

308



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO ^{2y}

FACULTAD DE DERECHO

"LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE ADULTERIO COMETIDO FUERA DEL DOMICILIO CONYUGAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JUAN JOSE CRUZ



TESIS CON FALLA DE ORIGEN

CD. UNIVERSITARIA, D.F.

1996

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

CON TODO CARIÑO Y RESPETO
DEDICO EL PRESENTE TRABAJO
A MI QUERIDA FACULTAD DE
DERECHO DE LA U.N.A.M.

A MIS PADRES Y HERMANOS
QUE CON SU EJEMPLO DE
HONRADEZ Y DIGNIDAD ME
ENSEÑARON A SER HOMBRE
LIBRE.

A MI ESPOSA E HIJOS
LUCIA SANCHEZ CONTRERAS,
JANETH Y ADALBERTO PARA
ELLOS MI PENSAMIENTO Y MI
IMPERECEDERO RECUERDO DE
AMOR.

A MI INOLVIDABLE HERMANO
CONSTANTINO, EN SU DESCANSO
ETERNO ...

LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE ADULTERIO COMETIDO FUERA DEL DOMICILIO CONYUGAL.

CAPITULO I

1.1.-	Concepto de Derecho	1
1.2.-	Ramas del Derecho	11
1.3.-	Concepto de Derecho Penal	26
1.4.-	Concepto de delito	29
1.5.-	Antecedentes históricos del delito de adulterio en	36
	a) Roma	38
	b) Francia	45
	c) España	50
1.6.-	Antecedentes del delito en estudio de México	57
	a) Epoca precortesiana	58
	b) Epoca colonial	67
1.7.-	Antecedentes legislativos en México	74
	a) Epoca independiente	74

CAPITULO II

ANALISIS DEL DELITO DE ADULTERIO EN MEXICO

2.1.-	Concepto de tipo penal	95
2.2.-	El tipo penal de adulterio	105
2.3.-	Los elementos generales del tipo	111
2.4.-	Los elementos especiales del tipo en general	125
2.5.-	Aplicación al caso concreto	131
2.6.-	Clasificación del delito en orden a los elementos del tipo ..	133
2.7.-	Clasificación del adulterio	157
2.8.-	Modalidades del adulterio	162
2.9.-	Elementos formales del tipo	164
2.10.-	Medios de comisión del ilícito penal	176
2.11.-	Referencias temporal y espacial	179
2.12.-	Elementos subjetivos ó dolo específico, elementos normativos	187
2.13.-	Calidad del sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material ..	196
2.14.-	Cantidad del sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material ..	197
2.15.-	Elementos especiales del delito en estudio	199
2.16.-	Sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, objeto material, elemento normativo, referencia, medios de comisión, elementos subjetivos, unidad jurídica.	203

CAPITULO III

EVOLUCION Y COMPARACION DEL PRECEPTO INVOCADO EN LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS

3.1.-	Entidades federativas que contemplan el delito de adulterio	211
3.2.-	Legislaciones en donde el delito de adulterio ha desaparecido	219

CAPITULO VI

4.1.- Análisis del término domicilio conyugal (Art. 273, c.p.)	220
4.2.- La conveniencia de la supresión del término domicilio conyugal	226
4.3.- Supresión del término domicilio conyugal como medio de prueba, desde el punto de vista penal	229
4.4.- Análisis de la supresión del término domicilio conyugal en base a la moral y a las buenas costumbres	231
4.5.- La responsabilidad penal	236
4.6.- Tipos de responsabilidad penal	254
GENERALIDADES	264
CONCLUSIONES	272
BIBLIOGRAFIA	282

1.1 CONCEPTO DE DERECHO

Todo estudioso que quiera penetrar en el umbral de esta ciencia jurídica por fuerza tiene que hacerse esta pregunta sobre, -- ¿que es el Derecho? ¿y para que sirve?, en la búsqueda de la contestación a esa pregunta se encuentra un mundo lleno de respuestas; desde épocas muy remotas hasta nuestros días, ha sido tema de grandes controversias tanto para los grandes juristas de la antigüedad, hasta los modernos tratadistas actuales, lo que ha dado por resultado que existan un sin número de definiciones de acuerdo al criterio de cada una de ellas.

A continuación exponemos las definiciones que más relevancia tienen en el mundo jurídico, y para empezar por la propia palabra Definición, según el diccionario de la lengua española quiere decir "Explicación de lo que una cosa es" ó bien la siguiente que dice: "definición" quiere decir, definir un término es descubrir su significado, esto es lo que el diccionario de la lengua castellana nos dá a entender, hoy día, en cambio como los jurisconsultos romanos, que en épocas pasadas invadieron el mundo con sus sabias definiciones, para la fecha en que nos tocó vivir es de escudriñar las páginas de la historia y así a continuación reproducimos aquellos sabios contenidos.

La palabra derecho, se deriva, en efecto de *Dirigere*, é implica una regla de conducta.

De este modo considerado, el Derecho es el conjunto de reglas que rigen las relaciones sociales. (1)

Actualmente pensamos que esta definición ya no corresponde a nuestra realidad, si bien es cierto que el derecho es un conjunto de normas que la sociedad práctica y que norman sus relaciones, - también es cierto que dichas normas están reconocidas y sancionadas por el Estado que les dá el rango de ley, por declararlo así el propio poder del mismo. Pues el ser humano está dotado de voluntad que a la vez le permite desenvolverse libremente con todas sus facultades, pero ya en sociedad, ésta libertad está limitada por el respeto a la libertad de los otros, y de esto resulta que hay necesidad que se establezcan reglas que garanticen a cada elemento de la comunidad con una medida igual al ejercicio de su actividad y la teoría de estos principios constituyen el Derecho,

Por lo tanto queda establecido que la palabra derecho es el conjunto de reglas que rigen las relaciones sociales, ya que el -

(1) Diccionario Cultural Junior, Tomo 3, Edit. Salvat, S.A., Ediciones Pamplona, p. 252. Madrid 1980.

hombre civilizado encuentra en su conciencia la razón de lo justo y de lo injusto, concibiendo así la idea de un derecho natural a todo lo justo, pero sea cual fuere el nombre que se le dé a este derecho, sería insuficiente para gobernar las relaciones sociales, es indispensable, dice, las reglas más precisas, formuladas en -- textos. A la autoridad, a la que los hombres han investido de este poder, pertenece la facultad de publicar en edictos estas reglas, que constituyen las leyes, y ese conjunto forman el derecho positivo, al que por consiguiente se define como: "El conjunto de reglas cuya observancia está prescrita y sancionada en los distintos pueblos". (2) Esto afirma Eugene Petit y sigue diciendo que el derecho es variable en cada pueblo por las malas interpretaciones de la gente y que para poder perfeccionarse en leyes, las Instituciones tardan siglos, reconociéndose así un derecho de orden político consistente en la participación de los ciudadanos en el gobierno y en la administración del Estado.

