

301809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

**ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

50
29

**NECESIDAD DE DEFINIR LA CONDUCTA TIPICA DEL
ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA DEL CARMEN GARCIA REYES

PRIMER REVISOR
LIC. MARTIN MARTINEZ VARGAS

SEGUNDO REVISOR
LIC. JORGE DE TAVIRA NORIEGA

MEXICO, D. F.

1984

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

A mis padres.

CARLOS GARCIA JIMENEZ
ALICIA REYES DE CARCIA +

Con cariño y respeto por haber
sido en mi vida fuente de
estimulos plenos los cuales
me han llevado a culminar
una etapa más en mi vida.

A mis hermanos.

DRA. MARIA JOSEFINA
DRA. MONICA CECILIA
DRA. ALICIA VERONICA
CARLOS MARTIN
ROBERTO

Con mucho cariño.

A mi Director de Tesis.

LIC. JORGE DE TAVIRA NORIEGA.

Por su invaluable ayuda y disposición
para el desarrollo de esta tesis.

A mis Profesores.

Por enriquecer los conocimientos
adquiridos durante mi estancia
en la Universidad del Valle de México.

A la Familia Flores Sánchez.

Con mucho cariño y respeto
por compartir conmigo tantos
momentos gratos y por sus
constantes palabras de aliento.

INDICE

	pág.
INTRODUCCION	I
CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS Y CONSTITUCIONALES	2
I.1. EPOCA PRECORTESIANA	2
I.I.1. EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO MAYA.	3
I.I.2. EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO TARASCO.	4
I.I.3. EL DERECHO PENAL ENTRE LOS AZTECAS.	5
1.2. EPOCA COLONIAL	10
1.3. EPOCA INDEPENDIENTE	11
1.4. CODIGO PENAL DE 1871	12
1.5. CODIGO PENAL DE 1929	16
1.6. CODIGO PENAL DE 1931	19
1.7. CONSTITUCIONALES	20
CAPITULO II. EL ADULTERIO COMO PELIGRO PARA EL MATRIMONIO LEGITIMO	32
II.1. ADULTERIO CIVIL Y PENAL	33
II.2. EL ACCESO CARNAL ADULTERINO	46
II.3. ARGUMENTOS PARA LA PENALIDAD DEL ADULTERIO	48

	pág.
II.4. EL DERECHO CANONICO	49
CAPITULO III. ESTUDIO DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	51
III.1. CONCEPTO	51
III.2. OBJETIVIDAD JURIDICA LESIONADA	54
III.3. PRESUPUESTO FACTICO	61
III.4. ELEMENTOS DEL TIPO	63
III.5. MODALIDADES TIPICAS	67
III.6. INTEGRACION FACTICA	71
III.7. SUJETOS CULPABLES	74
III.8. PARTICIPES	76
III.9. PENALIDAD	77
III.10. CUESTIONES PROCESALES	79
CAPITULO IV NECESIDAD DE DEFINIR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO SUSTANTIVO PARA EL DISTRITO FEDERAL	86
IV.1. TIPO LEGAL QUE SE PROPONE	95
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFIA	100

INTRODUCCION

LA TUTELA PENAL DE LA FAMILIA

El vigente código Penal no contiene un título especial destinado a exponer, con mayor o menor acierto, los delitos de esta naturaleza, dado que los mismos están esparcidos en sus diversos títulos en forma insistemática. Empero, si reconstruimos sus preceptos, podemos destacar como delitos contra la familia: I.- El delito de adulterio; II.- El delito de bigamia; III.- El delito de incesto; y IV.- El delito de alteración de estado civil en el Decimosexto intitulado "Delitos contra el estado civil y bigamia". La ausencia de todo principio rector que tuviere por base el bien jurídico tutelado, es manifiesta e inequívoca.

Mejores atisbos imperaron en los viejos Códigos Penales de 1871 y 1921. El título Sexto del Libro II del Código de Martínez de Castro recogió bajo el rubro de "Delitos contra el orden de las familias...", los "Delitos contra el estado civil de las personas (Capítulo I), adulterio (Capítulo VI) y "Bigamia o matrimonio doble y otros matrimonios ilegales" (Capítulo VII); y también el Libro II del Código de Almaraz, en el Título

Decimocuarto denominado "De los delitos cometidos contra la familia", incluyó "De los delitos contra el estado civil de las personas" (Capítulo I), "Del adulterio" (Capítulo III) y "De la bigamia y de otros matrimonios ilegales" (Capítulo IV). En ambos Códigos, aunque de manera incipiente, se tomó en consideración bienes e intereses jurídicos pertenecientes al grupo familiar. En el Proyecto de Código Penal de 1958 (Libro Segundo, Título Decimosegundo se agruparon los delitos de esta naturaleza bajo el rubro de "Delitos contra el orden de la familia; y en el de 1963 (Libro Segundo, Sección Cuarta) tras la denominación de "Delitos contra la familia".

La familia, en cuanto grupúsculo social y en sus relieves trascendentes para el Derecho Penal-adulterio, incesto y bigamia- está constituida por los cónyuges, ascendientes y descendientes y hermanos consanguíneos, disociándose del concepto que tienen en el Derecho privado en el que más ampliamente entran en el grupúsculo familiar también el parentesco por consanguinidad existente entre personas con comunidad de sangre más allá de los indicados grados.

Los delitos contra la familia se estructuran a base de

varios elementos, entre los que destacan-sin que esto suponga que han de concurrir en todos los delitos de esta clase-, un matrimonio previo-adulterio y bigamia-; los vínculos de sangre habidos entre ascendientes y descendientes y hermanos-incesto-; y las alteraciones-atribuciones, inscripciones, omisiones, falsedades, ocultaciones, sustituciones y usurpaciones de estado civil a que hacen mención los artículos 277 y 278.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS Y CONSTITUCIONALES

I.1. EPOCA PRECORTESIANA

I.1.1. EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO MAYA

I.1.2. EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO TARASCO

I.1.3. EL DERECHO PENAL ENTRE LOS AZTECAS

1.2. EPOCA COLONIAL

1.3. EPOCA INDEPENDIENTE

1.4. CODIGO PENAL DE 1871

1.5. CODIGO PENAL DE 1929

1.6. CODIGO PENAL DE 1931

1.7. CONSTITUCIONALES

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS Y CONSTITUCIONALES

Antes de entrar al estudio de la legislación mexicana es conveniente mencionar que esta investigación se refiere a los siguientes momentos históricos: Epoca Precortesiana, Epoca Colonial, Epoca Independiente, Código Penal de 1871, Código Penal de 1929 y Código Penal de 1931.

I.1. EPOCA PRECORTESIANA

Este periodo es el comprendido antes de la llegada de los conquistadores a nuestro territorio debido a la multiplicidad de razas, tribus o pueblos, con sus propias costumbres el derecho en esa época era diverso. Estos pueblos tuvieron sus instituciones jurídicas aun cuando haya sido en forma rudimentaria sobre todo en derecho penal y creemos que el motivo de no haber encontrado vestigios de ese derecho, se debió a la llegada de los españoles, quienes después de la conquista impusieron el derecho español, ignorando las instituciones jurídicas de los vencidos.

A pesar de lo ya anotado haré una breve reseña de los datos que se han logrado reunir sobre el derecho precortesiano.

I.I.1. EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO MAYA

El maestro Castellanos señala "Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones". (1)

Al respecto Chavero dice "Que el pueblo maya no uso como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables". (2)

(1) CASTELLANOS Fernando.- "Lineamientos de Derecho Penal".- Editorial Porrúa, S.A. México 1969, Pág. 40.

(2) Idem. Pág. 40 y 41.

Thompson dice "Con relación al pueblo maya, el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes". (3)

Entonces en caso de ser cierto lo anterior los mayas eran más benévolos y más humanitarios al juzgar a la mujer adúltera comparados con los pueblos civilizados de occidente de quienes heredamos su cultura y religión.

I.I.2. EL DERECHO PENAL EN EL PUEBLO TARASCO

Nos comenta Castellanos "De las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a las de otros núcleos, sólo se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas.

El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda la familia, los bienes del culpable eran confiscados" (4)

-
- (3) CARRANCA Y TRUJILLO Raúl.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A.- México 1991, pág. 115.
- (4) CASTELLANOS, Fernando.- "Lineamientos de Derecho Penal".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1969, pág. 41.

I.1.3. EL DERECHO PENAL ENTRE LOS AZTECAS

El Derecho Penal de los Aztecas, desde luego era muy sangriento y por sus rasgos sensacionalistas es la rama del derecho mejor tratado por los historiadores.

Resulta de mayor importancia el estudio del Derecho Penal de los Aztecas según Castellanos "Este pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles" (5)

El Derecho Penal Azteca nos muestra demasiada dureza, primordialmente con relación a los delitos considerados como capaces de arriesgar el equilibrio del Gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se imponían también a otros tipos de infracción, también podemos decir que conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos así como las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la - - -

(5) CASTELLANOS, Fernando.- "Lineamientos de Derecho Penal".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1969, pág. 41.

reincidencia, el indulto y la amnistía.

Algunas de las penas eran las siguientes: Destierro, penas infamantes, la caída en esclavitud, pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones, que eran lugares de lenta y miserable eliminación, corporales, pecuniarias y la de muerte.

La pena de muerte se castigaba principalmente en las siguientes formas: la muerte en hoguera, el ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpe de palos, el degollamiento, empalamiento y desgarramiento del cuerpo.

El maestro Macedo expresa "La influencia del rudimentario derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación, los mexicanos aun el indio de raza pura, estamos totalmente desprendidos de toda idea jurídica propiamente indígena, es decir que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianos"(6)

(6) CARRANCA Y TRUJILLO Raúl.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, pág. 112

En Texcoco, el rey Netzahualcōyotl dictó varias leyes conocidas actualmente como leyes de Netzahualcōyotl. En ellas el Juez tenía amplia libertad para fijar las penas y podía imponer la de muerte y la esclavitud, con la confiscación de bienes, destierro suspensión o destitución de empleo o prisión de cárcel o en el propio domicilio.

De las ordenanzas de Netzahualcōyotl, reproducidas por Don Fernando Alva Iztlixóchitl, copiamos una.

"Primera, si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndolo él mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis y si el marido no los viese sino por oídas lo supiese y los acusare y averiguando ser verdad ella y el adúltero fuesen ahorcados"

El emperador promulgó otras leyes, con nuevos e importantes preceptos, Tenemos:

"Segunda, la adúltera y el cómplice, si fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados y para la justificación fuesen bastante la denuncia del marido, pero si este no los aprehendiese en el delito, sino que por sospecha los acusase a los jueces y se averiguase ser cierto, muriesen ahorcados".

"Cuarta, al adúltero si le cogía el marido de la mujer en adulterio con ella, morían ambos apedreados, y si era por indicios o sospechas del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad estaba aunque no los acusase el marido, si no por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacia a los que servían de terceros o terceras".

"Quinta, los adúlteros que mataban al marido el varón moría asado vivo y mientras se iba asando lo iban rociando con agua y sal hasta que allí perecía, y a la mujer la ahorcaban, y si eran señoras o caballeros los que hacían adulterio, después de haberles dado el garrote les quemaban los cuerpos, que era su modo de sepultar".

En la recopilación de las leyes de los Indios de la Nueva España, Anáhuac o México, de Fr. Andrés de Alcobiz, de fecha 10 de septiembre de 1543, surgían las siguientes leyes de adulterio:

"24.- No bastaba probanza para el adulterio, si no los

tomaban juntos y la pena era que públicamente los apedreaban".

"34.- Apedreaban a las que habían cometido adulterio a sus maridos, juntamente con el que con ellas había pecado".

