

301809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

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

132
20)

**"ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE ADULTERIO
EN LA LEGISLACION POSITIVA DEL
DISTRITO FEDERAL Y SU REALIDAD ACTUAL"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ABRAHAM TLAXCANO NUÑEZ

PRIMER REVISOR
LIC. JESUS MORA LARDIZABAL

SEGUNDO REVISOR
LIC. EDUARDO BOYOLI MARTIN DEL CAMPO

MEXICO, D. F.

1994

**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 :

ESPERANZA NUÑEZ Y FLORENTINO TLAXCANO

Par su ayuda incondicional, por todos sus incansables esfuerzos que realizaron, para que yo lograra este gran paso, porque sin su ayuda no hubiera sido posible llegar al final de este camino.

GRACIAS

Con todo mi amor, admiración y respeto, para una gran mujer, que supo con valor enfrentar todos aquellos escollos que la vida le ha puesto; sin detenerse, con su ejemplo y coraje supo guiarme en mi vida personal y profesional. Esta gran mujer es mi madre a quien ahora dedico todos mis logros de mi vida: **ESPERANZA NUÑEZ.**

GRACIAS.

A MIS HERMANOS :

JUAN, PEDRO, EMILIA, ARTURO Y LETICIA.

Por ese gran aliento que me ofrecieron para prosperar cada día y llegar a concluir mi carrera profesional.

GRACIAS.

**A MI ASESOR LIC. EDUARDO BOYOLI
MARTIN DEL CAMPO :**

Por todas sus enseñanzas como catechético,
por su orientación para dirigirme en el presente
trabajo y además por su gran calidad humana.

MIL GRACIAS MAESTRO.

A LA LIC. GABRIELA NIETO PALAFOX :

Con un especial agradecimiento a ésta bella mujer, porque sin su apoyo, jamás hubiera podido realizar esta meta, y además porque ocupa un lugar especial en mi corazón, por esa razón mi más profundo agradecimiento.

GRACIAS.

A LOS SRES. ROSA PALAFOX Y SERAFIN NIETO :

Quiénes me comprendieron en todo momento al elaborar el presente trabajo y me apoyaron de igual forma, por lo cual les tengo un profundo agradecimiento.

GRACIAS.

A RICARDO NIETO PALAFOX :

Por su apoyo brindado durante el presente trabajo, no me queda más que un agradecimiento infinito.

GRACIAS.

I N D I C E

INTRODUCCION

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO

	Pag.
1.- El Adulterio en el Pueblo Hebreo	2
2.- El Adulterio en el Pueblo Egipcio	4
3.- El Adulterio en la Antigua Roma	5
4.- El Adulterio en el Pueblo Español	9
5.- El Adulterio en México	13

C A P I T U L O I I

ESTUDIO DEL DELITO EN GENERAL

1.- Diversas definiciones del Delito.....	19
2.- Conducta	21
3.- Tipicidad	24
4.- Antijuridicidad	28
5.- Culpabilidad	32
6.- Imputabilidad	36
7.- Punibilidad	39

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE ADULTERIO

1.- Diversas Definiciones de Adulterio	43
2.- Elementos Constitutivos del Tipo Penal	46
2.1. Sujeto Activo	47
2.2. Sujeto Pasivo	50
2.3. Objeto Material	52
2.4. Objeto Jurídico	52
3.- Estructura de los elementos del Adulterio	58

C A P I T U L O I V

EL ADULTERIO EN LA LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA MEXICANA

1.- El Ambito Legislativo	63
1.1. Código Penal de 1871	63
1.2. Código Penal de 1929	69
1.3. Código Penal de 1931	73
1.4. Códigos Penales Estatales que regulan el delito de Adulterio	79
1.5. Códigos Penales Estatales que no regulan el delito de Adulterio	83
2.- Diversas Corrientes del principio de Legalidad ...	83

2.1. Corriente que afirma que se infringe el Principio de Legalidad	84
2.2. Corriente que niega que se infringe el Principio de Legalidad	85
3.- Postura de la Jurisprudencia	86
3.1. Interpretación del art. 273 del Código Penal para el Distrito Federal	86

C A P I T U L O V

NECESIDAD DE SUPRIMIR EL DELITO DE ADULTERIO

1.- Planteamiento del Problema	92
2.- Consideraciones Doctrinales	93
3.- Punicción del delito de Adulterio	95
4.- Consideraciones Político Criminal	101
CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFIA	111

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

En el transcurso de la carrera universitaria, nos hemos dado cuenta que se emiten diferentes criterios en torno al Adulterio, tanto en el ámbito Legislativo como el Doctrinario, no existiendo uniformidad sobre el mismo, por lo cual tomando como base la evolución y transformación social se hace necesaria la presente investigación.

Desde tiempos antiguos el adulterio ha sido considerado como un grave delito en contra de la integridad familiar, el decoro y el honor, siendo sancionado en forma severa, generalmente en contra de la mujer y no del hombre, quien en muchos casos era el que aplicaba el castigo a su arbitrio, llegando incluso hasta ejecutar la pena de muerte.

En la actualidad se presencia un verdadero reajuste de los valores, en virtud de nuevas exigencias y cambios, acentuándose cada vez más la inaplicación del Derecho y las realidades sociales que se vive en el presente. Así mismo se advierte que los preceptos jurídicos están notoriamente retrazados respecto de las exigencias de una sociedad moderna, y las opiniones Doctrinarias continúan adheridas a principios y supuestos propios de otras épocas.

Los profundos cambios que operan en la realidad social mexicana, hacen necesario cambios en el ordenamiento jurídico penal, pues éste como algunas otras leyes no se encuentran actualizados.

Conociendo los avances de nuestra actual Legislación, podemos ver si éstos son aplicables a nuestra realidad actual o no, toda vez que el Derecho es una creación continua que debe de seguir los cambios sociales.

Los Orígenes del estudio del Adulterio nos ayudarán a encontrar su verdadero contenido, pues para encontrar la interpretación del Código, no basta con leerlo una y otra vez, sino existen otras exigencias, como el conocer sus Orígenes.

Así mismo, en el presente estudio estableceremos las distintas posturas de la Doctrina, poniendo de manifiesto la evolución del pensamiento, además lo establecido por la Jurisprudencia en torno al Adulterio. Al igual expondremos algunas dificultades Doctrinarias en cuanto al contenido del mismo en la vigente regulación penal, abarcando además del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, distintos Códigos Estatales.

Entre otras cosas es importante hacer notar, que para empezar el delito de Adulterio está mal ubicado en el Código Penal Vigente para el Distrito Federal al igual que otros Códigos Locales, lo cual expresaremos en el presente trabajo.

En virtud de las transformaciones sociales, surge la necesidad de una máxima protección de los bienes jurídicos tutelados, partiendo de dichos cambios surgen nuevos valores y la protección de los mismos, pero por el contrario en base a esas evoluciones sociales ya no resulta necesaria la intervención del Derecho Penal en torno al Adulterio, lo cual trataremos de acreditar.

Estas y otras circunstancias nos motivan para plantear con más detenimiento el problema relativo a la innecesaria regulación de la figura delictiva del Adulterio en nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal. Teniendo como objetivo la derogación del ilícito antes enunciado.

Por último para llegar a nuestro objetivo además de contar con los criterios Doctrinarios, contamos con opiniones de Profesionistas en la materia, tales como Jueces de Paz Penal, los cuales nos pusieron de manifiesto que dicha conducta en la actualidad ya no opera con la función de prevención como lo es de todo delito.

También se consulto el Centro de Computo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en donde el Adulterio ocupa el último lugar en la comisión de todos los delitos, esto es en lo últimos cuatro años.

Someto el presente trabajo a la consideración del H. Jurado, a fin de que tomen en cuenta que el mismo fue realizado con toda lealtad y experiencia personal, ya que si bien existen errores, estos son atribuibles a mi falta de experiencia, por lo cual pido benevolencia, ya que las críticas atribuibles de su parte servirán para corregir los presentes errores y tomarlos en cuenta para el desarrollo profesional.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO

- 1.- El Adulterio en el Pueblo Hebreo.**
- 2.- El Adulterio en el Pueblo Egipcio.**
- 3.- El Adulterio en la Antigua Roma.**
- 4.- El Adulterio en el Pueblo Español.**
- 5.- El Adulterio en México.**

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO

1.- El Adulterio en el Pueblo Hebreo.

En el pueblo Hebreo, se tomó como fuente la Sagrada Biblia, ya que de ella emana el Adulterio en diversos significados, aparte del sentido de "quebrantación de la fe conyugal" (1).

En una primera acepción se entiende como una traición a Yahvé o idolatría toda vez que se equiparaba a un matrimonio la alianza que celebró Israel con Dios.

En otra acepción el adulterio se comprende como corrupción o alteración de la costumbres.

Al leer la Biblia encontramos "... Generación malvada y adúltera..." (Mateo 12.34) (2), de donde se desprende que el adulterio es considerado como una degeneración de la familia.

Así mismo, en el Antiguo Testamento se condenaba el Adulterio de la mujer y de su cómplice, a los que se les aplicaba la pena de muerte.

-
- (1) Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo II, artículo Adulterio, Primera Edición, Editorial Espá-Calpe, Madrid, España, 1967, pág. 1043.
- (2) Sagrada Biblia. XIV Edición, Ediciones Paulianas, pág. 1208.

De la misma forma era castigada la prometida que pecaba con persona distinta de su prometido y la viuda que faltaba con alguien que no fuera el hermano de su difunto esposo o el pariente más próximo, ya que de acuerdo a la tradición judía la viuda debía contraer matrimonio con el pariente más cercano al morir su marido. (3)

Por otra parte tenemos que el Proceso por Adulterio este se realizaba en el Tribunal del domicilio de los acusados y del lugar donde se hubiera cometido el delito. Por lo que los culpables eran juzgados por el Sanedrín, que era el Consejo Supremo de los Judíos; de donde imponían diversas penas, principalmente la lapidación. También tenemos que se aplicaban otros castigos tales: " Los adúlteros eran apedreados tanto el hombre y mujer casada, e igualmente la mujer que se deja violar dentro de la Ciudad; pero no la mujer que fue forzada en el campo. La Ley supone que si la mujer hubiera gritado pidiendo auxilio, hubiera sido oída en la ciudad pero no en el campo. (4)

También podemos señalar que el deseo de la mujer ajena constituye adulterio según la Sagrada Biblia.

(3) Ibidem, pág. 1043.

(4) De Aulsejo, Serafin. Diccionario de la Biblia, Editorial Herder, Barcelona, 1963, Vol. XXIII, pág. 23.

De lo expuesto se desprende, que en el Pueblo Hebreo se permitía que el marido tuviera concubinas; de esta forma el adulterio obraba únicamente en contra de la mujer. Ya como lo hemos establecido que en el Antiguo Testamento estaba permitido el adulterio del varón, no así el de la mujer, ya que ésta era castigada junto con su cómplice, como mencionamos quitándoles la vida a ambos adúlteros. Por el contrario en el Nuevo Testamento se plasma la prohibición del adulterio masculino, y así mismo continúa prohibiendo el adulterio femenino, pero no establece sanciones humanas; sino sólo la amenaza del infierno en la otra vida.

2.- El Adulterio en el Pueblo Egipcio.

En Egipto, se regulaba el adulterio el que fué castigado de distintas formas de acuerdo a la época en que se vivía éste, señalando que en un principio el adulterio se sancionaba con la muerte de los adúlteros; posteriormente surgió como castigo la castración para el cómplice (pena la cual fue aplicada en esa época, creyéndose encontrar una proporción entre el delito y la pena); más tarde la sanción consistió en cortar la nariz de la mujer y dar azotes a palos al cómplice, siendo estos en algunos casos de cien a mil palos.

3.- El Adulterio en la Antigua Roma.

Encontramos que en el Pueblo Romano, la mujer tenía la prohibición moral de sostener relaciones sexuales antes de casarse y después de casada, sólo las podía tener pero con su marido; pero el hombre no tenía otra limitación que la de no ofender a las doncellas y a las esposas de otros.

Así tenemos que en Roma el adulterio se consideraba como una falta domestica que no pertenecía a las Instituciones del Estado ya que a éste, no le interesaba si se castigaba o no; por lo que le correspondía al Tribunal doméstico conocer de las faltas a la castidad cometidas por mujeres.

Es hasta el tiempo de la República, durante el mandato de Augusto, en donde se publicó la Lex Julia de Fando Dotali et Adulteriis, en la cual por primera vez se da el carácter Penal y Público al adulterio; ya que antes de ésta Ley sólo se consideraba Civil y Privado, en virtud de ello no podía recibirse acusación alguna de otras personas aparte del padre y del marido.

La Ley citada se promulgó como necesidad de evitar alteración de las costumbres moralistas, así como consecuencia de la falta de respeto al matrimonio e instituciones familiares y la despoblación de Roma en los territorios a ella sometidos.

Ahora bien dicha Ley contempla y consagra explícitamente la exclusión de responsabilidad para el Pater Familias

y que sorprende en flagrancia a los autores de adulterio, ya que es un derecho que le confiere la misma, de donde solo el padre de familia tenía la facultad de matar a la hija que estaba sometida bajo su patria potestad, sin que el marido pudiera matar a su esposa, solo el marido tenía la facultad para matar al adúltero, por lo que se desprende de lo anterior que el marido no tenía tanta facultad como el Pater Familias quien podía matar a cualquiera de los adúlteros.

Por otra parte tenemos que el marido que hubiese matado al adúltero estaba obligado a abandonar sin la mayor tardanza a la mujer adúltera.

También tenemos que si el marido adúltero era de humilde condición se le condenaba de por vida a las obras de construcción del Imperio Romano y si tenía una condición alta se le relegaba temporalmente en una Isla.

Así mismo, podemos señalar que esta Ley no admitía la Tentativa en el Adulterio, ya que para castigarlo tendría que estar consumado, de donde la tentativa solo se consideraba como injuria; el derecho en épocas posteriores si aumento la pena en el caso de la Tentativa de Adulterio.

Por lo que se refiere al procedimiento podemos manifestar que éste estaba cargo de un Pretor y del que no se sabía si su Jurisdicción abarcaba toda Italia o solamente Roma; dentro de las provincias se establecía en cada una de ellas ante el Presidente, después Caracalla ordenó que el procedimiento se siguiera ante el Procurador de Hacienda, esto seguramente

por las confiscaciones que se hacían por la comisión del delito de adulterio respecto de las dotes aportadas al matrimonio en la mitad de ésta y en la tercera parte de sus bienes, tanto a los hombres como a las mujeres.

También podemos observar que el marido podía matar al cómplice si éste era de condición inferior (mimo, rufián, histrión, manumitido, esclavo), o bien era de condición superior cuando fuera encontrado en su casa; por lo contrario tenía prohibido matar a su cónyuge, sólo podía sacarla de la casa y denunciar en los tres días siguientes tal hecho.

Finalmente se regía por regla general que tal delito no prescribía, pero en realidad la acción del adulterio podía prescribir de dos modos: inicialmente todas las acciones derivadas de la Ley Julia prescribían por el transcurso de cinco años contados a partir del día en que se cometió el delito de adulterio; como segundo aspecto tenemos que una vez que los cónyuges se han separado por causa del adulterio, la acción debía interponerse dentro de un plazo de seis meses a partir de la comisión del delito, si se trataba en el caso en que la mujer fuese célibe; y desde el día de la separación de los cónyuges si fuera casada, haciéndose notar que de los seis meses señalados, los dos primeros quedaban reservados al marido anterior y al padre de la divorciada, para querrellarse por la ley correspondiente.

