



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
A. ARAGON

EL ADULTERIO Y SU REPERCUSION



D-59

Tesis Profesional

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

ADOLFO BERNARDO MEDRANO ALMODOVA

MEXICO, D. F.

1983



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

Der-570

University of Wisconsin
Department of Psychology



STANLEY LEVINE, PH.D.
WISCONSIN

MANUSCRIPT OF A THESIS IN
PSYCHOLOGY

Final Report

of the project of the
Department of Psychology

at the University of Wisconsin

Submitted by
Stanley Levine, Ph.D.

A MIS PADRES

SR. ADOLFO MEDRANO GARCIA

SRA. MARIHA ODILA ALMODOVA LERMA

PADRES MISION CUMPLIDA, MI GRATITUD RESPETO
Y ADMIRACION.

A MIS HERMANOS Y SOBRINOS

PROFRA. Y LIC. NORMA OAMAÑA ALMODOVA

PROFRA. MARTHA ADRIANA MEDRANO ALMODOVA

SR. ANTONIO MEDRANO ALMODOVA

FAUSTO ADOLFO MARTINEZ OMAÑA

ADRIAN ZEUS MARTINEZ OMAÑA

CYNTIA KARINA TORRES MEDRANO

IARELI LIZET TORRES MEDRANO

HECTOR MEDRANO CRUZ

ISRAEL MEDRANO CRUZ

ANTONIO MEDRANO CRUZ

IVAN MEDRANO CRUZ

MARTHA MEDRANO CRUZ

A LA FAMILIA

AVELAR CONTRERAS

A LA FAMILIA ALVAREZ VALENZUELA

LIC. ADOLFO ALVAREZ CORONA

SRA. JOSEFINA VALENZUELA DE ALVAREZ

HERMAN ADOLFO ALVAREZ VALENZUELA

ADRIANA LETICIA ALVAREZ VALENZUELA

VERONICA ALVAREZ VALENZUELA

A MIS MAESTROS

SRES. LICs.

ARMANDO SALES ROJAS

YOLANDA FERNANDEZ MANZO

JOSE JIMENEZ GREG

SERGIO ENRIQUE ROSAS ROMERO

ERNESTO VALDEZ HERRERA

ALVARO URIBE SALAS

ENRIQUE NAVARRO SANCHEZ

ISABEL MOLES

ADOLFO ALVAREZ CORONA

GUMERSINDO PADILLA SAHAGUN

FLORENCIO BARRAGAN QUEZADA

A MIS FAMILIARES, AMIGOS Y COMPAÑEROS

P.R.O.L.O.G.O.

La monografía que presento a la consideración de los jurados, maestros compañeros y en general a mis amigos y familiares, es con el propósito primordial de investigar el fenómeno del adulterio figura jurídica siempre controvertida entre la doctrina y la legislación, ambas corrientes están íntimamente relacionadas en un país que, como el nuestro, rige su vida estatal por un régimen de Derecho en donde las atribuciones de los poderes públicos están no sólo consignadas, sino también limitadas, en la carta magna.

Una investigación de actualidad hubiera sido la determinación de la postura que nuestro Código Penal vigente sustenta sobre este problema. El artículo 73 del ordenamiento invocado; al penetrar un poco al tema del adulterio, hemos llegado a la convicción de que para entender el problema en sus dimensiones actuales es preciso conocer no sólo las doctrinas modernas del Derecho Penal, sino además de la teoría e investigación, asimismo, sus antecedentes tanto jurídicos, políticos y sociales.

he querido combinar las materias de mis aficciones para presentar este estudio a manera de tesis profesional, dejo a mis posteriores investigaciones el estudio del problema actual, ya con la brecha que me dejo abierta en este tema.

Para precisar los conceptos básicos de este trabajo, que sirvan para interpretar la posición que hasta ahora sustento he creído, conveniente iniciar el desarrollo de la exposición en cuatro capítulos, 2 introductorios que van desde la época primitiva hasta el imperio romano, en el primero se constriñe a el concepto del delito de adulterio, así como a la clasificación de los delitos de carácter sexual, el segundo sigue la trayectoria del delito de adulterio en los distintos pueblos que conforman el planeta; y los 2 capítulos restantes tratan el problema tanto psicológico como jurídico del adulterio.

Para la elaboración de este trabajo me limité al estudio de algunas tratadistas mexicanos y extranjeros, documentos de la época.

que pudiera arrojar alguna luz sobre este trabajo de investigación.

Tal fue pues el plan de esta breve investigación apasionante por cierto, que presento ahora como tesis profesional, sus pretensiones no van más allá del objeto que desea cumplir: la obtención del título de Licenciado en Derecho, la ilusión de mi juventud y a cuya realización he puesto el empeño de los años pasados. A los jurados toca el veredicto final.

Sería injusto si no mencionara las valiosas orientaciones que he recibido en el curso de esta investigación del C. Lic. Enrique Navarro Sánchez Profesor de Derecho Penal, del C. Lic. Adolfo Alvarez Corona Profesor De Derecho Constitucional, teoría económica, ambos de la U.N.A.M., orientaciones éstas sin las cuales este trabajo hubiera sido más limitado de lo que es. Sirban estas líneas de testimonio, reconocimiento y mi más sincera gratitud.

EL ADULTERIO Y SU REPERCUSION

CAPITULO I. DELITOS SEXUALES

- A) Concepto
- B) Antecedentes Históricos
- C) Clasificación
- D) Criterios

CAPITULO II. EL ADULTERIO

- A) Concepto
- B) Evolución
- C) Encuadramiento Legal

CAPITULO III. RAZONES PSICOSEXOLOGICAS

- A) Clasificación del Fenómeno
- B) Infidelidad Psicopática
- C) Infidelidad Compulsiva
- D) Causas de la misma

CAPITULO IV. DISCREPANCIAS JURIDICAS SOBRE EL ADULTERIO

- A) Planteamiento del Problema
- B) Inconvenientes de la Hipótesis Legal
- C) Imperfección de la misma
- D) Inutilidad de la incriminación del adúltero.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

"DELITOS SEXUALES"

- A) Concepto
- B) Antecedentes Históricos
- C) Clasificación
- D) Criterios

A. CONCEPTO

DELITOS SEXUALES: "Son todas aquellas acciones que la sociedad de los hombres jurídicamente organizada reprime y castiga por estar constituida por una actividad o manifestación ilícita - del instinto del sexo".

B. ANTECEDENTES HISTORICOS

Desde tiempos muy remotos con la integración o formación de la horda primitiva, agrupación humana conocida y conformada por individuos de ambos sexos, unidos por sentimientos de compañerismo y con absoluto desconocimiento de los vínculos de la sangre. En ella vivían manteniendo relaciones sexuales sin ninguna relación ética, hombres y mujeres, condicionada a determinados períodos de promiscuidad, característica genésica (1).

Al desconocerse la paternidad en la horda, como resulta do de la promiscuidad sexual, de igual forma sucedía con la maternidad, ya que se creía que la mujer recibía por un procedimiento exterior al hijo, esto traía como consecuencia lógicamente el desconocimiento de la familia y por consiguiente en ella no existía ni el patriar

(1) Cfr. Estudio de Psicología Sexual. El Pudor. La Periodicidad sexual y el Autoerotismo. Madrid Ed. Revs. 1912.

cado ni el matriarcado, pues perteneciendo tanto al padre como la madre al mismo grupo, carecía de sentido la cuestión del grupo a que pertenecía el hijo.

Con el transcurso del tiempo, la horda al transformarse en clan totémico, surgió en la sociedad el matriarcado familiar (2). El hombre en su profesión de cazador tiene una vida nómada, mientras que la mujer cuida del hogar e inicia la agricultura observando que los productos agrícolas son más seguros que los obtenidos por la caza, dando como resultado que la mujer, encargada de la regulación de la vida económica del grupo, adquiere rápidamente el prestigio necesario para imponer su hegemonía familiar característica de la sociedad matriarcal.

El totem se transmite en consecuencia por línea materna con exclusión de la paterna y algunos de los tabúes o prohibiciones de carácter sagrado, se refiere a la mujer especialmente al tabú de la menstruación, que constituye para el hombre primitivo y el salvaje moderno, la esencia de la vida y el tabú que sobre ellas recae, se enlaza como la prohibición de matar y mantiene la idea de que la mujer durante el período de la menstruación penetra en relación íntima con el to-

(2) Cfr. La Familia. Traducción española de la Revista de occidente. Madrid. 1930.

tem.

El tabú de la mujer origina la regla de la exogamia, que obliga al hombre a buscar esposa fuera del clan, primero robándola a otro clan enemigo y después comprándola.

Pero estas dos formas de matrimonio originadas por la relevancia social de la mujer, dan al nacimiento de las sociedades patriarcales. La mujer robada o comprada a otro clan posee dentro del clan de su marido, una condición opuesta a la gozada por la connatural. En efecto, la menstruación que tabúa a la mujer entre los pueblos salvajes, la coloca entre los civilizados antiguos, en una situación de impureza sexual, según lo demuestran los preceptos contenidos en el Manua-Dharma, o Leyes de Manú y en el Levítico, que pudo tener origen en la menstruación de la extranjera que significa el comercio en el totem de un clan enemigo, o por lo menos extraño, y por ello, la mujer va perdiendo gradualmente la estimación social hasta quedar convertida en un simple objeto, propiedad del hombre, especialmente cuando al dulcificarse las costumbres de los pueblos, el matrimonio por rapto se convierte en matrimonio por compra.

De esta forma, nacen los bienes jurídicos sexuales y cuando éstos son lesionados por las conductas de los hombres, surgen los delitos

sexuales.

C. CLASIFICACION

El Código Penal vigente incluye en el Capítulo XV de su libro II a los delitos sexuales clasificándolos genéricamente de acuerdo al bien jurídico tutelado atinente al resultado de la lesión que causan, en:

- a) Atentados al pudor
- b) Estupro
- c) Violación
- d) Rapto
- e) Incesto
- f) Adulterio

a) Delito de Atentados al Pudor

Comete el delito de atentados al pudor: "El que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con consentimiento de ésta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, se le aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos.

Si se hiciere uso de la violencia física o moral, la pena - será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cincuenta a - mil pesos. (Artículo 260 del Código Penal para el Distrito Federal). Del estudio de este artículo podemos ver que el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito, es primordialmente la libertad sexual - cuando recae la acción en púberes o la seguridad sexual cuando se trata de impúberes.

En términos esenciales, se entiende por delito de atentados al pudor, cualquiera que sea el sexo de sus protagonistas activos o pasivos, los actos corporales de lubricidad, distintos a la cópula y que - no tienden directamente a ella, ejecutados en impúberes o sin consenti miento de personas púberes.

b) Delito de Estupro

Comete el delito de estupro: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimi ento por medio de la seducción o engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos". (Artículo 262 del Código Penal para el Distrito Federal). En este delito el bien juri dico, objeto de la protección penal es el concerniente a la seguridad - sexual de dichas mujeres honestas contra el ayuntamiento sexual, obtini

do abusando de su inexperiencia; la tutela en el estupro se establece por interés individual, familiar y colectivo en la conservación de sus buenas costumbres.

c) Delito de violación

Comete el delito de violación: "El que por medio de la violación física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo, se le aplicará la pena de uno a seis años de prisión. Si la persona ofendida fuera impúber, la pena será de dos a ocho años de prisión". (Artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal). De la lectura de éste precepto se desprende que el bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito, concierne primordialmente a la libertad sexual.

La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es la que, tanto en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación.

d) Delito de Rapto

Comete el delito de rapto: "El que se apodere de una mujer,

por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará la pena de seis meses a seis años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos". (Artículo 267 del Código Penal para el Distrito Federal). En este delito nos parece que los bienes jurídicos objeto de la protección penal contra el rapto son complejos y, a veces, variables, según sus distintos modos violentos o consensuales de comisión y las diversas circunstancias personales de edad o estado de la ofendida. En general, el rapto ataca la libertad física, la libertad de residencia o movilización de las personas y su seguridad; pero cuando recae en mujeres menores, los derechos de patria potestad o tutela y el régimen u orden familiares, resultan lesionados. En esencia, el rapto es delito contra la libertad y la seguridad personales o al orden de las familias, con afán lúbrico o matrimonial.

e) Delito de incesto

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

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre -
hermanos". (Artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal).

En este delito las relaciones sexuales entre ascendientes
y descendientes o entre hermanos, la acción típica es evidentemente
sexual, el objeto de la tutela penal de este delito es contra el orden -
de las familias, concretamente contra el orden sexual exogámico regu-
lador de la formación de dichas familias. Por lo tanto, en este delito
la libertad y la seguridad sexual no son los bienes jurídicos tutelados.

f) Delito de adulterio

"Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de dere-
chos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometi-
do en el domicilio conyugal o con escándalo". (Artículo 273 del Código
Penal para el Distrito Federal).

El delito de adulterio consiste en el ayuntamiento sexual en-
tre persona casada y persona extraña a su vínculo matrimonial, efectua-
do en el domicilio conyugal o con escándalo, no obstante que la acción
en que se consuma es erótica, constituye más bien infracción de extre-
ma injuria contra el cónyuge inocente, por la frenética invasión de la re

sidencia común o por la grave publicidad que entraña su realización - escandalosa.

Ahora bien, después de haber analizado de una forma somera, las conductas típicas consagradas en el Código Penal y de observar la naturaleza de las acciones características de cada uno de los delitos anteriormente enumerados y la naturaleza de los bienes jurídicos objetos de la tutela penal, podemos concluir que el atentado al pudor, el estupro y la violación, en puridad doctrinaria, están bien clasificados como sexuales, ya que en ellos la conducta del delincuente siempre consiste en actos corporales de lubricidad, caricias eróticas ó ayuntamientos sexuales, que producen como resultado la lesión de la libertad o de la - seguridad sexual del sujeto pasivo.

Por otra parte, en lo que toca a los delitos de raptó, inces- to y adulterio podemos afirmar que son delitos de fondo sexual, pero - que sin embargo, dadas las condiciones y formas en que se consuman, - no producen lesión a la libertad o la seguridad sexual.

D. CRITERIOS QUE DIERON ORIGEN A LA REGULACION DE LOS DELITOS SEXUALES.

En resumen de los expuesto y en un sentido doctrinario de-

rivado de las notas más esenciales que presentan los delitos sexuales dentro del derecho, surge la necesidad de regular las conductas que - dieron pauta para evitar el relajamiento de las buenas costumbres, - creando con esto un freno para mantener a la sociedad dentro de una - esfera legal, por tal virtud, como noción general se han creado los si guientes criterios; los cuales analizaremos en forma somera ya que - sirvieron de base para la regulación de los delitos sexuales que a con tinuación mencionamos:

- 1) Criterio religioso
- 2) Criterio legalista
- 3) Criterio sociológico
- 4) Criterio jurídico
- 5) Criterio técnico jurídico

Al referirse Dorado Montero, a uno de los temas más de batidos en el campo de la doctrina penal, como es el precisar el concep to de delito, indica la posibilidad de dar una definición en sí, valedera para todo el mundo y comprensiva a todos los hechos acreedores al cali ficativo de delictuoso, porque el concepto de delito es relativo, como lo es el orden jurídico atacado e incluido en la definición de aquél. (3).

(3) Cfr. El Derecho Protector de los Criminales. Tomo I, pág. 536 y sig. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915.

Jiménez de Azúa supone que, el autor citado confunde la variabilidad del orden jurídico motivado por las evoluciones empírico culturales, con la permanente noción del delito, como lo contrario de éste, que lo constituye en una valoración jurídica, y por ello, es un ente jurídico, mucho antes de ser elevado este concepto por Carrara a fórmula sacramental (4).

La opinión de Dorado Montero nos satisface porque en nuestro concepto, sólo un juicio valorativo crea el concepto del delito después de ser elevado a la categoría de norma, y bajo ese supuesto, forzoso será aceptar que el concepto del delito es relativo por cuanto dependerá de aquel presupuesto.

De cualquier manera, a los fines de este trabajo creemos conveniente destacar, aún cuando sea suscintamente, los principales conceptos expresados sobre el delito, y para ello tomaremos en cuenta el criterio que los orienta.

1. - Criterio Religioso. - Nos dice Krauss citado por Bonger, "el creciente alejamiento de Dios, que penetra una y otra vez en las capas sociales más vastas y las opiniones totalmente inmorales so

(4) Puede verse, tratado de Derecho Penal. Tomo III, págs. 23 y 24. Ed. Lozada, Buenos Aires.

bre la vida y el mundo general, que son consecuencia, forman el oscuro subsuelo donde prosperan en abundancia la blasfemia y el delito".

El propio Bonger, se encarga de refutar y con razón, a nuestro juicio, esa opinión cuando expresa que "el error fundamental de la teoría, la irreligiosidad conduce al delito", es de origen y consiste en afirmar que sin religión no puede haber moralidad. Sin embargo, la etnología y la psicología nos dicen todo lo contrario.

La moralidad tiene sus raíces en los sentimientos sociales peculiares del hombre, y hasta de algunas especies animales. Los lazos que unen la moralidad con la mente humana son más profundos que los de la misma religión y no tienen por consiguiente, por qué depender de ésta última. Por tanto, la religión no puede existir sin -- aquella. El error en cuestión tuvo su origen en la unión total que durante toda una época existió entre la religión y la moral social, y que dió lugar a una aparente inseparabilidad. Las prescripciones morales son de origen terrenal y no divino; es decir, tienen en cuenta los intereses de la colectividad dentro de la cual están en vigor. Las que denominamos "virtudes cristianas", también existen y se practican con frecuencia a plena satisfacción en lugares donde se desconoce el cristianismo.

Sin embargo, no cabe deslindar de una manera total los campos de la religión y la moral, porque si despojamos la primera de su carácter de conocimiento revelado, se acudiría a valoraciones materiales. Las respectivas ideas pertenecen a órbitas peculiares distintas, que pueden o no ser total o parcialmente coincidentes, siendo esto último lo ordinario.

2. - Criterio Legalista.- Los primeros conceptos elaborados sobre el delito parten del supuesto de estimarlo como un acto contrario a la Ley (5).

Este criterio originó el problema de precisar la naturaleza de los actos acreedores a la represión por la ley, y dio lugar a algunos autores para incluir en sus definiciones elementos diferentes al legal, como sucede con Carrara, quién al definirlo como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso", incluye elementos que tienen connotación diferente de la legal.