"35.- A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio, si sólo el marido de ella acusaba, sino que había de haber testigos y confesión de los malhechores, y si estos malhechores eran principales, ahogábanlos en la cárcel".

"36.- Tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios y aunque la tomase con otro, si no que los jueces lo habían de castigar".

En consecuencia, todo lo que puede asegurarse es que los pueblos precortesianos contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, que las penas fueron crueles y desiguales y además que en las organizaciones más avanzadas es seguro que las clases Teocrática y Militar aprovecharan la intimidación para consolidar su poder.

I.2. EPOCA COLONIAL

La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas indígenas; en esta época rigieron las instituciones jurídicas españolas; tal como se legisló y castigó en la metrópoli se sancionó en la colonia, además de las partidas, el Fuero Real, el ordenamiento de Alcalá, la Novísima Recopilación; para no mencionar si no a los principales, tuvieron aplicación en nuestra patria exclusivamente la Recopilación de Indias autorizada por Carlos II en 1860 y la Real Ordenanza de Intendentes mandada promulgar por Carlos III en 1786, pero el sistema puesto frecuentemente en práctica era el establecido por las Partidas.

Podemos señalar, que en la época colonial, tanto en las partidas así como en todos los ordenamientos jurídicos establecían:

- El adulterio sólo era punible en la mujer casada y varón adulterino. Al hombre casado no se le castigaba por faltar a la fidelidad conyugal.
- Como regla general se les aplicaba la pena de muerte.

En los textos posteriores en el ordenamiento de Alcalá, se autorizaba la entrega de la mujer adúltera y el codelincuente al marido para que este hiciera con ellos lo que quisiera, dándose como único requisito el homicidio de ambos, o como en la Séptima Partida, darles azotes a la mujer en la vía pública, encerrarla en un monasterio perdiendo las dotes y las arras que le hubieran sido entregadas al contraer matrimonio, cuando se trataba de adulterio doble, generalmente la adúltera era entregada a la mujer del marido con quien hace adulterio vengándose esta como lo desease.

- Sólo se perseguía el adulterio por querrela del marido y en contadas excepciones podían presentar la acusación en contra de los adúlteros: el padre, el hermano o los tíos; pero nunca por personas extrañas.

I.3. EPOCA INDEPENDIENTE

Al consumarse la independencia de México en el año de 1821, siguieron rigiendo las leyes de la colonia que permanecen no obstante la constitución de 1824.

Como resumen de esta época asienta Ricardo Abarca "Nos queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada

por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total, hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos, las diversas constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado" (7)

I.4. CODIGO PENAL DE 1871

En su título sexto, denominado "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública, o las buenas costumbres", agrupa a los siguientes delitos:

- I. Delitos contra el estado civil de las personas
- II. Delitos de ultraje a la moral pública y a las buenas costumbres
- III. Atentados contra el pudor, estupro y violación.
- IV. Corrupción de menores

 (7) CASTELLANOS, Fernando.- "Lineamientos de Derecho Penal".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1969, pág. 45.

- V. Rapto
- VI. Adulterio
- VII. Bigamia y otros matrimonios ilegales
- VIII. Provocación de un delito, apología de éste o de algún vicio.

Como se ve, en el Capítulo VI se halla el adulterio.

Este Código estimaba como delito todo adulterio de la mujer casada; en cambio la esposa sólo podía quejarse en tres casos cuando el marido lo cometía en el domicilio conyugal, o con concubina o con escándalo (arts. 816 y 821). Se concedía a la mujer acción contra el marido pero restringiéndola, aun cuando ambos cometieren la misma falta contra el orden matrimonial.

La pena fijada a los adúlteros, tratándose de la esposa y varón libre era de dos años de prisión o multa de segunda clase. Para el esposo adúltero se fijaba una sanción menor consistente en un año de prisión, salvo si el delito se hubiere cometido dentro del domicilio conyugal, en cuyo caso la pena ascendía a dos años de prisión.

El Código al cual nos estamos refiriendo, señala como

agravantes las siguientes:

1. Ser adúltero doble
2. Tener hijos el adúltero o la adúltera
3. Ocultar su estado el adúltero o la adúltera casados o la persona con quien cometían el delito.

Los adúlteros se hacían acreedores a la privación del ejercicio de la tutela o curatela, en un lapso de seis años.

La acción criminal sólo procedía a petición del cónyuge ofendido y contra ambos culpables y sus cómplices, extinguiéndose por defunción del querellante.

Ahora bien, si el cónyuge al sorprender a los infractores en el hecho delictuoso privaba de la vida a su consorte o al copartícipe, era castigado, según el artículo 554, con sólo cuatro años de prisión, en virtud de la "grave provocación" al ofendido, como se desprende de lo anterior el homicida era merecedor de una atenuación en la pena por el delito cometido en tales circunstancias. En realidad esta concesión hecha al consorte engañado, no favoreció a la esposa aun cuando por las mismas circunstancias matara; pues ella

muy poco disfruto de las ventajas contenidas en los preceptos establecidos por este código ya desaparecido, sobre todo en lo relativo al conyugicidio.

Fácilmente se advierte en el Código de 1871 la no equiparación de las penas de adulterio, en lo concerniente a la mujer y al varón casados.

Podemos decir que si el legislador deseaba fortalecer los lazos familiares y a su vez hacer respetar el contrato matrimonial, imponiendo sanciones a quienes faltaran a los deberes recíprocos y correlativos derechos de fidelidad, emanados de dicho contrato, debería en todo caso haber nivelado la responsabilidad de los cónyuges, esto es ponerlos en igual situación es decir en igual situación tanto al hombre como a la mujer.

Martínez de Castro nos explica los motivos de esta reglamentación de la manera siguiente: "Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste; porque si no se puede negar, moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros no

son por cierto iguales las consecuencias; pues aquél queda infamado con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte y la reputación de esta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio".(8)

I.5. CODIGO PENAL DE 1929

Comprendía el adulterio en el título "De los Delitos Cometidos Contra la Familia" estaban regulados de la manera siguiente:

"Artículo 891.- El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando causa escándalo"

"Artículo 892.- Por domicilio conyugal se entiende: la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada"

(8) GONZALEZ DE LA VEGA Francisco.- Derecho Penal Mexicano.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985, pág. 434.

"Artículo 893.- No se podrá proceder contra los adúlteros, sino por queja del cónyuge ofendido; pero cuando éste hubiere formulado su querrela contra uno sólo de los adúlteros, se procederá contra los dos y contra sus cómplices".

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

"Artículo 894.- El adulterio sólo se sancionará cuando haya sido consumado, pero si el conato constituyere otro delito, se aplicará la sanción señalada para éste".

"Artículo 896.- Si el cónyuge responsable hubiere sido abandonado por el ofendido, el juez tomará en consideración esta circunstancia como atenuante de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 55".

"Artículo 897.- Son circunstancias agravantes:

I. Ser casados ambos adúlteros

- II. Tener hijos el adúltero o la adúltera, y
- III. Ocultar su estado el adúltero o la adúltera casados, a la persona con quien cometen el adulterio".

"Artículo 898.- Cuando el ofendido perdone a su cónyuge cesará todo procedimiento si el juicio penal aun no se fallare; si ya hubiere sido condenado el reo, no se ejecutará la sentencia ni producirá efecto alguno.

También cesarán el proceso y sus efectos, en los casos en que, después de la acusación, tuvieren los cónyuges acceso carnal o el quejoso falleciere antes de pronunciar su sentencia irrevocable. Los casos previstos en el artículo aprovechan a todos los responsables".

"Artículo 899.- El simple conocimiento que el ofendido tenga del adulterio no se tomará como consentimiento ni como perdón del delito pero aprovechará para la prescripción".

"Artículo 900.- El cónyuge acusado de adulterio no podrá alegar como excepción que su cónyuge ha cometido el mismo delito antes de la acusación o después de ella".

En este código se excluye el segundo motivo establecido por el Artículo 821 del Código de 71 en el que se autorizaba a la mujer para acusar al marido por adulterio cometido fuera del domicilio conyugal, pero con concubina; sin duda porque el adulterio con concubina, se ha considerado siempre comprensivo del escándalo.

I.6. CODIGO PENAL DE 1931

La legislación penal de 1929 es abrogada por el código de 1931 que actualmente rige: El delito a que nos referimos en este código ha sido colocado entre los "Delitos Sexuales" en el Título XV, Capítulo IV. Y se da en los términos siguientes:

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

"Artículo 274.- No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido pero cuando éste formule su querrela contra uno sólo de los

culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes.

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

"Artículo 275.- Sólo se castigará el adulterio consumado".

"Artículo 276.- Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno.

I.7. CONSTITUCIONALES

Se tratarán los antecedentes constitucionales:

El artículo 4° Constitucional marcaba antes de las reformas que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia; toda persona tiene derecho a decidir la

manera libre, responsable e informada sobre el número de espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la Salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá las circunstancias de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme lo dispone esta fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. También el artículo de referencia, hablaba de que toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Seguía mencionando el artículo 4° de la Constitución: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

En efecto adoptando el pensamiento de un homólogo en 1857, el constituyente de 1917, dejó casi en sus términos después de amplias discusiones los principios

básicos sustentados en el precepto constitucional que nos ocupa.

De ahí que en su origen este artículo expresará que a ninguna persona podría impedírsele el dedicarse a la profesión comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos; pudiendo ser verdad sólo por disposición judicial esta libertad. El contenido integró del artículo en sus dos párrafos en una reforma que tuvo lugar en el año de 1974 fue agregado el artículo 5° al artículo 5° y hoy forman parte de este otro precepto constitucional. En su lugar se le ha integrado con nuevas garantías individuales, cuya inclusión en nuestra constitución se ha considerado indispensable.

En efecto, en iniciativa presentada al Congreso de la Unión por el Presidente de la República Lic. Luis Echeverría con fecha 18 de septiembre del año de 1974, expresó este funcionario de una decisión fundamental del pueblo mexicano ha sido preservar la independencia nacional con base en la vida solidaria y la libertad de quienes integran al país. Que dentro de este marco de intereses y tareas ha debido en nuestros días integrarse a la mujer tanto al proceso político de manera que participe con libertad y responsabilidad al

lado del varón en la toma de decisiones nacionales, como en el disfrute, al mismo tiempo, de una absoluta igualdad con este en el ejercicio de los derechos ya reconocidos y en el cumplimiento solidario de las responsabilidades particulares que le competen.

En análisis cualitativo y cuantitativo de varias actividades como pueden serlo la educación, la política, la productiva productividad o el trabajo, llegó al Congreso de la República a elevar al plano constitucional la igualdad plena entre hombres y mujeres, con la finalidad de que la adicción y reformas propuestas se sumasen al equilibrio que nuestro sistema constitucional encontró al asegurar y hacer convivir garantías individuales con garantías sociales; pues así como en el terreno educativo la instrucción fundamental del pueblo mexicano orientada a través de criterios de libertad, democracia, solidaridad nacional e internacional o, en el de convivencia humana, ha rechazado cualquier privilegio derivado de supuestas superioridades o jerarquías y ha aceptado con exigencia social la igualdad jurídica entre los sexos; y en el terreno del empleo la contribución de la mujer a la creación de riqueza, constituye hoy un beneficio para el progreso de la familia mexicana; justo era consagrar

la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, por ser consecuencia explícita de una decisión humanística y social de impostergable reconocimiento.