Por otra parte, independientemente de las penas ya señaladas por la Ley Julia, existió también la pena pecuniaria consistente ésta en la pérdida de la mitad de la dote y el tercio de sus bienes a la mujer, también ésta (adúltera) era confinada a una Isla; y por lo que respecta al cómplice se le mandaba a desterrar a otra Isla distinta y por igual perdía la mitad de su fortuna.

Posteriormente aumentaron las sanciones y en el Siglo II se castigó el adulterio con pena de muerte. Pero los Emperadores siguieron conservando el rigor de la Ley Julia respecto del adulterio.

De acuerdo algunos pensadores en el Derecho Romano tenemos que para: "Teodosio estableció que los adúlteros fueran llevados públicamente a un lugar de prostitución, llamando la atención con campanillas". Para "Valentino sancionó con pena de muerte para la mujer en adulterio". Por su parte "Justiniano estableció que una vez demostrada la culpabilidad de la mujer podía ser repudiada, el cómplice tenía la pena de muerte, pero se libraba de la confiscación si tenía descendientes hasta el tercer grado; la mujer condenada por adulterio era encerrada en un claustro y el marido podía sacarla pasados dos años; sino la sacaba quedaba disuelto el matrimonio y la mujer no salía nunca del convento donde se le cortaba el cabello".(5)

(5) Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo II, artículo Adulterio, Primera Edición, Editorial Espa-Calpe, Madrid España, 1967, pág 1045.

Encontramos que en el Derecho Romano, la mujer no podía acusar al marido de adulterio por no ser cabeza de familia ni estar amortizada para acusar en Juicio, en base a esto no eran sancionadas las relaciones extraconyugales del marido con mujer soltera.

4.- El Adulterio en el Pueblo Español.

Para ubicarnos en España es necesario empezar con la invasión de los Godos ya que estos eran Indo-europeos, y en Bizancio se convierten al Cristianismo y regresan de Asia para invadir Roma; estos se dividen en dos grupos en los: Visigodos y los Antígodos.

Los Visigodos penetraron en España en el Siglo V en el año de 418 d.C. por medio de un pacto de Federación para desalojar a otros grupos más salvajes que la habían invadido: álanos, vándalos y suevos, los cuales fueron asimilados por aquellos. (6)

Esta familia recibió el nombre de sippe o sibis, ya que se entendió como una unidad moral en donde el padre la dirigía y tenía derecho de la vida y muerte sobre los hijos, así como de la esposa quien era considerada como una cosa al igual que en el derecho Romano.

(6) García Gallo, Alfonso. Manual de Historia de Derecho Español. Tomo I, Tercera Edición, Editorial Artes Gráficas, Madrid España, 1967, pág. 52.

En lo que se refiere a la Legislación Española tiene sus fuentes del Fuero Juzgo, siendo -estas el Código Eurico y el Alarico. Sobre estas nos dice Miguel Carmona: "Si el Código de Eurico -Codici euriciano- representaba una compilación del Derecho Germánico; y el de Alarico -Lex Romana visigothorum- una compilación de Derecho Romano aplicable la primera a los vencedores (Visigodos) y la segunda a los vencidos (Hispano-Romanos), el Fuero Juzgo intenta ser una síntesis, una fusión que realizando la unidad legislativa, sirva para vencedores y vencidos, división superada ya convertida en sociedad hispanogoda." (7)

Respecto del adulterio hay varias disposiciones en éste Código, ya que la Ley Primera estableció que si un hombre cometía adulterio con mujer casada mediante violencia, sería puesto a disposición de la mujer; si tuviera hijos legítimos sus bienes pasarán a estos; si no tuvieran hijos legítimos que heredaran sus bienes eran puestos a disposición del marido junto con sus bienes para que dispusiera de él como quisiera. En el caso que el adulterio fuera cometido con el consentimiento de la mujer, el cómplice y ella se ponían a disposición del marido.

(7) Carmona, Miguel E. El Adulterio en el Derecho Civil Canónico, Social, Penal y Procesal; Editorial Jurídica Española, Barcelona España, 1956, pág. 119-120.

Hubo importantes cambios en lo político los cuales se acentuaron en el siglo XIII, dando nacimiento a poblaciones, cultura, riqueza y aumentó la autoridad de los Reyes y aparecen las monarquías, llamándose a esto Fuero Real, el cual fue sancionado a principios del año 1255, abarcando así mismo la materia civil como penal.

Hasta en tanto el adulterio fue considerado como un delito público en la Ley Primera, título 7, libro cuarto del Fuero Real, en el cual se estableció que los adúlteros se pondrían a disposición del marido, para que él dispusiera de ellos y de sus bienes, no siendo posible matar a uno de los adúlteros y dejar vivo al otro; ni quedarse con los bienes de cualquiera de los dos que tuvieran hijos legítimos que los heredaran. Podemos ver que también en la Ley V, Título 7, libro Cuarto del Fuero Real, estableció que la mujer quedada eximida de la acusación si el marido enterado del adulterio la tiene en su compañía o la admite en su lecho, externando no acusarla o bien se establecía el perdón.

Por lo que hace a las Siete Partidas perseguían un alto fin político que era la unidad de Legislación y la consolidación del poder de los Reyes; en materia penal existió una gran influencia romanista llegando a significar esto un gran retroceso que el derecho Español ya había superado.

El Título XVII de la Séptima Partida que comprende dieciséis leyes, trataba de los adulterinos, ya que pretendía

guardar la integridad familiar y en donde era mal visto y de grave daño que la mujer diera a luz a un hijo adulterino, que sin derecho venía a integrarse a la vida familiar.

Así mismo las Leyes trece y catorce del título XVII, se estableció que no era punible el homicidio del adultero, en caso de ser sorprendido en flagrancia por el marido, pero el marido debería de abstenerse de matar a su mujer entregandola al Juez.

Por lo que respecta a las penas establecidas en la Ley Quince, Título XVII, señalaba entre otras: los azotes públicos, reclusión en un Monasterio con pérdida de la dote como arras y bienes gananciales a favor del marido, aceptando aquí la pena de muerte para ambos adúlteros.

También podemos hablar que era equiparado al adulto la situación del matrimonio del tutor con su pupila o de su hijo con ella.

Así se establece que en la Ley Primera, Título XXVIII del ordenamiento de Alcalá, redactado en el año de 1348 y comprendido de 32 Títulos divididos en 128 Leyes. Siendo que del Título XX a XXII tratan de materia penal; y en concreto la Ley Primera del Título XXI establecía, que el marido podía matar a los adúlteros sorprendidos de manera flagrante; si el marido no quisiera matar a los adúlteros al momento de ser sorprendidos, dicho ordenamiento señalaba que si los acusaba de tal delito tenía el derecho de disponer de ellos así como de sus bienes.

En las Leyes de Toro cuya publicación fue en el año de 1505 en la Ciudad de Toro, de donde se tomó su nombre, no habían muchas disposiciones en materia penal, pero así se plasmo como pena por falso testimonio en juicio criminal la misma que se hubiera impuesto al reo en caso de descubrirse la verdad; ésta disposición y las relativas al adulterio son las únicas cuestiones penales que trataban éstas leyes.

En cuanto hace a la Novísima Recopilación, en el año de 1788 el sobresaliente Juan de la Reguera Valdemar fue comisionado para revisar la Recopilación, ya que existían difusos razonamientos de muchas Leyes: teniendo como objetivo evitar Leyes repetidas; siendo así la Novísima otorgó plena vigencia y validez a las Leyes de Toro en la Ley VI, Título L, Libro Segundo. Por lo que la Novísima Recopilación en cuanto hace a la materia penal quedó comprendida en el Libro XII, y en concreto el adulterio estaba tratado en el Título XXVIII, en donde para el adulterio quedó como obligatoria la Ley primera, Título XXII del Ordenamiento de Alcalá; así como las Leyes de Toro mencionadas.

5.- El Adulterio en México.

En la Época Prehispánica algunos pensadores opinaban que los pueblos indígenas no tuvieron historia, por el contrario lo vivido en esa época no puede ser borrado por legis-

laciones posteriores de la Colonia. Ya que el Derecho Penal Pra cortesiano se desprende la existencia del Código Penal de Netzahualcoyotl para Texcoco, en el cual se daba plena facultad al Juez para que éste fijara las penas; señalando entre otras la muerte, la esclavitud, confiscación de bienes, destierro, destitución de empleo, prisión de cárcel; etc. Tomando en concreto la pena que nos interesa siendo ésta para los adúlteros:

"Los adúlteros sorprendidos in fraganti delicto eran lápidados o estrangulados", esto según Orozco y Berra representada en una pintura indígena colonial. (8)

Según las Leyes de Netzahualcoyotl reproducidas estas por Fernando de Alva Ixtlilochil, se observo que en la primera se señaló que si alguna mujer hacia adulterio fuesen aprehendidos en el tianguis; así también tenemos que en la Ley Once se plasmo que la adúltera y el cómplice al ser sorprendidos por el marido serían aprehendidos para darles muerte a pedradas, en caso de que no fueran aprehendidos al momento del delito, pero si el marido sospechara y los acusara éstos deberían morir ahorcados.

Entre otras penas tenemos que la Ley Quinta establecía que se les daba muerte a los adúlteros; siendo que el varón moría asado vivo, mientras que se iba asando lo roseaban

(8) Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México, 1988, págs. 72 y 73.

de agua con sal hasta que ahí muriera, y a la mujer la ahorcaban.

Los Aztecas tenían un Sistema Penal en donde los castigos eran muy severos, ya que en muchos delitos se aplicaba la pena de muerte la cual era ejecutada en diversas formas tales como descuartizamiento, cremación en vida, empalamiento, ya que por la educación que recibían estos estaban obligados a soportar tales penas.

Podemos concluir que entre los Aztecas el adulterio era un delito que se castigaba con pena de muerte en diversas formas e influenciados por corrientes religiosas y sociales que rodeaban a la sociedad de esa época.

También podemos afirmar que en la época precortesiana se conto con un sistema penal demasiado represivo ya que se caracterizaba por su crueldad y como ejemplo hemos dejado plasmado las penas establecidas por los Aztecas.

En la Época Colonial, nuestro país se encontraba influenciado por el Derecho Español, ya que eran aplicables diversas recopilaciones de Leyes Españolas teniendo como principal la Ley de las Indias compuesta ésta por nueve libros a su vez divididos en títulos.

Podemos decir, que es aquí donde empieza la confusión de Leyes que habían de regir a la Nueva España, Leyes dictadas según otras costumbres y que no correspondían a la realidad del pueblo mexicano, provocando así una tremenda confusión existiendo así personas que nunca se adaptaron a ellas, prolongandose

así tal período por mucho tiempo. Aplicandose de tal forma la Ley de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación; no así los fueros locales que estaban limitados al territorio para el cual fueron dictados.

En la Época Independiente, señalamos que al llevarse acabo la Independencia de México en el año de 1821, las principales Leyes existentes eran vigentes como la Recopilación de las Indias, señalando como Derecho suplementario la Novísima Recopilación, las Siete Partidas.

Siendo natural que nacía un nuevo Estado independiente por lo cual le interesaba legislar sus propias leyes en materia Constitucional y Administrativa reglamentando entre otras cosas la portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, represión de la vagancia y malvivencia y la organización policial (1824-1834).

Señalando también, que para prevenir la delincuencia en general, se legisló en el año de 1822, sobre la organización de la policía preventiva y posteriormente la policía de seguridad como cuerpo permanente y especializado (1834).

Diversas Leyes aisladas regulaban la materia penal sin lograr una unidad legislativa, haciendose más grande la necesidad de unificar el Derecho Penal; a cincuenta años de consumada la Independencia seguían rigiendo Códigos Españoles en una Nación que tenía tradición y vida propia muy distinta a la época en que fueron dictadas esas Leyes.

Por lo que se consideró en esa época la necesidad de un Código Penal que afrontara a la realidad mexicana siendo así que se comienza a trabajar para legislar en el año de 1862, concluido tal trabajo en el año de 1869 y presentados ante el Gobierno; creándose así el Código Penal de 1871 en donde concluimos que la regulación jurídica respecto del adulterio adolezca de algunos defectos; ya que no contenía una concepción del adulterio, al no definir la conducta que integraba el delito. Sin embargo, ya se contaba con un Código Penal elaborado por mexicanos sobre la base de la realidad nacional.

Siendo éste Código el que reguló por primera vez respecto del delito de adulterio, por lo que hace al estudio de la legislación del delito en comento lo estudiaremos en los capítulos subsecuentes.

CAPITULO I I

ESTUDIO DEL DELITO EN GENERAL

- 1.- Diversas definiciones del delito.**
- 2.- Conducta.**
- 3.- Tipicidad.**
- 4.- Antijuridicidad.**
- 5.- Culpabilidad.**
- 6.- Imputabilidad.**
- 7.- Punibilidad.**

C A P I T U L O I I

ESTUDIO DEL DELITO EN GENERAL

1.- Diversas Definiciones del Delito.

Creemos necesario hacer un estudio referente a lo que son propiamente los elementos del delito en general, ya que los mismos se traducen como una conducta típica, antijurídica, culpable e imputable a un sujeto, por lo que de ésta forma nos servirá de base para saber cuales son los elementos del delito de Adulterio, para tratarlos en el capítulo que precede.

Por lo que comenzaremos dando algunas definiciones del delito en general.

Así tenemos que Carrara define al delito en la forma siguiente: " La infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivos y negativos, normalmente imputable y políticamente dañoso". (9)

Por su parte Jiménez de Asúa, nos externa que el delito es: "Acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".(10)

(9) Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1957, 4a Edición, pág. 94.

(10) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Hermes, Argentina, 1954, pág. 223.

A su vez Cuello Calón lo define como: " La acción, antijurídica típica, culpable y sancionada con una pena".(11)

También tenemos lo establecido por Celestino Porte Petit, quien define al delito: "Una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere algunas veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible".(12)

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal nos da una definición obscura, toda vez que en el artículo 72 señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales...".

Por lo que de las anteriores conceptualizaciones se desprende que no existe un criterio uniforme de los tratadistas en la materia en cuanto a su enumeración, y así hay quiénes señalan una variedad de los elementos en el delito. Nosotros estamos de acuerdo en que los elementos esenciales del delito son los siguientes:

- 1.- Conducta,
- 2.- Antijuridicidad,
- 3.- Tipicidad; y
- 4.- Culpabilidad.

(11)Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1952, Primera Edición, pág. 47.

(12)Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1943, Primera Edición, pág.318.

2.- Conducta.

La conducta, es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente, se aprecia también como una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o una omisión.

Para precisar que es la conducta, vamos a vertir algunas definiciones establecidas por los estudiosos del derecho; atendiendo a lo que nos dice el maestro Castellanos Tena; quien define a la conducta como: "El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito".(13)

La palabra conducta es lo suficientemente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, siendo esto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad.

De donde la expresión "conducta", entendida ésta: "Como modo o forma de manifestarse, el externo comportamiento típico, quedando comprendidas tanto las formas positivas como negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad".

(14)

 (13)Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 25ª Edición, México, 1988, pág. 149.

(14)Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México, 1985, pág. 103.