Es un error incluir a los partidarios del criterio legalista, a los glosadores y a los prácticos, pues tenemos por ejemplo: a

(5) Scienza Della Legislazione. Vol. III, Lib. I, Cap. XXXVII, Nápoles 1780-1785.

Tiberio Desciano, citado por Puig Peña, quién al definir el delito como "un hecho, dicho o escrito, del hombre, cometido con dolo: culpa prohibido por la ley vigente" y que no esté ligitimado por causa justa", - vemos que incluye en su definición al dolo a la culpa, conceptos éstos - que tienen connotación distinta a la legal estricta.

El criterio legalista, según se observa, desplaza el problema el campo del jurista, hacia el del legislador, quien es el definidor de la conducta delictuosa. Así a la filosoffa de los valores, será eficaz auxiliar en la catalogación de los actos delictuosos, pues en definitiva, solamente serán incluidos en la ley penal, aquellos actos lesivos de un valor de considerable utilidad.

3.- Criterio Sociológico. - Ante la imposibilidad de obtener un conjunto de acciones consideradas como delictuosas en todos los -- tiempos y lugares, Garofalo emprendió el estudio de los sentimientos - más arraigados en el corazón humano, por suponer que el delito pudie- ra implicar la lesión de algunos de ellos. Creyendo encontrarlos en los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, sin dar propiamente una definición, expresa "que el elemento de inmoralidad necesario para que un acto nocivo sea considerado como criminal por la opinión pública, es la lesión de aquella parte del sentimiento moral que consiste en los sen-

timientos altruistas fundamentales, es decir, los de piedad y probidad. Es necesario además que la violación no recaiga sobre la superior y más delicada de estos sentimientos, sino sobre la medida media en que son poseidos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo en la sociedad. A esto llamaremos crimen o delito natural.

El propio autor hizo derivar de las acciones no lesivas a los sentimientos de piedad y probidad, otra categoría de delitos denominados por él legales o de creación política.

La tesis de Garofalo fue duramente criticada por haber considerado únicamente los sentimientos de piedad y probidad como los únicos fundamentales, olvidando ciertos sentimientos como el religioso, que fue considerado como uno de los más importantes. Sin embargo, lo cierto es que sirvió de fundamento a otros autores para elaborar sus conceptos, entre ellos a Ferri, para quien el delito está constituido por "aquellas acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alternan las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado". Tarde se refiere a la lesión de aquellos sentimientos que "la opinión dominante, acreditada en un grupo social, juzga digna de pena" y por último -

Ingenieros, quien estima el delito como una "transgresión de las instituciones impuestas por la sociedad al individuo en la lucha por la existencia, lesiona directa e indirectamente al derecho a la vida, cuyas condiciones son establecidas por la ética social y tienden a fijarse en fórmulas jurídicas, variables, según las circunstancias del tiempo, modo y lugar".

En opinión de Puig Peña, el concepto de Ferri resulta más amplio que el de Garofalo, porque a referirse a la moralidad media, lo hace sin concretarse a determinados sentimientos, y a la vez más restrictivo, en cuanto exige dos condiciones o sea, la alteración de las condiciones de vida y los motivos individuales y antisociales.

4.- Criterio Jurídico.- Entre las definiciones que conciben el delito, no ya como la violación del Derecho, como lo concibió Franck, sino como el quebrantamiento de la ley, podemos citar a los siguientes autores: Anselmo Feuerbach, al definirlo como "la acción contraria al derecho de otro, conminada por una ley penal"; Franck Von Listz, como "el acto culpable contrario al derecho y sancionado con una pena"; Vincenzo Manzini, para quien el delito "considerado en su noción formal (concepto) es el hecho individual con que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de coerción in-

directa, que es la pena en sentido propio; y considerado en su noción sustancial (contenido), el delito es la acción o una omisión imputable a una persona lesiva o peligrosa para un interés penal". Francisco Carnelutti, al decir "desde el punto de vista sociológico, un hecho es delito por ser contrario al bien común o, en otras palabras, perjudicial a la sociedad; y desde el punto de vista jurídico, el mismo hecho es delito por estar castigado con una pena, mediante un proceso", Florian, al expresar que el delito se presenta como "un hecho culpable del hombre, contrario a la ley, y que está amenazado con una pena"; Eusebio Gómez, que expresa que el delito "es un hecho humano, antijurídico, real o potencialmente lesivo de un bien o interés protegido por la ley".

5. - Criterio técnico jurídico. - La definición técnico-jurídica no debe ser confundida con la únicamente jurídica. Si bien es cierto que ambas emanan de una fuente común, la ley, no lo es menos que presentan indudables diferencias. La técnica, como dice Stambler "se caracteriza por limitarse a un fin concreto". El concepto jurídico del delito se formula abstractamente como una violación de la ley; en cambio, el técnico jurídico se obtiene concretamente, mediante la sistematización de los elementos legales dispersos por el Ordenamiento Jurídico. La técnica es obrar con ciencia, según Crispigni; y el jurista al realizar la sistematización de que habla, compone científicamente el -

concepto de delito.

La primacía de la formulación de la definición técnico jurí-
dica, corresponde a Binding, que es quien procura destacar los ele-
mentos que integran al delito y sobre esa base se elaboran las definicio-
nes que prevalecen hoy día, como pueden destacarse entre otras las si-
guientes: la de Beling que lo define como "la acción típica, antijurídica,
culpable, sometida a una adecuada sanción penal que llena las condicio-
nes objetivas de penalidad". Esta definición fue posteriormente modifi-
cada haciendo desaparecer el requisito de ser sancionado como una pe-
na y estableciendo la independencia de la calidad típica de la acción. -
Este autor es quien introduce a la nueva dirección la doctrina de la tipi-
cidad como uno de los elementos del delito, fundándose en que la cons-
trucción del mismo, debe tomar sus elementos de la legislación positiva,
por ser en ella donde se dan los tipos; la de Mayer, que la define como
"el acontecimiento típico, antijurídico e imputable". En ésta, como en -
la anterior, no se hace referencia a la penalidad por estimarse que ésta
no es sino consecuencia del delito; la de Jiménez de Azúa, que lo concibe
como "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a
condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a
una sanción penal"; y, por último, la de Mesger para quien el delito es
"la acción típicamente antijurídica y culpable".

CAPITULO II

"ADULTERIO"

- A) Concepto
- B) Evolución
- C) Encuadramiento Legal

A. CONCEPTO

Etimológicamente la palabra "Adulterio", término castellano muy semejante al de las demás lenguas romance, deriva inmediatamente de la voz latina "Adulterium", sobre cuyo origen y sentido los diversos tratadistas no han hallado comunión. Esta discrepancia nos obliga a subrayar las dos básicas corrientes que al respecto se mantienen.

a) En la opinión filológica, la locución "Adulterium" procede a "adulter", que significa "Ad hacia y "Alter" otro; cerca de -- otro, en comunicación con otro (6).

Voltaire, siguiendo esta línea aclaratoria, expresa: "No - debemos la palabra adulterio a los griegos sino a los romanos; adulterio significa en latín "alteración, una cosa puesta por otra, llaves falsas, contratos y signos falsos; Adulterio. Por eso el que penetraba en lecho ajeno fue adúltero, así llamado, como llave falsa que abre la casa de otro" (7).

b) En la opinión filosófica y jurídica, la palabra en cues--

(6) Cfr. Diccionario Etimológico de Lengua Castellana.

(7) Cfr. Diccionario Etimológico. Ed. Sempere, 1931.

ción proviene de "alterius thorum ive, vel accedere", que referido al español se traduce en "ocupación del tálamo ajeno".

En realidad, aunque adaptada al español, la locución - "adulterium", los latinos empleaban al término "moechus", derivado del griego "Moixao", considerando así al adulterio como una especie de fornicación, sentido que se usa en el Decálogo: "Nonmoecha beris" (8) "Nanque moechaberis" (9), mandamiento que según Pío V contiene dos partes: una en la que se prohíbe con palabras terminantes el adulterio, y otra que encierra el mandato de guardar castidad del alma y del cuerpo", haciendo sinónimas las voces "Moe chiac" y "adulterii" (10).

Así, en relación al problema de la definición del adulterio, siguiendo por una parte, una interpretación puramente gramatical, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: " A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio que, en general, se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República, para su caracterización jurídica, se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a de

(8) Exodo, XX.14

(9) Deuteronomio

(10) Catmo. Romano. Núm. 3 cap. VII. Parte III.

mostrar las relaciones extramatrimoniales de los cónyuges y aunque éstas por su propia naturaleza, son de muy difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciarse a través de determinadas - circunstancias que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el - vínculo conyugal" (11).

Por otra parte, recurriendo a la doctrina e incluso a la jurisprudencia misma, "Es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo, al delito de adulterio, pero la doctrina y la Jurisprudencia han establecido de modo firme que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada" (12).

En ambas ejecutorias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce, como gran parte de la doctrina Mexicana que el artículo 273 del Código Penal no hay definición del adulterio: esto es, no hay descripción de la conducta, pero a diferencia de esa parte de la doctrina, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no afirma que se viole el principio Nulla poena sine crimine cuando se aplica una sanción por la realización de una conducta que la misma Ley no dice en -

(11) Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXI, p. 4757.

(12) Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXII, p. 3636.

qué consiste.

Sin embargo, este criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del adulterio, no se corresponde con el que ella misma sostiene al referirse a la "adecuación típica", cuando establece, por una parte que: "La tipicidad consiste en el comportamiento del acusado, que se encuentre adecuado al tipo que describe la Ley penal" (13), y, "para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal; ésto es, que la acción sea típica antijurídica y culpable, puede una conducta humana ser típica, por que la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo legal (14). De donde sigue, por otra parte, que: - "para que el delito sea punible, es requisito indispensable que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo" (15).

En efecto, para que una conducta sea típica, debe "enmarcarse dentro de la definición de un tipo penal". Pero es el caso que, tratándose del adulterio, en el Art. 273 del Código Penal no hay tal definición, como la misma Suprema Corte de la Nación lo acepta. Por -

(13) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXIII, p. 103; Tomo XLIX, p. 103.

(14) Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXVII, p. 73.

(15) Boletín de Información Judicial, Vol. LXXXVI, Segunda parte, p. 9.

otra parte, decir que el adulterio es punible cuando se "cometa en el domicilio conyugal o con escándalo", no está en ello diciendo en qué consiste la conducta adulterina, sino únicamente hace alusión a referencia de "lugar" o de "modo" en que ha de realizarse dicha conducta.

Para caracterizar el adulterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recurre, por un lado a la "Significación gramatical ordinaria" del mismo, para decir que se trata de "relaciones extramatrimoniales de los cónyuges" o "relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal"; y por otro, a la doctrina y Jurisprudencia, para decir en qué consiste la "infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada".

En el primer caso, para buscar la voluntad de la Ley, o más bien, para llenar el vacío del artículo 273, la Suprema Corte de Justicia de la Nación utiliza como método la "interpretación gramatical", pero ello implica naturalmente, el análisis del lenguaje utilizado en la letra de la ley, como sería, p. ej., la "relación extramatrimonial"; -- mismo que no se encuentra en la ley. Por tanto, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice que atiende a la "significación gramatical ordinaria", no puede referirse al significado literal del texto, sino más bien a lo que el común de las gentes atiende por adulterio, o sea, -

el lenguaje "vulgar" es fuente de la interpretación judicial si ese -- lenguaje es el que "acostumbra" el común de las gentes, ¿ podrá de cirse entonces que la Suprema Corte de Justicia de la Nación acude en este caso a la costumbre, para interpretar el artículo 273 del Código Penal? De ser esto afirmativo, habrá que agregar inmediatamente que, en virtud, del principio de estricta legalidad que consagra el artículo 14 Constitucional, la "costumbre" no puede ser en derecho penal fuente creadora de responsabilidad criminal.

En el segundo caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación acude expresamente a la doctrina. Debe decirse al respecto que, aparte de que la opinión de los jurisconsultos carece hoy de fuerza normativa, el valor de la misma (doctrina) dependerá en la mayoría de los casos de prestigio, de la autoridad del intérprete. Y el acudir a la jurisprudencia, plantea nuevamente la cuestión de saber qué es lo que a los tribunales sirve de base cuando deciden cuestiones jurídicas de - naturaleza idéntica, ya que el desentrañar la voluntad de la ley por los Tribunales implica que éstos tomen determinadas fuentes y sigan ciertos métodos.

Ahora bien, ¿qué función es la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza en estos casos, interpreta o integra la Ley ?

creemos que lo que está haciendo en el caso del adulterio, es crear - un tipo. Pero consideramos que la función de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según su naturaleza, no es crear sino interpretar - el derecho; la función integradora o creadora compete a otro órgano - del Estado por ende, en el caso que nos ocupa, creemos que nuestro máximo tribunal se sale de la esfera de sus atribuciones.

Por otra parte, para interpretar el derecho tiene que acudir a las fuentes del mismo: primero a la Ley Penal, como única - fuente de inspiración judicial sobre la naturaleza delictiva de una conducta, luego el ordenamiento jurídico en general, cosa que en el tema que nos ocupa no sucede, por lo cual consideramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el artículo 273 del Código Penal en la forma en que lo hace, invade otras esferas que no son de su competencia, y ella misma hace, caso omiso del opotegma que inspira toda legislación penal: Nullum crimen nulla poena sine lege.

B. EVOLUCIÓN

Antecedentes Históricos - Legislativos

- 1) Introducción
- 2) Hebreos
- 3) Egipto
- 4) Roma
- 5) España

Desde tiempos antiguos el adulterio ha sido considerado - como un grave delito en contra de la integridad familiar, el decoro y el buen nombre, siendo sancionado en forma severa, generalmente, en contra de la mujer, no del hombre, quien en muchos casos era el que aplicaba el castigo a su arbitrio, llegando incluso hasta ejecutar la pena de muerte.

Cabe señalar que el hombre, que tan duramente castigaba la violación de la fé conyugal, podía cometer impunemente adulterio, toda vez que en los antiguos pueblos esta transgresión la cometían - las mujeres y sus cómplices, pues el adulterio del marido no se penaba y, en algunas razas, era admitida la poligamia.

A continuación veremos la forma en que era previsto y -

castigado el adulterio en ciertos pueblos de la antigüedad.

2. - Hebreos

En el pueblo hebreo, según la Biblia, la palabra adulterio tuvo varios significados, aparte del sentido de quebrantación de la fé conyugal (16).

En una primera acepción se entiende como una traición a Yahué o idolatría, toda vez que se equiparaba a un matrimonio la - alianza que celebró Israel con Dios.

En otra acepción se entiende el adulterio como una corrupción o alteración de cualquiera de las costumbres.

Al leer en la Biblia "... Generación malvada y adúltera ..." (Mt. 12. 39), se entiende que tomaban en este caso la palabra adulterio como una degeneración de la familia.

En el antiguo Testamento, se condena el adulterio de la mujer y de su cómplice, a los que se aplicaba la pena de muerte.

(16) Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo II, Artículo Adulterio, Editorial Espasa-Calpe. Madrid, España. 1967, p. 1043.

En la misma forma era castigada la prometida que pecaba con persona distinta de su prometido y la viuda que faltaba con alguien que no fuera el hermano de su difunto esposo o el pariente más próximo, ya que de acuerdo a la tradición judía la viuda debía contraer matrimonio con el hermano o el pariente más próximo al morir su esposo (17).

El proceso por adulterio se llevaba a cabo en el Tribunal del domicilio de los acusados y del lugar donde se hubiera cometido el delito. Los culpables eran juzgados por el Senedrín, que era el Consejo Supremo de los Judíos; las penas que se imponían eran diversas, principalmente la lapidación. Algunos rabinos dicen que la muerte era por estrangulación o por fuego, aunque en este tiempo la pena que se aplicaba era la lapidación y después se quemaba el cadáver por considerarse le impuro (18).

Al respecto tenemos: "... si un hombre comete adulterio con la mujer de su prójimo, será muerto tanto el adúltero como la adúltera. (Lev. 20. 10).

(17) Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit. p. 1043.

(18) Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit. p. 1043.

No obstante lo anterior, entre los hebreos se permitía - que el marido tuviera concubinas; de modo que el adúltero obraba - únicamente en contra de la mujer.

En resumen, en el Antiguo Testamento estaba permitido el adulterio del varón, no así el de la mujer, quien era castigada junto con su cómplice, quitándoles la vida en diversas maneras: lapidación, estrangulación, cremación en vida, etc.

En el Nuevo Testamento se prohíbe el adulterio masculino y continúa prohibido el femenino, pero no se establecen sanciones humanas sino sólo la amenaza del infierno en la otra vida.

3. - Egipto

En Egipto el adulterio fue castigado en distintas formas según las diversas épocas de su historia; en un principio se sancionaba - con la muerte de los adúlteros; después se aplicó la castración para el cómplice (pena en la que se creía encontrar una proporción entre el delito y la pena); más adelante, la sanción consistió en cortar la nariz de la mujer y dar azotes o palos al cómplice, los cuales en algunos libros se dice que eran cien y otros afirman que eran mil (19).

(19) Escribe Joaquín, Artículo Adulterio, en: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, España, 1874, p. 100.

4. - Roma

En Roma, la mujer tenía la prohibición moral de sostener relaciones sexuales antes de casarse y, después de casada, sólo las podía tener con su marido; el hombre no tenía otra limitación que la de no ofender a las doncellas y a las esposas de otros (20).

Correspondía al tribunal doméstico conocer de las faltas a la castidad cometidas por las mujeres; al cómplice sólo se le podía exigir responsabilidad cuando continuara sometido a la potestad del padre y debía pedírsela su propio tribunal doméstico (21).

El Colegium de Pontífices era el más alto tribunal doméstico del Estado, y era competente para sancionar a las hijas de familia de la comunidad y a sus amantes.

Si el cónyuge sorprendía a los adúlteros, se le otorgaba el derecho de vida y muerte sobre la esposa y aplicaba a su criterio la pena al cómplice. Si el matrimonio se hubiera celebrado sine manu, era el padre de la mujer a quien le correspondía aplicar el castigo. En

(20) Momsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano, trad. por P. Dorado, Editorial La España Moderna, Madrid, España, sin fecha, p. 160.

(21) Momsen, Teodoro, El Derecho Penal Romano, op. cit. p. 160 y s.

caso de que el cómplice no fuera muerto al sorprendérsele, se le podría privar de la vida o palos o se le dejaba morir de hambre o se le castraba o se le aplicaba la raphanidosis, de la cual ya hemos hablado en el inciso precedente.

