

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

COMENTARIOS AL DELITO DE ADULTERIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

JORGE ARMANDO GARCIA QUIROS

México, D. F.

1973



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho

COMENTARIOS AL DELITO DE ADULTERIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

JORGE ARMANDO GARCIA QUIROS

México, D. F.

1973

A MI MADRE COMO MUESTRA DE CARIÑO, AGRADECIMIENTO Y RESPETO, POR LOS SACRIFICIOS - QUE HA HECHO POR MI, Y EN FORMA ESPECIAL A LA MEMORIA DE MI PADRE.

**POR SU ATINADA Y VALIOSA ORIENTACION,
MI PROFUNDA GRATITUD A MIS MAESTROS,
LICENCIADOS FERNANDO CASTELIANOS TENA
Y PEDRO HERNANDEZ SILVA.**

CON EL AMOR Y CARIÑO QUE EN FORMA
GRATA PERDURARA, A MI SEÑORA ESPO-
SA Y COMO EJEMPLO DE CONSTANCIA Y
CARIÑO DE PADRE, A MI HIJO JORGE.

A LA FAMILIA DE MI ESPOSA,
QUE ES LA MIA.

**CON FILIAL CARIÑO A MIS HERMANAS
MARTHA Y ALEJANDRINA.**

A MIS PRIMOS HERMANOS LICENCIADOS:

**LORENZO OROPEZA QUIROZ,
NORBERTO OROPEZA QUIROZ, Y
GILBERTO OROPEZA QUIROZ**

**PCR SUS ENSEÑANZAS EN EL DESARROLLO
DE MI CARRERA.**

I N D I C E

| | PAG. |
|--------------|------|
| PROLOGO..... | 1 |

C A P I T U L O I

EL DELITO

| | |
|--|----|
| a).- Su concepto..... | 4 |
| b).- Diferentes teorías que estudian el delito..... | 11 |
| c).- Elementos del delito en su aspecto positivo y negativo..... | 14 |

C A P I T U L O II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO

| | |
|--|----|
| a).- El adulterio entre los pueblos antiguos y culturas pre-cortecianas.- Egipcios.- Los Indios.- Ciudades Griegas.- Pueblo Germano.- Arabes.- Los Judios.- -- Los Mayas.- Tarascos.- Aculhuacán, México y Tacuba. | 32 |
| b).- El adulterio en Roma..... | 36 |
| c).- Derecho Español.- El Código de Eurico.- Código de Alarico.- El fuero Juzgo.- Fuero Real.- Las Partidas.- Leyes de Estilo.- Ordenamiento de Alcalá.- Leyes del Toro.- Novísima Recopilación.- Los Códigos. | 39 |

C A P I T U L O III

EL DELITO DE ADULTERIO

| | |
|--|----|
| a).- Definición de adulterio..... | 49 |
| b).- Elementos constitutivos del delito de adulterio.... | 51 |
| c).- Presupuestos de este ilícito..... | 59 |
| d).- Acción persecutoria..... | 60 |

C A P I T U L O IV

EL DELITO DE ADULTERIO EN NUESTRA- LEGISLACION ACTUAL

| | |
|-------------------------|----|
| a).- Derecho Penal..... | 66 |
|-------------------------|----|

| | PAG. |
|---|---------------|
| b).- El delito de adulterio en las Entidades Federativas. | 68 |
| c).- Tendencias a la represión del adulterio como delito. | 73 |
| d).- Derecho Civil... El adulterio como causal de divor-- cio..... | 78 |
| CONCLUSIONES..... | 82 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 84 |

PROLOGO

En nuestro estudio un sencillo trabajo en relación a uno de los problemas que aquejan a la familia, base de la sociedad; la infidelidad conyugal acarrea en sí toda una serie de problemas que redundan en perjuicio del orden matrimonial, teniendo -- como consecuencia en un alto porcentaje la desintegración del -- matrimonio.

El mencionado problema es una de las causas generadoras-- de conductas anti-sociales, por parte de los frutos de una unión adulterina o de la desunión por causa de tal conducta.

Hemos visto que doctrinalmente los grandes pensadores, -- versados en la ciencia del Derecho, atacan o apoyan la tutela penal de la conducta infiel del integrante de la pareja matrimonial, pero es innegable que a mayor libertad, mayor desenfreno sexual, sobre todo dentro de nuestro medio ambiente en que priva el afán conquistador del hombre o el seductor de la mujer.

La seguridad del orden matrimonial tiene como uno de sus elementos primordiales, la fidelidad conyugal y es por eso que - consideramos que siendo el matrimonio el origen de la familia, y ésta base de la sociedad, debemos procurar que todos sus elementos sean preservados de los ataques de conductas que puedan lesionar sus intereses, en otras palabras, es obligación del derecho tutelar y proteger la integración del matrimonio.

Desde luego, que es tarea del Legislador crear la figura-tipo que abarque la conducta o conductas que lesionan el bien -- que se tiende a proteger y nuestro interés en este aspecto como-se verá en las conclusiones a las que llegamos, es en el sentido de que la norma que tutela el interés Jurídico a que hemos referencia, encierre otras conductas que a nuestro juicio generan -- los mismos efectos que el adulterio.

Este es el fin del presente trabajo, mismo que ponemos -- a consideración del Honorable Jurado, conciente de las deficiencias que en sí pueda tener y aceptando de antemano las críticas-doctas que a él se hagan.

C A P I T U L O I

EL DELITO

- a).- Su concepto.
- b).- Diferentes teorías que estudian el delito.
- c).- Elementos del delito en su aspecto positivo y negativo.

A).- SU CONCEPTO

El vocablo DELITO, tiene su procedencia en el verbo DELINQUERE, entendiéndose por ésto que es todo acto de separación o abandono del buen camino, de la línea recta que toda conducta humana debe seguir, ya que su finalidad debe ser útil a la Sociedad.

La definición del concepto del DELITO, es un problema no solo tratado por el Derecho, ya que ha preocupado a otras ramas del conocimiento, obteniéndose definiciones filosóficas, sociológicas, éticas, etc., etc. y es así como nos encontramos ante los inútiles intentos de una concepción puramente filosófica y decimos inútiles porque desde ese punto de vista, la idea de universalidad no es posible aplicarla al DELITO ya que nos encontramos que a través de la historia de los pueblos, las costumbres son cambiantes y lo que en una época se consideró como DELITO, en la actualidad podrá no llenar los requisitos de un ilícito penal.

La concepción Sociológica del DELITO, la encontramos en la Escuela Positiva que lo consideró como un fenómeno natural y social, producido por el hombre y es Garófalo, uno de los más grandes representantes de esta escuela, quién elabora la siguiente definición: "Es la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad justicia en la medida media en que se encuentra en la Sociedad Civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad".

Realmente esta definición nos dá un elemento que consideramos insalvable y nos referimos a la medida media en que en una sociedad se encuentran los sentimientos de piedad y probidad, pues creemos que no existe forma de poder delimitar esa medida media, en otras palabras ¿Quién va a fijar la línea que divida lo superior de lo inferior?.

Asímismo tenemos que en esta definición, tal y como dice el Profesor Celestino Porte Petit, "Quedan fuera de ella, algunas figuras delictivas, a virtud de que existen otros sentimientos, que pueden ser lesionados: el patriotismo, el pudor, la religión". (1)

Por lo que vemos esta concepción considera al DELITO como un Ente Jurídico, como un Fenómeno o hecho natural, pero asímismo hay pensadores que conceptúan que la noción formal del DELITO

(1) Porte Petit, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, Pág. 246 la. Ed.

tiene su origen en la Ley Positiva, en cuanto ésta contiene una pena que aplicará en caso de la realización de actos positivos o negativos.

Francisco Carrara, representante de la Escuela Clásica de fine al delito diciendo que: "Es la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, -- resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, -- moralmente imputable y políticamente dañoso". (2)

La anterior definición tuvo suma importancia en la que el Código Penal de 1871 dió y que define al DELITO como "La infracción de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda", desde luego se nota la inclusión de elemento infracción como privativo del DELITO.

Nos encontramos también que tal infracción debe ser un acto propio del hombre, que debe ser externo o sea que se exterioriza en forma positiva o negativa.

Existen otras definiciones elaboradas por diferentes autores tales como ROSSI quién nos dice: "Es la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos;" "Es la violación de un derecho", nos dirá Frank; "Es la violación de un derecho o de un deber", según Tarde; "Es no solamente la oposición a la voluntad colectiva cuya expresión es el derecho, si-

(2) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Pag. 194, 2a. Ed.

no también la oposición al deber", mencionan Wundt y Wulffen. (3)

Ahora bién, todas las definiciones mencionadas anteriormente no llenan los requisitos de la concepción netamente jurídica de lo que es y debe considerarse como DELITO y que es hacia donde debe encausarse nuestro estudio, en otras palabras "Se debe tratar de lograr una noción completa; que no solo abarque todos los elementos esenciales de manera que pueda considerarse como una verdadera definición del objeto que trata de conocerse -- sino que, en una forma simple y concisa, lleva consigo lo material y lo formal del delito, y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de esos elementos. En lugar de hablar de violación de la Ley como una referencia formal de antijuricidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la Ley podrá citarse simplemente la antijuricidad como elemento que lleva consigo sus dos aspectos: Formal y Material; y dejando a un lado la "Voluntariedad" y los "Moviles-Egoistas y Antisociales", como expresión formal y como criterio material sobre la culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del DELITO, a reserva de desarrollar, por sus análisis, todos sus aspectos y especies". (4)

(3) Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, T. 1, 5a. Ed. - Pag. 172, 1958.

(4) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano. 2a. Ed. Pags. -- 201 y 202.

Por lo anterior, debemos profundizarnos en el estudio de la teoría del DELITO, para así poder precisar el concepto del mismo desde el punto de vista jurídico, pero consideramos necesario que antes de entrar en el estudio de las diferentes teorías que se avocan a este estudio, mencionaremos algunas otras definiciones, mismas que son las siguientes:

Edmundo Mezger, quién en forma esencial e íntegramente define al DELITO como el "Acto humano típicamente antijurídico y culpable". (5)

Beling nos dice que "Es una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad". (6)

Jiménez de Asúa, define al DELITO de la siguiente forma: "Es el acto típicamente antijurídico culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (7). De esta definición encuentra que las características del DELITO son: Actividad, Adecuación -- Típica, Antijuricidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Penalidad y en algunos casos condición objetiva de Punibilidad.

La definición que da el Código Penal de 1871 y misma a la que ya hicimos referencia, es criticada por Frank quién dice

(5) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano. 2a. Ed. Pags. -- 201 y 202.

(6) Carranca y Trujillo. D. Penal Mexicano, T.1., 5a. Ed. Pag. -- 173.

(7) La Ley y el Delito. Pág. 256 Ed. A. Bello Caracas.

que imponer el nombre de DELITO a todo lo que infringe la Ley Penal es encerrarse en un círculo vicioso; esto es, decir que una acción punible o digna de castigo es la que castiga la Ley; o lo que es igual decir que el opio hace dormir porque tiene la virtud de adormecer". (8)

La definición que encontramos en el proyecto de Reformas del Código de 1871, dice; "Son delitos las infracciones previstas en el libro tercero de este Código y las demas designadas por la Ley bajo esa denominación". Y en su exposición de Motivos se dice: "Se ha considerado necesario cambiar las definiciones de DELITO y falta que da el Código, pues se encuentra que los defectos de que adolecen son de gravedad tal que las vician radicalmente".

"Los vicios principales que se señalan en la definición del delito que dá el artículo 4^a, son:

"I.- El Delito no es la infracción de la Ley Penal sino de los principios que informan esa Ley, pues Ley Penal es la que define y castiga los actos y omisiones punibles, y no es esa Ley la que el delincuente viola, sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella. En rigor, la Ley Penal solo puede ser violada por los tribunales encargados de aplicarla; violación que estan destinados a reparar los recursos legales y especialmente el de casación".

(8) Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, Pág. 243. 1a. Ed.