A ello fue debida la inserción en el nuevo artículo 4° de la Constitución General de la República de los dos párrafos con los cuales se inician sus pronunciamientos, mismos que independientemente de la igualdad jurídica del hombre y de la mujer, aceptada y reconocida, se dispuso además de que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, objetivo este último derivado de las deliberaciones habidas de la conferencia mundial de población celebrada en la Ciudad de Bucarest, República de Rumania, durante el citado año de 1974; en cuyo foro se aprobó una nueva política demográfica en la cual fue tomado en consideración de modo especial, el importante papel de las mujeres en el desenvolvimiento colectivo del estado moderno. Este es el motivo de haberse consignado en un párrafo particular el derecho a la libre procreación como garantía personal, adoptándose en esta forma la declaración que ya había sido suscrita por México en el año de 1968, con motivo de la conferencia sobre demografía que había tenido lugar en

la Ciudad de Teherán, convocada por la Organización de las Naciones Unidas.

Implica por tanto este derecho, por una parte, la libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombre y mujer en la adopción de tales actitudes como base de la vida en común, por la otra la incorporación de valores culturales relacionados con las más simples funciones vitales cual es la actividad reproductiva, merecedora de un trato de ingente impulso sociológico que fundado en el amor y la comprensión que deben existir en la pareja humana, la conduzca como expresa nuestra disposición Constitucional vigente a decidir sin coacción alguna tanto el número como el periodo de espaciamiento de los hijos que deseen. ¿Qué se pretende en rigor con la inclusión en el artículo 4º constitucional?. Hacer conciencia en el ciudadano, en el jefe de la familia, en el funcionario público o privado, en el hombre de negocios, industrial, comerciante, empresario en general sobre la necesidad de que la familia mexicana cuente con los elementos necesarios y como base o célula del estado.

Por último en el párrafo final se dice que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la

satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental. Se ha considerado innecesaria la incorporación de este otro legítimo derecho al que en la constitución general, debido a que se estima que deben de ser las normas del derecho común las que regulen la garantía del menor a una existencia placentera a parte la circunstancia de ser muy amplia la gama y el contenido de todas las cuestiones que atañe a la protección de los menores.

Lo que ocurre según nuestro particular modo de observar el fenómeno social y legal correspondiente es que la totalidad de las disposiciones o normas jurídicas, sean el orden civil, penal, laboral o procesal si se las examina con paciencia y detenimiento se desprende de ellas el trato que debe darse a los menores en sus relaciones sociales como personas pero no se consideran sus derechos específicos ni dentro de la familia ni en la ciudad donde habitan mucho menos los medios donde se desarrollan. La desatención en que se mantiene a varios menores, la explotación de que son víctimas, el mal trato al que en ocasiones se sujetan todo ello esta demostrado en la necesidad de un orden jurídico de mayor jerarquía para su protección y la existencia de un sistema administrativo dentro del cual pueden

moverse las autoridades sin afectar el interés privado para exigir el cumplimiento de las garantías mínimas que les corresponden.

De ahí que el fundamento constitucional que va a proteger la integridad de la familia y en las que como señala el Maestro Efraín González Huerta, se desprende la tutela penal de la familia y se destacan como delitos contra esta: 1.- el adulterio; el de bigamia; el de incesto y el delito de alteración del estado civil en el décimo sexto intitulado delitos contra el estado civil y la bigamia.

Por otro lado el actual artículo 4° de la Constitución de la República establece; la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte se tomará en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca esta ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta

protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud, la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme lo dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

De este artículo 4º constitucional adicionado se

desprende por principio que se reconoce que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, etc.

En la parte y fundamento, constitucional que nos concierne en este trabajo el propio artículo 4° de la Constitución vigente establece que esta garantía de igualdad que se hace extensiva tanto al varón como a la mujer, al considerarlos iguales ante la ley, y así mismo se prolonga hacia toda persona, cuando se indica que ésta tendrá derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número y espaciamiento de los hijos que desee tener.

Además se involucran los derechos a la salud en este precepto puede afirmarse que este numeral se dedica a la protección de las etnias, a los seres humanos en general y a la familia y a los menores en particular luego entonces sostenemos que es el fundamento constitucional dado que el bien jurídico que se protege en el delito de adulterio sostenemos que lo es la tutela penal de la familia. (9)

(9) Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada.- Universidad Nacional Autónoma de México.- Rectoría.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985.- págs. 11 y 12.

Fue considerado y conveniente el mencionar que la palabra familia tiene una connotación más restringida a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de éstos, que viven bajo un mismo techo. En este sentido se puede hablar de la familia doméstica en oposición a la familia gentilicia. Como en una huella de una antigua gens romana el concepto de familia doméstica se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de éstos (nietos) aunque no vivan en la misma casa.

Prescindiendo de esta distinción histórico sociológica conviene advertir que tanto en la antigua familia gentilicia como en la familia doméstica moderna las nociones de parentesco, solidaridad y afecto aparecen de una manera constante a través de diversas etapas del desarrollo de la familia, desarrollo que comprende miles de años, en ellos ha descansado la estructura jurídica y la organización del grupo familiar desde sus remotos orígenes hasta nuestros días. (10)

(10) Diccionario Jurídico Mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Editorial Porrúa, S.A.- Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo D-H, México, 1991, págs. 1428 y 1429.

CAPITULO II.

EL ADULTERIO COMO PELIGRO PARA EL MATRIMONIO LEGITIMO

II.1. ADULTERIO CIVIL Y PENAL

II.2. EL ACCESO CARNAL ADULTERINO

II.3. ARGUMENTOS PARA LA PENALIDAD DEL ADULTERIO

II.4. EL DERECHO CANONICO.

CAPITULO II

EL ADULTERIO COMO PELIGRO PARA EL MATRIMONIO LEGITIMO

La idea de que la infidelidad conyugal no es algo que le resulta indiferente al Derecho salta a la vista, en este tipo de conductas no sólo queda implícita la moral, sino que el orden jurídico se resiente, porque con su ejecución, se viola un deber fundamental que, junto a otros no menos importantes, está formando el soporte donde descansa la delicada institución familiar. El derecho, pues, no debe cruzarse de brazos y debe tomar partido a fin de proteger la integridad y la subsistencia de su célula primaria.

Históricamente el adulterio ha sido considerado como delito, las razones de su punibilidad han sido múltiples y variadas entre ellas destacaremos las siguientes:

- Se trata de un acto que atenta a la santidad del hogar al que, inevitablemente destruye.
- Si es la mujer la que lo comete corre el riesgo de que introduzca en la familia legítima hijos concebidos

fuera de ella.

- El sujeto que lo lleva a cabo revela que se trata de una persona depravada y excenta de los más elementales principios morales.

- Mediante su comisión se infringe uno de los deberes más importantes en el matrimonio, el de la fidelidad.

- Con él existe la posibilidad de comunicación de enfermedades venéreas y otras mortales.

- Ofende el honor del cónyuge inocente, sobre todo si es la esposa la que lo comete.

Estos argumentos son los que de alguna manera han servido para considerar al adulterio como un acto punible.

II.1. ADULTERIO CIVIL Y PENAL

La primera causa que implica un delito de un cónyuge contra el otro, es el adulterio debidamente probado. Evidentemente que en este caso no se requiere sentencia penal para tipificar el delito de adulterio. El juez

civil puede apreciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el adulterio que se imputa al demandado, y esto por la razón fundamental de que el adulterio es un delito que sólo se persigue a instancia o querrela del cónyuge ofendido, que puede simplemente ejercitar la acción de divorcio, sin presentar querrela para que se sancione penalmente ese acto.

Como la jurisdicción civil es autónoma, y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal, podrá el juez del divorcio considerar probado el adulterio para los efectos de disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre distintas pruebas de aquellas que haya tomado en cuenta el juez penal.

Respecto del adulterio, hay una innovación muy importante en el Código Civil Vigente, frente a todos los ordenamientos anteriores, exceptuando la ley de 1914, que no menciona causas específicas; pero en el Código de 1870 y en el de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, se hacía una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer.

El adulterio de la mujer siempre fue causa de divorcio

en esos ordenamientos, como en el Código vigente lo es. En cambio, el adulterio del hombre no fue siempre causa de divorcio; se requería bajo esos Códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, que además hubiese escándalo por virtud del adulterio, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa, o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal, o era como consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua con otra mujer. El Código Civil vigente lleva a cabo la equiparación en el adulterio de hombre y el de la mujer.

Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges sin exigir ningún otro requisito. Además, el artículo 269, complementando al 267, agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad por lo tanto, de que haya una sentencia en el orden penal.

En nuestro derecho, tanto el Código Civil, como el Penal, no distinguen en cuanto a las consecuencias del adulterio del marido o de la esposa. El artículo 267,

fracción I del Código Civil, estatuye que es causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. Los artículos 273 a 276 del Código Penal, no hacen distinción alguna en la sanción y configuración del delito de adulterio del hombre o de la mujer.

En el Código Civil de 1884, el artículo 228, disponía:

"El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio (separación de cuerpos, ya que no se admitía por dicho código que el divorcio disolviera el matrimonio, conforme al artículo 226); el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común;
- II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal;
- III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.
- IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra, de obra, o que por su causa se haya maltratado de esos modos a la mujer legítima.

La creencia vulgar de que las relaciones íntimas que tenga un cónyuge con persona de otro sexo, sin llegar al adulterio, no se encuentran sancionadas jurídicamente, sólo podría ser exacta desde el punto de vista estrictamente penal, pero el derecho civil es evidente que concede una acción al cónyuge ofendido para exigir el divorcio por injuria grave. Por tanto si sólo hubiese sanción al deber de fidelidad para el caso de adulterio, peligraría la institución matrimonial y por razones de seguridad jurídica y de interés público motivan la necesidad de admitir las conclusiones anteriores.

El adulterio habido entre personas que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido declarado judicialmente, constituye también un impedimento dirimente por cuanto que origina la nulidad en razón de la ilicitud misma del acto jurídico. Por razones de orden moral y en vista de la violación a las buenas costumbres se impone en este caso la nulidad del matrimonio contraído entre los adúlteros, se parte del supuesto de que el primer matrimonio quedó disuelto por divorcio, nulidad o muerte de alguno de los cónyuges; pero que durante la vigencia uno de ellos cometió

adulterio y después al disolverse aquel matrimonio, pretende contraer nuevas nupcias con la persona con quien realizó aquel delito.

Se regula por la Ley un impedimento dirimente, pues aun cuando exista la libertad para celebrar el segundo matrimonio, por la disolución del primero ha habido un acto que le imprimiría al nuevo vínculo un carácter ilícito. Consideramos que se violan las buenas costumbres, dado que lo que se está sancionando a través del impedimento que analizamos, no es el delito de adulterio, sino la inmoralidad que después resulta si se permitiera a los adúlteros celebrar matrimonio. Establece el artículo 243 que la acción de nulidad en este caso podrá ser intentada por el cónyuge ofendido y por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público si ese matrimonio se ha quedado disuelto por muerte del cónyuge ofendido. En uno y en otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros. (11)

(11) ROJINA VILLEGAS Rafael.- "Compendio de Derecho Civil".- Introducción, Personas y Familia.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1980.- págs. 304, 321, 370 y 371.

Al respecto Francisco González de la Vega, dice en su 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 el cual consiste en el ayuntamiento sexual entre persona casada sea hombre o mujer y persona ajena a su vínculo matrimonial; esta infidelidad carnal constituye siempre un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas, pero no necesariamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas, es decir que no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio.

En el Derecho Civil mexicano es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa, cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice, y produce las siguientes acciones y sanciones privadas que puede ejercitar el cónyuge inocente: el divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento de la infidelidad; el cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones; también pierde los derechos que tuviere a alimentos y todo lo que su consorte le hubiere prometido o por cualquier otra persona en consideración a éste; cuando por el divorcio

se causen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge ofendido el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito; además constituye impedimento no dispensable 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 cónyuges mutuo deber y correlativo derecho a la fidelidad, siendo ilícita su inobservancia.