Frecuentemente muchos autores suelen emplear las palabras "acto", "hecho", "actividad" o "acción", así tenemos que Porte Petit es partidario de los términos conducta y hecho, para denominar de ésta forma al elemento objetivo del delito, ya que nos dice, que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también es el hecho elemento objetivo del delito según la descripción del tipo.

Por otra parte tenemos las opiniones de Cavallo y Battaglini, para el primero el hecho en "sentido técnico es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido", y para el segundo, el hecho en "sentido propio es solamente el hecho material, que comprende la acción o el resultado".(15)

Ahora bien, para otros autores la conducta la utilizan como sinónimo de acción, acto y hecho: así tenemos que Maggiore define a la acción como: "Una conducta voluntaria que consiste en un hacer o no hacer algo que produce alguna mutación en el mundo exterior".(16)

También existen autores que nos hablan de acto o acción, y se niegan a utilizar el carácter genérico de conducta, manifestando que en la conducta se expresa un comportamiento más firme que con acto o acción.

 (15)Porte Petit, Celestino. Programa de la parte General de Derecho Penal, México, 1959, pág. 160.

(16)Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1954, 3ª Edición, pág. 319.

Según Carranca y Trujillo "La acción en latu sensu sólo puede entenderse para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por una acción, en sentido estricto o de una omisión".(17)

De donde tenemos que la acción se realiza una actividad positiva, además de hacer lo que no debe de hacerse, en donde se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una actividad negativa, es decir, que se deja de hacer lo que se debe de hacer, se omite la obediencia a una norma (el deber de hacer).

Por lo que respecta al acto, Jiménez de Asúa atiende a la manifestación de la voluntad, que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior o por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo cuya mutación se guarda, es decir, el acto u omisión que producen un resultado ilícito.

De donde, el acto lo debemos de entender como un concepto que abarca la acción, entendida ésta como un hacer activo y la omisión la entendemos como un dejar de hacer lo debido, siendo todo esto traducido en acciones realizadas por un sujeto a quien se le aplicará un pena.

Por lo que se refiere al hecho en sentido penal lo debemos considerar como la conducta más el nexo causal, lo cual da un resultado.

(17) Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1988, pág. 398.

Ahora bien, debemos de entender por hecho una exteriorización de la conducta ilícita, un injusto o bien el delito mismo, ya que para Zaffaroni los hechos pueden ser humanos, si participa el hombre en cualquier forma que lo haga, o de la naturaleza en los cuales no interviene el hombre, por lo que a nosotros sólo nos interesan los hechos humanos, traducidos estos en los que produzcan consecuencias jurídicas.

Así mismo, tenemos que en la conducta intervienen dos elementos; el psíquico o interno y el material o externo. El primero mencionado radica meramente en la voluntad; por lo que hace al externo o material se refiere en hechos externos, es decir, un hacer o un no hacer algo, traducido en la actividad corporal o la inactividad (omisión), es el modo de comportarse en el mundo externo.

De lo anterior, podemos colegir que la conducta es una acción, esto es, un proceder corporal, siendo producido éste por la voluntad propia del sujeto; es decir, un hacer o dejar de hacer típico, para así fundamentar el actuar de la persona.

3.- Tipicidad.

Siendo éste el segundo elemento del delito, cabe la necesidad de distinguir primeramente el tipo de la tipicidad, pasando a señalar tal diferencia.

Dando una idea genérica de tipo, entendido éste, como la simple descripción de una conducta o un hecho y sus circunstancias. Mientras que la tipicidad atiende a la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo.

Para dar una mejor descripción del tipo, tenemos que es: "La creación Legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".(18)

El tipo viene a constituir una figura, un diseño del delito en forma particular. De donde deducimos, que toda acción antijurídica debe de ser típica para considerarse delictiva y así encuadrarse en la figura establecida por nuestro ordenamiento penal.

Así mismo, tenemos que para Zaffaroni, el tipo penal es: "Un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)".(19)

Quedando claro que el tipo pertenece a la Ley, siendo en ella en donde encontramos las conductas ilícitas descritas, enunciando algunos tipos establecidos por nuestro Código Penal;

-
- (18) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 25ª Edición, México, 1988, pág. 167.
- (19) Zaffaroni Eugenio, Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Primera Reimpresión, Cárdenas Editor, México, 1991, pág. 391.

como por ejemplo: "El privar de la vida a otro" (artículo 302 de nuestro Código Represivo), "El que se apodere de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley" (artículo 367 del Código Penal).

En los ejemplos citados podemos ver que los tipos son las formas legales, las cuales nos sirven para individualizar las conductas exteriorizadas por los sujetos, dándoles una sanción en forma particular plasmada en nuestro ordenamiento jurídico; encaminado a orden social.

Por otra parte, a la tipicidad se le da un rango constitucional, al establecer en el artículo 14 de nuestra Carta Magna que: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía o por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata ...". lo que quiere decir, que no existiría delito sin tipicidad; por lo que podemos decir que el tipo consiste en la descripción del delito.

A su vez, los Tipos se pueden clasificar, de acuerdo al estudio basado en la obra del Doctor Castellanos Tena:

a) Por su comportamiento. Estos pueden ser Normales y Anormales; los primeros se limitan a hacer una descripción objetiva, citando por ejemplo el Homicidio (el privar de la vida a otro). Por lo que hace a los anormales, estos describen situaciones valoradas y subjetivas, así como constituyen elementos normativos del tipo (ejemplo: el engaño en el Fraude).

b) Por su ordenación metodológica. Estos se dividen en tres: 1.- Fundamentales o básicos, los cuales constituyen la esencia o fundamento de otros tipos; como por ejemplo. es tipo básico cuándo un delito tiene plena independencia como el Homicidio. 2.- Especiales, los cuales se forman agregando otro requisito al tipo fundamental al cual subsumen, por ejemplo; el Parricidio. 3.- Complementados, ya que se constituyen al lado del tipo básico y se da una circunstancia o particularidad; por ejemplo, Homicidio Calificado.

c) En base a su función de Independencia. Son autónomos o independientes y subordinados; los primeros son los que tienen vida propia sin depender de otro tipo, citando como ejemplo el Robo simple, por lo que hace a los subordinados estos necesariamente dependen de otro tipo jurídico, por lo que requieren vitalidad en base al tipo básico del cual va estar su Jeto , como por ejemplo: Homicidio en Riña.

d) Por su formulación. Existen de dos tipos; los Casuísticos, los cuales no describen una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el delito, a su vez, éstos se dividen en alternativamente formados y acumulativamente formados, en los primeros existen dos o más hipótesis comisivas y el tipo se integra con cualquiera de ellos; por ejemplo el ADULTERIO en donde precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo. Los acumulativamente formados, necesariamente requieren la integración de todas las hipótesis, por ejemplo podemos

mencionar el delito de Ataques a las Vías de Comunicación en donde es necesario que el conductor se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes y cometa una infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor, en donde se necesita no solamente que se infrinja un reglamento de tránsito, sino además para que se integre el tipo penal es necesario que el activo del delito se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas. También por su formulación existen los amplios, siendo estos los que describen una hipótesis única, en donde recoge todos los medios de ejecución; como lo es el apoderamiento en el robo y el privar de la vida en el Homicidio.

e) Por el Daño que causan. Estos pueden ser de daño y de peligro; siendo los primeros en los que se protegen los bienes frente a su destrucción o disminución, por ejemplo el Fraude. Los segundos son los que cuida el bien contra la posibilidad de ser dañados, como ejemplo tenemos omisión de auxilio.

Toda vez que ya ha quedado definida la Tipicidad es necesario entrar al estudio de la Antijuridicidad, ya que es indispensable para la integración del delito.

4.- Antijuridicidad.

Se trata de otro de los elementos esenciales del delito, ya que además de que la conducta sea típica, ésta debe ser antijurídica, es decir, contraria a derecho de donde se

entiende que actúa antijurídicamente quién contradice una norma penal.

Así tenemos que la antijuridicidad, es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico, es decir, que para que una conducta típica pueda considerarse delictiva es necesario que viole un bien jurídicamente protegido por la norma penal.

Por otra parte, para considerar una conducta como antijurídica, es menester comprobar que esa conducta es contraria a la norma, toda vez que las conductas pueden ser lícitas o ilícitas, siendo que la conducta típica sea opuesta a derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causas de exclusión; por ejemplo: un sujeto que priva de la vida a otro su conducta es típica, ya que se encuadra a lo previsto por el artículo 302 del Código Penal, pero sin embargo puede no ser antijurídica si el sujeto demuestra que obró con alguna causa de exclusión de responsabilidad.

Debiendo considerar a las causas de exclusión, como aquellas situaciones en donde se puede excluir lo antijurídico de una conducta típica, es decir, que viene a ser el aspecto negativo del delito, toda vez que una de ellas representaría la falta de uno de los elementos esenciales del delito como lo es en el presente caso la antijuridicidad.

De lo anterior se desprende hacer mención a las causas exclusión, conforme a las Nuevas Reformas establecidas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de Enero de

1994, las cuales entrarán en vigor el 12 de Febrero de 1994, las cuales plasman en su artículo 15 del Código Penal del fuero común; y de las cuales haremos una breve síntesis:

1.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

2.- Cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.

3.- Cuando se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre y cuando éste sea disponible, y así mismo el titular del bien tenga la capacidad de disponer libremente del mismo y que no exista ningún vicio en el asentimiento.

4.- Legítima Defensa se presenta cuando se repela una agresión real inminente, y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o por la persona a quien se defiende.

5.- El estado de necesidad es la situación del peligro real, inmediato para la persona, su honor, o bienes propios o ajenos, que sólo pueda evitarse mediante la violación de otros bienes jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.

6.- El cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, el cual consiste en el actuar por una obligación, ya sea que ésta obligación provenga de la Ley o de un Superior

Jerárquico, tal sería el caso del Agente de la Policía Judicial en el cumplimiento de una Orden de Aprehensión, ya que al detener a una persona no esta cometiendo un delito, sino que esta cumpliendo con un deber. Por cuanto hace al ejercicio de un derecho se refiere principalmente a los médicos que realizan tratamientos especiales de los cuales pueden provocar lesiones u homicidios, los cuales se justifican por el reconocimiento que el Estado hace a las actividades médicas por lo que justifican tales alteraciones en la salud, por la licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una profesión autorizada o por un estado de necesidad para evitar un mal mayor.

7.- Trastorno mental, se da éste cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no cuenta con la capacidad de comprender el carácter ilícito de su realización, o en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiese provocado ese trastorno, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Por otra parte, junto a la tipicidad y a la antijuridicidad, también debe darse una tercera categoría en la Teoría General del delito, cuya presencia para poder imponer una pena se requiere, ésta categoría es la culpabilidad, la que pasaremos analizar.

5.- Culpabilidad.

En primer término debemos de señalar, que entendemos por culpabilidad, tomando lo establecido por Jiménez de Asúa, quien define a la culpabilidad como: "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (20)

Por su parte Castellanos Tena, nos dice que: "La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". (21)

De donde podemos mencionar, que la definición anterior es limitativa, ya que sólo se refiere a los delitos dolosos y no hace referencia a los delitos culposos en los cuales no se quiere el resultado, el cual se produce por falta de un deber de cuidado que debía y podía observar.

Existen dos Doctrinas respecto de la Naturaleza Jurídica de la Culpabilidad, las que pasaremos a mencionar:

1.- Los Psicólogos. Quiénes consideran que la conducta se compone de dos elementos; primeramente el volitivo o emocional y el segundo el intelectual, refiriéndose el primero de ellos a la conducta desplegada que da un resultado; por lo que respecta al segundo se refiere al conocer lo antijurídico de la conducta.

 (20) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Herms, Argentina, 1954, pág. 379.

(21) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1974, pág. 232.

Por lo que para los Doctrinarios Psicologistas, la naturalidad jurídica de la culpabilidad se presenta en el hecho psicológico del sujeto activo.

Ahora bien, los Doctrinarios Normativistas, opinan que la culpabilidad debe estar constituida no solamente por el carácter psicológico que se da entre el sujeto activo y el resultado típico causado, sino debe de existir la reprochabilidad de la conducta, es decir, que una conducta es culpable si el sujeto capacitado al obrar dolosa o culposamente pudo habersele exigido otra conducta diferente a la que realizó, por lo que para estos doctrinarios la reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el ilícito penal se basa en la exigencia del deber ser jurídico.

En un concepto general, podemos decir que la culpabilidad es el reproche que se le hace al sujeto activo cuando éste ha cometido un ilícito ya sea doloso o culposo, ya que se le pudo haber exigido actuar de otra manera.

Ahora bien, podemos señalar que la culpabilidad se presenta en dos formas, siendo las siguientes:

- 1.- Dolo o intención, y
- 2.- Culpa o imprudencia.

Hablando del dolo, podemos decir, que éste opera cuando el sujeto activo ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta, y decide en un acto de voluntad llevar a cabo lo que en su mente se representó.

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en: "La voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso". (22)

En resumen, el dolo consiste, en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Así mismo, el dolo tiene como elementos: El moral o ético y el volitivo o psicológico; siendo el primero el que se refiere al sentimiento, la consciencia de que se viola un deber, por lo que hace al volitivo o psicológico, éste es la voluntad de la desición de realizar la conducta.

Así mismo el dolo, puede presentarse en diferentes formas, las cuales enunciaremos brevemente:

a) Directo. El resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo.

b) Indirecto. Existe cuando el sujeto propone un fin, el cual exterioriza, pero preve y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos.

c) Indeterminado. Es la voluntad genérica de delinquir, sin fijarse un resultado delictivo concreto.

d) Eventual. El sujeto activo se propone un resultado delictivo pero no se preve la posibilidad de que surjan otros típicos no deseados, pero se aceptan si llegan a ocurrir.

(22)Cuello Calón, Eugenio. Deracho Penal, Tomo I, 8ª Edición, Editorial Nacional S.A., México, 1951, pág. 302.

Por lo que hace a la culpa o imprudencia, ésta se da cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, como consecuencia de un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión, efectúan do una conducta que produce un resultado previsible delictuoso.

Atendiendo a los elementos de la culpa, podemos señalar los siguientes: Una conducta positiva o negativa, la ausencia de cuidados o precauciones exigidos por el Estado (reglamentos), dando un resultado típico, previsible, evitable y no deseado: lo que nos conlleva a un nexo causal entre la conducta desplegada y el resultado prohibido.

La culpa se presenta en diversas formas, siendo estas:

a) Consciente, con previsión y representación. Siendo ésta cuando el sujeto activo preve la posibilidad de un resultado ilícito penal, no deseando que dicho resultado típico llegue a ocurrir, pero sin embargo ocurre.

b) Inconsciente, sin previsión, sin representación. Se presenta cuando el resultado, por naturaleza es previsible, y no se presenta en la mente del sujeto.

En resumen, podemos decir que la culpa en forma genérica, es una conducta en donde no se preve lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia jurídica.

Por otra parte, aunado a la culpabilidad existe la imputabilidad, toda vez que cuando un sujeto es culpable necesariamente se debe de determinar si es imputable, por lo que atenderemos al análisis de la imputabilidad como otro elemento del delito.

6.- Imputabilidad.

Muchos autores consideran que la imputabilidad se debe de considerar como el soporte de la culpabilidad y no como un elemento del delito. Por lo que haremos un análisis de imputabilidad para tener un criterio uniforme de la misma.

Para que el individuo conozca la licitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer.