"II.- El término voluntario hace muy confusa la definición Por voluntario no se puede entender intencional en este caso, - - pues que hay delitos de culpa, o sean no intencionales, y sería - implicante definir el delito diciendo que es la infracción intencional. El único sentido en que parece posible entender en término voluntario, es el consciente y libre; pero entonces aparece -- que se ha incurrido por lo menos, en inconsecuencias, pues introduciendo en la definición un elemento de la imputabilidad, igualmente debería encontrar lugar en ella el discernimiento o razón moral que es el otro elemento, según la teoría clásica, seguida - por el Código...." Y se termina en la Exposición, asentando: "Estos defectos de la definición parecen provenir, sobre todo, de -- que su autor se colocó en un punto de vista rigurosamente doctrinario, como si hubiera querido definir el delito legal en la cátedra o en un tratado Jurídico. El objeto de la definición que se haga en la Ley debe limitarse a facilitar la aplicación de los -- preceptos de la misma Ley, fijando el sentido en que se emplea el término delito, y por eso no es necesario elevarse a las alturas filosóficas". (9)

En su artículo 11 del Código Penal de 1929 se menciona que el "Delito es la Lesión de un derecho protegido legalmente por -- una sanción penal"

(9) Celestino Porte Petit. Apuntamientos de la parte general de -- derecho penal, Pag. 244. 1a. Ed.

El Código Penal vigente en su artículo 7^o; nos dice que - el "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"

En la actualidad es de aceptación general, la innecesaria definición del DELITO, dentro del Código Penal, y es así como en los Anteproyectos del Código de 1949 y 1958 así como el Código - Tipo de 1963, todos para el Distrito y Territorios Federales, en forma atinada han dejado de definir al DELITO.

B).- DIFERENTES TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO

Como ya hemos dicho, la importancia del estudio de la teoría del DELITO es básica para poder llegar a la comprensión jurídica del mismo y es así como veremos diferentes criterios aplicados al problema.

Principalmente la Doctrina ha recurrido a las siguientes concepciones:

I.- La totalizadora o unitaria, considera al DELITO como un bloque monolítico, o sea un todo que no se deja dividir en elementos diversos, es decir "El delito puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable", siendo su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: solo mirando el delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado", "no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea". (10)

(10) Antolisei, Manuale di diritto penale, Pag. 143-144 3a. Ed.

II.- La concepción analítica estudia al DELITO de acuerdo con sus elementos constitutivos, considerandolos vinculados entre sí en una conexión indisoluble o sea que a fin de estar en posibilidad de estudiar al todo, es necesario conocer cada una de sus partes sin que esto quiera decir que se niegue la unidad del delito. Ahora bien, en la doctrina no existen criterios uniformes en cuanto al número de elementos constitutivos del DELITO y es así como surgen las teorías bitómicas, tritómicas, tetratómicas etc., etc.

III.- EL DELITO como estructura, teoría que se basa en que debe ser estudiado el DELITO en su unidad, por comprensión y sin perjuicio de complementar este procedimiento mediante análisis, "sin olvidar el carácter estructural del delito ni la fundamentación unitaria de sentido que envuelve al todo y a sus partes y que hace, precisamente, que el todo sea un todo y las partes, de dicho todo". (11)

IV.- La teoría sintética elaborada por Rodríguez Muñoz, debe su nombre a Blasco y Fernández de Mcreda, pero Ballvé menciona que debe llamarsele "Ecléctica", (12) y en igual forma Cavallo, nos dice: "El delito debe ser estudiado desde los puntos de vista orgánico general, anatómico, y funcional, es decir, es obligado estudiarlo antes en su unidad, analíticamente en cada

(11) Landaburu. El delito como estructura. Revista de D. Penal - Pag. 463.

(12) Función de la tipicidad en la dogmática del delito. Pag. 31

una de las notas o elementos que la componen y por último, en la organización de éstos en las varias formas a través de las cuales puede presentarse, debiendo ser estudiado por tanto, desde los -- siguientes puntos de vista, imprescindibles y recíprocamente in--tegrados: unitario, analítico y sintético". (13)

Del análisis de las teorías mencionadas llegamos a la conclusión que la teoría Analítica o Atomizadora es la adecuada para llegar al conocimiento del DELITO por lo que estudiaremos uno a uno los elementos que lo integran y a este respecto ya hemos mencionado que no existe criterio uniforme sobre el número de elementos--componentes del DELITO, asimismo, tampoco existe prioridad en la aparición de los mismos, ya que no se da primero la conducta, luego la tipicidad y después la imputabilidad etc., sino que en el momento de la aparición del DELITO, automáticamente surgen todos los elementos del mismo.

Ahora bien, "Más en un plano estrictamente lógico procede observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuricidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual -- y volitiva de la gente: imputabilidad y finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, - -

(13) Diritto Penale, Parte Generale, v.2^a Napoli, 1955.

obró con culpabilidad", o sea "Entre los factores integrantes -- del delito no existe prioridad temporal, pero si una indiscuti-- ble prelación lógica". (14)

Desde luego que estamos de acuerdo en que los elementos - esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijurídidad y culpabilidad; siendo la imputabilidad; presupuesto necesario - del elemento culpabilidad. Este teoría Tetratómica es de nuestra aceptación, aún cuando al estudiar en el siguiente inciso los -- elementos del delito en su aspecto positivo y negativo, hacemos referencia a elementos no esenciales, debido a que consideramos que se facilita la comprensión sobre el estudio que nos ocupa; - en igual forma haremos cuando en particular nos refiramos al delito de Adulterio.

C).- ELEMENTOS DEL DELITO EN SU ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO

Desde el punto de vista dogmático trataremos de estudiar cada uno de los elementos del DELITO, mismos que obtendremos de un análisis sistemático del artículo 7º del Código Penal.

Artículo 7º .- "Delito es un acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Aparentemente con esta definición encontramos que los elementos que configuran el DELITO, únicamente son dos, por lo que recaería dentro de la concepción bitómica, o sea que el DELITO es

(14) Fernando Castellanos, Lineamientos de D. Penal Pag. 120 6a.
Ed. Edit. Porrúa., S.A.

una conducta punible, pero relacionando el precepto de referen--
cia con el Ordenamiento del que emana, nos encontramos con la --
aparición de los siguientes elementos:

a).- Una Conducta o Hechos; b).- Tipicidad; c).- Antijuri-
cidad; d).- Imputabilidad; e).- Culpabilidad; f).- A veces algu-
na condición objetiva de punibilidad y g).- Punibilidad.

En primer termino nos referiremos a los elementos que con-
sideramos esenciales, mismos que son:

a).- Conducta que es el comportamiento humano voluntario,
que puede ser positivo o negativo, y encaminado a un proposito;-
en otras palabras es la actuación del hombre, en el mundo que --
nos rodea, siendo tal actuación positiva o negativa y dirigida a
un fin, exteriorizandose la voluntad en forma de acción o de ---
omisión.

Para el Derecho Penal, solo la conducta humana tiene impor-
tancia, ya que solo el hombre es sujeto activo de las infraccio-
nes Penales, y el único ser capaz de voluntad.

Ahora bien la acción puede ser Lato sensu o sea la conduc-
ta que se manifiesta en actos u omisiones y la acción Exstricto -
sensu, que es todo acto humano voluntario que modifica el mundo-
exterior o que impide tal modificación.

La omisión es la forma negativa de la acción, es la abs--
tención de obrar, un no hacer lo que se debe.

Se comete un delito de acción cuando se ejecuta lo prohi-
bido y se comete un delito de omisión, cuando se deja de hacer -

lo que se manda expresamente.

En la omisión se comprende la omisión simple o propia y - la comisión por omisión u omisión impropia, en esta última hay - una doble infracción de deberes o sea que se violan dos normas, - una de orden dispositivo y otra prohibitiva.

b).- Tipicidad.- Para la existencia del DELITO se requie^{re} re una conducta, ahora bien no toda conducta humana o hecho, es delictuoso, pues además es necesario que sea típica.

La Tipicidad es la adecuación de la conducta a la descrip^{ción} ción legal que se formula en el Ordenamiento Jurídico Penal, - - siendo esta descripción la que se llama Tipo, por lo que se debe confundirse Tipicidad con Tipo.

En relación a la clasificación en torno al Tipo, nos refe^{riremos} riremos a la siguiente por ser la más común.

Por su composición pueden ser normales y anormales, sien^{do} do los primeros los que se limitan a hacer una descripción obje^{tiva} tiva (Homicidio), los segundos o sean los anormales, además de - los factores objetivos contienen elementos subjetivos o normati^{vos} vos (Estupro).

Por su Ordenación Metodológica son fundamentales o basi^{cos} cos, especiales y complementados; los primeros constituyen la -- esencia o fundamento de otros tipos (Homicidio); los especiales-- se forman agregando otros requisitos a tipo fundamental, al cual subsumen (Parricidio); los complementados se constituyen al lado de tipo basico (Homicidio Calificado).

En función de su autonomía o independencia, se dividen -- en Autónomos o Independientes, que son los que tienen vida por sí (Robo Simple) y los Subordinados que dependen de otro tipo -- (Homicidio en Riña).

Por su formulación son casuísticos o precisos; dentro de los primeros se preveen varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (Alternativos); v. gr. Adulterio; otras con la conjunción de todas (Acumulativos); ejemplo, Vagancia y Malvivencia; en relación a los segundos, describen una hipótesis única (Robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

En cuanto al resultado, puede ser de Daño, o de Peligro, los primeros protegen contra la disminución o destrucción del -- bien (Homicidio, Fraude) y los segundos tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (Omisión de Auxilio).

c).- Antijuridicidad.- Aceptamos comunmente que Antijurídico es lo contrario al Derecho, existe Antijuridicidad, cuando habiendo Tipicidad el sujeto no se encuentra protegido por algunas de las causas de justificación.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen la característica de excluir del delito, el elemento Antijuridicidad y por lo mismo, aunque la conducta sea típica pero faltando este elemento, no se dara el ilícito Penal.

"La Antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad.-

El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgre--
 ción a una norma establecida por el Estado (Oposición a la Ley)-
 y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción--
 a los intereses colectivos". (15)

d).- Imputabilidad.- Este elemento que desde luego no con--
 sideramos esencial, sino que constituye un presupuesto de la Cul--
 pabilidad, es la capacidad del sujeto para obrar con conocimien--
 to de causa y voluntariamente dentro del Derecho Penal.

Es imputable el que es capaz física y mentalmente.

"Comunmente se afirma que la Imputabilidad esta determina--
 da por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico,
 consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicoló--
 gico: salud y desarrollo mentales; generalmente el desarrollo --
 mental se relaciona estrechamente con la edad. El problema de --
 los menores autores de actos típicos del Derecho Penal será tra--
 tado al hacer el estudio del aspecto negativo de la imputabili--
 dad". (16)

"La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones --
 mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momen--
 to del acto típico penal, que lo capacitan para responder del --
 mismo". (17)

(15) Fernando Castellanos. Lineamiento de Derecho Penal. Pag. -
 166 6a. ed. Edit. Porrúa S.A. 1971

(16) Fernando Castellanos. Lineamientos de Derecho Penal. Pag. -
 200 6a. Ed., Edit. Porrúa S.A. 1971.

(17) Fernando Castellanos. Lineamientos de Derecho Penal. Pag.--
 200 6a. Ed., Edit. Porrúa S.A. 1971.

De lo anterior se desprende el término responsabilidad,-- cuyo concepto lo definimos como la obligación del sujeto imputable de responder jurídicamente de los actos que ha realizado.

La Responsabilidad es la relación entre sujeto imputable y el Estado, por medio de la cual éste, declara que aquel obró culpablemente y se hizo acreedor a las sanciones que la Ley señala para su conducta.

Las acciones Liberae in causa.- Estas acciones se dan -- cuando el sujeto activo, antes de actuar, por propia voluntad -- o culposamente, se coloca en situación de Inimputabilidad y estando en esa condición comete el DELITO.

e).- Culpabilidad.- Ya hemos visto que una conducta es delictuosa cuando es típica y antijurídica, pero además tiene que ser culpable.

Se considera la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto.

De acuerdo al estudio de la naturaleza jurídica del elemento culpabilidad, nos referiremos a las dos principales teorías que se ocupan de tal estudio y que son el Psicologismo y el Normativismo.

La Teoría psicológica de la culpabilidad sostiene que la culpabilidad reside en un hecho de carácter psicológico; la valoración jurídica se le deja a la antijuridicidad; para indagar en concreto cual ha sido la actitud del sujeto respecto al resultado de la conducta delictuosa que realiza, es preciso proceder --

al análisis psíquico del sujeto para determinar el estudio de la culpabilidad.

El nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, contiene dos elementos, el primero que es volitivo, que contiene a su vez la suma de dos querer, de la conducta y del resultado y el segundo llamado intelectual, que es el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

La teoría normativa o normativista de la culpabilidad, -- sostiene que el ser de la culpabilidad, se encuentra constituido por un juicio de reproche; por consiguiente un sujeto obra con dolo o culpa dentro del orden normativo que le exige una conducta diversa a la realizada.

Especies de culpabilidad.- La culpabilidad reviste dos -- formas que son el Dolo y la Culpa.

Cuando la voluntad del sujeto se dirige en forma consciente a la ejecución de un hecho típico penal, nos encontramos frente a una conducta dolosa y cuando causa igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, estaremos frente a una conducta culposa.

De lo anterior se desprende que la primera forma de culpabilidad, viene a ser constituida por el dolo, el cual produce -- los delitos dolosos y la segunda forma, constituye la culpa, que produce los delitos culposos.

Algunos autores pretenden la existencia de otra categoría a la que dan el nombre de Preterintencional, si el resultado de-

lictivo, sobrepasa la intención del sujeto, pero del estudio de nuestra legislación vigente, encontramos la no existencia de esta especie de conducta.

El dolo contiene dos elementos que son: el ético y el volitivo o emocional.

El primero consiste en el quebrantamiento de un deber de conciencia y el segundo, en la voluntad de llevar a cabo el acto.

Existen varias clases de dolo, que son: El directo en el cual el resultado coincide en el propósito del agente. (Decide privar la vida a otro y lo mata).

El dolo indirecto.- El agente se propone un fin y sabe -- que seguramente surgirán otros resultados positivos. (Para dar muerte a quién va a abordar un avión, se coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato).

El dolo indeterminado.- Es la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas).

El dolo eventual.- Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio en una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

"El dolo en el Derecho Mexicano.- Nuestro Código en su artículo 8º, divide los delitos en intencionales y no intenciona--

les o de imprudencia. En el 9º establece la presunción juris tantum de dolo. Dice este artículo: "La intención delictuosa se presume salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional, no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias: I.- Que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general intención de causar daño; II.- Que no se propuso causar el daño que resultó, si este fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuera cual fuese el resultado; III.- Que creía que la ley era injusta y moralmente lícito violarla; IV.- Que creía que era legítimo el fin que se propuso; V.- Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito; y VI.- Que obró con el consentimiento del ofendido, exceptuando el caso de que habla el artículo 93" (18)

La segunda forma de la culpabilidad, es la culpa y esta existe cuando la conducta fue realizada sin la voluntad de producir un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no tomar en cuenta, por negligencia o imprudencia, las precauciones legalmente exigidas.

(18) Fernando Castellanos. Liniamientos de Derecho Penal, Pag. - 222. 6a. Ed. Edit. Porrúa, S.A. 1971.

Los elementos de la culpa.- El primer elemento es la conducta humana, el actuar volitivo, ya sea positivo o negativo; el segundo elemento surge cuando la conducta voluntaria se realiza sin las precauciones que el Estado exige; en el tercer elemento nos encontramos, con que los resultados del acto deben ser previsibles, evitables y tipificarse penalmente; el cuarto elemento es una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

Existen dos clases de culpa, que son:

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

La segunda especie de culpa, llamada sin previsión o sin representación, cuando no se prevé el resultado previsible, penalmente tipificado.

f).- Condiciones objetivas de punibilidad.- No son elementos esenciales del delito y si las contiene la descripción legal se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan entonces constituyen meros requisitos ocasionales y por lo tanto accesorios. Muy pocos delitos, tienen la penalidad condicionada.

g).- Punibilidad.- La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de una conducta. Asimismo se emplea el termino punibilidad con menos propiedad, -- cuando se refiere a la imposición concreta de la pena a quién ha

sido declarado culpable de la comisión de un DELITO. También se dice que es punible una conducta cuando por su naturaleza, amerita ser penada.

"En resumen, punibilidad es: A).- Merecimiento de penas;- b).- Amenaza estatal de imposición de sanciones si sellenan los presupuestos legales; y c).- Aplicación fática de las penas señaladas por la ley.

Habiendo obtenido una concepción dogmática del Delito en su aspecto positivo, en contra-posición trataremos de lograr el aspecto negativo y siguiendo el orden pre-establecido, nos referiremos a:

Ausencia de conducta.- Desde luego que al considerar a la conducta como un elemento esencial del delito, su ausencia dará por resultado la no integración del mismo, impidiendo la realización del ilícito penal, por lo que la ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos del delito.

Un ejemplo de la falta de conducta nos lo da la fracción I del artículo 15 del Código Penal, es la que conocemos como vis absoluta o fuerza física exterior irresistible; constituye una excluyente y aún cuando se realiza una conducta, esta no es voluntaria.

Los factores que eliminan la conducta son: La vis maior, fuerza mayor y los movimientos reflejos. La vis absoluta y la vis maior, se diferencian en que la primera proviene del hombre y la segunda de la naturaleza; por otra parte, los movimientos con

porales involuntarios, son los llamados movimientos reflejos.

Ausencia de tipicidad.- Ya mencionamos, que la adecuación de la conducta del sujeto activo a la hipótesis prevista por el ordenamiento sustativo penal, es la tipicidad; ahora bién, la -- falta de adecuación de la conducta al tipo legal, nos dá el as-- pecto negativo de este elemento, o sea la Atipicidad.

Consideramos como causas de atipicidad, la ausencia de ca-- lidad exigida por la ley, ejemplo: En el delito de peculado, el -- sujeto activo, tiene que ser empleado de un servicio público; -- cuando falta el objeto material y jurídico, ejemplo: Privar de -- la vida a un muerto; cuando no se dan las condiciones de lugar y de tiempo, ejemplo: El delito de asalto es en despoblado y con -- violencia. Asimismo, cuando el Legislador omite consignar una -- conducta en el catálogo de delitos, nos encontramos frente a una ausencia de tipo.

Aspecto negativo de la antijuridicidad.- Ya hemos visto -- que la antijuridicidad, constituye un juicio de valoración entre la conducta material y los valores impuestos por el estado, y en -- tendemos por antijuridicidad, lo contrario al Derecho, siempre y cuando no exista una causa de justificación, por lo que nos en-- contramos conque las causas de justificación constituyen el as-- pecto negativo del mencionado elemento.

Las causas de justificación son las condiciones que se -- caracterizan por excluir del DELITO el elemento antijuridicidad, por lo que faltando no se dará el ilícito penal.

Se fundamenta las causas de justificación en la radicación de las características de formalidad y materialidad que reviste la antijuridicidad, la cual desaparece por así preceptuarlo la legislación cuando el interés que se trata de tutelar no se dá o cuando se presentan dos intereses protegidos por el orden jurídico y no pueden salvarse ambos el derecho le dá preferencia al bien o interés más preponderante, permitiendo el sacrificio del menor.

Las causas de justificación, están previstas en las fracciones respectivas del artículo 15 del Código Penal y que son:

III.- LEGÍTIMA DEFENSA.- Oír el acusado en defensa de su persona, de su honor o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente; a no ser que se intervino alguna de las circunstancias siguientes:

Primera.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

Segunda.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

Tercera.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y

Cuarta.- Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparando con el que causó la defensa.

IV.- FUERZA MORAL.- ESTADO DE NECESIDAD.- El miedo grave-

o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial;

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel - que por su empleo o cargo, tenga el deber legal de sufrir el peligro;

V.- DEBER O DERECHO LEGALES.- Obrar en cumplimiento de su deber, o en el ejercicio de un derecho consignados en la ley;

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

El aspecto negativo de la imputabilidad, lo es la inimputabilidad, que se entiende como el conjunto de causas capaces de anular, paralizar o neutralizar, las que integran la imputabilidad, es decir, el desarrollo o la salud mental, dando por resultado que el sujeto se coloca en un estado de inimputabilidad.

Se consideran causas de inimputabilidad, tanto las excluyentes legales, como las supralegales; entre las primeras, tenemos los estados de inconciencia, ya sean permanentes o transitorios; el miedo grave y la sordomudez.

Los estados de inconciencia permanentes, están comprendidos en el artículo 68 del Código Penal, que dice:

"Los locos, idiotas, imbeciles, o los que sufran cual- --

quier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán recluidos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario, para su curación o sometidos, con autorización del Facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma precederá el Juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales".

Los trastornos mentales trasitorios, se originan en el sujeto por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes, así como por tox infecciones y trastornos mentales de carácter patológico.

El miedo grave que es otra causa de inimputabilidad, se origina en la mente, debido a condiciones psíquicas. "Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se enjendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de adentro para fuera y el temor de fuera para adentro". (19)

La sordomudez.- Se dá en el sujeto privado del habla así como del sentido del oído, considerandolos inimputables, ya que no se les aplica penalidad alguna, sino medidas instructivas, -- tal se desprende del artículo 67 del Código Penal, que dice: "A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, -- todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instruc--

ción.

En forma general se ha considerado que los menores de 18-años son inimputables, por lo que cuando realizan conductas que encuadran dentro de los tipos de Ley Sustantiva Penal, no se con-
figuran los delitos respectivos.

La inculpabilidad, que es el aspecto negativo de la culpa-
bilidad, y opera cuando se hallan ausentes los elementos de ésta,
que son: Conocimiento y voluntad, no se encuentra reglamentado -
en nuestra ley penal, pero podemos decir que el error esencial -
o invencible y la coacción de la voluntad son causas de inculpa-
bilidad porque destruyen la culpabilidad y por ello, la inculpa-
bilidad la consideramos causa típica de exclusión de culpabili-
dad.

Las diferentes hipótesis de inculpabilidad que se despren-
den del Código Penal, son:

- a).- Inculpable ignorancia (Artículo 15 Fracc. VI).
- b).- Obediencia gerárquica (Artículo 15 Fracc. VII).
- c).- Estado de necesidad: cuando el bien sacrificado es -
de igual entidad que el bien salvado. (Artículo 15 Fracc. IV).

d).- Encubrimiento entre parientes. (Artículo 15 Fracc. -

IX).

e).- Artículo 151.

f).- Artículo 154.

g).- Aborto por causas sentimentales. (Artículo 333)

Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad. Este as

pecto negativo, lo obtenemos a contrario sensu cuando en algunos casos la ley exige alguna condición objetiva de punibilidad.

Ausencia de punibilidad.- "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, --- impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa - absolutoria, los elementos esenciales del delito (Conducta o hecho, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición". (20)

Las excusas absolutorias, se encuentran comprendidas en lo preceptuado por los artículos 139, 375, 377, 385, y 390 del Código Penal.

(20) Fernando Castellanos, Lineamientos de Derecho Penal. Pag. - 249. 6a. Ed. Edit. Porrúa. S.A. 1971.

C A P I T U L O I I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO

- a).- El adulterio entre los pueblos antiguos y culturas pre-cortecianas. Egipcios.- Los Judios. Ciudades Griegas.- Pueblo Germano.- Arabes.-- Los Indios.- Los Mayas.- Tarascos. Aculhuacán México y Tacuba.
- b).- El adulterio en Roma
- c).- Derecho Español.- El Código de Eurico.- Código de Alarico. El Fuero Juzgo.- Fuero Real.- Las Partidas.- Leyes de Estilo.- Ordenamiento de Alcalá.- Leyes del Toro.- Novisima Recopilación.- Los Códigos.

A).- EL ADULTERIO ENTRE LOS PUEBLOS ANTIGUOS Y CULTURAS PRE-COR-
TESIANAS.

EGIPCIOS.- Siendo la organización social del pueblo egipcio teocrática, la casta sacerdotal ejercía una especie de magistratura a la que estaban sometidos los mismos reyes y en lo que respecta a las penas que aplicaban a los delitos, es de observar se como a la mujer adúltera se le cortaba la nariz para dejarla infamada y al hombre se le castraba.

LOS INDIOS.- Crueldad excesiva revelan las leyes del Código Indú, ya que disponían que cuando la mujer noble le era infiel a su esposo, el Rey la hacía devorar por los perros en una plaza pública, quemando a su cómplice en un lecho de hierro al rojo vivo.