Para Francisco González de la Vega, la anterior noción general o civil de adulterio no corresponde en todos sus extremos al concepto del delito que lleva ese nombre. Aquella es preferente de orden contractual y éste es primordialmente tutelador del orden familiar. Históricamente y hasta épocas relativamente recientes, la infracción penal se limitaba al cometido por la mujer casada y su codelincuente; en cambio, el cónyuge varón y su copartícipe, salvo casos especiales, no era delito.

Actualmente el Código Penal Mexicano, aun cuando no establece diferencias en cuanto al sexo de los casados culpables, restringe notablemente los casos punibles de

adulterio, limitándolos a los realizados en condiciones de grave cinismo en sus autores o de extrema afrenta contra el cónyuge burlado, como son los que acontecen en el domicilio conyugal o con escándalo.

Por otro lado dicho autor señala que comparando los datos históricos y las reglamentaciones contemporáneas del delito se observan diversas tendencias y que Garraud resume diciendo "Por una parte las diferencias anteriormente existentes entre el adulterio de la mujer y el de su marido, sea en cuanto a la incriminación, sea en cuanto a la penalidad, van desapareciendo o atenuándose".

En consecuencia los castigos, antes severos, van disminuyendo. Por último existe cierta tendencia a suprimir la sanción penal del adulterio, manteniendo y reforzando las sanciones civiles, tales como la de divorcio en contra del cónyuge que ha cometido el adulterio y la de daños y perjuicios contra él y su cómplice". En sentido general, estos datos evolutivos se encuentran confirmados en el Código Penal mexicano vigente, ya que este señala para el delito sanciones muy leves, no establece distinciones en cuanto al sexo de los casados culpables y limita la infracción a casos

realizados en condiciones especialísimas, como son el escándalo y la violación del domicilio conyugal. Así pues, podemos afirmar que salvo casos de excepción y por regla general, el adulterio en el derecho mexicano no es punible.(12) Seguimos diciendo que una de las causas que enumera el artículo 267 fracción I del Código Civil es la siguiente: "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges"

Dice Montero Duhalt, que se entiende por adulterio en su acepción gramatical "el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados", "violación de la fe conyugal".

Ante la ausencia de una definición legal, quedan fuera de esta causal los actos sexuales "Contra Natura". A pesar de su gravedad el legislador no tomó en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

(12) GONZALEZ DE LA VEGA Francisco.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985.- págs. 431, 432 y 434.

Diversos criterios doctrinarios se han empleado al clasificar las causales. La dificultad para clasificar en forma totalmente distintiva consistente en que muchas de las causas de divorcio pueden clasificarse en diferentes grupos. Por ejemplo, el adulterio puede considerarse como delito, como divorcio sanción, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como conducta desleal, como injuria. Estos criterios son los siguientes: causas que implican delito, causas que constituyen hechos inmorales, las contrarias al estado matrimonial o que implican conducta desleal, etc. La doctrina más reciente agrupa las causas en dos únicos sectores: causas que implican culpa y causas objetivas. Y los últimos avances legislativos nos muestran el abandono total de las causales resumiéndose todas en una sola: la quiebra efectiva, total y comprobada del matrimonio.

Si bien vemos, cualquiera de las causas que señala el Código que nos ocupa, o cualquier legislación del mundo de ayer o de hoy, implica que el matrimonio se ha roto.

Cuando un cónyuge demanda al otro, o cuando la demanda es interpuesta por ambos, significa que la relación afectuosa ha dejado de existir. La comunidad total de

vida que significa el matrimonio con su implicación de solidaridad profunda entre dos seres, se ha desvanecido. Son ahora dos extraños que necesitan rehacer su existencia. El divorcio es un camino para lograrlo. Las causas que llevaron al fracaso son en este caso intrascendentes. Lo único válido es la constatación de tal fracaso.

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes: Como causa de divorcio y como delito. Un cónyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causa de divorcio, o puede optar por la vía penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha configurado en su forma típica es decir, cometer el adulterio en su casa conyugal o con escándalo.

Así tenemos que en el primer caso, probado el adulterio, el cónyuge demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor. Y en el segundo, probado el delito, el culpable será condenado a la sanción penal respectiva y el cónyuge demandante tendrá a su favor sentencia como prueba plena para obtener divorcio, si opta por las dos consecuencias.

En cualesquiera de los dos casos, el cónyuge que tiene

la causa debe interponer la demanda dentro de los seis meses siguientes contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio. (artículo 269).

La fracción que analizamos nos habla de "adulterio debidamente probado". La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, pues los adúlteros se refugian en la clandestinidad. Por ello la corte admite la prueba indirecta; "Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable".

Existen otros casos de prueba plena del adulterio sin que esto implique la prueba directa de la comisión del mismo in fraganti. Cuando un hombre casado registra a un hijo habido con mujer distinta a su cónyuge, o cuando vive probada y públicamente con otra mujer. Este segundo caso se conoce como adulterio permanente y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio: "Tratándose de adulterio permanente debe considerarse que, aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el

divorcio hasta seis meses de concluido tal estado: pensar de otro modo llevaría al absurdo de que si ese estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente, que por amor o respeto a los hijos por ejemplo, haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediamente esa forma de agravio.(13)

II.2. EL ACCESO CARNAL ADULTERINO

El acceso carnal adulterino como acción material del delito; sujetos activos y pasivos.- La acción material de delito consiste en el acceso carnal adulterino. Sus hipótesis son los ayuntamientos entre: mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; hombre y mujer casados en distintos matrimonios. A este último caso se le denomina adulterio doble.

Autores materiales o sujetos activos del delito son los protagonistas del acto carnal ilícito. Sujeto pasivo u ofendido es el cónyuge burlado; en el adulterio doble

(13) MONTERO DUHALT Sara.- "Derecho de Familia".- Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.- págs. 222, 223, 224, 225.

pueden resultar ofendidos los dos cónyuges inocentes, teniendo cada uno, en su caso, la facultad de querrellarse.

CONCEPTO DE ACCESO CARNAL.- En Francia los tratadistas y la jurisprudencia limitan el concepto del acto adulterino al ayuntamiento sexual por vía natural, coito normal, y llegan hasta exigir su pleno agotamiento fisiológico: seminatio intra vas. Dado que en la legislación mexicana se punen exclusivamente ciertos casos cínicos u ostentosos de adulterio en consideración a la afrenta que entrañan contra el burlado, nos parece que el acto carnal puede consistir en el concúbito natural o en el realizado contra natura entre el hombre y mujer, porque consideramos que las ofensas contra el engañado y el orden familiar existen en los dos supuestos. Para la existencia del acto adulterino es suficiente dicho acto o acceso carnal, con independencia de su perfección fisiológica y de su pleno agotamiento. (14)

(14) GONZALEZ DE LA VEGA Francisco.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985.- págs. 439 y 440.

II.3. ARGUMENTOS PARA LA PENALIDAD DEL ADULTERIO

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 es 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 contraindicación entre la opinión y la ley ha obligado al legislador a hacer descender a la categoría de delito lo que no estuvo en su potestad colocar en el rango de los crímenes". Para Pacheco "Sería necio, sería malsonante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe 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. (15)

(15) GONZALEZ DE LA VEGA Francisco.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985.- págs. 434 y 435.

II.4. EL DERECHO CANONICO

El derecho canónico no admitió el divorcio. Sin embargo hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aun por adulterio, podría disolverse el matrimonio. En los primeros siglos incluso algunos padres de la iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Fue ganando terreno la idea de que ni aun por adulterio era posible el divorcio, y el derecho francés antiguo evolucionó conforme a esta idea, para prohibir el divorcio. En realidad, no fue sino hasta el siglo XIII como ya quedo debidamente establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse, ni aun por adulterio. La evolución que se inicia en estos términos toma ya una trayectoria diferente, según se trate el derecho francés o del derecho canónico. (16)

(16) ROJINA VILLEGAS Rafael.- "Compendio de Derecho Civil".- Introducción, Personas y Familia.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1980.- págs. 360 y 361.

CAPITULO III.

ESTUDIO DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

III.1. CONCEPTO

III.2. OBJETIVIDAD JURIDICA LESIONADA

III.3. PRESUPUESTO FACTICO

III.4. ELEMENTOS DEL TIPO

III.5. MODALIDADES TIPICAS

III.6. INTEGRACION FACTICA

III.7. SUJETOS CULPABLES

III.8. PARTICIPES

III.9. PENALIDAD

III.10. CUESTIONES PROCESALES

CAPITULO III

ESTUDIO DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

III.1. CONCEPTO

El delito de adulterio desaparece lentamente de las legislaciones modernas; y en aquellas en que todavía perdura su aplicación disminuye por los cambios habidos en el pensamiento cultural. Sin embargo, la realidad es que no podemos borrarlo con nuestro deseo y pensamiento en las legislaciones en que todavía persiste, ni desconocer su textura típica en los Códigos que, como en el de México, aparece penalizado, aunque con la poca fortuna que trasciende de los artículos 273 y 275 insertados en el Título Decimoquinto denominado impropia y ajurídicamente "Delitos sexuales". Mejor técnica siguieron los viejos Códigos de 1871 y 1929 al ubicarlo en el capítulo referente a los delitos contra el orden familiar, pues, al menos dejaron alguna constancia del bien jurídico tutelado. (17)

(17) JIMENEZ HUERTA, Tomo I, pp. 304 y 305, nota 12.

El delito de adulterio ha desaparecido del Derecho vigente en Inglaterra, Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Alemania Federal, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Japón, Israel, Bulgaria, Italia, Francia, Polonia, Yugoslavia, Cuba, Costa Rica, y Colombia. y por cuanto se refiere a España fue eliminado en la reforma del viejo Código Penal de 1870 efectuada en 1932 por la Segunda República, para reaparecer en el Código de 1944 confeccionado por la dictadura franquista. Empero, a la muerte de su funesto dictador, fue derogado por la ley 22/1978 de 26 de mayo, el delito de adulterio.

El concepto de 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. Y en su aceptación estrictamente penalística, según el Diccionario de la Lengua Española, se entiende por adulterio el Delito que cometen la mujer casada que yace con varón que no es su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada". Este último sentido es el que imperó en los Códigos españoles desde 1848 hasta 1978. Por tanto, su signo penal estaba limitado al ámbito territorial de

España y al de los países latinoamericanos que hubieren trasladado a sus Códigos Penales dicho concepto.

No es este el caso de México, pues el delito de adulterio tiene en su Código Penal otra estructura. El artículo 273 sanciona "... a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo"; y el 275 establece que "sólo se castigará el adulterio consumado". Se advierte de inmediato que el Código se abstiene de esclarecer qué se entiende desde el punto de vista típico por "adulterio" y cuándo el delito queda "consumado". Sigue, al respecto, el Código vigente las enclenques bases típicas seguidas por los Códigos de Francia- antes de la desaparición del delito por la Ley de Reformas del Divorcio de 11 de julio de 1975-, Italia- cuyo artículo 559 de su Código Penal se limitaba a decir "La mujer adúltera será castigada... y que con la misma pena será castigado el correo de la adúltera", hasta que la Corte Constitucional por sentencia número 120 de 16 de Diciembre de 1968 declara su ilegitimidad-; Suiza -"El cónyuge que haya cometido adulterio y su cómplice serán... castigados..." y Alemania antes de la desaparición del párrafo 172 del Código Penal de 1871 por la Primera Ley de Reforma del Código Penal de junio de 1969-, en los que también se

omitía describir típicamente la conducta delictiva del delito de adulterio. Es tan desacertado dicho criterio como si el Código Penal en vez de definirnos a los efectos típicos qué se entiende por delito de fraude dijera simplemente que el defraudador será sancionado con una pena. Esto obliga al intérprete a reconstruir- si posible fuere- qué se entiende desde el punto típico por adulterio y a esclarecer cuáles son los elementos constitutivos del delito mencionado.