Si la mujer no era sorprendida in fraganti, podía el marido convocar al Consilium Domesticum, que tenía facultades para resolver la pena que se aplicaría a la mujer o, en caso de que se llegara al divorcio por este motivo, podía privarla de la sexta parte de la dote que hubiera aportado al matrimonio; si el divorcio por otra causa, perdía la octava parte.

En esta época, el adulterio era considerado como una falta doméstica que no pertenecía a las instituciones del Estado por lo cual al Derecho Público no le importaba si se castigaba o no.

En el último siglo de la República, durante el mandato de Augusto, se publicó la Lex Julia de Fando. La Lex Julia no admitía la tentativa en el adulterio; para sancionarlo debía estar consumado y tener conciencia de la injusticia que se cometía, la tentativa sólo se consideraba como injuria; en el Derecho de épocas posteriores si se aumentó la pena en este caso.

El procedimiento estaba a cargo de un pretor; no se sabe exactamente si su jurisdicción abarcaba toda Italia o solamente Roma; en las provincias se establecían los procedimientos ante el presidente de ellas; después Caracalla ordenó que el procedimiento se siguiera - ante el Procurador de Hacienda seguramente motivado por las confiscaciones que se hacían por esta causa de los dotes aportadas al matrimonio, en la mitad de ésta y en la tercera parte de sus bienes tanto a los hombres como a las mujeres (22).

El marido podía matar al cómplice si éste era de condición inferior a saber: mimo, rufián, histrión, manumitido, esclavo; o de - condición superior si fuera encontrado en su casa, pero en este caso - tenía prohibido matar a su cónyuge; debía sacarla de la casa y denunciar en los tres días siguientes este hecho ante el magistrado.

Podían acusar el padre y el marido; el juez nombraba al acsador en caso de que concurrieran ambos; se concedía un plazo de sesenta días para presentar acusadores; si en este plazo no concurrían, el derecho de acusación se hacía público.

"Finalmente, mientras en general regía la regla de que el delito no prescribe, la acción del adulterio podía prescribir de dos modos:

(22) Mommsen Teodoro, El Derecho Penal Romano, op. cit. p. 166.

primeramente, todas las acciones derivadas de la Lex Julia prescribían por el transcurso de cinco años, a contar desde el día en que se cometiese el delito, en segundo lugar, una vez que los cónyuges se - hubieran separado por causa de adulterio, la correspondiente acción había de interponerse dentro de un plazo de seis meses, que se empezaban a contar desde el día de la comisión del delito, en el caso de - que la mujer fuese célibe, y desde el día de la separación de los cónyuges, si fuese casada; siendo de advertir de que estos seis meses, - los dos primeros le quedaban reservados, como ya se ha dicho, al marido anterior y al padre de la divorciada para que ejercitasen el derecho preferente de querellarse que por la ley le correspondía" (23).

En cuanto a las penas que establecía la Lex Julia, aparte de la pecunaria, de la que ya hemos hablado (pérdida de la mitad de - la dote y el tercio de sus bienes), la mujer era confinada a una isla y al cómplice se le mandaba desterrado a otra isla distinta y perdía la - mitad de su fortuna.

En esta ley se prohibía a la mujer condenada volverse a - casar; únicamente se le permitía vivir en concubinato; se le prohibía también usar la estola de las matronas y se le imponía la toga de las

(23) Momsen Teodoro, El Derecho Penal Romano, op. cit. p. 168.

En 337 d. c. los hijos de Constantino negaron la apelación y establecieron la misma pena para los adúlteros que la que se imponía a los parricidas, o sea la hoguera.

Teodosio estableció que los adúlteros fueran llevados públicamente a un lugar de prostitución, llamando la atención con campanillas. Valentiano sancionó con pena de muerte para la mujer el adulterio. Justiniano estableció que una vez demostrada la culpabilidad de la mujer podría ser repudiada, el cómplice tenía la pena de muerte, pero se libraba de la confiscación si tenía descendientes hasta el tercer grado; la mujer condenada por adulterio era encerrada en un claustro y el marido podía sacarla pasado dos años; si no la sacaba quedaba disuelto el matrimonio y la mujer no salía nunca del convento donde se le cortaba el cabello; si esto sucedía, de la fortuna de la mujer se deducía la dote por el marido; si tenía hijos adquirían éstos dos tercios de su fortuna; a los ascendientes, si había, les correspondía un tercio de ésta; si no tenía descendientes ni ascendientes, la fortuna pasaba al monasterio (25).

En Derecho Romano, la mujer no podía acusar al marido de adulterio por no ser cabeza de familia ni estar autorizada para acusar en juicio; en base a esto no eran sancionadas las relaciones extra-

(25) Cfr. Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit. p. 1045.

conyugales del marido con la mujer soltera.

✓ Dotali et de Adulteriis, en la cual por primera vez se le da carácter penal y público al adulterio. Antes de esta ley se le consideraba civil privado y, en virtud de ello, no podía recibirse la acusación de otras personas aparte del padre y del marido (26).

✓ Las causas de promulgación de esta ley fueron la relajación de las costumbres morales, la falta de respecto al matrimonio e instituciones familiares y la despoblación de Roma y los territorios a ella sometidos (27).

✓ Respecto del alcance de esta ley, Teodoro Momsen nos dice: "El Derecho no se hacía cargo de las ofensas al pudor sino respecto de las mujeres libres obligadas a guardar castidad (matronas, matres familias); extendiéndose, sin embargo, sus preceptos también a los varones que cometieran el delito juntamente con dichas mujeres. No caían bajo la acción de la ley las mujeres esclavas, ni tampoco aquellas otras, casadas o no, cuya condición social no las obligaba a ser castas, a saber: las mujeres públicas, mientras continuaran ejerciendo su oficio, las dueñas de burdeles, las comediantes, las dueñas de locales públicos y las mujeres

(26) Véase a este respecto: Carmona Miguel E. El Adulterio en Derecho Civil, Canónico, Social, Penal y Procesal. - Barcelona, Madrid, España. 1956. Momsen Teodoro, El Derecho Penal Romano, op. cit.

(27) Véase Momsen Teodoro, El Derecho Penal Romano, op. cit.

que vivieran en concubinato indecente. Más el mero hecho de llevar vida disoluta, no libraba a las romanas libres de las consecuencias penales que la ley atribuía a los delitos contra la honestidad; tampoco se libraba de ellas el amante, salvo el caso de que hubiera podido engañársele en cuanto a la condición social o género de vida de la mujer. La condición social o género de vida del hombre culpable no se tomaba en cuenta para calificar el delito; la mujer libre podía faltar legalmente a la castidad, aún yaciendo con un esclavo (28).

5. España

a) Introducción

Iniciaremos el estudio de adulterio en España con la invasión de los godos.

Los godos eran indo-europeos; en Bizoncio se convierten al cristianismo arriano y regresan de Asia para invadir Roma. Entonces se dividen en dos grupos: Los West goths (visigodos) y los East goths (astigodos) (29).

Los visigodos penetraron en España en el siglo V, en 418

(28) Momsen Teodoro, El Derecho Penal Romano, op. cit. p. 163.

(29) Datos tomados de los apuntes de la Cátedra de Historia del Derecho Mexicano, impartida por el Lic. José López Mourey.

d.c., por medio de un pacto de federación para desalojar a otros grupos más salvajes que la habían invadido: alanos, vándalos y suevos, - los cuales fueron asimilados por aquellos (30).

La familia recibió el nombre de sippe o sibis. Esta se entendió como una unidad moral en donde un hombre, el padre, la dirigía y tenía el derecho de vida y muerte sobre los hijos, la madre lo colocaba a los pies del padre y si éste lo recogía, significaba que lo reconocía (31).

El matrimonio se entendió como un contrato de compra-venta y cuando el marido moría, la mujer adquiría su libertad ya que no quedaba sometida al hijo.

En cuanto al Derecho Penal, estaba fundado en el Wergeld que quiere decir dinero de sangre, porque no se entiende como un derecho de persecución oficiosa, sino como una fuente de obligaciones.

b) Fuero Juzgo

Las fuentes del fuero juzgo, fueron el Código de Eurico y

(30) Cfr. García Gallo Alfonso, Manual de Historia del Derecho Español, Tomo I, 3a. Edición, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, España, 1967, p. 52 y sig.

(31) Apuntes de Cátedra, cit.

el de Alarico. Sobre este punto, Miguel Carmona nos ilustra: "Si el - Código de Eurico -Codici euriciani- representa una compilación del Derecho germánico, y el de Alarico -Lex romana visigothorum- una compilación del Derecho Romano, aplicable la primera a los vencedores - (visigodos) y la segunda a los vencidos (hispano-romanos). El fuero juzgo, o liber judiciarum, intenta ser una síntesis, una fusión, que realizando la unidad legislativa, sirva para vencedores y vencidos, división superada ya y convertida en sociedad hispano-goda"(32).

Respecto al adulterio hay varias disposiciones en este Código: en la ley I se establece que si un hombre cometía adulterio con mujer casada mediando violencia, fuera puesta a disposición de la mujer, - si tuviera hijos legítimos sus bienes pasaran a éstos; si no tuviera hijos legítimos que heredaran sus bienes, era puesto a disposición del marido, junto con sus bienes para que dispusiera de él como quisiera.

En caso de que el adulterio fuera cometido con el consentimiento de la mujer, el cómplice y ella eran puestos a disposición del marido.

Cometía también adulterio la mujer que había celebrado esponsales si se casaba, tenía relaciones o celebrada nuevos esponsales -

(32) Carmona, Miguel E. de, El Adulterio en Derecho Civil Canónico, - Social, Penal y Procesal, Editorial Jurídica Española.

con persona distinta de su esposo; en este caso, la pena consistía en convertirse en siervos del esposo y sus bienes pasaban a su poder; pero si los adúlteros tenían hijos legítimos, los bienes quedaban en poder de los hijos y los adúlteros caían en servidumbre perpetua (33).

El marido, el esposo y el padre podía matar a la mujer - adúltera, el padre sólo la podía matar si cometía el adulterio en su casa. Muerto el padre, si la mujer era adúltera, los hermanos o los tíos que la sorprendieran, los tenían a su disposición.

La acción del adulterio estaba concedida únicamente al marido o al padre de la adúltera, pero pasaba a los hijos y a los parientes próximos del que callaba y no acusaba..." porque las mujeres que se deshagan de sus maridos, muchas veces facen adulterio, é facen a sus maridos seer sandios por algunas yerbas que les dan, é por algún mal fecho, assí que maguer que ellos sabe el adulterio de la mujer, non lo pueden acusar, nin se pueden quitar de su amor della..." (34).

El adulterio era un delito cometido únicamente por la mujer ó su cómplice. El marido no era penado por sostener relaciones extramatrimoniales, a no ser que las sostuviera con mujer casada.

(33) Barcelona-Madrid, España. pág. 118 y sig. Cfr. Carmona Miguel E., de, El Adulterio en Derecho Civil, Canónico, Social, Penal y Procesal, op. cit. p. 119.

(34) Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, Tomo I, Imprenta de la Publicidad, Madrid, España, 1847, P. Liv.

c) Fuero real

Los importantes cambios políticos iniciados en el siglo XI en función del robustecimiento del elemento cristiano en España, se - acentuó en el siglo XIII y florecieron las poblaciones, la cultura la riqueza y aumentó la autoridad de los reyes y empezaron a aparecer las monarquías bien definidas y poderosas.

El Fuero Real fue considerado como un delito público, en la Ley 1., Tit. lib. 4 del Fuero Real; se establece que los adúlteros - sean puestos a disposición de marido para que dispusiera de ellos y de sus bienes, pero no podía matar a uno y dejar vivo al otro, ni quedarse con los bienes de cualquiera de los que tuvieran hijos legítimos que los heredasen.

En la Ley 5, tit. 7, lib. 4, del Fuero Real se establece - que la mujer queda eximida de la acusación si el marido, estando enterado del adulterio, la tiene en su compañía, la admite en su lecho o dice al juez que no quiere acusarla, o abandona la acción intentada; en estos casos, se establecía la presunción del perdón.

d) Las Siete Partidas

Las Siete Partidas perseguían un alto fin político, que era

la unidad de legislación y la consolidación del poder de los reyes; fueron escritas con el fin de servir como Código general que abarcara - todas las materias de derecho y de observancia obligatoria para todos los reinos que estaban sujetos a la corona de Alfonso X.

Se inició su redacción en 1256 y concluyó en 1265; estaba muy influenciada su redacción por el Corpus Iuris, y se pretendió aplicar el Derecho Romano. Este fuero no fue fácilmente aceptado en España.

En materia penal se deja ver la gran influencia romanista que en ocasiones llega a significar un retroceso a doctrinas que el derecho español ya había superado.

El título XVII, de la séptima partida, que comprende 16 leyes, trata de los adulterios.

" Ley T. que cosa es adulterio, e onde tomo este nombre, e quien puede fazer acusacion sobre el, e a quales".

"Adulterio es yerro que ome fase a sabiendas, yaciendo con muger casada o desposada con - otro. E tomo este nombre de dos palabras del

latin, alterius etthorus, que quieren tanto dezir, como ome que va o fue al lecho de otro; por -- quanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el della. E porende dixeron los sabios antiguos, que maguer el ome casado yoguiesse con otra muger que ouiesse - marido, que non le puede acusar su muger ante el juez seglar sobre esta razón; como quier que cada uno del pueblo (a quien non es defendido - por las leyes dese nuestro libro) lo puede fazer. E esto tovieron por derecho, por muchas razones. La primera, porque el adulterio que faze el baron con otra muger non nasce daño, nin deshonrra, a la suya. La otra, porque del adulterio que faze - su muger con otro, finca el marido deshonrrado, recibiendo la muger a otro en su lecho; é demas, porque el adulterio della puede venir al marido - gran daño. Casi se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo estraño heredero - en uno con sus fijos; lo que non avernia a la muger del adulterio que el marido fiziese contra: e porende, pues que los daños e las deshonrras, no son - iguales, quisada cosa es, que el marido aya esta

mejoria, e pueda acusar a su muger del adulterio, si lo fizzle, e ella non a el; e esto fue es tablecido por las leyes antiguas, como quier que segun el Juyzio de Santa Iglesia non seria assi".

Aquí ya se establece una radical diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer, sancionándose sólo éste último, en virtud de que se trataba de guardar la integridad familiar. Se consideraba grave daño el que la mujer diese a luz un hijo adulterino que, en su concepto, sin derecho venía a integrarse a la familia, a compartir la vida familiar y la herencia del marido.

Se reservaba la facultad de acusar al marido, pero en caso de negligencia o tolerancia si ella fuesse porfiosa en la maldad, se autorizaba al padre, al hermano y al tío de la mujer para acusarla, se concedía acción popular sólo después de que se disolviera el matri monio.

Las leyes 13 y 14 del título, establecían que no era punible el homicidio del adúltero si era sorprendido in fraganti por el ma rido, e igual, que él, la hija y su seductor por el padre, pero el marido debía abstenerse de matar a su mujer entregándola al juez.

En cuanto a las penas que se establecían en la ley 15, - tit. 17, eran las siguientes: Azotes públicos y reclusión en un monas- terio con pérdida de la dote, arras y bienes gananciales a favor del marido, para la mujer y para el cómplice la pena de muerte. El ma- rido podía reconciliarse con la mujer y sacarla del monasterio en el transcurso de dos años. En este caso ella recobraba la dote, arras y gananciales, pero en caso de que no la perdonara o muriera antes de los dos años, ella debía tomar los hábitos para siempre.

Aquí se nota en forma relevante la gran influencia ro-- manista.

Se podía eximir la mujer de la acusación previa por adul- terio en los siguientes casos (35).

a) Por prescripción dado el transcurso de los cinco años que tenía el marido para intentar la acción.

b) Si se hubiera cometido el adulterio con el consentimien- to del marido; en este caso él era castigado por el delito de lenocinio.

c) Cuando el marido retuviera a la mujer en su compañía

(35) Cfr. Escriche Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Ju- risprudencia, op. cit. p. 103.

o la admitiera en su lecho, estando enterado del adulterio; o dijera ante el juez que no quería acusarla o abandonara la acción intentada.

d) Si por noticias fidedignas la mujer tuviese la certeza de la muerte de su marido y se creyera viuda, el marido no la podía acusar aún cuando la encontrara casada con otro.

e) Si se demostrara que había sido forzada. En esta circunstancia podía interponerse la acusación contra el adúltero en un término de treinta años.

El cómplice, salvo en el último caso, se eximía igualmente de la acusación y pena por adulterio en los mismos casos que la mujer, - pues regía la regla de que el marido debía acusar a ambos o a ninguno; - y en el caso de que ignorase que la mujer era casada, así mismo cuando obtenía el perdón gratuito del marido, ya que la ley 22, tit. 1 prohibía la transacción económica en este delito.

En la Ley 12, tit. 14, pat. 7, se tiene por cometido el adulterio: "... si receloso alguno de que otro le hace o intenta hacer agravio con su mujer, le requiere tres veces por escritura de escribano público o ante testigos para que se abstenga de tratarla, y aún la corrige a ella para que no hable con él, y después los encuentra juntos conversando en

su casa u otra, o en huerta o casa distante de la villa o sus arrabales".

Se equipara al adulterio el matrimonio del tutor con su pupila o de su hijo con ella.

e) El Ordenamiento de Alcalá

Este Ordenamiento es el que viene a darle fuerza obligatoria a las Siete Partidas como Ley supletoria en cuestiones que no podía resolverse en los fueros o en otras leyes. Así se establece en la Ley I, tit. 28 del Ordenamiento de Alcalá.

El Ordenamiento de Alcalá fue redactado en el año 1348 y se compone de 32 títulos divididos en 126 leyes.

Los títulos XX a XXII tratan la materia penal; la Ley I, tit. 21 establecía que el marido podía matar a los adúlteros si los sorprendía in fraganti, pero imponía la obligación de matar a ambos, no a uno solo; con esto se pretendía evitar que el marido de acuerdo con la mujer matara a un rival suyo o de acuerdo con un tercero matara a su mujer.

En caso de que el marido no pudiera o no quisiera matar a los adúlteros en el momento de sorprenderles, disponía el ordenamien

to que si los acusaba por este delito y se probara ser cierto, se les entregasen a los adúlteros para disponer de ellos y de sus bienes como quisiera.