CIUDADES GRIEGAS.- En Atenas, Solón dejó para el marido el derecho de matar al cómplice cogido in fraganti; la adúltera aparecía en público con vestiduras holgadas y con adornos llamativos, se le prohibía la entrada a los templos y era repudiada -

por el esposo; el historiador griego Plutarco asegura que el mismo Solón expidió una ley permitiendo el adulterio de la mujer, - que siendo hija heredera, encontrara que su esposo era impotente, - pues en este caso le eran toleradas relaciones con el pariente - de su marido que más fuera de su agrado.

Si el adúltero escapaba de la muerte, a discreción del marido ofendido le eran aplicadas otras penas, tales como la depilación de los gluteos con ceniza caliente o la aplicaban rábanos y pescados en determinadas partes del cuerpo. Un arreglo pecuniario podía tener lugar entre el marido agraviado y el adúltero, - permaneciendo éste en estado de esclavitud hasta que pagara.

Encontramos que las leyes atenienses no reconocían el - - adulterio del marido que faltaba a la fé conyugal, pero en cambio era considerado en las mujeres no casadas, como las concubinas.

En Lepreum, antigua ciudad de la Helide, al adúltero se - le maniataba y arrastraba por tres días a través de la ciudad y - a la mujer cómplice se le sentaba por once días consecutivos en el mercado, ligeramente vestida.

En Gortyna, el adúltero era condenado a que lo coronasen con lana y a coser ante el magistrado quién lo sentenciaba a pagar elevada suma de dinero, proclamando su falta.

El adulterio en Esparta en ciertos casos era permitido y - refiere Plutarco que el legislador espartano Licurgo se esforzó - por alejar del matrimonio los celos, burlándose de quienes casti

gaban con la muerte la infidelidad de sus esposas; este mismo -- historiador asegura que en Esparta el adulterio era desconocido-- como delito.

PUEBLO GERMANO.- Los antiguos Germanos sancionaban el -- adulterio de la mujer quemándola y dando muerte al coparticipa-- sobre sus cenizas.

El historiador latino Tácito, en su libro de las costum-- bres de los Germanos, nos dice, "A las mugeres su propia casti-- dad las guarda.... Hay muy pocos adulterios, aunque es la gente-- tanta. El castigo se impone prontamente y por mano del marido,-- el cual, después de cortar los cabellos a su muger en presencia-- de los parientes, la desnuda, la hecha de su casa y la va azotan-- do por todo el lugar. Tampoco se perdona a las que faltan al ho-- nor, aunque no sean casadas; pues no encontrarán marido, aunque-- sean jóvenes, hermosas y ricas". (1)

ARABES.- La pena establecida contra el adulterio en los -- primeros tiempos del mahometismo, fue la cárcel perpetua; más no-- tardó en imponerse la pena de muerte por influencia de la tradi-- ción antigua, introducida por los Judios: la infracción debería-- ser probada por cuatro testigos.

LOS JUDIOS.- La condena de los delitos cometidos, se te-- nía que pronunciar por la mayoría de cuando menos dos votos, siem

(1) Francisco P. Mellado. Enciclopedia Moderna. Tomo Primero. Pag. 433. 1851.

pre y cuando la culpabilidad fuera asegurada por dos o tres testigos, a excepción del delito de adulterio, en donde era suficiente una sola prueba; a la mujer culpable de este delito se le lapidaba. Existía el procedimiento llamado "Prueba de las aguas-amargas", el cual se practicó acercando a la mujer sospechosa una copa llena de agua, llamada de los celos, se le hacía tomar la mencionada copa hasta el fondo a tiempo que al oído le murmuraban una serie de maldiciones, si estados dos cosas convenidas, no producían alteración visisible alguna en la mujer, su fidelidad y pureza quedaban a salvo.

CULTURAS PRE-COLONIALES

LOS MAYAS.- En las culturas pre-hispánicas que florecieron en nuestro país, encontramos la de los Mayas, "las leyes penales, al igual que en otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud, la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. (2)

TARASCOS.- El adulterio habido con la mujer del soberano o Calzontzi, se castigaba con la muerte del adúltero y de toda su familia, confiscando sus bienes.

(2) Fernando Castellanos. Lineamientos de Derecho Penal. Pág. -- 36. 6a. Ed. Edit. Porrúa 1971.

ACOLHUACAN, MEXICO y TACUBA.- Se castigaba el delito de adulterio con "Pena de muerte para la mujer y el hombre, ya los-- tomasen en flagrante delito, o bién habida violanta sospecha, -- prendiánlos y si no confesaban dábánles tormento y después de -- confesado el delito, condenándolos a muerte. Se consideraba adulterio únicamente la unión de un hombre con una mujer casada; pero no la del hombre aún cuando fuese casado, con mujer casada" - (3)

B).- EL ADULTERIO EN ROMA

Siendo el derecho romano junto con la legislación española, de la cual hablaremos más adelante, en donde encontramos mayores datos sobre la regulación del adulterio como delito, haremos una referencia más amplia.

La legislación romana era en este aspecto tan severa como todas las anteriores que hemos visto. Desde los primeros tiempos se conoció un tribunal doméstico a cargo del *Pater Familiae*, quién tenía a su cargo la reprección de este delito, pues como es sabido estaba investido el derecho de vida y muerte sobre todos los miembros de su familia; las fórmulas del juicio y la pena eran -- anteriormente arbitrarias y la Ley autorizaba para imponer la de -- muerte. Esta disposición se aplicaba con todo rigor si de lo ex -- puesto resultaba haberlo merecido la acusada; la mujer criminal-

(3) Lucio Mendieta y Nuñez. El Derecho Precolonial. Pag. 26. 1937

sufría la última pena sin ruido ni ceremonia alguna en un lugar oculto, enterrándola con suma discreción que amparaba el honor de la familia. Así quedaba castigado el delito, dejando a salvo la reputación del marido ofendido y sin mancha a la clase distinguida, para quién principalmente estaban instituidas estas formalidades.

Más tarde con la generalización del matrimonio libre, el marido agraviado era quién tenía a su cargo la facultad repreciable del delito de adulterio y para darnos una idea clara del imperio del marido sobre la esposa, haremos referencia de una oración de Catón, cuya recopilación se debe a Aulio Gelio y que dice: "A menos de divorcio, el marido es juez de su mujer en vez de su censor, sobre ella tiene un imperio absoluto. Si ella hace algo deshonesto o vergonzoso, si ha bebido vino o faltado a la fe conyugal, él la condena y castiga". "Si sorprendieses a tu mujer en adulterio podrías impunemente matarla sin juicio. Si tú cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo: así es la ley". (4)

Debido a la creciente corrupción de la familia, ésta había llegado al extremo de la disolución y el Emperador Augusto, con el fin de reorganizarla expidió un edicto de represión al delito de adulterio, o sea la celebre "Lex Julio de fundo dotali et adulteris", que hacía referencia al matrimonio, al celibato y a la paternidad. En esta ley por primera vez se considera el

(4) Aulio Gelio. Noches Aticas. Trad. Esp. de Navarro. Libro X.- Vol. 24. Madrid 1893.

adulterio como delito público y en tal virtud, podía recibirse - la acusación de otras personas a más de la del padre y la del marido; en otras palabras se concedió acción pública para la persecución del delito de referencia.

Una vez que la mujer era declarada adúltera, perdía la mitad de su dote y el tercio de sus bienes, confinándola a una isla; el cómplice era desterrado a otra isla distinta y se confiscaba la mitad de su fortuna.

Asímismo la mencionada Lex Julio prohibía a la mujer condenada volver a contraer matrimonio, más no a ser concubina, se le imponía como cortesana, y desde entonces no podía ser testigo.

Los Emperadores subsecuentes, conservaron en general el rigor de la Lex Julio en cuanto al delito del adulterio. Constantino, bajo la influencia del Cristianismo aplicó la pena de muerte para este delito, después de llevar a cabo un rápido proceso; muerte a espada y pérdida de los bienes del adúltero y el destierro para la mujer, pero cuando ésta cometía el adulterio con su propio esclavo, era condenada a muerte y éste a morir en la hoguera.

Los hijos del Emperador Constantino agregaron mayor rigor a las penas mencionadas, prohibiendo la apelación y equiparando la sanción impuesta a la de los parricidas: el culeus o la hoguera.

Teodosio inventó la pena de conducir públicamente con campanillas a un lugar de prostitución a los adúlteros, que podían -

temer el escándalo de una marca pública.

El célebre jurisconsulto romano Justiniano, conservó la -- pena de muerte en lo que toca al hombre, pero en relación a la -- mujer infiel la cambió por la de azotes y reclusión en un monas-- terio, obligandola a tomar los hábitos si el marido ofendido no-- la perdonaba.

El derecho romano no permitió a la mujer acusar al marido-- del adulterio, porque ni podía acusar en juicios públicos, ni era cabeza de familia; por estas razones no era tampoco penado el co-- mercio sexual del marido con mujer soltera.

C).- DERECHO ESPAÑOL

Por lo que se refiere a la legislación española, encontra-- mos algunos datos en los ordenamientos jurídicos que nacen con -- la invasión de los pueblos romanos y germánicos.

Así tenemos EL CODIGO DE EURICO que es una compilación del derecho germánico aplicable a los visigodos, o sea a los invaso-- res y por lo tanto vencedores, en donde solo se regula el adulte-- rio cometido por la mujer casada, concediéndose acción al marido-- para dar muerte a los adúlteros si eran sorprendidos en el acto-- mismo de tal delito.

A los vencidos o sea a los Hispano-Romanos se les aplicaba el CODIGO DE ALARICO, que era una compilación de extractos del de-- recho romano, por lo que se reafirma el espíritu jurídico de es-- te derecho, cobrando importancia las disposiciones de la Lex Julio

EL FUERO JUZGO, llamado también Codex Visigothorum, Liber Iudicum o Forum Iudicum, es una compilación ordenada y sistemática de las Leyes Visigodas y cuya finalidad fue conformar la unidad legislativa, arreglado en la forma en que nos ha llegado hasta nuestros días bajo el reinado de los últimos soberanos visigodos Egica y Witza a fines del siglo VII, regula la represión del adulterio en las leyes contenidas en el título IV del libro III; refiriéndose la primera a "Si el adulterio fuese hecho de voluntad de la mujer, la mujer y el adulterador sean metidos en manos del marido, é faga Dellos lo que se quisiere", o sea que a voluntad del marido se determina la sanción; en caso de uxoricidio por esa causa, existe la impunidad absoluta para el marido, según se desprende de la Ley 4ª.

La Ley 13, nos dice que el adulterio previsto por este Ordenamiento es el cometido por o con mujer casada y la acción para perseguirlo se extiende al marido, a los hijos por imposibilidad de aquél a los parientes más próximos y al cualquier otra persona; dándole por lo tanto a ese hecho el carácter de delito público.

FUERO REAL.- Es hacia el principio del año de 1255, bajo el reinado del Alfonso X, El Sabio, que el Fuero Real fue sancionado y destinado a servir de Código en los territorios que no contaba con fuero especial y que se regían exclusivamente por el derecho consuetudinario al dejar de aplicar el Fuero Juzgo.

El Fuero Real, llamado también Fuero de las Leyes, Fuero del Libro y Libro de los Consejos de Castilla, que como ya hemos dicho fue destinado a derogar los Fueros Locales y los de Costumbre, se componía de cuatro libros subdivididos en setenta y dos títulos mismos que a su vez están compuestos de leyes.

En el libro IV es donde se trata el derecho penal y nos encontramos con una regulación más completa sobre el delito de -- adulterio, sancionando éste cuando es cometido por o con mujer -- casada, condena también al marido negándole acción para perseguir este delito, cuando él lo hubiese cometido a su vez, según se desprende de la Ley 4a. Título VII de este libro.

Asimismo, en la Ley 1a. siguiendo el criterio del Fuero -- Juzgo, concede potestad al marido para que pueda dar muerte a los adúlteros, previniendo que fuera a los dos; la Ley 6a. habla de -- la impunidad para el uxoricidio cometido por esa causa y también la extiende al caso de la hija o de la hermana a quienes se les haya sorprendido en la comisión del delito.