Así tenemos que la imputabilidad, según Castellanos Tena es: "El conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo". (23)

Así mismo, se afirma que la imputabilidad en pocas palabras es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal, condicionada por razones de edad y de salud mental.

(23) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 25ª Edición, México, 1988 pág. 218.

Tomando el criterio de Carrancá y Trujillo, quiénes establecen que es imputable: " Todo aquél que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (24)

Por otra parte podemos mencionar como elementos de la imputabilidad:

a) Intelectual, el cual se traduce en la capacidad de comprender del sujeto activo.

b) Volitivo, el cual se puede manifestar como la capacidad interna del sujeto activo, para desear un resultado.

Dentro de la imputabilidad podemos hablar de la responsabilidad, toda vez que ésta es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de la obligación jurídica, por la conducta realizada.

De lo anterior se colige, que son imputables quiénes tienen capacidad de querer y entender, y que no padecen alguna enfermedad mental transitoria o permanente que los imposibilite para entender y querer el resultado de su conducta en el momento de su ejecución. Por lo que el sujeto imputable tiene la obligación de responder de la realización de su conducta ilícita ante el Estado.

(24) Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1988, pág. 222.

Entonces la responsabilidad surge como una relación entre el sujeto y el Estado, siempre que el sujeto exteriorice una conducta ilícita y típica, haciéndose acreedor de las sanciones establecidas por la Ley.

La imputabilidad debe de existir en el momento de la ejecución del hecho delictuoso; pero en ocasiones el sujeto activo, antes de actuar dolosa o culposamente, se coloca en una situación inimputable y en esas condiciones produce el delito; a éste tipo de conductas se les llama liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto), pero siguen en su condición de imputables.

Si se acepta que al actuar el sujeto activo carecía de la capacidad necesaria para entender y querer el resultado típico, pero en tal estado actuó ya sea en forma dolosa o culposa, su conducta se fundamenta en la imputabilidad, en la acción o acto precedente; es decir, en el cual el individuo sin carecer de tal capacidad movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputable, por ello tal resultado es imputable y así mismo se hace acreedor a una pena.

Por consiguiente, cuando un sujeto exterioriza una conducta delictiva y en el momento del hecho se encuentra afectado de sus facultades mentales ya sea transitoria o permanentemente se encuentra frente a la figura de inimputable, siendo éste el aspecto negativo de la imputabilidad. Siguiendose ante ésta situación un procedimiento especial para estas personas, en el cual se va determinar si se requiere un

tratamiento de inimputables en internamiento o en libertad, lo que determinara la autoridad ejecutora.

Desprendiéndose de todo lo anterior, que la imputabilidad es un elemento autónomo del delito, toda vez que cuando un sujeto exterioriza una conducta delictiva y tiene la capacidad de querer y entender el resultado ilícito será penalmente responsable.

Por otra parte, podemos señalar como último elemento del delito a la Punibilidad, de la cual se hará una brevísima síntesis.

7.- Punibilidad.

Hay quiénes afirman que la punibilidad es un elemento del delito, y otros que manifiestan que sólo es una consecuencia del mismo.

Entendemos a la punibilidad en términos genéricos, según lo señalado por Osorio y Nieto, como: " El hecho típico antijurídico y culpable, como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso". (25)

Así podemos manifestar que la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena como consecuencia de una conducta ilícita, debiendo ser ésta típica, antijurídica, culpable e imputable al sujeto, para que sea sancionada dicha conducta.

(25)Osorio y Nieto, Cesar. Sintaxis de Derecho Penal. Parte General, 2ª Edición, Editorial Trillas, México, 1986, pág. 71.

También se utiliza la palabra punibilidad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se origina entonces la amenaza del Estado para los infractores de ciertas normas jurídicas.

Tomando de nueva cuenta, lo establecido con antelación, reducido a que sí la punibilidad se considera como un elemento del delito; tenemos que para el maestro Porte Petit; Indudablemente la punibilidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo.

Por el contrario contamos con las opiniones de Carrancá y Trujillo quiénes entre otras cosas refieren que la punibilidad no es un elemento esencial del delito, ya que la pena es una reacción de la sociedad o el medio, de que se vale ésta para tratar de reprimir el delito.

Así también se considera la condicionalidad objetiva de la punibilidad, señalándose ésta como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena no tenga aplicación.

Por lo que hace al aspecto negativo de la punibilidad, se refiere a las excepciones en que se considera conveniente no aplicar una pena.

Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas absolutorias que, según Castellanos Tena : " Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena". (28)

En estos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad, por ejemplo el Código Penal en su artículo 333 establece impunidad en el caso de Aborto causado por imprudencia de la mujer o bien, cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Por último en el presente capítulo han quedado claramente precisados los elementos del delito en general, toda vez que estudiados estos, podremos determinar los elementos del delito de Adulterio; siendo estos de primordial importancia para el presente estudio.

(28)Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 271.

CAPITULO III

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE ADULTERIO

- 1.- Diversas definiciones de Adulterio.**
- 2.- Elementos Constitutivos del Tipo Penal:**
 - 2.1. Sujeto Activo.**
 - 2.2. Sujeto Pasivo.**
 - 2.3. Objeto Material.**
 - 2.4. Objeto Jurídico.**
- 3.- Estructura de los elementos del adulterio.**

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE ADULTERIO

1.- Diversas definiciones de Adulterio.

Para abordar los elementos del tipo penal del delito de adulterio, es necesario exponer diversas acepciones de lo que éste significa, empezando fundamentalmente con el significado etimológico y así tenemos que el Maestro Gonzalez de la Vega establece que el término del Adulterio es dudoso origen y se encuentra éste en la Séptima Partida (Título XVII, Ley Primera), Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas y haciendo con mujer casada, o desposada con otro; tal y como ha quedado plasmado en el Capítulo I. Así mismo, es pertinente mencionarlo toda vez que para establecer el significado del adulterio, partio del latín - *ad alter thorum* - que quiere decir, hombre que va o fue al lecho de otro, por cuanto a la mujer que se encuentra en el lecho del marido con quien es ayuntada, y no el de ella.

También contamos con lo establecido por el Maestro Rafael de Pina, quien en su Diccionario de Derecho nos define al adulterio de la forma siguiente: "Relación sexual establecida entre personas de distinto sexo cuando una de ellas, al menos, se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio". (27)

(27)De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho, 14ª Edición, México, 1986, Editorial Porrúa, pág. 74.

Por su parte el Jurista Juan Palomar, en su Diccionario Jurídico establece que el adulterio proviene del latín Adulterium y significa: "Ayuntamiento carnal voluntario entre una persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge. Así mismo refiere que en Derecho: Es el delito que comete la mujer casada que yace con varón que no es su marido y él yace con ella a sabiendas que es casada". (28)

Si bien es cierto que los anteriores conceptos establecen gramaticalmente la connotación de la palabra ADULTERIO, otra cosa es lo que jurídicamente debe entenderse por ella para los efectos penales ya que nuestra Legislación Penal Vigente, en su artículo 273 sólo establece: "Se aplicara 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". De donde se denota que el presente artículo no define al Adulterio, por lo que deberíamos de tomar como ejemplo lo establecido por otros Códigos de los Estados, ya que el de Aguascalientes lo define de la siguiente forma: "Comete el delito de adulterio el hombre y la mujer que tenga entre sí relaciones sexuales, si uno de ellos o los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo (artículo 249)".

También el de Tabasco en su artículo 264 nos proporciona una eficaz definición, ya que establece:

(28) Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas, Primera Edición, Editorial Mayo, México, 1981, pág. 52.

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

Por su parte el Código Penal de Chihuahua en su artículo 257 define al Adulterio, de la forma siguiente: "... a la persona casada que tenga acceso carnal con otra persona que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada, siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo".

De las anteriores concepciones se denota, que nuestra Legislación Penal Vigente no cuenta con una conceptualización para determinar el delito de Adulterio, sin embargo si sanciona tal ilícito.

Así podemos manifestar que en forma generalizada y establecida por los autores, el Adulterio atiende primordialmente al ayuntamiento carnal que se da entre dos personas de distinto sexo, siempre y cuando una de ellas se encuentre casada, o bien ambas, así mismo establecen que para su complementación debe ser éste en el domicilio conyugal o con escándalo, lo que solamente sanciona nuestro Código Punitivo es una conducta no definida del adulterio.

Por lo cual atenderemos en el presente capítulo a estudiar los elementos del delito de adulterio, toda vez que ha quedado conceptualizado el mismo, en la forma establecida por

diversos tratadistas de derecho así como en algunos Códigos de diferentes Estados de nuestro País.

2.- Elementos constitutivos del tipo penal.

Al hablar de los elementos constitutivos del tipo penal en estudio, primeramente atenderemos a establecer el sujeto activo, toda vez que con las nuevas reformas el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal nos señala:

"Art. 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes: ...

III.- ...

Así mismo se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el Objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

...".

Lo que nos ubica a pasar a analizar al sujeto activo.

2.1. Sujeto activo.

Para establecer un concepto de sujeto activo, es necesario que se determine que en nuestro Derecho existen personas morales y personas físicas. Así tenemos que las personas morales son Instituciones o agrupaciones de personas, a quiénes se les atribuye personalidad inherente a ella; tal como el nombre o razón social, domicilio etc; por lo que para el presente estudio solamente nos interesa hablar de personas físicas siendo éstas todo sujeto susceptible de derechos y obligaciones, por lo cual son responsables de su conducta.

Indudablemente, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificado, lo que da lugar a una relación jurídica y posteriormente a un proceso. Esto no implica que por ese solo hecho, pueda ser considerado como sujeto activo del delito, pues esta calidad la adquiere cuando se dicta una resolución judicial condenatoria. Siendo éste objeto de actos y formas del procedimiento, por lo cual se califica como sujeto activo, nombre aplicable en términos generales, sin desconocer otras denominaciones que se adquieren conforme al momento procedimental.

En la actualidad el hombre es el único autor o posible autor de delitos, pero esto no siempre ha sido igual, antiguamente, entre los árabes y los hebreos, los animales y

los difuntos fueron considerados sujetos autores de delitos. Ya que el ser humano era tan sólo instrumento de investigaciones.

Así mismo, en el fetichismo se humanizaba a los animales equiparandolos con las personas; en el simbolismo se entendía que los animales no delinquían pero se les castigaba para impresionar. Por último tenemos que se sancionaba al propietario de un animal que causare daño.

Teniendo también que en el año de 1974, en Basilea, se consideraba al gallo, a quien se le atribuía haber puesto un huevo tenía que ser quemado vivo; esto debido a la falta de definición sexual, hasta que se dejó de considerar como responsable de delitos a los animales.

En otro orden de ideas, el hombre al adquirir carta de naturalización en la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, paso ha ser un sujeto de derechos y obligaciones teniendo su calidad de "parte" la cual se da en forma plena en el sistema acusatorio en donde se dio la relación jurídico procesal, siendo el sujeto la figura procesal en la que giraba el proceso.

En cuanto a su terminología, tanto la Doctrina como en la legislación, al supuesto autor de un delito se le han otorgado diversas denominaciones tales como: indiciado, presunto responsable, imputado, inculpado, encausado, procesado, incriminado, presunto culpable, enjuiciado, acusado, condenado, reo, etc; según la etapa procedimental.

Por consiguiente, el sujeto activo es el productor de una conducta ilícita penal, por lo que el hombre es el único sujeto realizador. Por lo contrario, si no existe un sujeto activo, no hay una conducta típica delictiva, atendiendo al principio de - nullum crimen sine conducta -, desprendiéndose de lo anterior que debe de existir un sujeto activo que exteriorice una conducta ilícita encuadrada a un tipo penal descrito por una norma.

Tal es el caso que en determinados tipos penales, se hace mención a la calidad específica del sujeto activo, como por ejemplo: el parricidio, incesto, infanticidio; entre otros.

Por cuanto hace al delito de adulterio, el sujeto activo necesariamente debe de ser hombre o mujer casados, y cualquier persona de distinto sexo.

Como ya hemos expuesto, no existe un criterio uniforme en las legislaciones respecto del adulterio, tales como la de Argentina y Chile, que sólo consideran como posible sujeto activo del adulterio a la mujer casada y no al hombre casado, entendiéndose que éste sólo puede cometer concubinato.

Para nosotros a pesar de que nuestro Código Penal Vigente, no señala a los sujetos activos, debe entenderse que lo son tanto el hombre como la mujer que sostienen relaciones sexuales entre sí, si uno de ellos o los dos se encuentran casados con otra persona, pero si uno de los dos activos en la relación, desconoce la calidad de casado que tiene el otro, respecto de él, existirá entonces un aspecto negativo de la cul

pabilidad, y por lo tanto si alguno de los activos desconocía dicha situación y si así se desprende de los hechos deberá ser puesto por lo tanto en libertad.

Por lo que en el delito de adulterio debe ser cometido necesariamente por dos personas, a éste tipo lo podemos llamar plurisubjetivo o de participación necesaria (ya que no son casos de participación si no de co-autoría).

De donde al referirnos a la co-autoría podemos mencionar que se presenta en los delitos en los que concurren varios autores, si los mismos concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, toda vez que cada uno de ellos tiene el dominio funcional del hecho, que cada uno de los co-autores debe reunir los requisitos típicos para ser autor.

De todo lo anterior podemos colegir, que los sujetos activos en el delito de Adulterio son autores directos, toda vez que a falta de uno de ellos no se realizaría el mismo; lo que nos conlleva a señalarlos a ambos como coautores, ya que los dos reúnen los caracteres típicos de la co-autoría.

2.2. Sujeto Pasivo.

Por cuanto hace al sujeto pasivo, podemos decir que es aquel, sobre el cual recae la acción, en algunos casos la conducta antijurídica no afecta propiamente a una persona física, más bien a un orden jurídicamente tutelado, es decir, que afecta a la sociedad en general.

Regularmente, la transgresión de un ordenamiento penal, produce un daño que directamente reciente la persona física, como por ejemplo en su patrimonio, en su integridad corporal, en su honor, etc; y en forma indirecta a la sociedad como hemos mencionado, de tal manera que la violación a la norma penal trae aparejada siempre una sanción represiva y además un daño que afecta a la persona quien es titular del bien jurídicamente protegido.

Así tenemos que el sujeto pasivo de la conducta, puede no ser el sujeto pasivo del delito, por ejemplo: en el caso del delito de Fraude la persona que sufrió el engaño, no directamente afecta a su patrimonio, sino que daña un patrimonio que no es el de él.

Al utilizar el término ofendido en el campo del derecho podemos manifestar: que es la persona física que reciente directamente la lesión jurídica en los aspectos tutelados por la norma. En cuanto hace a la víctima, podemos decir que es aquella que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido resulta afectada con la ejecución del hecho ilícito.

Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de Homicidio en donde el sujeto pasivo es el individuo a quien se le ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

De donde resulta que nuestro Código Penal para el Distrito Federal Vigente, no nos menciona quiénes son los sujetos pasivos del delito de adulterio, en nuestra opinión el sujeto pasivo dentro de éste tipo penal lo son: la cónyuge o él cónyuge inocentes y la comunidad social.

2.3. Objeto Material.

Por lo que se refiere a este punto, podemos mencionar que el objeto material generalmente esta constituido por la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro, es decir, la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa.

