

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE



ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE: 879309

21
209

"LA DIFICULTAD DE LA COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE
ADULTERIO"

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MA. DE LOS ANGELES GONZALEZ DIAZ

Asesor de Tesis: LIC. JAVIER GUIZA ALDAY

CELAYA, GTO.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1993



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.
EXPOSICION DE MOTIVOS	1
INTRODUCCION	3
CAPITULO I EL DELITO Y SUS ELEMENTOS	6
CAPITULO II EL ADULTERIO A TRAVES DE LA HISTORIA Y HASTA NUESTROS DIAS	15
CAPITULO III CONCEPTO DE ADULTERIO	25
CAPITULO IV LOS SUJETOS DEL DELITO	32
CAPITULO V EL BIEN JURIDICO TUTELADO	38
CAPITULO VI ELEMENTOS DEL ADULTERIO	51
CAPITULO VII EL ADULTERIO DE LA MUJER Y EL ADULTERIO DEL HOMBRE	68
CAPITULO VIII PENALIDAD O NO PENALIDAD DEL ADULTERIO	73
CAPITULO IX LA PENALIDAD Y SU EXTINCION	77
CONCLUSIONES	82
BIBLIOGRAFIA	97

EXPOSICION DE MOTIVOS

El hablar del adulterio como delito es como hablar de un tema en la actualidad de poca importancia, eso, es lo que piensan en su gran mayoría los tratadistas del derecho, por la dificultad que entraña su comprobación, en cuanto a los elementos que integran su tipo (domicilio conyugal o con escándalo). Pero si nos ponemos un poco a ver el fondo de este delito, comenzaremos a encontrarnos que en la historia como en la actualidad, es una conducta que se da en forma continua, basada sólo en el egoísmo propio del hombre que no reflexiona en el cúmulo de problemas que su actuar trae consigo una familia relegada a un segundo término, los cuales cuando se dan cuenta de la situación que viven sus padres tienen que enfrentarse a una triste realidad, si tan sólo por un momento los padres adúlteros se pusieran a pensar en el dolor que se causa a los hijos y al cónyuge inocente enmendarían su conducta. Personas que se olvidan de todo respeto y consideración hacia los demás y a sí mismo. Personas que encerrados en su propio mundo y vanidad sólo buscan la satisfacción propia de su instinto y el de dejar la imagen de macho o de libertad absoluta sobre su propia persona.

Lo anteriormente señalado fué el motivo por lo que me llevó a detenerme en un estudio más profundo de este de-

lito pocas veces sancionado no obstante del daño infringido, delito el cuál no sólo merece un tratamiento más severo, sino que es necesario la modificación en cuanto a los elementos que integran el tipo, como son el elemento local y el elemento modal, aunado a esto también se debe de contemplar el actuar de personas casadas que sostienen relaciones eróticas con otras del mismo sexo, porque aquí la conducta deja mucho que señalar sobre la moralidad de los sujetos activos del ilícito.

Ahora bien, por ser un delito de naturaleza dolosa debe de tomarse la tentativa del delito como punible, y de igual forma no debe existir la exigencia de que dicha conducta sea por medio idóneo, sino también no idóneo, porque en cualquiera de las formas que se lleve a cabo la intención de la consumación de la conducta.

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

La idea del matrimonio se revela, según la ley natural, por esa congénita inspiración del alma que se llama amor, y que mueve a las criaturas racionales al instinto de deseo de unir su propia persona a la personalidad de otro semejante suyo. Esta unión tiene su raíz primordial y más pura en el afecto espiritual y por lo mismo en el vínculo de de las dos personalidades morales. El amor purificado en su concepto más sublime, tiende a la posesión de la persona amada, y se siente satisfecho si se ve correspondido por de igual afecto, y no está satisfecho y tranquilo si tal reciprocidad no implica la condición de ser perpetua, y tampoco se muestra satisfecho si tal reciprocidad es exclusiva de de tal suerte que la persona amada debe entregárenos de manera total, así como nosotros nos entregamos. De tal manera de que la expresión en que se manifiesta el más puro concepto de amor es lo que en forma vulgar instintivamente se repite y se esculpe en las siguientes palabras: "ERES MIA, SOLO MIA, SIEMPRE MIA, SOY TUYO, SOLO TUYO, PARA SIEMPRE TUYO", en esta fórmula que se manifiesta espontáneamente en el corazón en todo aquel en quien los efectos impresos por Dios de en el alma humana no estén pervertidos por la corrupción. De lo cual la esencia del matrimonio es la perpetuidad y la exclusividad absoluta.

El deber de la fidelidad conyugal, es pues, indiscutible, y es deber jurídico porque el otro cónyuge tiene derecho correspondiente de exigir su observancia. De ahí que la violación de este derecho sea reprobable así ante la ley moral como ante la ley jurídica, y hay adulterio tanto si la infidelidad la comete la esposa en perjuicio de los derechos del marido, así como si el marido los comete en perjuicio de los derechos de la esposa.

Es fuera de duda que la sociedad conyugal, desde el punto de vista de los derechos pertenecientes a un cónyuge sobre el cuerpo del otro cónyuge, se apoya sobre el principio absoluto de la igualdad. Por lo cual deberá considerarse delito lo mismo en el hombre que en la mujer, de lo cual tanto el uno como el otro tienen igual derecho a la fidelidad conyugal.

Por lo cual se pretende poner sobre la balanza esta igualdad de derechos de ambos cónyuges en la familia y hacer que de esto dependa la solución del presente problema. - "DIFICULTAD DE LA COMPROBACION DEL CUERPO DEL DELITO DE ADULTERIO Y SUS POSIBLES SOLUCIONES". De lo anterior nos hace reflexionar sobre la importancia jurídica de esta figura "EL ADULTERIO", el cual es un delito que se da en forma continua y por gran parte de individuos, entonces porque el delito de adulterio va desapareciendo lentamente de legislaciones modernas, y en aquellas en que todavía perdura su -

aplicación se disminuye por los cambios habidos en el pensamiento cultural, sin embargo la realidad es que no podemos borrarlo de nuestro pensamiento y deseo en las legislaciones en que todavía persiste ni desconocer su textura típica en los códigos.

C A P I T U L O I

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

C A P I T U L O I

EL DELITO Y SUS ELEMENTOS

EL DELITO. Acto u omisión que sancionan las leyes penales. Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Infracción culpable de la norma penal. Su concepto ha variado en el tiempo, según la doctrina y las legislaciones, sin embargo, en términos generales, se le reconocen las siguientes características: Delito es, partiendo desde la definición "Acción típica, antijurídica, culpable, punible"; esto se deduce: Es una acción penal humana; lo que no es acción no interesa al Derecho Penal, típica porque la acción debe concordar con lo descrito en la norma penal, antijurídica porque la acción debe oponerse al orden jurídico penal vigente y no estar justificada por una causa de exclusión del injusto. Culpable, porque puede imputarse al autor, intencionado o negligente del delito cometido, dada la relación de causalidad existente entre el agente y su acción. Punible, porque está sancionado expresamente con una pena señalada en la norma penal. -

(1)

La palabra delito, proviene del latín delicto o delictum, supino del verbo delinqui, delinquere, que significa -desviarse, resbalar, abandonar. El maestro Carrara habla -

(1).- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Ob. cit. págs. 582-583.

de abandono de una ley, cometer una infracción o una falta. (2) Para el autor Frank, él define el delito como la violación a un derecho fundado sobre la ley moral. (3) Para Pessina el delito es la negación del derecho (4); para Romagnosi, delito es el acto de una persona, libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto (5), y para Rossi, consiste en la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad o de los individuos. Para Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica, define al delito "como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable, y políticamente dañoso. (6) Rafael Garófalo, sabio jurista del Positivismo, define el delito natural como "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. (7) Para Edmundo Mezger, el delito es una acción punible; esto es, el conjunto de los presupuestos de la pena. (8) Mezger elabora también una definición jurídico-substancial, al expresar que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable. (9) Para Cuello Calón es la acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible. (10), por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometidos a una sanción pe--

(2).- CARRARA, Ob. cit. Vol. I, pág. 60.

(3).- FRANK, ob. cit. pág. 134.

(4).- PESSINA, ob. cit. pág. 95.

(5).- ROMAGNOSI, Génesis del deritti penal inciso 55.

(6).- CARRARA, Vol. I, ob. cit. pág. 60.

(7).- JIMENEZ DE ASUA, Tratado de derecho penal, ob. cit. pág. 40.

(8).- VILLALOBOS, Ignacio. Ob. cit. pág. 201.

(9).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, ob. cit. pág. 129.

(10).- CASTELLANOS TENA, FERNANDO, ob. cit. pág. 130.

nal". (11) Para Grisipigni el delito es todo hecho al que - el ordenamiento u ordenación jurídica liga como consecuencia jurídica una pena.

Verdaderamente son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o un concepto del delito, tarea - muy difícil de conseguir en un plano de absoluto y de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica verdadero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aún, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo. En consecuencia, la noción de delito deberá necesariamente seguir las vicisitudes de esas distintas parcelas señaladas en la vida de cada nación y ha de cambiar el compás de las mismas. Por consiguiente, lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa. Sin embargo para dar un concepto siquiera sea de carácter provisional, el delito lo podemos definir como lo establece el maestro Jiménez de Asúa que es toda acción (u omisión), antijurídica (típica), y culpable (sancionada con una pena). (12) De esta manera, puede señalarse lo siguiente:

a).- El delito es un acto humano, es un actuar (a acción u omisión). Un mal o daño, aún siendo muy grave, tanto en el orden jurídico individual como en el colectivo, no

(11).- CASTELLANOS JENA, Fernando. Ob. cit. pág. 130.

(12).- JIMENEZ DE AGUA, Ob. cit. pág. 40.

es delito si no tiene su origen en un comportamiento humano. Los hechos de los animales, los sucesos fortuitos, como los extraños a la actividad humana, no constituyen delito. (13)

b).- El acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en contradicción, en oposición, a una norma jurídica, - debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido. (14)

c).- Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que se corresponda con un tipo legal; es decir, ha de ser un acto típico. No toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuridicidad tipificada. (15)

d).- El acto ha de ser culpable, imputable a dolo o intención o culpa o negligencia; es decir, debe corresponder subjetivamente a una persona. (16)

e).- El acto humano (acción u omisión), debe estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si hay conminación de pena, no existiría delito. (17)

f).- Si concurren todos estos elementos, habrá delito, al faltar alguno de ellos (por ejemplo, no ser antijurídico el hecho al haber una causa de justificación, legítima

(13).- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, ob. cit. pág. 133.

(14).- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Ob. cit. n.º 133.

(15).- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Ob. cit. pág. 133.

(16).- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Ob. cit. pág. 133.

(17).- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Ob. cit. pág. 133.

defensa, estado de necesidad, o no ser imputable como en el caso de un loco), no habrá delito.

EL DELITO Y SUS FORMAS

Las formas que la conducta puede revestir son:

- 1.- ACCION.
- 2.- OMISION.
- 3.- COMISION POR OMISION.

Empezaremos por estudiar lo que penalísticamente debe entenderse por ACCION, evidente resulta que el concepto denota por sí mismo un actuar positivo, un hacer que quebranta una norma de carácter prohibitivo.

OMISION, entraña o significa un actuar negativo, un no hacer que quebranta una norma de carácter dispositivo, los ejemplos clásicos en la doctrina de uno y otro caso son el homicidio por la acción y el encubrimiento por la omisión.

Ahora bien, para entender lo que significa "comisión por omisión" se tiene que interpretar sistemáticamente ambas nociones y amalgamarlas en un mismo contexto para llegar a concluir que para la existencia de la comisión por omisión se requiere primeramente una omisión, un no hacer que traiga consigo un quebrantamiento de una norma disposi-

tiva, lo cual debe tener una consecuencia mediata, querida, admitida o consentida por el agente, misma que implique la obligación de evitar el resultado antijurídico, pudiendo y debiendo hacerlo.

LA TENTATIVA

Definición: Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas extrañas a la voluntad del agente.

Es muy importante hablar sobre esta figura jurídica, para en su momento encuadrarla en la figura jurídica motivo de la presente tesis.

