluye la culpabilidad sin distinguir:

a) Si el error es de hecho o de derecho.

b) Si el error de derecho recae en una ley penal o en una ley extrapenal vinculada al contenido de aquélla.

C) El error esencial excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es vencible o evitable.

D) El error no produce efecto alguno en la culpabilidad, cuando es:

a) accidental,

b) relativo a las condiciones objetivas de penalidad,

c) in objeto.

E) El error en la idoneidad de los medios o de los objetos, da nacimiento al delito inidóneo o imposible.

F) No produce, en cambio efectos punibles el delito putativo". (22)

El Error en el Tipo.

Carlos Fontán Balestra nos dice al respecto, "el error en el tipo alcanza la equivocada suposición de que no concurre un elemento del hecho, no de hecho, o sea el error en el tipo, es la falsa creencia de que la conducta o hecho no se adecúa exactamente a lo descrito en el tipo. (23)

Atendiendo a los elementos típicos del adulterio se puede presentar el -

error en el tipo de adulterio, al creer alguno de los agentes, que al realizar la cópula no tiene la calidad de casado (alguno de ellos) esto es claro, ya que implica el desconocimiento del presupuesto jurídico (matrimonio), de tal modo - que no puede ignorar o creer falsamente que no existe o que no es válido o eficaz un matrimonio, incluso se puede pensar que se disolvió o se extinguió por determinada causa, por lo cual en todos estos casos, se puede llegar a pensar o creer falsamente que no se tiene la calidad de casado al momento de la comisión del adulterio, también en este ejemplo debemos considerar que el error - debe ser esencial e invencible. La inculpabilidad por tal error de hecho esencial e invencible, puede recaer sobre uno de los autores del adulterio o bien sobre ambos.

En el caso del error de hecho esencial e invencible, respecto a la calidad de casado o del presupuesto matrimonial, hay que aclarar que no se pre--sentan en tal caso dos causas de inculpabilidad sobre elemento distinto del tipo, sino que se trata de una sola inculpabilidad, ya que la relación matrimonio-casado es una relación lógica de causa-efecto, es decir el matrimonio por sí atribuye al sujeto el estado civil o calidad de casado, así que el error sobre uno de los extremos de tal relación implican necesariamente el error sobre el otro extremo de la misma originándose necesariamente una sola inculpabilidad ya que la causa fue una atipicidad figurada.

No hay inculpabilidad en el adulterio, por error sobre la conducta, que es la cópula, porque su naturaleza lo impide.

Es claro que no puede haber error sobre la conducta misma, ya que na

die puede alegar que creía simplemente que no estaba copulando.

Respecto a la inculpabilidad de la referencia especial típica constituida por el domicilio conyugal podemos decir en principio que sí es posible, aunque fácticamente resultaría dable por meras circunstancias de hecho; sobre todo - cuando el domicilio conyugal es permanente; pero surge una posibilidad más - cuando el domicilio es transitorio, y nos referimos a la posibilidad de hecho - esencial e invencible sobre el domicilio conyugal transitorio, esto es cuando se realiza la incontinencia carnal adulterina en un sitio que es habitación transitoria de los cónyuges y que por su transitoriedad, no ha sido posible definir exacta y claramente su ubicación y situación, esto es posible con motivo de campamentos colectivos o de habitaciones que por su vecindad e igualdad de características produzcan error y confusión, de tal modo que no se sabe a ciencia cierta - el lugar exacto donde se realiza la incontinencia carnal.

Así como se ha descartado la ignorancia o error de hecho esencial e invencible sobre la conducta copulativa, se rechaza en igual forma a la que se -- considera otra modalidad más de la conducta, es decir el escándalo, en virtud de que como antes se vio, el escándalo debe ser consecuencia directa de los -- amantes, es decir que voluntariamente los adúlteros con su conducta afrentosa propalan ante la vista y oído de todos la existencia de su relación adulterina; - por lo tanto no podrá alegarse inculpabilidad por error de hecho esencial e invencible sobre el escándalo, porque los adúlteros están directa y voluntariamente dándole publicidad a esa relación adulterina sin importarles la existencia de un matrimonio anterior.

El Error de Licitud.

En relación al adulterio, como se vio en el capítulo de la antijuridicidad, no operan ni el aspecto negativo ni las causas de licitud, de tal modo que si no existen causas de licitud que pudieran amparar el adulterio, resulta imposible que el sujeto al estar actuando crea que está amparado por algo que no existe, ya que no se puede amparar en nada la cópula extramarital.

Pertinente es aclarar con referencia a una de las causas de licitud, que es el ejercicio de un derecho, ya que si bien el cónyuge adúltero puede ejercer su derecho marital a la cópula normal con su propio cónyuge tal situación no la puede hacer extensiva hacia otra persona y que si por lo tanto procede así, estará actuando ilícitamente, pero bien puede suceder que sin darse cuenta, al cópular con otra persona que no es su cónyuge crea erróneamente por las circunstancias, estar cópulado con su propio cónyuge, y desde luego lícitamente por estar ejerciendo su derecho marital. Esta cuestión implica necesariamente dos situaciones:

1. - Si la otra persona es casada y también cree erróneamente estar cópulado con su propio cónyuge en tal caso ambos son inculpables por error de licitud, ya que ambos creen haber ejercido su derecho marital.
2. - Si la otra persona no casada y que por error de hecho esencial e invencible crea que está copulando con persona no casada, en tal caso ambos también son inculpables ya que sufrieron error de hecho esencial e invencible recíprocamente.