De donde nosotros consideramos que en el delito de adulterio, si bien es cierto, que no existe definición sobre el ilícito en estudio, también lo es que no hay objeto material, toda vez que en el pasivo o pasivos del presente delito, no se concreta la acción delictuosa o bien un daño, pero si afecta su honor así como el de la sociedad.

2.4. Objeto Jurídico.

Al hablar de objeto jurídico, nos referimos al bien jurídicamente protegido por la Ley, que el hecho u omisión criminal lesionan.

Al respecto para determinar el bien jurídico contamos con lo establecido por el Maestro Villalobos, quien al respecto nos manifiesta: "es el bien o la institución amparada por la Ley y afectada por el delito". (29)

Con el anterior concepto estamos de acuerdo ya que todo delito tiene valores constitutivos del objeto jurídico, ya que no se concibe que haya una conducta típica sin que afecte a un bien jurídico, puesto que los tipos, no son más que particulares manifestaciones de la tutela jurídica de bienes.

Respecto al bien jurídicamente tutelado en el delito de adulterio la Doctrina Mexicana establece, que el bien jurídico como elemento del tipo, existe en forma confusa. Para algunos autores el bien jurídicamente protegido lo determinan como: "la fidelidad sexual prometida en virtud del matrimonio y la moral pública". (30)

Para otros el bien jurídicamente protegido se traduce en "el adulterio es un delito contra la institución matrimonial o contra la familia". (31)

También muchos autores opinan que el adulterio, es un delito que afecta el honor.

 (29) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1980, pág. 289.

(30) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado, 17ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 681.

(31) Cobo, Manuel. El Bien Jurídico en el Adulterio. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XVI, Editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1983, pág. 511.

Para determinar si el delito de adulterio lesiona o pone en peligro a la honestidad, tendremos que establecer que es la honestidad. Algunos autores equiparan la honestidad con la moralidad, siendo estos semejantes porque la honestidad se traduce en la moralidad individual (privada), o a su vez la moralidad pública, la cual si lesiona el delito de adulterio.

La opinión de la mayoría de los autores se inclina a determinar que se lesiona la moralidad pública, al respecto Maggiore dice: "Es la conciencia ética de un pueblo en determinado momento histórico, ... su modo de comprender y distinguir el bien y el mal, lo honesto y deshonesto". (32)

Así también, señalan otros autores que la honestidad pública la cual se lesiona con el adulterio, y que la impunidad de esa lesión trae consigo la alteración de la moral.

En nuestra opinión, si bien puede quebrantarse tanto la moralidad pública como la individual por el adulterio, lo cierto es que esto no es materia de derecho penal, si no más que nada al transgredir un ordenamiento en donde se lesiona a la honestidad de las personas, se debería llevar un juicio civil, toda vez que nuestro Código Civil protege a la honestidad, en donde podríamos pedir una reparación moral del daño.

(32) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Parte Especial, Volumen IV, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1953, pág. 50.

La honestidad referida a los adúlteros o a la sociedad en general, no puede ser la razón de la punición del adulterio, pues a nadie debe de procesarse ni mucho menos, sancionarse por simples inmoralidades, que solo afectan a la persona misma que las realiza; por lo que hace a la honestidad pública también es poco frecuente la punición, toda vez que no se trata de un delito perseguible de oficio, sino que forzosamente se persigue a petición de parte ofendida, esto es, es perseguible por querrela necesaria.

Por otra parte, en cuanto a la fidelidad conyugal, en favor de ella opinan Carrancá y Trujillo. En contra de la fidelidad conyugal se encuentra Jiménez de Asúa y Antón Oneca, entre otros. No puede negarse que el adulterio quebranta el deber de fidelidad jurado por los cónyuges en el momento del matrimonio, pero ese deber es más moral que jurídico, en tal virtud, nuevamente caemos en un campo en el que el Derecho Penal no debe tener ingerencia. Por lo que al admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a él, al otro cónyuge se le debiera exigir su observancia, esto no bastaría para encuadrar su incumplimiento a la categoría de delito.

A su vez el adulterio, perturba la familia, ya que éste puede traer como consecuencia la separación de la familia, es decir el rompimiento de las relaciones familiares nacidas por el matrimonio, sobre todo causa otro tipo de consecuencias secundarias, tales como trastornos emocionales.

Afirmandose de esta forma, que indirectamente el trastorno familiar repercute también en las relaciones sociales, no obstante que en la mayoría de los actos de la familia es de orden privado; pero muchos de los casos de comportamientos adúlteros por parte de uno de los cónyuges, se debe precisamente por los ya existentes problemas en las relaciones familiares; ya que dicha quebrantación en la familia es el resultado no solo del adulterio, sino de muchas causas sucitadas dentro del núcleo familiar.

Si realmente se quisiera proteger el orden de la familia, entonces tendríamos que combatir penalmente en contra de todas las causas existentes que alteran las relaciones familiares. Toda vez que ante estas situaciones, existen bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que crea el adulterio.

El Adulterio ataca en muchos casos a la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del Derecho Privado.

Por último, podemos señalar que el adulterio constituye un ultraje al honor, opinión la cual parte de Manzini y Gonzalez de la Vega, entre otros; siendo un argumento que hacen valer cuando el cónyuge ofendido actúa en contra de los sujetos activos del ilícito, privandolos de la vida o lesionandolos, para decir que actúa el ofendido en legítima defensa de su honor.

De donde podemos inferir que el adulterio no es un delito sexual, pues se trata de un delito de injuria, es decir, que se trata de una acción que se ejecuta en descrédito, deshonra o menosprecio contra el cónyuge inocente, al tener que enfrentar la situación que se pueda suscitar en su mismo domicilio conyugal o el miedo al escándalo.

Si bien es cierto que el honor es un bien jurídico al que se le ha dado y se le da protección en materia penal en el delito de adulterio, tal como sucede en otros delitos como por ejemplo: las amenazas, las injurias, etc. El Legislador debió haber considerado que es el honor, el cual se protege al prohibir y sancionar el delito de adulterio, por lo cual lo principal que debió determinar el Legislador, tuvo que ser ubicar el delito de adulterio en un apartado donde se determinaran los delitos contra el honor; y no incluirlo dentro del capítulo de delitos sexuales, ya que el adulterio no viola el bien jurídicamente tutelado de la libertad sexual, sino que este ilícito lesiona el objeto jurídico de la fidelidad conyugal y a la comunidad misma.

De lo anterior, se desprende que se trata de una cuestión bastante discutible dentro de la materia, para determinar el objeto jurídico en el delito de adulterio. Son muchas las opiniones al respecto, lo relevante es precisar si para su protección jurídica es necesario recurrir a los ordenamientos penales, o si en su caso resultan suficientes los aplicados en las normas del Derecho Civil.

3.- Estructura de los elementos del Adulterio.

Una vez que hemos analizado los elementos del delito de adulterio, creemos necesario hacer un cuadro sinóptico el cual se desprende de todo lo ya expuesto por la Doctrina:

1.- Presupuesto del Delito:

- a) Matrimonio Civil válido, cuando menos uno de los sujetos activos.

2.- Núcleo Natural del Adulterio:

- a) Relación sexual entre dos personas de distinto sexo, siempre y cuando uno de ellos se encuentre casada.

3.- Requisito de Procedibilidad:

- a) Querrelia de parte del cónyuge ofendido, cuando éste formule su querrelia contra uno de los culpables, se procedera contra los dos que aparezcan como co-autores.

4.- Bien Jurídico que se tutela:

- a) Fidelidad conyugal,
- b) Estabilidad familiar,
- c) Interés de asegurar un orden e integridad del vínculo matrimonial,
- d) Estabilidad de la sociedad; y
- e) Honestidad del cónyuge ofendido.

5.- Elementos de la conducta:

- a) Lugar. Domicilio conyugal, entendido por este la casa o el hogar donde están establecidos o viven permanentemente o transitoriamente los casados;
- b) Modo: Escándalo consistente en la grave publicidad del estado adulterino, que hacen los propios adúlteros por la exhibición ostentosa de sus relaciones carnales, que conduzcan a una vergüenza para él o a una burla para el cónyuge inocente.

6.- Naturaleza Juridica:

- a) Bilateral.- Toda vez que debe de existir la conjunción carnal entre hombre y mujer.
- b) Autónomo.- Porque no depende de otro delito para que se perfeccione.
- c) Formal.- Porque se consuma al verificarse la relación del acto carnal.
- d) Conducta dolosa.- Ya que uno de los adúlteros oculta su estado civil.
- e) Instantáneo.- Tan pronto se presenta la relación sexual se viola la norma.
- f) Unisubsistente.- Donde el tipo se consuma con la acción de un solo acto.

7.- Requisitos para la integración del tipo:

- a) Elementos Subjetivos.- Entendidos estos como el aspecto interno del sujeto.
- b) Elementos Objetivos.- Comprendiendose por estos los que se encuentran dentro de la norma.

Por lo que una vez que hemos analizado los elementos del tipo penal, de donde nos percatamos que nuestro legislador al omitir la definición de lo que es el delito de adulterio en el Código Penal para el Distrito Federal, viola el Principio de Legalidad establecido en nuestra Carta Magna, lo que sera tema de estudio en el capitulo precedente.

CAPITULO IV

EL ADULTERIO EN LA LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA MEXICANA

1.- El Ambito Legislativo:

1.1. Código Penal de 1871.

1.2. Código Penal de 1929.

1.3. Código Penal de 1931.

1.4. Códigos Penales Estatales que regulan el delito de Adulterio.

1.5. Códigos Penales Estatales que no regulan el Delito de Adulterio.

2.- Diversas Corrientes del Principio de Legalidad.

2.1. Corriente que afirman que se infringe el Principio de Legalidad.

2.2. Corriente que niega que se infringe el Principio de Legalidad.

3.- Postura de la Jurisprudencia:

3.1. Interpretación del art. 273 del Código Penal para el Distrito Federal.

C A P I T U L O I V

EL ADULTERIO EN LA LEGISLACION, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA MEXICANA

1.- El Ambito Legislativo.

Empezaremos ha hacer un breve esbozo de los Códigos que han regido en nuestro país, y los cuales han hecho consideraciones respecto del delito de adulterio.

1.1. Código Penal de 1871.

En primer término tenemos el Código Penal del año de 1871, el cual reviste una especial importancia, ya que es el primer ordenamiento jurídico para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California.

Consideramos de gran importancia el estudio que hace Don Antonio Martínez de Castro en su exposición de Motivos del Código Penal de 1871, ya que refleja el deseo de la sociedad de esa época de contar con un Código Represivo que tomara en cuenta a la realidad mexicana y así manifiesta: "Esto es precisamente lo que ha sucedido con la antigua legislación Española. Formada en su mayor parte hace algunos siglos por gobiernos absolutos, en tiempos de ignorancia y para un pueblo de diversa índole del nuestro, por diversas costumbres u otra educación de la que hoy tenemos, no puede aplicarse en México Independiente, Republicano y Demócrata, donde la igualdad es un dogma, donde se disfrutan libertades y derechos que no se

conocieron en tiempos de D. Alfonso X el Sabio, ni puede quedar suficientemente garantizados en unas disposiciones dictadas por un país y en unos tiempos en que la Ley suprema era la voluntad del soberano.

Pero aún cuando así fuera, habría necesidad de hacer una nueva legislación, por haber caído la española en completo desuso por ser muy antigua, pues de lo contrario tendríamos que seguir como hasta aquí, sin mas ley que el arbitrio prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia". (33)

El presente Código Penal se complemento y se presento al Gobierno el 15 de Marzo de 1871, y se promulgo el 7 de Diciembre del mismo año y entro en vigor el 12 de Abril de 1872.

Por otra parte tenemos también que en la Exposición de Motivos se plasmó respecto del delito de Adulterio lo siguiente:

Por lo que se refiere al delito de adulterio se ha desviado de la legislación vigente, ya que concede a la mujer la acción penal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste, ya que si bien es cierto que cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, también lo es que no son iguales las consecuencias, ya que el marido queda infamado, con razón o

 (33) Martínez de Castro, Antonio. Exposición de Motivos del Código Penal de 1871. 1ª Edición. Cotejada con los textos oficiales por el Lic. Adolfo Valle. Librería de la viuda de Ch. Bouret. México. 1907. págs. 2 a 6.

sin ella, por la infidelidad de su cónyuge y la reputación de ésta no se acompaña por faltas de su marido; la mujer adúltera, defrauda a sus hijos legítimos, ya que introduce herederos extraños en la familia, lo que no sucede con el marido adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio.

Algunos Códigos admitían como excepción de no sancionarse al sujeto activo del delito de adulterio, si su cónyuge incurría en el mismo delito, pero esta idea fue desechada, toda vez que el adulterio es una causal de divorcio, por lo que no sería excusa de otro adulterio, ya que no se compensaría para la imposición de una pena; de donde si sucediera así, sería como autorizar a los cónyuges que reciprocamente se han faltado a la fidelidad conyugal, por lo que continuarían cometiendo tal delito, alegando alguno de ellos esta excepción.

El delito de adulterio en este año quedó establecido en el Capítulo VI del Título Sexto dentro de los "Delitos Contra el Orden de las Familias, la Moral Pública o las Buenas Costumbres". Y así tenemos que los artículos 816 y 819 estaban redactados en los siguientes términos:

Art. 816.- "La pena de adulterio cometido por hombre libre y mujer casada, es de dos años de prisión y multa de segunda clase, pero no se castigará al primero sino cuando delinca conociendo el estado de la segunda.

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

Art. 819.- "Son circunstancias agravantes de cuarta clase:

- I.- Ser adulterio doble;
- II.- Tener hijos el adúltero o la adúltera;
- III.- Ocultar su estado el adúltero o la adúltera casados a la persona con quien cometen el adulterio".

Los anteriores artículos, sufrieron un cambio, siendo reformados en el Decreto del 26 de mayo de 1884, quedando de la siguiente manera:

Art. 826.- "El adulterio será castigado con las penas siguientes:

I.- Con dos años de prisión y multa de segunda clase el cometido por mujer casada con hombre libre, y el ejecutado en la casa conyugal por hombre casado con mujer libre;

II.- Con un año de prisión el ejecutado fuera de la casa conyugal por hombre casado con mujer libre; y

III.- Con dos años de prisión el cometido por mujer casada con hombre casado pero a éste último se le impondrá un

año de prisión si se ejecutare el adulterio fuera de su domicilio conyugal e ignorando que la mujer era casada.

Para que proceda la aplicación de las penas expresadas en las fracciones I y II, a los de estado libre que concurran en la comisión del hecho, es necesario que al ejecutar el delito hayan tenido conocimiento del estado civil de sus co-reos".

El presente Código es totalmente extremista, al establecer una falta elemental de igualdad jurídica, toda vez que impone a la mujer penas mayores, denotando plenamente la influencia de la antigua Legislación Española; al referirse ésta última en la exposición de motivos al hacer notorio que la mujer no se daña por las faltas del marido, por el contrario, el hombre se ve gravemente dañado por la conducta de la mujer; se sigue penando la posibilidad de que la mujer introduzca a un hijo habido fuera del matrimonio dentro del núcleo de la familia y disfrute de la herencia del marido.

También se comprendía aparte de las penas privativas de la libertad, la suspensión de los adúlteros por seis meses de derecho de ser tutores o curadores; siendo una circunstancia atenuante el abandono de cónyuge.