Se puede entender válidamente que ella existe desde la exteriorización de la decisión de cometer un delito hasta el momento anterior a la consumación del mismo. La tentativa fundamenta su existencia jurídica en que la norma es timate como delito no sólo la conducta antijurídica que lesiona un bien tutelado penalmente, sino también a aquel acto que pretenda esa lesión infructuosamente.

Ahora bien, el punto neurálgico consiste en la determinación de la ratio de la punibilidad en la tentativa. A

este efecto, a través de la historia del pensamiento jurídico-penal, se han estructurado variadas y diversas corrientes que han pretendido el problema. Resulta de interés el análisis de esas principales posturas.

Ferri: Sostiene que la tentativa debe castigarse en cualquiera de sus momentos, toda vez que en todos y cada uno de ellos se revela peligrosidad.

Carrara: Creyó resolver la cuestión planteada fundamentando la punibilidad de la tentativa en el peligro corrido por el bien tutelado.

En mi particular punto de vista la teoría sostenida por Ferri, es adecuada al delito de adulterio toda vez que los sujetos activos realizan todos los actos tendientes y necesarios para que se de la relación y no por el hecho de que hubiera quedado incomprobado, el delito consumado debe quedar impune la conducta de los sujetos activos.

C A P I T U L O I I

EL ADULTERIO A TRAVES DE LA HISTORIA Y HASTA NUESTROS DIAS

CAPITULO I I

EL ADULTERIO A TRAVES DE LA HISTORIA Y HASTA NUESTROS DIAS

El adulterio ha sido castigado con severidad en casi todos los pueblos, conteniéndose crueles penas contra los adúlteros. Los antiguos egipcios imponían por este delito la castración, creyendo hallar en esta barbarie cierta especie de proporción entre el delito y la pena; pero después daban al hombre mil azotes y cortaban la nariz a la mujer. Los lidios establecieron contra este delito la pena de muerte, los brahmas condenaban a las mujeres adúlteras a ser comidas de los perros; los judíos apedreaban a la mujer, y sobre sus cenizas levantaban un cadalzo en que daban garrote a su cómplice. Los hebreos únicamente cometía adulterio la mujer infiel a su marido; es decir, que no era delincuente el hombre que rompía la fé conyugal. El rigor era tan grande que se presumía por el simple hecho de que la mujer estuviera sola con otro hombre por breve tiempo. La pena originaria fue la de lapidación, esta forma de ejecutar la pena de muerte se completa luego, entre los hebreos, con otra más, la horca y el fuego. Los romanos imitaron a los antiguos egipcios, y después recurrieron a varias penas, incluso a la capital, así por ejemplo sólo se penaba el adulterio de la mujer adúltera, y en el antiguo

derecho, el hombre era el dueño de la acción, pues en época de Rómulo, el marido con su consejo de familia no sólo perseguía a la adúltera, sino que era el árbitro en cuanto a su penalidad. Y después conforme a la ley Julia de Adulteriis, se declaró público este delito. La acción para perseguir a la adúltera prescribía a los 5 años, y esta acción - si hubo reconciliación y ésta se presumía si no se arrojaba de su lado a la adúltera. (18)

La penalidad de la adúltera en Roma varió en el decurso de los tiempos. En los más primitivos, el marido tenía derecho de darle muerte. Durante la República, la pena sólo fue de destierro, pero al aumentar la corrupción, se establecieron penas más severas. En la Lex Julia de Adulteriis se castigó el adulterio con relegación. Constantino impuso la pena de muerte, pero Justiniano modificó esos castigos, en cuanto a la mujer adúltera, ordenando que fuera azotada y recluida en un monasterio, de donde el marido la podía sacar a los dos años, o de lo contrario, quedaba allí como monja, los demás codelincuentes siguieron conminados con la pena capital (Parte 7).

La ley I, título 7, libro 4 del Fuero Real; ponía a los dos adúlteros en poder del marido para que dispusiera a su arbitrio de sus personas y de sus bienes de cualquiera de los dos delincuentes que tuviesen hijos legítimos que los heredasen.

(18).- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Ob. cit. págs. 532-534.

La ley I, título 21 del Ordenamiento de Alcalá, dió facultad al marido para matar a los adúlteros, sorprendiéndolos en el mismo acto o in fraganti, con tal que al mismo tiempo qutase la vida a los dos, y no a uno solo, pudiendo matar a entreambos sin duda para evitar de esta manera que el marido de acuerdo con su mujer matase a un rival enemigo suyo, o de acuerdo con un tercero matase a su mujer. Mas como podía suceder que el marido no quisiese o no pudiese usar de tan terrible permiso, dispuso esta misma ley, con arreglo a la del Fuero Real, que si el marido acusase y probare el delito, fuesen puestos en su poder los adúlteros, para que de ellos y sus bienes pudiesen hacer lo que más les acomodase. La Ley del Toro (Ley 5, título 28, libro 12) previno que el marido que de su propia autoridad mataba a los adúlteros, aunque fuese en el lecho o in fraganti delito no ganase la dote, ni los bienes del muerto. (19)

Derecho Español.- La noción de adulterio se vincula a la infidelidad de la mujer, porque ésta es contada por el lecho de su marido non de ella, como dicen Las Partidas, si bien para otros efectos estas leyes reconocen que puede ser dable, cuando es entre dos personas casadas, la consumación del delito se reputa esencial, aunque a veces basta la presunción. En las leyes del 62 se dice: "... O fallándolos en casa escondidos seyandolos ambos enfamados de este pecado.", aunque por ser o tratarse de una ofensa a la fé conyu-

(19).- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, págs.

gal y a los derechos del marido, no debe existir adulterio_ hasta que se celebre el matrimonio no era válido. Pero las Leyes de Toro lo pusieron en duda, y en las recopilaciones_ rechazaron esta defensa de las adúlteras, facultando al marido para acusarlas como si el matrimonio fuera válido y - verdadero.

La penalidad del adulterio fué muy dura en el Dere-- chò Español. El Fuero Real ponía a los adúlteros a la dis-- posición del marido. Las Leyes de las Partidas, después de señalar los grandes males y daños que resulten de este deli_ to, adoptan las disposiciones que dió Justiniano de su nove_ la Instituta. La legislación volvió al viejo criterio de - entregar los culpables al marido, dejando a su arbitrio su_ persona y bienes, pero no puede matar a uno y dejar al - otro, pudiéndolos a ambos dos matar, de su propia autoridad en caso de sorprenderlos in fraganti adulterio, pero en tal caso no gana la dote ni bienes.

Derecho Argentino.- La facultad de matar, por la pro_ pia autoridad del marido, en caso de delito de adulterio, - funcionó como causa de justificación en cualquiera de los - cónyuges ultrajados, fuera del hombre o la mujer.

Legislaciones Vigentes.- En los actuales códigos vi_ gentes penales perviven la mayor parte de esas normas que - imperaban en los anteriores derechos.

Derecho Francés.- El adulterio sólo se comete por la mujer; el marido es el único que puede denunciarlo, y el mismo si "toma de nuevo a su mujer", hace cesar la condena (Arts. 336, 337). El cómplice de la mujer adúltera será castigado con la misma pena de ella, y las únicas pruebas que pueden admitirse contra el adulterio en complicidad, son, a más del delito flagrante, cartas y otros papeles escritos por él. El hombre sólo comete delito de concubinato cuando tenga la manceba en la casa conyugal. La querella corresponde a la esposa. De idéntico tenor aunque con variantes de forma, son las disposiciones del código belga.

Derecho Alemán.- El adulterio será castigado con prisión hasta de 6 meses en la persona de la mujer culpable y de su codeincuente. Cuando por causa de adulterio se ha disuelto el matrimonio. La persecución se inicia por querella.

Derecho Italiano.- Se castiga el adulterio de la mujer, y con mayor pena sus relaciones adulterinas. También se sanciona al codeincuente. Sólo se persigue el delito por querella del marido. El hombre únicamente es culpable de concubinato, y la misma acción se señala a su manceba, y éste se perpetúa por el hecho de tener "concubina en la casa conyugal o notoriamente en otra parte", el delito es perseguible por querella de la esposa. La adúltera no es puni

ble cuando el marido la había inducido o incitado a la prostitución, o bien hubiera obtenido ventajas de la prostitución de ella. Ni la adúltera ni el concubinario son punibles si aquélla o éste estaban legalmente separados por culpa del otro cónyuge, o bien abandonado por él injustamente. El cónyuge legalmente separado, que tenga culpa, recibe pena atenuada, si comete adulterio o amancebamiento.

El Derecho Suizo.- Regula el adulterio, como delito contra la familia, sin distinciones de sexos; es decir que lo mismo es adúltero el hombre que la mujer que quebranta la fidelidad conyugal. Delito que se persigue por querrela del ofendido. No tiene derecho de querrellarse el cónyuge que ha cometido el adulterio o lo ha perdonado. El juez puede exigir al delincuente de toda pena si en el momento de cometerse el hecho, la vida común de los esposos había cesado. Otros códigos modernos no configuran en su texto el delito de adulterio, estimando que la sanción suficiente a dicho delito es el divorcio, ejemplo: Códigos de Rusia, Dinamarca.

Existen otras legislaciones como Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala, Ecuador, por citar algunos de ellos, que no hacen distinciones entre marido y mujer. Cualquiera de los cónyuges es adúltero si quebranta la fidelidad, encuadrando este delito contra la familia.

Derecho Mexicano.- En sus orígenes la lapidación era la pena, en otras tribus, como ocurría entre los indígenas que poblaban el interior de las regiones que hoy constituyen los Estados de Venezuela y Colombia, se castigaba el adulterio hasta con la muerte. El derecho mexicano no hace distinción entre el hombre y la mujer, cualquiera de los cónyuges puede ser adúltero si quebranta la fidelidad conyugal, pero exige para el adulterio que será castigado cuando se "haya cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

En los Derechos de Uruguay, Cuba, Colombia y Costa Rica, no figuran el delito de adulterio, ni el de amancebamiento.

He aquí el resumen de nuestras leyes sobre las penas de adulterio a través de la historia, haremos una breve referencia a algunas de ellas, por citar a las más importantes o aplicadas en forma más frecuente:

CONCLUSION:

La pena de muerte es demasiado rigorista, y no tiene proporción ni analogía con el delito; la pena de azotes se contraría a derecho y a las buenas costumbres; la de poner a los adúlteros en poder del marido para que disponga de ella como quisiere, equivale a volvernos legalmente en este punto al estado natural en que no había leyes, pues por

ella se resucita la venganza individual, cuya supresión había sido uno de los principales objetos de la institución de la sociedad civil, y se orilla a la ley por la venganza, que siendo arreglada por la razón y la justicia debía ejercerse siempre con utilidad del ofendido y del ofensor. ¿Se funda acaso esta pena en que la mujer era considerada como propiedad del marido? y acaso en la actualidad ¿No existe - acaso vigente este principio, aunque en forma simulada?. La razón ha asacado a las mujeres de la degradación, y las ha restablecido de igualdad (Art. 4 constitucional), y las ve como compañeras de los hombres, no como bienes muebles o raíces, o esclavas. La ley que permite al marido quitar la vida a los adúlteros que sorprende en el lecho, adolece de los mismos vicios, reviste a un hombre que fuera de sí de la sagrada autoridad de magistrado, haciéndole juez en su propia causa, entrega al furor ciego la espada que nunca debe empuñar, sino la impasible justicia, expone al ofendido a ser víctima de los esfuerzos reunidos de los dos ofensores; y prepara tal vez un plausible protesto a algún marido infcuo para deshacerse traidoramente de una mujer a quien aborrece, o de un rival o enemigo que le hace sombra, pues no está bastante precavido este riesgo con la condición según el concepto del marido que mata a los dos o, a ninguno, condición que se debe de verificar absolutamente sólo en el caso de que sea posible.

Por esto, han caído en desuso estas penas, de suerte que ya no se le ve la de muerte, ni la de azotes, ni la de sujeción a la venganza o capricho del marido, y aún la ley 3 título 20, libro 12, Nov. Rec., prohíbe a todos tomarse por sí mismos la satisfacción de los agravios que se le hagan, y reservará a la justicia el derecho de castigar a los ofensores. No obstante, si el marido matase a los adúlteros en el mismo acto del delito, tendría una excusa de su arrojo en el justo dolor que debió causarle el ver por sus propios ojos mancillado su honor, ese honor peculiar que adquieren los maridos el día de su matrimonio, y que una opinión muy peculiar o singular les hace perder cuando sus mujeres se deshonran.

