

826
28j



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho



EL ADULTERIO Y SU TRASCENDENCIA
JURIDICA EN EL INTERES FAMILIAR

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

HONORIO VIVAS CISNEROS



México, D. F.

1988

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

EL ADULTERIO Y SU TRASCENDENCIA JURIDICA EN EL INTERES FAMILIAR

I N T R O D U C C I O N	1
-----------------------------------	---

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES HISTORICOS

CAPITULO 1: EL ADULTERIO EN LA ANTIGUEDAD:

1.1. EL ADULTERIO EN LOS PUEBLOS PRIMITIVOS	5
1.2. EL ADULTERIO EN EL PUEBLO HEBREO	10
1.3. EL ADULTERIO EN EL DERECHO ROMANO	15
1.4. EL ADULTERIO EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO	19

CAPITULO 2: EL ADULTERIO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO:

2.1. EL ADULTERIO EN FRANCIA E ITALIA.....	24
2.2. LEGISLACION LATINOAMERICANA.	31
2.3. EL ADULTERIO EN ALGUNOS PAISES DESARROLLADOS	36
2.4. LA IGUALDAD DE SEXOS	

CAPITULO 3: EVOLUCION DEL DELITO EN NUESTRO PAIS.

3.1. EL ADULTERIO ENTRE LOS AZTECAS	45
3.2. CODIGOS PENALES DE 1871 Y 1929	49

3.3. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931	54
3.4. CODIGO PENAL DE CADA UNO DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA.	59

CAPITULO 4: EL ADULTERIO COMO DELITO.

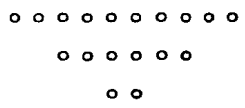
4.1. EL PROBLEMA DE LA TIPICIDAD Y DEL TIPO. . . .	64
4.2. EL BIEN JURIDICO TUTELADO	69
4.3. DEMAS ELEMENTOS DE ESTE DELITO.	75

CAPITULO 5: LA INTEGRACION FAMILIAR.

5.1. CONSECUENCIAS QUE ACARREARIA LA EXCLUSION DE ESTA FIGURA COMO DELITO.	81
5.2. PREDOMINIO DE LA MORAL SOBRE EL DERECHO . . .	88
5.3. CRITICAS PERSONALES	93

C O N C L U S I O N E S 99

B I B L I O G R A F I A 107



I N T R O D U C C I O N

Se ha discutido, últimamente con más insistencia, si se debe o no castigar el adulterio. Las tendencias 'de moda' se manifiestan por la desaparición de esta figura como delito; y desgraciadamente como todo lo que está de moda, aunque sea absurdo, se impone, en varios países ha sido excluido de los delitos, quedando sólo como causal de divorcio en la legislación civil.

Estas corrientes modernas han repercutido en nuestro país y en varios de los Códigos Penales de los Estados de la República también ha desaparecido el adulterio. El último caso lo tenemos con las reformas hechas al Código Penal del Estado de Querétaro, que han propiciado una gran polémica. Los que están a favor de la despenalización de esta figura afirman que la reglamentación de ésta, no ha evitado ningún adulterio, argumento bastante débil, puesto que con ese criterio se podrá borrar a todos los demás delitos, como son el aborto, el homicidio, las lesiones, etc. La opinión contraria, que es la que compartimos, es que con ese criterio expresamente el derecho está solapando acciones que van contra la moral misma; y aunque el derecho tiene claramen-

te delimitados sus alcances, al igual que la moral, las normas jurídicas de todas formas no pueden ir abiertamente en contra de las normas morales.

Estamos de acuerdo en que la moral rige la conducta interna del hombre y el derecho la externa, por lo que muchos autores consideran que el adulterio no es problema jurídico; afirman que en los asuntos de alcoba no tiene por qué intervenir el derecho, en lo cual no estamos de acuerdo. En todo caso el derecho no podría intervenir en las cuestiones de fornicación, en general, - pero sí en el adulterio, puesto que en éste sí aparece una conducta externa, que es la infidelidad conyugal; no podría sancionar, por supuesto, un pensamiento o un simple deseo, porque este aspecto, que se refiere a la conducta interna, si es campo exclusivo de la moral.

En base a estos razonamientos, debemos insistir en que el derecho no puede pasar por desapercibida una acción tan grave y tan nociva para la estabilidad no sólo del matrimonio, sino de la familia y consecuentemente para la sociedad, como lo es el adulterio.

En nuestra opinión, este delito no sólo no de-

be desaparecer de los Códigos penales, sino que por el - contrario, la ley debe ser más estricta al respecto, aun que no fuera aumentando la penalidad, pero sí excluyendo las modalidades que la mayoría de las legislaciones exigen para su configuración; es decir, que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo. Para el cónyuge ofen dido ciertamente no representa ninguna mitigación de la vergüenza que resiente por la infidelidad de su pareja - si ésta la realiza en forma discreta; la ofensa seguirá siendo considerable para el marido, aunque no se den las circunstancias modal y local que señalamos.

Es lamentable que nos dejemos influenciar por corrientes dizque 'modernas' que sólo logran desestabilizar las relaciones conyugales y desintegrar a la familia; que como ya señalamos, es la base de la sociedad. No se pueden borrar de golpe y porrazo normas legales que han prevalecido por siglos.

Consideramos necesario que los legisladores - tomaran en consideración estas apreciaciones, antes de - intentar de despenalizar al adulterio, sin desconocer, - por supuesto, que quien es infiel lo es con leyes o sin ellas, pero por lo menos el derecho no debe facilitarlo.

Este modesto trabajo representa un intento de detener esas ideas 'modernas' de que el adulterio no debe ya ser sancionado por las leyes penales. Si de por sí - estamos como estamos, qué nos esperaría si desapareciera definitivamente como delito. En todas las oficinas - vemos el sinnúmero de relaciones de adulterio que se - dan en nuestros compañeros de trabajo. Contestémos con honradez esta pregunta: ¿qué pasaría si se excluyera al adulterio como delito? A nuestro modo de ver la respuegta sería muy sencilla: tácitamente se haría propaganda al adulterio y se estaría invitando a todos a su comi--sión. Aparentaría ser más atractivo de lo que ya es en realidad.

En conclusión: no debemos permitir que esto - ocurra. Y ésta es una obligación de todos; no sólo de - los estudiosos del derecho, sino de la sociedad en general. No debe excluirse al adulterio como delito.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES HISTORICOS.

CAPITULO 1: EL ADULTERIO EN LA ANTIGUEDAD.

1.1.- EL ADULTERIO EN ALGUNOS PUEBLOS PRIMITI
VOS:

Antes de empezar el desarrollo formal del tema es necesario definir lo que entendemos por adulterio y señalar los conceptos generales de esta figura.

Gramaticalmente, la palabra adulterio significa ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, - siendo uno de los dos o ambos casados. Se puede decir que esta palabra proviene de adulterar, que también significa falsificar o mixtificar una cosa, que aplicado a la palabra adulterio; obviamente configurado éste, se - falsifica o mixtifica al matrimonio.

En su acepción jurídica, el nombre de adulterio proviene de la voz latina adulterium; ad alterius - vel uterum accessio o de ad alter thorum, que quiere decir yacer ilícitamente en el lecho ajeno o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de -

ellos o los dos casados.

Aunque con esto ha quedado claramente asentado el concepto de adulterio, la verdad es que en el correr de la historia el alcance del mismo se ha ido reduciendo en las diversas legislaciones del mundo, puesto que para la configuración de este delito como tal se han exigido una serie de condiciones que hacen que este delito vaya desapareciendo en las legislaciones penales.

En tal virtud, el profesor Fernando Castellanos considera impropio el nombre que se le da al adulterio como delito propiamente dicho, pues afirma que es incorrecto designar el todo con el nombre de una de sus partes. Y así es, puesto que jurídicamente se han exigido, como ya mencionamos, algunas condiciones para que se configure como delito, como es el caso de nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, que requiere del "escándalo" o que se lleve a cabo "en el domicilio conyugal".

Expuesto lo anterior, es necesario también destacar que históricamente no se ha considerado de la

misma gravedad el adulterio cometido por la mujer casada que el cometido por el hombre casado. Siempre se ha castigado con más severidad el primero. Aunque no se puede negar que moralmente hablando cometen igual falta el hombre o la mujer adúlteros, también es cierto que las consecuencias no son iguales, porque, con razón o sin ella, el hombre inocente queda infamado con la infidelidad de su esposa, en cambio la reputación de ésta en el adulterio cometido por el hombre no se empaña gran cosa. Así es: quiérase o no, causa más daño el primero de los casos, aunque pregonen lo contrario los grupos feministas tan en boga actualmente.

Resulta muy oportuna la opinión de Antonio Brambila, que al respecto afirma que "aunque ahora hemos llegado a la plena comprensión de que hombres y mujeres son iguales, absolutamente iguales en su dignidad metafísica de personas inviolables, no se ha borrado ni se puede borrar la historia. Los hombres y las mujeres son muy desiguales en lo que son y en lo que hacen".(1)

La realidad, pues, es que siempre se ha casti

(1) BRAMBILA, ANTONIO. De Ayer y de Hoy. Página 15. Editorial Geysler, S. A. México, D. F. 1976.

gado el adulterio en la historia de la humanidad y tam bién lo es que a la mujer con más severidad que al hombre, pues esta falta se llegó a considerar como uno de los crímenes más horrendos que podía cometer una persona. Desde la Ley de Moisés, que veremos más adelante, en que se castigaba con la muerte a los adúlteros, mismo rigor que se empleaba en los pueblos orientales, hasta la crueldad del garrote usada en la India, donde igualmente hacían devorar por perros a los adúlteros o en Egipto que se impusieron horribles mutilaciones a los que cometían este ilícito.

A fines de la Edad Media se empezó a "suavizar" la penalidad para este delito, aunque se siguió conservando el derecho de muerte por parte del marido para los adúlteros sorprendidos "in fraganti", aunque esa muerte ya no se aplicaba con tanta crueldad como anteriormente.

En las regiones que actualmente ocupan las Re públicas de Venezuela y Colombia, se castigó el adulterio con la muerte de la mujer culpable, pues como se consideraba a ésta como propiedad del marido, éste podía disponer hasta de la vida de su mujer.

En el pueblo inca se castigó también a la adúltera con la muerte, pero si era el marido el que propiciaba el adulterio, entonces éste era desterrado.

En la tierra de fuego los primitivos habitantes eran sumamente respetuosos, por lo que el adulterio era considerado como una gravísima ofensa para el marido, por lo que se castigó con la muerte a la adúltera ; así como al copartícipe, que era muerto aún en forma más cruel que aquélla.

En conclusión, podemos afirmar que el adulterio es uno de los delitos que siempre fue castigado en la antigüedad. La única excepción que se menciona es el caso de Esparta, en la época de Licurgo, en que supuestamente no se castigó, aunque muchos autores señalan - que esta referencia no es muy exacta.

Hubo en la antigüedad pueblos que legislaron de manera más sistematizada este tipo de delito, como es el caso de los hebreos, romanos, y posteriormente el pueblo español, que serán materia de estudio de los siguientes puntos del presente capítulo.

1.2.- EL ADULTERIO EN EL PUEBLO HEBREO.

Es indudable que de los pueblos de la antigüedad, además del romano, el israelita fue uno de los que tuvieron las leyes más sencillas y completas en todos los campos y actividades de su vida cotidiana, leyes que están contenidas en la Biblia, principalmente en el Pentateuco, que está formado por los primeros libros del llamado Antiguo Testamento.

Estas leyes, que empezaron a regir la vida de los israelitas a partir de Moisés, no sólo se referían al campo espiritual, como muchos autores pretenden interpretar, sino que también regían la vida social del pueblo hebreo.

Al analizar las diversas leyes contenidas en esos libros que forman el Pentateuco, como son el Exodo, el Deuteronomio y el Levítico, entre otros, se queda uno admirado de la perfección de algunas de sus disposiciones que tienen una actualidad sorprendente. Por ejemplo en nuestro país ponderaron sobremanera las disposiciones contenidas en la Ley de Responsabilidades para Funcionarios y Servidores Públicos, v. gr. la prohibi-

ción de otorgar regalos a los funcionarios y éstos de recibirlos, fue una de las normas consideradas como innovación jurídica, sin reparar en que ya hace miles de años estaba plasmada en la Biblia.

Y como este ejemplo podemos citar muchos más: el Antiguo Testamento contiene un sinnúmero de reglas de todo tipo que están vigentes en las legislaciones de todo el mundo. En el Deuteronomio y Levítico, por no mencionar más, se legisló de manera clara, sencilla y completa en todos los campos del derecho, como son las materias laboral, civil, mercantil y penal: presentan disposiciones sobre prostitución, usura, divorcio, robo; sobre relaciones laborales, sobre bienes que no pueden ser embargados y, por supuesto, sobre adulterio, que es el tema que nos ocupa.