En cuanto a las agravantes, éstas se encontraban establecidas en el artículo 819 como sigue:

Art. 819.- "Son circunstancias agravantes de cuarta clase:

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

Entendiendose por adulterio doble, cuando ambos adúlteros son casados, ya que ambos están traicionando la fidelidad conyugal; por lo que respecta a tener hijos, esta solamente abarca el ámbito familiar; por lo que hace al ocultamiento de los adúlteros, se justifica tal situación; porque el coautor de la conducta ésta siendo engañado, y lo que el puede considerar una relación sin consecuencias, es un delito en el que participa sin saberlo.

Existiendo además los siguientes numerales, los cuales respecto del adulterio, a la letra rezan:

Art. 820.- "No se puede proceder criminalmente contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido".

En el presente artículo se establece la querrela del ofendido, para proceder en contra de los presuntos responsables del delito de adulterio, respetando así la intimidad familiar.

Art. 821.- "La mujer casada sólo podrá quejarse de adulterio en tres casos: Primero, cuando su marido lo cometa en el domicilio conyugal; Segundo, cuando lo cometa fuera de este

con una concubina; Tercero, cuando el adulterio cause escándalo, sea quien fuere la adúltera y el lugar en que el delito se cometa".

Este precepto limitaba la acción de la mujer a tres casos únicamente, dejando fuera otras posibilidades las cuales sirvieran de base para formular querrela por parte de la mujer casada, y así el marido adúltero podrá cometer tal delito sin ninguna consecuencia jurídica.

De igual modo éste Código también regulaba el deber de proceder en contra de los dos culpables; así mismo, operaba el perdón del ofendido para ambos adúlteros.

Por último podemos percatarnos que a todas luces el presente Código no definía la conducta que integraba tal delito; dejando abiertos muchos caminos para cometer el presente delito impunemente, aún así no se daba la igualdad jurídica, influenciado éste por el Código Español; ante todo se encontraba presente la necesidad de contar con un Código Penal elaborado por mexicanos, de acuerdo a las necesidades de nuestro país.

1.2. Código Penal de 1929.

En segundo término haremos una breve síntesis referente a lo establecido en el Código Penal de 1929, para el Distrito Federal, el cual presenta un importante avance al dividir los títulos que el Código de 1871 integraba en uno

sólo, separando los delitos cometidos contra la familia de los delitos contra la moral pública o las buenas costumbres, quedando de esta forma comprendido el delito de Adulterio en el Título XIV de los delitos cometidos contra la familia, encuadrándolo de la siguiente forma:

Título XIV. De los Delitos Cometidos contra la familia.

Capítulo I. De los delitos contra el estado civil de las personas;

Capítulo II. Del abandono de hogar;

Capítulo III. Del adulterio; y

Capítulo IV. De la bigamia y de otros matrimonios ilegales.

Quedando comprendido dentro de los siguientes artículos que a continuación nos permitimos transcribir:

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

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

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

Del artículo anteriormente transcrito podemos afirmar que necesariamente debe ser por querrela del ofendido y no de oficio, así mismo al formular su querrela por uno solo de los cónyuges se deberá de proceder necesariamente en contra del otro adúltero.

Nosotros nos hemos podido percatar que el presente Código Penal al igual que el de 1871, carecen de tipo penal del delito de adulterio, toda vez que no definen la conducta que quede debidamente encuadrada al tipo, por lo que dichos Ordenamientos son omisos y oscuros al no definir exactamente el ilícito en comento.

Por otra parte consideramos necesario transcribir los artículos que sancionaban el delito de adulterio, así como los casos en que era considerado como agravado, en el Ordenamiento que nos ocupa, de donde tenemos:

Art. 894.- "El adulterio sólo se sancionará cuando haya sido consumado; pero si el conato constituyera otro delito se aplicará la sanción señalada a éste".

Art. 895.- "La sanción que corresponde a los adúlteros, será hasta de dos años de segregación y suspensión hasta por seis del derecho de ser tutores o curadores".

Art. 896.- "Si el cónyuge responsable hubiere sido abandonado por el ofendido, el Juez tomará en consideración esta circunstancia como atenuante...".

Art. 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, a la persona con quien comete el adulterio".

De los artículos antes vertidos nos podemos dar cuenta en que caso procede la atenuante en el delito de adulterio, es decir, la circunstancia que disminuye la gravedad del delito; así mismo en que casos se agrava la penalidad para el ilícito que nos ocupa, siendo estas las mismas que el Código de 1871.

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

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

Art. 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".

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

En este Código del año de 1929, establece una condición muy difícil de comprobar, como lo es en el caso en que después de hecha la acusación los cónyuges tuvieron acceso carnal, ya que ante un Juez es muy difícil de comprobarlo o así que lo manifieste alguno de los cónyuges. Aún así esta legislación como ya mencionamos carece de tipo del delito en estudio.

1.3. Código Penal de 1931.

Respecto al Código Penal que nos rige en la actualidad, siendo este el de 1931, en el que aumenta el arbitrio judicial al extenderse los mínimos y máximos de la punibilidad fijados para cada delito.

Así mismo nos encontramos, que en el presente Código se suprimen las circunstancias atenuantes y agravantes, quedando la aplicación de estas solamente para los delitos de Lesiones, Homicidio y Robo entre otros.

De donde queda el delito de adulterio inmerso en el Capítulo IV, Título XV, dentro de los llamados delitos sexuales, en los siguientes preceptos:

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

Art. 274.- "No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando éste formule su querrela contra uno solo de los culpables se procederá contra los dos y los que aparezcan como codelincuentes.

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

Este precepto regula como requisito indispensable la querrela formulada por el cónyuge ofendido y la indivisibilidad de la acción, esto quiere decir, que si se ejercitara acción

penal por la querrela del ofendido contra uno de los adúlteros, también se deberá ejercitar en contra del otro responsable.

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

Este artículo al igual que el 273 ya transcrito anteriormente, no definen la conducta que se prohíbe, solo se concreta a señalarnos la modalidad para que se consuma tal ilícito, y tal y como lo hemos venido repitiendo nunca se demuestra dicha conducta delictiva.

Art. 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.

Esta disposición favorecera a todos los responsables".

El precepto antes referido nos hace alusión al perdón que puede otorgar el ofendido dentro del procedimiento y también cuando ya se haya dictado una sentencia condenatoria, la misma no tendrá ningún efecto, extendiendose este perdón para ambos adúlteros.

Nosotros podemos apreciar que el Código Penal vigente ya no permite la desigualdad en la conducta realizada para el hombre y la mujer, lo que no sucedía con las legislaciones

anteriores, tal y como lo hace aún el Código Penal Español, en donde aún existe desigualdad, no siendo suficiente tal legislación, toda vez que sigue ausente la conducta desplegada por los activos del ilícito, siendo éste el punto principal en que se debe de suprimir tal delito de adulterio, toda vez que ya no opera con su función de prevención como delito; pero sí debe de seguir como una causal de divorcio, ya que podemos deducir que es un aspecto moralista, toda vez que se lesiona el honor del sujeto pasivo, y al que corresponde valorar tal conducta será un Juez Civil.

Ahora haremos una breve síntesis de los Proyectos que se hicieron posteriormente al Código Penal vigente:

*** Proyecto de Código Penal de 1949.**

El Proyecto Federal de 1949, implica algunas mejoras, pero sigue conservando la estructura y fondo del Código de 1931, su orientación doctrinal es la misma del Código vigente.

Por lo que se refiere al delito de adulterio, este proyecto no implicó modificación alguna, ya que no obstante la comisión redactora con suficiente apoyo doctrinario había tratado de suprimirlo, al final de los debates se optó por dejarlo tal y como se encuentra en nuestro Código Penal vigente, lo anterior debido a que se consideraba que el derecho penal tiene un margen ético que acabar y que a este

respecto la mayoría está de acuerdo en que el adulterio es un acto inmoral que produce efectos muy dañinos.

*** Proyecto de Código Penal de 1958.**

Este proyecto constituyo en ciertos aspectos, un avance respecto del proyecto de 1949 y por igual del Código de 1931, de donde tenemos que el presente proyecto sigue fundamentalmente el espíritu que animó a los redactores del Código Penal de Veracruz Vigente de 1948, en donde encontramos que se suprime por primera vez para el Distrito Federal y Territorios Federales, el delito de adulterio, dandonos cuenta de lo anterior del amplio criterio jurídico de los integrantes de la comisión redactora, entre ellos tenemos a los Licenciados Ricardo Franco Guzman, Francisco Pavón Vasconcelos y Celestino Forte Petit entre otros. Siendo este hecho lo más importante, ya que haciendo a un lado el error que sucedio en tiempos pasados se suprime el adulterio como delito, toda vez que no se puede imponer al amplio criterio juridico de la teorías modernas de Derecho, de donde resulta de gran importancia este proyecto ya que plasma la derogación del adulterio, pero desgraciadamente no llegó a aprobarse, de donde, el trabajo realizado por estos estudiosos del Derecho no resulta envano ya que queda como antecedente para futuras realizaciones legislativas.

*** Proyecto de Código Penal de 1983.**

Tenemos que este proyecto se redactó en cumplimiento a una resolución tomada en el II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia el cual se lleva a cabo en el mismo año, lo anterior fue con el fin de lograr una uniformidad de las Legislaciones penales en sus aspectos sustantivo y adjetivo de todas las entidades de la Federación, lo anterior de acuerdo a la Revista Mexicana de Derecho Penal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Siendo este proyecto tradicionalista, pero aporta muchas innovaciones en la parte general como en la especial. Por lo que se refiere al delito de adulterio este también suprimió el presente delito, ya que contaba con la colaboración en la comisión redactora de grandes juristas.

De los anteriores proyectos, podemos darnos cuenta que las concepciones adoptadas en el Código Vigente, por lo que se refiere al delito de adulterio, no pueden regirse por los criterios de legislaciones pasadas, ya que los medios de esas épocas no son aplicables en la actualidad, lo que se puede corroborar con la elaboración de dichos proyectos. Así mismo, estos proyectos son el resultado de una legislación la cual no es suficiente a las necesidades de la sociedad actual.

1.4. Códigos Penales Estatales que regulan el Delito de adulterio.

De acuerdo al régimen político Federal de México, cada uno de los Estados integrantes de la Federación, cuentan con su propia Legislación Penal, lo anterior tiene plena justificación histórica, política, económica, social y cultural, estando todos estos aspectos relacionados, lo que resulta de total importancia para el avance nacional.

Por otra parte tenemos, que el antecedente histórico ya no justifica actualmente la dispersión legislativa, ya que el interés social no se satisface con un sistema que confronta la existencia de más de veinte Códigos Penales.

Los Códigos de los Estados son parecidos tanto en estructura como en fondo al Código Penal de Distrito Federal de 1931, pero en algunas materias hay ciertas diferencias, estas en algunos casos se deben a la integración de nuevos criterios en los Códigos Locales, y por el error que supone un hecho sucedido en un tiempo anterior al actual, y el cual resulta de los criterios seguidos en el Código Penal de 1931, así tenemos como por ejemplo tratándose de el adulterio no encontramos un criterio uniforme en los Códigos Penales, de donde encontramos que algunos Códigos Locales siguiendo la postura del Código Represivo del Distrito Federal de 1931, incluyen dentro de los Títulos el delito de adulterio, pero sin en cambio nos percatamos que otros Códigos Estatales excluyen dicho ilícito.

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

Tenemos que nuestro Código Represivo para el Distrito Federal no define el delito de adulterio y únicamente se limita a sancionarlo, tampoco lo hace el Código Civil para el Distrito Federal, siendo que esta omisión de la ley se suple con el concepto gramatical y tradicional que se tiene de ese ilícito, el cual se interpreta en la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge del sexo opuesto.

Por otra parte debemos hacer mención que se ha tomado como base dicho Código por ser el que le da nacimiento al de los demás Estados que conforman la Federación.

Siguiendo el mismo orden de ideas podemos decir, que la mayoría de los Códigos de los Estados que regulan el delito son los siguientes: Coahuila (1941), Chiapas (1938), Colima (1955), Durango (1944), Guerrero (1953), Jalisco (1933), Morelos (1945), Queretaro (1931), Nayarit (1969), Sinaloa (1940), Tamaulipas (1956); e Hidalgo (1940), siguiendo todos estos Códigos el prototipo del Código Penal Vigente, no así aportan algo diferente al antes referido. Esto es, que estos Códigos Penales de los Estados citados, no definen la conducta del delito de Adulterio ya que no nos describen detalladamente lo que se prohíbe o se castiga, por ende hay que tener en cuenta la jerarquía de leyes ya que donde tiene aplicación el Código Penal Vigente del fuero común para el Distrito Federal y del fuero federal de aplicación para toda la República, esto quiere decir que tendrá aplicación para los Códigos Penales de los Estados referidos.

Por lo que se refiere a los Códigos de Aguascalientes (1949), Estado de México (1961), Guanajuato (1977), Chihuahua (1938) y Tabasco (1972), estos también plasman el delito de adulterio, existiendo a diferencia de los tratados con antelación, estos sin nos dan una definición de la conducta la cual constituye el objeto de la prohibición, así como las circunstancias para que se encuadre la conducta al tipo penal definido y el bien jurídico tutelado. Por lo que se refiere al Código de Aguascalientes y el estado de México ubican al delito en comento en el título de delitos contra la familia y contra el orden de la familia; no así el de Guanajuato, Chihuahua y Tabasco, toda vez que al igual que el del Distrito Federal lo consideran dentro de los delitos sexuales.

De lo anterior es necesario para ilustrar al lector transcribir dichos Códigos anteriormente mencionados:

Código Penal del Estado de Aguascalientes.

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

Código Penal para el Estado de Chihuahua.

Art. 257.- "Se aplicará reclusión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y

a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada, siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo".

Código Penal para el Estado de Guanajuato.

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

Código Penal para el Estado de Tabasco.

Art. 264.- "Se entiende por adulterio, el trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido, o de hombre casado con mujer que no sea su esposa. Para que sea comprobado el adulterio, se necesita que lo sea el acto carnal mismo, sino que otras circunstancias comprobadas lo hagan suponer fundamentalmente".

Los anteriores Códigos definen claramente la conducta que constituye el delito de adulterio, pero aún con esto requieren que la conducta ilícita para que se consuma debe de presentarse en el domicilio conyugal o con escándalo, lo que resulta en la actualidad muy difícil de probar; a excepción del Código de Tabasco el cual no establece circunstancias de lugar para que se consuma tal ilícito, ya que solo agrava la sanción si la conducta se realiza en el domicilio conyugal.

1.5. Códigos Penales Estatales que no regulan el delito de Adulterio.

Respecto a los Códigos de los Estados los cuales no tipifican el delito de Adulterio, podemos enunciar los siguientes: Campeche (1943), Michoacán (1962), Oaxaca (1943), Tlaxcala (1972), Veracruz (1948), Baja California (1977) y Yucatán (Código de Defensa Social de 1938). Para los anteriores ordenamientos jurídicos la conducta del delito de adulterio no tiene relevancia, toda vez que muestran un criterio jurídico muy amplio.

El Código de la Defensa Social de Yucatán del año de 1938, en el que se manifiesta por primera vez en México, la tendencia de excluir de las normas penales la figura típica del delito de adulterio.

