

275 2e1



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
"ACATLAN"  
FACULTAD DE DERECHO**



**INOPERANCIA DEL DELITO DE ADULTERIO EN  
EL DERECHO PENAL MEXICANO**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**T E S I S  
QUE PARA OBTENER LA LICENCIATURA  
EN DERECHO  
S U S T E N T A  
SABINO SANCHEZ VERGARA**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

## I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION.	8
OBJETIVO.	12
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS.	14
1.1.- En Grecia.	20
1.2.- En Egipto.	22
1.3.- En Roma.	22
1.4.- En la Edad Media.	27
1.4.1.-El Código del Fuero Juzgo en España.	28
1.4.2.-El Fuero Real.	30
1.4.3.-Leyes de Estilo.	32
1.4.4.-Las Partidas.	32
1.5.- En la Colonia.	35

## CAPITULO II

EL ADULTERIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.	
2.1.- En el Código Penal de 1871.	36
2.2.- En el Código Penal de 1929.	50
2.3.- En el Código Penal de 1931.	57
2.3.1.-Un acto de Adulterio	58

	Pág.
2.3.2.-Que el acto se cometa en ocasiones de grave ofrenda.	58
2.4.- Reformas al tipo de Adulterio	61

### CAPITULO III

3.1.- Concepto Gramatical.	62
3.2.- Concepto Doctrinal.	64
3.3.- Concepto Legal.	71
3.3.1.-Con Escándalo	74
3.3.2.-En el Domicilio Conyugal	75

### CAPITULO IV

<b>APLICACION DE LA TEORIA DEL DELITO AL ADULTERIO ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS</b>	80
4.1.- Conducta.	81
4.2.- Tipicidad.	84
4.2.1.-Tipo.	91
4.3.- Antijuridicidad.	95
4.4.- Culpabilidad.	99
4.5.- Punibilidad.	104
 Proposiciones y Conclusiones.	 187
Bibliografía	112

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

El proposito del estudio del delito de adulterio, es -- realizar un análisis a fondo para lograr por medio del mismo aportar algunas recomendaciones para superar lo establecido en las normas jurídicas que regulan dicha figura jurídica, a efecto de que la aplicación del derecho sustantivo se adecúe a los avances científicos y doctrinarios que se han logrado últimamente.

Es así que al avanzar la problemática del tema, nos damos cuenta que el régimen jurídico a que ésta sujeta esta materia, toda via lo regulan doctrinas y corrientes jurídicas de épocas pasadas y lo tratan con ciertas reservas, de tal manera de que al pretender cambiar esos puntos de vista sobre el contenido de la norma y del supuesto jurídico se pierde el peligro de que la dógmatica se convierta en mero formalismo al tratar de aplicarla, ya que se considera fuera de la realidad por la distinta concepción en el tiempo y en el espacio -- que de ella se tiene como consecuencia de los distintos puntos de vista de la costumbre, superada a hora -- por el derecho positivo vigente, pués en el pensar de las gentes a dejado de tener el carácter de delito.

Lo anterior lo encontramos al realizar un recorrido en la historia, vemos que a él hombre y la mujer se les ha dado distinto trato en las normas jurídicas y se les reconocieron derechos y obligaciones algunas veces favoreciendo a la mujer como lo fue en el matriarcado y

otras épocas a favor del hombre, así es como observamos que las personas que cometían un delito sexual eran castigadas con penas muy graves y mas severa era la penalidad si la acusación recaía en una mujer.

A medida que se fue reconociendo la igualdad ante la ley sin distinción de sexo, al mismo tiempo la problemática del delito de adulterio ha perdido su categoría como tal y la mujer como resultado de esa igualdad ha contraído obligaciones que en calidad de ente capaz puede desarrollar dentro de la sociedad.

En el capítulo primero hago un análisis histórico, breve de las normas jurídicas que se referían al delito de adulterio, en aquella época la vida se desarrolló en un casi completo obscurantismo, en medio, no de miles de misterios sino de uno sólo, enorme e impenetrable tabú, que por la ignorancia e impreparación que imperaba se consideraba como una falta gravísima a la fidelidad, por eso mismo la penalidad fue tan cruel e inhumana.

Trato de desarrollar el presente tema, en una universidad que es un templo de cultura, donde se incuban todas las ideas, donde convergen diversidad de tesis y doctrinas y donde el pensamiento universal debe tener cabida, anhelando además, la crítica para rectificar el camino si es equivocado y poder conducirnos con firmeza, por el único sendero justo de la verdad jurídica.

En los Códigos Penales Mexicanos de los años de 1871, - 1929, anteriores al de 1931, en sus preceptos que hacían

referencia al delito de adulterio, observamos como a la mujer se le sancionaba, mas gravemente si incurria en una conducta adulterina. La valoración y la visión de la conducta sexual, no es la misma en la actualidad que -- hace veinte años y muchisimo menos en la del año de -- 1931, en que fue elaborado el Código Penal en vigor.

De dichas leyes resalta como una determinada actitud, - de naturaleza sexual puede motivar sanciones diversas, aun contradictorias en ciertos momentos.

Como consecuencia, el derecho, reflejo del sentir general, consideraba como delito y sancionaba como tal y con penas tan graves una actitud que en los tiempos modernos en ocasiones no se toma en cuenta, por ser esta indifere - nte a la comunidad e incluso se puede contar con su - aprobación y complacencia.

En lo que al concepto de adulterio se refiere, nuestro - Código Penal vigente es omiso al tratar de dar una de - finición; la doctrina por su parte acertadamente nos - ilustra con una definición clara de lo que se entiende como dicha figura jurídica. En el Código invocado su -- formulación se puede calificar de imperfecta, ya que su aplicabilidad a los casos concretos de la vida resulta más o menos imposible.

El delito de adulterio es uno de los ilícitos que ma - yor atrae a los estudiosos del derecho. Lo primero que - nos sorprende al estudiar el artículo 273, de nuestro - Código Punitivo, que refiere al delito de adulterio, es que su regulación aparte de no reunir los elementos su

ficientes para sancionarlo, es poco conforme con el sentido de la propia vida; mientras el precepto aparece como un fósil extraño, la realidad nos refleja una serie de casos extraordinariamente frecuentes.

El principal objetivo, es el de analizar el delito de adulterio a la luz de la teoría del delito, para percartarnos si reúne los requisitos exigidos por la ley para considerarlo como un verdadero ilícito, si el precepto que lo regula cumple o no con lo señalado por el Código respectivo para su completa integración, patentizando lo inoperante e incompleto que resulta lo establecido por el artículo 273, del Código aludido, su señalamiento es tan incompleto que en el estudio del mismo menciono su inconstitucionalidad por contravenir el artículo 14, de nuestra carta magna.

Por eso externo mi deseo de proponer ciertas reformas, consideradas como necesarias y oportunas para la completa regulación jurídica de este delito.



## O B J E T I V O

Al efectuarse el estudio del precepto que regula el delito de adulterio, se determina lo impráctico que resulta para los Tribunales Judiciales el poder sancionar a los culpables, por no contar con elementos legales suficientes dado que nuestra legislación penal, no contempla una definición clara, ni tipifica los medios suficientes para poder sancionar al infractor de dicho acto ilícito, de ahí que resulte inoperante y por ello muchos de los individuos que realizan esta conducta quedan impunes de la justicia, ocasionando con ello consecuencias irreversibles como la infidelidad en el matrimonio, o la desintegración total de una familia, así como el rechazo de la sociedad hacia los individuos que han cometido tal conducta.

Al no existir un ordenamiento jurídico que defina y tipifique claramente elementos legales suficientes para sancionar al culpable, ésto trae como consecuencia que los sujetos que cometen este tipo de ilícito, permanezcan impunes de esos actos inmorales y reincidan en realizar los mismos, ya que lo que se establece en nuestro Código Penal vigente, para el Distrito Federal, en lo referente al delito de adulterio, no cumple con su objetivo teóricamente ni en la práctica de su aplicación, por que resulta difícil que se le compruebe a un individuo que ha realizado relaciones sexuales en el domicilio conyugal, o con escándalo, tan es así que hasta ahora son contados los casos en los que se ha sancionado al-

culpable de dicho ilícito penal. Es por ello que por la dificultad práctica de su comprobación en el proceso, - por lo inoperante de su represión y por la poca importancia que se le da al vínculo matrimonial, la juventud moderna es partidaria de la abolición del adulterio como delito penal, apartando su regulación y sanción a -- las leyes civiles.

## C A P I T U L O I

## ANTECEDENTES HISTORICOS

Para el correcto entendimiento y la interpretación posterior del delito de adulterio, en concreto, nos parece necesario en principio, narrar la evolución histórica - que a sufrido el matrimonio desde la etapa primitiva - del hombre, hasta llegar a la época actual ya que esta institución goza de vital importancia como base y origen de la familia cuyo reconocimiento esta legitimado - en nuestra legislación positiva; es por ello que la mayoría de los países civilizados, han dictado normas -- protectoras para defender la institución invocada ya - que sólo existiendo ésta, es como puede configurarse y - consumarse la conducta típica del adulterio.

La evolución que esta figura jurídica a sufrido desde - la época primitiva a la actual, puede clasificarse en - las siguientes grandes etapas: " promiscuidad primitiva; matrimonio por grupos; matrimonio por rapto; matrimonio consensual". (1)

En los primeros tiempos de la humanidad, resultaba difícil determinar la paternidad de los individuos, debido - a que tanto las mujeres como los hombres, tenían relaciones sexuales con personas distintas, es decir, existía - una promiscuidad primitiva a gran escala.

---

(1) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1975, Pág. 199.

"Según las hipótesis más fundadas de los Sociólogos, - en las comunidades primitivas existió en un principio una promiscuidad que impedía determinar la paternidad y, por lo tanto, la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre. Los hijos seguían la condición jurídica y social de aquélla, dándose así lugar al matriarcado". (2)

Desde los remotos tiempos se observaba la inclinación natural del hombre, a relacionarse con los demás y a trascender a través de la procreación, misma que necesariamente ha de darse mediante la relación sexual de un hombre con una mujer, surgiendo con ello el matrimonio por grupos.

Dicho matrimonio, "se presenta ya como una forma de promiscuidad relativa, pues por la creencia mítica derivada del totemismo, los miembros de una tribu se consideraban hermanos entre sí y, en tal virtud, no podían contraer matrimonio con las mujeres del propio clan, de aquí la necesidad de buscar la unión sexual con las mujeres de una tribu diferente. Este matrimonio colectivo no se celebró en forma individual, sino que determinados hombres de un grupo celebraban matrimonio con igual número de mujeres de una tribu distinta. Este matrimonio colectivo traía como consecuencia un desconocimiento de la paternidad, manteniéndose por lo tanto, r

---

(2) Ibid. Pag.199.

el régimen matriarcal y el sistema de filiación uterina, es decir por la madre".(3)

Como producto de la evolución de los pueblos surge en estos una ansia de conquista y dominación de un grupo hacia otro, ocasionando con ello las guerras y dando así origen al matrimonio por raptó.

" En esta institución, la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores - adquieren en propiedad a las mujeres que logren arrebatarse al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales. En el matrimonio por raptó intervienen también ideas religiosas, de tal manera que puede considerarse como una forma evolucionada del matrimonio por grupos. El raptor se asocia con varios compañeros para raptar a una mujer perteneciente a una tribu distinta. La paternidad se encuentra ya definida debido a la unión monogámica. El marido es entonces el jefe de familia y los hijos se encuentran sometidos a su potestad marital. Este sistema da origen al matriarcado".(4)

Hubo un momento en los albores de la humanidad, que a la mujer no se le consideraba como ser humano, sino como cosa o mercancía que se podía vender y comprar, surge así el matrimonio por compra.

---

(3) *Ibid.* Pag. 199.

---

(4) ROWINA VILLEGAS, Rafael, *Ob. Cit.* Pag. 200.

" En el matrimonio por compra se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido su derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues ésta es conocida. Asimismo la patria potestad se reconoce al estilo romano, es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar". (5)

De la clasificación de Rogina Villegas deducimos que a medida que la sociedad se civilizaba, a la mujer se le fue reconociendo su carácter de ser humano, y se abandonó el papel de una simple cosa o mercancía de la cuál, cualquier hombre se podía posesionar, ya fuera por capricho o por compra, dando origen al matrimonio consensual.

Este, "se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar la especie. Este es el concepto ya del matrimonio moderno, que puede estar más o menos influenciado por las ideas religiosas, bien sea para convertirse en un sacramento como se admite en el derecho canónico, en un contrato que se considera por distintos derechos positivos, a partir de la separación de la Iglesia y el Estado, o como un -

---

(5) *Ibid.* Pág. 200.

acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público".(6)

De lo citado nos percatamos que debido al estado salvaje en el que se desarrollaron, los antiguos seres humanos llevaron a cabo relaciones sexuales con distintas mujeres a tal grado que dichas relaciones excluían toda posibilidad de establecer con certeza la paternidad, por lo que la filiación sólo podía contarse por línea femenina, es decir, el derecho materno; esta situación primitiva de las madres, como únicos genitores ciertos de sus hijos les otorgaba el privilegio de ser queridas y respetadas en el seno de la familia.

El matrimonio por grupos nos presenta la decadencia, de la promiscuidad primitiva, y que se dió debido al fanatismo religioso que imperaba en la época, en esta etapa evolutiva del matrimonio, se prohibía al hombre tener relaciones con mujeres de la misma tribu, ocasionando con ello que en otras tribus diferentes a las del hombre, no se determinara en forma cierta, quién había sido el verdadero padre del recién nacido y por ello seguía imperando la condición social de la madre.

Debido a la prohibición a los hombres de llevar a cabo relaciones sexuales con mujeres de la misma tribu, y a la escasez del sexo femenino, fue como éste se vió en la necesidad de adquirir mediante actos furtivos una conyugé de otra tribu, las constantes luchas entre una

---

(6) *Ibid.* Pág. 200.

tribu y otra por posesionarse de determinado lugar favorecieron en gran parte éste acto, ya que la tribu vencedora tomaba como botín a las mujeres de la perdedora. Posteriormente a la mujer se le consideraba un ser inferior, tan es así, que se le llegó a dar el título de una mercancía que se podía vender y comprar, de esta manera el hombre que mercaba a una mujer para su conyuge tenía todas las facultades sobre ella y sobre todo el seno familiar, es así como va cambiando la vieja usanza de dominio de la madre sobre los hijos y surge con ella ya definitivamente la familia monógamica.

Es de suma importancia el estudio y análisis histórico del delito de adulterio, ya que tiene una especial significación, por que nos presenta las tendencias de la humanidad respecto de un mismo hecho y los amplísimos estudios que sobre el tema existen, constituyen una gran ayuda para hacer frente y seguir adelante en esta tarea investigadora.

Por la importancia que representa su objeto y fines, no es de extrañarse, que en las épocas primitivas se le diera singular importancia. Pues bien, el adulterio en aquellos pueblos primitivos, no fue una excepción en todo aquel desarrollo, se ubica precisamente en el grupo que formaba los delitos más antiguos.

Por ello, "en todos los pueblos y épocas se ha castigado severamente la figura delictiva que ocupa nuestro estudio; se observa además, en ellos una discriminación en cuanto al sexo, pues, al considerar a la mujer propiedad del marido, sólo se penaba como adúltera a la esposa,



mientras que las relaciones extra conyugales del varón con mujer no casada no se entendía como tal delito".(7)

En este caso vemos la gran distancia que se ha recorrido hasta nuestros días para reconocer a la mujer como persona y no como objeto sexual o de comercio, para darle el valor de igualdad junto al hombre y considerar a ambos como responsables del delito de adulterio.

#### 1.1.- EN GRECIA.

La antigua Grecia fue un país altamente civilizado y considerado como la cultura maestra occidental, por ello es menester analizar, como estaba sancionada la conducta de adulterio en aquella época. Grecia se vio influenciada en el aspecto legislativo por los fenicios y sus costumbres se vieron fuertemente corrompidas.