Puede suceder también, que la otra persona sin importar que sea casa-

da o no haya tenido la deliberada intención de cópular con otro sujeto que sí esta casado y que para ello propicie o se aproveche del error del casado. Aquí tan -- solo es inculpable de adulterio quien sufrió el error de licitud, ya que el otro -- actuó dolosamente, produciendo y aprovechándose del error de licitud sufrido --- por el casado o soltero en otro caso.

El adulterio no acepta legítima defensa putativa, ya que éste no puede ampararse en la causa de licitud mencionada, además de que no se puede repeleer una agresión mediante la cópula, de tal modo que si no existe causa de licitud - tampoco existirá la eximente putativa.

La misma solución anterior puede darse al estado necesario putativo con la excepción anotada a la legítima defensa putativa.

Tampoco produce inculpabilidad el consentimiento del titular putativo en relación al adulterio, ya que como dogmáticamente vimos el bien tutelado en el adulterio es el buen orden familiar, el cual no es disponible.

Respecto a la obediencia jerárquica se presenta una doble situación en la que tanto el inferior como el superior deben acogerse al orden y legitimidad, de los actos.

Cuando la orden es ilegítima no debe ser obedecida, so pena de caer en la antijuridicidad, ya que la obediencia del inferior de ningún modo va a convalidar la ilicitud de la orden del superior y ni en el acto en sí será lícito.

En relación a la hipótesis de la inculpabilidad del inferior jerárquico respecto a la ignorancia o error sobre la ilicitud de la orden, no opera, ya que eso sería absurdo. Lo que sí podría operar es la inculpabilidad por error de hecho

esencial e invencible sobre el acto copulativo ordenado.

Respecto al cumplimiento de un deber no existe inculpabilidad por causa -- del cumplimiento de un deber putativo en el adulterio, ya que resulta antijurídico afirmar que el casado ampara la cópula adulterina simplemente porque fue en -- cumplimiento de un deber.

Tampoco puede haber impedimento legítimo putativo en relación al adulterio, ya que si no existe la causa de licitud del impedimento legítimo no puede haber error de licitud, la razón de ser del impedimento legítimo está en que por el interés preponderante se deja de hacer lo que la ley penal ordena hacer, es decir se resuelve a favor del interés mayor. De tal modo que no se puede considerar seriamente que la realización de la cópula adulterina significa o es de un mayor valor frente a la acción ordenada penalmente.

La no exigibilidad de otra conducta en el adulterio no se presenta porque no se puede salvar el sujeto, de un peligro inminente y actual mediante la cópula adulterina.

Bibliografía

- (1) Martínez Licona Aristeo.
Dogmática del delito en la legislación Penal Veracruzana y en la del Distrito y Territorios Federales.
Sin. Edit. México 1953 p. 106
- (2) Castellanos Tena Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Edit. Porrúa México 1971 p. 214
- (3) Cuello Calón Eugenio.
Derecho Penal Parte General.
Casa Edit. Bosch Barcelona 1975 p. 358
- (4) Jiménez de Asúa Luis.
La Ley y el Delito.
Edit. Sudamericana Buenos Aires 1976 p. 355
- (5) Ob. Cit. Martínez Licona A. p. 107
- (6) Díaz Palos Fernando.
Culpabilidad Jurídico Penal.
Casa Edit. Bosch. sin fecha Barcelona. p. 167

- (7) Zdravomislov Schneider, Kéline y R.
Derecho Penal Soviético Parte General.
Edit. Temis Ltda. Bogotá 1970 p. 162 y S.S.
- (8) Ob. Cit. Zdravomislov p. 162
- (9) Graf Zu Dohna Alexander.
La estructura de la Teoría del Delito.
Trad. de Carlos Fontán Balestra.
Edit. Abeledo Perrot Buenos Aires 1958 p. 82
- (10) Jiménez de Asúa Luis.
La Ley y el Delito.
Edit. Sudamericana Buenos Aires 1976 p. 372
- (11) Villalobos Ignacio.
Derecho Penal Mexicano Parte General.
Edit. Porrúa México 1960 p. 298 y 300
- (12) Mezger Edmund.
Tratado de Derecho Penal.
Trad. Conrado A Finzi.
Edit. Revista de Derecho Privado Madrid, 1965 tomo II p. 171

- (13) Von Liszt Franz.
Tratado de Derecho Penal.
Trad. Luis Jiménez de Asúa.
Edit. Inst. Editorial Reus. Madrid tomo II p. 430-431
- (14) Ob. Cit. Castellanos Tena. p. 225-226
- (15) Ob. Cit. Aristeo Martínez Licona p. 114
- (16) Fontán Balestra Carlos.
Tratado de Derecho Penal Parte General.
Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1966 tomo II p. 272
- (17) Ob. Cit. Aristeo Martínez Licona p. 114
- (18) Ob. Cit. Luis Jiménez de Asúa. p. 384
- (19) Ob. Cit. Cuello Calón Eugenio p. 465
- (20) Díaz Palos Fernando.
Dolo Penal.
Casa Edit. Bosch, Barcelona sin fecha p. 55

- (21) Ob. Cit. Luis Jiménez de Asta. p. 390
- (22) Ob. Cit. Luis Jiménez de Asta. p. 400
- (23) Ob. Cit. Fontán Balestra Carlos tomo II p. 305

Condiciones Objetivas de Punibilidad Y su Aspecto Negativo.