Por principio de cuentas, dentro de los Diez Mandamientos dados a Moisés se encuentra el de "No comerás adulterio". Aquí el ordenamiento es escueto, pero más adelante, se establecen las sanciones, como la siguiente:

"Si un hombre cometiere adulterio con la mujer de su prójimo, el adúltero y la adúltera indefectible--

mente serán muertos". (2)

Más adelante viene la siguiente: "Si fuere - sorprendido alguno acostado con una mujer casada con ma rido, ambos morirán... así se quitará el mal de Israel. Si hubiera una muchacha virgen desposada con alguno y - alguno la hallare en la ciudad y se acostare con ella ; entonces los sacaréis a ambos a la puerta de la ciudad y los apedrearéis, y morirán; la joven porque no dio vo ces a la ciudad, y el hombre porque humilló a la mujer de su prójimo..." (3)

De aquí nos podemos dar cuenta de las sanciones tan severas con que se castigó al pueblo hebreo en la comisión de este delito, lo que nos revela la gravedad de la falta, ya que lesionaba sobremanera las relaciones familiares, en especial al marido ofendido.

A partir del Nuevo Testamento, las penas para el adulterio disminuyeron considerablemente, aunque si guié considerándose como un ilícito grave, sólo que - -

(2) LA BIBLIA. Deuteronomio Cap. 20, versículo 10.

(3) Ob. Cit. Deuteronomio. Capítulo 20, versículos del 22 al 24.

Jesucristo vino a quitar la rigidez de las leyes anti--
guas, como se desprende de la respuesta que El dio a al
quien que preguntó sobre la licitud de repudiar a la es
posa. Repuso: "...pero yo os digo que el que repudia a
su mujer, a no ser por causa de fornicación (adulterio),
hace que ella adultere, y el que se casa con la repudia
da, comete adulterio". (4)

Del contenido de esta respuesta se infiere -
que entre los judíos no se permitía el divorcio, pero -
se hacía una excepción cuando había de por medio adulte
rio entre los esposos, lo cual nos demuestra nuevamente
la gravedad de esta falta, aunque para ese entonces ya
no se castigara con la muerte.

Con ésto podemos determinar la importancia -
que para la Biblia tiene la familia, pues al desintegrar
se ésta (y el adulterio la desintegra), el comportamien
to del individuo, sobre todo del ofendido, repercutirá
necesariamente en todas sus actividades sociales.

Aún reconociendo que estas disposiciones se -

(4) Op. Cit. S. Mateo. Cap. 5, vers. 32.

refieren también al campo espiritual del ser humano o - mejor dicho al campo meral, tanto ésta como el derecho mantienen estrecha relación, pues ambas disciplinas regulan la conducta del hombre, aquélla en lo interior y éste en lo exterior. De ahí que todo estudioso del derecho, sea creyente o no, debe dar plena validez y reconocimiento a estas normas.

Con lo anterior, nos hemos formado una idea - más o menos precisa de los conceptos que tenía el pueblo hebreo sobre el adulterio.

1.3.- EL ADULTERIO EN EL DERECHO ROMANO.

Originalmente en el derecho romano primitivo no se consideró al adulterio como delito propiamente - dicho, sino como una falta de carácter privado, aunque siempre fue sancionado. En esta época el adulterio es tuvo reservado a la jurisdicción del Tribunal Doméstico que estaba representado por el anciano de mayor edad - de la familia, conocido con el nombre de "paterfamilias" que ejercía un gran poder sobre sus hijos, nietos, esposa, yernos, nueras y escalavos; poder que provenía del conocido 'ius vitae necisque' (derecho de vida y muerte sobre los súbditos).

Lo cierto es que aunque el adulterio originalmente estuvo considerado dentro del derecho privado, de todas formas se llegó a castigar con excesiva dureza - puesto que el marido ofendido podía incluso dar muerte a la adúltera y al copartícipe, ya que al considerarse este ilícito como falta de carácter privado, se equiparaba en esa época, que era la republicana, al robo cometido en contra del marido, en virtud de que la mujer - era vista como un objeto de propiedad exclusiva de éste, que con todo derecho podía aplicar el castigo que deseara.

no tenía necesidad de formular acusación en contra de su esposa infiel, sino que bastaba el repudio, lo cual constituye un antecedente del adulterio como causal de divorcio que fue siendo adoptada como tal en la mayoría de las legislaciones del mundo.

En cuanto a la penalidad, si con anterioridad el adulterio fue sancionado aún con la muerte de los adúlteros, durante la República se modificó, sancionándose principalmente con el destierro, pero paulativamente se fueron aplicando nuevamente sanciones severas, como lo veremos adelante.

Posteriormente, hacia el año 763 de nuestra era, bajo el imperio de César Augusto, se expidió la Lex Julia de Adulteriis, propiciada por la gran corrupción sexual en que estaba envuelta la sociedad romana en ese tiempo. Esta ley elevó a la categoría de delito o crimen público al adulterio y estableció tres tipos de acusación, dependiendo de quien la hiciera. Así tenemos: a) iure mariti (derecho del marido); b) iure parentium; y c) iure extraneorum (derecho de los extraños) o sea que cualquiera de éstos podía denunciarlo. La sanción a los culpables iba desde la relegación, que es

una especie de privación de derechos civiles, hasta la confiscación de bienes del culpable, repudio e infamia. Esta ley ha sido considerada como una de las más trascendentes en la historia del derecho romano. Esta ley sólo castigó o sancionó el adulterio consumado, puesto que la simple tentativa fue considerada sólo como injuria; y, por otra parte, para que existiera o se diera el adulterio, previamente debía haber matrimonio, puesto que no abarcaba a los que estuvieran unidos por espousales, pues las uniones carnales de éstos se consideraban como estupro.

En la época de Constantino se castigó el adulterio con la pena de muerte para los culpables, aunque modificó lo referente a la acusación, la cual sólo podía hacerla el marido ofendido, excluyendo a los parientes y extraños que contemplaba la Lex Julia.

Justiniano conservó la misma pena capital para el copartícipe, cambiando la pena para la mujer por la de azotes y la reclusión en un monasterio hasta en tanto no le otorgara el perdón.

En la época de Tertuliano la penalidad para -

el adulterio fue muy parecido a la anterior, con la salvedad de que en caso de violencia o error empleada en - contra de la mujer para tener acceso carnal con ella no constituía falta alguna, puesto que en ese caso no era culpable.

La penalidad, en términos generales, fue siempre severa para el adulterio, pero el Emperador Caracalla dio facultades a los procuradores aplicaran las sanciones que consideraran convenientes para cada caso de adulterio en concreto, llegándose a sancionar con la sóla imposición de multas, dependiendo el monto de las - condiciones económicas del responsable.

Finalmente, cabe mencionar que en el derecho romano se implantó la prescripción negativa para este - delito, que por lo regular fue de cinco años.

1.4.- EL ADULTERIO EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

En el derecho español la palabra adulterio se usó por vez primera en la Séptima Partida, Título XVII, Ley la., que dice: "Adulterio es yerro que ome faze a - sabiendas, yaciendo con mujer casada, ó desposada con o - tro. E tomó este nombre de dos palabras del latín alte- rius et thorus, que quiere decir como ome que va ó fue al lecho de otro; por quanto la mujer es contada por le cho del marido con quien es ayuntada, ó non el della".

En la ciudad de Castilla, se delegó al marido ofendido la facultad de sancionar el delito de adulte- rio, por lo que tenía la facultad de hacerse justicia - por su propia mano, aplicando a los adúlteros el casti- go que deseara, pudiendo incluso matarlos y confiscar - sus bienes, los cuales pasaban a su propiedad, cuando - no había hijos pues cuando los había y éstos eran legi- timos los bienes pasaban a propiedad de ellos.

Durante la vigencia del Fuero Juzgo, la Ley - la. del Título 4º, del libro 3º establecía que si el a dulterio era consentido por la mujer ésta y el copartici

pe se ponían a disposición del marido ofendido para que éste los castigara en la forma que quisiere; aún aplicándoles la muerte.

El Fuero Real, en su libro 4º, Título VII, de la Ley la. contempla la misma disposición en favor del marido, facultándolo a disponer de los adúlteros y de los bienes de éstos, con la sola prevención de dar muerte a ambos. No podía perdonar la vida a uno sólo: o perdonaba a ambos o a ninguno.

La Séptima Partida se refería al adulterio cometido por la mujer casada, excluyendo del delito la infidelidad del marido: "La primera, porque del adulterio que faze el varón con otra mujer non face daño ni deshonra a la suya. La otra, porque del adulterio que faze su mujer con otro, finca el marido deshonorado, recibiendo la mujer a otro en su lecho é además porque del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñase de aquel con quien fiziese el adulterio, venia el fijo heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernia a la mujer del adulterio que el marido fiziese con otra; é por ende, pues que los daños a las deshoras no son iguales, quisada cosa es, que el marido

aya esta mejría puede acusar a su mujer del adulterio, si lo fiziese, é ella non a el".

La simple disposición parece drástica para la mujer, pero en la práctica es innegable que tiene su razón histórica, pues ciertamente causa más daño el adulterio de ésta que el cometido por el hombre.

Las penalidades que señalaban las Partidas para la adúltera eran bastante severas, pues era castigada y azotada públicamente y posteriormente enclaustrada en algún monasterio, aparte de que perdía la dote y las arras que le habían sido entregadas en razón al matrimonio, bienes que pasaban a propiedad del marido ofendido. Al copartícipe se le asignó la pena de muerte.

Por su parte, la Ley. la. de la Novísima Recopilación disponía algo similar a lo que se establecía - en el Fuero Juzgo, que ya antes vimos.

Durante los siglos XII, XIII y principios del XIV, el derecho local de la ciudad de Cataluña, vigente en el Fuero de Agramunt, reprimía el adulterio de una - manera muy peculiar: a los adúlteros que eran sorprendi

dos 'in fraganti', se les conducía desnudos por las calles, azotándolos en la espalda. Este medio se empleó - como escarmiento a los adúlteros y ejemplo para la so-ciedad, como un intento de conservar la pureza en el seno familiar.

Aún posteriormente se siguió considerando de mayor gravedad el adulterio cometido por la mujer. El - Código Penal español recoge en su artículo 683 el sentido de las leyes anteriores, al seguir castigándolo así. La sanción establecida en este ordenamiento consistió - en la reclusión de la culpable, cuya duración estuvo sujeta a la voluntad del marido ofendido, pero esta pena no podía aplicarse por más de diez años. Al copartícipe además de la pena anterior, se le desterraba de la po--blación mientras viviera el marido.

En los ordenamientos penales de 1848 y 1870 , en sus artículos 638 y 448, respectivamente, se regulaba al adulterio y se sancionaba también al concubinato del marido cuando se realizaba en el domicilio conyugal o con escándalo, disposiciones que fueron adoptadas por nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal , en su artículo 273, que más adelante veremos con detalle.

La figura del adulterio, que fue castigada con tanta severidad en las leyes españolas antiguas, inexplicablemente en el Código Penal de 1932 desaparece del capítulo de los delitos, dando lugar a la creación de una nueva ley de divorcio de fecha 12 de marzo del mismo año, que era el ordenamiento encargado de regular el adulterio pero sólo como causal de divorcio, mas no como delito, y sólo se imponía al cónyuge culpable la pena de dejarlo incapacitado para contraer nuevas nupcias, mas no se le imponía pena corporal.

Los artículos 334 y 338 del código penal de la zona de Marruecos continuó considerando al adulterio fuera de los delitos, por lo que al ser derogada la ley de divorcio antes mencionada, se provocó una gran laguna pues el adulterio quedó sin sanción alguna, ya no sólo desde el punto de vista penal sino que también conforme al derecho civil. En tal virtud se vio la necesidad de considerar nuevamente al adulterio como delito y así se hizo mediante la ley del 11 de mayo de 1942.

El Código penal vigente en España reglamenta ya en forma más sistematizada este delito, pero el análisis del mismo se hará en el próximo capítulo.

CAPITULO 2:EL ADULTERIO A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO.

2.1.- EL ADULTERIO EN FRANCIA E ITALIA.

En el derecho contemporáneo el delito de adulterio tiende a desaparecer como tal, debido principalmente a la indefinición e imprecisión en el bien jurídico que tutela, puesto que en la mayoría de las legislaciones del mundo se han ido agregando determinadas condiciones para su configuración. De ahí que el adulterio

ha sido incluido en diversas clasificaciones: por e j e m p l e, en Suecia y Finlandia se agrupa entre los "delitos contra el orden de la familia", en otros está com- pre ndi do entre los delitos "contra las buenas costumbres"; en algunos, como el nuestro, dentro de "los delitos se x u a l es", clasificación inadecuada a nuestro modesto - c r i t e r i o.

A) F R A N C I A :

En Francia el adulterio está agrupado dentro de los delitos que "atentan contra las costumbres", pero la pena asignada es ridícula: multa de 16 a 25 francos. Garraud señala al respecto que sería mejor borrar este

delito del Código Penal que imponer penas tan irrisorias; ya que existe el antecedente de que durante la primera guerra mundial las mujeres de los combatientes aprovechaban las ausencias de sus maridos para llevar una vida sexual desordenada, puesto que las penas no pasaban de quince a veinte días de prisión. Para evitar tal situación, el Ministro Guardasellos, mediante una circular de fecha 25 de abril de 1942, sugirió a los legisladores reprimir con mayor severidad este delito.

La severidad en la pena ha sido muy relativa pues el Código Penal francés vigente, en su artículo 338 sanciona al delito con pena de uno a dos años de prisión, que aún sigue siendo leve a nuestro modo de ver, aunque condena al copartícipe a pagar una indemnización al marido ofendido por concepto de 'daños y perjuicios.