" En Atenas, DRACON Y SOLON se propusieron realizar la dignidad del matrimonio y combatir el adulterio, ... se autoriza a la mujer para que se entregue a los demás próximos parientes con el fin de encontrar descendencia con la venia del marido. Fuera de estas circunstancias, en el derecho Clásico griego, no dejó de ser castigado el delito de adulterio. La pena era arbitraria y variada, pero se respetaba esencialmente el derecho

---

(7) VALLIO ESQUERDO, Esperanza. Los delitos de adulterio y Amancebamiento. Editorial Bosch, 1976, Pág. 19.

de venganza del marido, el cuál podía acusar a la mujer ante el tribunal familiar que tenía posibilidad de decretar la muerte de la esposa".(8)

Como se observa únicamente incumbía al esposo ofendido el denunciar el delito, o perdonar a la adúltera y se le concede acción privada para sancionar a la culpable, pero sin aplicarle una pena tan drástica, ya que el permitir que la mujer llevará acabo relaciones con los parientes mas cercanos, se hacia con el fin de conservar la especie. La pena para la adúltera no era tan cruel, - más bién al que se le aplicaron castigos verdaderamente severos fue a el amante.

" Según la legislación de Solón, el marido podía dar -- muerte al amante de la mujer, obían exigirle una fuerte indemnización en caso de flagrancia, castigándose cuando no era flagrante con la muerte, si habia mediado violencia, y con pena pecuniaria cuando se hubiese consumado con seducción. En cuanto a la mujer adúltera parece que la única pena era la venganza de su propia des -- honrra".(9)

Debemos entender que en Atenas a la mujer adúltera se le tenía ciertas consideraciones, pero no así, al amante dado que si llevaba acabo relaciones sexuales con cónyuge ajeno por la fuerza, se le podía privar de la vida o con pena pecuniaria si habia engañado a la mujer.

---

(9) FERRER SAMA. Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Delitos contra la familia, Editorial Monte. Cervo, España, 1973, pág. 189.

A la mujer en los pueblos de Grecia se le permitía.- - ciertas libertades sexuales extra conyugales, "en España no podía hablarse de fidelidad conyugal ni de adulterio punible o al menos censurable.Reveladora es la aseveración de PLUTARCO que en su vida de licurgo nos habla de que se favorecía al adulterio de la mujer a fin de que pudiera tener descendencia masculina".(10)

### 1.2.-EN EGIPTO.

Como es lógico pensar en Egipto se castigaba sólo el - adulterio cometido por mujer casada.

"Se castigó el adulterio de la mujer con la mutilación de la nariz,y al amante se le daba la muerte".(11)

Seguramente dicha pena se aplicaba con el propósito de erradicar para siempre el delito de adulterio,ya que - se consideraba una ofensa a la dignidad y honor del conyuge ofendido.

### 1.3.- EN ROMA.

A nivel mundial el estudio del Derecho Romano tiene una utilidad histórica,nuestro derecho actual tiene sobre - todo,por orígenes las costumbres y el derecho romano -

---

(10) VARELLA ESQUERDO, Esperanza.Ob.Cit.Pág. 21.

---

(11) FERRER SAMA.Citado,por DIAZ SANTOS NIÑO,María - del Rosario.Ob. Cit. Pág. 182

ya que como la historia lo demuestra a Roma se le debe el gran mérito, de ser el primer pueblo que recopiló -- sus leyes en un sólo Código escrito.

" En Roma la mujer libre no podía tener relación sexual durante el matrimonio más que con su marido, mientras - que él hombre la prohibición le afectaba sólo en tanto con su conducta causaba ofensa a la honestidad de las doncellas o a las esposas de los otros hombres".(12) Estas infracciones a la ley constituían un atentado - contra la honestidad el orden y la moralidad de la familia.

En este sentido es de considerarse, "que los cónyuges - se deben fidelidad a este respecto, el Derecho Romano - trata más severamente a la esposa, ya que la infidelidad de aquella introduce sangre extraña en la familia. .., la mujer adúltera comete siempre un delito públi - co".(13)

Las sanciones más graves hacia la mujer, fundaban su razón de ser, en que las consecuencias del delito de adulterio de la mujer, son mucho más graves que las que derivarían del adulterio del marido, en atención a que su comisión destroza la armonía del hogar, llena de deshonra al esposo ultrajado y puede introducir en el seno de la familia hijos concebidos fuera de ella, que usurparían los derechos de los legítimos.

---

(12) VARELLA ESQUERDO, Esperanza, Ob. Cit. Pág. 21.

---

(13) FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, 3a Edición, México, 1968, - Pág. 203.

Fue así "que con anterioridad a la LEX JULIA DE ADULTERIIIS COERCENDIS, promulgada por AUGUSTO, en el año 736, de la fundación de Roma, la mujer culpable era juzgada arbitrariamente por un tribunal familiar, pudiendo ser condenada a muerte aunque generalmente solía castigarse le con la pena de destierro. El marido gozaba de impunidad completa si mataba a su mujer y al cómplice sorprendidos en flagrante delito; sin embargo, si no se daba tal flagrancia, era necesario distinguir si la esposa se encontraba bajo la manus del marido". (14)

De la idea apuntada se observa que si se dejaba acción libre para ejercitar querrela penal ante el tribunal doméstico integrado por los parientes más cercanos de la culpable, por lo que se consideraba el adulterio como delito privado y por ello sólo los familiares tenían derecho de intervenir en el juicio.

Como las costumbres se fueron corrompiendo por la escasa gravedad de la pena, el adulterio tomó cauces verdaderamente desmoralizadores, sin que existiera, ordenamiento legal alguno que tipificará elementos suficientes para sancionar a los culpables.

Con el propósito de poner freno a la corrupción de las costumbres, se dictan una serie de leyes tales como la, "Lex Julia de adulteris Coercendis promulgada por Augusto en el año 736 de la fundación de Roma (18 años en -

---

(14) VARELLO ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 21.

tes de cristo) a causa de la creciente disolución y -  
 desquebrajamiento de las costumbres. De este modo se con-  
 figura como delito público, y cualquier ciudadano podía  
 acusar a los culpables cuando el padre o marido hubie-  
 ran dejado transcurrir el término de sesenta días sin  
 intentar ejercitar la acción. A la mujer adúltera se le  
 castigaba con el destierro y con la confiscación de la  
 mitad del patrimonio". (15)

Después de la mencionada ley caducaria surgieron otras -  
 como, "LA LEX JULIA DE FUNDO DOTALI ET DE ADULTERIIS Y  
 LA LEX DE ORDINIBUS MARITANDIS, dictadas con afán mora-  
 lizador y para poner freno a la creciente perversión -  
 de costumbres, se conceptuó por primera vez el adulte -  
 rio como delito público. De esa forma cualquier ciuda -  
 dano podía acusar a los culpables, siempre que el pa -  
 dre o el marido hubiesen dejado transcurrir el término  
 de sesenta días sin haber ejercitado la acción. Proba -  
 blemente, la pena que se imponía era la relegación tem -  
 poral en una isla romana, al tiempo que a la mujer se -  
 le confiscaba un tercio de sus bienes y se retenía en  
 provecho del marido la mitad de su dote, al cómplice se  
 le privaba de la mitad de su fortuna. El marido ya no -  
 podía matar a su mujer, si bien debía arrojarla de casa  
 y declarar dentro de los tres días el hecho ante el Ma -  
 gistrado de Justicia. Sin embargo, sí podía matar al -

---

(15) Cfr. MONTABANO. Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María  
 del Rosario. Delitos contra la familia, Editorial  
 Monte Corvo, 1973, España, Pág. 183.

cómplice en el caso de que fuera de baja condición - (histrión, esclavo rufian, etc.), y siempre que hubiese sido sorprendido en casa del marido".(16)

Como se desprende de lo antes citado, la corrupción moral había alcanzado grados extremadamente fuertes, debido a la dulcificación de las penas y a la no denuncia del delito, que incumbía únicamente al marido y a los parientes más próximos ocasionaba que en muchos casos, las infracciones a las disposiciones legales quedarán impunes. Se tomaron nuevas medidas y la denuncia del ilícito adquirió carácter público, en la que cualquier ciudadano podía pedir querrela, para que se siguiera un juicio en contra de la culpable. No obstante que se promulgaron nuevas disposiciones legales, nunca se obtenían resultados satisfactorios, y la corrupción seguía inevitablemente su línea ascendente.

De lo expuesto se observa como, "posteriormente, la sanción de esta figura se agravó. Así, las disposiciones legales del siglo III consideraban el adulterio como crimen merecedor de la pena de muerte y CONSTANTINO exacerbó de un modo muy acentuado este procedimiento capital. Por otra parte se limitó la facultad de acusar a las personas próximas a la familia".(17)

\* Para terminar de exponer la evolución del presente delito en Roma señalaremos por último, que mientras TEODOSIO establece penas infamantes para los adúlteros, -

---

(16) VAELO ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Págs. 21, 22.

---

(17) VAELO ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 22.

que son conducidos en forma arto llamativa a un lugar de prostitución, VALENTIANO pena con muerte a la mujer-adúltera y JUSTINIANO conserva el máximo castigo para el correo, disponiendo que la adúltera fuese castigada y encerrada en un monasterio, de donde no podía salir - sin el consentimiento del marido".(18)

Los juristas y moralizadores desesperados, al no encontrar una solución capaz de frenar estos actos que atentan contra la familia legítima, dictaron leyes en las que se tipificó como máxima sanción la pena de muerte - al que cometiera adulterio.

#### 1.4.-EN LA EDAD MEDIA.

En esta época se seguía la tradición de los pueblos de la antigüedad y se aplicaron sanciones tales como cortarle la nariz a la adúltera y se condenaba a muerte - a los adúlteros.

"En Baviera se condenaba al adúltero a una multa de doce sueldos, por haberse subido al lecho ajeno".(19)

Es decir por engañar a otro hombre.

Haciendo una relación de leyes en esta época en torno al delito de adulterio encontramos lo siguiente:

---

(18) *Ibid.* Pág. 22.

---

(19) CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, - Parte Especial, Editorial Bogota, Colombia, 1964, Volumen III, Pág. 301.



#### 1.4.1.-EL CODIGO DEL FUERO JUZGO EN ESPAÑA.

" Regula este cuerpo legal el adulterio dentro del Título IV libro III.

Castigaba a la mujer casada e incluso a la desposada, - que comete adulterio en forma voluntaria y al hombre - que yace con ella. Pero sólo a ésta si el adulterio se realiza por la fuerza.

Igualmente se castigaba a la mujer libre que cometía - adulterio con marido ajeno, pero no al marido". (20)

En este texto legal se regulaba un concepto muy amplio del adulterio, concede facultades a los descendientes - mas cercanos que tengan conocimiento de estos actos de acusar otorgando como recompensa el derecho de poseer - determinados bienes de la adúltera, "al marido, a los - hijos legítimos, y si estos no existen o no tienen la - edad necesaria, a los parientes más próximos del marido o a cualquier otra persona nombrada por la autoridad - si los anteriores no quisieren". (21)

Las penas que se aplicaban eran de diferente naturaleza, "fueron de índole personal y patrimonial entre las primeras merece mención aparte la de quedar puestos en poder del marido la mujer casada y el adúltero para - que haga de ellos lo que quisiera. Asimismo, la pena -

---

(20) Leyes 1a., IV, III y Ley 9a., del Fuero Juzgo, Citada por VAELO ESQUERDO, Esperanza. Delitos de Adulterio y Amancebamiento, Editorial Montecorvo, España, 1973. Pág. 24.

---

(21) Ley 13a. Citada por VAELO ESQUERDO, Esperanza. Ob. - Cit. Págs. 24 y 25.

capital está consentida y no se castiga el homicidio - si lo ejecuta el marido, padres o parientes de la hija - cuando cometiere adulterio en la casa de ellos. Los efectos patrimoniales que un adulterio realizado voluntariamente trae consigo son que todos los bienes de la - mujer culpable, así como los del adúltero, pasan a poder del marido; pero si alguno de ellos tuviese hijos legítimos, serán éstos los que adquieran el derecho a los - bienes". (22)

Se entiende que el Fuero Juzgo, tuvo el gran mérito de ser el primer Código Español, que pretendía hacer justicia al marido que era dañado en su matrimonio, establecía que la mujer casada y la desposada si llevaban acabo relaciones con hombre casado, eran fuertemente reprimidas.

Cuando la mujer que cometía adulterio era casada se facultaba al marido para que aplicara la pena que el juez gara conveniente, incluso podía privarla de la vida, si el padre, hermanos o tíos sorprendían a la adúltera llevando acabo su relación ilícita en el hogar de éstos y si ellos al ver profanado su lecho privaban de la vida a los adúlteros no se hacían acredores a sanción alguna, por que se consideraba que estaban defendiendo la - unión familiar.

Existía también una sanción patrimonial con el proposi

---

(22) Leyes 1a., 4a., 5a., y 12., Citadas por VAELLO ES - QUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 25.

to de que se resarciera el daño moral que había sufrido el marido ofendido, se le confiscaban parte de sus bienes a la adúltera que pasaban a manos del marido ofendido.

#### 1.4.2.-EL FUERO REAL.

"Reguló lo referente al adulterio el Título VII libro IV, sus ordenamientos legales, establecían penas menos severas que a las que hacía referencia el Fuero Juzgo, la primera de las novedades encomiables es que si bien todo hombre puede acusar el delito, en el caso de que el marido no lo quisiera perseguir, ni quiera que otro lo haga, tal posibilidad desaparece, ca pues que él quiere perdonar a su mujer este pecado, no es derecho que otro g<sub>e</sub>lo acuse, ni g<sub>e</sub>lo demande por malquerencia, ni otra g<sub>e</sub>gisa".(23)

Se sigue concediendo acción privada al marido ofendido para que sea él quien ejercite querrela, para que la culpable sea sancionada.

"Establece también unas justas limitaciones al ejercicio de acción, impidiendo que haga uso de la misma el marido, cuando se le hubiere aconsejado o mandado a la mujer o después, de conocer el adulterio de ésta, la hu-

---

(23) Ley 3a., Tít. VII, L. IV del Fuero Real, Citado por -  
 VAELLO ESQUERDO, Esperanza, Los Delitos de Adulterio y Amancebamiento, Editorial Monte Corvo, España, 1973, Págs. 25 y 26

biese tenido en su mesa o, lecho".(24)

Si el marido ofendido había realizado una de las conductas antes señaladas, perdía su derecho y no podía pedir justicia por que el también había realizado actos inmorales que merecían igual castigo.

"La penalidad sigue siendo bibróte, con efectos personales y patrimoniales; de esta manera, la mujer y el adúltero que son puestos en el poder del marido que puede matarlos, pero exigiéndose que los dos corran la misma suerte. No ocurre lo mismo en el caso de que mate el padre, hermano o parientes más próximos, quienes podían dejar en vida a uno de los adúlteros".(25)

Por ello, "los bienes de mujer casada y los del otro culpable pasan al marido, si no tuvieran hijos legítimos, pues, de lo contrario, pasarían a ellos. Estos hijos también tendrán derecho a los bienes referidos y, en su defecto, los parientes más próximos a quien ella designe a su muerte, cuando después del adulterio el marido siga cohabitando con la esposa".(26)

De la cita anterior se estima que se concede acción libre para que el delito de adulterio se ha denunciado, se conocía también una peculiar combinación, de la acción

---

(24) Leyes 4a., y 5a., Citadas por VARELLO ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 26.

---

(25) Leyes, 1a., 6a., Citadas por VARELLO ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 26

---

(26) Leyes., 1a., y 5a., Citadas por VARELLO ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 26.

pública y el privatismo de su punición, poniéndose a los adúlteros a disposición del marido ofendido, que podía disponer de ellos libremente. A la adúltera se le confiscaban todos sus bienes que pasaban a manos del marido ofendido.

#### 1.4.3.-LEYES DE ESTILO.

Estas sólo contienen disposiciones complementarias del Fuero Real, aclara la facultad del marido para dar muerte a los adúlteros, si uno de ellos se escapa se pierde tal derecho, ya que no se podía privar de la vida a uno de los culpables y dejar que el otro escapara.