2. Diversas Corrientes del Principio de Legalidad.

Tal y como hemos vertido en relación al delito de adulterio, la Doctrina no ha tenido un criterio uniforme sobre el mismo y en especial la Doctrina mexicana, ya que nos encontramos ante opiniones que manifiestan en pro y en contra la regulación de multicitado ilícito en especial para el Código Represivo del Distrito Federal. Así mismo existen opiniones que afirman y niegan que se viola el Principio de Legalidad; de donde daremos una breve síntesis de estas corrientes.

2.1. Corriente que afirma que se infringe el Principio de Legalidad.

Tenemos que entre los autores que afirman que en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal se quebranta el Principio de Legalidad, consagrado en el artículo 14 Constitucional, podemos mencionar entre otros a Celestino Porte Petit, Carrancá y Trujillo y Almaraz, ya que nos señalan fundadamente que en el mencionado precepto no existe definición del adulterio y consecuentemente no existe tipo.

Siendo que para el jurista Porte Petit refiere al respecto que el Código en vigor omite definir el adulterio, y que para los psicoanalistas interpretan como acto fallido y lo que para algunos o tal vez para muchos no tiene trascendencia alguna, por lo que no debemos olvidar que dentro de un sistema liberar y constitucionalmente, no hay tipicidad sin ley.

Por lo que podemos colegir al respecto que en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, es lógico que él mismo no contiene un tipo, es decir, que no existe descripción de una conducta para la cual se establece una pena, por lo que significa una violación al Principio de nullum crimen sine conducta.

Por lo tanto, nosotros consideramos que sí se viola el principio de legalidad, ya que nuestra Carta Magna es muy clara al plasmar en su artículo 14 párrafo tercero; que " en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

De lo anterior, podemos señalar que no puede considerarse delictuosa una conducta o un hecho, sino por expresa declaración de la Ley, por lo que no se puede infringir el principio baluarte de la libertad, - nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege -.

2.2. Corriente que niega que se infringe el Principio de Legalidad.

Fundamentalmente encontramos que el Maestro Castellanos Tena y Gonzalez Blanco entre otros, nos sostienen que no se infringe el Principio de Legalidad, ya que carece de validez el hecho de que la Ley no defina que es el adulterio, toda vez que esto significa sólo un elemento del tipo no un todo lo descrito por la legislación penal, y no la conducta que debería conformar el adulterio; siendo que para los autores que sustentan este criterio no importa la falta de definición, porque exigirla equivaldría a censurar al legislador por no haber definido el delito materia del presente estudio.

Así tenemos que para ellos está perfectamente configurado el delito de adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo, previsto en nuestro Código Penal.

3.- Postura de la Jurisprudencia.

3.1. Interpretación del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal.

Podemos mencionar que al igual que la Doctrina también la Jurisprudencia ha aportado criterios respecto de la interpretación del artículo 273 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal.

De esta forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la definición del adulterio, da una interpretación puramente gramatical ya que establece: "A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, que en general, se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República, para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramaritales de los cónyuges y aunque estas por su propia naturaleza, son susceptibles de apreciarse a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal".(34)

(34)Semanao Judicial de la Federación. Tomo LXXXI, pág. 4757

Por otra parte la Jurisprudencia así como la doctrina han sustentado, que es cierto que el Código Penal no define, en su Capítulo relativo, el delito de adulterio, pero las mismas han establecido de manera firme, que consiste en "la infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada"

De lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación así como gran parte de nuestra Doctrina, reconocen que no existe definición del delito de adulterio en nuestro Código Penal para el Distrito Federal, es decir, que no hay descripción de la conducta que se prohíbe, por lo que se acude a la doctrina la que nos pone de manifiesto en que consiste dicha conducta, también podemos darnos cuenta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación no afirma que se viole el principio - Nulla poena Sine crimine - cuando se aplica una pena por la realización de una conducta que la misma Ley no dice en que consista.

Pero sin embargo resulta que la propia Suprema Corte Justicia de la Nación se contradice, al sostener respecto de la adecuación típica que "la tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentre adecuado al tipo que describe la ley penal...para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal...puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación, o la modificación del mundo exterior, es decir,

la producción del resultado lesivo, enmarque dentro de la definición de un tipo penal...". (35)

De donde se desprende que para que una conducta sea típica, debe encuadrarse dentro de la definición de un tipo penal, pero se da el caso que tratándose del delito de adulterio que preve nuestro artículo 273 del Código Represivo no hay tal definición, como la misma Suprema Corte de Justicia lo acepta. Así mismo decir que el adulterio es punible cuando se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, nos deja en las mismas circunstancias, ya que de ninguna forma nos dice en que consiste la conducta adulterina, sino solamente hace mención a referencias de "lugar" o de "modo" para que se realice dicha conducta ilícita.

De donde observamos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación para llenar el vacío no plasmado en nuestra legislación penal respecto al adulterio, recurre por un lado a la significación gramatical del mismo, esto es al análisis del lenguaje utilizado como lo es las relaciones extramatrimoniales las cuales no se encuentran plasmadas, más sin embargo se utiliza éste término en cuanto lo entiende la sociedad, por lo cual sería atender a la costumbre en una comunidad para interpretar el contenido de dicho ilícito de adulterio.

Pero de ésta forma entendemos que sólo la costumbre se utiliza cuando una ley no se interpreta, siendo que en el presente caso no puede ser la costumbre en el Derecho Penal

(35)Semanao Judicial de la Federación, Tomo CXVII, pág. 73.

fuente alguna de responsabilidad criminal; toda vez que sí existe un artículo que sanciona al adulterio, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 Constitucional.

Teniendo en cuenta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo que está haciendo es crear un tipo en cuanto al delito de adulterio, sin embargo la función de la misma no es crear sino interpretar el Derecho, ya que la función creadora de leyes compete a otro órgano del Estado, por lo cual se demuestra que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sale de su esfera de atribuciones.

Por último debemos mencionar que en el presente capítulo en torno al delito de adulterio no existe un criterio uniforme tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia.

Toda vez que del análisis del adulterio en el ámbito legislativo vertido en el presente capítulo nos podemos dar cuenta que no hay uniformidad de criterios en los ordenamientos penales del país, ya que existe una corriente que se separa de la tendencia de excluir al adulterio del catálogo de delitos, con la cual estamos de acuerdo, toda vez que el adulterio ya no cumple con su función de prevención como lo es de todo delito.

Al igual existe disparidad de criterios en la Doctrina respecto al mismo, ya que existen las corrientes que afirman que se infringe el Principio de Legalidad y por el contrario existe la corriente que manifiesta que no se infringe el Principio antes referido; por lo que nosotros podemos afirmar que se sí infringe el Principio de Legalidad.

Por lo cual, al unificar nuestro criterio afirmamos que el adulterio no debe ser considerado como delito y más aún éste no debe de ser punible, lo cual pasaremos a demostrar en el siguiente capítulo tomando como base los criterios y corrientes plasmados en el presente trabajo, los cuales nos sirven de apoyo para dar nuestra opinión.

CAPITULO V

NECESIDAD DE SUPRIMIR EL DELITO DE ADULTERIO

- 1.- Planteamiento del Problema.**
- 2.- Consideraciones Doctrinales.**
- 3.- Punición del delito de Adulterio.**
- 4.- Consideraciones Político Criminal.**

C A P I T U L O V

NECESIDAD DE SUPRIMIR EL DELITO DE ADULTERIO

1.- Planteamiento del problema.

Tal y como ha quedado plasmado en el capítulo anterior los cambios que ha sufrido nuestra Legislación Penal, así como los criterios de la Doctrina en torno al adulterio y por cuanto hace a la Jurisprudencia los valores protegidos por la misma; igualmente las dificultades que presenta el contenido del artículo que regula el delito de adulterio de nuestro Código Penal (artículo 273).

Por otra parte, debemos tener en cuenta que en la actualidad existe un verdadero reajuste de los valores, siendo necesarias nuevas disciplinas en cuanto a los mismos, lo cual nos conlleva a una modificación en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Por lo que tratándose de dichas transformaciones sociales, surge la necesidad de una protección de los bienes jurídicos, dando nacimiento a nuevos valores y por consiguiente a su protección jurídica. Sin embargo, en virtud de las evoluciones sociales que vivimos en la actualidad no siempre es necesaria la intervención del Derecho penal, toda vez que en el caso de adulterio sería cuestión de otra rama del Derecho como lo es en materia civil meramente.

Por consiguiente, el desarrollo social nos muestra que el Derecho Penal constituye una fuente de prevención y sanción, no debiendo considerar dentro del mismo conductas las cuales no son necesarias que se sancionen, como lo es en el presente caso el delito de adulterio, ya que estas radican en el cambio de la misma sociedad, pero sí servirán para la salvación de conflictos sociales, matrimoniales, etc; que serían considerados dentro de la rama del Derecho Privado en materia civil, y no del Derecho Público.

Siendo estas circunstancias y todas aquellas vertidas dentro del presente trabajo las que nos motivan a plantear con más detenimiento el problema relativo a la regulación del adulterio en el Código Penal, para demostrar si es necesaria o no en la actualidad sancionar tal conducta.

Por consiguiente para llegar a una determinación la cual hemos venido planteando desde el inició del presente trabajo en cuanto a la regulación del adulterio en la legislación penal, es conveniente analizar el problema en los aspectos, los cuales consideramos nos conducen a la mejor solución; tales como el Doctrinario y el Político Criminal.

2.- Consideraciones Doctrinales.

En primer término es necesario señalar que nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal, al igual que muchos otros locales, ubican al delito de Adulterio dentro del Título de los Delitos Sexuales.

Por lo que es necesario cuestionarnos: ¿Es el Adulterio realmente un delito sexual?, ¿Cuales son las características de los delitos sexuales?, ¿Qué bienes jurídicos se protegen en este tipo de delitos?. Toda vez que debemos saber cual es el bien jurídico que se protege en los delitos sexuales y si ese bien que se protege es el mismo en el delito de adulterio; lo cual nos servirá para constatar si el Legislador del Código Penal que nos rige, fue correcto al incluir el delito de adulterio en el Título de los delitos sexuales, y para darnos cuenta si en realidad es necesario en Derecho Penal en la protección del mismo.

Así mismo, si a simple vista observamos el contenido de cada uno de los delitos sexuales, tales como el Abuso Sexual, Estupro, Violación, entre otros; se contempla la naturaleza de los bienes jurídicos que en ellos se protege, de los cuales podemos concluir de acuerdo a lo establecido a los tratadistas del Derecho, que estos delitos se caracterizan, partiendo de la consideración de los bienes jurídicos que tutelan, por la lesión que producen en la libertad o la seguridad sexual. Toda vez que la realización de los ilícitos sexuales se llevan a cabo en contra de la voluntad del sujeto pasivo, consumandolos por medio de la violencia física o moral, constituyendo evidentemente un ataque a la libertad sexual.

Por lo cual, es indiscutible que en el delito de adulterio no se ataca a la libertad o seguridad sexual, como lo

es en los demás delitos sexuales, tal y como ha quedado establecido que en el delito de adulterio se protege a la fidelidad sexual prometida en virtud del matrimonio y la moral pública, tal y como lo han establecido algunos autores, como ya lo hemos mencionado.

Por último podemos mencionar que la ubicación del delito de adulterio es errónea toda vez que no se lesiona la libertad o seguridad sexual, por lo que no debe ser considerado dentro del Título de los delitos sexuales, ya que como hemos expuesto carece de elementos básicos para integrarlo, ya que solo establece circunstancias de modo y lugar.

3.- Punición del delito de Adulterio.

Por cuanto hace a la punición del ilícito en estudio, existen diversas opiniones de la Doctrina, por cuanto a la regulación del mismo, de la cual ya nos hemos referido y con posterioridad a la punibilidad de ilícito del adulterio.

Las cuales son necesarias establecer y las que nos servirán de apoyo, por una parte lo establecido por los autores quiénes no están de acuerdo a la penalización del adulterio con quiénes compartimos nuestro criterio, toda vez que consideramos que el adulterio no es una conducta delictiva; pero por el contrario también existen autores quiénes establecen que dicha conducta debe sancionarse con quiénes no estamos de acuerdo, por lo que pasaremos a enunciar brevemente el criterio de los

autores que consideran que el adulterio debe de sancionarse.

Primeramente, por lo que hace a los autores que consideran que el adulterio es una conducta delictiva y aún más que ésta deba ser penalizada, nos dicen que esta conducta lesiona el bien jurídico protegido por la norma como lo es "la fidelidad conyugal y la moral pública"; entre ellos tenemos a Ricardo C. Nuñez, Puig Peña, Cuello Calón, González de la Vega, Antonio Moreno; entre otros.

Así mismo, tenemos que los antes mencionados argumentan que la violación a bien jurídicamente tutelado ya sea por la mujer o por el marido, debe de merecer pena represiva, toda vez que el adulterio es uno de los más trascendentes delitos contra la honestidad; y de no ser punible traería consigo una alteración a la moral, por lo cual afirman que la violación al orden jurídico matrimonial es la violación de un interés estatal.

Por otra parte si bien es cierto que los autores antes citados, quiénes están de acuerdo con la punición del delito de adulterio, nos hacen mención que éste referido ilícito quebranta el orden jurídico del matrimonio, la moral y la honestidad; ellos mismos están manifestando que es materia de otra rama del Derecho, toda vez que altera solamente al matrimonio y en la actualidad es demasiado trascendente, por lo nosotros no estamos de acuerdo a que el adulterio sea

considerado como un delito y mucho menos que sea punible, ya que en la actualidad éste no cumple con su función de prevención como lo es de todo delito.

Para robustecer nuestra opinión contamos con los criterios de los autores abolicionistas, entre ellos podemos citar a Langle Rubio, Vicente Tejada, Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Manzini, Fontán Baleztra, González Blanco.

Por su parte Langle Rubio manifiesta al respecto que "A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que solo afectan a sí mismo ... no puede servir de base al delito la inmoderación lujuriosa de los culpables ... " (36). De donde afirmamos que no debe ser punible el adulterio, solo porque altera el orden familiar, toda vez que siempre existen otro tipo de problemas que alteran el orden familiar y estos no son punibles (Divorcio, Pensión alimenticia etc); haciendo notar que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe un orden, ni armonía, creandose una relación ficticia, por lo cual el adulterio no altera el orden familiar, toda vez que éste ya se encontraba alterado.

Por otra parte Vicente Tejera, afirma que lo que destruye la conducta adulterina de uno de los cónyuges es la relación de unidad producida por el amor, si es que dicha relación no estaba antes ya destruída; y por consiguiente produce el abandono y desatención de uno de los cónyuges alterando su matrimonio.

(36)Cuello Calón. Op Cit. pág. 629.

Por lo cual, la alteración al orden familiar, es meramente materia de Derecho Privado, toda vez que en Derecho Civil también existen sanciones para castigar y evitar el adulterio, tales como el mismo Divorcio, la pérdida de patria potestad, etc. Así mismo, el adulterio ataca solamente a la institución privada de la familia, de donde sus consecuencias deben de ser privadas y tratadas dentro del Derecho Privado.

Ahora bien existe lo establecido por el Maestro Jiménez de Asúa, quien sostiene que: "El adulterio no debe ser estimado como delito y sólo debe acarrear sanciones civiles, como el divorcio o la separación de cuerpos". (37)

Por otra parte, al argumentar que el adulterio produce un daño social, es partir de una base falsa, toda vez que a la sociedad poco o nada le importa que se cometa el adulterio, pues la sociedad no sufre ningún daño directo, lo cual debe de tomarlo en cuenta el legislador, sobre todo por considerar al adulterio como un delito perseguible por querrela, ya que sí se infringiera el daño que algunos autores mencionan tal delito debería perseguirse de oficio y no por querrela de parte como actualmente se hace.