Cabe hacer mención que la principal peculiaridad del derecho francés es que separa el adulterio de la mujer del adulterio del hombre, llamándole a este último amancebamiento, que es cuando el marido tiene mancha dentro de la casa conyugal o fuera de ella de mane

ra notoria, y castigándose por supuesto con una aún me
 nos severa sanción. La diferencia entre adulterio propi-
 amente dicho y amancebamiento es que el primero se confi-
 gura con un solo acto y el segundo requiere que la rela-
 ción entre el marido y la manceba dure determinado tiem-
 po, de donde se desprende que para el derecho francés -
 es más grave la infidelidad de la mujer.

Como históricamente el adulterio ha sido difi-
 cil de probar, porque, como afirma el maestro Sodi, los
amantes buscan siempre las ocasiones más ocultas en Fran-
 cia se le ha dado un gran valor a la prueba presuncio--
nal. Al respecto el artículo 41 del Código de Instruc--
 ción Criminal establece: "El delito que se está cometien-
 do o que acaba de cometerse. Serán reputados como tales
 aquéllos que revelen el clamor público, aquéllos cuyos
 efectos se prolongan, o que hacen presumir que el deli-
 to se realizó hace poco.

B) I T A L I A :

El Código Penal italiano de 1930 clasifica al
 adulterio dentro de los delitos "contra el orden de la
 familia", al igual que los Códigos de Perú, Suiza y Bra

sil; pero adolece del mismo error técnico que el de nuestro país al no definirlo. Este Código también separa el adulterio cometido por la mujer y el cometido por el esposo, llamándole en este último caso concubinato. (artículos 559 y 560, respectivamente.-), Este último si está definido en el artículo 560 y consiste en el hecho del esposo que tiene una concubina en la casa conyugal o en otro sitio, de manera notoria.

Al respecto es oportuno señalar que aunque aparentemente son idénticas las infidelidades del hombre y de la mujer, como afirma Carrara, ejerce un gran peso el elemento daño e históricamente el perjuicio que recae sobre el esposo ofendido indiscutiblemente es más grave que el que recae a la esposa, en su caso. Maggiore afirma que "una mujer traicionada puede ser compadecida, pero un hombre engañado es ridículo si lo ignora, deshonrado si lo soporta, vituperable si acepta cínicamente esa situación..." (5)

En el derecho italiano también se ha discutido sobre cuál es el bien jurídico tutelado en este deli

(5) MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV. Delitos en Particular. 2a. Edición. Editorial Tomis Bogotá. Colombia, 1972. Página 201.

lito: algunos autores afirman que lo es la defensa de la fe conyugal, opinión a nuestro juicio poco afortunada; para otros es la 'turbatio sanguinis' (turbación de la sangre), que también debemos rechazar, pues en ese caso la mujer estéril estaría excluida de castigo en caso de adulterio; y en cambio para otros, el bien protegido sería el interés público de amparar el ordenamiento ético jurídico del matrimonio monogámico, que aunque con título muy largo es el más aceptable.

En cuanto a la pena, el derecho penal italiano sanciona este delito con reclusión hasta de un año, tanto para la mujer adúltera como para su copartícipe, además de las sanciones civiles consistentes en pérdida de bienes gananciales dotales y del usufructo sobre los bienes de los hijos, entre otras.

Quienes están a favor de la derogación o exclusión del adulterio como delito afirman que el castigo del mismo no ha impedido tan siquiera un adulterio, a lo que responde Maggiore, que en base a ese criterio, se debería derogar todo el Código Penal; y agrega: "Se dice que un proceso pone en ridículo al marido burlado; pero este es asunto del esposo, que puede no querellar-

se, si cree más decente el honor de los cuernos que el deshonor de un procese..." (6)

En Italia la acción de adulterio implica: --
 a) un matrimonio preexistente, el cual debe ser válido;
 y b) un acto de lujuria cometido por una mujer casada -
 con un hombre distinto de su esposo. Este último elemen-
 to es de suma importancia y en ese sentido, deberían de
 estar las demás legislaciones del mundo, pues algunas -
 indebidamente exigen para configurar el delito que exis-
 ta 'unión carnal', y aún algunas, pareciéndoles poco es-
 to, han exigido también la intra vas seminatio. Algunos
 autores se van hasta el extremo de considerar que el ac-
 to sexual antinatural o "fellatio in ore" no constituyen
 o configuran el adulterio. ¡Es el colmo! A nuestro modo
 de interpretar la figura estas opiniones carecen del -
 mas elemental sentido jurídico y hasta del mas simple -
 sentido común. De ahí que consideremos que el Código I-
 taliano es de lo más preciso en este sentido, y nos da
 luz para conocer mejor el alcance de la figura delicti-
 va que nos ocupa. Atinadamente afirman algunos autores
 que todo género de trato carnal configuran el delito, -
 pues hay actos, distintos a la unión sexual normal, que

(6) Op. Cit. Página 187.

lesionan aún más gravemente el deber de la fidelidad y el orden ético-jurídico del matrimonio.

Volviendo con la pena asignada al adulterio en Italia también hay protesta por las absurdas y ridículas penas con que es sancionado el adulterio, a pesar de que el prestigiado Carrara solicita para la mujer menor pena porque -según él- es mayor el erotismo de ella que el del hombre. ¡Que comprensivo! ¿Verdad?

2.2.- LEGISLACION LATINOAMERICANA

En los países latinoamericanos, al igual que en la generalidad de los países del mundo, las legislaciones penales no tienen un concepto unitario de lo que es 'adulterio', puesto que en unos casos sólo consideran posible que el sujeto activo del delito sea la mujer casada, estableciendo que en el caso del hombre casado sólo se configuraría el 'concubinato' o el 'amancebamiento', que, por supuesto, se sanciona con penas más leves que en el caso de la mujer que comete adulterio.

En Latinoamerica existe una gran variedad de tratos en las distintas legislaciones penales. Por ejemplo, en Cuba y Costa Rica, compartiendo la opinión de Manzini en el sentido de que considera inútil la punición penal del adulterio, han excluido de sus códigos penales a esta figura como delito, al igual que Colombia.

Hay legislaciones que, al igual que la nuestra, ni siquiera definen jurídicamente lo que es el adulterio, aunque sí lo sancionan, como es el caso de Brasil y Argentina; otros, como el de Chile, que sí lo definen. Así, el artículo 375 del Código represivo chile-

no establece lo siguiente: "Comete adulterio la mujer - casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después - se declare nulo el matrimonio".

En Latinamérica también se ha visto por las diversas legislaciones que al adulterio se le ha agrupado en las más diversas y distintas clasificaciones, lo cual trasluce la imprecisión de cuál puede ser el bien jurídico tutelado en esta figura. Así tenemos que los - Códigos penales de Brasil y Perú lo agrupan dentro de - "los delitos contra la familia"; el de Venezuela lo clasifica dentro de los "delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de la familia", clasificación a - nuestro parecer con un nombre muy largo y con conceptos de alguna forma repetitivos; y otros países, como Argentina, como enseguida lo veremos, lo agrupan dentro de - los "delitos contra la honestidad".

En Argentina el adulterio es tal vez el delito de mayor trascendencia de esa clasificación (contra la honestidad) por el grave escándalo que provoca y que repercute sobremanera en la familia y la sociedad en general. Es por ésto que en este país siempre se ha castiga

do, aunque ha habido corrientes modernas que han tratado de suprimir de las legislaciones a este delito como tal. Algunos autores, como Ricardo C. Núñez, afirman que la "falta de aplicación de la figura puede valer para eliminar el adulterio del elenco de delitos contra la honestidad individual, pues en ese carácter la pena del adulterio representa una protección prácticamente menospreciada por los propios destinatarios del resguardo."

En tal virtud, el Proyecto de 1960 suprimió el adulterio según eso porque era una figura carente de aplicación, invocando como razones de su supresión que los hábitos y las costumbres del país se oponían a su persecución y que la sanción de la pena no puede remediar la ruptura del vínculo moral (la fidelidad) que constituye el objeto esencial de la promesa matrimonial.

El Código penal argentino vigente separa el adulterio para la mujer infiel y el amancebamiento para el hombre casado que comete infidelidad. (artículo 118, incisos 1º y 3º) La doctrina señala que la distinción se debe a que la infidelidad de la mujer puede contaminar la prole con un solo acto, cosa que no ocurre con la

infidelidad del marido. Opinión que nosotros no compartimos, puesto que hay otras razones más poderosas que esta y que adelante iremos analizando.

Otro de los errores de la doctrina argentina, a nuestro parecer, parte de la definición de este delito, entendiéndolo como el acceso carnal de una mujer casada con un varón que no es su marido. Señala que el acceso carnal es el ayuntamiento carnal por vía normal, excluyendo cualquier otro acto; señalan que para que haya acceso carnal es necesaria la penetración sexual, con lo cual, insistimos, no estamos de acuerdo, pues hay actos aún más degradantes que el acto normal y, consecuentemente, más ofensivos para el marido ofendido.

El adulterio de la mujer se agota con un solo acto, a diferencia del adulterio del marido (amancebamiento) que requiere determinado tiempo, aunque no es necesario que el marido viva con la manceba y abandone a la esposa para configurar el ilícito.

La legislación argentina es una de las pocas latinoamericanas que trata por separado el adulterio de la mujer y el del hombre, lo que histórica y técnicamente

mente es aceptable a nuestro modo de ver, como lo iremos demostrando en el desarrollo del tema.

Otra peculiaridad del derecho argentino con respecto al adulterio, y con esto terminamos el presente inciso, es de que el divorcio no exime a los cónyuges de la obligación de guardarse mutuamente fidelidad.

Con esto, nos damos cuenta del trato general que se le da al delito de adulterio en los países latinoamericanos.

2.3.- EL ADULTERIO EN LAS LEGISLACIONES DE - ALGUNOS PAISES DESARROLLADOS.

Hay infinidad de opiniones adversas sobre si debe o no castigarse el adulterio. La tendencia moderna, sobre todo en Europa es de no castigarlo.

El derecho inglés, al igual que los Códigos - de Ginebra y de Nueva York, consideran que con la perse cución del adulterio no se ha logrado disminuir su comi sión, sino por el contrario ha aumentado, con la conse cuente deshonra del cónyuge inocente y de los hijos. Es ta tendencia es, a nuestro juicio, errónea, pues nadie puede culpar a la ley de un hecho delictivo. ¿Quién po drá con honestidad afirmar: 'cometí adulterio por culpa de determinada ley'? En base a lo anterior, consideramos absurda dicha posición.

Desafortunadamente esa tendencia a no casti-- gar el adulterio ha sido adoptada por muchos países, - principalmente por los desarrollados. En Europa hay mu chos países que han excluido de sus legislaciones penales este delito. Inglaterra fue el primero que lo dejó de castigar, aunque en sus Colonias si se persigue toda

vía.

En Suecia quedó 'abolido este delito como tal por una ley expedida el 21 de mayo de 1927; en Finlandia por ley del 21 de mayo de 1927; Japón lo excluyó de su legislación penal por reformas del año de 1947; en Rusia se castigó en épocas anteriores, pero ya bajo el régimen socialista fue disminuyendo las penas hasta desaparecer completamente y ya hace tiempo que no se considera como delito.

También en España tuvo eco esta tendencia: mediante el Código penal de 1932 quedó excluido el adulterio como delito, quedando sancionado sólo como causal de divorcio en el campo del derecho civil, pero como no tuvo éxito tal medida, pues los adulterios aumentaron, hubo necesidad de restablecer el castigo para los mismos, por lo que con la ley del 11 de mayo de 1942 se reintrodujo el adulterio como delito. Además de esto, en España existe la peculiaridad de que el adulterio se configura aún en el caso de que los cónyuges se encuentren divorciados, puesto que en este país el divorcio sólo produce la supresión de la vida conyugal, pero no deshace el vínculo matrimonial.

En los países europeos en que si se considera al adulterio como delito existen en sus legislaciones - una gran variedad de clasificaciones en las que lo agrupan, lo que se debe sin lugar a dudas a la indefinición del bien jurídico que se protege; y esta indefinición - se debe, a su vez, al ánimo de imponer condiciones y modalidades a este delito para su configuración. Creemos que si no requirieran éstas, por unanimidad se podría - clasificar por ejemplo como "delito contra el honor", pero al agregar modalidades ya no es posible esto.

En tales condiciones, tenemos que la mayoría de las legislaciones europeas lo clasifican dentro de - los delitos en contra de la moral o de las buenas costumbres. Así, por ejemplo, tenemos los casos de Francia e Italia, que como ya vimos en páginas anteriores, lo agrupan en "atentados a la moral" y en delitos "contra la moralidad y las buenas costumbres", respectivamente, misma clasificación esta última que emplea Dinamarca; - en Suiza y Bélgica se agrupa dentro de los delitos "contra el orden de las familias; en Alemania, en los delitos "contra la autodeterminación sexual". Consideramos a esta última clasificación como la más desafortunada, puesto que hace referencia a su resultado o consecuen--

cia, mas no al bien jurídicamente protegido, que es en todo caso de donde deben partir todas las clasificaciones de las legislaciones penales.

Finalmente, cabe hacer mención que en la legislación española el adulterio se clasifica dentro de los delitos "contra la honestidad", a nuestro parecer más idónea que las anteriormente mencionadas.