Establecía el ordenamiento que la mujer no podía eximirse de la acusación de adulterio alegando que su cónyuge había cometido el mismo delito.

f) Las Leyes de Toro

La publicación de las Leyes de Toro se hizo en el año 1505 en la ciudad de Toro de donde tomaron su nombre, y fueron la respuesta a la petición que se hizo en las Cortes celebradas en Toledo, en el año 1502 de crear un ordenamiento jurídico que aclarara la confusión de leyes que se presentaba a menudo en las Cortes en las que se sentenciaba unas veces conforme a las partidas, otras según el texto de los Ordenamientos o en base al Fuero.

Las Leyes de Toro establecieron la Jerarquía de leyes en el siguiente orden:

- 1) Fuero Juzgo
- 2) Fueros Locales

- 3) Fuero Real
- 4) El Speculum
- 5) El Ordenamiento de Alcalá
- 6) Las Siete Partidas

Se renovó sobre todo el derecho de Familia y se le dió un enfoque romanista y canónico a esta institución.

No hay muchas disposiciones de materia penal en las Leyes de Toro, se establecía como pena por falso testimonio en juicio criminal la misma que se hubiera impuesto al reo, en caso de no descubrirse la verdad. Esta disposición y las relativas al adulterio son las únicas cuestiones penales que trataban estas leyes.

Ley LXXX: "El marido no puede acusar de adulterio á uno de los adúlteros seyendo vivos: mas que ambos adúltero y adultera los haya de acusar, ó á ninguno".

Esta disposición consagraba la individualidad de la acción, imponiendo la obligación de acusar a ambos adúlteros o a ninguno.

La Ley LXXXI disponía:

"Si alguna muger estando con alguno casada ó desposada por palabras de presente en faz de la santa madre Iglesia cometiere adulterio, que aunque se diga y pruebe por algunas causas y razones, que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser pariente en consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ora porque cualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio, ó aya fecho voto de castidad, ó de entrar en religión, ó por otra causa alguna, pues ya por ellos no quedó deshacer lo que no debían; pues por esto no se escusen á que el marido pueda acusar de adulterio, así á la muger como al adultero, como si el matrimonio fuese verdadero y mándanos que en estos tales que si avamos por adulterio, y en sus bienes se execute lo contenido en la ley del fuero de las leyes rabla cerca de los que cometen el delito de adulterio".

Prevé esta ley que el delito de adulterio subsiste aún en el caso de que el matrimonio fuera nulo por alguno de las causa les que en la misma ley se exponían, y en cuanto a las sanciones - se remitían las Leyes de Toro a las que se cometían en el Fuero Real (también llamado Fuero de las Leyes, las cuales como ya - vimos en otro lugar consistían en poner a disposición del marido - a los adúlteros para que hiciera de ellos y de sus bienes lo que qui siera, pero no podía matar a uno y dejar vivo al otro ni quedarse - con los bienes de cualquiera de los dos que tuviera hijos legítimos.

Y la Ley LXXXII preceptuaba:

"El marido que matase por su propia autoridad al adúltero, y a la adúltera, aun que los tome in fraganti delicto, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare: salvo si los matare ó condemnare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes, que en este caso disponen".

Conforme a esta disposición, el marido ofendido no gana

ba la dote ni los bienes de los adúlteros si los matare de propio motivo y aún mediando flagrancia; pero si la acción letal la realizaba después del adulterio y en ejercicio del derecho que le otorgaba el Fuero Real, de disponer de ellos como quisiera, si ganaba la dote y bienes de los adúlteros, con excepción de los previstos en caso de que los adúlteros, cualquiera de los dos, tuviera hijos legítimos.

Después de que fueron promulgadas las Leyes de Toro, - no se vuelve a legislar en España en forma ordenada: se emiten una serie de Dragmáticas, Cédulas, Ordenanzas, Instrucciones, etc.

g) La novísima Recopilación.

La Recopilación Nueva es la primera compilación de las leyes de Castilla, y se hizo por orden del Emperador Carlos V en el año 1544 y concluída en 1562 se pretendía imponer el orden en la confusión de leyes que había y su multiplicidad, ya que de todo, según se expresa en la pragmática de su publicación, resultaba "confusión, i perplexidad, i en los jueces, que por ellas han de juzgar, dudas, i dificultades, i diferentes, i contrarias opiniones" (36).

El trabajo de la Recopilación es bastante confuso, se in-

(36) Pragmática de publicación de la Recopilación Nueva, citada por Macedo Miguel S., Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, Editorial Cultura, México, D.F., 1931 pág. 139.

cluyeron muchas leyes contradictorias; además se insertaron las leyes en su lenguaje original y sólo unas cuantas fueron modernizadas.

En la pragmática de publicación de la Recopilación se --
asienta:

"... mandanos que se gurdén, cum i executen las leyes, que van es este libro, i se juzguen, i determinen por ellas todos los pleitos i negocios que en estos Reinos ocurrieren; aunque, algunas de ellas sean nevamente hechas, i ordenadas; i aunque no ayan sido - publicadas, ni pregonadas; i aunque sean diferentes, ó contrarias á las otras leyes i capítulos de Cortes, i Pragmáticas que antes - de agora ha avido en estos Reinos; las quales queremos que de aqui adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas sino - solamente por las de este libro; guardando en lo que toca á las leyes de la siete Partidas, i del fuero, lo que por la lei de Toro esta dispuesto".

Parecería que de la última oración de esta pragmática re-

sulta una confusión respecto de las leyes que habrían de observarse; - el maestro Miguel S. Macedo nos dice: "Estas últimas palabras parecerían dar a entender que las disposiciones de las Partidas y del Fuero Real no fueron incluidas en la Recopilación, puesto que se había de ellas como de cosa distinta de las de éste libro; pero si eso es cierto respecto de las partidas, no lo es del Fuero, muchas de cuyas disposiciones fueron recopiladas, dando con ello origen de nuevas dudas y confusiones. Además, la cita de la ley de Toro deja a las partidas el carácter de simple ley supletoria, siendo que en la práctica se aplicaban ya como ley principal" (37).

Deseamos hacer esta pequeña referencia de la Recopilación el antecedente de esta última.

Respecto de la Novísima Recopilación, su origen es que - en el año de 1798, el licenciado Juan de la Reguera Valdelomar, fue comisionado para revisar la Recopilación, encargándosele que tratara de "evitar leyes repetidas, y los difusos razonamientos de muchas de ellas, guardando de todo el mejor orden, método y concisión; y trabajando separadamente la Historia de la Legislación donde podrían anotarse los defectos advertidos en los Códigos Legales, que por de pronto no se pudie-

(37) Macedo Miguel S., Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, op. cit. pág. 140.

sen remediar, para que con el tiempo se corrijan; y después formase - las Instituciones del Derecho Español" (37 bis).

La obra iniciada por el licenciado Reguera fue sancionada por Real Cédula de 15 de junio de 1805 con el nombre de Novísima Recopilación de las Leyes de España, aunque la publicación de esta obra no se hizo sino hasta 1806.

En realidad la Novísima no es sino otra forma de la Recopilación; no es un Código Penal, ni Civil, ni de Procedimientos, es una compilación de las leyes de España en todas las materias que abarcan.

La novísima otorgó plena vigencia y validez a las Leyes de Toro en la Ley c, título L, libro 2.

LEY VI. Observancia de las leyes de
Toro en los pleytos posteriores á ellas.
"Mandanos, que las leyes por Nos Viejas,
y publicadas en la ciudad de Toro
en 7 días del mes de marzo del año --
1505 años que van comprehesas en esta

(37) bis Real Cédula con que se publicó la Novísima, citada por Macedo Miguel S., Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano, op. cit. pág. 144.

nueva Recopilación como leyes generales, en los pleytos y causas que después de la dicha publicación de nuevo se hubieren comenzado, ó comenzaren ó movieren, los jueces de nuestros Reynos las guarde, y cumplan y executen en todo, segun que ellas y en cada una dellas se contiene, aunque los casos y negocios sobre que los dichos pleytos se comenzaron, ó se comenzaren ó movieren de aquí adelante, hayan acaescido y pasando antes que las dichas leyes se hicieran y ordenasen: exepto en los casos que las dichas leyes de Toro expresamente dicen y declaran, que no se entiendan ni extiendan á las cosas y negocios pasados".

En la Novísima Recopilación la materia penal quedó comprendida en el libro XII y el adulterio estaba tratado en el título XXVIII, donde respecto del propio adulterio se daba como ley obligatoria de la ley 1, título 21 del ordenamiento Alcalá y las leyes 80, 81 y 82 de las de Toro, cuerpos legales que ya estudiamos cuando fue oportuno.

C) ENCUADRAMIENTO LEGAL

1) Generalidades

En virtud del régimen político Federal de México, cada uno de los Estados que integran la Federación cuenta con su propio Código Penal. Y esto, por supuesto, tiene plena justificación histórica, ya que se ha mostrado conveniente, adecuado y útil para el fortalecimiento de las instituciones por las que ha luchado el pueblo mexicano. Y en apoyo a la soberanía de cada uno de los Estados, muchos se han levantado con vibrante solemnidad rechazando la unificación legislativa que pueda procurar a los bienes jurídicos que son de importancia para el individuo, la familia y el Estado, igual protección.

Sin embargo, el antecedente histórico ya no justifica actualmente la dispersión legislativa; y el interés social no se satisface con un sistema que hace confrontar la existencia de más de 30 Códigos Penales (38).

Si bien es cierto que los Códigos de los Estados siguen, tanto en estructura como en fondo, fundamentalmente al Código Penal del Distrito Federal de 1931, no es menos cierto que en algunas mate-

(38) Cfr. al respecto, Román Lugo, Fernando, Hacia la unificación - Legislativa, en: Revista Jurídica veracruzana, No.1, T. XXII, - 1971, pág. 59 y ss.

rias hay profundas diferencias. Estas, en muchos de los casos, se debe a la recepción de nuevos criterios en los Códigos locales y, consiguientemente, a la contestación de lo anacrónico que resultan algunos criterios seguidos en el Código Penal de 1931. Por ejemplo, en tratándose de la materia de adulterio, no encontramos un criterio uniforme en los ordenamientos penales; algunos Códigos locales siguiendo fielmente al de Distrito Federal de 1931, incluyen dentro del catálogo de delitos al adulterio; otros, en cambio, lo excluyen.

A grandes rasgos abordaremos estas tendencias, señalando algunos de los criterios en los que se basan.

2) Tendencias

a) Códigos que regulan el adulterio

La mayoría de los Códigos de los Estados, como son: Coahuila (1941), Chiapas (1938), Colima (1955), Durango (1944), Chihuahua (1938), Guerrero (1953), Jalisco (1933), Morelos (1945), Querétaro -- (1931), Nayarit (1969), Sinaloa (1940), Nuevo León (1934), Sonora (1949), San Luis Potosí (1944), Tamaulipas (1956), Hidalgo (1940), Tabasco -- (1972), (39), siguen el modelo del Código Penal del Distrito Federal de 1931, sin agregar casi nada. Esto es, incluyen el adulterio en el catálogo (39) Los Estados de la República que antes fueron territorios Federales, se siguen rigiendo por el Código Penal de 1931.

go de los delitos, pero sin decir en qué consiste: es decir, sin definirlo, sin describir detalladamente lo que se prohíbe y pune. De tal manera que lo que se diga respecto del Código Penal del Distrito Federal - en torno al adulterio, deberá valer también para los Códigos de estos Estados.

Los Códigos de los Estados de Aguascalientes (1949), México (1961), y Guanajuato (1977), regulan también el adulterio, pero, - a diferencia de los anteriormente mencionados, además, describen en forma detallada la conducta que constituye el objeto de la prohibición, - difiriendo únicamente en cuanto a ubicación y bien Jurídico. Mientras que el Código Penal de Aguascalientes y el del Estado de México lo ubican dentro de los delitos contra la familia o contra el orden de la familia, el de Guanajuato dentro de los Delitos contra el honor.

El señalamiento de esto tiene importancia para la consideración del bien Jurídico que se protege.

Ahora bien, ¿cuáles fueron los criterios que sirvieron de base a los redactores de estos Códigos para incluir al adulterio en el catálogo de delitos? una de las principales fuentes que ayuda para descubrir las razones del legislador, lo constituye la Exposición de Motivos; pero - al respecto no hay nada en lo correspondiente al Código de 1931.

b) Códigos que no regulan el adulterio

No incluyen el adulterio en el catálogo de los delitos, los Códigos de los Estados de Campeche (1943), Michoacán (1962), Oaxaca (1943), Tlaxcala (1972), (40), Veracruz (1948) y Yucatán (Código de Defensa Social de 1938). Le restan pues, relevancia penalística a la conducta adúltera mostrando con ello ya un criterio Jurídico amplio.

Los criterios que pudieron servir de base a los redactores de estos Códigos, pueden constatarse en su Exposición de Motivos y, sobre todo, en los antecedentes legislativos que inspiraron a los mismos.

En el Código de Defensa Social de Yucatán, de 1938, donde se manifiesta por primera vez en México la tendencia a excluir de las regulaciones penales al adulterio.

(40) El anterior Código de Tlaxcala (1957) si regulaba y definía el adulterio.

CAPITULO III

"RAZONES PSICOSEXOLOGICAS POR LAS QUE SE COMETE EL ADULTERIO"

- A) Clasificación del fenómeno
- B) Infidelidad Psicopática
- C) Infidelidad Compulsiva
- D) Causas de la misma

A) CLASIFICACION DEL FENOMENO

El y la cónyuge infieles pueden ser clasificados en dos categorías principales: los que actúan al borde de un terreno psicopático y que son enteramente indiferentes a toda consideración de índole moral porque padecen de alguna lesión profunda y de perversión en su personalidad; y los que acuden a relaciones sexuales extra-conyugales porque tienen sobre sí un conflicto interno muy interno que no son capaces de resolver porque desconocen o temen a los medios y recursos de que pueden servirse para lograr su solución.

La infelidad conyugal, problema que requiere de amplísima comprensión y analítico estudio, revela (salvo el caso psicopático que - líneas abajo abordo) una nota indeseable del carácter: cobardía, debilidad. No es otra cosa que la huida del deber; no es sino un escape de él o la cobarde al trato honrado y decente que los cónyuges se deben entre sí:

Verdad es que en virtud de haber nacido con el instituto de - ser entera y totalmente libres y no con el de ser fieles a un sólo compañero de relaciones carnales. "Todos somos potencialmente susceptibles de dar rienda suelta, en un momento dado, a nuestros impulsos e inclinaciones poligámicas (41). Pero verdad es también que la fidelidad ha sido im-

(41) F. S. Carpio. Infidelidad Conyugal. Ed. Constanca. México, 1963. P. I.

puesta en y por la sociedad contemporánea como un deber matrimonial, pero lo que debe concluir que aquélla (la fidelidad) es, en una muy - grande extensión, cuestión de autodisciplina.

El adulterio aún se considera, lamentablemente, sobre la base exclusiva de la moral, entendida ésta como la ciencia o doctrina - de las acciones humanas en órden a su bondad o malicia, pero se olvida (o se quiere olvidar) tratarlo como un problema de desviación de la - conducta. La Psiquiatría moderna enseña que la infidelidad, en no pocos casos, es un "síntoma-expresión" de una neurosis básica y yacente o, - mejor dicho, subyacente, oculta, y para comprender esa neurosis en los términos o expresiones de su realidad es indispensable que los prejuicios morales queden en suspenso.

Hay determinados impulsos y descenso en todos nosotros sin excepción impulsos morbosos -que tienen que ser disciplinados necesariamente por nuestra fuerza de voluntad; por esa fuerza que Sigmund Freud llamó "super Ego" y que otros denominan conciencia. A este respecto, - creo que si conociéramos un sistema de represión de las inclinaciones no civas que se encuentran latentes, el enorme valor de la honradez y las - más elementales nociones de sexología, la tarea auto-disciplina serfa facilitada enormemente, dado que las causas de infidelidad compulsiva (de que más adelante nos ocuparemos) surgirán ante nosotros mismos como son: pretextos y nada más que eso.

B) INFIDELIDAD PSICOPATICA

"Los cónyuges que indefectiblemente se sienten inclinados hacia la infidelidad, son personas que ya con antelación al matrimonio estaban destinadas a la promiscuidad sexual. Eran infieles premaritales latentes que, en cuanto tuvieron contactos carnales, dejaron se llevar por el impulso incontenible, irrefrenable de nuevas relaciones y sensaciones que generalmente nunca terminan" (42). Durante su infancia y especialmente en la adolescencia, vivieron la desdicha del "hogar neurótico" manifestando muy poco o ningún interés por las cosas constructivas de la existencia, para acabar por centrar sus apetencias en el aspecto exclusivamente erótico de la misma. Todos los impulsos tienden hacia la mera satisfacción sexual. Caen absurdamente en un instinto salvaje (diferente, por supuesto, del señalado al principiar estas nociones) que jamás se satisface plenamente y que, por ende, les obliga a recurrir constantemente al sexo.

Quienes ya habían caído en la promiscuidad antes de unirse en matrimonio, al contraer éste se esforzarán por corregirse con la esperanza de formar un verdadero hogar, una familia, pero se encontrarán con el fracaso. No pueden evitarlo. Ese impulso incontrolable basado en la inseguridad, en un profundo complejo de inseguridad nacido de -

(42) F.S. Carpio. Infidelidad Conyugal, op. cit. pág. 125

sus desdichas infantiles, o adolescentes, los conducirá finalmente, a la muerte por sífilis o gonorrea, las más terribles y temibles enfermedades venéreas.

El adulterio en este específico tipo no es sino. "... una de las múltiples manifestaciones posibles de una personalidad destruida y discordante en su base por efecto de la actuación negativa de las - fuerzas psíquicas, mismas que lenta pero seguramente desunen y destruyen una personalidad. No hay posibilidad de reacción ni de recuperación, porque al ser disociada la personalidad se pierden las fuerzas volitivas" (43).

Pues bien, si como queda escrito la voluntad se extingue, desaparece, los actos de adulterio ejecutados por los consortes de esta categoría se producen necesariamente en ausencia del elemento delictuoso, culpabilidad que "... genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienen a constituirlo y preservarlo" (44).

En efecto, si la culpabilidad implica la oposición del sujeto al Derecho, débese buscar ese elemento en la capacidad subjetiva de

(43) A. L. Rutledge. Psicoanálisis y Psicoterapia. Rev. 37. Asoc. Inglesa de Asesores Conyugales. Londres 1953, pág. 44.