De donde, podemos concluir que el adulterio no es un delito público, pero sí un incumplimiento de una obligación civil voluntaria y legal, que tiene que ser sancionada por medio de leyes civiles y no por el Derecho Penal, toda vez que

(37) Jiménez de Asúa. Op. cit. pág. 254.

un juicio penal no cumple en la actualidad con su función de prevención como ya mencionamos, y si por el contrario produce un escándalo, no corrigiendo la conducta del adúltero culpable y si humilla al inocente.

Ahora bien hasta este momento se ha ventilado que el delito de adulterio que establece nuestro Código Penal Vigente no existe definida la conducta adulterina en el citado ordenamiento, por consiguiente al no especificar la prohibición de la conducta ilícita, por lo que se deja una laguna, la cual ni la misma Jurisprudencia ha podido subsanar y para muestra basta citar la siguiente:

"ADULTERIO. El tipo del delito correspondiente, se integra precisamente con un adulterio que tenga verificativo en el domicilio conyugal o con escándalo. Estos son los elementos integrantes del tipo. Lo que ocurre es que probablemente no sea muy certero el nombre que se ha dado a la figura delictiva, ya que se toma, para la denominación, de uno de los elementos, lo que equivale a confundir el todo con una de sus partes. Tal vez hubiera sido más técnico que el legislador hubiera dado otro nombre a la figura penal, pero esta circunstancia es irrelevante y carece de toda importancia lo cierto es que se realiza precisamente por la verificación de un acto adulterino en las condiciones exigidas por el dispositivo correspondiente. Mucho se ha explorado la cuestión de que no existe el tipo por que la Ley no define lo que es adulterio. Ya se ha indicado que el adulterio no es sino un elemento constitutivo de la infracción, elemento que efectivamente la Ley no define, como tampoco proporciona la definición de lo que es "vida", en el Homicidio, ni de "cópula", en el Estupro, etc.; pero en estas últimas infracciones como en la mayoría de las que figuran en la Legislación, al todo se le designa con una palabra diversa a la de una de sus partes (cosa que no ocurre con el llamado delito de adulterio), más como se ha indicado, el hecho relativo a la denominación carece de

eficacia alguna para destruir el tipo correspondiente que se integra con la descripción de los elementos hecha por el ordenamiento jurídico". (38)

Desprendiendose de lo anterior que al igual que el artículo 273 de el Código Penal Vigente y la Jurisprudencia antes transcrita, únicamente se limitan a señalar circunstancias de lugar (domicilio conyugal) y de modo (con escándalo), en que ha de realizarse dicha conducta, de donde podemos darnos cuenta, que si la conducta no se comete con las circunstancias aludidas no se integra tal tipo, y por lo tanto no existe un bien jurídicamente protegido por la Ley.

En la realidad actual podemos percatarnos que la sociedad y muchas veces al ofendido no le importa la incriminación del adulterio, lo cual podemos demostrar con la cifra mínima de querellas presentadas por el presente ilícito, desprendiendose de la investigación realizada en el Centro de Computo y Estadística del Área de la Dirección de Análisis Procesal de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en donde nos aportan que en los últimos 4 años se han recibido 60 querellas en toda la zona Metropolitana, ocupando este delito el último lugar en el cuadro estadístico de ilícitos.

(38)Semanario Judicial de la Federación, Volumen XXVIII,
pág. 10.

No podemos negar que el adulterio provoca perturbaciones en el buen funcionamiento de la familia, pero sin embargo, el Derecho Penal no puede intervenir en todas las circunstancias que provoquen perturbaciones de la vida familiar, ya que bastaría con la intervención del Derecho Civil para sancionar esas circunstancias, toda vez que resultan menos severas que las impuestas en el Derecho Penal, pero son suficientes para lograr la defensa de la familia.

4.- Consideraciones Político Criminal.

Al considerar éste punto, es menester determinar que conductas debemos de considerar o elevar a la categoría de delitos, así como la aplicación de las penas o medidas de seguridad, siendo esto lo que le corresponde a la política criminal, ya que ésta señala en cada caso los bienes y en que medida deben ser protegidos por el Derecho Penal.

Por lo que no entraremos en abundamiento en torno a establecer la Política Criminal y sus objetivos, de donde es suficiente mencionar que el hombre siempre se ha preocupado por encontrar medidas de seguridad eficaces para combatir la criminalidad, estableciendo de ésta forma los medios por los que el Estado a través del Derecho trata de lograr ese objetivo (penas y medidas de seguridad); los cuales han sido modificados lentamente en virtud de las exigencias Político Criminales que viven en cada época.

Así mismo, si partimos del supuesto que del poder del Estado Moderno que precede del pueblo, entonces éste es el que debe tener como función la creación y el aseguramiento de las condiciones, las cuales satisfagan las necesidades vitales de los individuos. De donde para lograr dicha finalidad de proteger esos bienes jurídicos vitales, el mismo Estado cuenta con el Derecho como un recurso, toda vez que el Derecho se ocupa del comportamiento humano a través de sus ordenamientos.

De lo anterior, podemos colegir que el objetivo del Derecho Penal sólo puede derivar del Estado y por consiguientes sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro. Siendo la justificación de esa función que se desprende directamente del deber que incumbe al Estado a garantizar la seguridad de sus miembros, a pesar de conductas delictivas, como privar de la vida a una persona, robar, lesionar; etc., lo que posee una evidente significado moral.

Por lo cual al Derecho Penal no le corresponde la función de moralizar a los ciudadanos, pero sí sancionar esas conductas delictivas, así mismo pretende evitar consecuencias que perturben la paz, las cuales se producen en el orden social, es decir, que previene dichas conductas ilícitas.

A su vez afirmamos que el Derecho Penal solamente protege los bienes jurídicos de la sociedad como por ejemplo: la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, la posesión;

etc., imponiendo sanciones establecidas dentro de un ordenamiento jurídico, ha quien produzca una lesión en esos bienes; ésta protección de bienes jurídicos la cumple en cuanto prohíbe y castiga las conductas que transgredan dichos bienes.

Por lo tanto el Derecho Penal señala como primordial objetivo, el prevenir y sancionar todas aquellas conductas ilícitas, lo cual realiza en los aspectos: prevenir, imponer y ejecutar penas; ya que ha cada uno de estos aspectos le corresponde una finalidad. Así tenemos que la finalidad de prevenir, corresponde a que no se realicen conductas ilícitas; la de imponer se refiere a que si realiza la conducta delictuosa se hará acreedor a una sanción; y por lo que respecta a la ejecución de penas se ejecuta a través de una sentencia la cual tendrá que cumplir.

Siendo que tal finalidad del Estado, es proteger esos bienes jurídicos, los que ya hemos señalado se hace a través del Derecho para proteger esos bienes, pero no siempre es necesario recurrir al Derecho Penal para sancionar conductas ilícitas que lesionen esos bienes, por lo tanto sólo en determinadas condiciones, es decir, cuando por otros medios enérgicos resulten insuficientes, del tal manera que donde no basten, por ejemplo medidas de Derecho Civil o de Derecho Constitucional, será necesario que el Derecho penal haga su entrada para utilizar sus medios.

De lo anterior podemos manifestar que el Derecho Penal no es el indicado para sancionar conductas inmorales que no lesionan un bien jurídico, toda vez que estas inmoralidades se ocultan dentro de una esfera privada del individuo. También el Derecho Penal se encarga de proteger a través de las penas y medidas de seguridad, los bienes jurídicos fundamentales del orden social.

Esto nos lleva a establecer que en la realidad actual el Derecho Penal no cumple su función en torno al Adulterio, tal es el caso que en el Distrito Federal, si bien existen querellas del mencionado ilícito en mínima cantidad, estas nunca llegan a concluir en un proceso y mucho menos a dictarse una sentencia condenatoria, lo cual hemos corroborado con diversas opiniones de Jueces de Paz en materia Penal, ya que son competentes para conocer los escasos procesos del delito en cuestión.

Así mismo, en la actualidad existen matrimonios o familias, que se han desintegrado por causas distintas al adulterio, tales como problemas económicos, por alcoholismo de alguno de los cónyuges, por amenazas o injurias graves de un cónyuge para el otro, etc. siendo estas razones las que muchas veces encaminan a uno de los cónyuges a cometer el delito de adulterio, siendo que ese tipo de problemas afectan más a la

familia y el Estado no hace nada por darles una adecuada solución.

Por último, es menester establecer que el número de querellas presentadas en la actualidad, son una prueba más para determinar lo inadecuado que es el adulterio dentro de nuestra Legislación Penal Vigente, y por consiguiente el Derecho Penal no cumple con su finalidad en cuanto al citado delito, ya que no cumple con la función de prevención como lo es de todo delito.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Del análisis que hemos realizado en las diversas etapas de la historia del hombre y del Derecho Penal, nos podemos dar cuenta que el pensamiento en torno al delito de Adulterio ha venido cambiando constantemente, por lo que de continuar con esos cambios en la época actual se puede justificar la derogación al delito de Adulterio.

SEGUNDA.- Como ya quedó analizado, para que una conducta sea ilícita es necesario que se demuestren todos y cada uno de los elementos del tipo, por lo que al no establecer en nuestro Código penal Vigente para el Distrito Federal la conducta que debe de exteriorizar uno o ambos cónyuges adúlteros, no existe un tipo, ya que sólo nos señala circunstancias de modo y lugar.

TERCERA.- Los elementos de todo delito los son la conducta, antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, por lo que al no existir en nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal una definición exacta del delito de Adulterio, mucho menos podemos establecer cuales son sus elementos y por consiguiente no debe de ser punible.

CUARTA.- Nos hemos dado cuenta que en la sociedad actual, e incluso en aquellos lugares en donde las sociedades son más desarrolladas, se observa una serie de manifestaciones en las

relaciones humanas, las cuales nos conducen a la aceptación de que el Adulterio como no es un hecho reprobado, como lo son otros delitos graves que provoquen peligro para la sociedad.

QUINTA.- Para poder considerar que una conducta es ilícita debemos analizarla de acuerdo a la Política Criminal y ver su trascendencia dentro del Derecho Penal y determinar el grado de afectación que provoca a la sociedad; toda vez que como se observa en algunos Estados de la República Mexicana el Adulterio ha sido suprimido como delito, reservandolo sólo al Derecho Civil.

SEXTA.- Es incuestionable que el delito de Adulterio está considerado en el apartado de los delitos sexuales, siendo que desde ahí es en donde empieza el problema al darle el legislador una mala ubicación dentro del Código Penal, toda vez que en éste no se viola la libertad sexual; y por consiguiente no existe un bien jurídico protegido por dicho ilícito.

SEPTIMA.- Por lo que hace a las transformaciones sociales, deben ser determinantes para valorizar jurídicamente determinadas conductas, de las cuales la sociedad no se altere o haya cualquier tipo de reacción indigna en contra de la misma, luego entonces sí el Adulterio no protege un bien jurídico, mucho menos debe considerarse como conducta ilícita.

OCTAVA.- Nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal, así como algunos otros Estatales que los siguen, presentan una laguna enorme al no definirnos el delito de adulterio, lo que provoca una violación al principio de Legalidad, ya que no puede considerarse delictuosa una conducta, sino por expresa declaración de la Ley.

NOVENA.- Como lo hemos referido, no existen en los últimos años Sentencias Condenatorias respecto del ilícito de Adulterio, ya que en la mayoría de los casos se otorga el perdón por parte del querellante, o bien, no llegan a integrarse los elementos del mismo, resultando que no debe considerarse como criminológico.

DECIMA.- Las normas penales vigentes han demostrado su incapacidad absoluta respecto del Adulterio, ya que no cumplen con su función de prevención del delito, toda vez que como se observa no se ha evitado o disminuído éste tipo de conductas.

DECIMA PRIMERA.- De todo lo anteriormente expuesto en el presente trabajo, podemos concluir que la figura del delito de ADULTERIO DEBE DEROGARSE de nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal, toda vez que el Estado tiene la obligación de proteger la Institución matrimonial y familiar, por lo que no es necesaria la intervención del Derecho penal para lograrse ese fin, haciendo mención que de las relaciones matrimoniales

y familiares se debera de encargar de protegerlas otra rama del Derecho, tal como lo es el Derecho Civil.

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

Carmona, Miguel E. El Adulterio en el Derecho Civil, Canónico, Social, Penal y Procesal; Editorial Jurídica Española, Barcelona, España, 1956.

Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal Especial; Volumen III, Tomo V, Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 3ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1973.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

Carrancá y Trujillo, Raúl; y Carrancá y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado, 17ª Edición, México, 1993.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 25ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

Cobo, Manuel. El Bien Jurídico en el Adulterio, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVI, Editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, España, 1963.

Colín Sanchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 13ª edición, editorial Porrúa, México, 1992.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I, 8ª Edición, Editorial Nacional S. A., México, 1951.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Bosch, Barcelona, España, 1ª Edición, 1952.

De Ausejo, Serafín. Diccionario de la Biblia. Editorial Herder, Volumen XXIII, Barcelona, España, 1963.

De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 14ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo II. Artículo Adulterio. Primera Edición, Editorial Espa-Calpe, Madrid, España, 1967.

García Gallo, Alfonso. Manual de Historia de Derecho Español. Tomo I, 3ª Edición, Editorial Artes Gráficas, Madrid, España, 1967.

Góngora Pimentel, Genaro. y Acosta Romero, Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 3ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1987.

Gonzalez de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 13ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1975.

Gonzalez de la Vega, Francisco. El Código Penal Comentado, 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.

Guía de Diligencias Básicas para el Ministerio Público, Editado por la Procuraduría General de Justicia para el Distrito Federal, Programa de Reforma de Barandilla, 1990.

Jimenez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Hermes, Buenos Aires Argentina, 1954.

Jimenez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1943.

Jimenez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Parte Especial, Volumen IV, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1953.

Maggiore Giuseppe. Derecho Penal, 3ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1954.

Margadant S., Floris Guillermo. Derecho Romano. 14ª Edición, Editorial Esfinge, México, 1986.

Martínez Castro, Antonio. Exposición de Motivos del Código Penal de 1871, Cotejada con los textos oficiales por el Lic. Adolfo Valle, Librería de la Viuda de CH. Bauret, México, 1907.

Moto Salazar, Efraín. Elementos del Derecho, 32ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

Muñoz Conde, David. Teoría General del Delito, Editorial Temis, Jerez, Cádiz, 1983.

Oscorio y Nieto, César. Síntesis de Derecho Penal, Parte General, 2ª Edición, Editorial Trillas, México, 1986.

Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas, Editorial Mayo, México, 1981.

Porte Petit, Celestino. Programa de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1959.

Roman Lugo, Fernando. Hacia la Unificación Legislativa, Revista Jurídica Veracruzana, Número 1, Tomo XXII, 1971.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1989.

Sagrada Biblia. Trad. Agustín Magaña Méndez, 14ª Edición, Ediciones Paulinas, 1982.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1960.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General, Reimpresión, Cardenas Editor, México, 1991.

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

Colección de Códigos Penales para toda la República. Editorial Porrúa, México, 1993.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1994.

Castro Zavaleta, Salvador. 75 Años de Jurisprudencia Penal Mexicana 1917-1991, Tomo I, Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, Guanajuato, 1992.