LAS PARTIDAS.- "Esta obra es sin duda alguna la más grande de las realizadas en el reinado de Alfonso X bajo sus auspicios, y también la primera de las escritas en toda la Europa Medioeval". (6)

En un principio este Código fue llamado con el nombre de -- Libro de las Leyes que hizo el rey Alonso, y no fue sino hasta -- el siglo XIV concretamente, en las Cortes de Segovia en el año --

(6) Miguel S. Macedo, Apuntes para la Historia del D. Penal Mex. Pag. 92. 1931.

de 1347, en que Alfonso XI le dió el nombre de Partidas. Este --
 Ordenamiento consta de siete partes y es en la VII en donde la -
 mayor parte se dedica al derecho penal, siendo en el Título XVII
 en el que se encuentra lo relativo al adulterio, es aquí donde -
 define el delito explicando porqué no puede perseguirse el come-
 tido por el marido, dando las siguientes razones: "La primera, -
 porque el adulterio que faze el varón con otra mujer non nace da
 ño ni deshonra a la suya. La otra porque el adulterio que faze -
 su mujer con otro, finca el marido deshonado, recibiendo la mu-
 jer a otro en su lecho e además porque del adulterio de ella pu-
 de venir al marido gran daño. Casi se empreñase de aquel con - -
 quién fiziese el adulterio, vernía el fijo extraño heredero en -
 uno con los susfijos; lo que non avernía a la mujer del adulte--
 rio que el marido fiziese con otra é por ende, pues que los da--
 ños e las deshonoras no son iguales, quisada cosa es que el marido
 aya esta mejoría e puede acusar a su mujer de adulterio, si fi--
 ziese, é ella non a El..." (7), encontramos pues el carácter pri-
 vado de este delito ya que la facultad de acusar se concede ex--
 clusivamente al marido, estableciéndose radical diferencia entre
 la comisión del delito por la mujer, que sí era castigada y por -
 el hombre que no era perseguido, tal se desprende de la Ley 1ª.

A continuación, nos ocuparemos de las diferentes leyes --

(7) Crimínalia. Pag. 292. 30 de junio de 1967.

que tienen relación con el delito de que se trata:

La Ley 2ª, autoriza al padre, al hermano y al tío de la --
mujer adúltera, para acusar, siempre y cuando el marido sea ne--
gligente y tolerante y "ella fuese perfiosa en la maldad". (8)

Sólo después de disuelto el matrimonio, por muerte del ma--
rido o por otro motivo, se concedía la acción popular, según lo--
establece la Ley 3ª.

En la Ley 6ª encontramos que se equiparaba al adulterio --
al matrimonio del tutor con su pupila, así como el hecho de ca--
sarla el tutor con un hijo suyo.

La Ley 7ª, impide la acción del marido cuando éste ha --
consentido, perdonado o dejado prescribir el delito.

En la Ley 10ª, se establece que la acusación debe ser pro--
bada con testigos si el delito es público y en caso de ser priva--
do bastarán las declaraciones de los siervos al servicio de los--
acusados.

El homicidio del adúltero que era sorprendido en el acto--
mismo del delito por el marido no era punible, aún cuando el ma--
rido debía abstenerse de matar a su mujer, ya que tenía que entrega--
rle al Juez, de acuerdo con lo previsto en la Ley 14ª.

"Las penas del adulterio eran la de muerte para el hom--
bre, y para la mujer las de azotes, reclusión en un monasterio y
pérdidas de la dote y las arras", dispone la ley 15ª. (9)

(9) Miguel S. Macedo, Apuntes para la Historia del Derecho Penal
Mexicano. Pag. 114. 1931

LEYES DE ESTILO.- Estas leyes contienen algunas disposiciones relativas al adulterio, "estableciendo como prueba suficiente que los adúlteros estuviesen escondidos en la casa, aunque no les hallasen solos ó desnudos: y todavía se llevó más adelante el rigor de la ley, estableciendo que a la desposada por palabras de presente que cometiese adulterio, se impusiese el mismo castigo que para la mujer casada tenía establecida la ley lo, tít. 2o.lib. 4o. del Fuero Real, del que ya hemos hecho mérito. El legislador supuso el caso de que uno de los cómplices fuera preso y el otro se fugase: la ley estableció para este caso, que si el preso fuese sentenciado y entregado al marido, no pudiese ser muerto por éste, hasta la setencia del prófugo, y que entonces pudiera matar a los dos si quisiese". (10)

ORDENAMIENTO DE ALCALA.- Este ordenamiento se compone de 32 Títulos divididos en 126 Leyes, siendo en los Títulos XX a XXII en donde se trata de la materia penal; en relación al adulterio se establece que el marido puede matar a su mujer y al adúltero si los sorprende in fraganti, pero no a uno solo de ellos, situación contraria a lo dispuesto en las partidas, según ya lo hemos visto. Así mismo preceptúa que la mujer no puede excusarse de responder a la acusación del delito de adulterio alegando igual conducta del marido, siendo esta disposición igualmente contraria a-

(10) Francisco de P. Mellado. Enciclopedia Moderna. Tomo Primero. Pág. 456. 1851.

la de las Partidas.

LEYES DEL TORO.- La ley 82 derogó la disposición contenida en el Fuero Real, según la cual el marido ofendido que daba muerte a los adúlteros, a la vez hacía suyos la dote y bienes de su mujer así como los del cómplice, con la única excepción para éste, que no tuviese hijos que lo heredaran. "En estas leyes, se determina que si el marido ofendido dá muerte a los adúlteros -- por propia autoridad al sorprenderlos in fraganti, pierde la dote y los bienes de aquél a quién matare; pero si lo hacía porque la justicia los ponía a su disposición se le eximía de pena". (11)

NOVISIMA RECOPIACION.- Este conjunto de normas contiene disposiciones en su mayor parte ya tratadas, pero citaremos la 5a. que se encuentra en el título 29 libro 12, que fué establecida por los reyes Don Fernando y Doña Isabel: "que el marido, que matase por su propia autoridad al adúltero y a la adúltera, aunque los tome in fraganti delito, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matase". (12). En -- otras palabras se deduce que el marido ofendido tendrá que probar la justicia de la muerte de los adúlteros, además probar el delito; en caso contrario deberá ser procesado y castigado, perdiendo la dote y los bienes de los que mató.

LOS CODIGOS.- "En el de 1822, se hace la distinción como-

(11) Alberto González Blanco. Delitos Sexuales. Pág. 195, 2a. Ed. Edit. Porrúa, S. A. 1969.

(12) Francisco de P. Mellado. Enciclopedia Moderna. Tomo Primero. Pág. 456. 1851.

delitos diversos, el adulterio de la mujer y del marido que los denomina amancebamiento". (13). El Ordenamiento Jurídico que rigió a partir de 1848 ya distingue el adulterio del amancebamiento y tiene como principales disposiciones reguladoras de aquél, las siguientes:

Art. 349.- El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea con su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Art. 350.- No se impondrá pena por el delito de adulterio, sino en virtud de querrela del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio, o perdonado a cualquiera de ellos.

Art. 351.- El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte, volviendo a reunirse con ella. En este caso se tendrá también por remitida la pena del adúltero.

Art. 352.- La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absoluta. Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas.

Art. 353.- El marido que tuviere manceba dentro de la casa

(13) Alberto González Blanco. Delitos Sexuales. Pág. 196, 2a. Ed. Edit. Porrúa, S. A. 1969.

conyugal o fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. La manceba será castigada con la destierro. Lo dispuesto en los artículos 350 y 351 es aplicable al caso de que se trata en el presente.

Por lo que toca al Código Penal de 1870, encontramos que substancialmente se mantienen las mismas reglas, las cuales se encuentran previstas en los artículos 448 a 452, así como el 438, en éstos se castiga todo caso de adulterio de la mujer, necesi--
tándose para que exista el delito que se haya consumado el hecho y que el adúltero sepa que es casada la mujer con quién copula y que ésta no esté en la creencia de que es soltera o viuda. En --
cuanto a la penalidad los infractores se hacen acreedores a la -
prisión correccional en sus grados medio y máximo. El delito de -
adulterio solo se puede perseguir a instancia del marido agravia
do y contra ambos culpables, lo que dá por resultado que tal ac--
ción no puede entablarse cuando uno de los culpables haya muerto
o fué perdonado por el marido.

CAPITULO III
EL DELITO DE ADULTERIO

- a).- Definición de adulterio.
- b).- Elementos constitutivos del delito de adulterio.
- c).- Presupuestos de este ilícito.
- d).- Acción persecutoria.

A).- DEFINICION DE ADULTERIO.

Dentro de nuestra legislación no existe una definición de lo que es ADULTERIO, pero se tiene entendido que tal palabra deriva de las voces latinas Alter Thorum, tal origen etimológico lo encontramos en la Ley la. Título XVII de la Séptima partida, en donde dice "Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada, ó desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín alterius et thorus, que quieren tanto decir como ome que va ó fué al lecho de otro; por tanto la mujer es contada por el lecho del marido con quien es ayuntada, é non el della". (1)

Ahora bien, el ADULTERIO puede ser considerado tanto dentro del Derecho Civil como dentro del Derecho Penal ya que los efectos

(1).- Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano.
7a. Ed. Pág. 424.

tos que produce en ambos son diferentes, pero no existiendo definiciones legales se le ha otorgado un significado puramente gramatical y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis visible en la Página 4757 del Tomo 81 del Semanario Judicial de la Federación establece:

"A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, que, en general, se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República, para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramatrimoniales de los cónyuges y aunque estas por su propia naturaleza, son de muy difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciarse a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo matrimonial".

Asimismo la jurisprudencia, a fin de establecer el concepto de ADULTERIO, recurre a la doctrina, tal y como lo hace en la ejecutoria visible en la Página 3636 del Tomo 82 del Semanario Judicial de la Federación, en donde dice: "Es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada".

El Código Penal vigente para el Distrito y Territorios -

Federales, se concreta a establecer las dos condiciones objetivas para su punibilidad, mismas que son: La realización del --- adulterio en el domicilio conyugal, o fuera de él, con escándalo, según se desprende del texto del artículo 273.

Esta falta de definición, da origen a que cognotados juristas, entre ellos Celestino Porte Petit y José Almaráz sostengan que en este delito existe ausencia de tipo, por lo que se viola el principio consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución Nullum crimen sine lege, problema que veremos al estudiar los elementos de este delito.

"Por otra parte, agotando la extracción del concepto de adulterio, observamos que el artículo 310 del Código Penal, al describir una modalidad atenuada de homicidio, es decir, el homicidio por infidelidad conyugal finca precisamente la atenuación para el caso de que una persona casada sorprenda a su cónyuge en acto carnal con otra, y de ahí surge claramente el concepto de adulterio el cual puede definirse, en términos netamente legales, no doctrinarios, como el acto carnal cometido por una persona casada con otra distinta de su cónyuge. Es por eso que a nuestro juicio el Código Penal al sancionar el adulterio, sin definirlo, no viola el principio de la legalidad, como lo sostienen entre otros los tratadistas citados". (2)

B) .- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ADULTERIO.

A este respecto seguiremos el orden establecido cuando -

(2).- Dr. Alberto González Blanco, Delitos Sexuales, Pág. 212-213, 2a. Ed. Edit. Porrúa, S. A. 1969.

hablamos de los elementos del delito en su aspecto positivo y negativo y es así como nos referimos a:

CONDUCTA.- Ya hemos visto que el delito ante todo es una conducta humana y para expresar este elemento se han usado diversas acepciones, tales como, acto, acción, hecho y de acuerdo con Luis Jiménez de Asúa, la palabra "acto" comprende el aspecto positivo de "acción" y el negativo de "omisión".

Desde luego es preferible el término de conducta que incluye, tanto el hacer positivo como el negativo.

En el delito de ADULTERIO tal conducta se integra con la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, cuando uno de ellos o ambos están unidos en matrimonio civil con un tercero; además, tal conducta debe realizarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 273 de la Ley de la materia, ésto es, lugar, o sea su realización en el domicilio conyugal o cuando se verifica tal hecho fuera del mismo, tendrá que ser con escándalo, modo.

La conjunción carnal o acto sexual da margen a problemas tales como, el aspecto de su existencia y esencia.