(44) Ignacio Villalobos. D. Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México 1960, - pág. 272.

determinación y ejecución a fin de que "pueda decirse que... el yo, el hombre como tal o la persona, ha sido la causa no sólo material, externa y aparente del acto delictuoso... sino a la vez su causa humana, Psicológica por haberlo querido o consentido directa o indirectamente.

Con inteligencia del acto o voluntariedad en la ejecución (45). De ahí la consideración dogmática de la culpabilidad como el nexo, la liga entre el acto y el sujeto. De ahí que este elemento de la fórmula de Mezger definitoria del delito en general se califique motivo o razón de que el acto antijurídico sea subjetivamente reprochable.

La consecuencia obtenida, además de mostrar lo equívoco de considerar la infidelidad sexual como exclusivamente deriva de un caos moral, lleva a concluir que el adulterio Psicopático constituye un impulso incontrolable hacia una línea de conducta viciosa que requiere forzosamente un estudio Psicológico analítico muy profundo, detenido y minucioso.

C) INFIDELIDAD COMPULSIVA

La infidelidad que arbitrariamente hemos llamado "compulsiva" y que no es otra cosa que un "síntoma expresión" de una neurosis básica subyacente, revela en el sujeto que a ella acude la consciente realización de sus actos. Se sumerge en las relaciones carnales extra-

conyugales en un intento de fuga, de escape a sus conflictos internos - que repito dan pábulo a la búsqueda de un pretexto en que apoyar su deslealtad, su cobardía. La posibilidad de autodominio subsiste; por tanto, los actos ejecutados le son imputables.

Quienes acuden a relaciones carnales extra-conyugales es porque tienen sobre sí un conflicto interno muy intenso, son personas que, por desconocer los medios y recursos de que pueden disponer - para lograr su solución trata de escapar del mismo por una vía simplista que en verdad nada resuelve.

D) CAUSAS DE LA INFIDELIDAD COMPULSIVA

Las causas que impulsan al o a la cónyuge de este tipo al adulterio son tan diferentes como múltiples.

1).- La ejeculatio proecox o eyaculación prematura, sín-toma casi indudable de una neurosis de ansiedad y una de las formas atenadas de impotencia, influyen de manera decisiva en la mente del hombre falto de instrucción sexual a tal grado que, por temor a sentirse inadecuado en toda la extensión de ese fenómeno, se sumerge ciegamente en una serie no interrumpida de relaciones carnales extra-conyugales - que por supuesto, dicho sea de paso, en nada lo benefician. Estas expe-

riencias llevan a nuevos obstáculos y renovadas decepciones y frustraciones.

2). - La falta de cooperación de la consorte en determinadas técnicas copulativas, sea por inocencia, ignorancia, repugnancia o por cualquier otro motivo, puede conducir al esposo a la búsqueda de contactos sexuales exentos de inhibiciones con objeto de alcanzar la "Nonplus ultra" de placer. Naturalmente, la infidelidad en este caso es una forma ingenua de tratar el problema, pero la prefiere incuestionablemente a la debida.

3). - La frigidez de la esposa (figura sexológica muchísimo más común de lo que generalmente se cree) es una causa similar a la citada en el número anterior. Por tanto, lo dicho en relación a ella puede aplicarse a ésta sin grandes variantes.

La frigidez en una esposa puede ser causa también de adulterio, cuando hace aparecer ante sí ese fenómeno como una consecuencia del rutinario o pobre proceder sexual de su marido. No encontrando placer ni siquiera excitación en el coito, cree con firmeza que la deficiencia es en él y no en ella. Deberá probarse pues si su deducción es cierta.

4). - La excesiva sujeción del hombre a sus deberes, de cualquier categoría y clase, lo impulsa, en no pocos casos a buscar desesperada y decididamente la liberación del de fidelidad. "Convencido de la monotonía que circunda su vida, trata de matizarla. Por supuesto, nada logrará con este pueril recurso porque sus intentos de huída, fruto de una prolongada frustración, no tienen cimientos firmes.

5). - La incapacidad del marido traducida en impotencia incipiente o ya desarrollada, es, para la cónyuge de la categoría que - ahora me ocupa, una de las causas más comunes de adulterio. La insatisfacción sexual resultante de los deficientes o nulos contactos habidos con su esposo, desarrollan en ella síntomas Psicomáticos que la "obligan" a acudir a la infidelidad carnal para preservar su salud, su equilibrio. Está convencida que el derecho al concúbito venéreo allende al matrimonio le asiste plenamente.

6). - La indiferencia sexual del consorte opera en forma semejante a la del fenómeno de impotencia. La sistemática apatía libidinosa del hombre, priva a la esposa de la satisfacción emocional y Psíquica que implica el coito entre seres que se aman. Ella sentirá morir de hambre sexual, y, quizás por inhibirse de tomar la iniciativa o de enseñar al compañero una técnica adecuada, acabará por arrojarse a la infidelidad carnal.

7). - El tratamiento grosero, rudo, ignorante o agresivo de su esposo para su consorte, constituye una premisa más de infidelidad carnal. Desalentada y desencantada en su matrimonio por los extremos tan repugnantes que toca el marido; acorralada que se siente en una vida carente de atractivos, llega al adulterio buscando un refugio. Anhela encontrar atenciones, amabilidades, alegría y comprensión.

8). - Como motivo postrero de adulterio aparece la prolongada o peligrosa enfermedad de uno de los cónyuges que impide por sí misma el concubito venéreo.

Esta circunstancia, en no pocos casos, lanza al consorte sano a la infidelidad en una huida que se tiene por vigente y necesaria. La obligada abstinencia de la carne se adjetiva injusta e intolerable; por lo tanto, es necesario y urgente acabar con la misma.

Todas las causas antes señaladas no son sino pretextos a los que el o la cobarde se aferran angustiosamente para disculpar la ausencia de control sobre sí mismos. Incapaces de dar la solución debida al problema emocional que los aqueja, deciden incurrir en adulterio porque es "Justo", "necesario" o "inevitable". Nunca admitirán su específica neurosis sin antes disculparse. Nunca aceptarán su cobardía.

No puede ignorar que reprimirse, es decir, disciplinarse en las actuales condiciones de diferente conocimiento sobre el sexo y los valores, es una labor harto difícil, pero es necesario aceptar a la vez que lo arduo de esa empresa no disculpa la infidelidad matrimonial. Si la impotencia se apodera de un hombre, si la mujer no coopera en la ejecución placentera del coito, si la misma es frígida, si el cónyuge es sexualmente indiferente o grosero y agresivo, si en fin, alguno de los consortes padece de una enfermedad prolongada o incurable impeditiva del acercamiento carnal debe recurrir con franqueza a un tratamiento Psicoterapéutico o a un juicio de divorcio antes que sumergirse en relaciones carnales extramaritales que, aún cuando sean totalmente placenteras, hacen nacer en el infiel un profundo complejo de culpa.

Por todo lo expuesto hasta aquí me veo obligado a preguntar: Si el adulterio se comete saltando las reglas de moral y de control que sobre sí se hayan fijado esto es, con "inteligencia del acto y voluntariedad en la ejecución", ¿Es justo aplicar medidas coercitivas de carácter penal? Indudablemente no, siguiendo a Ignacio Villalobos, (46) la pena debe ser justa "porque no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos a las familias, y a la sociedad ofendidos por el delito" Sentado lo anterior cuestionamos: ¿La privación de la libertad para él o la consorte infieles implica realmente

(46) Ignacio Villalobos. D. Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1960, -pág. 509.

te a satisfacción de las familias de ellos mismos? ¿Implica siquiera la satisfacción del esposo querellante? No me parece. Por lo contrario, consideramos que la aplicación de una pena privativa de libertad podría conducir a la total desunión entre él o la cónyuge y sus hijos - y a profundas amarguras tanto en éstos como en el cónyuge inocente mismo.

CAPITULO IV

DISCREPANCIAS JURIDICAS SOBRE EL ADULTERIO.

- A) Planteamiento del Problema
- B) Inconveniente de la Hipótesis Legal
- C) Imperfección de la misma
- D) Inutilidad de la incriminación del Adulterio.

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En capítulos anteriores hemos puesto de manifiesto los cambios que ha experimentado la legislación penal a lo largo de la historia, así como la evolución del pensamiento en la doctrina y en la Jurisprudencia en torno a los alcances de los valores y de la protección de los mismos en materia de adulterio. Igualmente, se han mostrado algunas dificultades dogmáticas en cuanto al contenido del mismo en la regulación existente.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que en la actualidad se presencia un verdadero reajuste de los valores lo cual obedece a las nuevas exigencias y a los cambios de las ideas. Y a los cambios en la realidad exigen modificaciones en el ordenamiento Jurídico.

En virtud de las transformaciones sociales, la mayoría de las veces surge la necesidad de una mayor protección por igual y en todo el ámbito del territorio nacional de los bienes jurídicos. En virtud de esos cambios, muchas veces surgen nuevos valores y, consiguientemente, la exigencia de su protección Jurídica. Pero algunas veces, también de esas evoluciones sociales se nota que ya no resulta necesaria, o al menos ya no tan necesaria o tan imprescindible la intervención del Derecho Penal para el logro de ese desarrollo armónico. En este -

caso, tanto, se cuestiona la eficacia del Derecho Penal para la salvación de conflictos sociales.

Estas y otras consideraciones nos motivan a replantear - con más detenimiento el problema relativo a la regulación del adulterio en el Código Penal, para determinar si sigue siendo necesario, o ya no.

Para convencernos de una u otra solución será conveniente analizar el problema desde los aspectos que consideramos pueden conducir a ello. Tales aspectos son: el dogmático y el político criminal.

El mayor peso de los argumentos en pro o en contra de la regulación del adulterio será, sin duda, extraído de las consideraciones de política criminal; pero en el aspecto dogmático se mostrarán, sobre todo, algunas de las dificultades, de donde también, por supuesto, resultarán criterios al respecto.

Como se ha señalado ya, el Código Penal vigente para el - Distrito Federal, al igual que otros muchos Códigos Locales que lo siguen, ubica el adulterio en el título de los Delitos Sexuales.

Ya desde esta perspectiva de la ubicación sistemática - del adulterio en el Catálogo de la Parte Especial, empiezan los reparos y se plantean las primeras interrogantes: ¿Es el adulterio realmente un delito sexual? ¿Cuáles son las características de los delitos sexuales?, ¿Qué bienes jurídicos se protegen en este tipo de delitos?

Para determinar si su ubicación es correcta, o para buscar su correcta ubicación, una primera cuestión que debemos plantearnos será, por tanto, en el sentido de saber cuál es el bien Jurídico que se protege en el grupo de los delitos sexuales, y si ese bien jurídico - que se protege es el mismo en el adulterio. La respuesta que al respecto haya de darse, servirá por una parte, para constatar si el legislador de 1931 fue afortunado al incluir el adulterio en el título de los delitos sexuales y, por otra, el considerado adecuadamente el bien jurídico que lesiona. Por otra, de la constatación del bien jurídico se extraerán consecuencias, bien para que el legislador y eso en el caso de que se siga considerando necesario mediante reforma reubique el adulterio, o bien para afirmar la innecesaria intervención del Derecho Penal en la protección de tales bienes.

I. BIEN JURIDICO TUTELADO

Si se observa la naturaleza de las acciones que caracterizan a cada uno de los delitos mencionados en el título de los llamados -

delitos sexuales, y se contempla la naturaleza de los bienes jurídicos que en ellos se protege, puede concluirse que no todos encajan dentro de esa clasificación. Pues, según opinión dominante en la doctrina, lo que caracteriza a los delitos sexuales, si se parte de la consideración de los bienes jurídicos que se tutelan, es la lesión que producen en la libertad o la seguridad sexuales del sujeto pasivo (47). La mayoría de dichos actos se rechazan contra el consentimiento del sujeto pasivo; así, en la violación, la cópula no consentida o impuesta por la fuerza física o moral, constituye evidente ataque contra la libre determinación de la conducta sexual del coaccionado; lo mismo sucede en tratándose de atentados al pudor.

Es indiscutible que el requisito de ataque a las garantías de la libertad o seguridad sexuales no se da en el adulterio. Ya que su realización presupone, por una parte, el consentimiento de sus autores y, por la otra, la víctima (cónyuge ofendido) no ve restringidas esas garantías.

En consecuencia, el delito de adulterio no debió ser incluido en esta categoría de hechos punibles.

(47) Cfr., P. ejem., González de la Vega. Derecho Penal Mexicano, - Los Delitos. Op. cit. págs. 307 y 311 y 55; L. Sandro Martínez Z. Derecho Penal Sexual. 2a. Edición, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1977. Págs. 36 y 55; 104 y 5.

Ahora bien, si el requisito antes mencionado se surte en el adulterio, ¿Cuál es entonces el bien Jurídico que aquí se tutela? para la doctrina mexicana, que considera el bien Jurídico como elemento del tipo, se presenta la dificultad de precisar, en el análisis de los elementos del tipo, cual es dicho bien Jurídico en el adulterio, sobre todo cuando el Código Penal de 1931 ubica a este delito dentro de los llamados delitos sexuales, mirando más a la naturaleza de la conducta, que al bien Jurídico tutelado como sucede en la mayoría de los casos. Al respecto hay diversas opiniones: Para algunos el bien Jurídico protegido es la fidelidad sexual prometida en virtud del matrimonio y la moral pública (48), o a la fidelidad conyugal que cada cónyuge debe cumplir (49); para otros el adulterio es un delito contra la institución matrimonial (50), o contra la familia, mientras que otros opinan que es contra el honor, etc.

- (48) Así: Carranca y Trujillo, Código Penal Anotado. México, 1966. pág. 651.
- (49) Opiniones de autores extranjeros, como Carrancá Fontán Ba-
lestra, Soler, Puig Peña y Rodríguez Devesa, cuyas obras ya
han sido mencionadas. Así también opina Pereira Dos Santos, -
Gerson, El "extraneus" en el Adulterio y en la Bigamia, en: --
Nuevo Pensamiento Penal, Año 4. No. 7, 1975, pág. 318 y 5.
- (50) P. ej. Manuel Cobo, El Bien Jurídico en el Adulterio, en: A. D.
D. C. P., Tomo XVI, Madrid, 1963, pág. 511. Así también, Fe-
rrer Sama, Adulterio, en: Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelo-
na, 1950, pág. 42.

1).- ¿ Lesiona o pone en peligro el adulterio la honestidad (51). Para responder a esta pregunta, debemos antes que nada saber qué es la honestidad, con "moralidad". Pero si es así, ¿ Se trata de la moralidad individual (privada) en este caso del ofendido o de la moralidad pública lo que se lesiona con el adulterio ? La opinión se inclina a que es la "moralidad pública", de la que Maggiore dicen - es la conciencia ética de un pueblo en determinado momento historico,.. su modo de comprender y distinguir el bien y el mal, lo honesto y lo deshonesto ; (52) también Puig Peña opina que la "honestidad pública" es la que se lesiona con el adulterio, y que la impunidad de esa lesión "trae consigo un fuerte veladamiento de la moral".

Somos de la opinión que, si bien puede quebrantarse la moralidad individual o la pública por el adulterio, lo cierto es que eso no debe ser materia del Derecho Penal, sino más que nada de la moral. La honestidad referida a l^{os} adúlteros o a la sociedad en general, no puede ser la razón de la punición del adulterio, pues a nadie debe procesarse y, mucho menos, punirse por meras inmoralidades, que solo afecta a sí propio; y respecto de la honestidad pública, tampoco es dar le la punición, ya que de lege lata no se trata de un delito perseguible de oficio, sino a instancia de parte ofendi^{da}.

(51) Esto fue afirmado por el Código Penal Español de 1870 y en el vigente, así como por varios autores, entre ellos Puig Peña.

(52) Maggiore, Giusepec, Derecho Penal. Parte Especial, Vol. IV, Ed. Tamis. Bogotá. Colombia, 1955, pág. 50.

2). - ¿Se quebranta la "fidelidad conyugal"? A favor de -
ello opinan, P. ej., Carrará y Carrancá y Trujillo. En contra: Lan-
gle Rubio, Jiménez de Azúa y Antón Oneca, entre otros (53). No -
puede negarse que el adulterio quebrante el deber de fidelidad jurado
por los cónyuges en el momento del matrimonio. Pero ese deber es
más moral que jurídico; y, en tal virtud, nuevamente caemos en un -
campo en el que el Derecho Penal no debe tener ingerencia. Y si lle-
gásemos a admitir como ya decía Langle en 1924, que dicha fidelidad
fuese un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge, -
un derecho a exigir su observancia, eso no bastaría para elevar su -
incumplimiento a la categoría de delito.

3). - ¿ Se perturba el "orden de la familia"? Tampoco -
puede negarse que en muchos casos el adulterio de alguno de los cón-
yuges trae como consecuencia el veladamiento o rompimiento de las
relaciones familiares nacidas por el matrimonio, sobre todo a causa
de los celos, del odio, egoísmo, venganza, provocado en los ofendi-
dos. Y no puede negarse que, indirectamente, ese transtorno fami-
liar repercute también en las relaciones sociales, no obstante que la
mayoría de los actos de la familia es de orden privado. Pero también
es innegable que muchos de los comportamientos adúlterinos de algu-
no de los cónyuges, se debe precisamente por el ya existente velada-

(53) Cfr. Las obras de estos autores citadas en el capítulo anterior.

miento de las relaciones familiares; veladamente que es producto de muchas causas. Si es que realmente se quisiera proteger el orden de la familia, entonces había que combatir penalmente también aquellas otras causas.

Ya en 1928, Vicente de Tejera (54), al referirse a los efectos del adulterio, se preguntaba: ¿Por qué... cuando se comete un acto que no es más que la violación de un pacto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho Penal ? ¿No hay bastante sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que - crea un adulterio" ?, a lo que contestaba "cierto que si: está el divorcio, está la pérdida de gananciales, de los detalles, están las indemnizaciones y muchas más, incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, - pero no todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del Derecho Privado General".

4).- ¿Constituye el adulterio un ultraje al honor ? De esta opinión son Manzini (55), González de la Vega (56), entre otros; y es un argumento que se hace valer las más de las veces, cuando el cónyuge ofendido actúa en contra de alguno de los autores -privándolo de la vida o lesionándolo, para decir que actúa en legítima defensa del

(54) El Adulterio, La Habana, 1928, P. 165 y 55.