III.2. OBJETIVIDAD JURIDICA LESIONADA

Ya anteriormente expusimos que el delito de adulterio tiene por objeto tutelar la familia en cuanto grupúsculo social específico integrador de la sociedad o colectividad. Empero, como los intereses jurídicos que a la familia tienen por titular son diversos, dado que dichos intereses presentan aspectos distintos a causa de la complejidad de la institución familiar legalmente constituida, preciso es concretizar específicamente la faceta o ángulo del grupo familiar que se tutela en dicho delito.

Es intuitivo que no hay adulterio sin la previa existencia de un vínculo matrimonial de naturaleza

civil entre los cónyuges, que es la base de cada grupo familiar legalmente constituido. De ahí que en las legislaciones en que el adulterio conforma un tipo delictivo, se pretende, 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 perdura mientras éste no se extinga por muerte o divorcio.

No es preciso entrar en la hora presente al examen de las diversas opiniones que han sido sostenidas en torno a la penalización del adulterio. (18) Lo que interesa subrayar aquí es que no es dudoso para nadie que el adulterio en nuestro ordenamiento vigente es un hecho antijurídico, pues quebranta los derechos subjetivos que los cónyuges adquieren en virtud del contrato

 (18) No parece admisible que el adulterio pueda considerarse como un delito contra el honor del cónyuge ofendido, a pesar que las objetivas circunstancias vergonzosas que concurren en su realización pudieran hacer pensar a algunos de nuestros penalistas que nos hallábamos ante un delito de dicha naturaleza. González de la vega (Derecho Penal, No. 403) considera que "El delito de adulterio- ayuntamiento sexual entre persona casada y persona extraña a su vínculo matrimonial efectuado en el domicilio conyugal o con escándalo"-, no obstante que la acción en que se consuma es erótica, constituye más bien una infracción de extrema injuria contra el cónyuge inocente, por la afrentosa invasión de la residencia común o por la grave publicidad que

matrimonial, hace imposible la comunión espiritual que debe existir entre ellos, y origina la extinción o deterioro de los vínculos conyugales, base de la familia y cimiento de la colectividad. Y aunque el Código Civil no menciona expresamente el deber de fidelidad que existe entre los cónyuges, dicho deber se colige del artículo 156, fracción V, pues dicho artículo y fracción establecen que "Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: ...El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado"; y asimismo, por el artículo 267 en cuanto estatuye; "Son causas de divorcio I.- El adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges".

La evidente antijuricidad del adulterio no presume, empero, su penalización, por el mismo linaje de razones que el incumplimiento de las obligaciones que para una de las partes quedaron establecidas en un contrato de

 entraña su realización escandalosa". Y más adelante (No. 585) insiste: "Más que un delito sexual propiamente dicho, el adulterio es delito de injuria en su lato sentido, siendo el vehículo del menosprecio la despectiva actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge burlado. Uniéndose a esta opinión -añade- que ya teníamos vertida en distintas ocasiones, Argüelles ("¿Cuándo es punible el adulterio", Exélsior, 15 de julio de 1944)

compra-venta o de préstamo no origina una responsabilidad penal. Esta sólo surge cuando dicho incumplimiento estuviere tipificado en el Código Penal y debidamente penalizado, en los casos y las circunstancias estatuidos en la descripción típica. Y por cuanto se refiere al delito de adulterio tipificado en el artículo 273 del Código Penal, dicho artículo sólo penaliza "... a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo-, y según el 275 "Sólo se castigará al adulterio consumado". De donde se deduce, como más adelante se expondrá, que el tipo de adulterio sólo se integra: a) cuando la conducta típica es cometida en un lugar determinado -"el domicilio conyugal"-; b) en circunstancias especiales -"con escándalo"-, y c) si en su ejecución queda "el adulterio consumado". Si no ocurre alguno de los requisitos mencionados en forma alternativa, en los incisos a) y b) y, además, en su ejecución no queda "el adulterio consumado", el hecho antijurídico no adquiere ningún signo penal. La objetividad jurídica en este delito es, por tanto, el deber jurídico de fidelidad que para cada uno de los cónyuges surge del contrato matrimonial, siempre y cuando la lesión de dicho deber fuere realizado en el lugar o circunstancias y con la perfección ejecutiva

señalados anteriormente. Dijérese que el adulterio realizado en los demás casos, esto es, sin que en el hecho concurren las circunstancias anteriormente subrayadas, si bien lesiona el interés o bien jurídico de fidelidad que para cada cónyuge surge del contrato matrimonial, la lesión de dicho bien jurídico no ofende los ideales valorativos de la colectividad, pues el orden público familiar establecido en las leyes no resulta ultrajado.

Reconoce que el delito de adulterio debería sancionarse en casos muy especiales y sólo en razón de la injuria que se causa al cónyuge inocente" de la misma manera Ceniceros (ibidem) acepta nuestra interpretación al indicar que propiamente más que el adulterio, lo que se pune es la desvergüenza de los adúlteros".

No obstante los colores atrayentes y sugestivos que a prima facie pudieren percibirse en las opiniones anteriores, estimamos que no sincronizan con la realidad presente. Pues en primer término, no es correcto, en tan precisa materia típica, decir que "el adulterio es un delito de injuria en su lato sentido", pues sabido es que en la actualidad no hay ningún delito que pueda ser considerado de tan amplia manera

sino en sus estrictos lineamientos típicos descritos en la ley penal y, en segundo término, dado que el artículo 348 del Código punitivo entra en consideración de manera destacada en la integración típica del delito de injurias un elemento subjetivo de antijuricidad-"... para manifestar desprecio a otro, o con el fin de hacerle una ofensa"- no creemos que ni aun en el adulterio "... cometido en el domicilio conyugal o con escándalo" concorra el animus injuriandi, pues los adúlteros al dar inoportuno e insólito cauce a sus ilícitas pasiones, no lo hacen "... para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa" sino con animi amandi lasciviosus o fornicandi, sin perjuicio de que en su actuar pongan bien de relieve, como Ceniceros dice, su mutua desvergüenza. Bien puede afirmarse que el marido que cometa adulterio en el domicilio conyugal con su secretaria, ayudante, enfermera, mecanógrafa o camarera cuando la esposa está ausente o la mujer que lo realiza, hallándose de viaje el marido, con el profesor de sus hijos, su amante, el eventual vendedor o criado, etcétera, no solamente no lo efectúan con ánimo injuriandi sino con las precauciones necesarias para que no se entere su cónyuge, esto es, sin ánimo de injuriarle. La desvergüenza y cínico actuar que objetivamente

concurrer en los casos citados no integran un delito de injuria, pues los actos deshonestos e impúdicos no se realizan "... para manifestar desprecio a otro (el cónyuge) o con el fin de hacerle una ofensa". Igualmente, es dable afirmar en el adulterio realizado con escándalo. En tales situaciones el adulterio se pune porque la vergüenza y cinismo de que los adúlteros hacen gala, objetivamente ultrajan los ideales valorativos de la colectividad, con típica independencia de los elementos configuradores del delito de injurias.

La mayoría de los autores se pronuncian en el sentido de que la penalización del adulterio tiene por fin el reforzamiento de la obligación recíproca de fidelidad que las leyes civiles imponen a los cónyuges. Con la sanción penal-Afirma Antolisei- viene tutelada contemporáneamente el instituto de la familia contra las perturbaciones que comúnmente derivan de la infidelidad de uno de los cónyuges y los intereses morales del cónyuge traicionado. Y que esto es así - agrega- se pone de manifiesto con la doble y simultánea protección que la ley otorga en el caso que ambos cónyuges fueren sujetos pasivos de adulterios (Manuale, Parte Speciale, I., 1954, p. 321). La ratio de la

penalización del adulterio sigue siendo discutible. Frisali (La relazione adulterine en el Código Penal italiano, Milano, 1932, pp. 52 y ss.) sostiene que la sanción penal del adulterio se funda en una alteración del estado del cónyuge, que le erige en la calidad de cónyuge engañado.

La incriminación ha sido muy discutida por Beccaria, Filangieri y Pessina. Manzini afirma que su penalización es inútil e inoportuna principalmente por su escasa eficacia (Delito Penale, Volume II: Parte Speciale secondo, 1953, p. 652), en tanto que Maggiore se muestra partidario de su incriminación por tutelar el ordenamiento ético-jurídico del matrimonio monogámico, a lo que Antolisei replica que no vemos cómo y por qué el principio monogámico puede ser violado en las relaciones extra conyugales que generalmente son ocasionales y pasajeras (ibidem).

III.3. PRESUPUESTO FACTICO.

Ya anteriormente dijimos⁽¹⁹⁾ que para la posible ejecución de la acción típica del delito de adulterio, precisase conceptualmente la previa realidad de un

(19) Supra, p. 20

presupuesto fáctico: la existencia de un matrimonio que produzca efectos legales, esto es, de un matrimonio civil, único que tiene valor jurídico en nuestro Ordenamiento. Por ende, ni el sólo matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos, reglas o dogmas de cualquier religión ni el simple concubinato, constituyen el presupuesto fáctico de delito de adulterio.

Grave cuestión se presenta, empero, cuando el matrimonio civilmente celebrado y formalmente existente al realizarse los actos adulterinos es declarado posteriormente nulo por alguna de las causas a que hace mención el artículo 235 del Código Civil en juicio seguido ante los tribunales competentes. Creemos, por una parte, que dicho juicio civil produce de inmediato la suspensión de la averiguación o juicio penal con fundamento en el artículo 109 del Código Punitivo, el que dispone que "Cuando para deducir una acción penal sea necesario que antes se termine un juicio diverso civil o criminal, no comenzará a correr la prescripción sino que hasta en el juicio previo se haya pronunciado sentencia irrevocable"; y, por otra, que es imposible que se dicte sentencia en el proceso penal por estar pendiente de celebración la existencia del presupuesto fáctico que sirve de base a la configuración del hecho

típico: la existencia en el instante de cometerse la conducta delictiva de un matrimonio con efectos civiles. Si el matrimonio es declarado civilmente nulo falta el presupuesto típico que sirve de sustente al delito de que se trata. Otra solución conduciría a consecuencias ante la plenitud del ordenamiento jurídico.

III.4. ELEMENTOS DEL TIPO

No son, ni mucho menos, claros los elementos constitutivos del tipo penal que aluden los artículos 273 y 275 del Código Punitivo. El primero establece la pena imposible: "... a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo", pero, como ya anteriormente se dijo, no describe qué se entiende, a los efectos penales, por adulterio. Esta laguna descriptiva el artículo 275 trata de llenarla en cuanto dispone que "Sólo se castigará al adulterio consumado", pero, en verdad, este último no resuelve el problema, pues de inmediato surge la siguiente interrogante; ¿cuándo el adulterio queda consumado?.

Antes de intentar resolver estas cuestiones, preciso es recordar que en otras legislaciones se presentó -

Alemania, Francia e Italia- el mismo problema, habida cuenta de que sus Códigos tampoco establecían o establecen la descripción típica de los hechos constitutivos del delito de adulterio.

El problema hallaba fácil solución en el parágrafo 172 -hoy derogado- del Código Penal alemán, en cuanto requería para la punición del adulterio, que previamente al procedimiento penal se hubiere dictado sentencia de divorcio contra el cónyuge culpable. Por lo que respecta a Francia era necesario la separación del matrimonio pronunciada por un tribunal civil; y por cuanto se refiere a Italia se admite que los tribunales, mediante sus singulares y circunstanciales interpretaciones, resuelvan el que para nosotros implica también un problema.