En la Ley 62 de las Leyes de Estilo se decía. "...O fallándolos en la casa escondidos seyendo ambos en fandos de este pecado". (27)

#### 1.4.4.-LAS PARTIDAS.

En las Partidas se regulo el adulterio en el Título XVII de las Partidas VII, "señala un plazo para la acusación y las personas que la pueden llevar acabo, que son: el marido, en primer lugar y después el padre, hermanos o tíos de la mujer, si el marido no quisiere acusar y la mujer reincidiera. Pero impide que lo puedan -

---

(27) ENCICLOPEDIA OMEBA, Tomo I. Adulterio. Editorial - Bibliográfica Argentina, julio 15 de 1945. Buenos Aires, Argentina.

hacer otras personas, dado que el marido o los menciónados parientes pueden preferir ocultar la deshonra. También enumera una serie de supuestos en que no es admisible la acusación, fundándose en el consentimiento del marido ofendido, en su perdón, en la compensación de culpas cuando este haya cometido adulterio, en el desistimiento, en el desconocimiento del que yace con ella de su condición de casada, en la prescripción de los plazos establecidos para perseguir".(28)

Como es de señalarse se otorgaba acción privada para que el delito de adulterio fuera castigado, únicamente se sancionaba el adulterio cometido por la mujer; sólo en el caso de que el matrimonio quedará disuelto por muerte del marido se concedía acción popular para denunciar el delito y sancionar a la culpable.

Una vez denunciado el delito se llevaba un juicio seguido ante el Tribunal Doméstico y si el adulterio era demostrado, "el hombre debe morir y la mujer ser castigada públicamente con azotes y depositada en un Monasterio siguiendo así el precedente Justiniano, pero deberá matar también al adúltero. Pero si la casada comete adulterio con su siervo deberán ser quemados ambos".(29)

---

(28) Leyes 2a., 3a., 4a., 5a., 7a., y 9a., del Código de las Siete Partidas, Citado por VARELLA ESQUERDO, Esperanza, Los Delitos de Adulterio y Amancebamiento. Editorial Monte Corvo, España, 1973, Pág. 27.

---

(29) Leyes 14., 15., Citadas por VARELLA ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 27.

De acuerdo a lo anterior a el hombre que yacia en el -  
 lecho ajeno, se le castigaba con la muerte, por que su-  
 conducta inmoral dañaba el hogar y la buena reputación  
 de otra familia; a la mujer adúltera se le relegaba a -  
 una isla para labar la deshonra y la mala imagen en la  
 cuñl habia caído la familia por su conducta antisocial.  
 En el aspecto patrimonial dicha conducta también causa  
 ba sus efectos y señalaba, que "la mujer perderá la dote  
 y las arras que le dieron por razón del matrimonio, los  
 otros bienes que no formen parte de la dote, ni de las -  
 arras se repartirán en determinadas proporciones entre  
 los hijos o nietos y el Monasterio, o, en su caso, entre -  
 el padre, madre, abuelo o abuela y el Monasterio, en caso  
 de no existir estos parientes pasará todo a poder del  
 Monasterio en donde fue encerrada". (30)

Al cónyuge se le concede cierto tiempo para que ejerci  
 te acción en contra de la culpable o sea perdonada, se -  
 le, "facultaba asimismo al marido para que pueda perdo  
 nar a la mujer, dentro de dos años a la fecha en que se  
 cometió el adulterio. Si lo hace y sacada del Monasterio  
 la recibe en casa, la dote y las arras y las otras cosas  
 que tienen de consumo habrán de volver al estado ante-  
 rior a la comisión del adulterio". (31)

---

(30) Ley 15., Citada por VARELLO ESQUERDO, Esperanza. Ob.  
 Cit. Pág. 27.

---

(31) Ley 15., Citada por VARELLO ESQUERDO Esperanza, Ob.  
 Cit. Pág. 27.

## 1.5.-EN LA COLONIA

Las Leyes de Indias, fueron el ordenamiento jurídico que rigió la vida de los colonos españoles, todo lo que no estaba regulado en éstas se aplicaba supletoriamente - el Derecho de Castilla.

Por lo tanto el mal trato y la crueldad hacia los aborígenes eran inhumanas.

"...No obstante que en la legislación escrita como dice Don Miguel S. Macedo que declaraba a los indios hombres libres y se les dejaba abierto el camino de su emancipación y elevación social por medio del trabajo, el estudio y la virtud..."(32)

Se establecían penas desiguales según las castas, sólo en ciertos casos por ejemplo Adulterio, las leyes de Indias en su Título ocho, Ley III establecía: "Que en el delito de adulterio se guardan las leyes de estos reynos de castilla, y las guardan como disponen respecto - de las mujeres españolas..."(33)

Se le concedían amplias facultades al marido ofendido para ejercitar acción en contra de los adúlteros. En los asuntos de adulterio lo que no estaba regulado por las leyes de Indias, lo penaban las leyes de Castilla.

---

(32) MACEDO, S. Miguel. Para la Historia del Derecho Penal Mexicano, Editorial Cultura, México, 1931, Pág. 11.

---

(33) Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, Tomo II y III, en Madrid, por Julián Paredes, 1681.



## C A P I T U L O    I I

## EL ADULTERIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

## 2.1.--EN EL CODIGO PENAL DE 1871.

El Código Penal de 1871, llamado en la actualidad como Código de Martínez de Castro, regulaba el adulterio en su Título Sexto, Capítulo Sexto, de la siguiente manera:

Delitos contra el orden de las familias, la moral Pública, o las buenas costumbres, al tenor del artículo 816: "La pena del adulterio cometido por hombre libre y mujer casada, es de dos años de prisión y multa de segunda clase; pero no se castigará al primero sino cuando delinca conociendo el estado de la segunda.

El adulterio de hombre casado y mujer libre se castigará con un año de prisión; si el delito se comete fuera del domicilio conyugal. Si se cometiere en éste se impondrán dos años; pero en ambos casos se necesita para castigar a la mujer que sepa que el hombre es casado".

Como vemos, el Código al que estamos haciendo alusión era mas liberal tratándose del hombre, observándose con ello la influencia de las antiguas disposiciones legales, que existían en la Ley Julia de Adulteris, en las Partidas en el Ordenamiento de Alcalá etc.,

La pena incluso era más grave y arbitraria para la mujer, ya que el hombre libre que cometía dicho delito só lo se le aplicaba tal castigo en el caso de que no se diera cuenta, que su cómplice fuese casada por que se consideraba que el correo incurría en dicha conducta por que era engañado.

" El correo de la adúltera debe obrar asimismo, con conocimiento de que la mujer es casada, pues el texto legal exige este requisito, y debe querer el acto carnal con dicha mujer. Si ignora el lazo matrimonial que liga a éste, no comete adulterio. En tal caso, sólo la mujer podrá ser perseguida por este delito". (34)

Por lo anterior, entendemos que el legislador pensó que teniendo en cuenta el daño irreparable y la fuerte ofensa que trae consigo el adulterio de la mujer, se le otorgaba cierta prioridad al hombre para que denunciara el delito, ya que la conducta adúlterina de la mujer causaba mayores daños a la familia, que la que ocasionaba el varón con igual comportamiento, la mujer no sólo faltaba el respeto a su marido, si no que también exhibía a sus hijos al introducir seres extraños en el seno de la familia legítima y eso no sucedía con el adúltero que tiene hijos fuera de su unión marital.

Se argumentaba erróneamente que con el acto de adulterio sólo el marido quedaba infamado, seguramente por la

---

(34) CUELLO Calón. Citado por DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México 1986, 1a. Edición. Pág. 156.

idea que tenían de la mujer que la consideraban como un ser inferior, sin embargo hay que recordar que la realización de dicha conducta inmoral trafa las mismas consecuencias sociales para la familia, toda vez que los hijos concebidos fuera de matrimonio tienen los mismos derechos que los legítimos.

En el párrafo segundo del artículo 816 del citado Código hacía notar, que si el acto adulterino era llevado a cabo fuera del domicilio conyugal, la pena se disminuía por que la conducta ilícita no se consideraba tan infamante ya que en este caso los hijos concebidos del matrimonio legítimo, no se daban cuenta de la inmoralidad de su padre.

La mujer libre que realizaba dicha conducta con hombre casado a sabiendas de su estado civil, era sancionada penalmente. Si no se daba cuenta de que su coactor estaba unido maritalmente con otra mujer, no se ejercitaba acción en su contra.

Pero si era necesario que el conyuge culpable, el legislador lo sancionará o privará de ciertos derechos civiles que la ley le otorgaba sobre la familia legítima.

El mismo Código de 1871 establecía en su precepto 1817: "Ademas de las penas de que habla el artículo anterior, quedaran los adúlteros suspensos por seis años en el derechos de ser tutores o curadores".

A mi pensar era inaceptable que los menores hijos pro

ducto de una unión legítima, siguieran viviéndolo al lado de unos padres que en vez de darles una educación adecuada, los corrompieran con sus actos inmorales, por ello el legislador en este artículo protegía los intereses de los menores, no siendo lo más conveniente su permanencia en un hogar en el que se producían tales conductas que les disminuía a los padres ciertos derechos sobre los hijos, tal es el caso del ser tutores o curadores. En otro supuesto, el juez tenía la obligación de disminuir la pena al cónyuge culpable, en el caso de que el ofendido lo hubiera abandonado, pero si debía tomar en cuenta en estos casos cuál fue la causa del abandono si era producto de una conducta o comportamiento muy grave, para su sanción debería tenerse en cuenta esta circunstancia.

El artículo 818 del Código Citado, establecía: "Si el cónyuge culpable hubiere sido abandonado por el ofendido, el juez tomará en consideración esta circunstancia, como atenuante de primera, segunda, tercera o cuarta clase, según fueren las causas del abandono".

Considero que el juez, estaba obligado legalmente a observar dicha circunstancia, por que si el cónyuge que realizaba tal conducta la llevaba acabo al sentirse solo al ver que su pareja amada lo había dejado en el olvido, se veía en la necesidad de buscar en alguien ese cariño y comprensión que él estimaba había perdido, al no encontrar a su lado a ese ser que le daba esa alegría en su vida y que de alguna manera todo ser humano y

aun mas en toda familia debería de existir para que -  
 perdurará la armonía en el núcleo familiar.  
 Si obró de otra manera el cónyuge acusado, el juez debe-  
 ría tomarla en cuenta ya que si no lo hacía estaría ag-  
tuando inconstitucionalmente y ocasionar al presunto -  
 culpable un daño de imposible reparación que infringi-  
ría lo establecido en el artículo 14 párrafo tercero de  
 nuestra carta magna que señala: "en los juicios del or-  
 den criminal queda prohibido imponer, por simple analo-  
 gía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté  
 decretada por una ley exáctamente aplicable al delito-  
 de que se trate".(35)

Llego un momento en que el legislador se preocupó por-  
 equiparar el castigo de los adúlteros, aplicandoles --  
 igual pena, ya fuera hombre o mujer los que lo llevarán  
 acabo y se aprobarón disposiciones en las que se sancio-  
 naba con la misma pena, sin importar quién había infrin-  
gido tal disposición.

El mismo Código de 1871 establecía en su artículo 919 :  
 "Son circunstancias agravantes de cuarta clase:  
 " I.-Ser el adulterio doble;  
 " II.-Tener hijos el adúltero o la adúltera casada;  
 " III.-Ocultar su estado el adúltero o la adúltera ca-  
 sados, o la persona con quien cometen adulterio".

---

(35) Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-  
canos, Editorial, Pac, S.A., México, 1985, Pág.9

La primera fracción tenía que ser objeto de una pena - mucho más grave, al que contraveniera esta disposición, ya que si el llevar acabo relaciones con una mujer distinta de su matrimonio era una fuerte ofensa al haber-conyugal, pues cometer el adulterio doble sería un daño doblemente mayor y por lo tanto mayor sería el castigo. La segunda, con ella se intentaba proteger los derechos de los hijos, pero si los conyuges culpables de este acto inmoral no tenían descendientes, la penalidad debería de ser más atenuada, podía haber adulterio que no diera lugar al nacimiento de menores hijos y entonces dicha disposición salía sobrando.

La tercera, da a entender que si la persona que cometía adulterio, omitía no comunicar que era casada, se le eximía de la sanción a la que se había hecho acreedora, pero si lo hacia saber al correo se le aplicaba la pena correspondiente a éste, de esta manera lo que se buscaba era aplicar todo el rigor de la ley al culpable, pero al no poder hacer esto con los dos, tenía que sancionarse al que ocultaba su estado.

En lo referente a la denuncia del delito, éste incumbía únicamente a la parte agraviada, el artículo 820 del multiticado Código establecía: "no se puede proceder criminalmente contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido".

En esa época al igual que a hora."...Hemos de hacer re

ferencia al auténtico sentido de las sanciones penales en esta materia. Se ha puesto de manifiesto como el hecho de que para la incriminación del adulterio sea necesaria la interposición de la querrela por parte del cónyuge ofendido, a dado lugar a grandes arbitrariedades.

Pensemos que efectivamente, la represión de dichas conductas depende únicamente del carácter mas o menos irritable que tenga el cónyuge ofendido. Esto puede dar lugar a que los más grandes escándalos puedan quedar impunes, mientras que en otros supuestos de menor cuantía sean castigados". (36)

En este sentido, "como podemos ver, se trata de normas propias de delitos privados, perseguibles sólo a instancia de parte, es decir, del cónyuge agraviado. A través de esta norma se pone de manifiesto la gran relevancia que el legislador ha otorgado a la voluntad del cónyuge lesionado; sin embargo, hemos de tener en cuenta que la ley incrimina en el adulterio no sólo la lesión causada al marido ofendido, sino también mediante las normas de dicha figura tiende a proteger al matrimonio y a la familia y, siendo esta base de la sociedad este delito adquiere un cierto matiz social y público". (37)

---

(36) DARESTE, Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Ob. Cit. Pág. 214.

---

(37) GUELLO Calón, Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Ob. Cit. Pág. 224.

De acuerdo con lo anterior, se pensaba que el delito de adulterio atacaba a la buena organización familiar y a las buenas costumbres y como a la familia se le consideraba y se le considera base de la organización social este ilícito adquiriría matices de orden público; es decir, se deja la acción de querrela al libre actuar del cónyuge agraviado, ya que el Estado le interesa de manera directa proteger la familia.

Pero en contra de esta disposición, nuestra legislación lo regula como delito privado, es decir, sólo la parte agraviada está facultada para denunciar a la parte culpable, toda vez que sin ello no existiría estabilidad en las familias, por que todos los que lo integran estarían preocupados esperando denuncia por amenazas o por hechos ciertos.

"Aun cuando reconozcamos que el adulterio es un atentado contra el buen orden de la familia, creemos que es peor que la autoridad judicial penal especialmente intervenga en este problema, por que puede ser que el buen orden familiar quebratado por los adúlteros, logre restablecer por un perdón, por un olvido, y la vida frecuentemente nos lo está demostrando, particularmente respecto del adulterio de varones casados. En cambio, difícilmente, después de la aplicación de penas, se logra restablecer el buen orden familiar". (38)

---

(38) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Citado por VETAN - COUR VARGAS, Guillermo. Versión Taquigrafica, México. UNAM, 1942. Pág. 139.



El Código de 1871, en su artículo 321 hace referencia a que, "la mujer casada sólo podrá quejarse de adulterio, en tres casos: primero, cuando su marido lo cometa en el domicilio conyugal; segundo, cuando lo cometa fuera de él con una concubina; tercero, cuando el adulterio cause escándalo, sea quién fuere la adúltera y el lugar en que el delito se cometa".

En el primer caso, sólo se daba entrada para su trámite a la denuncia que reuniera como requisito que el adulterio se cometía en el hogar común donde cohabitaban hombre y mujer unidos por matrimonio legítimo, de otra manera era improcedente la querrela.

El segundo requisito, exigía que existiera notoriedad - esto implicaba que dicha situación fuera conocida por un buen número de personas, conociéndose su convivencia sexual, bien directamente, bien por pruebas indirectas - como puede ser presentar la concubina a los amigos, parientes y vecinos como legítima esposa, en forma habitual.

La tercera, se relaciona en parte con la segunda, ya que para sancionar al culpable de adulterio se debía de cumplir como requisito que el acto fuese conocido públicamente, sin importar el lugar ni la persona con quien se llevara acabo.

Castigar sólo en estos casos el delito de adulterio, es una circunstancia que coadyuba a que el delito en estudio llegue en un momento dado a desaparecer de nuestro -

Código Punitivo; aunque debo hacer notar que de hecho - esta desapareciendo, pues es utópico pensar que los - adúlteros realicen sus actos ilícitos en el domicilio - conyugal donde habitan cotidianamente sus hijos y otro y además se pasé en lugares públicos, donde se cré concurran personas conocidas.