Los otros son de orden privado tales como los derechos de familia, reales, de crédito y otros. (3)

El autor Fernando Castellanos se pronuncia en el mismo senti

(2) Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Privado, Editorial Nacional, México 1966, p. 15.

(3) Ibid. p. 16.

do cuando define al derecho diciendo: "Derecho es el conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombre en sociedad los cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado". (4) Una vez más el maestro -enriquece esta definición cuando dice que rige la conducta externa de los hombres y que a la vez puede imponerse mediante la fuerza de que dispone el Estado, cuando dice que rige la conducta externa de los hombres, para no confundirlo con la moral, conducta interna del hombre; y cuando hace referencia a la obligatoriedad del estado quiere decir que debe de acompañarse de una sanción y que dicha sanción provenga de un organo superior como es el Estado. La recopilación que hacen estudiosos extranjeros en la Enciclopedia Omeba exponen que "El derecho como norma social es una forma de vida humana. Contemplando el Derecho predominante desde el punto de vista de que él constituye un conjunto de normas, hay que destacar los siguientes aspectos o dimensiones; primero, el Derecho está constituido por formas objetivadas de vida humana; -segundo, se trata de formas de conductas colectivas; tercero, estas formas tienen carácter normativo". (5)

La propia obra en cuestión a su vez nos aclara la diferencia

(4) Castellanos, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, 4a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1967, p. 17.

(5) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo VI, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1966 p. 898.

entre norma jurídica y otros tipos de normas que poblan el mundo social sosteniendo: "1o.- Que el derecho es una obra humana, un producto objetivado de la vida humana histórica, esto es, condicionado e influido por una circunstancia social y destinado a configurar ó reconfigurar esta realidad social. 2o.- Que esa obra humana tiene forma normativa, esto es, que está constituida por normas, las cuales poseen la vigencia que dimana del poder público. 3o.- Que esas normas están intencionalmente dirigidas hacia el cumplimiento de unos valores, esto es, que se encaminan a la realización de unos fines fundados en unos valores" (6). Al mismo tiempo también nos aclara, cuáles son las funciones de dicho derecho, y nos señala que son las resoluciones de los conflictos de intereses. (7) Todo derecho tiene por esencia una de sus dimensiones funcionales intrínsecas, la realización de dichos conflictos por medio de normas de imposición.

Eduardo García Maynes hace una evaluación en cuanto al concepto del derecho como ley natural y como norma de conducta, diciendo que la ley natural es aquella que expresa relaciones constantes entre fenómenos naturales, (8) en cambio el fin de la norma de derecho, es; "provocar un comportamiento; el de los juicios

(6) Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. cit., p.p. 904 y 905.

(7) Ibidem, p. 916.

(8) García Maynes, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho, Edit. Porrúa, S.A., México, 1968 p. 5

normativos de orden práctico". (9) a manera de dar una definición en cuanto a los juicios normativos y en función del concepto del deber, puesto que las leyes naturales "son"; en cambio las normas de derecho "deben ser" y así dice Maynes que "los juicios normativos son reglas de conducta que imponen deberes ó conceden derechos" (10).

Decía Arturo Palmero en su obra Enciclopedia Jurídica sobre el Derecho: "Es de gran utilidad para todos el Derecho, no debe ser patrimonio de algunos, sino de todo hombre culto que ame a su patria y a la humanidad. La función jurídica no solo debe ser individual sino colectiva cada uno debe contribuir a la realización y creación del Derecho. En efecto ¿de dónde sale el hecho, que engendra el Derecho, sino del pueblo?. El Derecho se muestra en todas las actividades de la vida, y por eso se impone su enseñanza general a la masa del pueblo, pues éste con su vida activa y turbulenta, sus gritos y rugidos, va evolucionando y va transformando y creando el Derecho (11). Sigue diciendo el autor en su afán de dar una explicación más amplia para definir más claramente lo que dá a conocer como significado de la palabra Derecho: - "el Derecho es una fuerza civilizadora y creadora; su conocimiento eleva el espíritu de los pueblos, contribuye a formar el alma

(9) García Maynes, Eduardo, Ob. Cit. p. 5

(10) Ibidem. p. 8

(11) Palmero Arturo, Enciclopedia Jurídica, Editorial, J. Ballesca Y Cía. Suc., México, 1919, p. 10.

nacional dirigiendo todas las actividades hacia un solo ideal; La justicia que es el objeto final del derecho; hace que la vida pública y privada se deslicen noble, majestuosa y tranquilamente hacia el progreso y la felicidad del individuo, porque donde existe el respeto y el sentimiento del derecho y de la justicia; dijo Juárez "El respeto al derecho ajeno es la paz", el derecho y la justicia entran a vibrar con la vida jurídica, sujetándose a la ley de evolución y practicando los principios generales del derecho puro y la ley Kármica de justicia universal que hace que "cada cual sufra las consecuencias de sus propios actos .

El derecho es por tanto un producto de la competencia o lucha por la vida, en la que cada uno trata de perseguir los mismos fines que los demás; conservar su persona, vivir mejor, desarrollar sus facultades, etc." (12).

Es preciso tener idea y sentimiento del derecho para obrar en él, como mencioné antes, el derecho es producto de la lucha por la vida, y de la necesidad que tiene el hombre de limitar su libertad de acción. De modo que todo derecho está limitado por esencia; el derecho del individuo se detiene en donde comienza -

(12) Palmero, Arturo. Ob. Cit. p. 27

el de los demás, pues de lo contrario sería la opresión de uno so lo sobre todos.

El derecho entraña un sentido facultativo y otro prohibiti--vo, es la facultad de obrar hasta el límite del derecho ajeno y - también la facultad de impedir la acción del derecho rival cuando quiere traspasar sus límites. El derecho indica reciprocidad, pues no existiría más que a condición de admitir y respetar el derecho ajeno. La concepción del derecho nace, como dijimos, del choque - de las relaciones mutuas y bajo la influencia primeramente de la idea de utilidad y después de la de justicia que tienen los agen- tes. La idea de utilidad nace instintivamente y la de justicia -- por el raciocinio.