La cuestión en examen ha trascendido a México, debido, como anteriormente se dijo, a la forma en que se ha estructurado el delito, suscitándose un interesante diálogo entre el que fuera sobresaliente maestro Carranca y Trujillo y el no menos ilustre Castellanos Tena. Pues en tanto que el primero estima que "...aunque se conozca lexicográficamente la connotación de la palabra adulterio, otra cosa es lo que

jurídicamente debe entenderse por ella a los efectos penales" y rememora que Jiménez de Asúa subrayó que no debe olvidarse que "el tipo ejerce siempre trascendental papel de garantía que destacará en toda su importancia lo necesario que es la descripción, por lo que abstenerse de ella nos parece sobremanera censurable", para concluir que "el artículo 273 configura un tipo anormal".(20) Castellanos Tena, por su parte, considera que "...el tipo se configura precisamente con un adulterio verificado en el domicilio conyugal o con escándalo"; que "carece de eficacia el razonamiento que generalmente se invoca en el sentido de que hay ausencia de tipo porque la ley no define lo que es adulterio"; y que "conviene destacar que no importa la falta de definición de dicho elemento, porque exigirla equivaldría a censurar al legislador por no haber definido, por ejemplo, la cópula, en el estupro; la vida, en el homicidio, el concepto de bien ajeno, en el robo, etc."(21)

(20) Código Penal Anotado, nota 889.

(21) "Tipo y Tipicidad en el adulterio", en Criminalia, Año XXVI, Núm. II, noviembre 1960, pp. 872 y ss. Cita Castellanos Tena en su interesante trabajo la tesis asentada por la Suprema Corte de Justicia en el amparo directo 3948/59/2a., en la que se aceptan casi literalmente sus personales puntos de vista.

El problema es planteado sobre pendulares bases. Pues si bien está en lo cierto Castellanos Tena cuando niega que estemos ante una ausencia de tipo, pues éste - perfecto o imperfecto, normal o anormal- está a la vista de cuantos leyeren el artículo 273, Carranca y Trujillo no hace la afirmación de que estemos ante una ausencia de tipo sino que se limita a sostener que nos hallamos ante un "tipo anormal". (22) Las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha "anormalidad" encierran cuestiones diversas que hay que resolver al interpretar el sentido y alcance del artículo 275.

(22) Sobre esta cuestión se ha errado en demasía. Pues, aunque Martínez Roaro (Delitos Sexuales, p. 231) afirma que "La primera objeción al delito de adulterio contenido en el artículo 273 y siguientes del Código Penal es la que ya hecha por diversos tratadistas, entre ellos Celestino Porte Petit, en torno a que la ausencia de definición legal de lo que debe entenderse por adulterio, implica ausencia de tipo..." ignoramos quienes son esos "diversos tratadistas" a que en forma global e incorrecta alude la citada escritora, ni tampoco hemos podido verificar, no obstante nuestros esfuerzos, la exactitud de la atribución que pone en boca de Porte Petit, pues la nota 22 que concretamente menciona en relación con dicha afirmación u opinión, se refiere a González de la Vega, en forma tan clara e incongruente que sólo se puede considerar que se trata de un error tipográfico. Empero, en nuestro deseo de hallar la verdad, revisamos detenidamente cuantos trabajos conocemos de Porte Petit y en ninguno hemos encontrado la atribución que, a nuestro juicio, gratuitamente le hace la autora del libro mencionado ad initio de la presente nota.

III.5. MODALIDADES TÍPICAS

Antes de plantear y resolver la cuestión que acaba de citarse, procede remarcar que el adulterio a que alude y sanciona el artículo. 273 sólo adquiere relieve típico cuando es "...cometido en un domicilio conyugal o con escándalo". Sendas modalidades de lugar -domicilio conyugal- o ambientales circundantes- "...o con escándalo", condicionan sus tipificación. Por cuanto se refiere a la primera no existe perplejidad pues por domicilio conyugal se entiende a los efectos del tipo la 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 formulará Carrara respecto a la gravedad del 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 al cónyuge que cínicamente se atreve a meter a su amante en la recámara nupcial, que a aquel otro que se entrevista con él en distinta casa o lugar. Dicha manera de pensar obedece a un prejuicio que no conduce con la valoración real de los daños que emanan de la ofensa y tuvo su origen en el respeto que merecía el tálamo en las

tradiciones y supersticiones de las regiones antiguas. Pero en la actualidad carecen de influjo penal para calibrar la gravedad del delito pues el único fundamento que debe ser tenido en cuenta es la mayor o menor publicidad -efectiva o potencial- de la ofensa. Y este razonamiento lleva a la conclusión que el adulterio cometido en el domicilio conyugal tiene una menor gravedad, habida cuenta de 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.

Por cuanto atañe a la otra modalidad 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 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 que la familia tiene en un grupo social determinado.

No se puede negar que esta circunstancia es un tanto oscilante y está sujeta a concreción judicial, pues en tanto que, a nuestro juicio, no existe escándalo si los adúlteros se trasladan a una lejana gran ciudad y viven en ella cual si fueren 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. (23) Entendemos que la frase "con escándalo..." implica o representa una ampliación conceptual -de mayor vuelo o alcance- que la de "domicilio conyugal", pues trasciende del pequeño ámbito material de morada para captar otros diversos

-
- (23) Sobre el concepto de escándalo oportuno es reproducir aquí en lo conducente, las ideas del Carrara admirable: "La locución escándalo es demasiado ambigua y muchos la utilizan sin que capten su realidad. Intentaremos fijarla: El escándalo 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 que el escándalo nazca de la maldad de los chismosos y de las comadres que inficionan el ambiente con sus difamaciones soterradas en la máscara de una hipocresía. El escándalo entendido de tal modo sería un instrumento arbitrado por la ley para placer de los viles y de los melévolos" (Programma, parágrafo 2005)

ángulos que revisten los mismos o semejantes perfiles, 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.(24) Por ende, concluimos que no solamente existe la conceptual descripción insita en la palabra "adulterio", sino que dicha descripción está gramaticalmente y típicamente condicionada por las modalidades "...domicilio conyugal o con escándalo". Cobran así teórica vigencia en nuestra legislación los agudos conceptos que escribiera Pisapia en torno a la italiana: "El Código Penal italiano divorciándose de la técnica generalmente seguida (que individualiza el resultado y a veces describe la acción ejecutiva del delito) no ministra ninguna descripción del hecho constitutivo del adulterio, sino que se limita a designarlo en forma elíptica y presupone como algo notorio la definición del adulterio. Tenemos, por consiguiente, en la figura típica en examen, un singular e infrecuente desplazamiento de la visión legislativa del hecho al sujeto, comprendiéndose el

(24) Respalda nuestro punto de vista la carrariana afirmación: "El adulterio puede ser algunas veces delito de hecho permanente, aunque por lo general sea de hecho instantáneo" (parágrafo 1885).

hecho constitutivo del delito en un particular atributo del sujeto. Atributo que, conviene agregar, no resulta de una cualidad preexistente del sujeto sino de la existencia del hecho: por lo cual existe, en un cierto sentido, una compenetración del hecho en el sujeto" (25)

III.6. INTEGRACION FACTICA

Las dificultades creadas por la legislación de México en relación con el presente delito, no quedan agotadas con lo hasta aquí expuesto, pues se acrecientan y amplían en el artículo 275 en cuanto dispone seguramente, con el sano fin de precisar los perfiles fácticos del tipo, que "Sólo se castigará el adulterio consumado". El citado artículo engendra el problema de esclarecer y dilucidar cuándo el adulterio queda consumado.

Grave cuestión es la planteada y su solución no es pacífica.

Los escritores antiguos y los prácticos, como recuerda Carrara a cuya dirección histórica y jurídica se une,

(25) Delitos contra la familia, 1953, pp. 503 y 514

creyeron necesario para la consumación del adulterio que hubiere habido la "seminatio intra vas" mediante la cópula normal, a fin de evitar la "turbatio sanguinis", excluyéndose del delito los actos libidinosos contra natura, (26) así como las cópulas incompletas, esto es, en grado de la frustración por cualquier causa que impidiere la mencionada "seminatio intra vas". Empero, posteriormente se ha abierto paso, más o menos lentamente, otra dirección pletórica de racionalidad a cuya vanguardia es dable citar a Maggiore, (27) la 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.

La cuestión presenta un especial interés en nuestro ordenamiento positivo. Esta especial importancia tiene

 (26) Decía Carrara (Programma, parágrafo 1884): "para la consumación del acto material del adulterio se exige en general la verdadera y propia cópula, según su forma de realización normal; y en consecuencia, no constituyen adulterio los besos, las caricias, ni siquiera la venus nefanda.

(27) Distrito Penale, Volumen II: Parte Speciale, Tomo II, p. 655.

sus raíces en la interpretación del artículo 275 del Código Penal, en cuanto estatuye que "Sólo se castigará el adulterio consumado". 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, en 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 lesionan bienes jurídicos familiares tutelados en dicho delito. Limitar la consumación del delito a que hace referencia el artículo 275 a la realización de la cópula normal es desconocer la realidad de otros actos materiales de igual signo y densidad antijurídica.

Implicada en la sustantiva cuestión de la consumación del adulterio hállase otra de naturaleza procesal. Pues la conjunción carnal no siempre ha de quedar probada de modo tomista, mediante un ver y creer, sino que es también comprobable, además de por confesión, cartas o retratos, a través de estas presunciones o indicios a que tan elocuentemente hacen mención los artículos 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito

Federal y demás concordantes de las entidades federativas. No puede existir, por ejemplo, lógica duda de la existencia de la unión carnal en aquellas situaciones a que anteriormente aludimos, en que el cónyuge adúltero y su culpable coautor viven permanentemente juntos. Y entre nosotros Demetrio Sodi muchos años hace proclamó que "...el adulterio se puede comprobar por presunciones vehementes". (28)

III.7. SUJETOS CULPABLES

El artículo 273 del Código Penal estatuye que las penas establecidas son aplicables "...a los culpables de adulterio...", pero nada establece en relación a quienes lo son, por lo que lógicamente rigen aquí las reglas que norman la culpabilidad jurídico-penal. Por genérica vía y con la sola y simple base del mencionado artículo, dijérase, a primera vista, que el adulterio es un delito plurisubjetivo -y específicamente de encuentro-(29) aunque en realidad no lo es, pues no siempre y en todo caso los protagonistas de adulterio son culpables, ya que pueden acontecer -como

(28) Nuestra Ley Penal, Tomo II, p. 471.