Naturaleza Jurídica.

El estudio de la naturaleza jurídica de las condiciones objetivas de punibilidad, ha sido un tema sumamente debatido por los doctrinarios del derecho penal, lo que ha dado lugar a dos corrientes: una apoya que las condiciones objetivas de punibilidad son el elemento esencial del delito y otros que tan sólo son -- consecuencia jurídica del mismo.

La primera considera, que de acuerdo a la teoría del delito, éste se integra totalmente desde la conducta o hecho, pasando, por los diversos elementos esenciales hasta llegar a concluir con la punibilidad misma como otro elemento más.

Si la punibilidad es elemento del delito, en consecuencia dichas condiciones objetivas lo son también, ya que previamente hacen que sea posible la -- punibilidad de la conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, así como -- que su ausencia haría imposible la punibilidad.

Al respecto Reinhart Maurach opina que "las condiciones objetivas de -- punibilidad son características del delito, existentes fuera de tipo, necesarias -- para que del obrar típicamente antijurídico puedan derivarse efectos penales".

Si bien son partes integrantes del suceso o de la situación global, en -- las que surge la acción, no pertenecen a la acción misma y agrega las condicio -- nes de punibilidad son características, no del tipo, sino del delito, pertenecien -- tes como tales, al derecho material. Si faltan, la absolución debe ser pronun -- ciada

ciada",...no estimamos convincente el argumento, que pudiera esgrimirse de que puesto que la penalidad constituye un elemento del delito, no hay delito cometido mientras no concurre la condición objetiva de punibilidad." (1)

Vannini citado por G. Bettiol considera "la condición de punibilidad -- extrínseca al hecho, pero siempre condición del delito, en cuanto a veces el -- delito, como ente jurídico, es decir, como hecho capaz de producir consecuencias jurídico penales, está constituido por la necesaria combinación del hecho -- con un elemento que la ley considera extraño a éste y trascendente del evento -- prohibido por la ley penal y advierte que si "la eliminación mental de la circunstancia a la que está subordinada la existencia del delito, conserva inalterada la armonía con la objetividad jurídica que lo caracteriza, esta circunstancia se re vela entonces como mera condición extrínseca de punibilidad querido por la ley por razones de simple conveniencia política. Como bien lo afirma Delitalia, la condición de punibilidad debe estar más allá de toda relación causal con la acción humana. Así el escándalo público en el delito de incesto siempre estará en dependencia causal con la acción incestuosa, por ello será elemento constitutivo del hecho en ese delito" (2)

Pensamos que esta posición no es exacta, ya que considerar como elemento esencial a todo aquello que se requiere para la aparición del delito, es -- olvidar que hay presupuestos, circunstancias etc. que concurren a la integración del delito y que no por ese solo hecho son elementos esenciales del mismo.

Además no pueden ser consideradas estas condiciones objetivas como elementos esenciales de acuerdo a la teoría del delito, ya que basta con que un

solo delito no las exija, como sucede en la mayoría de los casos, para que dejen de ser elementos esenciales del mismo.

La otra corriente, considera que el delito en sí ya existe, cuando la conducta es típica, antijurídica, imputable y culpable, lo cual equivale a decir que la punibilidad es consecuencia jurídica del delito, de tal modo que si ésta se haya fuera del delito mismo, dichas condiciones por sólo hacer previamente posible la punibilidad, en tal caso dichas condiciones también están fuera del delito.

Concepto de Condiciones Objetivas de Punibilidad.

El artículo 44 del Código Penal Italiano reglamenta las condiciones objetivas de punibilidad diciendo: Cuando para la punibilidad de un delito la ley requiere la verificación de una condición, el culpable responde del delito aunque el acontecimiento de que depende la verificación de aquélla, no haya sido requerido.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son circunstancias extrañas a la conducta o hecho y a cualquiera de los elementos restantes del delito y necesarias para que exista la punibilidad.

Características de las Condiciones Objetivas de la Punibilidad.

Francesco Antolisei dice "para la identificación de las condiciones de punibilidad es preciso tener presente que se debe tratar de un acontecimiento no solo futuro e incierto, sino también extrínseco al hecho que constituye el delito. Normalmente se trata de hechos debidos a la acción libre y consciente de otras personas o de una nueva acción del culpable que no tiene nada que ver con

la que constituye el delito. Conforme a este criterio interpretativo, no pueden considerarse condiciones de punibilidad, sino elementos esenciales el escándalo público requerido para la punición del incesto, tanto más cuando del artículo 564 del código se deduce que dicho escándalo debe derivar del modo en que fue cometido el hecho". (3)

Si no se vinculan al acto delictuoso mismo, las condiciones objetivas de punibilidad, que es el que propiamente lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado, obviamente la condición no produce la lesión típica. Y así lo entiende G. Bettiol quien nos dice que hay que descartar la idea de que "la condición de punibilidad se refiere al interés interno del delito, es decir al bien jurídico que éste lesiona, porque aquella incide sobre otro interés que puede impulsar al legislador a considerar como inoportuna la aplicación a toda costa de una pena ulterior sino se verifica un resultado que despierta alarma social o se lleva a concluir en la necesidad de castigar". (4)

Asimismo el hecho de que dichas circunstancias deben ser exteriores o desvinculadas, sin nexo causal con la conducta o hecho delictivo en sí mismo, acarrea consecuentemente que dichas condiciones estén desvinculadas de la voluntad, subjetividad o culpabilidad del agente.