(55) Citado por González Banco, Op. Cit. P. 207.

(56) Op. Cit. P. 435.

honor. Por eso se dice que, más que un delito sexual, es un delito de injuria, ya que implica una actitud de menosprecio contra el cónguye - inocente por la afrentosa invasión de la residencia común o por la grave publicidad ocasionada por la realización escandalosa.

Es cierto que el honor, es un bien jurídico al que se le ha dado y da protección penal; tal sucede en tratándose de los delitos de golpes, injurias, difamación y calumnia. De haber considerado el legislador que es el honor lo que se protege al prohibir y penar el adulterio, entonces el lugar adecuado de su ubicación no hubiera sido en el de los delitos sexuales, no obstante su naturaleza sino en el de los delitos contra el honor, en obediencia precisamente al bien jurídico que se tutela.

5).- De lo anterior se desprende que es una cuestión bastante discutible en la teoría, determinar cuál es objeto de la tutela en el adulterio. Son muchas las opiniones al respecto. Pero cualquiera que sea el bien jurídico que se haga valer al respecto, lo relevante es precisar si -- para su protección jurídica es necesario acudir a los medios del Derecho Penal (57), o si son suficientes los del Derecho Civil.

Las consideraciones en torno al bien jurídico arrojan otros problemas, como son, por ejemplo, los que se relacionan con la operan-

(57) Sobre este punto, veáanse las consideraciones de política criminal - que se presentan más adelante.

cia de alguna causa de justificación y con la responsabilidad del partí-
cipe, etc. y que haremos mención en los puntos siguientes.

B).- INCONVENIENTES DE LA HIPOTESIS LEGAL

Como hemos señalado anteriormente, el catálogo penal en -
vigor para el Distrito Federal, de la misma forma que los distintos
Códigos Penales locales que lo imitan, ubica al adulterio dentro de los
delitos sexuales.

De los problemas expuestos, en atención al régimen polí-
tico Federal de México, los Estados que conforman la Federación
tienen su propio Código Penal, estos eslabones de nuestra legislación pe-
nal, sobre todo en lo que se refiere a la materia del adulterio, habrá -
que establecer la pregunta de si las concepciones adoptadas en el Cód-
igo vigente corresponden todavía a las ideas y exigencias actuales; de sí
la profunda transformación que manifiesta la vida social actual aún pue-
de regirse por los criterios pasados, o de si los medios y métodos de
otras épocas son aplicables aún (en la misma forma) en la que vivi-
mos.

Una muestra palpable de lo contrario, la transforma - -
ción que la vida social ha experimentado en la actualidad, ha acarrea-

do también una serie de implicaciones que tienen o deben tener repercusión en el ordenamiento jurídico.

Dentro de las múltiples materias cuya regulación legal debe replantearse, se encuentra la del adulterio, en virtud de que en las consideraciones de los valores jurídicos que en el se hicieron valer y quisieron proteger (en el Código Penal de 1931), ha habido reajustes, como reajustes han habido, también en las exigencias e ideas actuales.

Sin embargo, el antecedente histórico ya no justifica actualmente la dispersión legislativa; el interés social no se satisface con un sistema que ha confrontado la existencia de más de 30 Códigos Penales (58).

Según los redactores del Código de 1931 (59), el delito es un hecho contingente cuyas causas son múltiples y la pena es un mal necesario que se justifica por la intimidación, la ejemplaridad y la necesidad de evitar la venganza privada, pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social (60).

- (58) Cfr. Al respecto, Román Lugo, Fernando, Hacia la Unificación - Legislativa, en: Revista Jurídica Veracruzana, No. 1, T. XXII, P. 59 y 55.
- (59) Participación en la Comisión Redactora de este Código los Licenciados José López Lira, José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Sobre y Ernesto G. Garza.
- (60) Datos tomados de los apuntes de cátedra de Derecho Penal I, impartida por el Doctor Ricardo Franco Guzmán en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

Cómo novedades de este Código, se advierte un aumento en el arbitrio judicial al extenderse los mínimos y máximos de la punibilidad fijados para cada delito. Se suprimen los catálogos de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas y solamente en tratándose de lesiones y homicidio se mencionan circunstancias atenuantes y agravantes.

En relación a la regulación del adulterio, que es el tema que interesa en este trabajo, el Código vigente lo encuadra entre los llamados Delitos Sexuales, manifestando ya desde aquí notorios defectos. Estos se incrementan cuando se analiza el contenido de los preceptos a que se refieren concretamente al adulterio (Cap. IV, Tit. XV).

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

Difícil precepto de estudiar es este que ha provocado - apasionada polémica en la doctrina Mexicana, pues, al igual que a los dos Códigos anteriores, 1857 y 1929, al vigente se le achaca no conte-

ner en este precepto la descripción de la conducta que se prohíbe; afir-
mándose, consiguientemente, la ausencia de tipo y la violación al prin-
cipio de reserva.

"Artículo 274. No se podrá proceder contra
los adúlteros sino a petición del cónyuge o-
fendido; pero cuando éste formule su quere-
lla contra uno solo de los culpables, se pro-
cederá contra los dos y los que aparezcan -
como delincuentes.

Esto se entiende en el caso de que los dos -
adúlteros vivan, estén presentes o se hallen
sujetos a la acción de la justicia del país; -
pero cuando no sea así, se podrá proceder
contra el responsable que se encuentre en -
esas condiciones".

Este precepto regula el requisito de procedibilidad de la que-
rela de parte y la individualidad de la acción.

"Artículo 275. Sólo se castigará el adulte-
rio consumado".

Las mismas observaciones que pueden hacerse respecto -

to del artículo 273, en lo referente a la descripción de la conducta que se prohíbe, pueden hacerse valer al analizar este precepto, pues si no se sabe en qué consiste dicha conducta, difícil será saber cuando se consuma.

"Artículo 276. Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables".

Este artículo establece el perdón del ofendido, el cual se entiende aún en el caso de que se haya dictado sentencia.

Algo que puede observarse, y que no debe pasarse por alto, es que el Código Penal vigente ya no permite la desigualdad en el tratamiento de la conducta adulterina del hombre y de la mujer, como lo hacían los Códigos anteriores (1957 y 1929); o como lo hace aún el Código Penal Español. Contra esa desigualdad, por tanto, ya no puede haber de parte de la doctrina ninguna protesta. ¿ Pero es eso lo deseable? ¿ Es en todos los casos de esa manera como debe lograrse la igualdad, extendiendo al varón o aún más injusto tratamiento legal que recibía la mujer, en lugar de lograrla extendiendo a la mujer el -

trato menos grave e incluso la impunidad, por tales comportamientos? Lo deseable, según nuestro punto de vista, sería que la reforma del - Código Penal se hiciera en el sentido de suprimir el adulterio como - delito.

a. Postura de la Doctrina en torno al Adulterio.

En relación al adulterio, la opinión de la doctrina, en especial la mexicana, no ha sido uniforme. Encontramos, por una par te, opiniones que se manifiestan en pro y opinones en contra de la re- gulación que existe en el Código Penal vigente del Distrito Federal, - por otra parte, también las opiniones que dividen en tratándose de si - el artículo 273 viola o no el principio de legalidad, en virtud de no con tener la descripción detallada de la conducta que se prohíbe y pune.

Al considerarlo de importancia **para** el posterior desa- rrollo de este trabajo, expondremos a grandes rasgos estas opiniones, así como los argumentos que se dan:

a.1. En relación a la regulación existente y el princi- pio de legalidad.

Corriente que afirma la violación del principio de legali- dad.

Entre los autores que afirman que en el artículo 273 del Código Penal se viola el principio de legalidad, consagrado en el artículo 14 Constitucional, se pueden citar a Porte Petit C., Carrancá y Trujillo, Almaraz, entre otros, aduciendo todos, como fundamento, que en el mencionado precepto no hay definición del adulterio y, consiguientemente, no hay tipo (61).

Así, Porte Petit ha manifestado: "El Código en vigor permite definir el adulterio. Ahora bien, la ausencia de este delito, que los Psicoanalistas pueden interpretar como un acto fallido y que para algunos o tal vez para muchos no tienen trascendencia alguna, olvida que dentro de un sistema liberal y constitucionalmente, no hay tipicidad sin ley (62).

Por tanto, y toda vez que la ley penal, como afirma Almaraz (63), "es de estricta aplicación, está vedado sentenciar y condenar a alguien por un hecho cuyos elementos constitutivos como delito no se encuentran en artículo alguno del Código represivo".

En resumen, según la opinión de esta parte de la doctrina

- (61) Cfr. Almaraz, José, Algunos errores y absurdos de la Legislación Penal de 1931. México, 1941, P. 132.
- (62) Necesidad de la Reforma Penal en México. En loc. cit. P. 261.
- (63) Almaraz, José, Op. Cit. P. 132.

na mexicana, vistos como está redactado el artículo 273 del Código Penal, es obvio que no se contienen en el mismo un tipo, o sea, que no hay descripción de la conducta, para lo cual se establece una pena, existiendo en consecuencia una violación al principio Nullum Crimen sine lege.

a.2. Corriente que niega la violación por Castellanos Tena y González Blanco.

La opinión es sostenida fundamentalmente por Castellanos Tena y González Blanco (64).

Para tener una idea de la misma, bástenos citar lo que Castellanos Tena sostiene: "En cuanto al delito de adulterio, con frecuencia se argumenta, tratándose de la legislación del Distrito y de las a ellas semejantes, que jamás puede configurarse el delito por ausencia de tipo... Se dice que en el adulterio falta la descripción que debe ser hecha por el legislador, porque el precepto relativo (Art. 273 del Código de 1931) no indica lo que es adulterio; esta aseveración carece de validez y deriva únicamente de una confusión de los conceptos, mo

(64) Cfr. Castellanos Tena, Fernando, Tipo y Tipicidad en el delito de Adulterio, en: Criminalía, XXVI, 1960, P. 872 y siguientes. González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1969, P. 209 y siguiente.

tivada por el incorrecto nombre que al delito en cuestión le señala el ordenamiento jurídico.

Como es bien sabido, no todo adulterio es delictuoso, sino únicamente aquél que se realiza en el domicilio conyugal o con escándalo, por lo que en realidad el delito debería técnicamente tener otra denominación, puesto que el tipo se configura, precisamente, con un adulterio verificado en el domicilio conyugal o con escándalo. El legislador del Distrito y también el de algunas Entidades Federativas, designa al todo con el nombre de una de sus partes, al llamar delito de adulterio a una figura específica que, según se ha expresado, contiene, entre los elementos del tipo respectivo un adulterio. Carece de eficacia al razonamiento que generalmente se invoca, en el sentido de que hay ausencia de tipo, porque la ley no define lo que es adulterio. Admito que éste es sólo uno de los ingredientes del tipo y que, impropriamente, siendo parte, ha sido tomado para designar al todo, conviene destacar que no importa la falta de definición de dicho elemento, porque exigirla equivaldría a censurar al legislador por no haber definido, por ejemplo, la cópula, en el estupro; la vida en el homicidio; el concepto de bien ajeno en el robo; etc..."

"En concreto, consideramos que, aún cuando el nombre que se ha dado a la figura contenida en el artículo 273 del Código de 1931 es impropio, el tipo está perfectamente configurado como se ha expresado, -

con un adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo y, por ende, cualquier conducta adulterina que reúna las demás exigencias será, a no dudarlo, un comportamiento típico" (65).

Las razones apuntadas de quienes apoyan la necesidad de la regulación legal del adulterio, que revelan criterios más morales que Jurídicos, son sin duda de bastante peso. Más consideramos que no son lo suficientemente consistentes, como para afirmar que dicha regulación tenga que ser necesariamente en el Código Penal en su catálogo de delitos.

En efecto, pensar que mediante la inclusión del adulterio en el Catálogo de delitos se va a evitar la desintegración familiar, la infelidad conyugal, la desprotección de los hijos, el trastorno del orden y de la moralidad familiar y social, etc., es pretender que el Derecho Penal regule conductas que pertenecen más a lo moral que a esta rama del Derecho.

El matrimonio se sustenta sobre diversas bases, como son: el amor, el compañerismo, la comprensión, etc., cuando un matrimonio se da el adulterio, entendiéndolo como tal la unión sexual de una persona casada con otra distinta de su propio cónyuge, es porque estas (65) Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio, Loc. Cit. P. 873.

bases las más de las veces ya no existen; en esos casos, por tanto, el adulterio no es causa sino efecto de la desintegración familiar, y para resguardar el matrimonio no debe atacarse el efecto sino la - causa.

Por otra parte, esgrimir el argumento del "grave daño social" que produce el adulterio, es partir de una base falsa. A la sociedad poco o nada le importa que se cometa adulterio, pues ella realmente no sufre ningún daño, y esto es o debe ser reconocido por el legislador, sobre todo por considerar al adulterio como un delito privado, o sea, perseguible únicamente a instancia de parte ofendida; si se infringiera el daño que algunos autores mencionan, tal delito debería perseguirse de oficio y no por querrela de parte como actualmente se hace.

Una prueba más de que a la sociedad y muchas veces al directamente ofendido -no le importa la incriminación del adulterio, lo constituye la mínima, por no decir nula, cifra de querrela presentada por este motivo, sin contar los casos en que después de la querrela -viene el perdón de la parte ofendida.

Sostener, además, que el adulterio lesiona la "moral pública" es bastante arriesgado, ya que para llegar a esta conclusión

93

primeramente tiene que establecerse que existe una moral pública y -
decir en qué consiste, respecto de lo cual ni los mismos sostenedores
de tal criterio se han puesto de acuerdo.

C) IMPERFECCION DE LA HIPOTESIS LEGAL

Es defectuosa en cuanto que, por reducir esté dentro a la cópula extra - conyugal realizada bajo ciertas condiciones y consig^unar punible tan sólo el acto consumado, excluye innumerables vejaciones que a través de actitudes eróticas tomadas fuera del matrimonio un - cónyuge puede inferir al compañero. Defectuosas además (esto como base en otro ángulo visual) porque el perdón del consorte inocente es no sólo extintor de la acción penal, sino también de la pena misma, - con lo que de manera antijurídica se anula una sentencia por 'indulto de un particular'.

Los argumentos que dan las opiniones divergentes ex-- puestas son sostenibles. Pero un análisis más detenido, que por supues^uto rebasaría los límites de este trabajo, nos inclinaría a una de ellas.

En efecto, es communis opinio que; de acuerdo con la - teoría del tipo y de la tipicidad, el tipo -cualquiera que sea la sistemá^utica del delito que se siga contiene, siempre una descripción de la conducta que se prohíbe y para lo cual se establece una conminación penal, y que la adecuación de la conducta al tipo (tipicidad) solamente puede - establecerse si este último, contiene una descripción minuciosa de aqué^ulla. Naturalmente, no entraremos aquí al tan discutido tema del concep

to y estructura del tipo (66), ni de los conceptos amplio y restringido - que de ésta hay, pues también ello rebasaría nuestros propósitos o sólo nos concretaremos a las opiniones que en torno al artículo 273 en cuestión se han mencionado.

No nos parece acertada la opinión de Castellanos Tena, en virtud de que sus afirmaciones finales no son congruentes con lo que inicialmente expresa. Primeramente dice que el tipo es una "descripción de un comportamiento delictivo que hace el legislador" (67). Pero es el caso que en el adulterio (artículo 273) no exista descripción de conducta, no hay referencia a lo que debe entenderse por adulterio. Para apoyar sus puntos de vista, dice que exigir esta definición de la conducta adulta equivale a "censurar al legislador por no haber definido, p. ej., la vida en el homicidio", etc. En los ejemplos que él cita la conducta delictiva si está definida; está asentado cuál es el verbo núcleo del tipo. Así,

- (66) Pueden verse a este respecto: Jiménez de Azúa. L. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, El Delito. 3a. Ed. actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, Argentina, 1965. P. 746 y 55.; Porte Petit C., Apun- tamientos de la Parte General de Derecho Penal, T. I., Madrid, P. 297 y 55; Welsel, H., Derecho Penal Alemán P.G., 11a. Ed. Chile, 1970, P. 73 y 55.; Zaffaroni R.E., Teoría del Delito, Ed. Ediar, - B.A., Argentina, 1973, P. 171 y 55.; Maurach R. Tratado de Dere- cho Penal P.G.T.I., Trad. de Córdoba Roda, Barcelona, P. 248 y 55.
- (67) Op. Cit. P. 873. Véase también del mismo Lineamientos Elementa- les de Derecho Penal, Parte General, 9a. Ed., Editorial Porrúa, - S.A., México D.F. 1975, P. 165 y 55.

el estupro es copular, o se realiza la acción de copular, en el homicidio, realizar la acción de privar de la vida, en el robo, sustraer el bien mueble ajeno; etc.; y en el caso del robo, el mencionado autor -- afirma que no se da "el concepto de bien ajeno"; nosotros añadiríamos que tampoco se da el concepto de bien mueble, pero esto en realidad es irrelevante que lo mencione o no el Código Penal, toda vez que el ordenamiento jurídico se integra en su totalidad por todas las leyes dictadas, y el Juez, en todo caso, puede acudir a él para interpretar el derecho, de tal manera que si el Código Penal no menciona tales conceptos (bien mueble, ajenidad, etc.), ellos pueden extraerse del Código Civil. En los casos de cita Castellanos Tena, lo que no está definido en la descripción legal (tipo) es el bien Jurídicamente tutelado, más no la conducta que se prohíbe para la protección del bien. Distinto resulta en tratándose del adulterio, sobre todo en nuestro ordenamiento Jurídico, ya que por una parte lo que falta en el artículo 273 es precisamente la descripción del objeto de regulación, o sea, de la acción adulterina; y, por otra, el Juzgador no puede acudir, para interpretar el derecho y saber que es el adulterio, a otros ámbitos del ordenamiento Jurídico, porque en el Código Civil - o en cualquier otro tampoco se encuentra dicha descripción (68).

- (68) Otra cuestión será, si el Juzgador puede en estos casos acudir a fuentes extrajurídicas (doctrina, jurisprudencia), o bien a los antecedentes legislativos históricos.

Por tanto, como el artículo 273 del Código Penal únicamente habla de los "culpables de adulterio" y de la pena que se le debe aplicar, nos inclinamos a pensar que la aplicación de una sanción a un comportamiento que según el artículo 273, no se sabe en que consiste, choca contra el principio Nulla Poena Sine Crimen, en virtud del Nullum Crimen Sine Lege.

POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA

Interpretación del artículo 273 del Código Penal

En la polémica doctrinaria respecto a la regulación existente del adulterio, también la Jurisprudencia ha aportado criterios en la interpretación del artículo 273 del Código Penal vigente.

Así, en relación al problema de la definición del adulterio siguiendo, por una parte, una interpretación puramente gramatical, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido: "A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, que en general, - se nota en todos los ordenamientos penales, que rigen en la República, para su caracterización Jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramaritales de los cónyuges y aunque estas por su propia naturaleza, son de muy difícil justificación en un proceso, son suscepti

bles de apreciarse a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna al respecto del acreditamiento de aquellas relaciones íntimas, con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal" (69).

Por otra parte, recurriendo a la doctrina e incluso a la Jurisprudencia misma, sostiene: "Es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la Jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada" (70).

En ambas ejecutorias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce -como gran parte de la doctrina mexicana- que el artículo 273 del Código Penal no hay definición del adulterio; esto es, no hay descripción de la conducta que se prohíbe, acudiendo a la doctrina para decir en qué consiste dicha conducta.

Pero a diferencia de esa parte de la doctrina, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no afirma que se viole el principio -Nulla Poena Sine Crimen, cuando se aplica una sanción por la realización de una conducta que la misma ley no dice en que consiste.

Sin embargo, este criterio de la Suprema Corte de Jus-

(69) Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXI, P. 4757.

(70) Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXII, P. 3636.

ticia de la Nación respecto del adulterio no se corresponde con el que ella misma sostiene al referirse a la "adecuación típica", cuando establece, por una parte que: "La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal" - (71). Y, "Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, ... Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad o la modificación del mundo exterior, es decir la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal..."(72). De donde sigue, por otra parte, que el delito de adulterio sea punible, es requisito indispensable que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.."(73).

En efecto, para que una conducta sea típica, debe 'enmarcarse dentro de un tipo penal'. Pero es el caso que, en tratándose del adulterio en el artículo 273 del Código Penal no hay tal definición, como la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación lo acepta. Por otra parte, es decir, que el adulterio es punible cuando se "cometa en el domici

(71) Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXIII. P. 103, Tomo XLIX, P. 103.

(72) Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXVII, P. 73.

(73) Boletín de Información Judicial, Vol. LXXXVI, Segunda Parte, P. 9.

lio conyugal o con escándalo", no está con ello diciendo en qué consiste la conducta adulterina, sino únicamente hace alusión a referencias de "lugar" o de "modo" en que ha de realizarse dicha conducta.

Para caracterizar el adulterio. La Suprema Corte de Justicia de la Nación recurre, por un lado, a la "Significación gramatical ordinaria" del mismo, para decir que se trata de "relaciones extramatrimoniales de los cónyuges"; o "relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal"; y, por otro, a la doctrina y Jurisprudencia, para decir que consiste en la "infidelidad que uno de los cónyuges, sexualmente consumada".

En el primer caso, para buscar la voluntad de la ley, o más bien, para llenar el vacío del artículo 273, la Suprema Corte de Justicia de la Nación utiliza como método la "interpretación gramatical", pero ello implica, naturalmente, el análisis del lenguaje utilizado en la letra de la ley, como sería, P. ej. la "relación extramatrimonial"; mismo que no se encuentra en la ley. Por tanto, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice que atiende a la "significación gramatical ordinaria", no puede referirse al significado literal del texto, sino más bien a lo que el común de las gentes entiende, por adulterio, o sea, al lenguaje "vulgar". Pero si esto es así, ¿Puede el lenguaje "vulgar" ser fuente de la interpretación judicial? si ese lenguaje es el que "acostumbra" el común -

de las gentes, ¿ Podrá decirse entonces que la Suprema Corte de Justicia de la Nación acude en este caso a la costumbre, para interpretar el artículo 273 del Código Penal ? De ser esto afirmativo, habría de agregar inmediatamente que, en virtud del principio de estricta legalidad - que consagra el artículo 14 Constitucional, la "costumbre" no puede - ser en Derecho Penal fuente creadora de responsabilidad criminal.

En el segundo caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación acude expresamente a la doctrina. Debe decirse al respecto, - que aparte de que la opinión de los Jurisconsultos carece hoy de fuerza normativa, el valor de la misma (doctrina) dependerá en la mayoría de los casos del prestigio, de la autoridad del interprete. Y el acudir - a la Jurisprudencia, plantea nuevamente la cuestión de saber qué es lo que a los Tribunales sirve de base cuando deciden cuestiones jurídicas - de naturaleza idéntica, ya que el desentrañar la voluntad de la ley por los Tribunales implica que éstos tomen determinadas fuentes y sigan - ciertos métodos.

Ahora bien, ¿Qué función es la que la Suprema Corte de - Justicia de la Nación realiza en estos casos, interpreta o integra la Ley ? Creemos que lo que está haciendo en el caso del adulterio, es crear un tipo. Pero consideramos que la función de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según su naturaleza, no es crear sino interpretar el Dere

cho; la función integradora o creadora compete a otro órgano del Estado, por ende, en el caso que nos ocupa, creemos que nuestro máximo tribunal se sale de la esfera de sus atribuciones.

Por otra parte, para interpretar el Derecho tiene que acudirse a las fuentes del mismo: primero a la ley penal, como única fuente de inspiración Judicial sobre la naturaleza delictiva de una conducta, luego del ordenamiento jurídico en general, cosa que en el tema que nos ocupa no sucede, por lo cual consideramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el artículo 273 del Código Penal en la forma en que lo hace, invade otras esferas que no son de su competencia, y ella misma hace caso omiso del apotegma que inspira toda la legislación penal: Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege.

Hemos expuesto a lo largo de éste punto, los diferentes criterios que en torno al adulterio se sustentan tanto en nuestro Derecho positivo como en la doctrina y la Jurisprudencia.

En cuanto a si debe o no incriminarse el adulterio, es cuestión también muy debatida en la doctrina. Pero también a este respecto, se imponen los criterios a favor de la no punición a este tipo de comportamientos, postura que coincide con la que defendemos en el presente trabajo.

D) INUTILIDAD DE LA INCRIMINACION DEL ADULTERIO.

Determinar que hechos deben ser elevados a la categoría de delitos y condicionar, en su caso, la aplicación de penas o medidas de seguridad, es algo que compete a la política criminal. La política criminal señala en cada caso que bienes, y en qué medida, deben ser protegidos por el Derecho Penal.

Sin entrar en abundamiento en torno a lo que es la política criminal y a sus objetivos, bástenos decir que el hombre siempre se ha preocupado por encontrar medidas eficaces para luchar contra la criminalidad, estableciendo así los medios por lo que el Estado a través del Derecho (penas y medidas penales), trata de lograr ese objetivo; mismo que han sido modificados paulatinamente, en virtud de las exigencias político-criminales de cada época.

Si partimos del supuesto de que el poder del Estado moderno procede del pueblo, entonces él debe como función la creación y el aseguramiento de las condiciones de una existencia que satisfaga las necesidades vitales de los individuos (74). Para lograr esa finalidad de proteger bienes jurídicos vitales, el Estado cuenta con el Derecho como recurso.

(74) Cfr. a este respecto, Roxin, Claus, Sentido y Límites de la Pena Estatal, en: Problemas de Derecho Penal, Madrid, España, 1976, P. 20 y 55.

El Derecho "se ocupa de los comportamientos humanos en la medida - en que trasciende al orden social exterior y no por lo que estos representan en sí mismos desde el punto de vista moral" (75). El Derecho Penal, como parte que es del Derecho, no escapa a esta primera exigencia; cuando castiga, a través de la pena y la medida las conductas delictivas, no obstante que muchos de estos poseen un evidente contenido moral, no aspira a moralizar a sus ciudadanos.

I. La función del Derecho Penal y el Adulterio.

En virtud de lo anterior, el fin del Derecho Penal sólo - puede derivar del Estado y, por consiguiente, sólo puede consistir en - garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro la justificación de esta tarea que desprende directamente -- del deber que incumbe al Estado de garantizar la seguridad de sus miembros (76). Y aunque muchas conductas delictivas, como privar de la vida a una persona, robar, etc., poseen un evidente significado moral, el Derecho penal no aspira, cuando castiga esas conductas a moralizar a los ciudadanos; su función es mucho menos ambiciosa; pretende únicamente evitar las consecuencias perturbadoras de la paz que tales producen en el orden social exterior; es decir, prevenir las conductas delictivas.

(75) Rodríguez Mourullo, G. Derecho Penal, Parte General, Madrid, España, 1977. P. 18 y 5. Cfr. También Rudolph. H. J. Los Diferentes Aspectos del concepto de Bien Jurídico, en: Nuevo Pensamiento Penal, Año 4, No. 7, 1975, P. 341; Roxin C. Op. Cit. P.23.

(76) Roxin, Claus, Op. Cit. P. 21.

"Misión del Derecho Penal, dice Welzel, es proteger - los valores elementales de la vida en comunidad" (77). Lo cual quiere decir que "el Derecho Penal quiere proteger antes que nada bienes vitales de la comunidad (P. ej. , vida, salud, libertad, etc.), de ahí que impone consecuencias Jurídicas a su lesión". Esta protección de bienes Jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas - a la lesión de tales bienes.

Para precisar lo anterior, hay que decir que el Derecho Penal se dirige al individuo de dos maneras: imponiendo y ejecutando penas; y a cada uno de estos aspectos corresponde una finalidad, La - finalidad preventivo especial a la ejecución; la de la retribución a la - sentencia, y a la prevención general al fin de las conminaciones penales. Las conminaciones penales, que acompañan a las prohibiciones ju - rídico penales, representan tan sólo la primera de las tres etapas de la eficacia del Derecho Penal, las cuales en conjunto y sólo en conjunto agotan el sentido y la misión del Derecho Penal (78).

Ahora bien, ¿Qué es lo que el legislador puede prohibir

(77) Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Trad. de Lalla, Ed. 1970, P. 11.

(78) Cfr. Roxin, Claus, Op. Cit. P. 20.

bajo pena a sus ciudadanos?

Para lograr la finalidad de proteger bienes jurídicos, el Estado, como hemos dicho, cuenta con el Derecho como recurso; - pero no siempre hará uso del Derecho Penal para penar su lesión; ya que la intervención de éste, por su naturaleza subsidiaria o fragmentaria, sólo será necesaria en determinadas condiciones, cuando otros medios menos enérgicos sean insuficientes. Por tanto, el Derecho Penal sólo deberá tener vigencia allí donde no basten otros medios; ya - que, por razón de la dureza de sus recursos, que suponen la priva- ción o restricción de los más preciados bienes del individuo (vida, li- bertad, patrimonio, etc.), el Derecho Penal debe ser considerado - siempre como la última ratio legis. De tal manera que, donde basten P. ej., los medios del Derecho Civil o del Derecho Constitucional, el Derecho Penal habrá de excluirse, toda vez que la reacción de esos me- dios es menos severa. Y si el legislador, antes de apelar a otros me- dios Jurídicos menos severos para preservar o reinstaurar el orden - jurídico, recurre directamente a la sanción criminal, dará lugar a una recusable hipertrofia del Derecho Penal, que carecerá de la legitima- ción de la necesidad social (79).

Por otra parte, "el legislador no está facultado en abso-
(79) Cfr. Roxin, Claus, Op. Cit. P. 21 y 55; Welzel, Hans, Op. cit. p. 17, Rodríguez Mourullo, Op. Cit. P. 20.

luto para castigar sólo por su inmoralidad conductas no lesivas de "bienes jurídicos", pues, como afirma Roxin (80), "si una acción no afecta el ámbito de libertad de nadie ni tampoco puede escandalizar directamente a los sentimientos de algún espectador, porque se la mantienen oculta en la esfera privada, el castigo entonces ya no tiene fin de protección alguno. Por ello, impedir lo meramente inmoral no entra en la misión del Derecho Penal..."

De lo anterior se desprende que el Derecho Penal, como última ratio, se caracteriza por proteger a través de la pena y la medida los más fundamentales bienes Jurídicos del orden social, frente a los ataques que, desde el punto de vista de la convivencia social, aparecen más intolerables.

Ahora bien, ¿Cuál es la realidad actual en torno al adulterio? ¿Cumple al Derecho Penal su función frente a este fenómeno?

De la respuesta que podamos dar a estas interrogantes se desprenderán algunos criterios sobre si es útil o inútil, necesaria o no la intervención del Derecho Penal para la protección de los bienes Jurídicos que en el adulterio se contemplan.

(80) Op. Cit. P. 23.

a). - Situación actual de facto. En México no contamos con una estadística, para determinar aproximadamente cuanta criminalidad florece en el ámbito del artículo 273 del Código Penal. Pero si - contáramos con una, la cifra anual -no obstante confusa- sería enorme tan sólo en el Distrito Federal -ya no sería nada sorprendente, no obstante que los Tribunales poco, o raramente, se han ocupado de un caso de esos. La muestra está en que casi no hay sentencias condenatorias al respecto.

Podría indagarse también, para determinar los efectos o las causas cuantos matrimonios o familias se han desintegrado por el adulterio, o cuantos matrimonios desintegrados han conducido al adulterio de los cónyuges. Cuestión esta que sería de tipo eminentemente - criminológico, pero de gran interés para la consideración de la regulación penal; pues esos datos servirían para orientar la política del Estado frente a este fenómeno. Lo mismo podría hacerse respecto a la situación en que se encuentran los hijos de esos matrimonios, así como de - los efectos sociales que produce, etc. De gran interés sería, también, - un estudio comparativo de la situación en los Estados que prohíben penal mente el adulterio con la de los Estados que no lo prohíben, para determi nar en cuáles florece más ese tipo de comportamientos; lo cual arrojaría datos para constatar si los medios menos drásticos (los del Derecho Ci- - vil) son más o menos eficaces que los más severos (los del Derecho Penal).

b). - Situación Jurídica. Las cifras, que pudiera arrojar una estadística en torno al fenómeno del adulterio, nos obligaría necesariamente a reflexionar sobre lo adecuado o inadecuado de la regulación Jurídica actual del adulterio y, en definitiva, sobre el éxito, o fracaso, sobre la eficacia o ineficacia de los medios del Derecho Penal en este particular.

Aunque no hablemos con cifras reales, sino tan sólo hipotéticamente, es indiscutible que el número de adulterios que se cometen (sólo) en el Distrito Federal es de muchos miles. Y aún cuando esas - cifras sólo aproximadamente se corresponden con la realidad, lo cierto es que una cantidad menor es suficiente para preguntarse si el artículo 273 del Código Penal sirve realmente para aquello a lo cual está destinado:

Garantizar la protección del o de los bienes jurídicos que ahí se hagan valer. Cualesquiera que sean dichos bienes, mientras mediante el recurso del Derecho Penal no se logre la prevención de este tipo de comportamientos, no podrá afirmarse que el Derecho Penal cumple con su finalidad; la conminación penal no ha producido mucho efecto para lograr la prevención general. Y, criminológicamente hablando, tampoco pueden verse los efectos preventivos especiales que mediante la ejecución penal se quiere lograr, toda vez que casi no han habido sentencias conde-

natorias al respecto.

Sin embargo, como se ha expresado anteriormente el delito de adulterio es poco común en nuestra época actual, ésto no quiere decir que no se cometa, sino que el Estado tiene conocimiento de pocos adulterios, y cuando conoce algunos de ellos porque el cónyuge ofendido ha inferido la muerte o lesiones a los adúlteros o a algunos de ellos.

Ahora bien, el problema se relaciona con la operancia de alguna causa de justificación.

En tratándose de la operancia de alguna causa de justificación, el problema se presenta sobre todo cuando el cónyuge ofendido lesiona o priva de la vida al autor (o coautores) del adulterio, al sorprenderlos en el acto carnal (en términos del artículo 310 del Código Penal), ya que las más de las veces se alega legítima defensa del honor (81). Así se dice P. ej . , que la excluyente de la legítima defensa del honor puede ser aplicable al conyugicidio por adulterio, atendiéndose que

(81) Debe hacerse notar que no nos estamos refiriendo al caso en que la conducta adulterina pueda realizarse amparado por alguna causa de Justificación, pues esa es una posibilidad que en principio se excluye, sino al caso en que contra la conducta de los adúlteros se lesionen bienes Jurídicos de éstos alegando legítima defensa u otra de Justificación, y sólo para ver cual es el bien Jurídico que se protege.

el honor es la buena reputación personal, que el adulterio somete a burlas, críticas y murmuraciones del público enterado que la deshonra que representa; que la sociedad critica acremente la actividad pacífica del cónyuge burlado y lo llena de escarnio y de vergüenza calificándole despectivamente, que en ocasión del adulterio "el ofendido disparará a matar, si tiene un palo dará garrotazos... hasta matar, etc., pues es tal la situación de los delinquentes pasionales y ocasionales y tal es el sentir y modo de obrar del pueblo mexicano " (82). Sin embargo, el legislador no le da este carácter a tales comportamientos, sino que señala la pena para el que así actúa (artículo 310 del Código Penal), no obstante que es atenuada.

Este problema, pues, está íntimamente ligado al del bien Jurídico; se plantea sobre todo porque el adulterio no se encuentra ubicado dentro de los propiamente dichos delitos contra el honor, que son los que como dice: Carrancá y Trujillo (83), atenta contra la reputación; dificultándose de esa manera la interpretación Judicial de lo que, en el caso del adulterio, ha de entenderse por honor.

De ser el honor el bien que se protege, entonces su defensa podría considerarse legítima en el caso de que el cónyuge ofendido matare o lesionara a cualquiera de los culpables si los sorprendiera en

(82) Glotario Margil. González, citado por Carrancá y Trujillo, Op. Cit. P. 416.

(83) Derecho Penal Mexicano, Op. Cit. P. 416.

el acto carnal; en ese caso la conducta del cónyuge ofendido no sería - antijurídica. Pero del mismo Código Penal se desprende que no es así, porque entonces el artículo 310 no tendría por qué solo atenuar la pena, ya que la legítima defensa no solo tiene ese efecto, sino que incluso beneficia más al que hace uso de ella. Es decir, si fuera realmente el honor el que se protege, no habría necesidad del artículo 310 del Código Penal.

En caso de que sea otro el bien jurídico, por ejemplo, el deber de fidelidad conyugal, como la mayoría crea, el hecho que constituye incumplimiento de ese deber tampoco de lugar a la legítima defensa, sino más bien a la pérdida de derechos y a otras consecuencias, como divorcio, etc., que es mejor solución que el conyugicidio.