Con relación al primero, "Se plantea el problema de si se configura el adulterio en los casos en que no haya posibilidad de engendrar, como sucede cuando la mujer cohabita con un niño, un anciano o un eunuco. Tratándose del yacimiento con impúber, la generalidad de los autores se inclinan por la negativa, por estimar ese acto más bien como un caso de corrupción de

menores. No compartimos este criterio, por cuanto al adulterio, como delito, no requiere la procreación, ni la posibilidad de ella. Manzini y Cuello Calón se inclinan por la afirmativa pues consideran que en ese caso, media una infracción de los deberes conyugales. En cuanto al vacimiento con ancianos, la opinión dominante se inclina por la afirmativa. Por lo que respecta al yacimiento con eunuco, las opiniones se dividen, y así Carrara y Lucchini, no ven en esa unión adulterio, y sí en cambio Manzini y Bebel, porque para ellos la unión carnal no precisa la cópula normal y completa". (3)

Consideramos que para que exista el acto adulterino el acceso carnal en sí solo es suficiente, sin tener relevancia su perfección o plena terminación.

En cuanto a la esencia del acto sexual se consideran como tres los principales criterios, que son:

1.- El que rige el coito normal, descartando los actos libidinosos y contra-natura.

2.- El que exige solamente el seminatio intravas, o sea la sola introducción del órgano genital masculino en el conducto femenino, a condición que tal acto sea por el conducto normal.

3.- Este último criterio, precisa la sola unión de los -

(3).- Dr. Alberto González Blanco. Delitos Sexuales. Pág. 214 - 215. 2a. Ed. Edit. Porrúa, S. A. 1969.

órganos genitales, sin ser necesaria la seminatio intravas.

"La solución de este problema depende del criterio que se adopte sobre el interés jurídico objeto de la tutela. Si la protección recae sobre el concepto de la honestidad o la fé conyugal, resulta innegable que cualquier acto de tipo erótico será suficiente para configurar el ADULTERIO, pues como dice Haf-ter citado por Jiménez de Asúa, "Los actos graves contra natura no lesionan menos que la cópula normal, la pureza del matrimo-
nio"; y según Eusebio Gómez, "El acto se hace extensivo a todo contacto entre una mujer casada y un hombre que no sea su marido si ese contacto es libidinoso, porque eso constituye la prác-
tica normal o anormal de un amor fisiológico". En cambio, si la protección se proyecta en función de la seguridad de la descendencia, se exigirá la seminatio intravas, porque no es posible biológicamente la procreación, sin la existencia de la materia-
fecundante. Ahora bien, así como ya hemos indicado, el adulte-
rio, lesiona la integridad del matrimonio, y éste se afecta no sólo con la cópula normal (coito), sino también con cualquier
otro acto de tipo libidinoso, pues como expresa Ferrer, éstos se realizan con intención de consumar el acto carnal, siendo
imposible independizarlos del elemento intencional que los preside, consideramos que de los criterios expuestos el aceptable es el tercero". (4)

(4).- Dr. Alberto González Blanco. Delitos Sexuales. Pág. 217-218. 2a. Ed. Edit. Porrúa, S. A. 1969.

Con respecto al lugar de la realización del delito de que se trata, éste tendrá que ser el domicilio conyugal y al respecto vemos que el legislador de 1831, no precisa tal concepto dando origen a contradicciones, pero ya el Código de 1871 en su artículo 882 menciona que por domicilio conyugal debe entenderse - la casa o casas que el marido tuviera por habitación y también - la casa habitada solo por la mujer, siendo el Código de 1929 que en su artículo 892 nos dice, que es la casa en la cual el matrimonio tiene habitualmente su morada,

Desde luego que el Código de 1871 da una definición ficticia, ya que no toma en cuenta el hecho de que en la casa convivieran o no los dos cónyuges; en cuanto al Código Penal de 1929, aún cuando mejoró en su definición exige indebidamente la habitual morada sin tomar en cuenta que el delito de adulterio podría cometerse cuando la habitación es ocupada con carácter transitorio.

El modo de la comisión de este delito, cuando no se realiza en el domicilio conyugal, es con escándalo, lo que quiere decir que es la publicidad que se hace de los amores ilícitos en su desenfreno o desvergüenza, por lo cual se constituye una ofensa en contra del cónyuge inocente.

TIPICIDAD.- Sabemos que la tipicidad es el encuadramiento o adecuación de una conducta con la descripción, tipo, que hace la Ley. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula nullum cri-

men sine tipo.

Ya hemos dicho que por la falta de definición en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de ADULTERIO, - varios tratadistas aseguran la inexistencia del tipo respectivo- y en relación a este problema mencionaremos lo comentado por el Profesor Fernando Castellanos, (5) "Es oportuno hacer aquí referencia a cómo no pocos especialistas y muchos defensores, han -- pretendido demostrar que no se puede integrar, de acuerdo con la legislación del Distrito, el delito de adulterio por falta de ti po, por no definir la ley el adulterio; se limita a expresar que se aplicará la pena "a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo" (Art. 273). Tal criterio nos parece desacertado por no ser verdad, a nuestro juicio, que falte el tipo respectivo, ciertamente el nombre de la infracción no resulta adecuado, pues no todo adulterio es delictuoso; hubiera sido preferible emplear otra denominación para no identificar el todo con una de sus partes; pero el tipo se integra con un adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo. Carece de solidez la argumentación relativa a que la Ley no proporciona la definición de adulterio (uno de los elementos del tipo respectivo); tampoco define lo que debe entenderse por cópula, en el estupro; ni vida en el homicidio; en estas últimas infracciones,

(5).- Lineamientos de Derecho Penal, 6a. Ed. Pág. 160.

como en otras, la ley usa un nombre diverso al de uno de los elementos constitutivos del tipo y en el adulterio no, según se ha expresado", asimismo el propio autor, transcribe la siguiente tesis, contenida en la legislación del Estado de Baja California:

ADULTERIO, INTEGRACION DEL TIPO DEL DELITO DE.- El hecho de que el legislador designe el delito de adulterio con el nombre de -- uno de sus elementos, no significa inexistencia del tipo; éste se integra, precisamente, a) con un adulterio y b), que ese adulterio se verifique en el domicilio conyugal, o con escándalo, ya que no todo adulterio es delictuoso, sino únicamente el realizado en tales condiciones, siendo irrelevante que no se defina la palabra "adulterio", uno de los elementos de dicho tipo, pues es frecuente que la ley, al describir las figuras, utilice vocablos que requieren de una valoración por parte de los encargados de aplicar el Derecho. En consecuencia, la sentencia que condena a persona casada que sostuvo relaciones sexuales con un extraño, dentro del domicilio conyugal, no es violatoria de garantías".

(6) .

Las anteriores consideraciones conjuntamente con las expuestas al principio de este capítulo, nos dan margen para poder asegurar que el delito de adulterio sí se encuentra debidamente tipificado en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

ANTI JURICIDAD.- Hemos visto que el delito es conducta hu-

mana, que precisa ser típica, antijurídica y culpable, siendo - la antijuricidad elemento esencial integrante del delito. Este elemento se dá cuando no existen causas de justificación en la conducta y por lo que respecta al delito de ADULTERIO, no presenta en el aspecto negativo ninguna causa de justificación, -- mismas a las que ya hicimos referencia.

IMPUTABILIDAD.- Es la capacidad del sujeto de entender y de querer la realización de una conducta que lo sitúa en el campo del derecho penal, que sólo es imputable el que es capaz.

En el delito de que se trata surge el problema de si operan las causas de inimputabilidad y Manzini dice: "Es siempre - un hecho ilícito, antijurídico y, como tal, previsto en la ley penal como delito, y no puede decirse nunca, cualquiera que sean las condiciones en que se comete, que constituye un hecho ilícito en relación con la misma ley penal y el orden jurídico general. Por consiguiente, no pueden reconocerse circunstancias que excluyan el carácter objetivo del adulterio, el cual pierde su naturaleza delictiva exclusivamente por aquellas causas que excluyen el dolo". "Cuando el hecho se haya cometido con aquella voluntariedad y conocimiento, que es necesario y suficiente para constituir el dolo (imputabilidad), podrán presentarse las circunstancias que por motivo de conveniencia o de oportunidad admitan las leyes para eximir la responsabilidad (penal), pero no de imputabilidad, la cual queda inalterable, a pesar de la -

conurrencia de dichas circunstancias". (7)

En nuestro Código Penal las causas de inimputabilidad es tán contenidas en lo previsto por los artículos 68 y 119.

CULPABILIDAD.- El delito de adulterio requiere el dolo - específico, o sea la plena conciencia y voluntad de la conducta ilícita, acto sexual realizado a pesar de la existencia del vín culo matrimonial, conocido por uno o ambos sujetos.

El aspecto negativo de la culpabilidad se dá cuando el - copartícipe, ignora la calidad de casado del otro, subsistiendo la responsabilidad para el que no ignora tal hecho.

PUNIBILIDAD.- Una conducta es punible cuando su realiza- ción merece la aplicación de una sanción y el adulterio será pu- nible cuando no se antepongan casos de inimputabilidad o exclu- yentes de responsabilidad.

En este delito no es dable la excusa absolutoria, en el - aspecto negativo.

C).- PRESUPUESTO DEL DELITO DE ADULTERIO.

Los presupuestos de este delito son en primer lugar, la - existencia del matrimonio civil de los sujetos o cuando menos - de uno de ellos, asimismo el acceso carnal realizado con perso- na ajena al vínculo matrimonial.

CLASIFICACIÓN.- En cuanto al tipo el delito de que se --

(7).- Carmona. Ob. Cit. Pág. 271.

trata se clasifica como autónomo ya que no depende de otros y es normal, por ser solo de descripción objetiva; es de acción en orden a la conducta o instantáneo ya que se consuma en el momento mismo de la realización sexual, pero en este aspecto también puede ser delito continuo, cuando las relaciones carnales entre los sujetos se prolongan en forma más o menos permanente.

En orden a los sujetos Petrocelli y Pisapia, representantes de una moderna corriente italiana, consideran al delito de adulterio como monosubjetivo, ya que para ellos la mujer es el único sujeto típico de este delito; en cambio Carrara, Manzini y Pessina, consideran que es un delito bilateral, pues requiere de dos agentes, el activo y el pasivo.

D).- ACCION PERSECUTORIA.

El artículo 274 del Código Penal dice: "No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido, pero cuando éste formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codelinquentes. Esto se entiende en el caso de que los dos adúlteros vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se encuentre en esas condiciones.

La serie de elementos y requisitos de la definición anterior nos llevan a las siguientes conclusiones:

"a).- El único titular de la querrela es el cónyuge ofen

dido. Esta regla obedece, según opinión dominante en los tratadistas, a que el interés público que reclama la represión puede enfrentarse al interés contrario de la familia y de los hijos, del que el esposo ofendido debe ser el único juez; cuando éste guarde silencio, el Ministerio Público no puede de oficio iniciar la persecución, salvo el caso en que el adulterio haya degenerado en otro delito. Sin embargo, el sistema adolece de los defectos generales de todo delito perseguible a instancia del ofendido.

"b).- En el adulterio doble realizado con escándalo, son ofendidos los dos cónyuges inocentes dado el carácter públicamente afrentoso de la infracción; en consecuencia, cada uno de ellos tiene la independiente facultad de querellarse. En cambio, en el adulterio doble realizado en el domicilio conyugal de uno de los cónyuges burlados, nos parece que éste es el único que puede entablar la querrela, pues sólo en él se dan las características especialmente ultrajantes del delito.

"c).- La norma que ordena proceder contra los dos adúlteros en el caso en que ambos vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país, debe entenderse en el sentido de que ambos sean, además, culpables de delito; si alguno de ellos se encuentra excluido de responsabilidad en --- cualesquiera de las formas que explicamos en el número anterior, la acción y el procedimiento solo podrán entablarse o seguirse contra el otro.