El hombre no siempre tiene visión clara de su derecho, igno- ra muchas veces lo que es útil para él, sin traspasar los límites de su interés, y de aquí los conflictos y la intervención de la - fuerza para hacer respetar el derecho.

En lugar de dejar al individuo perseguir por sí solo la rea- lización de su derecho, el grupo social, del cuál es miembro, in- terviene para asegurarle su protección; la fuerza individual es - substituída por la fuerza social que se pone al servicio del dé-- bil o del fuerte, de un modo imparcial y justo, ésta es la sanción jurídica ó sanción del derecho. "De la naturaleza y concepción -- del derecho, inferimos la siguiente definición: Derecho es la rela

ción que hay entre el sujeto y el objeto, garantizada o protegida por un poder privado ó público. Es el derecho universal concreto, la concepción filosófica del derecho que abraza todas las cosas -- particulares; es el derecho escrito con "d" minúscula y que puede también definirse así: "La facultad con protección coactiva de hacer o dejar de hacer dentro de los límites de la libertad. (13)

Otros diccionarios culturales de tipo moderno se pronuncian en el mismo sentido a lo que han establecido los estudiosos en la materia diciendo: "El Derecho es el conjunto de normas y disposiciones legales establecida que determinan y regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos que la componen, desde el punto de vista de las personas y desde el punto de vista de la propiedad, con el fin de asegurar ordenadamente -- los fines individuales y el bien común. Estas normas y disposiciones constituyen el ordenamiento jurídico actual o derecho positivo por oposición al derecho natural, basados en los principios -- que emanan de la naturaleza humana y de la razón." (14)

Otra acepción, nos dice que "Derecho es el conjunto de normas y preceptos que regulan las relaciones sociales en una deter-

(13) **Palmero, Arturo. Ob. Cit. p. 28**

(14) **Enciclopedia Ilustrada Danae, Tomo I, Barcelona España 1975, Edit. Danae, S.A.**

minada sociedad. En sentido subjetivo, es la facultad o posibilidad que tiene la persona de exigir de otra u otras, una determinada conducta o prestación." (15)

Para Rafael de Pina: "Derecho en general se entiende todo -- conjunto de normas eficaces para regular la conducta de los hombres, siendo su clasificación más importante la de derecho positivo y derecho natural." (16)

(15) Diccionario Cultural Junior, Tomo III, Madrid 1980, Salvat, S.A., Edic. Pamplona, p. 262

(16) De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho 1980, Edit. Porrúa, S.A., p. 215

1.2. RAMAS DEL DERECHO

Al hablar de las ramas del derecho, comentaremos en primer lugar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, desde los romanos quienes invadieron al mundo con su valiosa aportación, dijeron que "El Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; Derecho Privado, el que concierne a la utilidad de los particulares". A esta concepción romana se ha denominado Teoría del interés en juego, ha sido obra del jurisconsulto Ulpiano: "Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum". (17)

En contra de esta teoría del interés se han esgrimido numerosas objeciones por reconocidos juristas quienes con diferentes argumentos han demostrado todo lo contrario de lo que dicha teoría afirma. Eduardo García Maynes al respecto expone:

1o.- La nota del interés en juego es criterio sumamente vago que, por otra parte, los autores de la doctrina no se tomaron el trabajo de definir.

2o.- La teoría clásica desconoce, o parece ignorar, el hecho de que los intereses privados y públicos no se hallan desvincula-

(17) García Maynes, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 15a. Edición, Edit. Porrúa, S.A. México 1968, p.p. 131 a -- 132.

dos, sino por el contrario, fundidos de tal manera, que es difícil, cuando no imposible, señalar en cada caso donde termina el particular y donde empieza el colectivo.

3o.- Si se acepta el criterio preconizado por los romanos, - la determinación de la índole, privada o pública, de una institución ó una norma de derecho, queda por completo al arbitrio del legislador, ya que éste será quien establezca en cada caso, según sus personales convicciones, que intereses son de orden público y cuáles de naturaleza privada. Y, en tal hipótesis, la distinción, puramente formal, resultará sujeta a consideraciones de oportunidad, fundamentalmente políticas, que le quitarán todo valor científico. (18)

Sigue diciendo el autor según su criterio que el error más grande de dicha teoría estriba en pretender valor objetivo, a una noción esencialmente subjetiva. Quien dice, interés en el sentido propio del término alude a la apreciación que una persona hace de determinados fines. (19)

Tener interés en algo significa atribuir valor ó importancia

(18) García Maynes, Eduardo, Ob. Cit. p. 132.

(19) *Idem.* p. 132.

a su realización (independientemente de que resulte o no intrínsecamente valiosa).

De aquí que todo interés, sea, por esencia subjetiva. Tal interpretación del término sirve de base a la tercera de las objeciones enumeradas. Si el interés es algo subjetivo, la determinación de la índole de los fines que el derecho ha de realizar, queda necesariamente sujeta al arbitrio del legislador. "La imposibilidad de establecer un criterio material de distinción entre el derecho público y el privado ya que actualmente juristas de reconocido prestigio no han podido ponerse de acuerdo sobre la definición; Así el jurista J. Holliger, sostiene el criterio de oposición entre derecho público y derecho privado, en el que expone -- 104 teorías acerca de tan debatido tema y al mismo tiempo concluye que ninguna es satisfactoria". (20)

Por otro lado Kelsen dice a este respecto que dividir las -- normas jurídicas en función de los intereses que intenta proteger ó que aspiran a realizar, equivale a clasificar los cuadros de un museo en función de su precio.

No es posible hablar de normas exclusivamente destinadas al

(20) Gutiérrez Nájera, Eduardo. Ob. Cit. p: 133

interés individual, porque todo precepto tiene como meta realizar intereses de ambos géneros, es decir individuales y colectivos; - por tanto, la antítesis de ambos derechos dice Kelsen "Coincide - en cierto sentido y considerada en algunos de sus aspectos con la antítesis de derecho objetivo y subjetivo señalada en la misma -- teoría.

El interés protegido, es decir, el derecho subjetivo, es siempre el interés individual; la protección del interés, es decir, - el derecho objetivo, es siempre el interés colectivo (21). La tesis que generalmente es aceptada por la mayoría de juristas es la que denominan Teoría de la naturaleza de la relación; esta consiste en establecer la diferencia entre derecho privado y derecho público, diciendo que dicha diferencia no debe buscarse en la índole de los intereses protegidos, sino en la naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establecen. Es decir estableciendo dos relaciones jurídicas, una de Coordinación y otra de Subordinación. Se dice que es de coordinación cuando las personas físicas, morales, particulares, privadas o públicas intervienen entre ambas en un plano de igualdad, en este momento se estará en presencia del derecho privado.