Este es, pues, el panorama general que sobre el adulterio se presenta en los países desarrollados, - principalmente los europeos.

2.4.- LA IGUALDAD DE SEXOS.

Durante el desarrollo de este trabajo nos hemos dado cuenta que en diversas legislaciones del mundo se le dá diferente trato al adulterio cometido por la mujer del cometido por el hombre. Es innegable que en este último caso se dá más benevolencia, lo que para algunos es injusta esta distinción.

Pero ¿por qué se castiga con más severidad el adulterio de la mujer? Aparentemente si es injusto esto, pero analizando detenidamente esta cuestión llegaremos a la conclusión de que no puede ser de otra manera, puesto que, como ya vimos, causa más daño la infidelidad de la mujer que la del hombre.

Se ha hablado mucho sobre la supuesta igualdad entre hombre y mujer, pero en realidad los grupos que "pugnan" por dicha igualdad buscan otros fines muy distintos, como son la no sujeción de la mujer al hombre, la supuesta liberación femenina, el amor libre, entre otros. Estas tendencias modernas sólo propician desintegración familiar y ningún beneficio aportan a la sociedad en que vivimos.

Alma L. Spota Valencia en su obra "La Igualdad

Jurídica y Social de los Sexos", trata insistentemente de demostrar que el hombre y la mujer son completamente iguales, pero, por supuesto no lo logra, a pesar de que se apoya en argumentos aparentemente aceptable. Por ejemplo, en relación con la sujeción que debe tener la mujer al esposo, ella afirma lo siguiente: "Los sufrimientos, las inmoralidades, los males de toda clase, producidos en casos innumerables por la sujeción de las mujeres a sus maridos, son demasiado terribles para que puedan ser subestimados. Téngase en cuenta que la brutal potestad marital se concede no sólo a los hombres buenos, a los hombres decentes y respetables, sino a todos los hombres, incluso a los más brutales y a los más criminales". (7)

Esta apreciación es cierta, en parte, sólo - que cabe hacer notar que el origen de toda norma se basa en cuestiones generales y no en concretas. Es cierto que hay hombres que no merecen tener esa potestad marital a que hace referencia, pero en ese caso es el hombre el que está fallando, no la norma en sí; y efectivamen-

(7) SPOTA VALENCIA, ALMA L. La Igualdad Jurídica y Social de los Sexos. Editorial Porrúa, S. A. México, 1967. Página 99.

te, y así lo reconocemos expresamente, hay casos en que el hombre no toma su papel de tal en el matrimonio y es cuando la mujer toma el papel de aquél, pero éstos, deben tomarse como excepciones y no como regla general.

Hemos comprobado que todas las mujeres que -pregonan la famosa "igualdad" entre hombre y mujer en -la mayoría de los casos están solas; en el pecado llevan la penitencia, puesto que son incapaces de contraer matrimonio "para no estar sujetas al marido" o bien son mujeres abandonadas. Ellas no conciben que pueda existir una relación cordial y feliz entre esposos, en un -matrimonio en que el marido sea la cabeza del hogar. En todo grupo o asociación humana debe existir un líder y el matrimonio no puede ser la excepción.

Todo lo anterior viene a colación, repetimos, por el distinto tratamiento que da la ley al adulterio propiamente dicho, o sea el cometido por la mujer, y al amancebamiento o concubinato, que es el adulterio cometido por el esposo, que histórica y técnicamente tiene su razón de ser, puesto que como quedó demostrado, el -hombre y la mujer son distintos. No puede haber igualdad entre desiguales; y con esto no estamos justifican-

do ni defendiendo la infidelidad del hombre. Sólo queremos insistir que no se puede catalogar igual la infidelidad de uno y de otra.

Antonio Brambila al respecto señala que hace años recibió una gran lección de un rancharo, que decía: "Mire usted patrón, lo más parecido a un caballo es una yegua. Y sin embargo, ¡qué diferencia!" Evidente. A dos pasos de distancia no los distinguimos si la posición de los animales no se presta; a cincuenta pasos no hay -- quien los distinga. Y corriendo en la pista menos aún, y se ha dado muchas veces el caso de que las yeguas corran más que los caballos. Y sin embargo, ¡qué diferencia!

Y añade este autor: "Los hombres y las mujeres son también muy parecidos, aunque bastante menos que caballos y yeguas. Y aunque ahora hemos llegado a la plena comprensión de que hombres y mujeres son iguales, absolutamente iguales en su dignidad metafísica de personas inviolables, no se ha borrado ni se puede borrar la historia. Los hombres y las mujeres son muy desiguales en lo que son y en lo que hacen". (8)

(8) DE AYER Y DE HOY. Antonio Brambila. Editorial Geyser, S. A. México, 1975. Página 9.

Alma L. Spota sin duda exagera su posición de defensa de la mujer. Si se habla de sujeción de la mujer al esposo, que es una norma de años, ella lo entiende como discriminación a la mujer, lo cual a nuestro juicio no es correcto, ya que recalca sobre el pensamiento feminista apoyándose en connotados pensadores, como John Stuart Mill, Margaret Mead, Simone de Beauvoir y José Ortega y Gasset, entre otros, pero enfocando un mundo femenino, como si fuera distinto del masculino, sin ponerse a pensar que el mundo es uno y para ambos sexos.

3.1. EL ADULTERIO ENTRE LOS AZTECAS.

A pesar de no tener contacto con países supuestamente más civilizados, el pueblo azteca se puede considerar como un país bien organizado, aunque con normas - muy estrictas, principalmente las de orden judicial.

Sabemos que la conducta exterior de los aztecas se regía primordialmente por las tradiciones o costumbres de la tribu, es decir que la conducta de este - pueblo se basaba o regía más bien por la cohesión interna y por las ideas religiosas que por la coerción de las leyes.

Las leyes de los aztecas eran promulgadas por medio de jeroglíficos y miraban en su mayor parte a la - seguridad de las personas más que a las propiedades o a cuestiones patrimoniales de éstas. Ciertamente se daba - mayor importancia al aspecto penal que al civil o familiar. Pero se tienen datos precisos de que estas leyes - comprendían la pérdida de derechos civiles para las personas que tuvieran conductas abiertamente antisociales y se castigaba a los culpables conforme a su rango social: por ejemplo, a un hombre ebrio encontrado en público, si

era de clase social baja, se le castigaba con una reprimenda y la vergüenza de tener afeitada la cabeza, pero - si el ebrio era un noble, se le sancionaba con extrema - dureza, incluso con la muerte.

En cuanto al adulterio, no podían ser más blandos los castigos, aunque sólo se sancionaba el cometido por la mujer casada, ya que al hombre se le permitía tener las mujeres que deseara. La infidelidad de la mujer, en cambio, era castigada con la muerte. La sentencia de muerte se indicaba por una línea trazada con una flecha sobre el retrato o figura dibujada de la acusada y los - adúlteros eran lapidados hasta morir.

La pena de muerte era el mayor castigo que es posible aplicar en cualquier sociedad y los astecas las aplicaban a todas las faltas que consideraran de suma - gravedad. Esta pena la aplicaban a varios delitos; v.gr. al juez que recibía regalos o era culpable de colusión - con alguna de las partes.

Así pues, con lo antes descrito nos damos cuenta la gravedad que representaba para los astecas el adulterio cometido por la mujer. Pero, la que se debía que -

el adulterio del hombre casado no se castigaba?

En efecto, el adulterio del hombre no sólo no se sancionaba, sino que hasta se permitía, debido a las raíces patrilineales imperantes entre los astecas y en general entre todos los pueblos mexicanos precortesianos; en tales condiciones, la mujer al casarse pasaba del propio calpulli (antepasado común, apellido, familia) al de su marido. Estas raíces sólo permitían heredar sólo a los hijos varones.

La dignidad de la mujer, pues, estaba por los suelos, lo cual se debía indiscutiblemente a la poligamia autorizada por las leyes astecas: los hombres, como ya dijimos, podían tener las esposas que pudieran o desearan, en cambio la mujer sólo podía tener un marido o pertenecer a un solo hombre.

Motolinía afirma que llegó a haber hombres que tenían hasta docientas mujeres, de acuerdo con sus posibilidades económicas, puesto que lo único que exigía la ley era que las mantuviera.

Ciertamente que esta situación resulta exagera

da, pues a la mujer se le exigía castidad premarital y fidelidad conyugal, lo que por supuesto no se le exigía al hombre, pero si estuvieran en igualdad de circunstancias hombre y mujer seguramente que no existiría entre los astecas el orden que imperaba en su sociedad.

En fin, no vamos a juzgar ya lo pasado, lo importante es dejar asentado que entre los astecas el adulterio del hombre casado era permitido, siempre que lo efectuara con mujer soltera; en cambio el adulterio de la mujer casada era castigado con muerte cruel: la lapidación en contra de la adúltera y de su copartícipe.

3.2.- CODIGOS PENALES DE 1871 Y DE 1929.

Por principio de cuentas, cabe hacer notar que ninguno de nuestros Códigos Penales nos define al adulterio. Sólo se refieren a él, pero sin darnos su concepto ni gramatical siquiera, no digamos ya jurídico, aun que es cierto que su significado está sobreentendido en el texto mismo de las disposiciones que tratan este delito.

El Código de 1871 sancionó el adulterio en los siguientes casos, de acuerdo con su artículo 816: - I. El cometido por mujer casada con hombre libre; y el cometido por hombre casado con mujer libre; II. El cometido fuera de la casa conyugal por hombre casado con mujer libre; y III. El cometido por mujer casada con hombre casado, disminuyendo la pena para el hombre cuando no lo cometía en el domicilio conyugal.

El contenido de la fracción II antes mencionada, ocasiona cierta confusión al analizar el artículo 821, puesto que en principio da a entender que el adulterio del marido era sancionado en todos los casos y en realidad no fue así. Esto se desprende del citado artículo

culo 821, que ya detalla las circunstancias que deben concurrir para que se configure el adulterio, que a fin de cuentas son las mismas que se requieren en nuestro Código Penal vigente, o sea que el adulterio se realice en el domicilio conyugal o con escándalo; y también si lo comete con concubina, aunque fuera del domicilio conyugal. La exposición de motivos del Código que comentamos rezaba así: "Respecto del adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste; porque si no se puede negar que moralmente hablando cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las consecuencias; porque aquél queda infamado con razón o sin ella, con la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido..."

El Código Penal de 1929, en su artículo 891 toma el fondo del contenido del artículo 821 antes comentado, sólo que suprime el tercer elemento, o sea el cometido con concubina, refiriéndose sólo al adulterio cometido con escándalo o en el domicilio conyugal.

De acuerdo con estas disposiciones podemos --

llegar al conocimiento de que los elementos del adulterio son: a) la acción de adulterio (ayuntamiento carnal ilegítimo); b) acción cometida en el domicilio conyugal o con escándalo; y c) voluntad delictuosa del agente.

a) La acción de adulterio consiste en el ayuntamiento carnal de hombre con mujer siendo uno de los - dos o ambos casados pero no entre sí. Con este elemento no estamos completamente de acuerdo, puesto que como ya lo demostramos anteriormente, hay actos carnales incluso más graves que el acto normal entre los adúlteros. Para nuestro juicio basta un acto degenerado entre el cónyuge infiel y su copartícipe para que se configure el adulterio, aunque no se llegara al coito.

b) En cuanto se refiere al segundo elemento, - el artículo 822 del Código de 1871 establece que por demicilio conyugal se entiende "la casa o casas que el - marido tiene para su habitación..." Y de acuerdo con el artículo 892 del Código de 1929 domicilio conyugal se - entiende "la casa en que el matrimonio tiene habitual-- mente su morada". Con este último concepto no estamos - de acuerdo, pues un matrimonio puede estar hospedado en determinado hotel, sea de vacaciones, sea de trabajo o

por negocio, sin que por ello deba considerarse como me rada habitual y en ese lugar puede configurarse perfectam ente el adulterio. Por tanto, podemos concluir que el domicilio conyugal puede ser la casa que uno habita o se hospeda.

c) El tercer elemento consiste en que el adulterio, para ser sancionable, debe ser con escándalo, en tendiéndose como tal la acción o palabra que es causa - de que alguien obre mal o piense mal del otro; desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo, descaro.

Debido a la introducción de estos elementos. - en la mayoría de las legislaciones del mundo, resulta - difícil probar el delito de adulterio. En pocas legislaciones se admite plenamente la prueba presuncional. En la generalidad de los casos es casi imposible comprobar la existencia del elemento material del adulterio: el - ayuntamiento carnal o la cópula, que elimina la posibilidad de que se cometa en forma anormal. Y para colmo - de males, muchos autores exigen para la configuración - del delito no sólo el ayuntamiento carnal, sino que también la eyaculación. Los que así opinan han de ser maridos muy "comprensivos" con sus esposas.

Sea como fuere, el hecho es que estos elementos adoptados por los Códigos de 1871 y 1929, se han ido transmitiendo a nuestras posteriores legislaciones penales no sólo para el Distrito Federal sino a la mayoría de los Estados de la República, como lo veremos enseguida, lo cual ha propiciado errores técnico-jurídicos, que se notan en principio al tratar de determinar el bien jurídico protegido.