Si han caducado las penas designadas por las leyes - ¿Cuál será el castigo que deba imponerse a los adúlteros?. En el adulterio como en cualquier otro delito ha de tomarse para la pena, el daño causado por el ofendido y a la sociedad. La satisfacción pecuniaria será oportuna para alguno de los indicados perjuicios, por ejemplo, la honorabilidad, sería imposible de parte del adúltero, y sólo cabe en algún modo el de la adúltera que de pruebas nada equívocas de un sincero y cordial arrepentimiento, con respecto a la sociedad el daño que causa el adúltero no es de mucha consideración, la alarma recae sino solo sobre los hombres casados.

CAPITULO III

CONCEPTO DE ADULTERIO

C A P I T U L O I I I

CONCEPTO DE ADULTERIO

La comparación legislativa, nacional y extranjera, enseña que no hay un concepto unitario jurídico de lo que seá considerado como adulterio, pues hay legislaciones que sólo consideran posible sujeto activo del delito a la mujer casada y no al hombre casado, entendiendo que éste sólo puede cometer concubinato. Lo que hace una vez más la necesidad de una definición unitaria en los códigos penales, independientemente de los progresos en la cultura de cada uno de ellos, el adulterio debe ser definido de igual forma en todos los estados integrantes del país mexicano.

ADULTERIO.- En su moderno significado general o común, que es el que corresponde al derecho civil. El adulterio es la "la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial".

ADULTERIO: Desde el punto de vista genérico y gramatical encierra la idea de engaño, falsificación o alteración en peor de alguna cosa o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos casados.

ADULTERIO.- Para Antonio de P. Moreno lo define: -
"Ayuntamiento ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de -
ellos o los dos casados, cometido en el domicilio conyugal o
bien con escándalo". (22)

ADULTERIO: Para González de la Vega "Ayuntamiento se-
xual entre persona casada y persona extraña a su vínculo ma-
trimonial, efectuado en el domicilio conyugal o con escándalo". (23)

ADULTERIO: Para Cardona Arizmendi: "Es la cópula de -
persona casada, con otra que no sea su cónyuge". (24)

ADULTERIO: González Blanco, opina en relación a este
ilícito como: "La conjunción carnal voluntaria entre hombre_
y mujer, estando uno o ambos unidos por vínculo matrimonial_
con un tercero". (25)

ADULTERIO: Carrancá y Trujillo lo define: "Ayuntamien-
to carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos
o los dos casados". (26)

ADULTERIO: Para Díaz de León: "Delito sexual que se -
produce del ayuntamiento carnal entre personas de distinto -
sexo, estando una de ellas, cuando menos, unida a otra por -
el vínculo del matrimonio, siempre y cuando dichos actos se-
xuales se realicen en el domicilio conyugal o con escándalo". (27)

(22).- DE P. MORENO, Antonio. Ob. cit. pág. 262.

(23).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 314.

(24).- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Ob. cit. pág. 193.

(25).- GONZALEZ BLANCO, Alberto. Ob. cit. pág. 214.

(26).- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. cit. pág. 504.

(27).- DIAZ DE LEON, M. Antonio, Ob. cit. pág. 152.

ADULTERIO: Para Joaquín Escriche lo define: "El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal - concede sus favores a otra persona; o al acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima; o una casada con otro hombre que no sea su marido". (28)

ADULTERIO: Según el diccionario de la Lengua Española, "es el delito que cometen la mujer casada que ya hace - con varón que no es su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada".

ADULTERIO: El Código del D.F. en el artículo 273 no define lo que se debe entender por adulterio, únicamente se ñala: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por 6 años, a los culpables de adulterio, cometidos en el domicilio conyugal o con escándalo". (29)

ADULTERIO: Código Penal de Aguascalientes. "El hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales; si uno de ellos o los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo". (30)

ADULTERIO: El Código Penal de Chihuahua: "A la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio con

(28).- ESCRICHE, Joaquín. Ob. cit. pág.

(29).- CODIGO PENAL DEL D.F.

(30).- CODIGO PENAL DE AGUASCALIENTES.

yugal o con escándalo". (31)

ADULTERIO: La mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio". (32)

ADULTERIO: Código Penal Estado de Guanajuato Art. - 262: "Es la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge, si se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal".

DEFINICION DE LA PALABRA ADULTERIO, DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL: Es un moderno significado general o común, que es el que corresponde al Derecho Civil, el Adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial.

Esta infidelidad carnal, constituye un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas, pero no necesariamente integra un ilícito productor de medidas represivas.

En otras palabras, no todo acto de adulterio es forzosamente de adulterio. En el derecho civil mexicano es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa.

(31).- Código Penal de Chihuahua.

(32).- Diccionario Jurídico Omeba, ob. cit. pág. 538.

cualquiera que sean las circunstancias en que se realice, -
 puesto que, sin distingos producen las siguientes acciones_
 y sanciones y privadas, que puede ejercitar el cónyuge ofen-
 dido:

A).- Divorcio Necesario solicitable dentro de los 6
 seis meses contados desde que se tuvo conocimiento de la in-
 fidelidad.

B).- El cónyuge culpable pierde la patria potestad -
 sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones.

C).- Pierde los derechos que tuviere a alimentos y -
 todo lo que se le hubiera prometido por su consorte o por -
 otra persona en consideración a éste.

D).- Cuando por el divorcio se originen daños o per-
 juicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable -
 responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

E).- Además constituye impedimento no indispensable_
 para contraer matrimonio y causa de nulidad en su caso, el
 adulterio habido entre los que pretenden contraerlo, cuando
 haya sido judicialmente comprobado.

Así pues, en materia civil, existe entre los cónyuu-
 ges mutuo deber y correlativo derecho a la fidelidad siendo
 ilícita su inobservancia. La anterior noción general o ci-

vil de adulterio no corresponde en todos sus extremos al -
concepto del delito que lleva ese nombre. Aquella es prefer
rentemente de orden contractual y es primordialmente tutelaa
dor del orden familiar.

C A P I T U L O I V

LOS SUJETOS DEL DELITO

CAPITULO IV

LOS SUJETOS DEL DELITO

La conducta es el comportamiento humano, voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. De lo cual sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, - porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. (33)

Se ha superado completamente la época, ya muy remota en el tiempo, en que se exigía responsabilidad penal a los animales. (34) En relación con la penalidad de los animales pueden distinguirse cuatro periodos:

El primero en la Antigüedad, en el que se inflingían auténticas penas a los animales y a las cosas.

El segundo, en el Derecho Griego, se castigaban a los animales y a las cosas porque constituían un símbolo para que los hombres odiasen los delitos.

El tercero en el Derecho Romano, en el que se castigaba al animal como ejemplo, pero se reconocía que no delinquiría.

Y más modernamente, podría agregarse el periodo en -

(33).- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, Ob. cit. pág. 144.

(34).- DE QUIROS, BERNALDO, Ob. cit. pág. 81 y sigs.

el que ya se sancionaba al propietario del animal dañoso, - en concepto de indemnización.

A partir del siglo XVIII, concretamente desde la Revolución Francesa, el espíritu individualista penetró en definitiva en el derecho y, como consecuencia de ello, la responsabilidad penal se hizo personal. Así, se estimó que sólo el hombre es sujeto del delito, porque sólo los seres racionales tienen capacidad para delinquir. No son posibles la delincuencia y la culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, las cuales se encuentran sólo en el hombre. "Sólo las personas individualmente consideradas, pueden ser penalmente responsables, porque sólo en ellas se da la unidad de conciencia y de voluntad que constituye la base de la imputabilidad". (35)

¿Quiénes pueden ser sujetos pasivos del delito?

La persona individual, sin distinción de sexo, estado mental, edad, posición social o económica, cualquiera - que pueda ser su situación jurídica dentro del período vital. (36)

Para Cuello Calón el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho, o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. (37) Para el maestro Carrara, "el sujeto pasivo es el hombre o la cosa sobre el que recaen los actos materiales del culpable". (38)

(35).- DE QUIROS, Bernaldo, ob. cit. pág. 82.

(36).- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, ob. cit. pág. 145.

(37).- CUELLO CALÓN, ob. cit. pág. 320.

(38).- CARRARA, ob. cit. pág. 67.

Una vez realizado un análisis de los sujetos en general, ahora se realizará un encuadramiento del tipo desde el punto de vista del delito tratado: "El Adulterio".

En un orden de ideas estableceremos cuáles son los sujetos para Cardona Arizmendi: Se trata de una figura de bilateralidad no estricta; es decir, uno de los sujetos de la relación puede obrar inculposamente, no se precisa pues la concurrencia culpable de los sujetos para que se de la figura. Dichos sujetos activos son dos:

Sujeto activo primario, y

Sujeto activo secundario.

En cuanto al primero, es necesario que reúna una cualificación que viene a ser presupuesto de la conducta; - el que se encuentre unido en matrimonio civilmente, no importa el grado de validez de la vinculación civil, sino simplemente que surta efectos, como puede ser el caso de un matrimonio que se encuentra afectado de nulidad relativa, el cual sigue existiendo y produciendo sus efectos, en tanto no exista sentencia que lo declare nulo. (39)

Por lo que concierne al sujeto activo secundario, es común e indiferente, exigiéndose un requisito de carácter negativo, que no sea cónyuge del sujeto activo primario. Es decir, deberá ser extraño al vínculo matrimonial. Cuando -

(39).- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Ob. cit. págs. 196 y 197.

ambos sujetos sean casados, no entre sí, se presentará lo que en la doctrina ha llamado doble adulterio, existiendo dos sujetos activos primarios, dos activos secundarios, dos pasivos indiferentes, derivados todos del mismo contexto de acción. (40)

Mariano Jiménez Huerta: El delito es un ilícito plurisubjetivo y específicamente de encuentro, aunque en realidad no lo es, pues no siempre y en todo caso los protagonistas de adulterio son culpables, pues puede acontecer como frecuentemente sucede en los adulterios surgidos de encuentros entre desconocidos, dicho de otra manera, de conquistas callejeras o en cines, teatros u otros lugares de sano y honesto esparcimiento, que uno de los que después entablan con otro relaciones íntimas le hubiere ocultado a éste su estado matrimonial. Por las primeras razones entendemos que la plurisubjetividad tampoco existe cuando la mujer casada es víctima de una violación, de lo cual el delito de adulterio exige el conocimiento y consentimiento de ambos protagonistas, de que sus actos van dirigidos a un antijurídico encuentro. Sirve esto para demostrar que la típica plurisubjetividad puede también entrar en función monosubjetivamente, en relación a un solo sujeto. (41)

Carrancá y Trujillo: "El sujeto activo es el hombre o la mujer que están legalmente unidos por el vínculo matri

(40).- CARDONA ARIZMENDI, Ob. cit. pág. 197.

(41).- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Ob. cit. pág. 29.

monial a otra persona. El sujeto pasivo es el cónyuge inocente o la comunidad social". (42)

Sebastián Soler: "El delito de adulterio es figura de doble acción, requiere de la intervención necesaria de dos; pero recuérdese que uno es una forma de participación. Esta clase de delito sino la acción de más de uno y no la culpabilidad. Hay adulterio para la mujer casada que yace con hombre libre que no la sabe casada. Para que exista adulterio es necesaria la actual existencia de un matrimonio válido. Si media divorcio, no existe adulterio". (43)

Díaz de León: "La conducta típica en el adulterio, se integra por la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o ambos casados, con un tercero. Realizándose la conducta en los modos ya establecidos, domicilio conyugal o con escándalo. (44)

González de la Vega: Los autores materiales o activos son los protagonistas del acto carnal ilícito, el sujeto pasivo u ofendido es el cónyuge burlado, en el doble adulterio son los sujetos pasivos los dos cónyuges inocentes. (44a).

(42).- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. cit., n.º 641.

(43).- SOLER, Sebastián, Ob. cit., p.º 333.

(44).- DIAZ DE LEON, M. Antonio, Ob. cit. p.º 157.