(21) García Magaña, Eduardo. Ob. Cit. p. 134

En cambio estaremos en presencia del derecho público cuando los preceptos dan origen a relaciones de subordinación, cuando -- las personas que intervienen no están considerados como jurídicamente iguales, es decir cuando en la relación interviene el Estado en su carácter de entidad soberana. (22)

Otros autores han dividido el derecho en objetivo y subjetivo diciendo que es derecho objetivo o positivo, el conjunto de leyes emanadas de la autoridad competente, promulgadas de acuerdo con los procedimientos de creación, formando en su totalidad el sistema jurídico de un país. Es derecho subjetivo el conjunto de facultades que tienen los individuos frente a los demás o frente al Estado. Son derechos que tienen las personas por el simple hecho de su calidad humana.

La clasificación clásica del derecho público y privado ha sido superada en los tiempos modernos, ya que el Estado día a día va teniendo mayor ingerencia o, de plano ha absorbido los medios de regulación de las conductas en los humanos en todos los planos de la actividad social, pues estos presentan similitud de características, tanto del derecho público como del privado.

(22) García Nagao, Eduardo. Ob. Cit. p. 134

Dentro del terreno del derecho objetivo caen las siguientes ramas, las que la mayoría de los autores han aceptado y son las siguientes:

Derecho Constitucional.- Es el conjunto de normas que señalan la organización, composición y facultades del Estado, sus funciones de los poderes, y las relaciones que establecen éste con los individuos. La Constitución General de la República es la que marca los lineamientos, ella constituye la fuente de este derecho como dice Don Fernando Lassalle, no es una ley cualquiera es la "Ley fundamental del país, y la define de la siguiente manera: -- La Constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del derecho público de esa nación" (23). La organización, composición y facultades de nuestro estado que hemos dicho está regulado por el artículo 39 a 49, de nuestra propia Constitución Federal.

Derecho Administrativo.- La rama de éste derecho tiene por objeto regular la Administración Pública, la podemos definir como la actividad, por medio de la cuál el Estado y sus órganos auxiliares deben procurar la prestación de todo tipo de servicios públicos que tiendan al bienestar social.

(23) Lassalle, Fernando, ¿Que es una Constitución? Editorial siglo XX, Buenos Aires p.p. 49-52.

Dice García Maynes, "El derecho administrativo es la rama - del derecho público que tiene por objeto específico. La administración pública", administración significa, en términos generales, obrar para la gestión o el cuidado de determinados intereses, propios o ajenos. La administración pública puede ser definida como actividad a través de la cuál el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de intereses colectivos. (24)

Para precisar el concepto de función administrativa es necesario recordar la doctrina de la división de poderes, de acuerdo con tal doctrina, las funciones del Estado pueden ser concebidas en dos sentidos diversos, uno material y otro formal. Desde el -- punto de vista formal, las diversas funciones son definidas de -- acuerdo con la índole de los poderes: Así, la legislativa es atribuida al congreso; la jurisdiccional, a los jueces y tribunales y la administrativa, a los órganos ejecutivos. (25)

Coincido con García Maynes, cuando hace referencia a que la delimitación no coincide del todo de acuerdo a la definición y a la índole material de las distintas funciones. "Para ocurrir que un acto administrativo desde el punto de vista formal, sea, desde

(24) Romano, Santi, corso di Diritto Administrativo. Principi Generali, 2a. Edición Padova, 1932. p. 1.

(25) García Maynes, Ob. Cit. p. 107.

el material, jurisdiccional o legislativo, o que un acto realizado por el congreso o por los tribunales tenga, desde el segundo punto de vista, carácter administrativo". (26)

Derecho Penal.- "Es la rama del Derecho Público interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto la creación y la conservación del orden social" (27).

Esta rama del Derecho Público interno se conoce en otras legislaciones con los siguientes nombres: Derecho Criminal, Derecho de Defensa Social, para nuestra legislación mexicana se conoce -- con el nombre de Derecho Penal. Eugenio Cuello Calón lo define -- así: "El Derecho Penal, en sentido objetivo, es el conjunto de -- normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados".(28) Pero en cuanto a las definiciones, lo trataremos en el siguiente tema, aquí solo apuntamos que es una rama más del derecho.

Derecho Procesal.- "Es el conjunto de reglas destinadas a la

(26) García Maynes, Eduardo, Ob. Cit., p. 139.

(27) Maggiore, Derecho Penal I, Edit. Temis Bogotá 1954, p. 3.

(28) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal I, p. B Octava edición. Editorial Casa Boch, S.A., Barcelona, 1980.

aplicación de las normas del derecho a casos particulares, ya sea con el fin de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el propósito de que los órganos jurisdiccionales declaren la existencia de determinada obligación y, en caso necesario, ordenen que se haga efectiva." (29)

El Derecho Procesal es la rama del derecho mediante el cual, se hace efectivo lo establecido por las normas del derecho objetivo, para que el Estado en su calidad de soberano, dicte las medidas para que los particulares diriman sus controversias, surgiendo para tales fines un procedimiento para cada rama del derecho - en especial y pensamos que es legal hablar de un derecho procesal penal, civil, laboral, administrativo, etc., y así los integrantes de la comunidad ejerza su derecho subjetivo contenido en las normas del derecho positivo.

"El Derecho Procesal es, consecuentemente, un derecho instrumental o adjetivo dotado de autonomía frente al material o sustantivo". (30)

Derecho Internacional.- "Es un conjunto de normas que rigen las relaciones entre los estados y señalan sus derechos y deberes recíprocos. Varios autores opinan que la expresión Derecho Inter-

(29) García Maynes, Eduardo, Ob. Cit., p. 143.