A partir de estos errores han surgido tendencias que pretenden excluir al adulterio como delito, lo cual es aún más grave, pues de hecho ya está desapareciendo de muchas legislaciones, no sólo de otros países, sino también del nuestro, como ocurrió con las reformas recientes al Código Penal de Querétaro, que mencionamos en el proemio de este trabajo y que trataremos con detalle en el último inciso del presente capítulo.

3.3.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL - DE 1931.

En este ordenamiento, el adulterio es tratado por los artículos del 273 al 276 bis, y en ninguna de estas disposiciones señala su concepto. El primero de ellos dispone: "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".

Como podemos observar, nuestro Código, a diferencia de algunos otros, no hace distinción del adulterio cometido por la mujer del cometido por el hombre, pero sí requiere para su configuración como delito de las modalidades consistentes en que sea "cometido en el domicilio conyugal o con escándalo", circunstancias que a nuestro juicio ocasiona grandes errores técnicos que impiden precisar el bien jurídico protegido, al grado de que algunos autores han llegado a concluir que no existe dicho bien en esta figura, lo cual conduce a un nuevo error técnico; y esto se convierte en un círculo vicioso. Unos tratadistas consideran que el bien jurídico protegido es la fidelidad conyugal, otros que la -

honestidad y otros que el orden familiar, que aunque se aproximan a la idea o al concepto del adulterio, no dejan de ser inexactos. Creemos que lo más acertado sería considerar como el bien jurídico protegido de este delito al honor del cónyuge ofendido, como lo afirman Jiménez Huerta y Porte Petit, pero aún así consideramos que presenta deficiencias puesto que puede existir adulterio sin llegar a configurar el delito, por la falta de las circunstancias a que se refiere el artículo 273 antes transcrito, y de todas formas el honor del cónyuge ofendido resulta dañado.

Creemos que si se excluyeran dichas circunstancias de esa disposición no habría problema para determinar el bien jurídico tutelado y no habría objeción en determinar que es el honor del cónyuge ofendido; y a mayor abundamiento, el hecho de que la adúltera sea "discretita", y se proponga no ser infiel con escándalo o en el domicilio conyugal, no suaviza en nada la ofensa al marido ofendido. En resumen: esas circunstancias o modalidades no deberían exigirse para configurar el delito.

Otro problema propiciado por nuestro Código -

comentado es la falta de definición legal de adulterio. Por tal motivo la doctrina ha manifestado las más diversas tendencias para configurar el adulterio como delito. Para algunos autores el mismo se consuma con el ayuntamiento o yacimiento carnal; es decir que exigen como requisito esencial la cópula del adúltero o adúltera con el copartícipe; para algunos otros, ésta debe ser completa, es decir, que debe haber eyaculación. A nuestro modo de ver, basta cualquier trato carnal entre la adúltera y el copartícipe para configurar plenamente el delito, de tal manera que consideramos como un acierto la manera en que tratan a este ilícito, por ejemplo, los Códigos Penales de Aguascalientes y Tabasco, que sí define finen: el primero, en su artículo 249, como las relaciones sexuales de una persona casada con otra que no es su marido; y el segundo, en su artículo 264, que define al adulterio como el trato carnal de persona casada con otra que no es su marido. A partir de estos conceptos se aclaran los alcances de este delito y sus aplicaciones, puesto que, como vimos en páginas anteriores, hay actos sexuales distintos al coito normal aún más degradantes y degenerados que en algunas legislaciones no llegan a configurar adulterio, sino sólo injuria que se castiga con penas menores que aquél, siendo que los e-

lementos mencionados son mucho más ofensivos para el marido engañado que en el acto normal. Los tratadistas - que defienden la segunda posición, erróneamente se basan en que lo que se debe proteger es que no sea posible la descendencia como resultado de la relación adulterina, pero este argumento es débil.

El artículo 274 establece que sólo se perseguirá el adulterio por querrela del cónyuge ofendido, - lo cual consideramos acertado; el artículo 275 establece que sólo se castigará el adulterio consumado, lo que consideramos indebido por los diferentes conceptos de - consumación que se pueden dar; es dejar al arbitrio de la interpretación del juzgador según el significado que le dé cada quien. Si se habla de adulterio consumado, - se presta a que también se hable de adulterio a medias, o que la mujer adúltera diga al marido engañado: "sólo te engañé un poquito". ¿Existirá el 'no consumado'?

Como nos damos cuenta, existen 'lagunas' en la ley con respecto al adulterio; incluso la clasificación que emplea el Código Penal es inadecuada, puesto que agrupa a este delito en el Capítulo I del Título -- Décimoquinto, denominado "Delitos Sexuales", que como -

afirma Porte Petit, es una "expresión totalmente impropia porque mira a la naturaleza del delito, y no como debiera ser, al bien jurídico tutelado, pues es como si se denominara a los delitos contra la vida y la salud personal 'delitos de sangre'. (9)

El artículo 276 se refiere al desistimiento de la acción penal, disposición que a nuestro juicio se le sobrando, pues que al ser delito que se persigue de querrela, con lo que dispone el artículo 274 queda subsanada esta cuestión.

El artículo 276 es innecesario comentarlo, -- puesto que se refiere en general a todos los delitos -- llamados sexuales.

(9) PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. 2a. Edición. Editorial y Litografía Los Angeles. México 1973. Página 9.

3.4. CODIGOS PENALES DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA.

Para que quede mejor comprendido el trato que le dan los diferentes Códigos de la República al adulterio, hemos decidido formar cuatro grupos, que son:

A) Códigos similares al del Distrito Federal:

Estos son, en general, idénticos al de aquí, pues copian textualmente sus disposiciones, variando sólo su numeración, lo cual resulta obvio, pero igualmente - clasifican al adulterio dentro de los "delitos sexuales", y por otro lado, tampoco nos definen a la figura.

a) AGUASCALIENTES. Artículos del 245 al 249.- Código del 19 de agosto de 1948.

b) MORELOS. Artículos del 245 al 249. Código del 19 de octubre de 1945.

c) SINALOA. Artículos del 238 al 241. Código del 20 de diciembre de 1939.

d) SONORA. Artículos del 221 al 224. Sólo va ría la pena, que es de tres días a tres años de prisión. Código del 8 de julio de 1949.

e) TABASCO. Artículos del 251 al 253. Varía un poco en cuanto a la redacción, pero en el fondo con--

tiene lo mismo que el del Distrito Federal. Código de 19 de marzo de 1958.

f) TAMAULIPAS. Artículos del 251 al 258. Código del 4 de febrero de 1956.

B) Códigos que siguen considerando al adulterio como delito sexual, pero con diferente trato que el del Distrito Federal:

a) GUANAJUATO. Código del 28 de febrero de 1978. Artículos del 212 al 215. En el primero define al delito así: "Adulterio es la cópula de persona casada con otra de sexo contrario que no sea su cónyuge". En lo demás es parecido al del Distrito Federal.

b) OAXACA.- Código del 3 de diciembre de 1979. Artículos del 256 al 257. Establece en el primero: " A los que estén casados civilmente y sostengan relaciones sexuales con personas distintas a su cónyuge..." En este punto sólo nos queda hacer notar que sale sobrando la expresión 'civilmente', puesto que la ley no reconoce otro matrimonio más que el civil. En lo demás es similar al del Distrito Federal.

c) JALISCO. Código del 2 de agosto de 1982. - Sólo contiene un artículo, que es el 182, que dice: " Se

impondrá prisión... al hombre o mujer que tenga relaciones sexuales entre sí, sabiendo que uno de ellos o ambos están casados con otra u otras personas..." En un sólo artículo resume casi todo el contenido de todas las disposiciones del Código del Distrito Federal.

Consideramos que la posición de estos ordenamientos es más aceptable que los del grupo anterior porque por lo menos ya definen al adulterio; y así ya nadie podrá alegar falta del tipo.

C) Códigos que dan distinta clasificación al adulterio que el Código del Distrito Federal.

a) COAHUILA. Código del 29 de septiembre de 1982. En su artículo 264 dispone: "Adulterio es la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge si se realiza en el domicilio conyugal o con escándalo en el medio social del ofendido...". Para colmo de males este ordenamiento agrega aún más requisitos para su configuración: "con escándalo en el medio social del ofendido". Nuestra posición, como ya hemos insistido, es que desaparezcan las circunstancias local y modal, no de que aumenten más condiciones especiales. Su artículo 265, por otra

parte, nos habla del requisito de procedibilidad (persecución por querrela de parte) y demás disposiciones que en esencia son similares a las del Código del Distrito Federal. Se clasifica dentro de los "delitos contra el orden de la familia".

b) HIDALGO. Código de 22 de noviembre de 1970. Artículos del 259 al 262. Define al adulterio como " el trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido o de hombre casado con mujer que no sea su esposa". A nuestro parecer, aunque tiene la ventaja de definir al tipo, es repetitivo en su concepto. Está clasificado dentro de los "delitos contra la integridad de la familia".

c) MEXICO. Código del 8 de enero de 1986. Artículos del 228 al 230. El primero dispone que se impondrá pena de tres días a tres años de prisión a la persona - que en el domicilio conyugal o con escándalo tenga cópula con otra que no sea su esposo, que en el fondo es la definición que nos dan la mayoría de las legislaciones - que hemos estudiado. Se clasifica dentro de los "delitos contra la familia".

d) SAN LUIS POTOSI. Código del 10 de septiembre de 1984. Artículos del 220 al 222. Similar al anterior y lo clasifica igual.

e) ZACATECAS. Código del 15 de mayo de 1986.

Define al adulterio empleando, al igual que los anteriores, la expresión "cópula". Trata a este delito en sus artículos del 247 al 250 y lo clasifica entre los "delitos contra el orden de la familia".

En nuestra opinión éste grupo clasifica mejor al adulterio que el Código del Distrito Federal, pero en lo que no estamos de acuerdo es que la mayoría emplee, para la configuración del delito, el término cópula, pues «insistimos» hay actos obscenos aún más denigrantes que el acto sexual normal, es decir que la cópula, que deberían configurar con mayor razón al delito. Consideramos más apropiada la definición que nos da el Código de Hidalgo que emplea la expresión 'trato carnal', que consideramos más adecuado.

E) Códigos que excluyen al adulterio como delito:

En esta clasificación mencionaremos sólo el nombre del Estado a que pertenece cada Código y la fecha de su Decreto.

- a) BAJA CALIFORNIA NORTE. 17 de junio de 1977.
- b) BAJA CALIFORNIA SUR. 22 de diciembre de -

1980.

c) CAMPECHE. 3 de diciembre de 1975.

d) COLIMA. 3 de julio de 1985.

e) CHIAPAS. 27 de noviembre de 1984.

f) CHIHUAHUA. 18 de febrero de 1987.

g) DURANGO. 29 de junio de 1983.

h) GUERRERO. 15 de octubre de 1986.

i) MICHOACAN. 7 de julio de 1980.

j) NAYARIT. 28 de noviembre de 1986.

k) NUEVO LEON. 19 de junio de 1981.

l) PUEBLA. 22 de diciembre de 1986.

m) QUERETARO. Aunque en su Código de 10 de ju
lio de 1985 sí incluía al adulterio, por las reformas al
mismo de abril de 1987, se despenalizó esta figura.

n) QUINTANA ROO. 25 de mayo de 1979.

o) TLAXCALA. 21 de diciembre de 1979.

p) VERACRUZ. 11 de septiembre de 1980.

q) YUCATAN. Código de Defensa Social del 19 -
de diciembre de 1973.

Con asombro vemos que en la mayoría de los Es
tados no se castiga al adulterio. Es lamentable la posi-
ción que están tomando los legisladores. Ni modo.

CAPITULO 4: EL ADULTERIO COMO DELITO.

4.1. EL PROBLEMA DE LA TIPICIDAD Y DEL TIPO.

Antes que nada y como simple nota aclaratoria es menester señalar que los comentarios que hagamos de aquí en adelante cuando nos refiramos al Código penal - se trata del vigente para el Distrito Federal, para evitar repeticiones inútiles.

Asentado lo anterior, como antecedente es conveniente recordar que la tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción de una disposición legal; es decir, que debe coincidir perfectamente la conducta con la descripción hecha por el legislador, y esta descripción vendría a ser el tipo. En otras palabras, el tipo es el molde y la tipicidad lo que se coloca en dicho molde.

Fernando Castellanos señala al respecto: "No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta, con la descrip

ción legal formulada en abstracto". (10)

Por ejemplo, en el rapto se dará la tipicidad cuando el apoderamiento de la persona se realice por medio de la violencia física o moral o del engaño, con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse; y se da la tipicidad porque la conducta descrita encuadra perfectamente con el contenido del artículo 267 del Código penal.

El problema que se presenta en el adulterio, por lo menos técnicamente hablando, es que el Código no describe el tipo; ni siquiera define el delito. Y como afirma el propio maestro Castellanos, "Si admitimos que el tipo es la razón de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege, equivalente a nullum crimen sine tipo)" (11)

(10) FERNANDO CASTELLANOS. Lineamientos Elementales de - Derecho Penal. (Parte General) Editorial Porrúa, S. A. México 1981. Página 165.

(11) Op. cit. Página 166

Así pues, la atipicidad existe cuando no se presentan todos los elementos integrantes del tipo legal. De ahí que algunos especialistas hayan pretendido demostrar que no se puede integrar el delito de adulterio por falta de tipo, puesto que el artículo 273 del citado Código, sólo establece que "a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo" se les aplicará la pena que menciona, pero en sí no define al delito.