En conclusión, las condiciones objetivas de punibilidad deben contemplarse como un acontecimiento futuro e incierto, desvinculado del acto mismo y de la voluntad del sujeto. Dichas condiciones no deben lesionar o poner en peligro, el bien jurídico tutelado en el tipo particular.

Señaladas las características de las multicitadas condiciones, debe se

ñalarse que las mismas son anexos al tipo de tal modo que por no corresponder propiamente a él, no están vinculadas a la conducta o hechos típicos, al igual - que no se vinculan con la antijuridicidad y mucho menos con la culpabilidad, -- por estar desligadas de la subjetividad del agente; de tal suerte que su presencia en el tipo es por cuestiones accesorias, ya que no podía ser de otro modo, es decir, dichas condiciones están en el tipo por ser un requisito para hacer punible el delito. Tales condiciones anexas a veces se encuentran en el tipo, junto con los elementos normativos y subjetivos, vinculados respectivamente con la antijuridicidad y la culpabilidad.

Si fueran auténticos elementos del tipo, estrictamente su ausencia acarrearía la atipicidad cuando no se presentaran, cosa que no sucede técnicamente, sino que se produce un aspecto negativo o ausencia de condiciones objetivas de punibilidad resultando imposible la punibilidad del delito.

Luis Jiménez de Asúa dice que estas condiciones objetivas de punibilidad no son propiamente tales sino elementos valorativos, en otras palabras modalidades del tipo. En caso de ausencia funcionan como formas atípicas que destruyen la tipicidad. Las que si son auténticas condiciones objetivas de punibilidad son los requisitos o presupuestos procesales.

La misma teoría sustentan Luis Muñoz y A. Quintano Ripollés tal posición es inaceptable, ya que los presupuestos procesales y las condiciones objetivas de punibilidad, son institutos que en realidad pertenecen a los distintos ámbitos del Derecho Penal, uno objetivo y otro sustantivo. Así tal concepción debe rechazarse por confundir la naturaleza de las condiciones objetivas de punibili-

dad con los requisitos procesales.

Al precisar que las condiciones objetivas de punibilidad son requisito previo a ella, que es una consecuencia del delito; que dichas condiciones son un acontecimiento futuro e incierto desvinculado del acto mismo y de la subjetividad del agente; que no lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado en el delito concreto y que no son un requisito procesal, puede fundamentarse la afirmación acerca de que el escándalo no es una condición objetiva de punibilidad, sino que dogmáticamente resulta una modalidad más de la conducta, encuadrable dentro del concepto genérico de referencias de otra índole.

Por tanto, la cuestión es de tipicidad, en relación a dicha modalidad y su ausencia generará un asunto de atipicidad y no de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad.

Después de haber considerado que el escándalo no es un acontecimiento futuro e incierto y que no está vinculado al acto mismo, que se produce voluntariamente, es decir, está vinculado subjetivamente a los agentes y lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado:

Concluimos que el escándalo no es una auténtica condición objetiva de punibilidad, ya que contrariamente a las exigencias teóricas de dichas condiciones, el escándalo se vincula directamente a la voluntad del agente y casualmente con la conducta típica, y además concurre a la producción de la lesión del orden familiar. Se trata de una modalidad presente y cierta, de una referencia de la conducta, ya que también la exigencia de su comisión en el domicilio conyugal es referible a una referencia espacial.

La intención del legislador fue condicionar la punibilidad del adulterio a esas dos alternativas, que en realidad son simples modalidades referidas a la conducta, de tal modo que si la intención del legislador fue hacer de ellas unas auténticas condiciones objetivas de punibilidad, desafortunadamente la técnica legislativa usada no se los permitió, y resultaron ser modalidades cuya ausencia producen atipicidad y no ausencia o aspecto negativo de condiciones objetivas de punibilidad.

Lo mismo puede decirse respecto a la exigencia legal de la comisión del adulterio en el domicilio conyugal, el cual es tan solo una clara referencia espacial y un simple lugar en donde en un momento dado se comete el adulterio, de tal modo que no se trata de un acontecimiento futuro ni incierto como lo exigen dichas condiciones, ya que el domicilio conyugal permanente o transitorio existe de por sí en virtud de ser efectiva morada de los cónyuges, así es que el lugar que es el domicilio conyugal existe y está en un tiempo presente y espacio determinado, de tal modo que no le es aplicable la noción de condición en la -- cual algo tiene la posibilidad de llegar a ser en un futuro, o sea hay la total incertidumbre de que pueda llegar a ser algo. Por eso en cuanto que el domicilio conyugal existe efectivamente como morada conyugal, no se trata de ninguna condición objetiva de punibilidad, es una referencia espacial del tipo, cuya ausencia producirá atipicidad.

Con lo anterior se ha querido demostrar que el escándalo y el domicilio conyugal son modalidades con referencia a la conducta y que tales modalidades son elementos del tipo, cuya ausencia daría por resultado la atipicidad, es decir,

que si el adulterio no es cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, simplemente no se integra el delito.