(30) Ibid. p. 145.

nacional debe de cambiarse por el de Derecho Interestatal, fundan su opinión en que el término nación es de contenido sociológico y no jurídico pero la costumbre ha impuesto su precisión del lenguaje. Antiguamente era designado con el nombre, Derecho de gentes, "La expresión *ius gentium*, que en el Derecho Romano tenfa su significado propio, independientemente del objeto que nos ocupa, fué utilizada por el español F. Suárez (1548-1617), y el Holandés Hugo Grocio (1583-1645) designando la idea de un orden jurídico no escrito para regular las relaciones entre los pueblos, naciendo - así la idea vinculada con la del Derecho Natural," Tomando este - nombre carta de naturaleza en la mayoría de los países, traducidos a sus respectivas lenguas (en francés *Droit des gens*; en inglés *Law of nations*; en español *Derecho de Gentes*; en Italiano; - *Diritto delle genti*); pero modernamente se ha substituído por la denominación *Derecho Internacional* (*droit International*, *International Law*, *diritto Internazionale*), a excepción de Alemania que conserva su expresión "*Derecho de los Pueblos*" (31). Así se dice que las fuentes del *Derecho Internacional* son la costumbre y los acuerdos Internacionales.

La carencia de un poder judicial y un órgano ejecutivo no --
quitan al *Derecho de Gentes* su carácter jurídico. Las normas in--

(31) García Maynas, Eduardo. Ob. Cit. p. 145

ternacionales tienen sanción aún cuando muy imperfectas tales como las represalias y la guerra, dice García Maynes, nosotros pensamos que dichas sanciones no tienen un carácter jurídico por no estar establecido en un Código de sanciones, tampoco decretadas -- por un poder legislativo, dichas medidas están basadas en el poder desmedido y la ambición de los países poderosos económicamente, políticamente, bélicamente, etc., Kelsen dice al respecto, "El Derecho Internacional no solo carece de la diferenciación entre pena y ejecución forzosa, sino que también le falta el principio de la equivalencia entre el delito y la sanción. Es cierto que -- las represalias y la guerra representan dos grados diferentes de sanción, es decir dos grados de intervención forzada en la esfera de intereses de un Estado; pero el Derecho Internacional no se decide en favor de una u otra de las sanciones, cuya diferencia depende de la gravedad del delito internacional contra el cuál la sanción constituye una reacción. Según el Derecho Internacional General, el Estado lesionado queda en libertad de escoger la sanción con la cuál desea reaccionar contra la persona que lo lesionó, sin tomar en cuenta la gravedad del delito, es decir la clase de lesión. Esta es una de las peores omisiones en la técnica del Derecho Internacional". (32)

(32) Kelsen, Hanz, Derecho y Paz en las relaciones Internacionales, versión de F. Acosta, México 1943, p. 133.

Si tomamos en cuenta todo lo que han escrito los juristas al respecto del derecho y las leyes, y considerando ciertos principios generales que se han tomado e incrustado en nuestra Constitución General de la República y si lo mismo han hecho otros países, por ello es que lo han denominado Derecho Internacional, pero por otro lado tomando en cuenta que si falta algo como los elementos que ya anotamos no alcanza el rango de Derecho Internacional, porque de internacional solo tiene el nombre pero no el derecho. Basados en el principio de que no hay coercibilidad de las acciones de un país hacia otro, sólo se concretiza en pedir favores, por tal razón pensamos que no se llama derecho.

Derecho Internacional Privado.- Se define este derecho como; el conjunto de normas que indican en que forma deben resolverse en materia privada, los problemas de aplicación que derivan de la pluralidad de las legislaciones. Surgen también en este aspecto varias discusiones en torno al derecho internacional privado, sobre el ámbito espacial de vigencia de un ordenamiento jurídico de si se halla limitado al territorio de la organización estatal a que pertenece, o si va más allá de las fronteras, notándose el problema de la extraterritorialidad, tocante a esto escribe Fio--re, "El objeto de la ciencia denominada derecho internacional consiste en determinar la autoridad extraterritorial de cada ley; -- esto es, en indagar y establecer, con arreglo a los principios -- del derecho, si la autoridad, la fuerza y la eficacia de todo precepto imperativo sancionado por cada legislador deben terminar en

las fronteras del Estado en que se han dictado, o deben extenderse en ciertos casos al territorio sujeto a otra soberanía; y en el supuesto de que deba admitirse la autoridad extraterritorial de la ley, precisar los límites dentro de los cuáles puede aquella ser admitida". (33) El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 10. y 50. fracción II a V marca las excepciones al principio de la territorialidad.

Derecho Civil.- Históricamente el Derecho Civil mexicano arranca a partir de la separación de la Iglesia y el Estado hecho por Don Benito Juárez al crear la institución del Registro Civil, que se encargaba de regular las actividades principales de la vida humana en nuestro país, si bien es cierto que nuestros legisladores tuvieron como modelo algunas legislaciones como el Código Napoleónico, entre otros; también es cierto que legislaron para una población heterogénea en los momentos más difíciles de su historia en que acababan de salir de su revolución.

El Derecho Civil en general queda definido por Du Pasquier y pensamos que es el que más se apega a la descripción del mismo -- "Es la rama del derecho que tiene como finalidad determinar las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la

(33) Fiore, Derecho Internacional Privado, Tomo I, pág. 49 de la versión castellana.

vida humana como el Nacimiento, la mayoría de edad, el matrimonio y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes, capacidad civil, deudas y créditos en relación con las cosas, propiedades, usufructo, etc." (34).

Derecho Mercantil.- Esta rama del derecho concierne únicamente a los actos de comercio, o mejor dicho a todos los que realizan actos de comercio en cualquiera de sus formas y ellos son los llamados "comerciante"; los diferentes tratadistas han dado su opinión sobre diferentes definiciones de esta rama jurídica del derecho diciendo que: "Es la rama del derecho que estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades asimiladas a él, así como las relaciones jurídicas que se derivan de esas normas". (35) El Derecho Mercantil Mexicano es definido "Como el conjunto de normas que se aplican a los actos de comercio sin considerar a las personas que las realizan de acuerdo a los artículos 1, 75, - 76, 1040, 1050, del Código de Comercio.

Derecho del Trabajo.- El Derecho del trabajo denominado también Derecho Obrero ó Legislación Industrial, es definido como el conjunto de normas jurídicas que reglamentan las relaciones entre patrones y trabajadores ó bien como expone Trueba Urbina "Las re-

(34) García Maynes, Eduardo, Ob. Cit. p. 146.