Así mismo el Código en análisis, establecía en su artículo 822 que: "por domicilio conyugal se entiende la casa o casas que el marido tiene para su habitación. Se - equipara al domicilio conyugal la casa en la que sólo - habite la mujer".

En este caso, "la idea de domicilio parte de dos elementos: La residencia y la permanencia en el lugar. De esto se deriva el ánimo de nexu duradero. Morada fija y permanente. Lugar en el que legalmente se considera estable - cida una persona, física o moral, para el ejercicio de - sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones. Proce - salmente, es el lugar donde se harán legalmente las no - tificaciones personales". (39)

El artículo 823 estipulaba: "aunque el ofendido haya - hecho su petición contra uno sólo de los adúlteros, se procederá siempre contra los dos y sus cómplices.

---

(39) DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 663.

Esto se entiende en el caso que los dos adúlteros vivan, estén presentes, y se hallan ambos sujetos a la justicia del país. Pero cuando así no sea, se podrá proceder contra el culpable que tenga esos requisitos".

La problemática que nos plantea este artículo, es la de la imposibilidad de denunciar o deducir querrela por parte del cónyuge agraviado, si ésta no se dirige contra ambos culpables, considero también que no existe obstáculo alguno para proceder contra los partícipes o cooperadores, necesarios o no, ya que éstos no quebrantan deber de fidelidad conyugal, cooperan a ese quebrantamiento del orden y de respetar el matrimonio ajeno.

El artículo 824 establecía: "el adulterio sólo se castiga cuando ha sido consumado; pero si el conato constituye otro delito, se castigará con la pena señalada a este".

Es de interpretarse que la consumación del delito de adulterio, sólo podía ser penada cuando existía unión carnal, aún cuando no fuera completa, integraba el delito, dicha relación carnal de acuerdo con la ley había de tener lugar entre mujer casada con varón que no fuera su esposo, y en el caso de que la conducta ilícita realizada encontrara su adecuación en otro tipo legal se castigaba al culpable con la pena que el mismo precepto legal señalaba.

En el artículo 325, se hacía referencia que, "no obstante lo que previene el artículo 258, cuando el ofendido perdona a su cónyuge y ambos concientan en vivir reunidos, cesará todo procedimiento si la causa estuviere pendiente.

Si ya hubiere sido condenado el reo, no se ejecutará la sentencia, ni producirá efecto alguno".

El artículo 258 al que hace referencia el precepto anterior establecía, "los términos de la prescripción han de ser continuos y se contarán excluyendo el día en que se cometió el delito, o si este fuere continuo, el día que cesó".

Con ello el legislador pretendía transmitirnos que el perdón debería de ser expreso, es decir, pleno y total y si era necesario, que se convalidará ante la autoridad judicial...

En realidad, esta remisión de la pena a que hace referencia el precepto antes mencionado, en su párrafo segundo, venía a constituir en sí, un acto típico de perdón, que se manifestaba antes de que el juez dictará sentencia.

En este caso, "cuando el agraviado hubiere perdonado a cualquiera de los culpables. No cabe duda acerca del perdón cuando el ofendido lo otorga de modo ostentible y manifiesto, p.ej., si el agraviado en carta a la adúltera o a sus parientes manifiesta claramente que perdona la ofensa inferida. Puede también perdonar tácitamente,

el hecho de reanudar la vida común interrumpida por el adulterio, puede ser expresión de perdón tácito, sin embargo, en este caso el tribunal deberá comprobar si la reanudación es realmente consecuencia del perdón otorgado". (40)

Aun habiendo pronunciado sentencia definitiva se eximia la aplicación de la pena, si el esposo ofendido así lo manifestaba libremente, el juez estaba obligado legalmente a ejecutar el mandato que la ley le exigía.

El Código señalado, así lo establecía en su artículo 826, al señalar, "lo prevenido en el artículo anterior se extenderá al caso en que después de la acusación tuvieren los cónyuges acceso carnal".

De este modo se establece de manera expresa, el deber del juez de asentarse en las actuaciones, que el consentimiento debería tener lugar antes de que se realizara la conducta inculposa; es decir, en el momento de acción y se tenía que manifestar mediante una conducta omisa por parte del agraviado que permitía que su pareja realizara dicha conducta.

En lo que al perdón toca, se daba después de que ya se había consumado la figura delictiva, es decir, el perdón requería como requisito que la conducta adulterina se

---

(40) GUELLO Calón, Citado por DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 157.

hubiere consumado; en tanto que el consentimiento presu-  
ponía la anterioridad del delito.

En el artículo 827 del Código en cita se señalaba, "tam-  
bién cesará el proceso y sus efectos cuando el quejoso  
muera antes de que se pronuncie sentencia irrevocable".

El artículo 828 del Código de 1871, establecía lo si-  
guiente: "el simple consentimiento que el ofendido ten-  
ga del adulterio de su cónyuge no se tendrá como con-  
sentimiento ni como perdón del delito".

Según escribe Cuello Calón, "cuando el ofendido había  
se consentido el adulterio. La dignidad del marido que  
consiente el adulterio de la mujer es, sin duda, la causa  
por la que la ley le priva del derecho de perseguir a  
los adúlteros. Basta el mero hecho del consentimiento, -  
independientemente, de los móviles que lo determinen. El  
marido que induce a su mujer a la prostitución o tole-  
ra que ésta se prostituya está aquí comprendido. Pero -  
no es preciso un consentimiento en lo expreso, basta una  
actitud equivalente a un consentimiento tácito".(41)

Por lo que toca al artículo 829 del Código aludido ex-  
presaba, "el conyuge acusado de adulterio no podrá - -

---

(41) Ibid. Pág. 157.

alegar como excepción que su cónyuge a cometido el mismo delito antes de la acusación o después de ella".

En mi opinión, en ningún momento el cónyuge acusado de adulterio, podía argumentar que lo había hecho por que en cierta ocasión su esposa también lo había realizado ya que resultaba impropcedente e infundado por que el deber de fidelidad matrimonial correspondía a ambos.

Por último en el artículo 830 establecía, "No se castigará al soltero que cometa adulterio con mujer pública. Pero a ésta se le impondrá la pena que corresponda con arreglo a los anteriores artículos de este capítulo. Si el hombre fuere también casado, se le castigará en los casos de que habla el artículo 821".

## 2.2.-EN EL CODIGO PENAL DE 1929.

El Código Penal Mexicano de 1929, hacia referencia al delito de adulterio, en el título denominado, de los delitos contra la familia.

En este se observaba la introducción ya de nuevos conceptos revolucionarios, que situaban a la par al varón y a la mujer que cometieran este delito en virtud de que, a hora cualquiera de los ofendidos podía acusar al culpable que incumpliera los derechos y obligaciones derivados del contrato de matrimonio.

A diferencia del Código de 1871, donde sólo la mujer se le consideraba como culpable.

El Código Penal de 1929 establecía en su artículo 891: "El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido - en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo".

Como se observa en el precepto citado, los dos cónyuges eran sancionados con igual pena si cometían el delito de adulterio; pero sólo procedía acción contra el presunto culpable en caso de que el ilícito penal se realizara de tal manera que constituyera una grave ofensa para el hogar familiar y su buena reputación ante la sociedad.

En el artículo 892 se establecía, "por domicilio conyugal se entiende la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada".

El artículo 893 del Código de 1929 señalaba, "No se podrá proceder contra los adúlteros, si no por queja del cónyuge ofendido; pero cuando éste hubiere formulado su querrela contra uno de los adúlteros, se procederá contra los dos culpables".

Se sigue dejando, como anotamos anteriormente, denunciar el ilícito al cónyuge agraviado, sólo este tenía derecho a que los tribunales le hicieran justicia y le restituyeran su reputación moral y buena fama.



Para tal efecto, "sólo la mujer puede ser sujeto de este delito en caso de fuga o muerte del correo, o cuando sólo ella fuere imputable, como en caso de locura del a amante, o si éste fuere menor o se hallare en estado de embriaguez que excluya la imputabilidad.

El adúltero puede, también, si los mencionados eximentes concurrieren en la mujer ser único sujeto del deli —to". (42)

El Código aludido, establecía en su artículo 394: "El —adulterio sólo se sancionará cuando haya sido consumado; pero si el conato constituyere otro delito, se apli —cara la sanción señalada a éste".

Lo que quiso dar a entender el legislador en dicho precepto, era que para que la conducta de adulterio fuese castigada, que en la unión ilícita existiera acceso car —nal, por que si existían actos libinidosos o cualquier —otro tendiente a realizar el acto carnal, no se integra —ría la conducta descrita en el tipo legal mencionado, —aunque la conducta no se hubiere realizado de la misma manera se imponía igual pena.

Una de las consecuencias que ocasionaba el ser adúltero

---

(42) GUELLO Calón. Citado por DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 155.

es la que se privaba de ciertos derechos civiles sobre los menores hijos, toda vez que se consideraba que no era conveniente que los descendientes vivieran bajo el mismo techo donde radicaba su ascendiente, ya que traía serias consecuencias morales, el que soportar ante la sociedad el tener un padre adúltero y corruptor.

El artículo 896 del Código del 29 establecía: "si el cónyuge responsable hubiere sido abandonado por el ofendido, el juez tomará en consideración esta circunstancia como atenuante de acuerdo con el artículo 55".

Como dejamos dicho en el artículo 818 del Código de 1871, el juez estaba obligado legalmente a tomar en cuenta cuál fue la razón por la que lo abandonó, ya que si esa fue la causa del adulterio de su cónyuge se tomaba en cuenta esa circunstancia, si fue por otra más grave, como es el caso de que el culpable le diera malos tratos se tomaba en cuenta como agravante y también el comportamiento moral, social y económico del presunto culpable.

El artículo 897 del Código de 1929 establecía: "son circunstancias agravantes:

- "I.-Ser casados ambos adúlteros;
- "II.-Tener hijos el adúltero o la adúltera; y
- "III.-Ocultar su estado el adúltero o la adúltera casa dos, o la persona con quien cometen el adulterio".

Uno de los intereses protegidos por el legislador al plasmar este artículo, en su fracción primera, es el vínculo matrimonial que unía a varón y mujer maritalmente y con ello el deber de fidelidad conyugal y la protección de la familia. Por ello el ser casados ambos adulteros, con persona distinta con la cuál llevaban acabo sus relaciones sexuales ilícitas, se consideró como agravante mas severa.

En la segunda fracción, se trataba de proteger los derechos de los hijos, en virtud de que con el mal ejemplo de los padres adulteros, que buen ejemplo le podían inculcar a sus descendientes, si sus actos inmorales que realizaban los exhibían ante la sociedad como unos infamados.

Si cualquiera de los adulteros ya fuera hombre o mujer omitían dolosamente, comunicar su estado civil a la persona con quien realizaba el adulterio, era causa de agravación de la pena, por que se actuaba de toda mala fe para llevar acabo sus propositos adulterinos.

El artículo 894 hacia referencia que: "Cuando el ofendido perdona asu cónyuge, cesará todo procedimiento si el juicio penal aún no se ejecutará la sentencia no producirá efecto alguno".

También cesa el proceso y sus efectos, en los casos que después de la acusación, tuvieran los conyuges acceso carnal o el quejoso falleciere antes de pronunciarse sentencia irrevocable. Los casos previstos en este artículo, aprovechan a todos los responsables".

Conviene señalar que, si el cónyuge ofendido manifestaba ante el juzgado del conocimiento, que se desistía de la acción interpuesta en contra del culpable, por convenir así a sus intereses, aún en el caso de que el juicio no se fallare, en el supuesto de que el indiciado, ya hubiere sido condenado la sentencia no se ejecutaría ni produciría efecto alguno, de acuerdo con el párrafo último del precepto citado.

Si los conyuges antes de la acusación llevaron acabo - relaciones sexuales, y posteriormente querían ejercitar querrela en contra de su esposo, se perdía todo derecho, por que se consideraba que se tenía conocimiento del acto delictuoso y no se denunciaba en tiempo, si el culpable de adulterio se moría también se extinguía la pena, por que precisamente una de las causas de la perdida de toda obligación es la muerte.

Los beneficios antes citados no sólo ayudaban al adúltero, sino que también aquellos que de alguna u otra manera, hayan intervenido para que se consumará la conducta ilícita.

El artículo 899 del multicitado Código establecía que, "el simple conocimiento que el ofendido tenga del adulterio no se tomará como consentimiento ni como perdón del delito, pero aprovechará para la prescripción".

En mi firme opinión, si el agraviado se daba perfecta - cuenta de la conducta adulterina de su cónyuge y no da

ba parte, esta se tomaba en cuenta para efectos de la prescripción de la pena, pero no se podía decir, que el ofendido consintió tal acto delictivo.

En lo que al perdón toca, éste debería de ser expreso, inequívoco, incondicional, irrevocable y determinado ya que la simple manifestación tácita de perdón no debería tomarse como tal.

El artículo 900 del Código en análisis estipulaba que, "el cónyuge acusado de adulterio, no podrá alegar como excepción que su cónyuge a cometido el mismo delito antes de la acusación o después de ella".

En ningún momento el cónyuge agraviado, podía invocar como pretexto para cometer adulterio que su consorte también incurrió en tal disposición.

Es claro que el, "deber de fidelidad pasa sobre ambos cónyuges, su violación por parte de uno de ellos no autoriza al otro a trasgredirlo por su parte, ni justifica la falta en que, a su vez, pudiera haber incurrido"(43). Por ello "forzoso es concluir que en estos casos, no borrando el agravio realizado por uno del otro"(44) ambos pueden realizar el ilícito.

---

(43) Cfr., LEON, HENRI JEAN Mazeaud, Citado por HECTOR - CAMPORA, en un Siglo de Derecho Civil Mexicano. Editorial UNAM. México, 1985. la Edición, Pág. 108.

---

(44) Ibid. Pág. 108.

2.3.- EN EL CODIGO PENAL DE 1931.

El Código Penal de 1931, vigente en la actualidad, coloca al delito al que me estoy refiriendo, en el título de Delitos Sexuales, refiere en su artículo 273: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Cualquier clase de relación ilícita, es una grave ofensa a la familia, al haber cónyugal de cierto conglomerado social y ocasiona infracciones de carácter civil que en un momento dado puede facilitar el divorcio.

En nuestro derecho penal para que dicho delito sea sancionado, es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en el tipo legal a saber: en el domicilio conyugal o con escándalo.

Poco a poco la sanción que en nuestro Código Penal se expresa va adquiriendo menos validez, ya que la comprobación del mencionado delito es muy difícil que se de en la práctica.

"De todos los adulterios posibles e imaginables, sólo dos pueden revestir carácter delictivo: el violador del domicilio conyugal y el escandaloso. En todos los demás hay indiferencia para nuestra legislación penal contemporánea". (45)

---

(45) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Citado por BETAN - GOUR VARGAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 120.

Los elementos del delito son los siguientes:

2.3.1.- "Un acto de adulterio, es decir, la infidelidad de un caso consistente en su acceso carnal-coito-con - persona ajena a su matrimonio".(46)

"Por tanto, es supuesto del delito el vínculo matrimonial civil (art.130 ter.apartado, const.) existente en el momento del acto. En la práctica, salvo casos de sorpresa infraganti o de confesión de los responsables, la prueba directa del ayuntamiento es difícil por la fácil separación de sus huellas".(47)

2.3.2.- "Que el acto se cometa en ocasiones de grave ofrenda; estas son: a).-En el domicilio. Se emplea la frase, no en el concepto técnico civil en ocasiones ficticio de domicilio, sino en su sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio de convivencia de los conyuges; por lo que el legislador penal contempla una injuriosa y despectiva actitud de introducir al participante a la habitación común; b).-Con escándalo, es decir acompañado, el estado o acto adulterino de grave publicidad ofrentosa para el cónyuge inocente".(48)

Es decir, sólo mediante estos modos de comisión es punible el delito de adulterio en nuestro Código Penal.

---

(46) Ibid. Pág. 120.

---

(47) Ibid. Pág. 120.

---

(48) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, México, 1985, la Edic. Pág. 338.

Uno de los elementos para que se cumpla con lo establecido en el artículo 273 del Código citado, es que se dé un acto de adulterio, pero para que esto surga es necesario que previamente exista una unión matrimonial legal y válida, de otra manera no se puede inculpar tal conducta.