Castellanos considera impropia la apreciación de estos especialistas, pues afirma que en varios otros delitos no se definen determinadas expresiones o términos: por ejemplo, en el estupro no define lo que debe entenderse por cópula, ni vida en el homicidio. A nuestro juicio sólo es válida parcialmente la opinión del maestro Castellanos, pues se está refiriendo sólo a algunos términos empleados en diversos delitos pero no a la definición del delito en sí; y de todas formas, es innegable que la falta de definición legal de adulterio acarrea necesariamente errores de técnica jurídica que ya mencionamos, que se podrían corregir sin mayor problema definiendo perfectamente el tipo, como lo hacen otras legislaciones.

Expuesto lo anterior, pasemos ahora a clasificar al adulterio en orden al tipo.

Por su composición, el adulterio es un delito anormal, porque además de factores objetivos, contiene e lementos subjetivos: que se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

Por su ordenación metodológica, es un delito autónomo; en función de su autonomía o independencia, -- es autónomo porque tiene vida por sí; por su formulación casuístico alternativo, porque prevé varias hipótesis y se puede integrar con una sola de ellas.

Por último, y por el daño que causa, el adulterio es un delito de lesión, porque daña un bien jurídicamente protegido, no obstante que en este delito no ha quedado claramente determinado, como lo veremos en el inciso siguiente.

Por otra parte, cabe mencionar, aunque sea de manera breve algunas causas de atipicidad que pueden producirse en el adulterio, como son:

a) Ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo: que ninguno de ellos sea casado.

b) Cuando no se dan las referencias requeridas por el tipo: que el adulterio no se realice en el domicilio conyugal ni con escándalo.

c) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos: en el caso del correo que ignoraba que la adúltera era casada.

4.2. EL BIEN JURIDICO TUTELADO.

Es indudable que el adulterio es uno de los - delitos, sino el más, que presenta mayor dificultad para precisar o determinar cuál es el bien jurídico que tutela, al grado de que aún algunos juristas consideran que no lo hay, y lo peor de todo es que tienen en parte razón, por lo menos en cuanto a técnica jurídica se refiere, como lo veremos más adelante.

Se ha dicho que el bien jurídico protegido en el adulterio es la fidelidad conyugal o el orden de la - familia, la fe conyugal y la moral pública, el orden y - moralidad de la familia, orden jurídico y moral del matrimonio e incluso la filiación legítima (*turbatio sanguinis*), pero a nuestro juicio el más aceptable, aunque no sea muy preciso, lo es el honor sexual.

Toda esta imprecisión en la fijación del bien jurídico que tutela este delito deriva de las circunstancias local y modal que rodean a la figura (que se realice con escándalo o en el domicilio conyugal), que si fueran excluidas del tipo, desaparecería el problema técnico jurídico, en cuyo caso no dudo que habría unanimi-

dad de criterios en determinar que el bien jurídico tutelado sería el honor del cónyuge ofendido.

Pero pásemos ahora a desvirtuar cada uno de los señalados como bien jurídico tutelado. No podemos aceptar que lo sea la fidelidad conyugal, porque existen actos de infidelidad conyugal que no entrañan adulterio, ya que si no es cometida en el domicilio conyugal o con escándalo, no se configura el delito; el mismo argumento valdría para los que consideran al orden familiar como el bien que se tutela; la honestidad sexual tampoco puede serlo, por los mismos motivos antes expuestos.

Sebastián Soler considera de suma importancia la necesidad de determinar cuál es el bien jurídico tutelado en el adulterio, "... pues el bien tutelado es el mejor hilo para desentrañar el sentido de la figura... Cuando se habla de adulterio, está en juego la concepción del matrimonio y de la familia; para algunos, la base misma de la sociedad. Están en juego también el valor social del amor en sí mismo, la moralidad, la pureza de la descendencia, la concepción de las relaciones sexuales, la honestidad, etc. Pocas figuras engloban un complejo -

tal de intereses". (12)

González de la Vega afirma lo siguiente: "Por la dificultad de denotar el discutible objeto de la tute la penal, por la dificultad práctica de su comprobación en los procesos, por la esterilidad de su represión y - por la crisis actual del matrimonio, la tendencia moderna es abolicionista del adulterio como delito, abandonando su ilicitud a las simples sanciones civiles". (13)

Para Maggiore también presenta problemas la - determinación de dicho bien: dice que no puede serlo la fe conyugal, porque el cónyuge puede romper ésta de mil maneras, incluso con el pensamiento, independientemente de que exista o no unión carnal; que tampoco la filia--- ción ilegítima (turbatio sanguinis), porque si así fuera la mujer estéril no podría ser castigada. Este autor se inclina más bien por la defensa del orden jurídico mono- gámico y represión de la poligamia y la poliandria extra

- (12) SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. Páginas 331 y 332.
- (13) FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA. El Código Penal Comentado. Séptima Edición. Editorial Porrúa, México. - 1985. Página 388.

legales, que aunque impráctico por lo extenso del título nos parece más aceptable que los anteriormente comentados.

Rodríguez Devesa señala que el adulterio no ofende la honestidad, sino a los deberes familiares al lesionar los cónyuges la fe conyugal. Para Ricardo C. Núñez el adulterio lesiona la afección conyugal y la moralidad del núcleo familiar, que son la base de la estabilidad de la familia.

Fundándose en toda esta imprecisión que contiene el adulterio, varios autores de plano sostienen que el adulterio no debía castigarse; y como sabemos, en la práctica varias legislaciones, no sólo del mundo sino también de nuestro país, han despenalizado el adulterio, pero debemos insistir en la inconveniencia de estas medidas, puesto que este delito no sólo representa una ofensa para el marido ofendido, sino que ocasiona serios problemas dentro de la familia, que acarrea, además de recuerdos imborrables para los hijos, desintegración de la propia familia. No, no puede quedar impune, pues como dice Robustiano Vera, el adulterio es un acto horrendo que

comprende tres crímenes: uno contra Dios, por la violación a la fidelidad jurada entre los cónyuges; otro, contra la sociedad; y un tercero, por la ofensa hecha al marido. (14)

Algunos especialistas como Jiménez Huerta y -Porte Petit, entre otros, consideran que el bien lesionado es el honor sexual, que aunque con sus limitaciones técnicas, es la opinión que nosotros compartimos, como -señala Cardona Arizmendi, "en razón de que la afectación sólo sucede cuando el cónyuge viola la más elemental intimidad que debe tener el domicilio conyugal, de tal manera que al realizar la cópula adulterina en el mismo, se constituye una grave afrenta al honor del cónyuge inocente, de igual modo si la cópula se realiza escandalosamente..." (15)

Al respecto, sólo mencionaré que aunque a nuestro juicio esta última es la opinión más afortunada, de-

(14) Citado por FEDERICO PUIG PEÑA. Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Ediciones Nauta. Barcelona, España. Página 90.

(15) Enrique CARDONA ARIZMENDI. Apuntamientos de Derecho Penal. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México. Páginas 194 y 195.

bemos reconocer no obstante que también presenta deficiencias técnicas, puesto que se puede dar el adulterio de la cónyuge, por ejemplo, sin que se lleve a cabo en el domicilio conyugal ni con escándalo, en cuyo caso no se configuraría el delito, y sin embargo el honor del cónyuge ofendido está lesionado. Como lo dijimos anteriormente, representaría poco consuelo para el cónyuge ofendido que su mujer lo engañara 'discretamente' o 'a escondidillas'.

Si desaparecieran del texto legal esas circunstancias modal y local, no existiría problema alguno para determinar el bien jurídico tutelado, que en este caso sería el honor, ya sin lugar a ninguna discusión.

4.3. DEMAS ELEMENTOS DE ESTE DELITO.

Auxiliándonos de las opiniones de especialistas extranjeros y mexicanos; así como de legislaciones e incluso de la doctrina, analicemos ahora algunos de los elementos integrantes del delito de adulterio.

1) La conducta: Esta se refiere a la acción de adulterio, pero como nuestro Código penal no nos da el concepto ni la definición, tendremos que recurrir a otros Códigos que sí lo hacen e incluso a la doctrina para aclarar esta cuestión. Como ya vimos, existen varios conceptos de adulterio: uno de los más generalizados es el que lo define como el yacimiento de persona casada con otra de distinto sexo que no sea su cónyuge; otra definición cambia el término "yacimiento" por el de realización de cópula" y otra, por el de "acceso carnal" y la que nos parece más adecuada, la que emplea el término "relaciones sexuales" que contiene un significado o expresión más amplia que las anteriores.

Empecemos por conocer el significado meramente gramatical de estos términos. Cópula, yacimiento o yuntamiento se puede decir que en cuanto a su significa

o acepción en la figura que comentamos se pueda decir que son sinónimas, pues se refieren a la unión carnal fisiológica entre un hombre y una mujer. Algunos autores excluyen el acto sexual antinatural, lo que nos parece el colmo, pues afirman que en este caso no se viola ningún derecho marital, porque a este acto ni siquiera el marido tiene derecho, a lo que yo agregaría: ¿y a poco un extraño sí? "Algún otro -afirma Maggiore- ha ido más allá, y pareciéndole poca cosa la unión carnal, ha exigido también (para la configuración del delito, por supuesto) la intra vas seminatio, para que haya adulterio consumado, pues de otro modo habrá únicamente tentativa..." (16) -- Considero que quienes así piensan no se midieron, o son ellos 'muy comprensivos'. Sólo faltaría que exigieran -también que a la infiel la pararan de cabeza, consumándose sólo así el delito, pues estos mismos niegan que éste se cometa con simples actos de lujuria, a lo que Núñez -agrega: "A lo sumo, el esposo que sorprende a su mujer -en una actitud de obscenidad complicada -no ortodoxamente conyugal- con un tercero, no tendría más consuelo que tomar una fotografía y querellarse por injuria..." (17)

(16) GIUSEPPE MAGGIORE. Derecho Penal. Parte Especial. Delitos en Particular. Editorial Tomis, Bogotá. Página. 190.

(17) Op. cit. página 191.

Este autor considera que quienes así opinan ca-
recen del más mínimo sentido jurídico, aunque les sobre
el del humor, puesto que si el Código no define los ele-
mentos materiales del adulterio, la doctrina los debe se-
ñalar "que aún los actos de lujuria, distintos de la u-
nión carnal, pueden constituir adulterio, con tal que no
sean actos inequívocos y gravemente obscenos, es decir, -
que no sean como el beso o de poca importancia como un
tocamiento fugaz". (18)

Por todo lo anteriormente expuesto podemos --
concluir afirmando que no sólo la cópula puede integrar
este delito; por tanto, creemos que la ley debe ser preci-
sa para evitar todo tipo de dudas y discrepancias, más que
jurídicas, chuscas, tal como lo establecen, por ejemplo -
los Códigos penales de Aguascalientes o de Tabasco, por
citar algunos solamente. El primero establece en su arti-
culo 249: "Cometen el delito de adulterio el hombre y -
la mujer que tuvieran entre sí relaciones sexuales...";
y el segundo, en su artículo 264: "Se entiende por adul-
terio, el trato carnal...." Ciertamente estos términos -

(18) Op. cit. Página 192.

son mucho más adecuados que los de cópula, yacimiento o ayuntamiento carnal que emplean otras legislaciones, que restringen aún más la configuración del delito de adulterio.

2) Circunstancias, que pueden ser a) local y b) modal.

a) La local. La ley exige, para la configuración, que el adulterio se lleve a cabo en el domicilio conyugal. Varios autores consideran que se refiere esta exigencia exclusivamente al hogar conyugal; y en esto no estamos de acuerdo; nosotros creemos que por domicilio conyugal se debe entender todo aquél que permanente o provisionalmente ocupan los esposos, como puede ser el cuarto de un hotel; es decir, donde viven aún transitoriamente los casados, conforme al Código civil.

b) La modal. Se refiere al escándalo y no sólo en su acepción gramatical, es decir, que exista grave publicidad del adulterio, que resultaría afrentosa para el cónyuge engañado; es decir, que no sólo se refiere a desvergüenza, desenfreno o mal ejemplo. Se refiere a la "notoriedad" de que nos habla el derecho español. Cuello

Calón aclara esta cuestión al señalar lo siguiente: "El requisito de "escándalo"... no era de fácil estimación, ya que su apreciación dependía de la mayor o menor sensibilidad ética del juzgador. Por el contrario la exigencia de 'notoriedad', requisito de tipo objetivo, es de más fácil apreciación... No es menester la concurrencia de escándalo (considerado en su acepción restringida)". (19)

3) Matrimonio preexistente. Es necesario que uno o ambos sujetos del adulterio sean casados, aún cuando dicho matrimonio sea anulable. Y aún más, en España, por ejemplo, el adulterio se configura aún cuando medie divorcio entre los sujetos, puesto que allá sólo produce la supresión de la vida en común de los casados, mas no desata el vínculo matrimonial.

4) Sujetos. El delito de adulterio es una figura bilateral: requiere de dos sujetos para que la relación carnal configure el delito, aunque sólo uno de ellos obre con dolo; es decir, que se puede dar el caso de que

(19) EUGENIO CUELLO CALÓN. Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial. Volumen segundo. BOSCH, Casa Editorial Barcelona, España. Páginas 641 y 642.