Bibliografía

- (1) Maurach Reinhart.
Tratado de Derecho Penal
Trad. Juan Cordoba Roda.
Edit. Ariel Barcelona 1962 tomo 1 p. 297

- (2) Bettiol Giuseppe.
Tratado de Derecho Penal Parte General.
Trad. José León Pagano.
Edit. Temis Ltda. Bogotá 1965 p. 184-185

- (3) Antolisei Francesco.
Manual de Derecho Penal Parte General.
Trad. Juan del Rosal y Angel Torio.
Edit. Uteha. Buenos Aires 1960 p. 534-535

- (4) Ob. Cit. Bettiol Giuseppe p. 458

PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Como ha podido observarse, la interpretación de los autores en relación al sentido o contenido intrínseco de la punibilidad, difiere bastante, por la falta de técnica jurídica que no siempre ha hecho los distinguos necesarios sin embargo, el planteamiento más exacto y claro respecto a la punibilidad, es considerarla desde el punto de vista estático del juicio hipotético de Kelsen es decir, la conducta se regula por un orden normativo, de tal modo que en la norma se encuentra la relación lógica que simplemente atribuye a un presupuesto jurídico un efecto jurídico.

Tal orden lógico formal implica una conexión entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que es la acción coercitiva del estado. Entender así el problema, conduce a tener una adecuada comprensión del sentido intrínseco de la punibilidad y lo más importante, es que permite resolver en forma definitiva el problema de la naturaleza jurídica de la punibilidad, que es la de ser una consecuencia del delito.

El español Juan del Rosal entiende que la "punibilidad es el conjunto de presupuestos normativos de la pena para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la idea del derecho. La punibilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que deben ser realizados en la ley y en la sentencia a fin de que sea satisfecha la idea del derecho". (1)

Fernando Castellanos Tena en sus lineamientos, nos dice: La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena, en función de la realización de cierta conducta, o sea un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena.

"También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido, declarado culpable de la comisión de un delito" (2). En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa.

Naturaleza Jurídica de la Punibilidad.

Ignacio Villalobos citado por Fernando Castellanos nos dice "la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito, es algo externo al mismo y dados los sistemas de represión en vigor - su consecuencia ordinaria; pero ni esto significa que la punibilidad forma parte - del delito, como ni es parte de la enfermedad el uso de determinada medicina ni el delito dejaría de serlo si se combinaran los medios de defensa de la sociedad, un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible. A las razones anteriores se puede agregar: en el caso de las excusas absolutorias, se mencionan a los coautores en virtud de su coparticipación en la comisión de un delito; ello confirma que puede existir éste sin la punibilidad. Al amparado por la excusa no se le aplica la pena, pero sí a quienes intervinieron en alguna forma en la realización del acto, de lo contrario sería imposible mencionarlos. Por otra parte, al hacer el estudio de nuestra definición legal del delito, notamos que hay infinidad de actos de hecho sancionados por una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con las infracciones disciplinarias, administrativas o faltas. El mismo Celestino Porte Petit ha elaborado diversos proyectos para que algunos códigos de los estados de la república y para el distrito federal mismo, en los -

que suprime la definición del delito". (3)

Raúl Carrancá y Trujillo considera a la punibilidad como consecuencia del delito y por ello este adquiere perfil propio al comparársele a las acciones no punibles y por ello no delictivas así que "la acción antijurídica, típica, y culpable -- para ser acriminable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir que ésta ha de ser la consecuencia de aquella, legal y necesaria. . . . si la -- pena es, consecuencia del delito no puede constituir elemento integrante de él, -- pues todo lo que se hace es dar al delito un sello externo y distinto de las demás acciones". (4)

Aristeo Martínez Licona afirma con gran precisión y claridad que la punibilidad es consecuencia del delito y para demostrarlo hace un análisis total de varios autores y afirma:

a) Lo que Fernández de Moreda y Luis Jiménez de Asúa. Demuestran, es que la punibilidad con algún artificio, puede llegar a encajar como elemento del delito, pero no la necesidad de que figure como tal o para decirlo con más claridad, lo que los argumentos de dichos autores debieron haber demostrado era que sin la pena hay absoluta imposibilidad de estructurar el concepto del delito.

b) La existencia de excusas absolutorias es el mejor argumento en contra de la tesis de que la punibilidad es elemento del delito, porque en buena lógica si las excusas destruyen la punibilidad de la conducta y esta punibilidad se acepta -- como elemento constitutivo del delito, deberán destruir también el propio concepto; es decir deberán provocar fatalmente una inexistencia, un aspecto negativo del delito, sin que la concurrencia en dicha conducta y de todos los demás

elementos del concepto, pudieran impedirlo.

c) Como la ausencia de punibilidad origina la excusa absolutoria, si fuera verdad que la pena es la diferencia específica del concepto del delito, es inadmisibles que cuando la pena falta, necesariamente debería confundirse la antijuridicidad penal con la civil o la administrativa, lo cual no sucede, si no que es entonces, precisamente cuando surge la excusa.

d) Excluida la penalidad como diferencia específica podría afirmarse, siguiendo el razonamiento de Luis Jiménez de Asúa, que el género próximo es la culpabilidad y la antijuridicidad, pero que la diferencia no es la penalidad sino la tipicidad y esta diferencia distingue la antijuridicidad penal de cualquier otra.