(29) JIMENEZ HUERTA, Tomo I, pp. 105 y 106.

frecuentemente acaece- en los adulterios surgidos de encuentros entre desconocidos o, dicho de otra manera, de conquistas callejeras o en cines, teatros u otros lugares de común y honesto esparcimiento, que en uno de lo que después entablan con el otro relaciones íntimas le hubiere ocultado a éste su estado matrimonial; hipótesis ésta frecuente en la vida de las grandes ciudades, pues es paladino que el amante que ignora el estado matrimonial de su amado, en manera alguna puede ser, como exige el artículo 273, culpable de adulterio, entre otras razones de valor teórico, porque la fracción VI del artículo 15 del Código punitivo le excluye de todo reproche. De ahí que si bien el delito de adulterio típicamente reviste, a prima faciae, naturaleza plurisubjetiva, ello es provisorio y está condicionado siempre a las reglas que norman la culpabilidad jurídico-penal. Y por semejantes razones entendemos que la plurisubjetividad tampoco existe cuando la mujer casada es víctima de una violación pues la plurisubjetividad en el delito de adulterio exige conceptualmente el conocimiento y el consentimiento de ambos protagonistas, de que sus actos van dirigidos a un antijurídico encuentro. Sirve esto de ejemplo para demostrar que la típica plurisubjetividad puede también entrar en función monosubjetivamente, esto es, en

relación a un sólo sujeto. (30)

III.8. PARTICIPES

La cuestión relativa a si pueden ser punibles, además de los protagonistas del adulterio, otros participantes, aparece resuelta en el artículo 274 en cuanto dispone que en caso de que el cónyuge ofendido "...formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codelincuentes". La claridad del precepto hace innecesaria toda disquisición, pues carecen de base dogmática en nuestro Derecho cuantas especulaciones se han hecho en otras legislaciones para negar la complicidad. Sirve de ejemplo demostrativo de ésta, el caso citado por Groizard, de "La criada que hace de centinela desde el balcón para avisar la llegada del marido, a fin de que no sorprenda lo que en su alcoba pasa". (31)

La participación en concepto de cómplice es perfectamente encuadrable en la fracción VI del artículo 13 del Código Penal y su responsabilidad como

 (30) JIMENEZ HUERTA, Tomo I. pp. 105 y 106

(31) Código Penal de 1870, 1913, Vol. V, p. 160.

codelincuentes aparece reafirmada en el párrafo primero del artículo 274 antes citado. Y lo mismo es dable decir en torno a los terceros que inducen o compelen a otro a efectuar el adulterio, con base en la fracción V del artículo 13, salvo el caso en que fueron prevalentemente aplicables las configuraciones típicas que integran el delito de lenocinio en las fracciones I y II del artículo 207.

Finalmente, cúmplesos subrayar que los embridores del adulterio o de los adúlteros no son codelincuentes de este delito y no quedan abarcados con la frase "...y los que aparezcan como codelincuentes" que emplea el párrafo primero del artículo 274, habida cuenta de que el encubrimiento es en nuestro Código Penal un delito autónomo y sugeneris, tipificado en el artículo 400.

III.9. PENALIDAD

Variables, en verdad, han sido las penas establecidas para el adulterio desde los tiempos más remotos hasta los modernos. El adulterio fue sancionado con las más graves penas -muerte por lapidación, horca o fuego- en los pueblos antiguos y más benignas -destierro o cortas

privaciones de libertad- posteriormente. En la actualidad es sancionado en casi todas las legislaciones con penas muy leves que, además, por diversas razones sociológicas, familiares, culturales y jurídicas pocas veces se aplican, habida cuenta de que como los procesos por adulterio, en puridad, vienen a incrementar la gravedad del daño o de la ofensa insitos en el hecho, muy pocas son las quejas o querellas que presentan los cónyuges ofendidos al efecto de que el Ministerio Público ejerza contra los culpables la acción penal. Todas estas razones -y otras muchas que sería prolijo e inútil mencionar-, han motivado que el delito de adulterio desaparezca en las nuevas legislaciones. Los proyectos de reforma del Código de 1931 de México no tipifican este anacrónico y caduco delito, el cual desapareció del Código Penal de España al salir de su noche tenebrosa y oscura. Resulta inexplicable que en la reforma del Código Penal de México efectuada en 1983, se haya mantenido el adulterio como delito, cual anacrónico fantasma y como un vergonzante tributo rendido a la clerecía. El adulterio debe ser únicamente causal de divorcio (art. 267 del Código Civil); su signo antijurídico no puede rebasar este ámbito. Es atentario contra la dignidad y la libertad humana, el que pueda en nuestro tiempo

servir en base a una condena penal.

El Código Penal vigente sanciona el delito de adulterio en el artículo 273 con "...prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años..." En la fijación de las citadas sanciones el juzgador deberá tener muy en cuenta las reglas establecidas en, los artículos 51 y 52 en cuanto fueren aplicables; y, especialmente, los datos que hagan colegir que el adulterio se produjo en parte por alguna causa o infortunio del cónyuge ofendido. Sirvan de ejemplo: la impotencia del marido o la frigidez de la mujer, el desdén, temor, desprecio o insensatez del cónyuge engañado, las sevicias o el abandono en que el cónyuge culpable sumerge al otro cónyuge y a los hijos y demás circunstancias atribuibles a él.

III.10. CUESTIONES PROCESALES

En el delito de adulterio -dispone también el párrafo primero del artículo 274 del Código Penal- "No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido". Y aunque el anterior precepto aparentemente no ofrece perplejidad alguna, entendemos que esto es una apariencia engañosa, pues existen

situaciones fácticas en que al cónyuge que formula la querrela no puede estimársele como "ofendido", Piénsese, en primer término, en el marido lenón que explota a su mujer. Pues aparte de que en ningún caso podrá considerársele "cónyuge ofendido", incide en alguna de las formas del delito de lenocinio que fácticamente describen las fracciones I y II del artículo 207 del Código Penal; y, en segundo lugar, tampoco puede estimarse como "ofendido" al marido o a la mujer que lasciva y complacientemente consienten la triangular intervención de otro en sus relaciones matrimoniales íntimas. No sólo en los ejemplos expuestos -y en otros que se pudieran narrar- falta el requisito que sirve de base a la querrela, sino también, según el artículo 273, un elemento típico necesario para la integración de la figura delictiva de adulterio, esto es, que existan "culpables". El consentimiento libremente otorgado para la realización de estas nefandas prácticas sexuales destruye la antijuricidad típica del delito de adulterio, y en consecuencia hace imposible un juicio afirmativo de culpabilidad.

El ejercicio del derecho de querrela por parte del cónyuge ofendido es indivisible, pues el citado párrafo

primero del artículo 274 dispone que "...cuando éste (el cónyuge ofendido) formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos...", siempre -aclara el párrafo segundo del mismo artículo- "... que los dos adúlteros vivan, estén presentes o se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se podrá proceder contra el responsable que se encuentre en esas condiciones". La querrela contra uno solo de los adúlteros procede, por tanto, cuando el cónyuge inocente hubiere matado a uno de los culpables en el caso de homicidio descrito en el artículo 310 del Código Penal o uno de los adúlteros se hubiere sustraído de la acción de la justicia mediante la huida, ocultación o cualquiera otra circunstancia semejante. Entendemos que también procede el ejercicio de la querrela contra uno solo de los adúlteros si el cónyuge ofendido no hubiere podido identificar a la persona que sorprendió en actos de adulterio con su cónyuge, a causa de la oscuridad de la noche, su rauda y veloz huida o la violencia o astucia puesta por ella o su amante en juego para evitar la identificación. Y a tenor de lo que establece el párrafo último del artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cónyuge ofendido no podrá presentar querrela por medio de apoderado o

representante.

En el delito de adulterio adquiere su máximo valor para dejar sin efecto la acción persecutoria el perdón otorgado en cualquier momento de la investigación, periodo o instancia del juicio o después de dictarse sentencia condenatoria. Adquiere aquí el perdón un alcance procesal mayor que en los demás delitos perseguibles por queja o querrela a que alude el artículo 93 del Código Penal; pues en tanto que en estos últimos el perdón ha de otorgarse "...antes de pronunciarse sentencia en segunda instancia, el artículo 276 del Código Penal estatuye especialmente que puede otorgarse también si se hubiere dictado sentencia, en cuyo caso ésta no producirá efecto alguno.

Esta amplitud viene, según el pensamiento de Carrara, a conceder al cónyuge ofendido la facultad de ejercer un cuasi derecho de gracia, dado que el perdón surte sus efectos aun en el caso que hubiere habido una sentencia condenatoria firme cuya ejecución haya comenzado. Estima Carrara que una consideración política para la paz de las familias ha inspirado esta disposición excepcional que ya se hallaba en los Códigos toscano,

sardo y sardo-napolitano.(32) Empero, esta finalidad pocas veces se alcanza y propicia especulaciones y transacciones indignas de índole crematística.

El perdón del cónyuge ofendido otorgado antes de querrellarse puede ser, a nuestro juicio, tácito; no así el que es concedido después de presentada la querrela o queja, pues para que éste surta efectos tiene que manifestarse expresamente. La existencia de un perdón tácito se pone de manifiesto con cualquier hecho proveniente del cónyuge ofendido posterior a su conocimiento del adulterio y que ponga bien en relieve su voluntad de olvidar o borrar lo que con anterioridad ha sucedido. Y aunque el convivir bajo el mismo techo con el cónyuge adúltero durante el estricto tiempo necesario para que el ofendido pueda tomar las medidas oportunas para entablar la querrela o queja no puede considerarse como un perdón tácito, éste se da cuando con posterioridad al adulterio el cónyuge inocente reanuda con el adúltero la anterior vida matrimonial, cual si nada hubiere acontecido. Pues no es posible poner en manos del cónyuge engañado un arrepentimiento de su tácito perdón, a modo de un juego de tira y

(32) Programma, Parágrafo 1910.

afloja, siempre proclive a indecorosos chantajes o frívolos y temperamentales divertimientos matrimoniales que mal conducen con la paz familiar.

CAPITULO IV.

**NECESIDAD DE DEFINIR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE
ADULTERIO EN EL CODIGO SUSTANTIVO PARA EL DISTRITO
FEDERAL.**

IV.1. TIPO LEGAL QUE SE PROPONE

CAPITULO IV.

NECESIDAD DE DEFINIR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO SUSTANTIVO PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es parte fundamental del presente trabajo de investigación el definir al tipo penal de adulterio ya que con ello se podrá apreciar con mayor amplitud, claridad y exactitud y con criterios lógico jurídicos lo que en realidad representa el delito de adulterio.

Nuestro actual y vigente Código penal en su artículo 273 establece: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en domicilio conyugal o con escándalo".

En efecto, el citado precepto o tipo penal desde nuestro más modesto y criterio lógico jurídico, únicamente señala dos hipótesis que se cometa en domicilio conyugal o con escándalo. En ninguna parte de este código se aclara con precisión a que se refiere que sea en el domicilio conyugal y menos aun, con escándalo, razón por la cual antes de proponer una reforma a este artículo 273 del Código Penal me he de

permitir analizarlo.

Es menester y de profunda importancia, el definir en primer lugar lo que es el adulterio.

El maestro Rafael de Pina en su diccionario de derecho lo define como "la relación sexual establecida entre personas de distinto sexo cuando una de ellas, al menos se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio".

Constituye causa de divorcio de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal y un delito de acuerdo al código penal para el Distrito Federal, sin embargo para que esta circunstancia pueda operar se requiere que para que sea calificado como delito se haya cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Nuevamente aunque ya el maestro de Pina define un poco más que para que exista adulterio se requiere en una relación sexual que sea de distinto sexo cuando una de ellas, al menos se encuentre unida a otra por el vínculo del matrimonio. (33)

(33) DE PINA Rafael.- Diccionario de Derecho.-
Editorial Porrúa, S.A.- México 1991.- Pág. 39.

Como con mayor amplitud no lo define el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y dice: del latín *Adulterium*, es decir en lenguaje común se entiende que es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge.

No es posible dar una definición de este vocablo toda vez que lege lata el artículo 273 del Código Penal establece: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

De la anterior disposición legal se ha derivado una fuerte discusión en la doctrina penal mexicana en la que podemos distinguir dos corrientes. Un sector afirma que se viola el principio de legalidad consagrado en el artículo 14 de la Constitución toda vez que no se contiene en el artículo citado la descripción exacta de la conducta que se prohíbe, sino únicamente establece la punibilidad aplicable a los culpables de adulterio. Situación que es la parte vertebral de este trabajo modesto de investigación.