CAPITULO V

EL BIEN JURIDICO TUTELADO

C A P I T U L O V

EL BIEN JURIDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado por el derecho penal con relación al delito de adulterio, se presta a un debate de gran importancia, pues el bien tutelado es el mejor hilo conductor para desentrañar el sentido de la figura. Uno de los puntos que motivan los malentendidos de los autores reside en no considerar el hecho precisamente desde este ángulo, es decir, el de los valores sociales en función de los cuales el delito se configura. Precisamente este delito tiene como característica la de vincularse con un complejo de intereses y principios que están muy por encima de la mera discusión de un problema estrictamente penal. Cuando se discute sobre adulterio, está en juego la concepción del matrimonio y de la familia; para algunos, la base misma de la sociedad. Están en juego también el valor social del amor, sí mismo, la moralidad, la pureza de la descendencia, la concepción de las relaciones sexuales, la honestidad, etc. Pocas figuras engloban un complejo tal de intereses.

Esto hace un poco ilusoria la idea de alcanzar la determinación de un bien jurídico como específicamente protegido por la norma. Es perfectamente posible que una norma

penal represente un interés complejo con relación a este as pecto. El adulterio dentro de nuestro sistema, esa condición la reúne. Demostrando con claridad los peligros de una interpretación ingenuamente literal del título. La insuficiencia del título como expresión al bien jurídico tutelado se advierte pronto al examinar las distintas formas del delito de adulterio, pues de la simple idea de honestidad no es posible deducir la variedad de formas en que el adulterio está concebido.

Es manifiesto por ejemplo que la diferencia entre el estupro y la violación arraiga a cierta distinción que es preciso hacer entre la pura ofensa a la honestidad y la ofensa a la libertad sexual. Lo mismo pasa si consideramos las distintas formas del adulterio, delito que según algunos, no tiene en realidad nada que hacer con la honestidad.

La idea de honestidad, como título del capítulo, peca en algunos aspectos por exceso y en otros por defecto. Si se examinara el contenido del título, se verá que de los sentidos generales de la palabra honestidad, solamente los que hacen referencia a la vida sexual, son aquí considerados dentro de la palabra "HONESTIDAD", empleándola en el sentido de moralidad sexual, otras legislaciones hacen acertados distingos, ya refiriéndose a las buenas costumbres, y a la moralidad pública, etc., y tienden a subrayar la diferencia que va entre la acción inmoral y la acción delicti-

va, tradicionalmente confundidas, precisamente en este terreno, con influencia de ideas religiosas, que con frecuencia han impulsado a la legislación común a la funesta confusión del delito con el pecado. Por lo cual la expresión del título es inconveniente por este motivo, ahora en un sentido más restringido, podría definirse la honestidad diciendo que es una "exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales".

De lo cual se desprende que para el tratadista argentino Sebastián Soler, dentro de su texto el Derecho Penal argentino establece la dificultad para determinar el bien jurídico infringido. Para Carrara el bien jurídico que se tutela con este delito es la fidelidad conyugal, y manifiesta al efecto: "La fidelidad conyugal incontrovertiblemente constituye un deber jurídico, porque a él corresponde el derecho, en el otro cónyuge a exigir su observancia. La violación de este derecho reprobable, enfrente de la ley moral y de la jurídica, es el adulterio, tanto cuando la infidelidad se comete por la mujer el perjuicio del derecho marital como cuando se comete por el marido en ofensa de su consorte. (45)

Jiménez de Asúa y Oneca, indican: "Reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar la infracción de los deberes morales

(45).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 432.

más que jurídicos; pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge un derecho a exigir su observancia, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito. De lo cual se desprende que el adulterio de la mujer es un delito gravísimo y no admitiendo la punibilidad del marido, por considerar violado el honor del hombre y no así de la mujer".(46)

Langle, niega que el adulterio sea un delito contra la honestidad o que constituya un ultraje al honor, o que ataque el orden de las familias. "A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente -dice-, por immoralidades que sólo afecten en si mismo o a si propio. Ahora se hace la siguiente pregunta: ¿Será la honestidad del marido inocente la que sufra el ultraje?... apenas tiene sentido la pregunta. "Imposible alegar que es un ultraje al honor, porque es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable". "Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia, observemos en primer lugar, que cuando un matrimonio se da al adulterio, ya que no existe el orden, la armonía y el amor familiar sino de una manera nominal, ficticia... En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la familia también debe entenderse que infiere a la sociedad un daño de carácter público y en contra de ello

(46).- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Ob. cit., pág. 539.

las legislaciones lo declaran delito privado. (47)

Diego. Vicente Tejera: "La familia propiamente dicha es la que creandose seres de sexo contrario unidos por el amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si no estaba de antemano destruída, porque produce el abandono por parte de uno de esa entidad, o la desatención de sus obligaciones, perjudicándose grandemente los productos del matrimonio. ¿Por qué, pues, cuando se comete un acto que no es más que la violación de un pacto que ataca a la familia, entonces porqué se tiene que llevar el asunto al ámbito penal?, ¿No hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que crea un adulterio?. Ciertamente que sí, está el divorcio, pérdida de ganancias, de las dotes, están las indemnizaciones y muchas más incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca a la institución privada llamada familia, por lo cual el adulterio no tiene nada que ver con la materia penal, pues no se tutela ningún bien jurídico penal, por lo cual su infracción debe ser tratada en el derecho privado general. (48)

Argüelles reconoce que el delito de adulterio debe sancionar sólo en casos especialísimos, y sólo en razón de la injuria que se cause al cónyuge inocente. (49)

Mariano Jiménez Huerta: El delito de adulterio tiene

(47).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. págs. 429-430.

(48).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 430.

(49).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 430.

por objeto tutelar la familia en cuanto grupúsculo social - específico integrador de la sociedad o colectividad. Empero, como los intereses jurídicos que la familia tiene por titular son diversos, dado que dichos intereses presentan - aspectos distintos a causa de la complejidad de la institución familiar legalmente constituida. Se pretende por lo - cual en primer término tutelar el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges; y en segundo lugar, los intereses o bienes jurídicos que para cada uno de ellos nacen en virtud del matrimonio y que perduran mientras éste no se extinga por muerte o divorcio. De lo cual se deduce que en virtud de que la familia es el cimiento de la colectividad, el tipo de delito de adulterio sólo se integra, cuando la conducta típica es cometida en un lugar determinado -el domicilio conyugal-, o en circunstancias especiales -con escándalo-. La objetividad jurídica en este delito, es por tanto, el deber jurídico de fidelidad, siempre y cuando la lesión de dicho deber fuere realizado en el lugar o circunstancia, y en forma consumada. (50)

Enrique Cardona Arizmendi: Los elementos esenciales del tipo son la cópula entre los sujetos cualificados y también elementos de carácter puramente local (escándalo, domicilio conyugal). Estas exigencias legales traen aparejadas un serio problema; la determinación del bien jurídico tutelado, pues incluso algunos autores han llegado a concluir - (50).- Jiménez Huerta, Mariano. Ob. cit. págs. 20-21.

que no existe bien jurídico que se tutele en esta figura. - Otros tratadistas aseguran que se deben pensar como el bien jurídico infringido, la fidelidad conyugal, la honestidad sexual, el orden familiar. Mariano Jiménez Huerta y Celestino Porte Petit, por su parte sostienen que el bien jurídico tutelado es el HONOR del cónyuge ofendido, opinión que sostiene Cardona Arizmendi, toda vez que no se puede considerar que el bien jurídico sea la fidelidad conyugal, puesto que no todo acto de infidelidad entraña un adulterio, ya que si éste no se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, no se dará el delito y sin embargo la infidelidad conyugal estará presente; lo mismo podríamos decir en lo que se refiere a la honestidad. Ahora bien, tampoco el orden familiar puede ser el bien jurídico que se tutela, ya que éste se ve afectado aunque no se den estos elementos de naturaleza local y modal, ya que cuando el sujeto pasivo del delito tenga conocimiento de los hechos, el orden familiar se verá afectado, no importa que la conducta se haya realizado fuera del domicilio conyugal y sin escándalo. Por el contrario, podemos argumentar que el bien tutelado es el honor, en razón de que la afectación sólo sucede cuando el cónyuge viola la más elemental intimidad que debe de tener el domicilio conyugal de tal manera que al realizar la cópula adulterina en el mismo se constituye una grave afrenta al honor del cónyuge inocente de igual modo que si la cópu-

la se realiza escandalosamente; esto es, dando cierta publi-
cidad. (51)

Marco Antonio Díaz de León: El interés protegido es el orden jurídico y moral del matrimonio y por consiguiente el orden jurídico y moral de la familia que tiene en aquél su fuente originaria. Entre los elementos integrantes del orden jurídico matrimonial uno de los más relevantes es el deber conyugal de fidelidad, que tiene no sólo una base moral y religiosa, sino también jurídica así que el mantenimiento de la fidelidad es en el adulterio de la mujer uno de los más destacados objetos de tutela penal (no así en el adulterio de su correo, que no está obligado a la fidelidad respecto del marido ofendido). Y como el matrimonio es ins-
tituido de derecho público, la violación del orden jurídico matrimonial es violación de interés estatal. (52)

González Blanco Alberto, dice que el objeto protegido en el adulterio es la integridad del matrimonio. Hace la explicación de que al elaborarse el proyecto del Código Penal vigente, hubo una fuerte tendencia a eliminar el adul-
terio de la lista de los delitos, la cual no llegó a realizarse, en opinión de González Blanco, razón de seguir respetando la creencia de tipo religioso prevaleciente en nuestro medio social respecto al adulterio. Por lo que hace a la naturaleza del acto sexual que constituye el adulterio, -

(51).- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Ob. cit. págs. 193 y 194.

(52).- DÍAZ DE LEÓN, M. ANTONIO. Ob. cit., pág. 155.

éste dependerá, del criterio que se adopte sobre el objeto jurídico protegido por el mismo. Si lo que se tutela es la honestidad, la fe conyugal o la integridad matrimonial, cualquier acto de tipo erótico será suficiente para configurar el delito; si la protección legal recae sobre la seguridad de descendencia se exigirá la cópula normal y la "semínatio intra vas". (53)

Carrancá y Trujillo: Encuentra el objeto jurídico protegido en el adulterio en la "fidelidad conyugal sexual" prometida, en virtud del matrimonio, y en la moral pública. El acto sexual que constituye el adulterio es para Carrancá y Trujillo, la cópula, pero no nos explica si sólo la normal o también la anormal. (54)

Antonio de P. Moreno: Considera que el objeto que la ley protege en el adulterio es la moral sexual familiar y el orden familiar. Aprueba la sanción penal del adulterio aduciendo las mismas razones de la exposición de motivos del Código Penal para el D.F. de 1871, que atribuía la máxima gravedad y consecuencias del adulterio de la mujer casada, en comparación con la del hombre casado. Además de dichas razones expresa las siguientes: "La ofensa del cónyuge inocente, porque se falta al pacto de reciprocidad, fidelidad entre los esposos, que es la base fundamental del matrimonio.... el sentimiento de compañerismo y de mutuo auxilio entre los esposos se debilita o desaparece, como consecuen-

(53).- GONZALEZ BLANCO, Alberto. Ob. cit. pág. 189.

(54).- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, ob. cit. pág. 504.

cia del adulterio... Con el adulterio se conculcan los derechos de la familia y se trastorna el orden y la moralidad - que debe reinar en ella, no solamente cuando lo comete la - mujer, que es cuando cobra mayor fuerza el argumento, sino - cuando lo comete el marido. (55)

González de la Vega: Nos dice que el "objeto de la - tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños y peligros causados por los actos adúlterinos, realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente". (56)

Hace González de la Vega una clara distinción entre - el adulterio civil y penal. En tanto en el derecho civil - considera ilícito adulterio ejecutado por el marido o por - la esposa, cualquiera que sean las circunstancias en que se realiza. El derecho penal considera cometido el adulterio - únicamente y en forma exclusiva bajo dos circunstancias: En el domicilio conyugal o con escándalo y "salvo esos casos de excepción y por regla general, el adulterio en el derecho - mexicano no es punible". El adulterio más que un delito se - xual propiamente dicho, es un delito de injuria en el lato - sentido, siendo el vehículo del menosprecio la despectiva - actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge bur - lado. Uniéndose a esta opinión que ya teníamos vertida en - distintas ocasiones, Argüelles reconoce que el delito de -

(55).- DE P. MORENO, Antonio. Ob. cit., pág. 262.