"d).- Como en todos los delitos que requieren como condición de procedibilidad la querrela necesaria, en el adulterio - la acción penal desaparece cuando ha mediado consentimiento del ofendido (art. 93 del Código Penal). El consentimiento es un acto anterior o contemporáneo al hecho estimable como delito, por el cual el resentidor de sus perjuicios autoriza táctica o expresamente su comisión. En el adulterio el consentimiento es expreso cuando, por ejemplo, el marido induce o faculta a su mujer para el ejercicio de la prostitución o se transforma en lenón - de la misma o intencionalmente favorece su entrega a tercero. - Es tácito cuando consiente, tolera o se lucra con el adulterio - del que ha tenido conocimiento. No puede interpretarse como consentimiento el adulterio recíproco; Martínez de Castro, en la - Exposición de Motivos al Código de 1871 decía: "Algunos Códigos admiten al acusado de adulterio la excepción de que su cónyuge - ha cometido el mismo delito; pero se desechó esta idea, porque - si bien es justo que el adulterio sea una de la causas que dé - lugar a la acción civil de divorcio, no le es que sirva de excu - sa de otro adulterio; ya porque los delitos no deben compensar - se para la imposición de la pena, y ya también, porque admitir - tal excepción es lo mismo que autorizar a los cónyuges que recí - procamente se han faltado a la fidelidad conyugal para que si - gan cometiendo adulterios sin temor alguno, puesto que los dos - pueden alegar la excepción indicada".

"e).- Igualmente, el perdón extingue la acción penal ---

(art. 93). El perdón es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por lo que el ofendido hace remisión tácita o expresa del agravio o manifiesta su voluntad de que no se inicie o termine el procedimiento penal. Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables (art. 276) Adviértase que el perdón en el adulterio, por excepción, no solo es extintor de la acción penal sino de las penas; esto último repugna a la tradición jurídica, ya que la sentencia punitiva se anula ante una especie de indulto por gracia en manos de particulares.

"f).- Cuando en el adulterio doble resultan ofendidos -- los dos cónyuges de los culpables, el consentimiento, perdón o desistimiento de uno de ellos no priva al otro de la persecución del delito.

"g).- La muerte del ofendido antes de la presentación de la querrela, por falta de titular, extingue la acción penal que le correspondía, De la misma manera, el divorcio anterior a la querrela anula la acción, pues el ofendido ya no es cónyuge. Pero si la muerte o el divorcio acontecen después de entablada la queja, el procedimiento debe continuar. (8)

(8).- Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano, 7a. Edición. Pág. 437.

CAPITULO IV

EL DELITO DE ADULTERIO EN NUESTRA LEGISLACION ACTUAL

- a).- Derecho Penal
- b).- El delito de adulterio en las Entidades Federativas
- c).- Tendencias a la supresión del adulterio como delito
- d).- Derecho Civil.- El adulterio como causal de divorcio

A).- DERECHO PENAL MEXICANO.

Siendo el Código Penal de 1871 la primera reglamentación-completa que logramos tener en nuestro país, consideramos necesario hacer una referencia en relación al delito de adulterio.

El mencionado Ordenamiento estimaba como delito, el adulterio cometido por la mujer casada y la esposa solo podía tener derecho a la acción penal cuando el marido cometiese el acto ---adulterino en el domicilio conyugal, o con concubina, o con escándalo. El Licenciado Antonio Martínez de Castro, miembro de la comisión nombrada para formular el mencionado Código Penal, explica los motivos de la reglamentación del ilícito que nos ocupa de la siguiente manera: "Respecto al 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 al marido y la mujer adúlteros, no son por cierto --iguales las consecuencias, pues aquél queda infamado, con razón-

o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio". (1)

Al cuerpo de leyes mencionado anteriormente siguió el Código Penal de 1929, de efímera vigencia, pero que con acierto incluyó el adulterio en el título de los "Delitos contra la familia", además de establecer tal infracción penal sin distinción alguna en cuanto al sexo de los culpables, diciendonos el artículo 891 que: "El adulterio solo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo".

Es el Código Penal de 1931 el de actual vigencia y que contiene en su artículo 273 el tipo del delito de adulterio que en capítulos anteriores hemos analizado, pero cuya redacción repetiremos: "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".

Al elaborarse el proyecto del Código Penal mencionado, la mayoría de la comisión redactora, votó por el adulterio en sentido negativo, o sea que desapareciera del catálogo de los delitos, siendo los Licenciados Ruiz Garrido y José Angel Ceniceros, contrarios a tal tendencia, mencionando que: "Reconocien

(1).- Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano.
7a. Edición. Pág. 427.

do las acerbas y en ocasiones justificadas críticas que se han-
hecho para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho puni-
tivo, juzgaron que se debía seguir incluyendo en los Códigos Pe-
nales, porque tal inclusión representaba, por lo menos, un va-
lladar que se opone al desenfreno y al relajamiento de las cos-
tumbres, porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, -
tiene también una alta misión civilizadora". (2)

B).- EL DELITO DE ADULTERIO EN LAS VEINTINUEVE ENTIDADES FEDERA-
TIVAS.

Código Penal de 1949 para el Edo. de Aguascalientes:

Art. 249.- "Cometen el delito de adulterio el hombre y la
mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, si uno de ellos o
los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se-
ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo".

Código Penal para el Edo. de Baja California:

En esta entidad federativa rige a partir del 22 de julio-
de 1959 el Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Fe-
derales.

Código Penal de 1943 para el Edo. de Campeche:

Este Ordenamiento Jurídico no contiene el adulterio den-
tro del catálogo de delitos.

Código Penal de 1941 para el Edo. de Coahuila:

Art. 249.- De igual redacción al Art. 273 del Código Pe-
nal para el Distrito y Territorios Federales.

(2).- Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano.
7a. Ed. Pág. 431.

Código Penal de 1955 para el Edo. de Colima:

Art. 238.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1938 para el Edo. de Chiapas:

Art. 275.- Varía en cuanto a la redacción del Art. 273, - del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, solo en que pone un límite inferior a la penalidad. "Se aplicará prisión desde un mes hasta dos años y ...

Código Penal de 1971 para el Edo. de Chihuahua:

Art. 257.- "Se aplicará reclusión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada, siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo".

Código Penal de 1944 para el Edo. de Durango:

Art. 234.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1956 para el Edo. de Guanajuato:

Art. 212.- "Adulterio es la cópula de persona casada, con otra del sexo contrario que no sea su cómplice.

Código Penal de 1953 para el Edo. de Guerrero:

Art. 240.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1970 para el Edo. de Hidalgo:

Art. 259.- "Se entiende por adulterio, el trato carnal de

mujer casada con hombre que no sea su marido, o de hombre casado con mujer que no sea su esposa". Este tipo de delito se encuentra en el título de delitos contra la integridad de la familia.

Código Penal de 1933 para el Edo. de Jalisco:

Art. 246.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1961 para el Edo. de México:

Art. 185.- "Se impondrá prisión hasta de tres años a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada.

Este delito solamente se castigará cuando haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

El precepto indicado se encuentra dentro del título relativo a los delitos contra el orden de la familia.

Código Penal de 1962 para el Edo. de Michoacán:

Este Ordenamiento Jurídico no contiene el adulterio dentro del catálogo de delitos.

Código Penal de 1946 para el Edo. de Morelos:

Art. 245.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1969 para el Edo. de Nayarit:

Art. 257.- "Se entiende por adulterio, la cópula de mujer casada con hombre que no sea su marido, o de hombre casado con mujer que no sea su esposa. El adulterio solo se sancionará cuando se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.

El precepto indicado se encuentra dentro del título relativo a los delitos contra el orden de la familia.

Código Penal de 1934 para el Edo. de Nuevo León:

Art. 263.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1943 para el Edo. de Oaxaca:

Este Ordenamiento Jurídico no contiene el adulterio dentro del catálogo de delitos.

Código Penal de 1943 para el Edo. de Puebla:

Este Ordenamiento Jurídico no contiene el adulterio dentro del catálogo de delitos.

Código Penal de 1931 para el Edo. de Querétaro:

Art. 243.- De igual Redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1944 para el Edo. de San Luis Potosí:

Art. 294.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1940 para el Edo. de Sinaloa:

Art. 238.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1949 para el Edo. de Sonora:

Art. 221.- Varía en cuanto a la redacción del Art. 273, del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, solo en que pone un límite inferior a la penalidad aumentando el límite superior, "Se aplicará de tres días a tres años y ...

Código Penal de 1972 para el Edo. de Tabasco:

Art. 251.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1956 para el Edo. de Tamaulipas:

Art. 255.- De igual redacción al Art. 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

Código Penal de 1957 para el Edo. de Tlaxcala:

Art. 244.- "Se entiende por adulterio, el trato carnal - de mujer casada con hombre que no sea su marido, o de hombre casado con mujer que no sea su esposa. Para considerar comprobado el delito de adulterio, no se necesita que lo sea el acto carnal mismo, sino que otras circunstancias comprobadas lo hagan suponer fundamentalmente.

Código Penal de 1948 para el Edo. de Veracruz:

Este Ordenamiento Jurídico no contiene el adulterio dentro del catálogo de delitos.

Código Penal de 1938 para el Edo. de Yucatán:

Este Ordenamiento Jurídico no contiene el adulterio dentro del catálogo de delitos.

Código Penal de 1967 para el Edo. de Zacatecas:

Art. 275.- "Se entiende por adulterio la cópula de mujer casada con hombre que no sea su marido, o de hombre casado con mujer que no sea su esposa. El adulterio sólo se sancionará --- cuando se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.

Este precepto se encuentra dentro del título relativo -

a los delitos contra el orden de la familia.

Con base en un estudio comparativo de las legislaciones de los Estados, en cuanto al concepto del delito de adulterio, resulta que:

a).- Existen Entidades en donde el adulterio, no es considerado como un ilícito penal.

b).- Hay reglamentaciones penales que definen que es el adulterio, o mejor dicho en que consiste tal conducta.

c).- Asimismo en algunos Códigos Penales, el delito de Adulterio se comprende dentro del Título relativo a las infracciones en contra del orden familiar, y

d).- Quince Ordenamientos Jurídico Penales, siguen la pauta trasada por el Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales.

C).- TENDENCIAS A LA SUPRESION DEL ADULTERIO COMO DELITO.

Ya desde el siglo XVI, Julio Claro sostenía que era competencia del campo de la moral el problema de la infidelidad conyugal.

En forma somera mencionaremos las opiniones de diferentes pensadores en relación a este problema:

BECCARIA fué uno de los primeros en sostener "la improcedencia de incluirlo dentro del catálogo de los hechos punibles, por responder a sentimientos, a pasiones, a impulsos biológicos irresistibles a tan fatales como la ley de la gravedad, así co-

mo la dificultad que ofrece su prueba". (3)

TISSOT expresa: "El adulterio es un simple atentado a la moral. No es un delito por ser violación de una promesa, ya que el perjurio por sí mismo sólo es un atentado a la moral.

El deber conyugal no ha sido objeto nunca de una ley, -- aunque la capacidad absoluta, haya sido considerada algunas veces motivo de divorcio. No es la violación de la promesa lo que se castiga, sino las consecuencias dañosas que de ella se derivan. Introducción de hijos extraños, etc. etc. es decir, que en el adulterio no se castiga el hecho en sí, sino las consecuencias. El hecho en sí -el perjurio- es solamente un atentado a la moral". (4)

PESSINA menciona: "Si hay una materia en la cual un arca no y misterioso poder superior a nuestra libertad manifieste toda su terrible eficacia, es la vida afectiva, que recorre todos los estratos de la naturaleza humana, desde los pensamientos -- más puros de la inteligencia hasta las efusiones de los sentimientos. El predominio del pathos en la vida sexual, llega a -- tal punto de superabundancia, que la exigua parte dejada a la libre voluntad confina con la falta de responsabilidad jurídica en el más alto sentido de la palabra; así los hechos relativos a la misma son más necesidad por predestinación que fruto de libre elección". "El amor no puede ser materia de precepto jurídi

(3).- Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano, 7a. Edición, Pág. 433.

(4).- M. E. Carmona. El adulterio, pág. 237.

co. El buen sentimiento dicta que la fidelidad, como obligación impuesta por la coacción de los tribunales, es una observación de las más graves. ¿Que marido, ni que esposa, pueden aceptar - dignamente que su consorte le ame, mejor dicho, finja demostraciones de cariño por deber, por espíritu de sacrificio, por puro acatamiento a la ley penal? ¿Qué valor puede tener en tales circunstancias una caricia, ni la vida en común?. Muchos biólogos sostienen, según expresa Carmona, "que gran parte de los actos humanos están regulados por el sexo, llegan con Krestchmer a hablar de (amores esquisofrénicos) y (amores ciclotícos), sobre cuya base Gambarotta sentó la teoría de los (Derechos necesarios), considerando como tales a aquellos que la Biología reconoce al organismo". (5)

Langle Rubio, cuya opinión es compartida por el penalista Jiménez de Asúa y Oneca, indica: "Reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar la infracción de los deberes morales más que jurídicos; - pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge, un derecho a exigir su observancia, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito". (6)

Diego Vicente Tejeda, manifiesta: "La familia propiamente

(5).- M. E. Carmona. El adulterio. Pág. 238.