En lo que al segundo elemento se refiere, el domicilio este debe de ser real, los conceptos de domicilio dado por el derecho privado no tiene ninguna validez para el derecho penal.

En materia penal el domicilio conyugal, es aquel donde los conyuges tienen su casa, habitan diariamente, pueden ser también el tren donde hacen un determinado viaje, el cuarto de un hotel donde se hospedan; el ilícito debe realizarse con publicidad de su estado adulterino; es decir que lo comunique a terceros de su estado, que concurren juntos al parque, cine, al teatro, presentarse ante sus amigos como esposos a sabiendas de que no lo son.

El artículo 274 establece: "No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido, pero cuando éste formule su querrela contra uno sólo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes.

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



La querrela del delito de adulterio debe de interponer se contra los culpables y contra quienes resulten responsables del ilícito y además debe ser ejercitada por el conyuge agraviado, sin que intervenga un tercero en la denuncia de la falta.

Si alguno de los culpables se encuentra fuera de la jurisdicción del país, se procederá en contra de los que se encuentren en la republica.

El articulo 275 establece: "Sólo se castigará el adulterio consumado".

Esta infracción se lleva acabo en cuanto se inicia la relación sexual; no es posible la tentativa por que para la existencia del ilícito es indispensable la relación sexual.

El articulo 276 del citado Código establece: "Cuando el ofendido perdona a su conyuge, 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".

Esto es resultado de como nuestro derecho sanciona el delito de adulterio, pues siendo que éste sólo se persigue a petición de parte o de conyuge agraviado, también es de entenderse que si no desea pedir nada en su contra incumbe asimismo a el ofendido desistirse de la acción intentada o seguir la secuela del juicio.

#### 2.4.- REFORMAS AL TIPO DE ADULTERIO.

Tomando en cuenta que apartir de 1931 a la fecha, no ha existido reforma alguna en relación al delito de adulterio, considero conveniente y necesario que se lleve a cabo una modificación, donde se reúnan y tipifiquen los elementos legales suficientes para su sanción o se excluya definitivamente de Nuestro Código Punitivo.

Uniendo nuestra voz a los que ya lo hacen, quiero seguir proponiendo la urgente necesidad de una reforma en la regulación del delito de adulterio, que reúna los elementos jurídicos bastantes para sancionarlos o se excluya definitivamente del Código Penal y deje su regulación exclusivamente al derecho privado ya que la actual que establece el Código citado es frívola e inoperante, precisamente por que se demora demasiado, va siendo cada día urgente y necesaria.

## CAPITULO III

## 3.1.- CONCEPTO GRAMATICAL.

Gramaticalmente el adulterio, es aquel en el cuál el legislador solamente menciona la palabra pero no da una definición clara y precisa de lo que debemos entender por dicho vocablo.

La definición del delito de adulterio, dada por el Derecho Civil, coincide con la vulgar o gramatical al indicar que, "por adulterio se entiende toda infidelidad sexual, cualquiera que sea su sexo, con persona extraña a su vínculo matrimonial. Todo ayuntamiento sexual del casado varón o mujer con persona extraña a su matrimonio, es un adulterio para el derecho privado".(49)

La definición a la que estamos haciendo referencia es precisamente la gramatical o vulgar, que se desprende del concepto dado de la misma por el derecho Privado, ya que para este toda relación sexual llevada a cabo por cualquiera de los conyuges fuera del matrimonio incumpliendo el deber de fidelidad constituyen un ilícito.

"El legislador civil estima como ilícito siempre al adulterio; todo adulterio es un ilícito en la legislación civil, y prueba de ello es que produce determinadas consecuencias en forma de sanción, por supuesto de sanción privada, que puede ejercitar el titular de la -

---

(49) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Citado por BETAN - COURT VARGAS, Guillermo, Ob. Cit. Pág.119.

acción o puede dejar de ejercitar, por que son precisamente sanciones de orden privado. Las principales sanciones de derecho civil son el divorcio, la pérdida en su caso de la patria potestad sobre los hijos nacidos en el matrimonio roto por el adulterio; la prohibición de que el adúltero, una vez disuelto su primer matrimonio, contraiga nupcias con su cómplice adulterino, etc., una serie de sanciones de orden privado va señalando el legislador civil como consecuencia del ilícito denominado adulterio". (50)

Disuelto el vínculo matrimonial, la ley exige al conyuge culpable para contraer nuevo matrimonio que hayan pasado dos años y el conyuge inocente en cualquier momento lo puede llevar acabo, si el divorcio fue voluntario tiene que transcurrir el plazo de un año para ambos. El Derecho Civil siendo de carácter privado impone a los adúlteros sanciones de indole privada, las cuales sólo se pueden aplicar a instancia de parte, por que incumbe únicamente al conyuge ofendido ejercitar querrela o no encontra del culpable.

"...Se trata de una infracción de un deber civil y, como tal, no merece mas sanciones que las especificamente civiles, que pueden ir desde el divorcio a la separación conyugal hasta la simple pérdida de la patria potestad o cualquier otro derecho de carácter personal que tenga un conyuge sobre el otro y sus hijos. A ello, dado el caso, se puede unir una indemnización de daños y per --

---

(50) Ibid. Pág. 119 y 120.

juicios. Consideramos que con estas sanciones se podría conseguir la prevención y eficacia deseadas y se evita ría la intromisión del Derecho penal en la familia que, en países donde el matrimonio es idisoluble, dificulta la reconciliación de los esposos y contribuye a romper irremediabilmente los lazos familiares".(51) En este - punto "concluimos, pues, afirmando que, antes de estable- cer delitos contra la familia, el legislador debe para- se a pensar si la protección civil es suficiente, pues- la protección penal, para ser efectiva, debe ser utiliza- da cuando otras ramas de protección no han tenido exi- to".(52)

### 3.2.-CONCEPTO DOCTRINAL.

Considero ante este aspecto que, "la palabra adulterio es la forma castellana de la voz latina *adulterium*, cu- yo verbo *adulterare*, se refiere genéricamente a la ac- ción del adulterio y sólo de manera figurada aunque sea la que definitivamente se impuso significa viciar falsi- ficar alguna cosa".(53)

Diversos estudiosos del derecho dan su opinión, de lo- que según cada uno de ellos considerán que es el adulte- terio.

---

(51) RODRIGUEZ DEVESA. Citado por VABELLO ESQUERDO, Espe- ranza. Ob. Cit. Pág. 72.

---

(52) LOPEZ LEY, M.,. Citado por VABELLO ESQUERDO, Esperan- za. Ob. Cit. Pág. 73.

---

(53) Enciclopedia Jurídica Homeba. Ob. Cit.

"En su significado general, adulterio es la relación carnal coito normal, completo o incompleto de un casado con persona que no sea su cónyuge". (54)

Gonzalez Blanco define el adulterio como, "la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando ambos unidos por vínculo matrimonial, con un tercero". (55)

El adulterio desde el punto de vista penal es, para Antonio de P. Moreno, "el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados, cometido en el domicilio conyugal o bien con escándalo". (56)

Sobre el tema del delito de adulterio han existido muchas controversias, en el sentido de que si debe ser sancionado o no por el Código Punitivo.

La doctrina en este caso sea dividido en dos: los partidarios de que el delito de adulterio siga tipificado como ilícito penal y los partidarios de que se excluya su regulación del Código citado

Me uno sin reservas a estos últimos, respetando desde luego cualquier opinión personal divergente a la mía con profundo respeto.

---

(54) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. Cit. Pág. 388.

---

(55) GONZALEZ BLANCO. Citado por MARTINEZ ROARO, Marcela. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa. México, 1985. - Tercera Edición, Pág. 269.

---

(56) DE P. MORENO, Antonio. Citado por MARTINEZ ROARO, Marcela. Ob. Cit. Pág. 270.

La fundamentación doctrinal de la tendencia abolicionista que ha mencionado, "parece consistir en doble punto de vista: en primer lugar, se basa en una argumentación positiva, es decir, en el terreno de la incriminación, y en segundo lugar, en una fuerte crítica a la situación actual en torno a la ineficacia de las sanciones penales".(57)

"Ciertamente hemos de considerar que no se puede desconocer el resquebrajamiento que el adulterio supone para el matrimonio, pues en algunos supuestos incluso puede disociar la familia mediante la introducción de una filiación ilegítima y, en consecuencia, perturbar de una manera indirecta el orden social. En esto precisamente se basan aquellos que son partidarios de su represión argumentando que la intervención del Derecho Penal es necesaria a fin de que, mediante la amenaza de la sanción, se descarte el peligro que el adulterio supone para la sociedad. No obstante, hemos de señalar que no siempre el adulterio supone de manera inevitable una ruptura del vínculo matrimonial, entendiéndolo éste en un sentido amplio".(58)

Por otra parte Rodríguez Devesa, "se muestra favorable a la supresión del delito de adulterio por entender que son normas penales en desuso, pues la mayoría de los --

---

(57) Cfr. HADJIYNNAKIS, Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Ob. Cit. Pág. 213.

---

(58) Cfr. MORIN, Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Ob. Cit. Pág. 215.

procesos que se inician tienen por objeto facilitar la prueba de las relaciones ilícitas en pleito civil o canónico, seguido para obtener la separación. Pero, además, dificulta la reconciliación y contribuye a romper irremediabilmente los lazos familiares. De otro lado, considerando, según el citado autor, que la fidelidad conyugal encuentra muy pobre protección en esta legislación, los casos extremos podrían englobarse en el escandalo público". (59)

En lo que a las sanciones se refiere es necesario hacer notar "...que entre las funciones principales de la pena, como mas cualificadas, se encuentran el que dichas sanciones tiendan a impedir que el culpable cometa nuevamente el mismo delito y, por otra parte, que sean capaces de hacer que los demás no incidan en dichas conductas. El problema radica en saber si se cumplen dichas funciones en las medidas de represión del adulterio; según se señala por un amplio sector doctrinal, las sanciones del delito de adulterio, al no ser aceptadas por una gran masa de la población debido posiblemente a la evolución de las costumbres, pierden toda su utilidad. Y, en consecuencia, consideran que la intimidación de la pena en el adulterio es absolutamente nula, pregonizando por la existencia de sanciones civiles con carácter de exclusividad". (60)

---

(59) RODRIGUEZ DEVESEA, Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Ob. Cit. Pág. 215.

---

(60) LANGLE, Citado por DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Ob. Cit. Pág. 215.



Los partidarios de la tesis abolicionista basan su punto de vista en lo difícil que resulta en la práctica - comprobar el delito de adulterio, en la inutilidad de - su represión, en lo difícil que resulta precisar con ha - cierto el bien jurídico objeto de la tutela y en que es - te hecho como cualquier otro que incumba a la familia - debe ser regulado por el Derecho Privado.

La otra que pugna por su acriminación se basa en que - este hecho ataca instituciones como, la fidelidad conyu - gal, el matrimonio, la integración familiar, los hijos y - aún a la sociedad.

La palabra adulterio en el derecho tiene diferente sig - nificado, no es lo mismo adulterio para el derecho civil, ni para el derecho penal, dado que cada uno de ellos le otorga diferente significado, sobre este particular ha - ce Gonzalez de la Vega Francisco una clara distinción - entre el adulterio civil y el adulterio penal al seña - lar, "en tanto el Derecho Civil considera ilícito al - adulterio ejecutado por el marido o por la esposa, cua - lesquiera que sean las circunstancias en que se reali - za, el Derecho Penal considera cometido el adulterio úni - ca y exclusivamente bajo dos circunstancias: en el domi - cilio conyugal o con escándalo y salvo esos casos de - excepción y por regla general, el adulterio en el Dere - cho Mexicano no es punible". (61) Por lo que "no todo -

---

(61) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisca. Citado por MARTI - NEZ ROARO, Marcela. Ob. Cit. Pág. 271.

acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio".(62)

Atravez de su semblanza historica, la idea del delito de adulterio a sufrido cambios sustanciales, en un principio las penas aplicables eran verdaderamente graves e infamantes, por ejemplo la pena de desfigurarle el rostro y cortarle la nariz a la mujer adúltera y también la pena que se le aplicaba al amante que consistía en la castración sanciones propias de pueblos primitivos, donde existia en todo su esplendor el canibalismo costumbres que pertenecian al pueblo Egipcio.

No siempre las sanciones han sido las mismas ya que ha existido una tendencia a disminuirlas, a dulcificarlas, es decir, aplicarlas menos graves, o atenuarlas, y como nuestro derecho al igual que en otros países civilizados protectores de los derechos humanos no podían pasar inadvertidos, nuestro Código Penal en su artículo 273 establece una pena realmente atenuada al señalar, "se aplicará prisión hasta de dos años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Estos cambios importantes que se han dado sobre la idea del delito de adulterio, los estudiosos del derecho y los legisladores modernos los utilizan para proponer y considerar que en dicho ilícito la pena ya no se debe-

---

(62) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Citado por MARTINEZ ROARO, Marcela. Ob. Cit. Pág. 271.

de disminuir más, sino que de una vez por todas se debe abolir para siempre la regulación del delito de adulterio y dejar de sancionarse cualquiera que sean las circunstancias en que éste se cometa.

Otra de las reformas que a sufrido con el tiempo la -- idea del delito de adulterio, es la nivelación de las -- sanciones sea hombre o mujer la que cometa el ilícito, anteriormente sólo el adulterio de la mujer se castigaba mientras que el hombre que incurría en dicho acto -- permanecía impune.

Esto se debía a la antigua idea que se tenía de la mujer que se le consideraba como un ser inferior y que -- con su conducta ilícita, ocasionaba mayores daños a la familia legítima, mientras que los descendientes nacidos como producto de una unión ilegítima cuando lo realizaba un varón era intrascendente

Las diferencias anteriores que existían en cuanto a la penalidad de la mujer o su conyuge culpables de adulterio van desapareciendo o atenuándose. Los castigos antes tan crueles van disminuyendo, se tiende ahora a extinguir la sanción punitiva de la legislación penal, manteniéndose y reforzándose las sanciones civiles, tal es el caso del divorcio en contra del conyuge que ha cometido adulterio.

Actualmente nuestra legislación penal en lo referente al delito de adulterio, no regula ninguna discriminación en cuanto al sexo de los casados adúlteros en su artículo 273, ya que el legislador no señala ninguna diferencia en este caso cual sea el culpable el varón o la

mujer conyuges, ha ambos les concede el mismo derecho - para demandar o no según lo juzgen conveniente.

Pese a las distintas controversias que se dan en torno a la igualdad ante la ley del hombre y mujer cuando cometen el delito de adulterio, debido al grave daño que ocasionan con su conducta a la familia legítima al originar con su conducta ilícita el nacimiento de hijos fuera de matrimonio a los cuales se les considera adulterinos, nuestra legislación mexicana, superando en este punto los prejuicios sociales sobre el adulterio, los ha equiparado en forma civilizadora a los hijos naturales reconociéndoles la ley las mismas garantías plenas morales y sociales de los descendientes legítimos.

### 3.3.-CONCEPTO LEGAL.

En nuestro Código Penal, para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal vigente y actual, se usa la palabra adulterio pero sin darle una definición explícita, es decir, el artículo 273 de nuestro Código represivo sólo hace referencia a la penalidad que se le pueda aplicar al culpable de una conducta adulterina y bajo las condiciones en las cuales se debe de realizar tal conducta, para que éste encuentre su adecuación en lo descrito por el artículo 273 que dispone, "se aplicará prisión hasta de dos años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Al observar tal disposición nos percatamos de inmediato, que debido a la falta de definición de lo que debemos entender por delito de adulterio, domicilio conyugal, con escándalo, da como resultado que lo que establece dicho precepto en torno al delito de adulterio resulte confusa y fuera de toda aplicación legal de carácter penal.

Dicho lo anterior sobre el delito de adulterio, pasemos a hora al examen legislativo del problema. Analizaremos el artículo 273 ya transcrito, referente al delito de adulterio.

El primero exige un acto de adulterio para que la conducta realizada se adecúe a lo descrito por el legislador en el artículo ya citado.

El segundo pide como requisito que se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

La acción de adulterio que se establece como requisito, constituye apenas un elemento del delito de adulterio ya que no es lo mismo adulterio en general que delito de adulterio, para que éste elemento se forme cabalmente es importante el segundo.