(56).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit., pág. 424.

adulterio, deberá sancionarse en casos muy especiales y sólo en razón de la injuria que se causa al cónyuge inocente. - (57)

De lo cual González de la Vega estima que el objeto de la tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños y peligros causados por los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente (escándalo o violación del domicilio conyugal). Es, pues primordialmente el adulterio delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial. De lo expuesto anteriormente se podrá determinar que no obstante que la acción en que se consuma este delito es erótica, constituye más bien infracción de extrema injuria contra el cónyuge inocente, por la afrentosa invasión de la residencia común o por la grave publicidad que entraña su realización escandalosa. Por lo tanto, la discutible clasificación legal del adulterio como delito sexual obedece exclusivamente a que los actos consumidores de los mismos son de naturaleza sexual. (58)

Marcela Martínez Roaro: Respecto a los distintos objetos que se pretende proteger el adulterio, nos parece que los argumentos de Langle y Vicente Tejera, citados por González de la Vega, poseen suficiente fuerza para dejarnos plenamente convencidos de que no existe objeto alguno que -

(57).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit., pág. 430.

(58).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit., pág. 430-431.

se esté protegiendo mediante el adulterio. Resulta bastante claro que el Código Penal, en el artículo 273 no está sancionando el adulterio en cuanto a sí mismo, sino la forma como éste se realiza, o sea en el domicilio conyugal o con escándalo. Interpretando dicho precepto a contrario sensu, el adulterio realizado en cualquier forma, que no sea ninguna de las dos señaladas en el artículo 273 del Código Penal, no es ilícito y, por tanto, tampoco afecta la moral, la tranquilidad, la unidad, la fidelidad, etc., matrimonial ni ofende al cónyuge. De lo cual considera mucho más adecuada la solución que da el Derecho Civil al problema, siendo el de romper el vínculo que le une a la persona que le está infiriendo una ofensa, un daño moral, o como quiera considerársele. Y además le concede las acciones necesarias para exigir al cónyuge culpable el cumplimiento de las obligaciones y las sanciones que se haga acreedor, como por ejemplo, el sostenimiento económico de la familia en el caso generalmente del hombre adúltero (cosa que no se le puede exigir a un hombre encarcelado por adúltero). (59)

(59).- MARTINEZ ROARO, Marcela. Ob. cit., págs. 272-273.

C A P I T U L O V I

ELEMENTOS DEL ADULTERIO

C A P I T U L O V I

ELEMENTOS DEL ADULTERIO

Los elementos externos del delito son:

- a).- Un acto de adulterio.
- b).- Que el acto se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.
- c).- Ejecución del acto con intención.

PRIMER ELEMENTO.- La acción típica del delito consiste en un acto de adulterio, como la ley no distingue en cuanto al sexo de los casados infieles y se limita a usar la palabra adulterio, quiere decir en lo que concierne en los elementos a un acceso carnal entre persona casada, sea cual fuere su sexo, y una persona extraña a su liga matrimonial. Esta acción implica dos requisitos: a) que por lo menos uno de los autores esté unido en matrimonio legítimo; y b) que la conexión sexual se realice con persona ajena al vínculo.

a).- Es presupuesto imprescindible del delito que por lo menos uno de sus protagonistas en el momento del acto, esté unido en matrimonio legítimo, no disuelto por la muerte del otro cónyuge o por el divorcio y que no hubiese

sido anulado.

b).- La acción material del delito consiste en el acceso carnal adulterino. Sus hipótesis son los ayuntamientos entre mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; y hombres y mujeres casados en distintos matrimonios (adulterio doble). (60)

En Francia, los tratadistas y la jurisprudencia limitan el concepto del acto de adulterio al ayuntamiento sexual por vía natural (coito normal), y llegan hasta exigir el pleno agotamiento fisiológico. En la legislación mexicana se punen exclusivamente ciertos casos cínicos u ostentosos de adulterio en consideraciones a la afrenta que entrañan contra el burlado, nos parece que el acto carnal puede consistir en el concubinato natural o el realizado contra natura entre hombre y mujer.

Para la existencia del acto adulterino es suficiente el acceso carnal, con independencia de su perfección fisiológica y de su pleno agotamiento. Excluyéndose cualquier otra obscenidad, por íntimas que sean, y los actos de homosexualismo, porque nunca han correspondido a los conceptos generales civil o penal del adulterio. (61)

La esposa tiene tratos sexuales con otra mujer, o el hombre que en vez de manceba tiene o mantiene a otro hombre

(60).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit., págs. 431 y 432.

(61).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit., pág. 432.

con el que se ayunta sexualmente, comete actos inmorales e incluso el delito de homosexualismo en el que se penan estas conductas, entre personas de distinto sexo es posible entablar relaciones de orden sexual que no sean la propia fornicación. ¿Se comete adulterio por cualquier clase de relaciones carnales entre hombre y mujer?. La opinión tradicional demanda el coito ordinario, exigiendo la penetración sexual o sea la cópula entre hombre y mujer, aunque después se debata sobre si ha de ser perfecta o terminada o basta la mera inmissis penis. (62)

La naturaleza del acto sexual, propia del adulterio, debe determinarse, analizando los aspectos de su existencia y esencia.

En cuanto a su existencia, se plantea el problema de que si se configura el adulterio en los casos en que no haya posibilidad de engendrar, como sucede en los casos en que la mujer cohabita con un niño, un anciano o un eunuco. Tratándose del yacimiento con impúber, la generalidad de los autores se inclina por la negativa, por estimar ese acto más bien como un caso de corrupción de menores. No compartimos este criterio pues el adulterio como delito no requiere la procreación, ni la posibilidad de ella. Por lo que hace a la esencia del acto sexual, existen diferentes criterios, pudiendo reducirse los prevalentes a los siguientes:

(62).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 433.

a).- Que exista la cópula normal (coito), y por lo tanto descarta los actos libidinosos y los contra-natura. Carrara, al referirse a estos últimos actos, los estima como simple injuria al marido.

b).- El que exige simplemente la "seminatio intra vas", es decir la introducción del pene (órgano genital masculino en un conducto femenino, pero que sea a través del conducto normal).

c).- Por último, aquél que estima no ser necesaria la seminatio intra vas, sino simplemente la unión de los órganos genitales.

La doctrina italiana se orienta en el sentido de admitir cualquier clase de relaciones de tipo sexual. (63)

Cardona-Arizmendi: establece que la relación de la cópula, exige que sea heterosexual, pero no especifica la naturaleza de la misma; es decir si debe ser normal o anormal. (64)

SEGUNDO ELEMENTO.- Que el acto se cometa:

- a) En el domicilio conyugal.
- b) Con escándalo.

Domicilio Conyugal.- Cardona-Arizmendi: Por domicilio conyugal entendemos habitación o lugar donde habitualmente o transitoriamente viven los cónyuges; incluso el

(63).- GÓZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 432.

(64).- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Ob. cit. pág. 197.

cuarto de hotel puede considerarse en determinado momento - domicilio conyugal, para los efectos de esta figura. La - realización de la cópula magnimiza la ofensa para el cónyuge inocente, ya que no respetó siquiera el lugar donde con él vive. Cuando se realice la cópula o conducta en otro lugar que no sea el domicilio conyugal, se estima que la acción podrá tener consecuencias civilistas por la violación de la fidelidad conyugal, pero no se dará el delito de adulterio. (65)

Domicilio conyugal: González de la Vega; establece - que el Código Penal de 1871, se limitaba la punibilidad del adulterio masculino a ciertos casos, entre ellos el efectuado en el domicilio conyugal; en el artículo 822 decía: Por domicilio conyugal entiende: la casa o casas que el marido tiene para su habitación. Se equipara el domicilio conyugal la casa en que sólo habita la mujer. Esta definición era ficticia pues no tomaba en cuenta el hecho real de que en la casa convivieran o no los cónyuges. El Código Penal de 1929, en su artículo 892 con sentido más verdadero, indicó: Por domicilio conyugal se entiende la casa en que el matrimonio tiene habitualmente morada, señalándose como defecto la indebida exigencia del carácter habitual de la morada común a los cónyuges, pues igual ultraje representa introducir a la amante a la habitación que el matrimonio habita u ocupa transitoriamente.

(65).- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Ob. cit. pág. 199.

En aquellos países como Francia, en que la legislación pune todo adulterio femenino y reprime el masculino, - al efectuado al domicilio conyugal, los tratadistas y la jurisprudencia entiende por tal toda casa, departamento o - cuarto que ocupe el marido y donde esté obligado a recibir a su mujer. Esta interpretación tan amplia, vertida sin tomar en cuenta el hecho real de que el lugar sirva o no de morada común a los dos cónyuges, obedece quizás a exagerada influencia del concepto de domicilio conyugal al de domicilio legal de la mujer casada, es el real de su marido, puesto que éste tiene derecho y deber de tenerla a su lado. - Garraud (66), llega hasta indicar: "el domicilio conyugal - es en el que reside el esposo, en que puede constreñir a su mujer a habitar, en que, por una justa reciprocidad, ésta - tiene derecho a ser recibida: Domicilio conyugal es sinónimo de domicilio marital. Chauveau y Helie (67) indican que el domicilio conyugal debe entenderse como casa conyugal... Nosotros pensamos igualmente que la casa conyugal es aquella en que a lo menos puede constreñir a su mujer a habitar y que ésta tiene derecho a ocupar. Poco importa que la casa esté en la ciudad o en el campo, porque el marido puede tener una residencia momentánea en esas dos direcciones, - aun en dos ciudades diferentes.

Como nuestro código vigente ha suprimido toda definición expresa de domicilio conyugal, pensamos que su concep-

(66).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. págs. 433-434.
 (67).- CHAUVEAU Y HELIE. Ob. cit.

to debe fijarse con criterio realista, y así, entendemos - que es la casa, vivienda o cuarto destinados para la convivencia permanente o transitoria de los dos cónyuges. Domicilio conyugal es, no sólo el hogar o residencias habituales del matrimonio, sino cualquiera otras casas o aposentos que accidentalmente o transitoriamente ocupen para vivir - los casados. Para la punibilidad del hecho es indiferente_ que en el momento de su consumación esté presente o ausente el cónyuge ofendido, porque lo que el legislador mira como_ delictuosa es la despectiva e injuriosa actitud de efectuar el amor carnal ilícito en la habitación común de los esposos. (68)

Mariano Jiménez Huerta: Por domicilio conyugal se entiende a los efectos del tipo de morada permanente o transitoria que los cónyuges unidos civilmente en matrimonio habitan.