(35) Rocco, Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Trad. Garrigues, Madrid, 1931, p. 5

laciones entre los factores reales de poder, capital y trabajo".
 (36) Nuestro derecho del trabajo, a partir del 1º de mayo de 1917, es el estatuto proteccionista y reivindicador del trabajador; no por fuerza expansiva, sino por mandato Constitucional del artículo 123 de la Constitución Federal que comprende; a obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, burócratas, agentes comerciales, médicos, abogados, artistas, deportistas, toreros, técnicos, ingenieros, etc., y a todo aquel que presta un servicio personal a otro mediante una remuneración. (37)

"Los beneficios de la legislación sobre la materia no se hallan limitados, a un determinado grupo de trabajadores sino que se extiende a toda clase de obreros, jornaleros, domésticos y artesanos y, en general, a toda persona que pone a disposición de otra su fuerza de trabajo". (38)

Derecho Aéreo.- Es la disciplina que estudia las normas relativas a la navegación aérea, a las aeronaves y al espacio aéreo, como elementos indispensables de tal navegación". (39)

(36) Nueva Ley Federal del Trabajo, Presentación, Edit. Porrúa, México 1970.

(37) Nueva Ley Federal del Trabajo, Preamble del art. 123 Constitucional, comentada por Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera, México, 1970.

(38) De la Cueva, Mario, Derecho del Trabajo I, 2a. Edición, p. 22.

(39) García Maynes, Eduardo, Ob. Cit. p. 153.

1.3 CONCEPTO DE DERECHO PENAL

Al referirnos al concepto del Derecho Penal trataremos de exponer los conceptos más generales que los diferentes penalistas de todos los tiempos y en otros países han expuesto, comentando y -- criticando, así como también lo han enriquecido con sus aportaciones para que el mundo en su evolución conozca la aportación de todos los estudiosos de esta ciencia jurídica y la hagan valer en la búsqueda de la justicia, ya que el Estado en su afán de conservar la supervivencia del género humano y en igual forma la conservación de aquellos bienes que por su naturaleza son de incalculable valor; hay que protegerlos y ponerlos a salvo de su destrucción o su exterminio, como la vida, la seguridad, la felicidad, la propiedad y otros, que han surgido a la vida institucional como -- fuerza y vigor y que deben de ser protegidos a toda costa por el -- derecho penal, que por su naturaleza es esencialmente punitiva, capaz de conservar el orden social.

Rafael de Pina dice respecto del derecho penal, "Derecho Penal es el complejo de las normas del Derecho Positivo destinadas a la definición de los delitos y fijación de las sanciones". (40)

(40) De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho Penal, Edit. Porrúa, S.A., México 1980, p. 223.

Castellanos Tena dice: "Es la rama del Derecho Público interno relativo a los delitos a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto la creacción y la conservación del orden social". (41)

Hemos dicho que cada estudioso del derecho penal, critica pero a la vez enriquece con sus sabias aportaciones las definiciones que se han dado al respecto, así observamos por ejemplo como - en el caso del autor Rafael de Pina, para él es más importante hacer la distinción entre Derecho Positivo a que pertenece la rama penal y Derecho Natural, en cambio Castellanos Tena lo define como la rama del Derecho Público Interno, adhiriéndose así al criterio romano cuando dice que tienen como función principal mantener la armonía social, así como el ordenamiento, pero cuando se refiere a la creación, no nos parece el empleo de este término por no ir con la naturaleza de la expresión, aún cuando se refiera a la integración de un orden, pensamos que modernamente debe de decirse, "mantener y conservar el orden social", al respecto Cuello Calón nos dice que en su país para prevenir la criminalidad conservan en su ley el término crimen mientras que en el nuestro se habla de delito; en tanto que nuestra legislación conservamos el nombre de Derecho Penal, asimismo este estudioso del Derecho Penal -- aporta su definición diciendo que "es el conjunto de normas que de

(41) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4a. Edición, Edit. Porrúa, S.A., México 1967, p. 19.

terminan los delitos y las penas que el Estado impone a los delin-
cuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la
prevención de la criminalidad". (42)

(42) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, 3a. ed. Espa-
ña p. 8 (Eduardo García Maynes, introducción al estudio del
derecho, 15a. Edic. 1968, p. 141).

1.4. CONCEPTO DE DELITO

La palabra delito se deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del bien camino, alejarse del sendero señalado por la ley; en este aspecto como en la institución del derecho en general, al igual que en cada una de sus ramas, los penalistas de todos los tiempos y lugares del planeta han tratado de dar una definición con validez universal para todos los tiempos y una definición filosófica esencial, dice Castellanos Tena, sin embargo hasta nuestros días no se ha dado ésta, ya que se desprende de las obras de los mismos autores que dicen al respecto que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada grupo social).

El delito para la Escuela Clásica decía Francisco Carrara, el exponente de ésta es "La infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (43)

La crítica que elaboran contra Carrara es que tomó el delito no como un ente de hecho sino un ente jurídico, ya que lo hizo con

(43) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal 4a. edición México, 1967 Edit. Porrúa, S.A., p. 117.

sistir en la violación del derecho, llamó al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto sólo es delito cuando choca contra ella; y para no confundirlo con el vicio o abandono de la ley moral ni con el pecado, violación a la ley divina; afirma su carácter de infracción a la ley del Estado. Agregando que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, - pues sin tal finalidad, carecería de obligatoriedad y para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos resultantes de un acto externo del hombre positivo o negativo, (44)

Triunfante el positivismo, también pretendió demostrar que el delito es un fenómeno de hecho natural como el resultado de factores hereditarios, de causas físicas y fenómenos sociológicos.

Rafael Garófalo dice al respecto "El delito es la violación de los sentimientos altruistas de providad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (45) A este jurista también se le hicieron las mismas críticas que a Francisco Carrara, por haber dicho que el delito era producto de fenómenos o hechos naturales, como son los sen

(44) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, - Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires, 1965, p. 957.

(45) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, p.p. 199-200. 2a. edic. edit. Porrúa, S.A., México 1960.

timientos afectados, esta definición es más sociológica que jurídica y las críticas no se dejaron esperar.

Carlos Cosío, afirma. "El delito es una objetividad que proviene de la atribución conceptual de sus caracteres esenciales, obtenidos por un proceso de abstracción de la esfera ontológica a que pertenece como la especie de un determinado género. Por ello es que la manera esencial de determinar el objeto, de acuerdo a caracteres fundamentales uniforma la revisión del mismo a esa esfera superior englobante que reuna las condiciones de correspondencia ontológica, por obediencia a leyes absolutamente puras, como las que precisamente se dan de género a especie y de género a región ontológica. Aquellos caracteres fundamentales adquieren todas las posibilidades de análisis y posterior síntesis que son necesarios para que la más ajustada definición pueda rendir frutos en corolarios suficientes, que se desplieguen en un sistema epistemológico de técnica más segura. De esto se desprende que el delito es un objeto cultural egológico". (46)

Que el delito sea primero, y antes que todo conducta humana es premisa de escasa controversia en la literatura.