Frente a esta corriente de pensamiento se erige otra que sostiene el punto contrario, para la cual el adulterio de acuerdo con el Código Penal se configura, precisamente con un adulterio verificado en el domicilio conyugal o con escándalo. De acuerdo a la teoría del tipo y a la atipicidad el tipo contiene siempre una descripción de la conducta que se prohíbe y para lo cual establece una conminación penal y la adecuación de la conducta al tipo (tipicidad), solamente puede establecerse si este último contiene una descripción minuciosa de aquella como el artículo 273 del Código Penal no describe la conducta que se prohíbe es que se plantea en una doctrina el problema de violación al principio de legalidad.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido respecto del adulterio que: "A pesar de la ausencia de la definición sobre el delito de adulterio que en general se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir la prueba de que se ha dirigido a demostrar las relaciones extramaritales de los cónyuges y aunque estas por su propia naturaleza son muy difíciles de justificar en un

proceso son susceptibles de apreciarse a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna respecto al acreditamiento de aquellas relaciones ilegítimas con persona ajena a la ligada en el vínculo conyugal". Y por otra parte, recurriendo a la doctrina, e incluso a la jurisprudencia misma que sostiene: "Es cierto que el Código Penal no define en su capítulo relativo el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada.

En ambas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia se reconoce que en el artículo 273 no hay definición del adulterio; esto es no hay descripción exacta de la conducta que se prohíbe, acudiendo a la doctrina para decir que consiste dicha conducta. Pero a diferencia de parte de la doctrina la Suprema Corte de Justicia no afirma que se viola el principio de "Nulla poena sine crimen" cuando se aplica una sanción o la relación de una conducta que la misma ley no dice en que consiste.

Las anteriores consideraciones, en mi concepto se refieren al contenido de la regulación legal existente respecto del adulterio; que fueron por tanto

consideraciones de lege lata. Las que a continuación se plantean son de índole lege querenda, se refieren a la conveniencia de regular el adulterio en el Código Penal.

Una parte del pensamiento doctrinal se inclina a sostener que es necesaria la regulación del adulterio en el Código Penal aduciendo entre otras las siguientes razones. El quebrantamiento del deber de fidelidad conyugal (Carrara) la perturbación que causa a la familia y a la sociedad en general (Puig Peña) la violación de la afectación conyugal y de la moralidad del núcleo familiar (Nuñez) la violación del orden jurídico matrimonial (Cuello Calón) la alteración de la paz y la tranquilidad de la familia matrimonial (González de la Vega) la ofensa al cónyuge inocente y al transtorno del orden y la moralidad de la familia (Moreno). (34)

En efecto diversos tratadistas han tomado corrientes diversas, sin embargo, la propia Suprema Corte de Justicia ha aceptado que no existe precisamente lo que propongo en este trabajo de tesis una verdadera

(34) Diccionario Jurídico Mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Universidad Nacional Autónoma de México.- Editorial Porrúa, S.A.- Tomo A-CH, pág. 116.

definición del tipo penal de adulterio, por ello a continuación haré un análisis de este tipo.

Reiterando el artículo 273 del Código Penal establece "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en domicilio conyugal o con escándalo".

En efecto el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, no define el adulterio pero tampoco, explica las hipótesis en las que se basa este tipo penal como lo son en el domicilio conyugal o con escándalo.

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

Cualquier adulterio es siempre un ilícito civil que, por violador del deber de fidelidad matrimonial, produce acción de divorcio de acuerdo al artículo 267 fracción I del Código Civil. Pero para que el adulterio

constituya delito se requiere su realización por condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente (violación del domicilio conyugal, escándalo). Por la dificultad de denotar el discutible objeto de la tutela penal, por la dificultad práctica de su comprobación en los procesos, por la esterilidad de su represión y por la crisis actual del matrimonio, la tendencia moderna es absolucionista del adulterio como delito, abandonando su ilicitud en las simples sanciones civiles. Nuestra legislación lo conserva pero, a lo menos, ha limitado su represión a muy contados casos (escándalo, violación del domicilio), y ha equiparado el sexo de los cónyuges adúlteros para los efectos de la represión situación con la que no estoy de acuerdo ya que considero que la lesión es el ámbito familiar. De acuerdo al maestro González de la Vega. (35)

De tal manera que los elementos del delito son en primer lugar un acto de adulterio, es decir la infidelidad de un casado conciente de su acceso carnal (coito) con persona ajena a su matrimonio. Por tanto es supuesto del delito el vehículo matrimonial civil

(35) GONZALEZ DE LA VEGA Francisco.- Código Penal Consultado.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1991.- págs. 387 y 388.

(art. 130, 3er. apartado Constitucional), existente en un momento del acto. En la práctica salvo casos de sorpresa infraganti o de confesión de los responsables la prueba directa del ayuntamiento es difícil por la fácil desaparición de sus huellas.

Que el acto se cometa en condiciones de grave afrenta estas son: a) en el domicilio conyugal. Se emplea la frase, no en el concepto técnico civil en ocasiones ficticio de domicilio, sino en su sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio de convivencia de los dos cónyuges, esto, porque lo que el legislador penal contempla es la injuriosa y despectiva actitud de introducir al partícipe a la habitación común; b) con escándalo, es decir acompañado el estado o acto adulterinos de grave publicidad afrentosa para el cónyuge inocente.

En sus casos ordinarios, el delito supone la responsabilidad plural de los autores del acto. Por supuesto, si el partícipe ignora el vínculo matrimonial de su amante, no es el responsable.

IV.1 TIPO LEGAL QUE SE PROPONE

Finalmente en el concepto de la suscrita se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los cónyuges declarados culpables de tener una relación sexual completa, incompleta o anormal con persona ajena a su cónyuge con independencia al lugar en que lo realicen y a las circunstancias en que se den.

En el caso de que la relación sexual ilegal se de en el seno del hogar conyugal, es decir, el domicilio o residencia o lugar permanente y transitorio de convivencia de los cónyuges se aumentará la pena a 2/3 partes de lo establecido en este artículo.

La hipótesis de que estas relaciones ilegítimas conllevarán a un escándalo de carácter público que vulnerará tanto a la cónyuge inocente y a los hijos se aplicará el doble de la pena establecida en este artículo.

Adorable sínodo la suscrita considera que la reforma que se propone de alguna manera va a atenuar o restringir una modalidad que se ha incorporado a un hacer social tanto de parte del cónyuge varón como de la cónyuge mujer y por lo cual me permito hacer estas últimas consideraciones:

Aparentemente el legislador sólo consideró el adulterio consumado con la conducta sancionable con el divorcio. Igualmente se afirma que se castiga exclusivamente el coito normal pues es el único que puede provocar un embarazo y, por tanto la adulteración de la sangre o el linaje familiar del cónyuge ofendido. Estas afirmaciones, con todo respecto señores del Sínodo, que no nos pueden parecer absurdas, tienen su fundamento en las consideraciones de tipo moral y en el interés que la sociedad tiene en las instituciones del matrimonio, es decir salvaguardar los intereses de los hijos que pudieran surgir en la relación sexual y señalar, de manera indubitable, la paternidad.

Después de mi estudio mi análisis lógico jurídico afortunadamente he encontrado que la Suprema Corte de Justicia se ha apartado de esos criterios puritanos establecidos, estableciendo que no es necesario que en el adulterio se encuentre probado el ámbito penal; no es necesario que se trate de una relación sexual el coito, basta que el trato de un cónyuge hacia un tercero cuando su intimidad denote una falta al debido respeto conyugal, una ruptura en las relaciones matrimoniales o un deshonor al otro cónyuge. Aunque se

discute si este tipo de conductas constituyen más de una injuria grave que adulterio.

Igualmente, se considera que no es necesario que se pruebe el adulterio consumado, bastarán indicios claros que permitan al juzgador evaluar la ruptura de la afectio maritalis causada por las relaciones amorosas, íntimas del cónyuge con un tercero, es precisamente el sentido que le doy a mi protesta de defunción del tipo penal de adulterio. (36)

-
- (36) CARMONA N. D.- El adulterio en el Derecho Civil, Canónico, Social, Penal y Procesal.- Madrid. Jurídica Española 1956.- págs. 168 y ss.
CASTELLANOS TENA Fernando.- "Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio".- Criminalía México año XXVI, núm. 11, Noviembre de 1960.- Editorial Ius, pág. 160.
GALINDO GARFIAS Ignacio.- "Derecho Civil".- 2a. edición.- México 1976.- Editorial Porrúa, S.A.- pág. 262.
PALLARES Eduardo.- El divorcio en México.- 3a. Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1981. pág. 176

CONCLUSIONES

1. El adulterio en nuestro ordenamiento vigente es un hecho antijurídico, pues quebranta los derechos subjetivos que los cónyuges adquieren en virtud del contrato matrimonial, hace imposible la comunión espiritual que debe existir entre ellos y origina la extinción o deterioro de los vínculos conyugales, base de la familia y cimiento de la colectividad.

2. Del estudio de la evolución histórica de la conducta adulterina, nos revela que los adúlteros han sido castigados con más o menos severidad en casi todos los pueblos.

3. El bien jurídico lesionado por los adúlteros es el orden matrimonial y por consiguiente la conducta adulterina debe ser regulada por los preceptos del derecho privado, imponiendo a los adúlteros sanciones civiles como por ejem. el divorcio.

4. El matrimonio es la fuente principal, moral y legal para la constitución de la familia, y fuente primordial del Estado.

5. Todo adulterio que sea considerado delito por el derecho penal, será a su vez causal de divorcio desde el punto de vista del derecho civil.

6. Todo acto de adulterio no es forzosamente un delito, la deslealtad de los cónyuges, la relación sexual adulterina de persona casada con otra ajena a ese vínculo, no constituye un hecho castigado penalmente, sino que constituye un delito civil; lo que considera la ley penal como delito, es el adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

7. Esta mal incluido el delito de adulterio entre los delitos sexuales, debido a que el bien tutelado es la fidelidad conyugal y el orden de la familia, debiendo estar incluido en base a su bien jurídico en los delitos contra el estado civil y la familia.

BIBLIOGRAFIA

1. CARMONA N.D.- "El Adulterio en el Derecho Civil, Canónico, Social, Penal y Procesal".- Madrid, Jurídica Española, 1956.
2. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl.- "Código Penal Anotado".- 12a. Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1986.
3. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A.- México 1991.
4. CASTELLANOS TENA, Fernando.- "Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio".- Criminalía.- México, año XXVI, número 11, Noviembre de 1960, Editorial Ius.
5. CASTELLANOS, Fernando.- "Lineamientos de Derecho Penal".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1969.
6. Código Civil para el Distrito Federal.- Editorial Teocalli.- México, 1994.
7. Código Penal para el Distrito Federal.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1994.
8. Constitución Política de los Estados Mexicanos.- 103a. Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1994.
9. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada.- Universidad Nacional Autónoma de México.- Instituto de Investigaciones Jurídicas,

México, 1985.

10. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Universidad Nacional Autónoma de México.- Editorial Porrúa, S.A.- Tomo A-CH.
11. Dirección Jurídico Mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídica.- Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo D-H, México, 1991.
12. GALINDO GARFIAS, Ignacio.- "Derecho Civil". 2a. Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México 1976.
13. GARCIA MAYNEZ, Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1984.
14. GONZALEZ DE LA VEGA Francisco.- "Código Penal Comentado".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1991.
15. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.- "Derecho Penal Mexicano".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985.
16. JIMENEZ HUERTA, Mariano.- "Derecho Penal Mexicano".- Introducciones a las Figuraciones Típicas".- 5a. Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985.
17. MARTINEZ ROARO, Marcela.- "Delitos Sexuales".- 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985.
18. MONTERO DUHALT, Sara.- "Derecho de Familia".- 2a. Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1985.

19. PALLARES, Eduardo.- "El Divorcio en México".- 3a. Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1981.
20. PINA, Rafael de.- "Diccionario de Derecho".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1991.
21. ROJINA VILLEGAS, Rafael.- "Compendio de Derecho Civil".- Introducción, Personas y Familia.- Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.