Devienen altamente interesantes en la actualidad y - ante nuestro derecho las consideraciones críticas que formulara Carrara respecto a la gravedad del adulterio cometido_ en el domicilio conyugal basadas en la publicidad del acto_ o hecho y en la ofensa que integra el daño inmediato del delito. El adulterio cometido en el domicilio conyugal tiene una gravedad menor que el perpetrado en otra casa o lugar, - aunque en opinión del vulgo se mire con mayor repugnancia -

(68).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. págs. 434-435.

al cónyuge que cínicamente se atreve a meter a su amante en la recámara nupcial, que aquel otro que se entrevista con él en distinta casa o lugar. Dicha manera de pensar obedece a un perjuicio que no conduce con la valorización real de los daños que emanan de la ofensa y tuvo su origen en el respeto que merecía al tálamo en las tradiciones y supersticiones de las religiones antiguas. Pero en la actualidad carece de influjo penal para calibrar la gravedad del delito pues el único fundamento que debe tenerse en cuenta es la mayor o menor publicidad, dependiendo de la potencialidad de la ofensa. Y este razonamiento lleva a la conclusión que el adulterio cometido en el domicilio conyugal tiene una menor gravedad, habida cuenta que al poderse vigilar mejor es más efectiva la defensa privada y se tiene menos necesidad de la defensa pública contra los desenfrenos cometidos en el domicilio conyugal, ya que pueden hacerse valer todos los medios de vigilancia y custodia. (69)

Domicilio conyugal: El legislador del 31 fué omiso al no precisar el concepto de domicilio conyugal, y que origina interpretaciones contradictorias. En cambio el Código de 1871, determinó en su artículo 882, que por domicilio conyugal debía entenderse la casa o casas que el marido tuviese para su habitación o equiparó a éste la casa habitada sólo por la mujer; y el de 1929, en su artículo 892, la casa en la cual el matrimonio tuviere habitualmente, como si

(69).- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. pág. 26.

el ultraje no pudiera inferirse también tratándose de la residencia transitoria. Por si fuera necesario y en virtud de la omisión señalada, por este debemos entender, aquel - que los cónyuges establezcan para su convivencia, sin impor-
tar su carácter de permanente o transitorio. (70)

Antonio de P. Moreno: domicilio conyugal "es la casa o vivienda o aposento en que habitualmente o accidentalmente viven los cónyuges o se hospedan". (71)

CON ESCANDALO.- González de la Vega: Canónicamente - el escándalo es la conducta que, por el mal ejemplo que da, influye en la corrupción de las costumbres. Para la Academia es la acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro, y en su acepción más precisa consiste en el desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo. Así pues, en términos más generales, diremos que el escándalo es la pu-
blicidad de un acto, el cual entraña desvergüenza en la - conducta del activo primario, una cierta publicidad que mag-
nifica también la ofensa hacia el cónyuge inocente y para - que exista ese plus de antisocialidad es necesario que el - escándalo sea querido y consentido, ya que de otra manera - no será posible hablar en rigor de "escándalo" si la publi-
cidad se debe a circunstancias ajenas a la voluntariedad - del activo primario. (72)

Mariano Jiménez Huerta; por cuanto atañe a la modali

(70).- DIAZ DE LEON, M. Antonio. Ob. cit. pág. 161.

(71).- DE P. MORENO, Antonio. Ob. cit. pág. 256.

(72).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. cit. pág. 435.

dad recogida en la frase "... o con escándalo", ésta consiste en aquel cúmulo de situaciones públicamente ultrajantes que pueden concurrir en las relaciones adulterinas y que de consumo se reputan culturalmente ofensivas para los sentimientos de la comunidad, como sería, por ejemplo, el hecho de que los adúlteros vivieren en otro departamento de la misma casa o en la otra adyacente a la que habitaba el otro cónyuge; se exhibieren públicamente, como esposos en un pequeño pueblo o ciudad donde el matrimonio era notoriamente conocido o cualquier otra circunstancia ambiental o situacional que conmueva los sentimientos y respetos de la familia que tiene un grupo social determinado. A criterio de nuestro citado autor, no existe escándalo si los adúlteros se trasladan a una lejana gran ciudad y viven en ella como si fueran esposos, el escándalo existe si en forma afrentosa para la comunidad viven y pública y cínicamente se exhiben en el mismo pequeño pueblo o burgo en donde la familia ultrajada tenía y tiene su sede habitacional. Entendemos que la frase con escándalo..." implica o representa una ampliación conceptual de mayor vuelo o alcance, que la de domicilio conyugal, pues se trasciende del pequeño ámbito material de morada para captar otros diversos ángulos que revisten los mismos o semejan que ofende la moral media social, siendo su carácter privativo y específico dicha ofensiva notoriedad.

El carácter escandaloso del adulterio consiste en el desenfreno o desvergüenza en los amorfos ilícitos, que por su publicidad, constituyen ofensa contra la moral media social, siendo su carácter en contra del cónyuge inocente. La publicidad o carácter ostentoso de las relaciones adulterinas, no implica de manera necesaria que el acceso carnal se practique en presencia de público, pues este caso es de orden bien inusual y sólo acontece cuando por manía lúbrica o por interés de la paga los autores se prestan a exhibiciones obscenas. En términos generales, consiste en que los adúlteros ostenten cínicamente sus amorfos o los den a entender claramente con su conducta de desenfreno. Así por ejemplo, el adulterio será escandaloso cuando sus autores se den públicamente el tratamiento de esposos, o cuando ante el conocimiento general viven amancebados, o se fuguen juntos como amantes. En cambio no existirá el tono escandaloso cuando tuvieren conocimiento de las relaciones algunas personas, como los criados, hoteleros, dependientes o amigos, en cuyo concurso, tolerancia o confianza se facilite o cometa la infidelidad. El escándalo ha de ser resultado directo de la conducta desvergonzada, despectiva de los amantes; no les podrá ser referida la publicidad de que se deba a indiscreciones o revelaciones de tercera persona provocadoras del público, conocimiento, ni menos la posterior publicidad que origine su proceso judicial. (73)

Enrique Cardona Arizmendi: La circunstancia modal es hasta el extremo de transformar la naturaleza del delito en una situación fáctica de permanencia, como la que está insita en la relación adulterina a la que, por vía de ejemplo, - se ha hecho anterior referencia. (74)

Sobre el concepto de escándalo, oportuno es reproducir aquí en lo conducente, las ideas de Carrara: la locución escándalo es demasiado ambigua y muchos la utilizan - sin que capten su realidad. Intentaremos fijarla. "ESCANDALO"... es una murmuración o rumor que nace y corre en torno a un hecho, es una ofensa al sentimiento moral de un - gran número de ciudadanos. Pero no es posible admitir queel escándalo nazca de la maldad de los chismosos y de las - comadres que inficionan el ambiente con sus difamaciones soterradas en la máscara de la hipocrecia. El escándalo entendido de tal modo sería un instrumento arbitrario por la ley para placer de los viles y los malévolos. (75)

Antonio de P. Moreno, "escándalo es la acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro. - Desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo. El escándalo a quese refiere la ley debe producirse en el medio social en que viven o desarrollan sus actividades los adúlteros". (76)

Díaz de León: El legislador del 31 también fue omiso al no precisar el concepto de escándalo, prestándose esto -

(74).- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Ob. cit., págs. 199-200.

(75).- CARRARA, Ob. cit., pág. 543.

(76).- DE P. MORENO, Antonio. Ob. cit. pág. 265.

igualmente a interpretaciones contradictorias. Sin embargo creemos poder precisar ese concepto como 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 le expone ante los demás. (77)

TERCER ELEMENTO.- Ejecución del acto con intención.

Para los efectos de la culpabilidad, el delito de adulterio, requiere el delito del 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.

Si el acto sexual adulterino no se realiza bajo ese supuesto, sino por el contrario, media el empleo de la violencia en cualquiera de sus dos aspectos, nos encontramos frente a una causa excluyente de responsabilidad prevista por el artículo 15 de la ley penal. El aspecto negativo de la culpabilidad, se puede presentar por error esencial de hecho. (78)

Como todos los delitos que tienen por objeto el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos protagonistas, en la consiente ejecución

(77).- DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Ob. cit. pág. 161.

(78).- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. cit. pág. 27.

de la cópula transgresora de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la transgresión e infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que se ejecuta el acto carnal con persona que no sea su cónyuge y, para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona casada o ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto por el artículo 9 del Código Penal pero admite prueba en contrario.

En verdad que el adulterio consiste en una actividad sexual realizada en común por los dos protagonistas que se ayuntan, y por tanto, supone generalmente que ambos son culpables del acto; pero, en casos concretos, puede acontecer que el casado o el extraño, a pesar de ser autores materiales del fornicio, no son responsables, sea por ausencia de conducta criminal o bien por una causa de inculpabilidad.

Por ausencia de conducta adulterina, por ejemplo cuando se vence o anula la resistencia al acto por una fuerza física exterior -violencia física, o miedo o temor para evitar otros daños- violencia moral, o cuando se aprovecha para el concubito su estado de indefensión. Como la exclusión de responsabilidad únicamente favorece al que no ha actuado voluntariamente, el violentador adulterino será responsable en forma de concurso formal tanto de la violación

como, en su caso, del adulterio, en los términos del artículo 58, porque con un solo hecho ejecutado en un solo acto - (la cópula) ha violado varias disposiciones legales.

Tampoco responderá del delito de adulterio aquel que obre bajo una causa de inculpabilidad de su conducta, como en el caso del copartícipe del adulterio ignore el vínculo matrimonial de su amante, o en los casos en que el casado - autor del acceso carnal adulterino lo haya realizado por error de hecho por ejemplo, cuando sin conocer a su cónyuge haya celebrado matrimonio mediante poder y sostenga relación carnal con un extraño suplantador o cuando hubiere cometido el acto creyéndose del viudo por haber recibido noticias falsas, pero en apariencia digna de fe, que le hiciera tener por verdadera la muerte de su cónyuge; en cuanto a la hipótesis más bien imaginaria de que se aprovechen de las sombras de la noche para introducirse en el lecho de la mujer casada y cohabitar haciéndose pasar por su marido. Todos estos casos quedan separados por circunstancias excluyentes de responsabilidad. (79)

El dolo se declara esencial y, por ende, no es punible el adulterio por violencia, porque según la Nueva Recopilación la mujer no fué en culpa, pero es preciso que esa fuerza se pruebe con claridad. (80)

La culpabilidad como elemento del delito, reconoce -

(79).- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, pág. 540.
 (80).- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Ob. cit. pág. 198.

al dolo como uno de sus grados; es decir, el dolo constituye una de las formas de la culpabilidad, la más grave y tiene por fundamento la voluntad del agente; en relación con este grado sin intención o dolo no hay culpabilidad y por lo tanto hecho punible. De esta manera el dolo equivale a la voluntad consciente de cometer un hecho calificado por la ley como delito.

Se reconoce como elemento del dolo:

- a).- La representación o conocimiento del hecho.
- b).- La volición. (81)

De lo cual, al ejecutarse la conducta adulterina sin que exista alguna causa excluyente de responsabilidad, se tipificará encuadrando la figura del delito de adulterio como tercer elemento, o elemento psicológico, hay el querer del agente para cometer la infracción legal.

(81).- DIAZ DE LEON, M. ANTONIO. Ob. cit., págs. 634 y 635.

C A P I T U L O V I I

EL ADULTERIO DE LA MUJER Y EL ADULTERIO DEL HOMBRE

CAPITULO VII

EL ADULTERIO DE LA MUJER Y EL ADULTERIO DEL HOMBRE

El adulterio de la mujer no está definido por la ley expresamente, pues únicamente se limita a castigar a la mujer que cometa adulterio. Sebastián Soler define el adulterio de la mujer: "en la violación de la fe conyugal corporalmente cometida, con un hombre". (82)

El acto castigado normalmente será la fornicación, es decir, el ayuntamiento de las partes sexuales, sin que sea necesaria la emissio o la inmissio seminis. (83) Se presenta aquí, cerca de si deben o no considerarse adulterio los tratos antinaturales, claro está entre personas de distinto sexo. De lo cual la doctrina se pronuncia por la negativa, exigiendo la existencia de la fornicación en el sentido de penetración sexual, porque consideran como un peligro para la descendencia natural o legítima. (84)

Por mucho que sufra nuestro sentimiento igualitario y de justicia, hay una gran diferencia para encuadrar el delito de adulterio de la mujer y del hombre, diferencia que no es artificial, ni injusta si se atiende a las normas de cultura, de ahí que surge un cúmulo de sentimientos, ideas y motivos, que engendraron esa distinción: "El honor de la

(82).- SOLER, Sebastián. Ob. cit., pág. 336.

(83).- SOLER, Sebastián. Ob. cit., pág. 336.

(84).- SOLER, Sebastián. Ob. cit., pág. 337.

mujer no padece porque el marido la engañe esporádicamente"; no existe el peligro de turbatio sanguinis, si es el hombre el que adultera e incluso no peligra el buen orden de la familia, salvo si existe amancebamiento doméstico o escándalo. Por la propia naturaleza o esencia de este delito de la mujer, basta para incriminarle con un solo acto, con una sola unión sexual, por aislada que aparezca. Las relaciones adulterinas pueden ser en algunas leyes motivo de agravación.

El adulterio de la mujer es aquel que comete una mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. (85)

El adulterio de la mujer puede consumarse sin permanencia, es decir por un solo acto. El motivo es que hay el grave peligro para la descendencia legítima. Por eso los actos voluptuosos inidóneos para poner en peligro aquel bien, no podrían constituir adulterio. (86)

EL ADULTERIO DEL MARIDO

Constituye una figura muy diferente del de la mujer, la razón de esta diferencia que no todas las legislaciones hacen, es una consecuencia de la tradicional idea de que el

(85).- DIAZ DE LEON, M. Antonio. Ob. cit. pág. 158.