e) Aparentemente es inatacable el argumento del autor español Juan del Rosal puesto que la frase es rotunda "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" "Tal parece que la expresión "que sancionan las leyes penales" no pudiera tener otro sentido que el de aludir a la punibilidad ni que pudiera traducirse, sino, por "Castigan las leyes penales" sin embargo cavando más hondo y por lo menos con igual razón jurídica con que Luis Jiménez de Asúa le atribuye esa valoración, puede dársele esta otra: la expresión que comentamos debe traducirse por "que establecen las leyes penales" porque la palabra sancionar significa "autorizar una cosa, darle fuerza de ley y pregunta ¿Cuál de los elementos del delito sino el tipo tiene como función específica descubrir los actos u omisiones que de acuerdo con la ley son delitos? ¿Puede aspirar a esta misión y jugar este papel la punibilidad? Es evidente que no; en consecuencia la expresión que comentamos no alude a la pena sino al tipo pero además y sobre

todo, recordaremos aquí que al hablar de la tipicidad dijimos ya que dicho elemento estaba consagrado en el art. 14 de la Constitución Federal de la República, uno de cuyos párrafos se refiere a la garantía del delito, al establecer que nadie puede ser privado de sus garantías individuales si no se le juzga conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho de que se trate y por una ley exactamente aplicable; o lo que es lo mismo, que un acto u omisión no será delito si no se ajusta exactamente a una de las figuras de la parte especial -- del código penal, si no se subsume rigurosamente en los presupuestos que el tipo describe, por cuya razón la expresión tantas veces mencionada, lejos de aludir a la pena, lo que realmente traduce es el principio "Nullum crimen sine lege" (5)

En conclusión si el delito y pena operan en relación inversa o sea que la pena es consecuencia del delito, en otras palabras mal puede ser la punibilidad un elemento o carácter del delito. El que las excusas absolutorias destruyan la punibilidad de la conducta no supone que la punibilidad sea un elemento del delito, pues la ley penal, al establecer las excusas, no hace otra cosa que dejar sin castigo una conducta delictuosa, pero sin negarle su carácter delictivo.

La Punibilidad en el Delito de Adulterio.

Aun considerando las corrientes doctrinarias que se adhieran a considerar a la punibilidad como elemento esencial o como consecuencia del delito, no invalidan el hecho real, que considera aplicable la pena a los culpables de adulterio.

En nuestra legislación penal, en el adulterio se sanciona a los culpables siempre y cuando se haya cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, - con pena de prisión hasta por dos años y además con privación de derechos civiles hasta por seis.

Respecto a la pena de prisión podrá alcanzar hasta los dos años, no hay que hacer mayor consideración ya que se compurgará o extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales. Sólo haremos una leve aclaración, la particular situación, en virtud de que en el art. 273 de C.P. se menciona a los culpables de adulterio con penas conjuntivas, es decir prisión y privación de derechos civiles.

Respecto a la pena de prisión, tenemos que en virtud del art. 46 del mismo ordenamiento en relación con el 46 fracción I la pena de prisión produce además accesoriamente la suspensión de derechos políticos, el de tutela, curatela, etc. y la duración de tal suspensión accesoria de derechos contará a partir de la ejecutorización misma de la sentencia penal y durará todo el tiempo de la condena, así que tal suspensión de derechos es accesoria a la pena privativa de libertad y se agota con ésta, de tal modo que a los culpables de adulterio se les podrá aplicar una pena de prisión hasta por dos años y por el mismo tiempo la accesoria que es la suspensión de derechos políticos, de tutela, curatela, etc.

En cuanto a la otra pena que conjuntivamente debe concurrir con la de prisión, es decir la privación de derechos civiles hasta por seis años y que --

no es por ley consecuencia necesaria, sino que se trata de otra pena independiente originada en la sentencia, con base en el art. 273 del C.P. en relación con el art. 45 fracción II del mismo ordenamiento. Esto en virtud de que igualmente -- está catalogada entre las penas y medidas de seguridad la privación de derechos que se impone en caso de adulterio, (art. 24 #12).

De tal modo que los culpables de adulterio, primero extinguirán la pena privativa de libertad y la pena accesoria por ley, pero en el momento en que se compurge la pena principal y accesoria, de acuerdo al art. 45 fracc. II empezará a correr la pena de privación de derechos civiles hasta por seis años. En tal caso la privación de derechos civiles consistirá en sujetar a los reos de adulterio a las reglas de incapacidad civil relativa a cualquier derecho civil que pudieran ejercitar y es lógico que tienen para nosotros preminencia la suspensión de derechos de familia, sucede también en este caso que también habrá la privación de los derechos de tutela, curatela, de ser albacea, de ser apoderado, defensor, perito, depositario, síndico o interventor judicial, árbitro, arbitrador, representante de ausentes, etc., es claro que se trata de derechos eminentemente civiles y no ya políticos.

Respecto a tal privación de derechos, nos dice Eugenio Cuello Calón que "En las modernas legislaciones estas penas consisten en la privación de derechos de familia, tutela, de pertenecer al consejo de familia etc., y en la incapacidad para el ejercicio de determinadas profesiones u oficios. Estas penas no tienen el objeto de imponer una nota de infamia al condenado, sino evitar el ejercicio de ciertos derechos por parte de personas de las que no cabe duda, esperar un ill-

cito uso de los mismos. . . . Así que más que penas se conciben ahora estas privaciones como medidas de seguridad. . . , la interdicción civil recae sobre los derechos de familia". (6)

Las Excusas Absolutorias.