El legislador hace uso de la palabra adulterio pero no la define, es decir, no nos explica que debemos entender por adulterio y cuando el legislador utiliza una palabra sin darle significado, debemos entender que remite su significado a su concepto vulgar o gramatical.

Para el Derecho Privado "el adulterio es la relación sexual de uno de los esposos con un tercero de distinto sexo, que implique el desconocimiento del deber de fidelidad.

Supone pues la concurrencia de tres requisitos:

- " 1.- La existencia de un matrimonio,
- " 2.- Un elemento material: la relación sexual, y
- " 3.- Otro intencional: la voluntad libre de sustraerse al deber de fidelidad"(63)

La necesidad de que exista el primer supuesto resulta fundamental, ya que el delito de adulterio se basa precisamente en la violación de la fidelidad conyugal que es una de las obligaciones que surgen con el contrato de matrimonio.

El matrimonio debe ser válido y legalmente existente en el momento de realizar la incontinencia sexual.

Nuestro derecho sólo reconoce plenamente el matrimonio realizado ante las autoridades civiles, entonces para demostrar de manera que no de lugar a dudas el delito de adulterio es con el contrato de matrimonio avalado por una autoridad civil.

El elemento material: la relación sexual, tampoco aquí el legislador precisa el concepto.

Por lo que añade a esta dicho elemento consiste en las relaciones extramatrimoniales que llevan acabo una persona casada con alguien distinta de su matrimonio, se excluye aquí cualquier ayuntamiento contra natura de hombre a mujer, o de varón a varón para dichos efectos sólo cuenta el coito normal.

---

(63) CAMPORA, Hector. Ob. Cit. Pág. 103.

Además de los elementos mencionados se requiere también que exista la intención, la voluntad de no respetar la fidelidad a la que se está obligado ante la ley que tiene fundamento en el incumplimiento de uno de los deberes emergentes del matrimonio.

Analizando el segundo elemento se observa que, las relaciones ilegales de una persona casada con otra ajena a su matrimonio se realicen en estas dos situaciones.

### 3.3.1.-CON ESCANDALO.

El escándalo consiste en "la ejecución de los actos -- adulterinos en condiciones tales de publicidad, que causen ofensa no sólo a la sociedad, sino también al cónyuge ofendido por el ridículo a que se expone ante los demás".(64)

Antonio de P. Moreno, en cuanto al escándalo, expresa "escándalo es acción o palabra que es causa de que uno -- obre mal o piense mal de otro. Desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo... El escándalo a que se refiere la ley debe producirse en el medio social o en el círculo en que viven o desarrollan sus actividades los adúlteros".(65) Los amantes ilícitos deben de exhibirse públicamente -- ante los demás de sus amores y que constituyan un --

---

(64) GONZALEZ BLANCO, Alberto. Citado por MARTINEZ ROA - RO, Marcela. Ob. Cit. Pág. 269.

---

(65) DE P. MORENO, Antonio. Citado por MARTINEZ ROARO, - Marcela. Ob. Cit. Pág. 271.

agravio inmoral que ante la sociedad presenten al cónyuge inocente como un engañado, y lo pongan en ridículo ante sus amigos ofendiéndolo con su conducta de estado-adulterino.

La grave publicidad y el escándalo de los adulterinos- debe originarse directamente de su conducta, ya que si probienen por la denuncia de un tercero lo que hasta hora se suponía era un secreto entonces demostrarlo sería uno de los problemas a los que se tendrían que enfrentar los funcionarios judiciales ya que para que se presente el elemento escándalo, es necesario demostrar que la grave publicidad del estado adulterino, se debe directa e inmediatamente a la propia exhibición de sus amorfos, de sus relaciones amorosas hechas por los responsables del adulterio.

### 3.3.2.-EN EL DOMICILIO CONYUGAL.

No se debe seguir interpretando el concepto de domicilio conyugal, en base a lo expresado por el Derecho Privado, para el legislador penal lo que importa es la verdad de la conducta humana, es decir la persona, el derecho penal es un derecho realista.. "Se emplea la frase, no en concepto técnico civil en ocasiones ficticio de domicilio, sino en su sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio de convivencia de los dos cónyuges; esto porque lo que el legislador penal contempla es la injuriosa y despectiva actitud de introducir



al participe a la habitación común".(66)

Lo que el derecho punitivo regula es la grave ofensa - que se le ocasiona y el ridiculo al que se expone al - cónyuge inocente al introducir a una persona ajena a su hogar que le roba su ser querido, sin importar en el local que se realice, ya sea transitorio o permanente. Así por ejemplo puede ser el hotel donde se hospedan cuando salen de vacaciones, el local donde realicen sus actividades laborales etc.

Para Gonzalez Blanco, el domicilio cónyugal es "aquel - que los conyuges establezcan para su convivencia, sin - importar su carácter permanente o transitorio".(67)

Antonio de P. Moreno opina que por domicilio conyugal para el derecho penal es "la casa, vivienda o aposento en que habitual o accidentalmente viven los conyuges o se hospedan".(68)

La idea de domicilio cónyugal que anteriormente se tenía, en nuestro Código Penal actual a sido suprimida debido a la influencia de la época, en señalar al mismo - con un criterio real, en el cual tiene especial relevancia, que el domicilio cónyugal es referido, a aquel lugar

---

(66) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. Cit. Pág. 388.

---

(67) GONZALEZ BLANCO, Citado por MARTINEZ ROARO, Marcela, Ob. Cit. Pág. 269.

---

(68) DE P. MORENO, Antonio. Citado por MARTINEZ ROARO, - Marcela. Ob. Cit. Pág. 271.

destinado a la convivencia, permanente, o transitoria del matrimonio.

Importante fue la opinión del legislador, al señalar la forma delictuosa y la ofrenda injuriosa que recibe el esposo engañado al realizarse el amor carnal en la morada de sus descendientes.

La falta de definición legal que contempla nuestro Código Penal del adulterio, ocasionado que grandes juristas como es el caso de Celestino Porte Petit señale "la ausencia de definición legal de lo que debe entenderse por adulterio, implica una ausencia de tipo y por tanto una violación al principio "nullum crimen sine lege", - consignada en el artículo 14 constitucional", (69)

Fernando Castellanos Tena considera, "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 identificar el todo con una de sus partes; pero el tipo se integra con adulterio realizado en el domicilio cónyugal 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, como en otras, la ley usa

---

(69) PORTE PETIT, Celestino. Citado por MARTINEZ ROARO, Marcela. Ob. Cit. Pág. 273.

un nombre diverso al de uno de los elementos constitutivos del tipo y en el adulterio no, según se ha expresado". (70)

Expuesto lo anterior por los autores ya citados, coincide en lo señalado por Celestino Porte Petit. Ya que "no hay delito ni pena, sin ley expresa que lo establezca".

Sólo por los hechos que la ley define como delitos y sólo con las penas que ella establece, se podrá someter al individuo a las manguas justificadas de su libertad, que no debe tener otro límite que el de las libertades legítimas de otras personas a las que el derecho trata de salvaguardar, cuando dicta las normas de conducta que imponen esas necesarias limitaciones para garantizar la libertad de todos, en el régimen de derecho que emana — del principio general.

Existe en esto, por aplicación de la norma constitucional, una especie de derecho adquirido que funda el principio de irretroactividad de la ley. Es decir, el derecho a ser juzgado sólo por lo previsto en una ley previa al hecho que se impute, que es lo que justifica el causar el perjuicio de un castigo.

mismo que ya no se justifica, por la obligada inferencia a contrario sensu, posterior al hecho deja de preceptuar el perjuicio o incluso establece beneficio para aquel a quién se refería la ley derogada.

En base a lo señalado, es por lo que considero que el de

---

(70) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1980, la Edición. Pags. 172 y 173.

lito de adulterio estipulado en el artículo 273 de nuestro Código Punitivo, es inoperante y fuera de toda aplicación legal que contenga el Código Citado.

Me parece más acertado lo que regula el derecho privado en torno a dicho ilícito, "puesto que, además de considerar el adulterio en sí mismo y en todas las formas en que pueda manifestarse, otorga al cónyuge que efectivamente se sienta lesionado en su honor, en su dignidad, etc., la solución de romper el vínculo que le une a la persona que le está infiriendo una ofensa, un daño moral o como quiera considerársela. Y además le concede las acciones necesarias para exigir al cónyuge culpable el cumplimiento de las obligaciones a las que se haga acreedor (artículos 235, 243, 283, 285, 288, del Código Civil), como por ejemplo, el sostenimiento económico de la familia en el caso generalmente del hombre adúltero (cosa que no se puede exigir a un hombre encarcelado por adulterio". (71)

---

(71) MARTINEZ ROARO, Marcela. Ob. Cit. Pág. 273.

## C A P I T U L O   I V

## APLICACION DE LA TEORIA DEL DELITO AL ADULTERIO ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS.

En nuestro tema, la teoría del delito es de suma importancia se estudio, para poder determinar con acierto -- cuales son los elementos del delito que si se encuentran tipificados en el artículo 273 de nuestro Código Penal en lo referente al delito de adulterio.

El DR. EUGENIO RAUL ZAPPARONI, menciona que se llama "teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito".(72)

En la práctica facilita las diligencias previas a la -- averiguación para poder determinar la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.

Un concepto exacto de delito sólo se obtiene cuando el legislador describe en el tipo legal todos los elementos sustanciales que éste debe reunir para su completa integración, éstos a saber son: una conducta o hecho, la tipicidad la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad.

---

(72) RAUL ZAPPARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal, - Editorial Cardenas, México, 1986, la Edición, Pág. - 333.

## 4.1.- CONDUCTA.

La conducta típica se reduce a la actividad através de la cuál se infringen los preceptos penales.

Para Fernando Castellanos Tena, "la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un proposito".(73)

En si la conducta es un elemento esencial y primario del delito, es aquella actividad humana a través de la cuál se infringe un precepto de carácter penal.

En el delito de adulterio, para que la conducta humana se subsuma en el precepto legal que regula este delito, es fundamental que se cumplan dos requisitos: un matrimonio preexistente a la comisión del hecho; y un acto de yacimiento de la mujer casada con varón distinto de su marido

Para que la conducta adulterina de los conyuges se típica, es menester que éstos se encuentren unidos por el vínculo del matrimonio legalmente valido y ratificado por la autoridad competente nombrada para tales efectos. Cualquier otro lazo jurídico que una varón y mujer como por ejemplo la promesa de matrimonio no es argumento suficiente para alegar que sea configurado el delito de adulterio.

---

(73) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 149.

Si el matrimonio no se celebró de acuerdo a las formalidades que marca la ley se considera que es anulable, mientras no exista sentencia ejecutoriada al respecto, el matrimonio subsiste y por lo mismo es posible el delito de adulterio.

El yacimiento, segundo requisito que exige la conducta, para su adecuación en el presupuesto respectivo, se origina en el momento que se da la cópula carnal, es decir, es la introducción de miembro viril en el organo genital femenino y como resultado se produzca la eyaculación o no.

"La conducta típica en el adulterio, se integra por la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o ambos unidos por vínculo matrimonial, con un tercero. Por ello, esa conducta debe realizarse con los modos de comisión establecidos en el artículo 273; de lugar, o sea su realización en el domicilio cónyugal, o el modo, o sea la verificación del hecho fuera del domicilio cónyugal, pero con escándalo". (74)

Cualquiera de los conyuges al llevar relaciones sexuales con un tercero, debe de tener pleno conocimiento de su estado matrimonial y querer la acción carnal con alguién a quién se sabe no es su legítimo cónyuge, es decir, debe actuar por voluntad propia, a sabiendas del resultado que puede ocasionar con su conducta.

---

(74) DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 160.

En orden a la conducta, también es considerado como un delito bilateral, ya que la conjunción carnal se lleva a cabo entre un hombre y una mujer, es decir, entre un agente activo y el otro pasivo.

En orden al resultado el adulterio se clasifica en delitos formales, de lesión e instantáneos.

Formal por que no se exige ningun resultado para su configuración, lo descrito por el legislador únicamente hace referencia a la conducta del culpable y a las modalidades bajo las cuales se debe ejecutar para que encuentre su completa adecuación en el tipo respectivo.

De lesión, por que altera un interés jurídicamente protegido por la norma legal, la conservación del matrimonio.

Instantáneo, por que en el momento mismo de la unión carnal se infringe el presupuesto legal previamente establecido.

El aspecto negativo de la conducta es la ausencia de esta.

Ya había hecho notar que si faltaba alguno de los elementos del delito éste no se integraba, habida cuenta si la conducta no se manifiesta en tal virtud, el delito no se configuraría por la falta de dicho aspecto.

Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva



o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico".(75)

Como el delito de adulterio es un ilícito de acción, - por análisis se desecha que este se realice por omisión, toda vez que el precepto que lo regula hace referencia a una prohibición y el derecho sólo sanciona conductas que contravengan sus disposiciones.

En este aspecto no es posible que el delito se realice por ausencia de conducta, ya que para su realización es necesario la manifestación de voluntad no coaccionada de los adúlteros, es decir, que ambos esten plenamente concientes de que el acto que estan realizando o van a realizar les ocasionara determinadas consecuencias jurídicas.

#### 4.2.- TIPICIDAD.

De acuerdo con Fernando Castellanos Tena opino que - "...La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".(75)

La tipicidad es aquella conducta humana contraria a derecho y que encuentra su fundamentación en un tipo penal.

---

(75) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 149.

---

(76) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 165.

Para Francisco Pavon Vasconcelos, la tipicidad es "...La adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; el encuadramiento a la subsunción del hecho en la figura legal".(77)

La tipicidad es un elemento esencial del delito, ya que sin su presencia éste no existiría y representa el actuar humano que encuentra su fundamentación en lo descrito por el legislador en un tipo penal.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, ya que el tipo, es la descripción hecha por el legislador avalada por el Estado, plasmadas en un ordenamiento penal las cuales al infringirse traen determinadas consecuencias jurídicas.

La tipicidad es el encajonamiento de la conducta realizada en lo descrito por el Estado en las normas penales, si la conducta realizada no encuentra su adecuación perfecta dentro de esta el delito no se da.

En el adulterio la tipicidad surge y encuentra su intergración en el momento que existe una consumación carnal querida y aceptada por un varón y una mujer, estando uno o ambos unidos matrimonialmente con interposita persona, dicha conducta para su punición o para que encuentre adecuación jurídica es fundamental que ocurra de acuerdo a lo establecido por el artículo 273 de nuestro Código Penal, es decir, que se en estas dos modalidades :

---

(77) PAVON VASCONCELOS ,Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1978, 4a Edición. Pág. 277.

primera, de lugar, o sea, su realización en el domicilio conyugal; segunda, de modo, o sea la realización del acto ilícito fuera del domicilio que para ese efecto tiene el matrimonio pero con escándalo.

El bien jurídico tutelado, existe viva polémica en el sentido, de cuál sea el bien jurídico que trata de regular el artículo 273 de nuestro Código Penal, en torno al delito de adulterio.

Estudiosos del derecho establecen que con lo estipulado en dicho precepto legal lo que se trata de proteger, es el deber de fidelidad que se deben los conyuges.

En mi opinión no es la fidelidad lo que se trata de proteger al sancionar en nuestra legislación el delito de adulterio, por que si el legislador tratara de proteger la fidelidad que se deben los esposos nacida de un contrato de matrimonio, entonces todo adulterio debería de ser estimado como delito, tan es así que sólo se sanciona el realizado en el domicilio conyugal y el escandaloso.

En este sentido considero que el bien jurídico que se trata de proteger, es el buen orden de la familia.

Para conservar este buen orden no es necesario que la autoridad judicial se inmiscuya en asuntos de orden privado que incumben únicamente al ofendido querellarse del hecho u omitir la misma ya que "si se trata de conservar el buen orden familiar, la peor medida que puede tomarse es la aplicación de penas al conyuge culpable de adulterio. Si el caso es tan doloroso que no quepa el

perdón, basta, en nuestro concepto, la acción civil de di vorcio, la pérdida de la patria potestad, de los derechos alimentarios, etc., por que en las familias en las que se da el adulterio pueden existir descendientes, y para es tos puede quedar eternamente la mancha de que uno de - sus padres metio al otro a la carcel, creandose en el - descendiente verdaderos conflictos de desamor hacia sus ascendientes". (78)

Sujeto activo, en el delito de adulterio resultan ser - sujetos activos de la conducta adulterina tanto la mu - jer como el hombre, unidos maritalmente de acuerdo a lo establecido por el Código Civil, al momento de realizar su conducta carnal con un tercero ajeno a la unión ju - rídica manifestada.