(86).- DIAZ DE LEON, M. Antonio, Ob. cit. pág. 159.

hecho de la mujer es mucho más peligroso para la unidad de sangre de la familia, ya que la familia puede traer como de la familia un hijo que sólo sea de ella.

Para el marido, el delito consiste en tener manceba dentro o fuera de la casa conyugal. Este último agregado - dentro o fuera, varía en otros lugares como es en forma notoria o con escándalo. La particular figura de este delito muestra nuevamente cuán complejo es el juego de intereses tutelados.

En éste se manifiesta decisivamente influyente la idea de mantener las buenas costumbres y el orden de la familia. La simple violación de la fe conyugal, cometida accidentalmente por el marido, no constituye adulterio. Tampoco gravita aquí la idea de la estricta honestidad, pues no comete adulterio el marido que concurra a casas de tolerancia, no obstante la evidente falta de pulcritud de ese acto.

Es requerido tener manceba, por eso se llama también concubinato adulterino a este delito. Presupone por lo tanto, una relación más o menos firme externamente semejante al matrimonio entre hombre y mujer. No es necesario que el sujeto mantengan a la manceba, basta que la tenga dice MANZINI "tener concubina es haberla a su disposición, en forma permanente o en momentos determinados, pero con sentido de

frecuencia. La relación de ambos debe tener el carácter se xual, ya consistentes en actos normales de fornicación, ya en actos distintos, pero de esa naturaleza.

De la figura del adulterio del marido es forzoso con cluir que se trata de un delito permanente, a diferencia - del de la mujer, que se consuma con un solo acto; tener man ceba es una acción que sólo extendiéndose en el tiempo pue- de alcanzar tipicidad. (87)

El amancebamiento, según el diccionario jurídico OME BA, consiste en tener dentro o fuera de la casa conyugal a la manceba. (88) Gómez dice, que el amancebamiento se pro- ducirá aunque el marido continuara viviendo con su cónyuge, y tuviera la concubina en otro lado, sin necesidad de mante- nerla podrá tenerla.

Finalmente cita el delito de adulterio como un deli- to colectivo y permanente, a diferencia del de la mujer que se consuma con un solo acto. Gómez, establece que el adul- terio de la mujer requiere la habitualidad. Y en efecto un solo acto carnal con otra mujer es permanente indiferente- mente penalmente por lo cual se deberá considerar como un - delito de infracción de naturaleza colectiva. (89)

(87).- DIAZ DE LEON, M. Antonio, Ob. cit., pág. 159.

(88).- DICCIONARIO JURIDICO OMEBA, pág. 546.

(89).- SOLER, Sebastián, Ob. cit. pág. 338.

C A P I T U L O V I I I

PENALIDAD O NO PENALIDAD DEL ADULTERIO

C A P I T U L O V I I I

PENALIDAD O NO PENALIDAD DEL ADULTERIO

a).- CORRIENTES A FAVOR.

b).- CORRIENTE EN CONTRA.

En cuanto a si debe o no inculparse penalmente el adulterio es cuestión también muy debatida en la doctrina, en este punto se imponen los criterios a favor de la no punición de este tipo de comportamiento. La finalidad en los tratadistas que buscan la normatividad del adulterio se basan apelando a la honestidad, fidelidad, al buen orden de la familia.

CORRIENTES A FAVOR:

a).- CARRARA: Es necesaria la regulación del adulterio, porque es un quebrantamiento del deber de fidelidad conyugal.

b).- PUIG PEÑA: Porque es la perturbación que causa a la familia y a la sociedad en general.

c).- NUÑEZ: La violación de la afectación conyugal y

de la moralidad del núcleo familiar.

d).- CUELLO CALON: La violación del orden jurídico - matrimonial.

e).- GONZALEZ DE LA VEGA: La alteración de la paz y la tranquilidad de la familia matrimonial.

f).- A. P. MORENO: La ofensa al cónyuge inocente y - el trastorno del orden y la moralidad de la familia.

CORRIENTES FN CONTRA:

Aunque sea hoy cuando más agudamente se cuestiona sobre la indole punible del adulterio, la polémica está muy - lejos de ser nueva.

a) FILANGIERI: Dijo que no era útil castigar el adulterio, incluso el cometido por la mujer porque nada vale la penal frente a la opinión pública que ridiculiza al marido.

b) FRANCISCO CARRARA: Afirma que este delito atenta contra el deber de fidelidad conyugal, que estima incontrastable y al que no sólo tiene derecho el hombre sino también la mujer.

c).- TOSSOT: El adulterio es un delito que sólo debe de considerarse la infidelidad a la promesa dada, más en este caso como hacer diferencia entre la falta del marido y -

de la mujer y sobre todo dice que el sentimiento de fidelidad o infidelidad objeto esencial en la promesa conyugal - pertenece exclusivamente a la moral, que escapa a la violencia y a la represión, si el matrimonio es un contrato, la autoridad civil no tendría más que inscribir un acto que interesa a las partes y también a terceros, no tendría la sociedad que ocuparse de la unión del hombre con la mujer, este asunto quedaría enteramente abandonado a sus sentimientos, por lo que esta promesa solo se refiere a ellos, por lo que no produce la falta del cumplimiento de la promesa de fidelidad lesión alguna de derecho natural o convencional al resto de la sociedad en cuanto a que puede quejarse de infidelidad la correcta solución para satisfacer al conyuge que ha sido víctima de infidelidad es el divorcio.

d).: PESSINA: Opina que el adulterio no debe de ser objeto de regularización jurídica basándose en que la pasión amorosa no conoce aplicación normativa.

Del análisis del adulterio en el ámbito legislativo nacional, se pone de manifiesto que no hay uniformidad de criterios en los ordenamientos penales del país, ya que en un mayor número que apoya el excluir el adulterio del catálogo de delitos.

C A P I T U L O I X

LA PENALIDAD Y SU EXTINCION

C A P I T U L O I X

LA PENALIDAD Y SU EXTINCION

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

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

c).- La norma que ordena proceder contra los dos adúlteros en el caso en que ambos vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país, debe entenderse en el sentido de que ambos sean, además, culpables de delito, si alguno de ellos se encuentra excluido de responsabilidad en cualquiera de las formas.

d).- Como todos los delitos que requieren como condición de procedibilidad la querrela necesaria, en el adulterio la acción penal desaparece cuando ha mediado CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. El consentimiento es un acto anterior o contemporáneo al hecho estimable como delito, por lo cual el resentidor de sus perjuicios autoriza tácita o expresamente su comisión. En el adulterio, el consentimiento es expreso cuando, por ejemplo, el marido induce o faculta a su mujer para el ejercicio de la prostitución o se transforma en Jenón de la misma, o intencionalmente favorece su entrega a tercero. Es tácito cuando consiente, tolera o lucha con el adulterio del que ha tenido conocimiento. No puede interpretarse como consentimiento el adulterio recíproco.

MARTINEZ DE CASTRO, en la exposición de motivos al Código de 1871 decía: Algunos códigos admiten al acusado del adulterio la excepción de que su cónyuge ha cometido el mismo delito; pero se desechó esta idea, porque si bien es justo que el adulterio sea una de las causas de la acción

de divorcio, no lo es que sirva de excusa de otro adulterio ya porque los delitos no pueden compensarse para la imposición de la pena, y ya también, porque admitir tal excepción es lo mismo que autorizar a los cónyuges que recíprocamente se han faltado a la fidelidad conyugal para que sigan cometiendo adulterios sin temor alguno, puesto que los dos pueden alegar la excepción indicada.

e).- El perdón extingue la acción penal. El perdón es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, - por el que el ofendido hace remisión tácita o expresa del - agravio o manifieste su voluntad de que no se inicie o se - termine el procedimiento penal. Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésa se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esto último repugna a la tradición jurídica, ya que la sentencia punitiva se anula ante una especie de indulto - por gracia en manos de particulares.

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

g).- La muerte del ofendido antes de la presentación de la querrela, por falta de titular, extingue la acción penal que le correspondía. De la misma manera, el divorcio -

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

anterior a la querrela anula la acción, pues el ofendido ya no es cónyuge. Pero la muerte o el divorcio acontecen después de entablada la queja, el procedimiento debe continuar.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES:

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE ADULTERIO

LA CONDUCTA: a).- Acción
b).- Unisubsistente

EL RESULTADO: a).- formal
b).- Instantáneo
c).- De daño

ELEMENTOS DEL TIPO (TIPICIDAD)

a).- Objeto jurídico protegido ¿?
b).- Objeto material: Sujeto activo primario
Sujeto activo secundario.

SUJETOS:

a).- Activo; propio o común.
Plurisubjetivo.
b).- Pasivo: Personal, con calidad especial
Unisubjetivo.
c).- Elemento Normativo: Matrimonio Civil.
d).- Elemento Local: Domicilio conyugal.
e).- Elemento Modal: Con escándalo.

CLASIFICACION EN ORDEN AL TIPO

- a).- Fundamental
- b).- Autónomo
- c).- Anormal
- d).- Alternativamente en cuanto a las referencias de lugar y medio.

ANTI JURIDICIDAD

- a).- Lo contrario a derecho.

IMPUTABILIDAD

- a).- Capacidad de entender y de querer en el campo - del derecho penal.

CULPABILIDAD

- a).- Delito que se comete sólo de manera dolosa.

PUNIBILIDAD

- a).- D.F. "Prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años.
- b).- GTO. "Hasta dos años de prisión y multa de cien mil pesos (obsoleto).

ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO DE ADULTERIO

AUSENCIA DE CONDUCTA:

- a).- No hay.

ATIPICIDAD

- a).- Ausencia de objeto jurídico protegido.
- b).- Ausencia del elemento normativo jurídico.
- c).- Ausencia de la referencia espacial.
- d).- Ausencia del medio.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

- a).- Por el consentimiento del sujeto pasivo.

ININPUTABILIDAD

- a).- Artículo 15 fracción II del Código Penal Federal.

INCUPLABILIDAD

- a).- Error de hecho esencial e invencible.
- b).- No exigibilidad de otra conducta.
 - 1.1 Vis compulsiva.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

- a).- No hay.

(90)

(90).- MARTINEZ ROARO, Marcela. Ob. cit. págs. 266-268.

Comparando los datos históricos y las reglamentaciones contemporáneas del delito de adulterio, se observan diversas tendencias; que Garraud resume diciendo: "Por una parte la mujer y el marido, sea en cuanto a la incriminación, sea en cuanto a la penalidad, van desapareciendo o atenuándose. Por otra parte, los castigos, antes severos, van disminuyendo. Por último, existen cierta tendencia a suprimir la sanción penal del adulterio, manteniendo y reforzando las sanciones civiles, tales como las del divorcio en contra del cónyuge que ha cometido el adulterio y los daños y perjuicios en contra de él y su cómplice". En sentido general, estos datos evolutivos se encuentran confirmados en el Código Penal Mexicano Vigente, ya que éste señala para el delito sanciones muy leves, no establece distinciones en cuanto al sexo de los casados culpables, aspecto que más adelante nos daremos cuenta que en la práctica es una gran distinción en cuanto el delito lo comete la mujer y el hombre, encontramos en la actualidad que se limita las infracciones a en cuanto se realiza en situaciones especialísimas, como son en cuanto a los elementos que encuadran el tipo: escándalo y la violación del domicilio conyugal. De lo cual resulta bastantemente claro que el artículo que tipifica el adulterio no lo sanciona en cuanto al delito o sea en cuanto a sí mismo, sino en la forma en que este se realiza o sea, en cuanto al domicilio conyugal o con escán-

dalo. Interpretando dicho precepto a contrario sensu, el adulterio realizado en cualquier otra forma no es ilícito, y por tanto, no afecta la moral, la tranquilidad, la unidad, la fidelidad matrimonial, ni ofende al cónyuge inocente. Así pues podemos afirmar que, salvo esos casos de excepción y por regla general, el adulterio en México es muy difícil tipificarlo.