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

uno de los sujetos sea soltero e ignore que el otro sea casado. También se puede dar el caso de que ambos sujetos sean casados, en cuyo caso podemos hablar de 'adulterio - doble'; es decir que existen dos delitos, un concurso - ideal en el que existen dos adulterios, por lo menos en nuestra legislación, ya que en otros países distinguen - el adulterio: propiamente dicho, que es el cometido exclu - sivamente por la mujer casada y el 'concubinato' o 'amance - bamiento', que es propiamente el adulterio cometido por el hombre casado, pero con características más especiales que el adulterio de la mujer, por supuesto menos drásti - cas.

CAPITULO 5º: LA INTEGRACION FAMILIAR.

5.1. CONSECUENCIAS QUE ACARREARIA LA EXCLUSION DEL ADULTERIO COMO DELITO.

No está por demás recordar de manera general el papel del derecho en la humanidad. Sabemos que la vida del hombre se desarrolla en sociedad. Como señala Trinidad García, la vida humana es vida de relación entre los hombres; y para que esta relación sea armoniosa, necesariamente deben regirla ciertas normas o reglas, las cuales, entre otras, constituyen el Derecho. Pero, como afirma el propio autor: "Tales normas expresan sólo lo - que debe ser, pero que es susceptible de infringirse. Su carácter obligatorio estriba en que su infracción trae - consigo una sanción..." (20)

Para Fernando Castellanos, "el derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; manifiéstase como un conjunto de

(20) TRINIDAD GARCIA. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1971. Página 10.

normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado. Se ha expresado que el Derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del estado, más in dudablemente tal sistematización inspirase en ideas de más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: la paz y seguridad sociales" (21)

Y esta paz obviamente que no se logrará con la exclusión de la figura del adulterio como delito, pues éste lesiona sobremanera las relaciones de la familia, que es el cimiento de la sociedad. Tal vez parezca ridículo para algunos que nos estemos remitiendo a los conceptos jurídicos más simples y generales, pero el propósito es insistir en la necesidad de seguir sancionando este grave delito; y consideramos oportuno recurrir a los argumentos más sencillos para ilustrar de la manera más clara posible nuestra posición.

(21) FERNANDO CASTELLANOS. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (Parte General). Decimosexta Edición México, 1981. Página 17.

Agustín Basave del Valle afirma lo siguiente:
"La sociedad humana es la unión de una pluralidad de hombres que aunan sus esfuerzos de un modo estable para la realización de fines individuales y comunes; dichos fines no son otros que la consecución del bien propio y - del bien común" (22)

Contestemos sinceramente: ¿ese bien común se rá posible despenalizando el adulterio? ¿Verdad que no - sería posible? Bueno, pues lo absurdo e inexplicable es que gran número de estudiosos del derecho han alimentado últimamente la tendencia de suprimirlo como delito, pero sus argumentos carecen de solidez. Mencionaremos algunos de ellos: afirman los abolicionistas de este delito que el adulterio no se debe castigar porque se trata de cuestiones de amor, que nada tienen que ver con la ley; que la infidelidad conyugal no es un problema legal, sino moral; que la moralidad, en este caso la sexual, no puede ser protegida por el derecho; que, en todo caso, los actos de infidelidad sexual afectan sólo al cónyuge ofendido, mas no a la sociedad en general; que no constituye - un ataque al orden de la familia, porque si así lo fuera

(22) AGUSTIN BASAVE F. DEL VALLE. La Dimensión Jurídica del Hombre. Fundamentos de Antropología Jurídica. Estudios de Filosofía del Derecho. Homenaje al Doctor Eduardo García Maynez. Editado por la UNAM. México, 1973. Página 52.

se perseguiría de oficio o se consideraría delito público y no es así; que tampoco se puede considerar el razonamiento de la posibilidad del embarazo como resultado de la relación de infidelidad, porque si no existiera dicho embarazo ya no aparecería el delito, etc.

Como vemos, la mayoría de estos argumentos se deshacen por sí solos, pero analizando cada uno de ellos podemos llegar a las siguientes conclusiones: en cuanto a que el adulterio es cuestión de amor simplemente, señalaremos que éste ni se toma en cuenta, lo que se castiga es el quebrantamiento del deber de fidelidad que se deben los cónyuges; que no es una falta solamente moral, como lo veremos en el inciso que sigue, sino también jurídica, pues existe una conducta externa lesiva; también ataca este delito las relaciones familiares, perturbando gravemente la armonía que debe existir; se infiere además un grave daño moral y síquico a los hijos, aún más tratándose del adulterio de su madre.

Algunos otros tratadistas y legisladores han señalado como razones para suprimir este delito los 'avanzados' hábitos y costumbres de la sociedad moderna, que -

de ninguna forma podrían remediar la ruptura de la fidelidad conyugal. Aún reconociendo que tienen algo de razón ya que una ley no puede garantizar la fidelidad sexual de los cónyuges. Si, pero por lo menos no ayuden o no propicien esas relaciones extramaritales, que es lo que están insinuando o provocando con la despenalización del adulterio.

Aquí cabe remitirnos nuevamente al comentario que hicimos en las primeras páginas del presente trabajo en el sentido de que había quienes afirmaban que se debía suprimir este delito como tal porque su castigo en ninguna forma había impedido un solo adulterio, pero como atinadamente afirma Maggiore, "... esta manera de razonar nos llevaría a abolir el Código Penal, que tiene la culpa de no haber acabado con el delito. Se dice que un proceso por adulterio pone en ridículo al marido burlado; pero este es asunto del esposo, que puede no querellarse, si cree más decente el honor de los cuernos que el deshonor de un proceso." (23)

(23) GIUSEPPE MAGGIORE. Derecho Penal. Parte Especial. - Volumen IV. Delitos en Particular. 2a. Edición. Editorial Temis, Bogotá. Colombia. Página 187.

Debemos insistir en que la despenalización - del adulterio acarrearía serios problemas, no únicamente como ofensa o injuria al cónyuge engañado, sino -y esto es lo más grave- que produciría trastornos de consideración a la familia: el mal ejemplo para los hijos, que - constituirá un recuerdo imborrable tal vez durante toda la vida, y que seguramente repercutirá en su comportamiento social en las diversas etapas de su desarrollo. Así - pues, consideramos que la fidelidad conyugal es la base del matrimonio; el matrimonio la base de la familia; y la familia lo es de la sociedad.

Sebastián Soler señala: "Cuando se discute so bre adulterio, está en juego la concepción del matrimo-- nio y de la familia; para algunos, la base misma de la - sociedad. Están en juego también el valor social del a- mor en sí mismo, la moralidad, la pureza de la descenden cia, la concepción de las relaciones sexuales, la hones- tidad, etc. Pocas figuras engloban un complejo tal de in tereses. (24)

(24) SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. Página 331.

Debemos insistir en que la despenalización - del adulterio acarrearía serios problemas, no únicamente como ofensa o injuria al cónyuge engañado, sino -y esto es lo más grave- que produciría trastornos de consideración a la familia: el mal ejemplo para los hijos, que - constituirá un recuerdo imborrable tal vez durante toda la vida, y que seguramente repercutirá en su comportamiento social en las diversas etapas de su desarrollo. Así - pues, consideramos que la fidelidad conyugal es la base del matrimonio; el matrimonio la base de la familia; y la familia lo es de la sociedad.

Sebastián Soler señala: "Cuando se discute sobre adulterio, está en juego la concepción del matrimonio y de la familia; para algunos, la base misma de la - sociedad. Están en juego también el valor social del amor en sí mismo, la moralidad, la pureza de la descendencia, la concepción de las relaciones sexuales, la honestidad, etc. Pocas figuras engloban un complejo tal de intereses. (24)

(24) SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. Página 331.

Por último, terminamos este inciso compartiendo la opinión de Maggiore, que señala: "Para concluir, - sólo en un punto podemos estar de acuerdo con los abolicionistas del adulterio: en que sería mejor borrar del - número de los delitos esta causa de tantas desgracias fa- miliares y sociales, que castigarlo con penas ridículas, cuyo efecto es estimular las tentaciones con el placer - del fruto prohibido". (25)

(25) Op. Cit. Página 188.

5.2. PREDOMINIO DE LA MORAL SOBRE EL DERECHO.

Para los abolicionistas que sostienen que no debe castigarse el adulterio porque ésta es una cuestión de amor que debe escapar de la acción de las leyes, puesto que el quebrantamiento de la fidelidad conyugal es un deber más bien moral que jurídico, me permito contestarles lo siguiente:

Por principio de cuentas, tanto la moral como el derecho son disciplinas que regulan la conducta del hombre. Para García Maynez señala: "Una moral que solamente mandase pensar bien resultaría estéril. El moralista examina de manera preferente la pureza de nuestras miras mas no desdeña las manifestaciones externas de la voluntad...El derecho tampoco se conforma con la pura legalidad. A menudo penetra en el recinto de la conciencia y analiza los móviles de la conducta..." (26)

Ambos conjuntos de normas, pues, guardan una

(26) EDUARDO GARCIA MAYNEZ. Introducción al Estudio del Derecho. Trigésimo Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982. Página 18.

estrecha relación, aunque ciertamente contienen características o elementos distintos. Para el tema que nos ocupa, que es el adulterio, sólo nos interesa de momento lo que se refiere a la interioridad y exterioridad de estas reglas de conducta. La moral se ocupa de la vida interior de las personas; y el derecho atiende esencialmente a los actos externos. Esto nos conduce a afirmar, como resultado de lo anterior, que el derecho se refiere a la realización de valores colectivos, mientras la moral persigue valores personales.

A partir de estos principios, debemos contarnos lo siguiente: ¿es el adulterio una violación sólo al deber moral o también al jurídico? Es indudable -como afirma Cuello Calón- que no todos los actos que constituyen una violación a la moralidad sexual necesariamente violan también las normas legales, porque el derecho tiene un campo menos amplio que la moral, pero en el adulterio ciertamente que sí existe esa violación, puesto que existe lesión a un bien jurídicamente tutelado.

Aunque por otra parte reconocemos que no co--

rresponde al derecho en general sancionar faltas morales, mucho menos adecuado sería manifestarse contra ellas. Por ejemplo, fueron muy desafortunadas algunas de las reformas que en 1975 se hicieron al Código Civil para el Distrito Federal: al artículo 162 le agregaron lo siguiente: Toda persona tiene derecho a decidir libre e independientemente sobre el número y espaciamento de sus hijos..." Como vemos, se está refiriendo a cualquier pareja, aún a los no casados, lo cual es criticable, pues como afirma Ramón Sánchez Medal, "no es la función propia de una ley civil formular directamente un precepto moral; menos aún puede una ley civil consagrar expresamente una norma contraria a la moral... así como no corresponde al derecho civil reproducir el precepto del Decálogo de "no fornicarás", mucho menos compete al mismo... proclamar que cada quien es libre de tener relaciones sexuales cuando y como quiera a su exclusivo arbitrio" (27)

En cuanto a los elementos que mencionamos en

(27) RAMON SANCHEZ MEDAL. La Reforma de 1975 al Derecho de Familia. Editado por el autor. Copyriht, México 1975. Página 26.

párrafos anteriores de la interioridad de la moral y exterioridad del derecho, señalaremos lo siguiente: sin duda ni discusión el adulterio en su forma mas simple, constituye una falta moral; podemos afirmar que aún con el -pensamiento se puede cometer adulterio, de acuerdo a las enseñanzas de Cristo y que están contenidas en las Sagradas Escrituras; y estamos de acuerdo que en este caso el derecho no lo podría sancionar por la interioridad que -se da en este caso; pero cuando la conducta se exterioriza, entonces en ese momento ya está cayendo en los campos del derecho y en ese caso sí debe sancionarse, porque estaría "regulando la conducta externa del individuo".

Por otra parte también reconocemos que algunos actos contra la moralidad sexual, como es la fornicación entre personas de distinto sexo solteras, constituye una falta meramente moral que no puede ser sancionada por el derecho, aunque exista una conducta externa, en virtud de que no existe algún bien jurídico que se lesione en este caso, aunque en ocasiones es indudable que -causa daños serios en la familia. Pero ahí sí que el derecho no puede intervenir. Lo que sanciona al adulterio es el quebrantamiento de la fe conyugal que se deben los cónyuges.

Como vemos, ni aún técnicamente sería posible excluir al adulterio como delito. Aún no nos explicamos cómo es que en el Código penal vigente en el Estado de Querétaro se haya excluido al adulterio como delito; o tal vez se debió a que en este Estado no se dan casos de infidelidad conyugal. Si es así, ¡qué bueno! Ojalá que en todas partes fuera así, pero no creemos que esa haya sido la causa de la desaparición de este delito. Sólo quedó esta figura como causal de divorcio en el Código Civil. Allá ellos.

En conclusión, podemos afirmar que en las conductas que lesionan de alguna forma al ser humano, cuando las mismas se exteriorizan, deben ser sancionadas no sólo por la moral, sino también por el derecho, y en este caso sin duda se encuentra al adulterio.