(46) Cosío, Carlos. Estudios, Enciclopedia Omeba, Tomo VI, p.p. 219-220.

Delito.- "Los delitos previstos en las especificaciones legales son normas de conductas humanas posibles. Cuando la conducta humana cumple con las descripciones de la ley, se produce la infracción de las normas jurídicas que las figuras penales protegen, es decir, que siempre es necesaria la presencia del acto o conducta humana, de la acción criminosa" (47).

Rafael de Pina dice, que el Delito "Es el acto ó omisión constitutivo de una infracción de la ley penal" (48). Para Mezger el Delito "Es la acción típicamente antijurídica y culpable" (49). Y para Cuello Calón Delito "Es la acción humana antijurídica típica, culpable y punible" (50).

Por su parte, Jiménez de Asúa textualmente opina que el Delito es "El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal" (51).

Como ya hemos dicho entre doctrinarios y penalistas no se han puesto de acuerdo, por tal motivo no han construido una definición con carácter y validez universal, por las razones que expo-

(47) Diccionario Jurídico Omeba. Tomo VI p. 328.

(48) De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho 9a. Edición, - Edit. Porrúa, S.A., México 1980. p. 205.

(49) Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit., p. 156.

(50) Idem, 236.

(51) Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. edit. Andrés Bello. Caracas, Venezuela, p. 256.

nen de que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada grupo humano, por ello cada jurista tiene su propio concepto, su propia definición de lo que es el delito, y lo describen con los elementos que ellos consideran, como en el caso de Jiménez de Asúa quien incluye como elementos del delito la acción, la tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad y condiciones objetivas de penalidad, por su parte Fernando Castellanos dice: "Que se adhiere a los autores que niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad por ser éstas como la imputabilidad un presupuesto de la culpabilidad o si se quiere -- del delito, pero no un elemento del mismo". (52)

Otro de los autores mexicanos, como Celestino Porte Petit -- que se sumaban en la lista de quienes consideraban a la imputabilidad como elementos esenciales del delito, desglosando el contenido del Artículo 7º del Código Penal vigente del Distrito Federal, que preve: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. (53) Esto antes de la reforma de 1994.

El citado penalista le niega el rango del elemento esencial del delito y así rectifica su posición para confirmar que la puni

- (52) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4a. Edic., Editorial Porrúa, S.A. México 1967, p. 122.
- (53) Código Penal del Distrito Federal. Edit. Porrúa, S.A., México 1993, p. 9.

bilidad no es elemento, sino consecuencia del ilícito penal. (54)

Pavón Vasconcelos expresa "Si se acepta, de acuerdo con la teoría de la ley penal, que la norma se integrará mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento o condición esencial del delito; o de otra manera insiste, la norma sin sanción - deja de ser coercitiva se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna" (55). Con relación a esta definición Castellanos Tena argumenta, "esto puede ser desde el punto de vista formal tomando en cuenta nuestro sistema positivo, en que una conducta es delictiva cuando está sancionada por leyes penales como de la definición que se desprende del artículo 7º del actual Código Penal para el Distrito Federal, que tampoco escapa a la crítica, pues - en el mismo Código se establece delitos no punibles, las excusas absolutorias en donde la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica por lo que la punibilidad es una consecuencia del delito, pero no elemento esencial" (56).

Con motivo del segundo Congreso Nacional de Procuradores de la República Mexicana que se llevó al cabo en el Distrito Federal, en mayo de 1958 se esgrimieron argumentos de todo tipo y sugerencias

(54) Porte Petit, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Edit. Porrúa, S.A., México, 1954 p. 59.

(55) Pavón Vasconcelos, Apuntes, 1959.

(56) Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., p. 123.

cias para establecer en toda la república un sólo código penal, - para tal efecto se integró una comisión para elaborarlo con carácter unificador de delitos y de sanciones; en la exposición de motivos el libro primero de dicho proyecto referente al delito dice: "Título I el delito, el viejo dogma liberal "Nullum crimen sine lege" elevado a la categoría de garantía individual por el artículo 14 de la Constitución Federal, encuentra plena acogida en el catálogo de delitos de la segunda parte de este código, por esta razón resulta innecesaria una definición genérica del delito, tomando en cuenta las enormes dificultades para encontrar una fórmula que lo comprendiera, tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco" (57).

(57) Leyes Penales Mexicanas, No. 4, México 1980. Instituto Nacional de Ciencias Penales, exposición de motivos al proyecto de código penal de 1958, p. 198.

1.5 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO

El término adulterio en nuestro idioma español, proviene de la voz latina adulterium que significa viciar, falsificar alguna cosa "Morfin en su repertoire, cree que su origen es justamente el de corromper, mezclar" (58).

En el lenguaje jurídico de varios códigos penales de diferentes estados de la república mexicana se define como el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados.

Otros autores como Farinaccio, ha dicho que para el derecho, "El adulterio es ad alterum Thorum vel uterum accessio," concibiendo el delito como profanación del lecho conyugal; "alieni Thoris violatio" (59). Y que significa, violación del lecho conyugal.

Carlos Tejedor.- Extrajo de estos elementos el concepto que estampó en su proyecto y lo define como "Violación de la fé conyugal, cometida corporalmente y a sabiendas." (60).

(58) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, Edit. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1966, p. 531.

(59) Ibidem. p. 140.

(60) Ibidem. p. 142.

Hemos dejado asentado con anterioridad que tratándose del de recho los juristas del mundo, jamás estarán de acuerdo para crear definiciones universales válidas para todo tiempo y lugar en cuanto a que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada sociedad y es por esto que a todos ellos les asiste la razón, y sus definiciones pueden ser y son válidas, los conceptos que --vierten sobre las diferentes ramas del derecho, tocante al tema - que nos ocupa estudiar como es el adulterio podemos decir que es todo aquello que expresan como son: Viciar, falsificar, corromper, mezclar, profanar el lecho conyugal, violar la fé conyugal cometida corporalmente y a sabiendas, etc., en fin todo cuanto se relacione para destruir a la unión y felicidad de un matrimonio y esto debe de castigarse con penas severas por el estado, por ser éste quien debe de velar por la integración y la formación de los - cimientos y bases sólidas de la sociedad y que en este sentido es la familia, que a su vez esas bases las forma precisamente el matrimonio y por lo tanto el adulterio tiende a destruirlo.