Si el hombre unido por vínculo matrimonial a una mujer, realiza esta conducta, con otra que no sea su cónyuge, in fringe lo establecido en el artículo 273, del Código Pe - nal, se hace acreedor a las penas en el plasmadas; en igual infracción puede incurrir la mujer si realiza sus actos adulterinos en las modalidades mencionadas. El objeto ma terial se entiende como aquellas relaciones ilícitas - llevadas acabo por el hombre o mejor casados con suje - tos distintos al vínculo matrimonial y de diferente se xo.

Sujeto pasivo, es el titular del interés jurídicamente protegido, es decir, cualquiera de los dos cónyuges.

---

(78) BETANCOUR VARGAS, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 139.

En el adulterio resultan ser sujetos pasivos del delito, tanto el hombre como la mujer traicionados, puesto que ellos y únicamente ellos son los titulares del mencionado interés, referido, mientras exista el vínculo matrimonial.

En atención a esa titularidad, son los únicos habilitados para interponer la querrela que pone en marcha el oportuno procedimiento, y por ello como resultado inobjetable del derecho que les asiste, son los que tienen la facultad de ejercer un derecho a castigar a los adúlteros, de manera discrecional, pidiendo ante la autoridad competente la persecución o no e incluso la no ejecución de la pena, cuando haya el juez dictado sentencia en contra de los culpables.

A el Estado debe considerarse sujeto tutelar del delito de adulterio, por que también a la sociedad se le afecta seriamente al consumarse este acto ilícito por la conmoción social, las consecuencias irreversibles que producen ocasionando el desorden de la familia a la cual el Estado protege por ser la base de todo conglomerado humano.

Los medios de ejecución, deben ser realizados en el domicilio cónyugal o con escándalo.

Como ya fue señalado anteriormente por domicilio cónyugal, se entiende el lugar o local que los esposos libremente escogen para su convivencia, sin que para ello importe su aspecto permanente o transitorio.

Con escándalo, los actos adúlterinos deben ser ejecutados de tal manera que la sociedad se de cuenta de la falta grave y el ridículo al que se espone al esposo inocente.

La ausencia de tipicidad o la atipicidad constituyen el aspecto negativo de la tipicidad.

"...La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa".(79)

Para Jimenez de Asúa "existe ausencia de tipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad sea presentado con características antijurídica, en sentido estricto".(80)

En toda atipicidad existe falta de tipo; así también si un hecho determinado no encuentra adecuación exactamente en lo descrito por el legislador en una ley respecto de el no existe tipo.

En el caso concreto del delito de adulterio no existe tipo, ya que el legislador no describe la conducta, (artículo 273 del Código Penal, para el Distrito Federal) - si no aparece descrita tal conducta; entonces en tal virtud no se debe estar a lo que se entiende por adulterio lexicográficamente o etimológicamente ya que atentaría

---

(79) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 172.

(80) JIMENEZ DE ASUA. Citado por PAVON VASCONCELOS, -- Francisco. Ob. Cit. Pág. 277.

seriamente contra lo dispuesto por nuestra constitución en su artículo 14.

En virtud de que el legislador no define lo que debemos entender por adulterio, en el artículo que se refiere al respecto nuestro Código Penal, éste no reúne los elementos suficientes para sancionar tal conducta.

Como en materia penal no son fuente subsidiaria ni de aplicación supletoria la doctrina y los principios generales del derecho, es por ello que a la hora de su aplicación, surga un vacío en la ley violatorio de las garantías individuales, concretamente como lo he venido mencionando del artículo 14 constitucional.

El juzgador ante un caso como estos debe de tomar en cuenta los elementos con valoración cultural, en los que el proceso debe de ajustarse en base a ciertas normas y concepciones vigentes que pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del derecho.

Muy pocas huellas han dejado en la Legislación Penal de México las denuncias hechas del delito de adulterio, y en general las sentencias en estas han sido muy escasas ya que el cónyuge ofendido se desiste de la acción intentada o perdona al infractor del buen orden de la familia.

El delito de adulterio se sanciona sólo en dos casos, - establecidos en el artículo 273, que en precedentes páginas hice mención. Pero la realidad es que en la República se practican adulterios a escondidas o clandestinos en elevadísimo número y pocas son las denuncias.

Uno de los fenómenos que a contribuido en gran parte a este desorden considerablemente es la participación más activa de la mujer en la sociedad, debido a lo difícil que se presenta cada vez más la vida para poder subsistir en una sociedad moderna, en la cual se exige con mayor atingencia la participación activa de la mujer en todas las actividades de la sociedad.

#### 4.2.1.- TIPO.

Para Francisco Pavon Vasconcelos el tipo "...Es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal".(81)

En opinión de Fernando Castellanos Tena el tipo "es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales".(82)

Como se observa, el legislador debe definir la conducta concreta que se ha de realizar para que ésta al ser contraria a derecho encuentre su adecuación en el precepto respectivo y a lo descrito en él.

Dentro de la forma legal del delito de adulterio al que alude el artículo 273 de nuestro Código Penal, los con-

---

(81) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 259.

---

(82) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 165.



ceptos adulterio domicilio, cónyugal y escándalo no son definidos ni siquiera en su mínima parte, por esta razón no reúne los elementos necesarios para que una conducta realizada en tales condiciones pueda considerarse como delictuosa.

Por ello he venido insistiendo que mientras no reúna los requisitos esenciales ni elementos suficientes para sancionar al infractor de una conducta de esta naturaleza es oscura e inverosímil, y su regulación es que resulte inoperante.

En consecuencia si los elementos esenciales del tipo (conducta, tipicidad, antijuridicidad o antijuricidad, culpabilidad e imputabilidad) no concurren o no son señalados por el legislador en la descripción normativa el precepto que contenga dichas fallas jurídicas es ilegal.

Una definición descriptiva, puede acumular datos o propiedades de la definición del delito de adulterio, pero esos datos y propiedades han de ser tales que radiquen en el tipo que los regula, de manera que, a través del tiempo y del espacio, haya la certeza de que los elementos que describa, en este caso el artículo 273 de nuestro Código Punitivo reúna los elementos legales necesarios, dichos requisitos han de ser tales que alcancen a todos los individuos que hayan infringido lo dispuesto en el precepto aludido en lo referente al adulterio, de otra manera la conducta realizada no se subsumirá en dicha figura legal.

Desde el punto de vista general, el delito al que hace -

referencia el artículo mencionado no podemos indicar - con propiedad que la descripción del delito sea defini da totalmente, su normatividad sólo menciona en parte la conducta.

Desde el punto de vista jurídico, dicho precepto y su - contenido, resulta impreciso e impráctico y apesar de - las dificultades que ocasiona al impartidor de justi - cia a la hora de resolver en una sentencia sobre este - caso, se sigue manteniendo en el Código Penal, como un - soporte conservador de costumbres que perduran en nues - tros pueblos y la familia.

La clasificación de este delito en orden al tipo la po - demos establecer de la siguiente manera:

Normal, ya que no reúne elementos normativos, ni subjeti vos en virtud de que sólo hace referencia a las mane - ras de comisión (en el domicilio conyugal o con escán - dalo).

De formulación casuística, toda vez de que en el tipo se encuentran establecidas las formas de su comisión, de - acuerdo con lo estipulado en el artículo 273, del Códig - go Punitivo.

Es autónomo ya que para su existencia no se apoya en - ningún otro.

Alternativamente formado, por que existen dos presupues - tos posibles de comisión del ilícito como se señalo an teriormente.

La ausencia de tipo "se presenta cuando el legislador, - deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta

que según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos".(83)

Por eso estimo que en el adulterio, el tipo no existe y en ese caso el que realiza una conducta de esa naturaleza no se debe de hacer acreedor a sanción alguna.

El delito de adulterio, debe de estar regulado por un - presupuesto jurídico, por que su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del derecho y no en algo que no esta previsto en un ordenamiento legal, anterior - mente al hecho que se menciona.

Atendiendo a los dogmas penales, uno de los principios - básicos y reguladores de nuestras garantías legales, el clásico y más importante establece: "nullum crimen, nulla poena sine lege" es decir, no existe crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley.

Aplicada al delito de adulterio, sólo se justifica esta si se comprueba que el acto contraviene lo dispuesto en un tipo penal, pero si la manifestación de la conducta - en tal sentido no encuentra adecuación en lo dispuesto por el artículo citado de nuestro Código criminal, en - el mismo instante se le debe de absolver ya que a dicho precepto le faltan elementos suficientes para que se - pueda exigir la responsabilidad del indiciado.

Nadie debe de ser castigado. por hechos que no están - previamente establecidos en un ordenamiento legal.

---

(83) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 173.

#### 4.3.- LA ANTIJURIDICIDAD.

Considero que la antijuridicidad es lo que contraviene al derecho por ello coincide con Fernando Castellanos-Tena cuando dice que, "acepta como antijurídico lo contrario a derecho".(84)

Se le considera como un elemento básico del delito, que indiscutiblemente va unido a la tipicidad, aunque su concepción sea distinta a pesar de la enorme relación que existe entre ellos.

Marco Antonio Diaz de Leon, al referirse a la antijuridicidad aplicada al adulterio, manifiesta que el "adulterio es un delito de daño toda vez que lesiona el bien jurídico objeto de la tutela, y por lo tanto su antijuridicidad resulta manifiesta".(85)

Entre los bienes jurídicos tutelados por el derecho el vínculo matrimonial ocupa un lugar preponderante. La integridad del matrimonio es condición esencial para que la familia y aún la sociedad puedan vivir en orden estable.

El bien jurídico del matrimonio, es protegido tanto del ataque que le causa un daño como del que lo pone en peligro.

Por ser la familia la célula más importante de la sociedad

---

(84) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 175.

---

(85) DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 162.

dad viene protegida por la norma jurídica no sólo en interés del individuo, sino también en el de la colectividad.

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación.

Puede darse el caso que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

"Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta como a derecho". (86)

Las causas de justificación son las siguientes: la legítima defensa, el estado de necesidad, impedimento legítimo, cumplimiento de un deber, y ejercicio de un derecho.

La legítima defensa, el artículo 15 fracción III, párrafo primero del Código Penal, para el Distrito Federal, expresa, "repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos

---

(86) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 181.

propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

El estado de necesidad, textualmente nuestro Código establece en la fracción IV del artículo 15, "obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

Impedimento legítimo, esta recogido como circunstancia-excluyente de responsabilidad en el artículo 15 fracción VIII, de manera que no existirá delito cuando se "contravenga lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por impedimento legítimo".

La excluyente antes dicha, será siempre omisiva, ya que en coacciones la propia ley estipula un impedimento para actuar y al derivar de la propia ley está legitimado y por esa razón la omisión típica no es antijurídica.

Cumplimiento de un deber, nuestro Código establece en la fracción V del artículo 15, como excluyente de responsabilidad "obrar en forma legítima, en cumplimiento de un

deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho".

"En lo que respecta al delito que estudiamos, resulta - prácticamente imposible poder apreciar la efectividad de las referidas causas. Quizá la única que podría plantear alguna duda es el estado de necesidad, pues en el puro terreno de la teoría sería hipotizable que la fracción del deber de fidelidad, debido por la mujer al esposo, estuviese amparada por esta causa de justificación".(87)

La invocación del estado de necesidad, introducido como atenuante analógica en los eximentes mencionados, en relación con un delito de adulterio, carece de antecedentes históricos que se hayan llevado a cabo en la práctica judicial, pero por difícil que parezca que pueda darse, en ocasiones suceden casos verdaderamente excepcionales en que pudieran suceder infracciones de los deberes conyugales, que se cometen para evitar un mal igual o mayor.

En nuestro medio en atención al delito de adulterio, es imposible que pueda darseles valor a los eximentes regulados por el artículo 15 de nuestro Código Penal, es difícil admitir la exigencia de un peligro actual o inminente, así como grave, absoluto, inevitable e injusto.

---

(87) VAELO ESQUERDO, Esperanza. Ob. Cit. Pág. 152.

En el estado de necesidad se exige la calidad de absoluto, es decir, que no exista otro medio legal para salvarse de la situación en la que se encuentra el agente.

Este requisito no es susceptible de tomarse en cuenta en el caso que por no contar con bienes económicos, suficientes ni con que adquirirlos se llegue a dichos extremos por que existen medios de beneficencia a los cuales se puede acudir para salvarse de esta situación.

#### 4.4.-CULPABILIDAD.

Fernando Castellanos Tena considera "a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".(88)

Eugenio Raúl Zaffaroni establece que la culpabilidad "es la reprochabilidad del injusto del autor. ¿Por que no se le motivó en la norma?. Por que le era exigible que se motivase en ella. Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta por que no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria a derecho".(89)

---

(88) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 232.

---

(89) RAUL ZAFFARONI, Eugenio. Ob. Cit. Pág. 543.



Por ejemplo, si un cónyuge está unido a otro en vínculo matrimonial legalmente válido, contrae relaciones sexuales con un tercero, sin que nadie lo obligue a ello o lo amenace sin estar mentalmente enfermo, decimos que a ese sujeto podía motivarse en la norma que prohíbe contraer relaciones extramatrimoniales con persona ajena al vínculo matrimonial y que le era exigible que se respetase tal disposición, por que nada se lo impedía, razón por la cual se le reprocha lo injusto, concluyendo en que su conducta es culpable y reprochable.

"Para los efectos de la culpabilidad, el delito de adulterio requiere el dolo específico, es decir, la conciencia y la voluntad de ambos sujetos, de realizar el acceso carnal ilícito, a pesar de la existencia conocida del vínculo matrimonial". (90)

Al decir de Fernando Castellanos Tena, existen cuatro clases de dolo: Directo, indirecto, indeterminado, y eventual. "Directo, el resultado coincide con el propósito del agente.

Decide llevar a cabo relaciones con alguien que no es su esposa y las lleva.

Indirecto, el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Realiza relaciones sexuales con persona distinta al vínculo matrimonial, con el conocimiento de que su mujer legítima lo va a descubrir y ocasionar desordenes y -

---

(90) DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 162.

problemas en la familia a sus hijos y con ello la destrucción de su vínculo matrimonial.

Indeterminado, intención generica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.

Un individuo casado legalmente que lleva acabo relaciones sexuales nada más por gusto sin proponerse nada en especial.

Eventual, se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surgan otros no queridos directamente". (91)

El aspecto negativo de la culpabilidad lo constituye - la inculpabilidad. "Con el nombre de inculpabilidad se conocen las causas que impiden la integración de la culpabilidad, evidente tautología según expresión de JIMENEZ DE ASUA. De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche.

Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

a).-El error, y

b).-La no exigibilidad de otra conducta". (92)

En relación al delito de adulterio, el aspecto negativo de la culpabilidad su configuración se da por error -

---

(91) CASTELLANOS TERNA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 241.

---

(92) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 395.

esencial de hecho invencible, a que hace referencia el Código Penal, que nos rige en su artículo 15 fracción VI, como es en lo relativo al copartícipe que desconoce la existencia del vínculo matrimonial, lo cual no implica que no subsista la responsabilidad para quién no pueda ignorar esa circunstancia.

Marco Antonio Diaz de León escribe "El aspecto negativo de la culpabilidad, se puede presentar por error esencial de hecho, a que alude el mismo artículo 15, fracción VI, como sería el caso del copartícipe que ignora la existencia del vínculo matrimonial, lo cual no implica que no subsista la responsabilidad para quien no pueda ignorar esa circunstancia".(93)

No es suficiente que el individuo que realiza la conducta sea imputable y lleve a cabo una acción que por sus circunstancias sea típica o antijurídica para que se le pueda dar el calificativo de culpable de la misma, si no que en ocasiones ocurre que falta la culpabilidad por existir ciertas causas de exculpación que en definitiva se puede establecer que son dos: error esencial e inben- cible y la no exigibilidad de una conducta diferente, cuando el legislador de manera expresa le haya establecido en un ordenamiento legal.