Estas se fundan en política criminal motivada y en virtud de la cual la ley perdona a delincuentes, ya que en ocasiones es más importante no castigar que castigar, por razones especiales de conveniencia político-criminal.

Las excusas absolutorias son particulares o especiales para ciertos tipos, como las que contienen expresamente los artículos 138, 375, 377, 385 y 390 del código penal para el D.F., dichas excusas no se regulan en la parte general del código sino sólo en determinados tipos que así lo manifiestan expresamente.

Las excusas absolutorias son importantes como argumento para probar precisamente que la punibilidad es consecuencia del delito y no un elemento o carácter que concurre a integrarlo.

Entonces si la punibilidad es consecuencia del delito, éste no se sanciona, por motivos de política criminal legal. Esto lo demuestra claramente el caso de un delito cometido en concurso de delincuentes a los que aprovecha alguna excusa absolutoria, no se les aplica sanción alguna en virtud del perdón contenido en el mismo tipo penal, pero en cambio a los otros si se les va a sancionar ya que no están contemplados en la hipótesis legal y como el delito ya se cometió deben sufrir la sanción penal, ya que no hay mandamiento expreso que lo prohíba para ellos.

La teoría concibe a las excusas absolutorias como no aplicación de san-

ción por motivos de política criminal, lo ven, como un perdón legal. No confundir con el perdón de particulares como en el caso del perdón del cónyuge ofendido en el delito materia de nuestro estudio.

En virtud de lo anterior afirmamos que en el delito de adulterio no existen las excusas absolutorias, no hay política criminal aplicable para impedir que no se dicte sentencia condenatoria a los adúlteros culpables, esto en virtud de que no hay disposición expresa que lo permita, o que autorice al juez a no dictar sentencia condenatoria aún cuando aparezcan todos los elementos del delito mismo. De ninguna manera puede considerarse el perdón del ofendido como excusa absoluta, ya que está en manos de particulares al perdonar y propiamente no impide por sí que el juez, vistos los datos de la causa se vea imposibilitado a dictar sentencia condenatoria.

BIBLIOGRAFIA .

- (1) Juan del Rosal.
Derecho Penal Español, Lecciones.
Sin. Edit. Madrid 1960 tomo III p. 76

- (2) Castellanos Tena Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Edit. Porrúa, México, 1971 p. 245

- (3) Ob. Cit. Castellanos Tena. p. 246, 247.

- (4) Carrancá y Trujillo Raúl
Derecho Penal Mexicano.
Edit. Antigua Librerfa Robredo. México 1950 tomo I p. 218, 219.

- (5) Martfnez Licona Aristeo.
Dogmática del Delito en la Legislación Penal Veracruzana y en la del Distrito y Territorios Federales.
Sin. Edit. México. 1953 p. 150-151-152.

- (6) Cuello Calón Eugenio.
Tratado de Derecho Penal.
Casa Edit. Bosch. Barcelona 1975 p. 740-743.

CONCLUSIONES

- 1 Se debe incluir en el Código Penal la definición del delito de adulterio, porque el Derecho Penal es de estricta aplicación por el dogma "NULLUM CRIMEN SINE LEGE" por lo tanto, si no hay descripción de la conducta no hay delito.

El concepto propuesto es el siguiente:

"Existe adulterio cuando hay unión sexual de persona casada con otra que no sea su cónyuge sea cual fuere su sexo, con violación del Orden Familiar, si se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal.

Se aplicará...

- 2 En orden a la conducta es un delito:
 - a) de acción
 - b) unisubsistente
 - c) en ocasiones plurisubsistente

- 3 En orden al resultado es un delito:
 - a) instantáneo
 - b) continuado (en ocasiones)
 - c) de lesión o daño
 - d) formal o de mera conducta

- 4 La VIS MAIOR (fuerza física proveniente de la naturaleza), la VIS ABSOLUTA (fuerza física proveniente del hombre), la VIS COMPULSIVA (fuerza moral), la inconsciencia, el sueño y el sonambulismo. No son circunstancias excluyentes de responsabilidad sino casos indiscutibles de ausencia de conducta que eliminan la conducta por carecer de la voluntariedad requerida primordialmente por la acción, por lo tanto no tiene existencia de delito.
- 5 El adulterio en orden al tipo es:
- a) fundamental o básico
 - b) autónomo o independiente
 - c) de formación libre
 - d) normal
 - e) complejo
- 6) El bien jurídico tutelado en el tipo materia de nuestro estudio es el BUEN ORDEN FAMILIAR, por lo que hace a su ubicación dentro del ordenamiento penal, se nos antoja equívoco, por incluirse en el título decimoquinto "Delitos Sexuales" cuando debería haber sido catalogado en un epígrafe denominado "Delitos Contra la Familia" o "Delitos Contra el Orden Familiar".
- 7 Las atipicidades que se encuentran en este delito son:

- a) por falta del presupuesto jurídico
- b) por falta del elemento objetivo o conducta
- c) por ausencia de sujetos activos
- d) por falta de las modalidades de la conducta (domicilio conyugal y escándalo)

8 El escándalo y el domicilio conyugal son modalidades referidas a la conducta y son elementos del tipo. Su ausencia acarrearán la atipicidad.