La Exposición de Motivos del Código Penal Francés (1810) refiriéndose a la represión del adulterio, explica: "Es una infracción contra las costumbres menos pública que la prostitución, transformada en oficio, pero casi tan culpable; si el adulterio no supone como la prostitución hábitos tan depravados, presenta en cambio la violación de múltiples deberes colocado en todos los Códigos en el número de los más graves atentados contra las buenas costumbres, con perjuicio de la moral, la opinión parece excusar lo que la ley debe punir; esta contradicción entre la ley y la opinión ha obligado al legislador a hacer descender la categoría de delito, lo que no estuvo en su potestad colocar en su rango de los crímenes. Para Pacheco, sería necio, sería mal sonante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe ser, no menos de ser considerado por la ley como delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera; porque ninguno causa a la sociedad a la vez tanto desorden material.

Entendemos que el artículo 262 del Código Penal de Guanajuato, y el artículo 273 del Código Penal del D.F. consideramos sujetos activos del delito tanto al hombre como a la mujer, si fueren legalmente casados a otra persona. Sujeto pasivo el cónyuge inocente y la comunidad social.

Del delito tratado en cuestión se deberá establecer que es un ilícito de naturaleza dolosa, ya que el adulterio será punible cuando se produce un resultado típicamente antijurídico consistente en que se quebranta el deber con conocimiento de las circunstancias de hecho y del concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción con representación del resultado que se quiere o ratifica. Dicho de otra manera la unión carnal de la mujer o del hombre cuando estén unidos en matrimonio deberán tener la conciencia de su estado civil, y aún así la voluntad para la unión sexual con otro hombre que sabe que no es su marido o mujer que sabe que no es su esposa.

Ahora con relación al sujeto activo secundario, éste deberá obrar, asimismo con conocimiento de que la mujer o el hombre dependiendo del sexo del sujeto activo primario es casado, además de querer el acto sexual con esa persona. Si desconoce el lazo jurídico que une a esa persona con otra, el activo secundario no cometerá el delito de adulte-

rio.

Ahora bien se estima que el objeto de la tutela personal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adúlterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente (escándalo o violación del domicilio conyugal). Es pues primordialmente el adulterio delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial.

La solución de este problema depende del criterio que se adopte sobre el interés jurídico objeto de la tutela. Si la protección recae sobre el concepto de honestidad o la fe conyugal, resulta innegable que cualquier acto de tipo erótico será suficiente para configurar el adulterio, pues como dice Hafter, citado por Jiménez de Asúa, "los actos graves contra natura no lesiona menos que la cópula normal, la pureza del matrimonio, y según Eusebio Gómez, el acto se hace extensivo a todo contacto entre hombre y mujer casada con hombre que no sea su marido si ese contacto es libidinoso, porque eso constituye la práctica normal o anormal de un amor fisiológico.

En cambio si la protección se proyecta en función de la seguridad de la descendencia, se exigirá la *seminatio intra vas*, porque no es posible biológicamente la procreación

sin la existencia de la materia fecundante. Ahora bien, si como ya hemos indicado, el adulterio lesiona la integridad del matrimonio y éste se efectúa no sólo con la cópula normal (coito), sino con cualquier otro acto de tipo libidinoso, pues como expresa Ferrer, éstos se realizan con la intención de consumar el acto carnal, siendo imposible independizarlos del elemento intencional que los preside, considerando de los anteriores criterios el más aceptable y con el cual estoy de acuerdo el que cita Ferrer.

En mi opinión el objeto jurídico tutelado por esta figura no sólo es el honor del cónyuge ofendido, sino la fidelidad conyugal, la honestidad en sí mismo y el respeto a la familia por parte del cónyuge adúltero.

Ahora bien, algunos autores consideran que el delito de adulterio debe desaparecer de la legislación penal, no estoy de acuerdo, porque el fin del derecho penal en este delito es un valladar que se opone al desenfreno y relajamiento de las costumbres, porque la ley penal aparte de su aspecto coercitivo tienen una alta misión civilizadora.

Las dificultades creadas por la legislación de México en relación con el presente delito, no quedan agotadas por lo anteriormente expuesto. El artículo que reglamenta el delito de adulterio no esclarece ni deslice cuándo el adulterio queda consumado.

Los escritores antiguos y los prácticos, como recuerda Carrara a cuya dirección histórica y jurídica se une, creyeron necesario para la consumación del adulterio que hubiera habido la "seminatio intra vas" mediante la cópula normal, a fin de evitar la turbatio sanguinis, excluyéndose del delito los actos libidinosos contra natura, así como las cópulas incompletas, esto es en grado de frustración, por cualquier causa que impida la mencionada intra vas seminatio.

Posteriormente se abrió paso lentamente a otra dirección pletórica de racionalidad y cuya vanguardia era dable, el cual considera, que los actos libidinosos contra natura, en los que concurrieron las mismas modalidades de lugar o de ambiente exigidas en el adulterio estrictamente concebido, deben valorarse también como constitutivos del delito de adulterio, dado que excluirlos carece de razón o fundamento desde cualquier punto de mira.

No hay duda que el delito queda consumado por la cópula normal. Pero no es exacto, como Carrara creía, que de su consumación queden excluidos los actos libidinosos contra natura, así como las cópulas incompletas, esto es, grado de frustración que por cualquier causa impida la seminatio intra vas, pues también en estos casos se realiza la relación carnal, esto es la conducta típica del adulterio y

se lesiona bienes jurídicos familiares tutelados en dicho delito. Limitar la consumación del delito a que hace referencia a la realización de la cópula normal es desconocer la realidad de otros actos materiales de igual signo y densidad antijurídica.

De lo cual se establece con base en el numeral 273 - que el delito de adulterio sólo será castigado cuando sea consumado, desprendiéndose la regla derogatoria de la tentativa del delito y obedece a que los actos preparatorios o los anteriores de la fornicación adulterina son generalmente equívocos a su persecución, se prestaría a errores e injusticias. El adulterio es un delito instantáneo; se consuma en el momento mismo del acceso carnal; puede integrar el delito continuo cuando entre los mismos autores se prolonga en forma más o menos permanente un estado de relaciones sexuales; la reiteración más o menos permanente o persistente de los ayuntamientos adulterinos entre las mismas personas constituye para los prácticos del derecho continuidad jurídica de un único y mismo delito.

Jiménez de Asúa, cita entre los autores que admiten esa posibilidad de tentativa a Carrara, Cruvellari, Manzini, pero a condición para este último, que los actos ejecutados sean idóneos y únicamente dirigidos a la conjunción carnal; y entre los que se inclinan por la negativa, a Ga-

rraud, pues para este autor, el adulterio requiere para su consumación, la *seminatio intra vas*. Alvarez y Vizmanos, - establecen que no puede mediar en el adulterio tentativa ni frustración, por exigirse la concurrencia del hecho y de la intención para la existencia del delito de que se trata, y lo mismo opina Pacheco, cuando no hay consumación del hecho no hay nada para la ley.

De lo anterior se desprende, que el delito de adulterio no contempla la tentativa en virtud de que sólo será - consumable cuando haya la *intra vas seminatio*, pero no debe mos de observar que los objetos que este artículo tutela - son más importantes que cualquier otra interpretación jurídica, como es posible que sea un delito que sólo será casti gado cuando haya la consumación del hecho, creo que es más importante establecer que antes que nada hay la intención - de cometer la conducta y si no se lleva a cabo es por una - fuerza o causa ajena al agente.

Por lo cual no estoy en favor de la postura que adop ta Ferrer, en cuanto a la tentativa del delito de adulterio deberá ser punible. Porque el adulterio lesiona la integri dad del matrimonio, y éste se afecta no solo con la cópula normal sino también con cualquier otro acto de tipo libidinoso, porque éstos se realizan con la intención de consumir el acto carnal.

También deberá castigarse en forma más severa el so tener relaciones o simples tocamientos entre hombres, uno - de ellos o los dos casados, y las mujeres entre mujeres, - porque en estos casos las conductas de los sujetos activos primarios presenta un grado de vileza, falta de escrúpulos, respeto a sí mismo y su familia y falta de principios y moral, por su conducta tan baja e inmoral.

De lo cual atendiendo a los elementos internos y externos del delito concluimos, que la conducta deberá ser - sancionada, se realice en forma normal o anormal.

Con relación al elemento escándalo, es un elemento - de índole normativo, que en los procesos del juzgador debe justipreciar, tomando en cuenta las circunstancias y antece dentes personales de los adúlteros en relación principalísi ma con la ofendida o con el ofendido, las modalidades de su conducta externa y el ambiente social en que manifiesten - sus relaciones adulterinas, a efecto de valorar estos datos y determinar si son constitutivos de publicidad afrentosa.

Domicilio conyugal para los efectos del delito, debe rá ser considerado aquél que los cónyuges establezcan para su convivencia, sin importar su carácter permanente o transitorio.

Del adulterio de la mujer y el adulterio del marido,

se establece una balanza desnivelada sobre los derechos de los cónyuges. Lo anterior lo fundamentan en que la infidelidad de la mujer deriva un daño en extremo superior al que dimana de la infidelidad del marido, en virtud de la naturaleza de las cosas.

El adulterio de la mujer se da con un solo acto, con una sola unión sexual por aislada que aparezca, y el motivo es claro para muchos legisladores porque hay peligro de descendencia legítima o unidad de sangre.

El adulterio del hombre para que se tipifique es necesario que se den algunos de sus elementos: domicilio conyugal o con escándalo y que exista el ayuntamiento carnal en ambos casos. Ahora que si el hombre en un acto accidentalmente tiene relaciones sexuales con otra mujer no constituye esto delito. De lo cual es necesario que exista una relación más o menos firme semejante al matrimonio.

Se ve una gran diferencia sobre el tratamiento que se le da al adulterio del hombre y la mujer.

Citemos el criterio que adopta Sebastián Soler: "Entendido el adulterio como un delito contra la honestidad, no parece explicable, en efecto, la fundamental diferencia que hace la ley entre el adulterio del hombre (marido) y la mujer (esposa), no se comprende en verdad, por qué motivo -

ha de tenerse por deshonesto el acceso carnal entre mujer y hombre y hombre solamente cuando, de los dos sujetos, el casado es la mujer..."

Del párrafo citado anteriormente, vamos a analizar - que por el hecho de que siendo la mujer adúltera se va en - contra de otros bienes jurídicos como son: El orden fami - liar, y la filiación legítima, ya que la adúltera trae o - puede traer al matrimonio, como hijos, a niños que no lo - son.

En cambio el marido cuando es el adúltero sólo come - te tal delito si la mujer se da cuenta e infringirá el ho - nor del cónyuge ofendido.

Por qué hacer ese distinción, todos somos iguales ante la ley y si no consultemos nuestra magna Constitución en su dispositivo legal número 4:

Artículo 4.- "El varón y la mujer son iguales para - la ley..."

Razón suficiente para determinar que el hombre por - un solo acto sexual deberá encuadrarse su conducta como pu - nible y cualificada como delito de adulterio.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- I.- CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. Apuntamientos de Derecho Penal. Edit. Cárdenas.
- II.- CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE Y OJEDA RODRIGUEZ CUAUHTEMOC. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. Edit. Cárdenas, Irapuato, Gto., año de 1985.
- III.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, Código Penal Anotado, Edit. -- Porrúa, S.A. México, D.F. año de 1985.
- IV.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos Elementales de -- Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. año de 1984.
- V.- DE P. MORENO, ANTONIO. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. año 1968.
- VI.- DIAZ DE LEON, M. ANTONIO. Diccionario de Derecho Procesal -- Penal. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. año de 1986.
- VII.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.
- VIII.- ESCRICHE, JOAQUIN. Diccionario Razonado de Legislación y -- Jurisprudencia, año de 1982.
- IX.- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO. Delitos Sexuales. Edit. Aloma, -- México, D.F.
- X.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. año 1985.
- XI.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO. La Tutela Penal de la Familia, -- Sociedad, Nación, Admón. Pública... Tomo IV. Editorial -- Porrúa, S.A.

- XII.- MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL. Derecho Penal "Parte General" Edit. Trillas, S.A. México, D.F. año de 1986.
- XIII.- MARTINEZ ROARO, MARCELA. Delitos Sexuales. Edit. Porrúa, - S.A. México, D.F. 1985.
- XIV.- SOLER, SEBASTIAN. Derecho Penal Argentino. Tomo III, Edit. Argentina, Buenos Aires, año de 1956.