El dolo está compuesto de dos elementos: el intelectual y el volitivo.

Para que la conducta realizada constituya un delito, es importante que el elemento intelectual nunca falte, la

---

(93) DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 162.

volición si puede estar ausente, en cuyo caso el dolo - desapareciera.

En el delito de adulterio, el error debe referirse principalmente a un elemento del tipo para que la figura delictiva se de.

El conocimiento de que es legalmente casado el cónyuge adulterino con persona distinta del correo, cuando recaiga sobre este requisito, quedará exento de responsabilidad penal quien lo sufra, por su parte si el otro infractor de la norma no ignora la existencia del vínculo, se hace acreedor a la sanción tipificada para tal efecto en base a un delito de adulterio, ya en base a un concurso delictivo.

En aras de la seguridad y certeza del Derecho, en nuestro Código Penal, en lo que toca al delito de adulterio la presencia de no exigibilidad no se puede considerar como causa supralegal de inculpabilidad (estado de necesidad objetivo, miedo insuperable, obediencia debida). Dichos elementos para nuestro derecho en lo que se refiere al adulterio son indiferentes.

El estado de necesidad no puede tener efecto en un caso de adulterio, es imposible admitir que la adúltera o adúltero realicen yacimiento para salvar su vida y su integridad, es mucho más repugnante la idea de aceptar como exculpante la conducta de aquella que contraviene el deber de fidelidad conyugal a la vista de un conflicto de bienes de menor dimensión.

El miedo insuperable, puede ocurrir que los sujetos activos del adulterio realicen la acción delictiva impulsados por un miedo insuperable.

En cualquier caso, para quien sea víctima o alegue ser - inocente, debe de probar que el mal que trata de evitar a de ser real, serio, inminente, no justificado por el ordenamiento jurídico e igual o mayor que el mismo provoca.

Obediencia debida, para el derecho la única que tiene - validez es la obediencia gerárquica, es importante resaltar que un superior nunca le ordenaría a una mujer que cometiese un adulterio, por lo que la mujer que llevase acabo tal acción no se podría amparar alegando que cumplió una orden.

#### 4.5.-PUNIBILIDAD.

Para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad - debe reunir el de su punibilidad, siendo éste de todos - ellos el de mayor relevancia.

Fernando Castellanos Tena alude, "que la punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Amenaza estatal de imposición si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación factica de las penas señaladas en la ley".(94)

La punibilidad es el último de todos los requisitos del delito, por que un ilícito sólo es concebible si, además del precepto que indica una determinada acción (u omisión), la norma contiene una sanción contra su inoservancia.

---

(94) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob. Cit. Pág. 267.

El delito, por el hecho de serlo, es merecedor de pena - (punible) así como el cónyuge adúltero es merecedor de un apercibimiento judicial por parte de la autoridad, - pero puede suceder que por un motivo que nada tiene que ver con el delito en sí, la pena no puede aplicarse, así como puede suceder que la autoridad no aplique el apercibimiento por que considera que no es necesario, sin - que ello afecte para nada la existencia de la conducta ilícita del adulterio.

Marco Antonio Diaz de Leon opina: "Si se surte la conducta tipificada y los demás elementos del delito y no median casos de inimputabilidad o de exclusión de responsabilidad, el adulterio será punible".(95)

Las causas de imputabilidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominados excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la puni- -- bilidad y originan la existencia del delito.

"Son causas de imputabilidad o excusas absolutorias, las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a - aun autor y culpable, no se asocie pena alguna por razo- nes de utilidad pública".(96)

Aplicadas al adulterio, en el aspecto negativo no cabe - excusa absoluta, atento a lo señalado por el articulo 274, al hacer referencia con claridad que la acción -

---

(95) DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. Cit. Pág. 162

---

(96) JIMENEZ DE ASUA, Citado por FAVON VASCONCELOS, Francisco. Ob. Cit. Pág. 417.

penal, no sólo se hace efectiva en contra de los autores, sino también a los codeficientes; y el artículo 13 ex tiende la responsabilidad penal a todos aquellos que - intervengan en la ejecución de los delitos.

## A N E X O

Al dirigirme al Licenciado Aarón Hernández López, manifestándole mi agradecimiento y honor de su designación, como sinodal en la presentación de mi examen profesional, me recomiendo que a efecto de apoyar mas el tema que iba a presentar como Tesis Profesional, era necesario - anexar los siguientes puntos: a).- Grafica de estudio - del delito de adulterio; b).- Comentarios al Manual de Procedimientos Penales del maestro Aarón Hernández López; c).- Jurisprudencia. Con el fin de realizar un estudio mas completo del tema ya que en la grafica, se mencionan puntos muy interesantes del delito en estudio.

## a).- GRAFICA.

ESTUDIO DEL DELITO DE ADULTERIO (97)						
ART.	DEL.	SUJ.(S) ACT.(S)	NUCLEO MAT. DEL - TIPO	BIEN JUR. PROT.	POSIBILIDAD	SUJ.(S) PAS.(S)
273	Adulterio	Persona casada y cualquier persona	Cometer adulterio en el dom. cony. o con es. cón.	Fidelidad conyugal	3 días a 2 años de prisión y privación de derechos civiles hasta por 6 años	Cónyuge ofendido(s)

(97) HERNANDEZ LOPEZ, Aarón. Manual de Procedimientos Penales. Editorial PAG. México, 1975, 2a Edición, Pág. 37.



**b).- COMENTARIOS AL MANUAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. -**

En ésta obra, cuyo autor es el maestro Aarón Hernández-López, desde mi punto de vista personal es una excelente obra teórica práctica para los pasantes que como yo tenemos poca experiencia en el litigio.

En la misma se muestra una clara exposición de la terminología jurídica que todo postulante en derecho debe practicar.

Manifiesta en ella todas las etapas que sigue un proceso con ejemplos claros y precisos para que el lector que se inicia en éste camino difícil pero siempre interesante de la abogacía, pueda comprender de manera más clara cuál es el proceso penal desde la Averiguación Previa hasta la Sentencia.

Y para ilustrarnos más con su obra, nos escribe un ejemplo en el cual siguiendo una línea práctica, en todas y cada una de las etapas procesales nos muestra un asunto de adulterio que nuestro Código Penal tipifica en su artículo 273, en el cual nos enseña que en lo que en definitiva se trata, es de contribuir con un estudio práctico a la Ciencia Jurídica ya que hasta ahora existen pocas obras que con sus escrituras nos beneficien con ejemplos claros de lo que en realidad sucede en los juzgados.

En definitiva concluyó, que dicho manual es una magnífica obra, la cual por su escritura ágil y amena otorga a ésta un valor pedagógico indiscutible.

## c).- JURISPRUDENCIA.

JURISPRUDENCIA DEFINIDA. Adulterio, prueba del. Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva. Quinta Epoca: Tomo XXXI, pág. 251. Tomo XXXV, pág. 1252. Tomo XLII, pág. 3117. Tomo LIII, pág. 3117. Tomo LIII, pág. 905.

TESIS RELACIONADAS. Adulterio, delito de. Para tener por comprobado el escándalo, que para la existencia del delito de adulterio exige el artículo 273 del Código Penal del Distrito Federal, es bastante que se justifique que la adúltera abandonó el domicilio conyugal y se fue a vivir con su coacusado, haciendo vida marital con él, públicamente. Quinta Epoca: Tomo XLVIII, pág. 3712.

Adulterio, comprobación del cuerpo del delito de. (Legislación del Estado de Tamaulipas.) El artículo 784 del Código Penal del Estado de Tamaulipas castiga el adulterio cuando ha sido consumado, salvo el caso en que su conato constituyere otro delito, que se reprimirá con la pena señalada a éste. Consiguientemente, tal infracción penal no admite grados y sólo se sanciona al consumarse; y si no se justifica la consumación del delito, el auto de formal prisión dictado en contra del acusado, es violatorio de garantías. Quinta Epoca: Tomo IX, pág. 308.

## PROPOSICIONES Y CONCLUSIONES

## PROPOSICIONES.

PRIMERA.—Resulta evidente que cualquier rama jurídica debe adaptar sus preceptos a la realidad social.

El derecho regula todas las actividades en la vida del ser humano por mínimas que éstas sean, si no existe concordia entre estos dos campos el ordenamiento jurídico pierde sus fines peculiares, la equidad y la justicia para convertirse en un orden jurídico despótico o en un conjunto de leyes muertas.

La regulación de los delitos familiares y sexuales, no se basan en la mayoría de los casos en una realidad vivida y sentida si no que se dejan influenciar por prejuicios, tabús u otra clase de intereses, siendo así que el Derecho Penal está obligado a reformar constantemente sus conceptos regidores de la actividad humana, mediante la introducción o la abolición de incriminaciones o de sanciones.

Propongo entonces abolir de la esfera penal el delito de adulterio, en razón de que para proteger el buen orden de la familia no es necesario que el derecho penal regule la conducta o actividad privada del matrimonio, además al tratarse de conductas que se cometen oculta y por tanto difícil de probar en la mayoría de los casos la pena se convierte en un incentivo. Y por lo misterioso y secreto del delito, unido a la relativa facilidad para cometerlo, en manos del legislador está

el prevenirlo más que el corregirlo ya que los procesos de adulterio, no son mas que tristes batallas judiciales que no sirven más que para verter entre los esposos la hiel de la venganza, del rencor y del odio.

SEGUNDA.--El delito de adulterio, pertenece a la rama del Derecho Privado, propongo entonces que como tal sea regulado exclusivamente por el Derecho Civil, si hay una Institución con la que es necesario tomar las máximas precauciones es precisamente la de la familia, la aplicación del derecho penal a las relaciones íntimas y privadas de la familia no es el instrumento más adecuado para su salvaguarda, debido a que el derecho punitivo es muy severo y dañaría seriamente la fragilidad o intimidad de la familia.

En esta materia se debe de evitar que la función punitiva del Estado regule lo menos que sea posible las relaciones familiares y sólo ante situaciones verdaderamente graves, intervenga como intermediario para lograr la armonía, el orden y la paz en la familia.

Una rifa entre esposos por ejemplo, no debe de hacer perder los derechos prioritarios de la familia y de los niños que se verían seriamente dañados por la imposición de una pena y todas las consecuencias que de ella derivan, en estos casos se debe de impedir todo proceso penal, por que la muestra de dificultades familiares y la pena que resulta por ello, no soluciona en nada al problema.

Insistiendo en nuestra idea las sanciones en este caso puede ser el divorcio, la separación cónyugal, pérdida de

la patria potestad sobre los menores hijos y según el caso, se puede unir una indemnización de daños y perjuicios.

#### CONCLUSIONES

PRIMERA.- En los primeros tiempos de la humanidad, el adulterio fue cruelmente sancionado y mas infamantes fueron las penas, si la que cometía dicha conducta era una mujer, en aquellos tiempos a ésta se le consideraba como una mercancía y un ser inferior, al esposo ofendido se le otorgaba la facultad de aplicar la pena según su propio criterio, ya que en aquella época el delito de adulterio se consideraba como privado solamente.

SEGUNDA.- Apesar de que las sanciones eran verdaderamente graves, los actos adulterinos crecían en gran número, entre algunas de las medidas para tratar de erradicarlo se tipificó la denuncia pública en la que cualquier ciudadano que tuviera conocimiento de un acto de esta naturaleza podía ejercitar querrela.

TERCERA.- Ante el rotundo fracaso y la mala aplicación de la ley, surgieron nuevas disposiciones en las cuales se abolió la facultad de carácter público, que se le otorgaba a toda persona que tuviera conocimiento de un acto de esa naturaleza, ahora correspondía únicamente a la familia el dictar las penas y aplicarlas, adquiere así por disposición familiar dicho delito la naturaleza de privado.

GUARTA.- En un intento por equiparar los derechos tanto de la mujer como del hombre ante la ley, nuestro derecho positivo equipara la sanción al culpable de esa conducta, castigando únicamente el cometido en el domicilio conyugal y el escandaloso, sin definir que debemos entender por tales figuras jurídicas ocasionando que el artículo 273, que refiere a este delito su aplicación sea inoperante, contribuyendo con ello a que el delito de adulterio esté condenado a desaparecer de nuestro Código Punitivo.

QUINTA.- Nuestro Código Penal, establece de manera expresa, una pena bastante atenuada, pero está comprobado a través de la historia que la severidad de las sanciones penales en las relaciones privadas de la familia, no son el mejor medio para erradicar el adulterio, ni prevenirlo, debido a que las sanciones penales no son aceptadas por la sociedad en asuntos matrimoniales su inutilidad es manifiesta y prácticamente nula inclinándose para ello en sanciones de derecho civil con el carácter de exclusividad.

SEXTA.- La no definición de lo que debemos entender por adulterio, constituyen un grave problema, para poder sancionar con certeza y de manera justa a los infractores de esta disposición. Ya que para que una conducta pueda ser castigada es requisito indispensable la existencia previa de la norma que defina concretamente el delito y establezca la pena.

SEPTIMA.- Para que el delito de adulterio, sea sancionado, es fundamental que reuna todos los elementos legales que como ilícito debe reunir, en este caso el tipo no los reúne y en consecuencia la tipicidad no se da de tal manera que los demás elementos del delito tampoco encuentran razón de ser para su aplicación a este caso.

OCTAVA.- La sociedad evoluciona constantemente, con ella también las normas reguladoras de la vida gregaria de sus habitantes.

La regulación del delito de adulterio, por el Derecho Penal, no ha cumplido con los fines específicos, que se propuso el legislador, al tratar de regularlo y sancionarlo en el artículo 273 del Código de la materia, toda vez que el mismo, se torna ineficaz, por carecer de elementos suficientes para sancionar dicho ilícito-

## BIBLIOGRAFIA

- 1.-CARRANCA, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Editorial Bogota, Colombia, 1964. Volumen - III.
- 2.-CAMPORA, Hector. Un Siglo de Derecho Civil Mexicano, - Editorial UNAM, México, 1985, la Edición.
- 3.-CARRANCA Y RIVAS, Raúl. El Drama del Derecho Penal, - (tratado por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero); Editorial Porrúa, México 1982, la Edición.
- 4.-CASTELLANOS TEMA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1980, la - Edición.
- 5.-DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho - Procesal Penal, Editorial Porrúa, México, 1986, la Edi - ción, Tomo I.
- 6.-DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge.
- 7.-DIAZ SANTOS DIEGO, María del Rosario. Delitos Sexuales Contra la Familia, Editorial Monte Corvo, España, 1973.
- 8.-ENCICLOPEDIA OMEBA. Tomo I. Adulterio, Editorial Biblio - gráfica Argentina, julio 15, 1945, Bs. Aires, Argentina.
- 9.-FLORIS MARGADANT, Guillermo, El Derecho Privado Roma - no, Editorial Esfinge, 3a Edición, México, 1968.
- 10.-HERNANDEZ LOPEZ, Aaron. Manual de Procedimientos Pena - les, Editorial PAQ. México, 1975, 2a Edición, Pág. 37.
- 11.-JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Edi - torial Porrúa, México, 1986, 2a Edición.
- 12.-INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES. Leyes Pena - les Mexicanas. México, 1979, Tomo II, III, y IV.



- 13.-MACEDO, S. Miguel. Para la Historia del Derecho Penal Mexicano, Editorial Cultura, México, 1931.
- 14.-MARTINEZ ROARO, Marcela. Delitos Sexuales, Editorial - Porrúa, México, 1985, 3a Edición.
- 15.-PORTE PETIT, Celestino. Evolución Legislativa Penal - en México, Editorial Jurídica México.
- 16.-PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1978, 4a Edición.
- 17.-Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, Tomo II y III, en Madrid, por Julian Paredes, 1681.
- 18.-ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1975.
- 19.-RAUL ZAFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal, Editorial Cardenas, México, 1986, 1a Edición.
- 20.-VARELLO ESQUERDO, Esperanza. Los Delitos de Adulterio y Amancebamiento, Editorial Bosch, 1976.
- 21.-VETANCOUR VARGAS, Guillermo. Versión Taquigrafica, México, UNAM. 1942.

#### LEGISLACION CONSULTADA

- 1.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial PAC, S.A., México, 1985.
- 2.-CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa México.
- 3.-GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, México, 1985, 1a Edición.