9 El delito de adulterio se comete únicamente mediante dolo directo.

10 El adulterio solo será punible cuando sea consumado en el domicilio conyugal o con escándalo. No se tipifica su comisión en grado de tentativa.

Almaráz Harris José.

Algunos Errores y Absurdos de la Legislación Penal de 1931.

Sin Edit. México 1941

Antolisei Francesco.

Manual de Derecho Penal.

Trad. Juan del Rosal y Angel Torio.

Edit. U.T.E.H.A. Buenos Aires 1960

Bettioli Giuseppe.

Tratado de Derecho Penal

Trad. José León Págameo.

Edit. Temis Ltda. Bogotá 1965

Cardona Arizmendi Enrique y Ojeda Rodríguez C.

Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato.

Edit. Cárdenas Editor y Dist. México 1977

Carrancá y Trujillo Raúl

Código Penal Anotado (Jurisprudencia.)

Edit. Porrúa México 1976.

Carrancá y Trujillo Raúl .

Derecho Penal Mexicano .

Edit. Antigua Librería Robredo. México 1950.

Carrara Francesco.

Programa de Derecho Criminal.

Edit. Temis Ltda. Bogotá 1973.

Castellanos Tena Fernando .

Lineamientos de Derecho Penal.

Edit. Porrúa. México 1971

Castro Zavaleta S. y Luis Muñoz

55 años de Jurisprudencia Mexicana 1917-1971

Edit. Cárdenas Editor y Dist. México 1972

Cuello Calón Eugenio.

Derecho Penal

Casa Edit. Bosch Barcelona 1975.

Del Rosal Juan.

Lecciones de Derecho Penal.

Sin Edit. Madrid 1960.

Díaz Palos Bernardo.

Culpabilidad Jurídico Penal.

Casa Edit. Bosch Barcelona sin fecha.

Díaz Palos Fernando.

Dolo Penal.

Casa Edit. Bosch Barcelona sin fecha.

Floris Margadant Guillermo.

El Derecho Privado Romano.

Edit. Esfinge México 1968.

Fontán Balestra Carlos.

Tratado de Derecho Penal.

Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1966.

García Ramírez Sergio.

La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano.

UNAM Inst. de Inv. Jurídicas. México 1968

González de la Vega Francisco.

Derecho Penal Mexicano.

Edit. Porrúa México 1964.

Graf Zu Dohna Alexander.

La Estructura de la Teoría del Delito.

Trad. Carlos Fontán Balestra.

Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1958.

Guier Jorge E.

Historia del Derecho.

Edit. Costa Rica. San José de Costa Rica 1968.

Jiménez de Asúa Luis.

Tratado de Derecho Penal.

Edit. Losada Buenos Aires 1958.

Jiménez de Asúa Luis.

La Ley y El Delito.

Edit. Sudamericana Buenos Aires. 1976.

Las Siete Partidas del Rey Alfonso y El Sabio.

Imprenta Real Madrid 1807.

López Goicochea Francisco.

Código Penal Comentado y Concordado del Estado de Guanajuato.

Sin Edit. México 1962.

Luzón Domingo Manuel.

Tratado de la Culpabilidad y De la Culpa Penal.

Edit. Hispano Europea. Barcelona 1960.

Maggiore Giuseppe.

Derecho Penal.

Trad. José J. Ortega Torres.

Edit. Temis Ltda. Bogotá 1965.

Martínez Licona Aristeo.

Dogmática del Delito en la Legislación Penal Veracruzana y en la Del Distrito
y Territorios Federales.

Sin. Edit. México 1953.

Maurach Reinhart.

Tratado de Derecho Penal.

Trad. Juan Córdoba Roda.

Edit. Ariel. Barcelona 1962.

Mezger Edmund.

Derecho Penal.

Trad. Conrado A. Finzi.

Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1954.

Mezger Edmund

Tratado de Derecho Penal.

Trad. Conrado A. Finzi.

Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1965.

Pratt Fairchild.

Diccionario de Sociología.

Edit. Fondo de Cultura México 1949.

Porte Petit Celestino.

Apuntamientos a la Parte General de Derecho Penal.

Edit. Jurídica Mexicana. México 1961.

Puig Peña Federico.

Derecho Penal.

Edit. Revista de Derecho Privado Madrid 1969.

Robles Ortigosa Antonio.

Enciclopedia de la Ciencia Jurídica.

Lib. y Edit. Andrés Bata e Hijo. México 1921.

Secretaría de Justicia, Comisión Revisora del Código Penal Trabajo de Revisión del Código Penal, Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos.

Tipografía de la Oficina Impresora de Estampillas. México 1912.

Soler Sebastian.

Derecho Penal Argentino.

Edit. T.E.A. Buenos Aires 1976.

Villalobos Ignacio.

Derecho Penal Mexicano.

Edit. Porrúa México 1960.

Von Liszt Franz.

Tratado de Derecho Penal.

Trad. Luis Jiménez de Asta.

Instituto Editorial Reus, Madrid sin fecha.

Zdravomislov Schneider, Kélna y R.

Derecho Penal Soviético.

Edit. Temis Ltda. Bogotá 1970.