Ahora bien, si analizáramos los requisitos de la legítima defensa, veríamos que ésta opera cuando hay una acción de agresión. De terminar en qué consiste esa acción, es otro problema que resulta de la definición de la conducta adulterina en el artículo 273 del Código Penal. Al no definir el Código Penal el objeto que constituye la materia de la prohibición en el adulterio como tipo punible, por no describir la conducta; - únicamente señala circunstancias de lugar (domicilio conyugal) y de modo (con escándalo) en que han de realizarse dichas conductas. Obliga, - pues, a buscar dicho concepto en otro sector del ordenamiento jurídico.

Ese sector, donde este tipo de comportamientos también es objeto de regulación, lo es del Derecho Civil.

Pero es el caso que en el Código Civil tampoco se encuentra descrito dicho comportamiento, lo cual determina que el estudio de los elementos indispensables que constituyen el tipo de adulterio, se realice en un plano meramente ético y cultural.

De los puntos controvertidos anteriormente llegamos a la conclusión de que el Derecho Penal en sí, no resuelve el problema, ya como hemos visto el índice de adulterios que se cometen son bastantes, sin embargo, pocos de ellos son denunciados en virtud de que "un juicio no cura, produce escándalo, no corrige al culpable y humilla al inocente".

Por todo lo expuesto hasta ahora, el capítulo del Título - Décimo Tercero del Código Penal vigente en el Estado, aparece por una parte defectuosa y, por otra, inútil e innecesario.

1. - Evaluación Global.

a). - Del examen que se ha hecho de las distintas etapas -

de la historia de la humanidad y del Derecho Penal, hemos visto que el pensamiento en torno al adulterio ha ido variando enormemente. De seguir esos avances, en la época actual podría sin más, históricamente, justificarse la salida del adulterio del catálogo de los hechos punibles.

En la historia vemos una disminución progresiva de la severidad de las penas con que se castigaba a los adúlteros. Lo mismo se ha experimentado en la historia del Derecho Penal en México: de las severas penas entre los romanos y los griegos, y las que de acuerdo con las leyes españolas se aplicaron durante la colonia, según el arbitrio de los administradores de Justicia, hasta pocos años o meses de prisión, como lo establece el Código Penal vigente. Por otra parte, si bien es cierto que en Código Penal vigente ya no nos encontramos con la desigualdad, según sea el hombre o la mujer quien cometa este ilícito, que prevalecía en las legislaciones anteriores, lo cuestionable es si en todos los casos en que se pretenda lograr la igualdad Jurídica Penal debe entenderse el tratamiento legal (prohibición y punición) por igual a quienes caían bajo ese tratamiento injusto a la mujer y darle el mismo trato que al hombre; suprimiendo para ella la prohibición y, consiguientemente, la aplicación de pena por comportamiento adúlteros. Son, pues dos de las posibilidades de lograr esa igualdad de tratamiento; penalizado o despenalizado en forma

igual para hombre y mujer ese tipo de comportamientos. El Código Penal vigente ha seguido el primer camino. Pero, para determinar cual de los dos caminos resulta más provechoso o menos inconveniente, al momento de tipificar un comportamiento como delito debe ser analizado desde el punto de vista político-criminal y, sobre todo, desde la función y fines del Derecho Penal. Ya en los proyectos del Código Penal primero en el de 1958 y luego en el de 1963 (84), sin embargo, se ha llegado ya al punto de suprimir del catálogo de los hechos punibles al adulterio y dejarlo como materia que atañe al Derecho Civil.

En la civilización actual, e incluso en los pueblos que se precisan de más cultos, también se puede observar una serie de manifestaciones en las relaciones humanas, que conducen a la aceptación de que el adulterio no es un hecho unánimemente reprobado como lo son otros delitos (P. ej., homicidio, violación robo, etc.); pues, a diferencia de éstos, el adulterio no produce alarma, zozobra, o inquietud en la sociedad (85), sobre todo en la sociedad que actualmente vivimos, pues casi no se observa la reacción de ésta para que se combata aquél. Por tanto, los efectos son diferentes a los que otros hechos producen sobre la colectividad; en la mayoría de las veces, ésta se muestra indiferente.

(84) Sin olvidar que ya los Códigos de Yucatán (1838), de Campeche -- (1943), Oaxaca (1943) y Veracruz (1948), dejaron de incluir al adulterio en el catálogo de los delitos.

(85) Esta afirmación ya la hacía Vicente Tejera en 1929, Cfr. Op. Cit. p. 87.

Las reacciones sociales son determinantes para la valoración o desvaloración Jurídica de determinados comportamientos. Si la colectividad no se alarma no reacciona indignada en contra de este tipo de conductas, ellas, por consiguiente, no parecen lesionar o poner en peligro intereses sociales. De donde puede deducirse que, si no lesionan o ponen en peligro el orden social, no hay razón para considerarlas como delito.

b). - Del examen de las distintas posturas en torno a la incriminación del adulterio, se mostraron criterios que en su mayoría se inclinan por la supresión de este tipo de comportamientos del Código Penal. Y en virtud de lo firme que resulten, hemos defendido la tesis abolicionista.

Se ha visto que los partidarios decididos de la punición del adulterio piensan que basta con tipificarlo como delito, para prevenir su comisión o para que los bienes que en él se tutelan queden totalmente protegidos. Pero, de esta manera, colocan la represión penal - no como última ratio - como debiera ser-, sino como principal medio, lo cual en gran medida implica la excusa para prescindir de otros medios menos radicales. Además, no obstante la tipificación y sanción de tales conductas, lo cierto es que los bienes mencionados no resultan debidamente protegidos.

c). - Las consideraciones de tipo dogmatico y político - criminal nos ha demostrado igualmente lo cuestionable que resulta la regulación vigente.

Es fundamentalmente de la consideración de estos aspectos donde, pensamos, deben ser extraídos los decisivos criterios para fundar nuestra tesis sobre la necesidad de suprimir el delito de adulterio.

2. Conclusión

Hemos afirmado que no es necesario que el Estado haga directamente uso del Derecho Penal, para la protección de los bienes Jurídicos que se tutelan en el artículo 273 del Código Penal. Esto, por diferentes razones:

En primer lugar, porque el Derecho Penal no debe intervenir ahí donde lo prevalente sea la moralidad o inmoralidad de los comportamientos. En segundo, porque dicha protección puede lograrse con la intervención de medios menos drásticos como son los del Derecho Civil, dada la naturaleza de los bienes Jurídicos, En tercero, porque el adulterio es de discutible contenido criminológico.

a). - El adulterio ha sido concebido tradicionalmente sobre

la base de patrones morales, que reflejan en gran medida la posición ocupada por la mujer en una sociedad dada. Pero ese pensamiento ha ido modificándose progresivamente, al igual que su tratamiento Jurídico. Esto, en virtud de que ni el Estado, ni los presupuestos para una vida en común son estáticos, sino que se transforman como consecuencia de nuevas fuerzas. Los bienes Jurídicos, por tanto, también están sometidos al cambio histórico; muchos modifican su función, otros se comprueban como innecesarios o bien, se agregan otros nuevos (86). Si el Derecho es una creación continua que sigue o debe seguir el avance de los cambios sociales, siempre se precisará que -- aquél esté acorde con éstos y proteja los bienes Jurídicos que la colectividad considera como fundamentales para su desarrollo armónico.

En la actualidad, el Derecho Penal no puede pretender para sí la protección de la moral (social general) sin desconocer su función como el más excepcional de los medios de la política social. Si se reconociera al Estado el derecho de sancionar todo comportamiento que, de acuerdo con un juicio generalmente conocido, aparezca como inmoral, habría que admitir de improviso que el Estado es una institución moral, -como- lo sería la Iglesia, P. ej. y tendría, entonces el derecho de coaccionar sin más, mediante la pena, a las minorías que no compartieran las concepciones morales generales, para que adecuaran sus

(86) Cfr. H. J. Rudolph. Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico, en: Nuevo Pensamiento Penal, Año 4, No. 7, Buenos Aires, 1975, p. 343.

acciones a patrones valorativos que ellos no hubieran elegido, a pesar de que tales acciones no fueran en absoluto socialmente dañosas. El - Estado carece de todo derecho de tutelar moralmente a los individuos. Si el legislador se excede sobre los límites del Derecho Penal, la nor ma penal dictada, en tanto sólo constituya la incriminación de una pura contravención moral que tiene lugar en virtud de su propio arbitrio, no podrá justificarse constitucionalmente.

En consecuencia, el Derecho Penal no debe confundirse en este punto con la moral. El Estado Mexicano como estado pluralista, debe reconocer pluralidad de valores en la sociedad y que toda persona adulta, mientras no ataque la libertad de los demás, puede conformar - su vida libremente, autodeterminarse, aunque sea forma de comporta- mientos a otros grupos minoritarios (e incluso mayoritarios) les parez ca inmoral. Si el comportamiento de los adúlteros a algunos grupos les parece inmoral, ello no es motivo suficiente para que el Derecho Penal intervenga reprimiéndolos -de la manera como lo hace- para lograr una convivencia soportable, pues debe respetar la autonomía y autodetermina ción de las personas. Solo en caso de que esos comportamientos sean im puestos por la violencia se justifica la intervención del Derecho Penal, - porque en este caso se ataca la libertad y el comportamiento se convierte en insoportable para la convivencia comunitaria armónica.

b). - Que el Estado le preocupe la armonía familiar, el bie

estar social, etc., es elemental y comprensible; pero eso es una -- cosa y otra que acuda el Derecho Penal, declarando dichas conductas delictivas.

Es de indiscutible carácter elemental el hecho de que el Estado tiene la obligación de "proteger la institución matrimonial familiar" (87). Más no puede aceptarse que solo mediante la aplicación de Derecho penal puede lograrse ese fin. La regulación de las relaciones matrimoniales y familiares corresponden a otro sector del Derecho.

La situación fáctica actual de que la impunidad del adulterio es la regla, podría modificarse prescindiendo de la regulación vigente del adulterio como delito solo perseguible en virtud de querrela de cónyuge agraviado y convirtiéndolo en perseguible de oficio.

Pero entonces ya ni siquiera quedaría la fachada de una ley protectora del matrimonio, de la fidelidad conyugal, etc., como se quiere, y el Código pasaría a representar un auténtico peligro para esos bienes; pues la persecución de oficio del adulterio, aún contra la voluntad del cónyuge agraviado, significaría la irrupción del Estado en la esfera íntima de las personas.

(87) Gimbernat Ordeig. E., La Mujer y el Código Penal Español, en: Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1976. P. 33.

El Derecho penal debe intervenir -y solo tiene autoridad para intervenir- una vez que se han agotado las restantes medidas de política social;"y se está corrompiendo al Derecho penal si lo que se hace es utilizarlo de excusa para no aplicar esas otras medidas: menos radicales, más costosas y, muchas veces también, más eficaces" (88). Una política social coherente de protección de las relaciones familiares o de los bienes que entren en consideración en el adulterio deberá acudir antes a las medidas extrapenales, como serían las de Derecho Civil, y una vez agotadas éstas, como última ratio, hechar mano de las medidas penales, Sólo así podría decirse que el Estado quiere seriamente proteger dichos bienes.

El hecho de que el adulterio se suprima del Código Penal, no implica que los bienes Jurídicos que en él se hacen valer queden desprotegidos. De ninguna manera. Naturalmente que adulterios se seguirían cometiendo -y posiblemente en mayor cantidad, si es que la conminación penal surtía algún efecto preventivo. Esa protección podría lograrse, en principio, a través de los medios del Derecho Civil; es decir, las sanciones previstas en el Código Civil pueden ser suficientes.

El Derecho Penal solo debe considerarse como la última ratio para la solución de conflictos sociales, reservando a otros sectores las primeras instancias.

(88) Gimbernat Ordeig. E. La Reforma del Código Penal, Noviembre de 1971. en: Estudio de Derecho Penal. Madrid, 1976. P. 46.

c). -En relación al adulterio, puede decirse finalmente que las posibilidades de contramotivar por medio de la amenaza penal son - prácticamente nulas. Lo que viene a poner de manifiesto, en cierta - forma, la inoperancia o falta de autoridad del Derecho Penal.

Se muestra, pues, que la pena en este caso tiene mínimas posibilidades preventivo-especiales y prácticamente ninguna posibilidad preventivo-general. No hay posibilidad preventivo-especial, en virtud de que casi no hay a quien aplicarle la pena de adulterio, ya - que, como hemos dicho, casi no hay sentencias condenatorias al respecto. De tal manera que, desde esta perspectiva de la ejecución penal, no puede verse el efecto crimonológico de algún tipo de tratamiento. Podría decirse, por tanto, que el adulterio, no obstante su carga de disvalor moral, es de discutible contenido crimonológico, y que, - ante dicho fenómeno, el tratamiento carece de sentido desde todo punto de vista. Y, consiguientemente, no hay razón de plantearse el problema de la reincidencia. Por otra parte, la reacción de quien excepcionalmente tiene que responder por adulterio, ante la enorme desproporción numérica entre los adulterios que se cometen y los que se castigan, no puede ser otra que la de considerar la pena que se le impone como indignante e injusta casualidad.

De lo anterior se desprende que las normas penales vigentes han demostrado su incapacidad absoluta para evitar o disminuir

este tipo de comportamientos. De donde resulta que no hay, en este caso, razón para su prohibición penal.

Esta última aseveración puede apoyarse, además, en el hecho de que el delito de adulterio, a través del tiempo y en su evolución, ha ido paulatinamente despojándose del ropaje que los hombres, en el pasado, le impusieron, cuando las pasiones eran las que dictaban las penas, pasando de ésto al imperio de la razón y de la ciencia.

Así, apoyándose en las exigencias de la vida actual y en clamor casi unánime de la doctrina, de la obscuridad de los siglos surge evidente, y ya sin ningún criterio que pueda detenerla en su paso, que seguirá hasta lograr su objetivo, surge: la necesidad de suprimir el delito de adulterio.

BIBLIOGRAFIA

Almaraz, José: Algunos Errores y Absurdos de la Legislación Penal de 1931, México, D.F. 1941.

Arilla Bas, Fernando: El Anteproyecto de Reformas al Código Penal, Criminalia Año XV, México, D.F., 1949.

Beristain, Antonio: De los Delitos y de las Penas, Trad. -- Francisco Tomas y Valiente, Editorial Aguilar, Madrid, España, 1974.

Carmona, Miguel E. de: El Adulterio en Derecho Civil, Canónico, Social, Pena y Procesal, Editorial Jurídica Española, Barcelona-Madrid, España 1956.

Carranca y Trujillo, Raúl: Derecho Penal Mexicano C. 4a. - Edición, México, D.F.

Carranca y Trujillo, Raúl, Carranca y Rivas, Raúl: Código Penal Anotado, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1975.

Castellanos Tena, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Novena Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1975.

Castellanos Tena, Fernando: Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio, Criminalia Año XXVI, México, D.F., 1960.

Caniceros, José Angel; Garrido, Luis: La Defensa del Honor y el Uxoricidio en el Caso de Adulterio, Criminalia Año I, México, D.F., 1933.

Cobo, Manuel: El Bien Jurídico en el Adulterio, Anuario de el Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVI, Editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1963.

Cuello Calón, Eugenio: El Anteproyecto de Código Penal Mexicano de 1949 para el Distrito y Territorios Federales. Criminalia Año XVI, México, D.F., 1950.

- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo F, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- Enciclopedia Universal Ilustrada, Tomo II, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, España, 1967.
- Fontan Balestra, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Abledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- García Gallo, Alfonso: Manual de Historia del Derecho Español, Tomo I, Tercera Edición, Artes Gráficas y Ediciones, - S.A., Madrid, España, 1967.
- Gimbernat Ordeig, Enrique: La Mujer y el Código Penal Español, Estudios de Derecho Penal, Madrid, España, 1966.
- Gimbernat Ordeig, Enrique: La Reforma del Código Penal de - Noviembre de 1971, Estudios de Derecho Penal, Madrid, España, 1976.
- González Blanco, Alberto: Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Segunda Edición Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1969.
- González de la Vega, Francisco: Derecho Penal Mexicano. Los - Delitos, Décima tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1975.
- Jiménez de Azúa, Luis: Tratado de Derecho Penal, Tomo III, - Tercera Edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1963.
- Los Códigos Españoles Concordados y Anotados. Tomos I, VII, - Imprenta de la Publicidad, Madrid, España, 1847.
- Maggiore, Giuseppe: Derecho Penal, Parte Especial, Volumen IV, Editorial Tawns, Bogotá, Colombia, 1955.
- Margadant S., Guillermo Floris: Introducción a la Historia Universal del Derecho, Tomo I, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, Xalapa, Ver. México, 1974.
- Maurach, Reinhart: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Trad. Juan Córdoba Roda, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1962.

Mezger Edmund: Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1935.

Momsem, Teodoro: El Derecho Penal Romano, Tomo II, Trad. - P. Dorado, Editorial La España Moderna, Madrid, España, sin fecha.

Porte Petit C., Celestino: Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I, Editorial Jurídica Mexicana, México, D.F. - 1969.

Porte Petit C., Celestino: Necesidad de la Reforma Penal en México, Problemas Penales de México, Editorial Jus, México, D.F. 1952.

Puig Peña, Federico: Derecho Penal, Tomo IV, Sexta Edición, - Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1969.

Revista Mexicana de Derecho Penal, No. 30, México, D.F., 1963.

Rodríguez Mourullo, G.: Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1977.

Román Lugo, Fernando: Hacia la Unificación Legislativa, Revista Jurídica Veracruzana, No. 1, Tomo XXII, 1971.

Roxin, Claus: Sentido y Límites de la Pena Estatal, Problemas - Básicos del Derecho Penal, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1976.

Rudolphi, Hans J.: Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico, Nuevo Pensamiento Penal, Año IV, No. 7, Buenos Aires, Argentina. 1975.

Soler, Sebastian: Derecho Penal Argentino, Tomo III, Editorial - Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1951.

Vicente Tejera, Diego: El Adulterio, Imprenta y Papelería de Ramela, Bonza y Ca., Habana, Cuba, 1978.

Welzel, Hans: Derecho Penal Alemán, Parte General, Trad. Juan Bustos R. y Sergio Yáñez P., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

4

Zaffaroni, Eugenio Raúl: Teoría de Delito, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1973.