5.3. CRITICAS PERSONALES.

De acuerdo con el desarrollo del presente trabajo, nos hemos dado clara cuenta de todas las deficiencias que giran alrededor de la figura del adulterio, no sólo las de técnica jurídica, que a fin de cuentas acarrearán consecuencias menos graves, sino las cuestiones de tipo ético o moral, que tanta desgracia ocasiona a las familias y a la sociedad en general. Estas deficiencias en forma resumida las podemos traducir en las siguientes:

A) En primer lugar consideramos que el adulterio está indebidamente clasificado dentro de los "delitos sexuales", ya que en todas las legislaciones las clasificaciones de los delitos se hacen, o por lo menos deben hacerse, en razón al bien jurídico protegido, y en la figura que comentamos ciertamente que éste no lo es el aspecto sexual, aunque exista un móvil de este tipo. Y aunque los autores no se han puesto de acuerdo sobre este punto, nosotros consideramos que el bien que se protege es el honor del cónyuge ofendido. Por tanto, creemos que sería más adecuado colocarlo en el Título Vigésimo -

del Código Penal, que contiene el rubro "Delitos contra el Honor," e si se quiere precisar aún más, dentro de este Título se puede señalar un subtítulo denominado "Delitos contra el honor sexual".

B) Por otro lado, el Código penal no nos da la definición de adulterio, lo que a nuestro juicio es un considerable error, ya que la ley, y menos la penal, jamás debe dar por sobreentendido ningún término y menos tan importante como el que estamos tratanto. No basta recurrir a la gramática o a la doctrina, porque cualquier expresión siempre abarca diversos conceptos.

Como vimos antes, la falta de definición del delito puede interpretarse, estrictamente hablando, como ausencia de tipo y por tanto se presentaría la atipicidad; es decir que en el caso del adulterio, al no definirlo la ley, nunca se podría configurar como delito. Y aunque de hecho no se le ha hecho mayor caso a este punto, la verdad es que, aunque sea sólo técnicamente, si se presenta la atipicidad.

El otro problema que presenta la falta de de

definición, es que nos obliga a recurrir a lo que disponen las legislaciones que sí lo definen; y aún en este caso existen problemas de interpretación, ya que la mayoría de Códigos lo definen como "la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge"; y cópula, como ya sabemos, es sinónimo de ayuntamiento carnal o yacimiento sexual; es decir acto sexual como todos lo entendemos, o sea el normal.

En base a esta opinión, algunos autores pretenden excluir como elemento del adulterio el acceso carnal anormal o antinatural, o la 'fellatio in ore' (coito oral) lo cual consideramos absurdo e incluso despreciable al sentido común, pues ¿como es posible que actos aún más obscenos que el normal tengan menor o nula sanción? O tal vez los que así opinan sean asexuales y no ven mucha gravedad en esos actos anormales. Al parecer ellos quieren que 'el servicio sea completo'.

En base a estas consideraciones creemos que el adulterio debe configurarse mediante cualquier tipo de trato sexual entre los sujetos del ilícito. No estamos exagerando en considerar como elemento un simple beso, -

pero sí a cualquier acto de manifiesta obscenidad de tipo sexual entre los autores del ilícito. Por eso creemos - que son más afortunadas las legislaciones que emplean en vez de la expresión 'cópula' los términos "trato carnal" o incluso "todo tipo de relación sexual", como los Códigos penales de Chihuahua y Aguascalientes, por ejemplo, o también el de Tabasco, por citar sólo algunos de nuestro país exclusivamente.

C) Por otra parte, no vamos a discutir si la pena señalada es o no la adecuada o justa, pero lo que - sí podemos afirmar es que la ley debe ser más estricta - en el adulterio, por lo que sostenemos que las caracterís ticas o circunstancias contenidas en el artículo 267 del Código penal deben ser excluidas; es decir, que deba ser cometido el adulterio en el domicilio conyugal o con escándalo. Estas circunstancias modal o modal no tienen ra zón de ser, porque además en la práctica son difíciles - de probar; y aunque no existieran esas pero sí la infide lidad conyugal, el daño al cónyuge ofendido y a la fami- lia en general no disminuirá gran cosa, puesto que ni si quiera podría constituir causal de divorcio, ya que el - artículo 267, fracción I, lo contempla pero sólo el adul

terio debidamente comprobado, basándonos en su interpretación meramente textual. ¿Verdad que esto representa un serio problema?

Es tal la gravedad del adulterio, que Puig Peña considera que por los males que provoca debería ser considerado como delito público; es decir de los que se persiguen de oficio, según nuestro derecho; pero nosotros consideramos que como el principal ofendido es el cónyuge engañado y éste es el que debe decidir sobre si se castiga o no a su pareja infiel, consideramos que debe seguir considerándosele como delito que para su persecución requiere de querrela de parte.

Por último, nos permitimos proponer las reformas siguientes:

Cabe hacer la aclaración que con las reformas propuestas ya no corresponderían a este delito los mismos números de artículos, pero provisionalmente mantendríamos esos para no alterar todo el Código en su numeración, -- cuando menos.

Quedaría así:

TITULO VIGESIMO

Delitos contra el honor

Capítulo I: Igual

Capítulo II: Igual.

Capítulo III. Igual.

Capítulo IV. Igual.

Delito contra el honor sexual.

Capítulo Unico: El Adulterio.

ART. 273.- Comete el delito de adulterio la -
persona casada que tenga cualquier tipo de trato sexual
con otra que no sea su marido.

Se aplicará prisión hasta de dos años y priva-
ción de derechos civiles hasta por seis años, a los cul
pables de adulterio.

ART. 274.- Igual

ART. 275.- Derogado.

ART. 276.- Igual.

CONCLUSIONES

- I. Durante toda la historia de la humanidad ha sido sancionado el adulterio con penas corporales, con la particularidad que entre los pueblos primitivos sólo se castigó el adulterio de la mujer. La infidelidad del marido no era sancionada.

- II. En el pueblo hebreo, este delito fué severamente - castigado: a los culpables se les condenaba a morir apedreados a las afueras de la ciudad, en base a lo dispuesto en la Ley de Moisés, que rigió no sólo la vida espiritual de los israelitas, si no también la temporal. Las disposiciones sobre - este tema se encuentran plasmadas en los primeros libros del Antiguo Testamento, contenido en la Biblia.

- III. En el derecho romano el adulterio pasó por varias fases: desde la impunidad y confiscación de los - bienes de los adúlteros, con la Lex Julia de Adulteris, hasta la aplicación de la pena capital a - los culpables impuesta en la época de Constantino.

- IV. En el antiguo derecho español se sancionó al adulterio de diversas formas: de acuerdo con el Fuero Juzgo, los culpables de este delito se ponían a disposición del marido engañado, quien en desagravio podía hacer con ellos lo que deseara, además de que pasaban a su propiedad los bienes del correo; el Fuero Real daba el derecho de dar muerte a los adúlteros; en Cataluña, se castigó a éstos, paseándolos desnudos por las calles y azotándolos.
- V. En el derecho moderno se sigue castigando con más severidad el adulterio de la mujer que el del hombre; incluso se le da distintos tratamientos, dividiendo el adulterio, propiamente dicho, cuando se refiere a la mujer, y el amancebamiento o concubinato, como el Código italiano, que se refiere a la infidelidad conyugal del hombre casado, sancionando por supuesto con menor rigor éste último.
- VI. En las legislaciones de todo el mundo no existe un criterio unánime para determinar cuál es el bien jurídico que se protege, lo que ha hecho en debile la figura, lo que ha ocasionado que de pla-

no varias legislaciones ya no consideren como delito al adulterio, como son las de Inglaterra, Cuba, Costa Rica; y dentro de las de nuestro país, como Michoacán y Veracruz, entre otras.

- VII. Aunque no nos podemos y debemos manifestar en contra de la igualdad de sexos, es indudable que causa mayor mal el engaño de la mujer que el del hombre, por lo que nos manifestamos de acuerdo con las legislaciones que hacen esta distinción.
- VIII. Entre los aztecas sólo fue castigado el adulterio de la mujer con la muerte; en cambio el cometido por el hombre no sólo no era sancionado, sino que hasta se permitía y aún se fomentaba.
- IX. Ninguno de nuestros Códigos penales aplicados en la capital de la República han definido al adulterio. Básicamente los Códigos de 1871 y de 1929 dan el mismo tratamiento a este delito que el actual, con la diferencia de que lo agruparon en distintas clasificaciones, por cierto más adecuadas que la empleada por el vigente.

- X. El Código penal de 1931, al igual que los mencionados en el punto anterior requieren para la configuración del delito las siguientes circunstancias: que sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, circunstancias que debían desaparecer, en nuestra opinión.
- XI. El Código antes mencionado clasifica al adulterio dentro de los "delitos sexuales", a nuestro parecer inadecuado, pero lo peor es que la mayoría de los Códigos locales de la República lo imitan. Por fortuna hay otros que con mejor criterio jurídico los han clasificado en rubros relativos a delitos contra el orden de la familia; pero, lo que es peor, hay otros que lo excluyen.
- XII. La falta de definición legal del adulterio ha provocado discusiones, al grado de que algunos afirman que no se puede castigar por falta de tipo, es decir que se presenta la atipicidad.
- XIII. Otro problema que presenta esta figura es que ni la legislación ni la doctrina han precisado cuál

es el bien jurídico protegido en el adulterio, lo que sin duda hace que debilite la razón de su existencia misma en el catálogo de delitos.

XIV. En los Códigos que sí definen al adulterio se presenta otro problema: que señalan como elemento esencial la "cópula", y a nuestro juicio bastaría todo trato carnal entre los adúlteros.

XV. La exclusión del adulterio como delito, además de la ofensa para el cónyuge engañado, repercutiría gravemente en la desintegración de la familia, que a su vez es el cimiento de la sociedad.

XVI. Algunos autores consideran que el adulterio es materia de la moral, pero en esto no estamos de acuerdo puesto que al exteriorizarse la conducta (acto de infidelidad conyugal) cae en el campo del derecho.

XVII. La última conclusión es la siguiente: el adulterio no sólo no debe ser excluido de la ley como delito, sino que debe sancionarse con más rigor.

B I B L I O G R A F I A

- AGUSTIN BASAVE F. DEL VALLE. La Dimensión Jurídica del Hombre. Fundamentos de la Antropología Jurídica. Estudios de Filosofía del Derecho. Homenaje al Doctor Eduardo García Maynez. Editado por la UNAM. México, 1973.

 - ANTONIO DE P. MORENO. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. De los Delitos en Particular. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1968.

 - CELESTINO PORTE PETIT Y CANDAUDAP. Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación. 2a. Edición. Editorial y - Litografía Los Angeles. México, 1973.

 - EDUARDO GARCIA MAYNEZ. Introducción al Estudio del Derecho. Trigésimo Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.

 - ENRIQUE CARDONA ARIZMENDI. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte Especial. Cárdenas, Editor y Distribuidor. Mexico, 1976.
-

- EUGENIO CUELLO CALON. Derecho Penal. Parte Especial. - Delitos en Particular. Bosch, Casa Editorial. 13a. Edición. Barcelona. 1966.
 - FEDERICO PUIG PEÑA. Derecho Penal. Tomo III. Quinta Edición. Parte Especial. Volumen I. Ediciones Nauta. Barcelona, España.
 - FERNANDO CASTELLANOS. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. (Parte General). Decimosexta Edición. México 1981.
 - FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.
 - GIUSEPPE MAGGIORE. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen IV. Delitos en Particular. Editorial Temis, Bogotá. Colombia, 1972.
 - JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Derecho Penal Español. Parte Especial. Sexta Edición. Madrid, 1975.
-

- FRANCISCO PAVON VASCONCELOS. Lecciones de Derecho Penal (Parte Especial). Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.
 - MARIANO CUEVAS. Historia de la Nación Mexicana. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1952.
 - MARIANO JIMENEZ HUERTA. Derecho Penal Mexicano. Tomo III Editorial Porrúa, México, 1979.
 - RAMON SANCHEZ MEDAL. La Reforma de 1975 al Derecho de Familia. Editado por el autor. Copyright. México, 1975.
 - RAUL CARRANCA Y TRUJILLO y RAUL CARRANCA Y RIVAS. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.
 - RICARDO C. NUÑEZ. Derecho Penal Argentino. Tomo Tercero Parte Especial. Delitos contra las Personas. Omeba, Buenos Aires.
 - SEBASTIAN SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo III. Tipográfica Editora Argentina. 1956.
-

- SILVIO RAINERI. Manual de Derecho Penal. Tomo V. Parte Especial. De los Delitos en Particular. Editorial Temis Bogotá. Colombia, 1975.
- TRINIDAD GARCIA. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1971.
- WALTER KRICKEBERG. Las Antiguas Culturas Mexicanas. Fondo de Cultura Económica. México, 1975.
- WILLIAM H. PRESCOTT. Historia de la Conquista de México. Colección Ideas, Letras y Vida. Cía. General de Ediciones, México. 1952.
- ALMA L. SPOTA VALENCIA. La Igualdad Jurídica y Social de los Sexos. Filosofía, Filosofía e Historia. Editorial Porrúa, S. A. México, 1967.
- ANTONIO BRAMBILA. De Ayer y de Hoy. Editorial Geysler, S. A. México, 1976.

-
- CODIGOS PENALES DE 1871 y 1929.
 - CODIGO PENAL PARA EL D. F. DE 1931.
 - CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL D. F.
- CODIGO PENAL DE LOS ESTADOS DE LA REPUBLICA.