(6).- Francisco González de la Vega. Ob. Cit. Pág. 429.

te dicha es la que crean dos seres de sexo contrario unidos por el amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si no estaba de antemano destruída, porque produce el abandono por parte de uno de esa entidad, o la desatención de sus obligaciones, perjudicándose grandemente los productos del matrimonio... Pero lo que afecta a este grupo tan necesario para la vida, ¿debe considerarse como productor de efectos sociales?. Ciertamente no, Todos los actos de las familias son de orden privado... ¿Porqué, pues, cuándo se comete un acto que no es más que la violación de un pacto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho Penal? ¿No hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilución que crea un adulterior? Ciertamente que sí: Está el divorcio, está la pérdida de ganancias, de los dotales, están las indemnizaciones y muchas más, - incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, pero todas - sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del derecho privado general". (7)

Las legislaciones penales de Inglaterra, Suecia, Uruguay, Cuba, Colombia y Costa Rica no consideran al adulterio como delito y ya hemos visto que en nuestra legislación los Códigos Pe

(7) .- El adulterio. Memoria, Habana, 1928. Págs. 165,166 y 167.

nales de Campeche, Michoacán, Oaxaca, Puebla, Veracruz y Yucatán, han suprimido del catálogo de delitos al adulterio.

El profesor Francisco González de la Vega (8), opina que las corrientes contemporáneas, general mente se inclinan en un -- sentido abolicionista. "Esta orientación principalmente se finca en la dificultad de denotar con certidumbre el verdadero objeto y utilidad de la tutela penal contra el adulterio, en las difi-- cultades prácticas de su comprobación, en la esterilidad de su -- represión y en la crisis actual del matrimonio".

A este respecto haremos el siguiente comentario: En rela-- ción al objeto que tutela la figura delictiva que tratamos, se -- han mencionado la honestidad, tanto del ofendido como de la so-- ciedad; el honor de la víctima; la fidelidad conyugal; el orden de la familia; el orden ético jurídico matrimonial y familiar in-- tegrado por el ejercicio de la función sexual; o que tal objeto-- radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por actos adúlteros realizados en -- condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente; o bien-- que existe imposibilidad de precisar tal objeto; en considera--- ción a lo expuesto nos adherimos al concepto del Doctor Alberto-- González Blanco (9), que dice: "Para nosotros, el objeto de la -- tutela penal en el adulterio radica en el interés de asegurar la integridad del matrimonio. Es por eso que estimamos no tiene ra-- zón Soler, al sostener que el adulterio no puede alcanzar la de--

(8).- Derecho Penal Mexicano. Pág. 428. 7a. Ed.

(9).- Delitos Sexuales. Pág. 209. 2a. Ed. Edit. Porrúa, S.A. 1969.

terminación de un bien específicamente protegido, pues debe tenerse en cuenta que todos los intereses por él señalados, tienen relevancia en función de la integridad del matrimonio"; los intereses que señala Soler, son los del matrimonio, la garantía de la pureza de los hijos, la honestidad y aún la exclusividad de las relaciones sexuales.

D).- DERECHO CIVIL MEXICANO.- EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

La reglamentación que contiene el Código Civil de 1884 - en su Art. 227 enuncia como causal legítima de divorcio en su primera fracción: "El adulterio de uno de los cónyuges", y en su Art. 228 estipula: "El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

II.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

III.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima;

IV.- Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Tiempo después, el nueve de abril de 1917, era expedida la Ley de Relaciones Familiares y en su artículo 76 también consideraba en la fracción I como causal de divorcio, "El adulte--

rio de uno de los cónyuges.

El artículo 77 de este mismo Ordenamiento contiene en sus diferentes fracciones las condiciones de diferencia de la conducta adulterina cuando era cometida por el hombre o por la mujer.

Art. 77. El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido solamente cuando en él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;

II.- Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;

III.- Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.

IV.- Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

Con fecha primero de octubre de 1932 entró en vigor el -- Código Civil vigente conteniendo en la fracción I del artículo 267, el adulterio como causal de divorcio.

Art. 267.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; ...

Con respecto a los Ordenamientos que hemos mencionado, cabe hacer algunas consideraciones:

PRIMERA.- Igualdad de la situación jurídica de ambos sexos, cosa que no acontecía en el Código Civil de 1884 y en la --

Ley de Relaciones Familiares.

SEGUNDA.- No existe definición de la conducta, por lo que al igual que en el Código Penal se debe estar al concepto gramatical.

TERCERA.- En atención a lo anterior la relación sexual deberá ser entre personas que no estén unidas en matrimonio civil, siendo una de ellas por lo menos casada civilmente con una tercera.

CUARTA.- Tal unión sexual no comprende los actos contra-natura, aún cuando algunas legislaciones de los estados si consideran tal conducta como actos de extrema injuria, cometidos en contra del cónyuge.

QUINTA.- El igual que en la legislación penal, la esencia de la conducta adulterina debe consumarse, no aceptándose la tentativa, por lo que las relaciones amorosas que cualquiera de los cónyuges sostenga con una tercera persona sin llegar a consumir el acto sexual, no caben dentro de esta causal aún cuando en extremo podrían hacerse valer dentro de las injurias graves, tal como deberían considerarse las relaciones sexuales con personas del mismo sexo.

Con vista en las legislaciones de los estados, comentaremos algunas diferencias normativas en comparación con la fracción I del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales:

"En el Edo. de Tlaxcala se exige para que el adulterio --

del marido pueda fundar la demanda de divorcio, que concurran - algunas de las siguientes circunstancias:

1.- Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal;

2.- Que haya habido concubinato dentro o fuera de la casa conyugal;

3.- Que haya habido escándalo o el marido hubiere insultado públicamente a la mujer legítima;

4.- Que la concubina haya maltratado de palabra o de obra a la mujer legítima o que por su culpa sufra estos malos de otra persona.

En el Edo. de Morelos y Sonora también se considera entre las causas, los actos preparatorios del adulterio, siempre que conduzcan directamente a su realización; y en Tamaulipas, - se sanciona de igual manera que el adulterio, a las relaciones sexuales con otra persona, sin exigir que sea de sexo contrario.

El reconocimiento que haga la mujer de un hijo que no proceda del matrimonio, funda la demanda de divorcio en Yucatán, si aquel se lleva a cabo sin el consentimiento del esposo.

En el Código de Morelos y Sonora, no sólo aparece el adulterio como causa del divorcio, sino también el comportamiento habitual de uno de los cónyuges por más de un año con persona de diferente sexo que haga presumir la existencia de relaciones amorosas entre ellos. Esta norma nos parece muy justa por dos razones:

La primera consiste en la gran dificultad para probar el adulterio y la segunda, en el hecho de que algunos de los cónyuges mantenga relaciones amorosas con otra persona, se pasee con ella y públicamente se conduzca como amante de la misma, no sólo hace presumir el adulterio , sino que constituye un agravio al otro cónyuge". (10)

(10) .- Eduardo Pallares. El divorcio en México. Pág. 142. 1a. - Edición, 1968.

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

PRIMERA.- El adulterio tal y como está tipificado por la mayoría de nuestra legislación, debe suprimirse del catálogo de delitos.

SEGUNDA.- Es conveniente que el adulterio, siga existiendo como causal de divorcio en el Código Civil, pero debería adicionarse con otras causales que comprendan las relaciones homosexuales de cualquiera de los cónyuges y los actos contra natura, ya que estas dos últimas conductas lesionan el orden familiar tanto como la primera.

Nuestra opinión es que deben formularse las causales mencionadas en forma concreta, aún cuando se considere que están comprendidas dentro de la causal que se refiere a injurias graves.

TERCERA.- En caso de considerarse al adulterio como delito, en virtud de que ataca el orden matrimonial, base de la familia, debería incluirse en un capítulo relativo a las infracciones en contra del orden familiar.

CUARTA.- De ser afirmativa la posición anterior la redacción del artículo respectivo debe contener la definición de la conducta, tal y como lo hacen algunos códigos penales de los Estados, a fin de acabar con las argumentaciones en contra del tipo.

Estamos de acuerdo en que debería seguir condicionado al

modo y lugar, o sea con escándalo o en el domicilio conyugal.

QUINTA.- Si se considera que el adulterio como delito tutela el orden familiar, se deben tomar en cuenta otras conductas que como ya mencionamos, también atacan el mismo bien jurídico y que son las relaciones homosexuales de cualquiera de los cónyuges y las contra natura, desde luego que considerando que estas conductas sean cometidas en condiciones de modo y lugar, que verdaderamente tiendan a la desintegración del matrimonio.

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

- ABARCA Ricardo, Derecho Penal en México, 1941.
- ANTOLISEI Francisco, Manuale di Diritto Penale, 3a. Ed., Milano 1955.
- BALLVE, Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, México 1951.
- CARMONA M. E., El Adulterio.
- CARRANCA Y TRUJILLO Raúl, Código Penal Anotado, 3a. Ed. Edit. - Porrúa, México 1971.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano, T. I, 5a. Ed. México 1958.
- CASTELLANOS TENA Fernando, Lineamientos de Derecho Penal, 6a. - Ed. Porrúa, S. A., 1971.
- CASTELLANOS TENA Fernando, Criminalia, año XXVI, Pág. 874.
- CAVALLO, Diritto Penale, Parte Generale, V. 2, Napoli, 1955.
- CENICEROS Y CARRILLO, La Ley Penal Mexicana, T. I, 6a. Ed. México.
- CUELLO Y CALON Eugenio, Derecho Penal, 8a. Ed. Barcelona, 1947.
- GARCIA LOPEZ Eduardo, Cuestiones Penales, México 1909.
- GELIO Aulio, Noches Aticas, Trad. al Español de Navarro, Lib. X, Vol. 24, Madrid 1833.
- GOMEZ Eusebio, Tratado de Derecho Penal.
- GONZALEZ BLANCO Alberto, Delitos Sexuales, 2a. Ed. Porrúa, México 1969.
- GONZALEZ DE LA VEGA Francisco, Derecho Penal Mexicano, 7a. Ed.- Porrúa, México 1964.
- JIMENEZ DE ASUA Luis, La Ley y el Delito, Edic. A. Bello, Caracas 1945.
- JIMENEZ DE ASUA Luis, Derecho Penal, T. I, Madrid, 1949.

- JIMENEZ HUERTA Mariano, *La Tipicidad*, Edit. Porrúa, México 1955.
- JIMENEZ HUERTA Mariano, *Panorama del Delito*, Imprenta Universitaria, 1950.
- LANDAMBURU, *El Delito como Estructura*, Revista de Derecho Penal, I.
- LOZANO José María, *Derecho Penal Comparado*.
- MACEDO Miguel S., *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*, 1931.
- MAGGIORE Giuseppe, *Derecho Penal*, Edit. Temis, Bogotá, 1954.
- MELLADO Francisco P., *Enciclopedia Moderna*, T. I, 1851.
- MENDIETA Y NUÑEZ Lucio, *El Derecho Precolonial*, 1937.
- MEZGER Eduardo, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Madrid, 1949.
- OROPEZA QUIROZ GILBERTO, *Tesis Profesional*, 1970.
- PALAFIX VAZQUEZ Carlos, *Criminalia*, año XXXIII, Pág. 291.
- PALLARES Eduardo, *El Divorcio en México*, la. Ed., 1968.
- PORTE PETIT Celestino, *Apuntes de la Parte General, de Derecho Penal*, la. Ed. Edit. Jurídica Mexicana, 1969.
- RODRIGUEZ NUÑEZ, *Función de la Tipicidad de la Dogmática del Delito*.
- VILLALOBOS Ignacio, *Derecho Penal Mexicano*, 2a. Ed. Porrúa, 1960
- TRABAJOS DE REVISION DEL CODIGO PENAL IV, México 1941.