En la legislación más antigua como la hebraica se contienen crueles penas contra los adúlteros, en este caso sólo lo era la mujer infiel a su marido cuya pena era la de lapidación, narrado bíblicamente cuando Jesús encuentra a la mujer pecadora que de---fiende y ampara en contra de un pueblo que quería matarla a pedradas; en cambio el hombre que rompía la fé conyugal no era delincuente. (61).

(61) Ibidem, Tomo IA.

a) ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO DE ADULTERIO EN ROMA.

En la ciencia jurídica, los romanos dividen el sistema total del derecho en dos métodos en: Derecho Público, esto es, referente a los organismos y órdenes interiores de la comunidad, y -- sus relaciones con los dioses, con otros estados y con los miembros pertenecientes a la comunidad misma; organismos y órdenes a los que ésta daba vida.

Y por otra el Derecho Privado, que comprendía los organismos y órdenes tocante a la situación jurídica de los particulares individuos que formaban parte de la comunidad y a las relaciones de unos con otros; relaciones que terminaba y regulaba la propia comunidad.

El Derecho Romano reconocía como base el concepto de obligación moral, en cuanto el Estado había tomado sobre sí la misión de ponerlo en obra. Una obligación moral cuya observancia prescribe el Estado, es una ley penal; la inobservancia de tal precepto es el delito; obligación moral que impone el estado a aquel que no ha observado la prescripción, con la pena. El delito se considera como borrado por la pena, con lo que se restaura el orden público. La concepción de que la pena hace cesar la culpa, concepción que apenas se encuentra en el Derecho Penal ya desarrollado, dominaba de un modo absoluto en los comienzos del Derecho Penal, así en el público como en el privado: Cuando no se conocía ningun-

na otra manera de castigar públicamente al vivo sino con la muerte, y toda ejecución era un sacrificio expiatorio ofrecido a la divinidad ultrajada; cuando el Derecho Penal Privado tuvo origen obedeciendo a la doble idea de la retribución (talion) y de la indemnización (damnum, poena), entonces fue una realidad viviente y poderosa la consideración del delito y de la pena como deuda y pago, como extinción de la culpa por el padecimiento. Sobre el Derecho Penal se hallan incorporadas, formando un todo unitario, - por una parte, las obligaciones morales del hombre frente al Estado a que pertenece, y por otra parte, sus obligaciones morales -- frente a otros hombres. (62)

Así de dice que cae dentro del terreno del Derecho Privado - la facultad del pater familias de castigar los delitos cometidos en el seno de la familia por los propios miembros de la misma, mediante el sistema de la punición doméstica. Las dos esferas que - el Derecho Penal abraza, es decir, la propia defensa del Estado - en caso de haberse causado daño a la comunidad, y la intervención del mismo estado entre la persona que daña y la dañada, cuando el - daño recae en un particular, existían en la punición doméstica, - pero refundidas e indivisibles, puesto que el jefe de la casa, lo

(62) Cfr. Teodoro Mommsen, Derecho Penal Romano, (traducción del alemán, por P. Dorado) Charlottenburgo Madrid España 1898, - p. 5,6, s.s.

mismo procedía a castigar las injusticias de que el propio fuese víctima, que a castigar, a petición del perjudicado, los delitos cometidos dentro del círculo de la familia por alguna persona de las pertenecientes a ella contra otra o contra un extraño. El poder ilimitado del jefe de la casa sobre los individuos que formaban parte de ésta era esencialmente igual al que tenía el Estado sobre los miembros de la comunidad política; basta recordar, en efecto, el derecho de vida y muerte, contenido lo mismo en el uno que en el otro. (63)

El Estado Romano dice, Teodoro Mommsen dictaba las leyes y que la potestad punitiva de los magistrados era en su origen enteramente tan ilimitados como la del jefe doméstico y que por otro lado, todas las leyes no significaban otra cosa que lo mismo que significaban las órdenes dadas por el jefe doméstico, por lo tanto no se puede comprender el Derecho Penal Romano si no se estudian sus bases en el ejercicio de la punición doméstica. (64)

Según el sistema originario, la mujer estaba siempre, y por necesidad, sometida a la potestad ajena; con relación a la mujer casada, el lugar del poder doméstico lo ocupaba la potestad marital; la que no se hallará sujeta al poder del padre o del marido, estaba sometida a la tutela gentilicia, la cual en los tiempos -- primitivos era equivalente a aquellos poderes. (65)

(63) Cfr. Ob. Cit. p. 18.

(64) Idem. p. 18.

(65) Ibid. p. 20.

No hay sin embargo, documento alguno que acredite, por lo -- que a la tutela gentilicia toca, el ejercicio de semejante potestad en forma de punición sobre las mujeres por los delitos que hu biesen cometido; y en cuanto al poder marital, tampoco contamos - con otra cosa, respecto a la facultad de castigar a las mujeres, más que con algunos relatos no históricos, cuyo propósito fue i-- lustrar los principios del antiguo derecho; de los tiempos histó ricos, hemos de decir:

"Primero, que deficientemente se hizo uso en ellos del poder marital de imponer penas a la mujer en toda su extensión y con to das sus consecuencias.

Segundo, que la celebración del matrimonio que no producía - el efecto de hacer entrar a la mujer en poder del marido comenzó a ser permitida en época relativamente temprana". (66)

Es verdad que la antigua costumbre se halla comprobada por - el uso posterior de encomendar al marido o a los parientes la eje cución de la pena impuesta a la mujer por los órganos del Estado, y también por el uso que encontramos en la época del imperio. (67)

(66) Teódoxa Månson. Ob. Cit. p. 22

(67) Ibid. p. 23.

"El Derecho Público dejó especialmente abandonado el sistema doméstico, hasta fines de la república, en cuanto a la punición de las mujeres.

Si las costumbres daban poca importancia a las faltas sexuales del varón, era en cambio muy exigente en cuanto a la castidad de las mujeres; y aunque es verdad que el Derecho Penal de la época republicana no conoció el repudio, el hecho fue debido exclusivamente a que, para los casos en que se hubiera debido hacer uso de él, se acudía a la punición doméstica, que ejercitaba sobre todo el padre de familia, pero que también podía ejercitar, sin duda alguna, en los antiguos tiempos, el marido. El procedimiento empleado, las vestales desonestas, no eran más que la aplicación a los hijos de familia de la comunidad del procedimiento de que se hacía uso dentro de la casa contra las hijas de familia deshonestas.

Posteriormente decayó el sistema de la punición doméstica, -- hasta venir a desaparecer completamente; Augusto lo substituyó, -- para los casos que nos ocupan por el procedimiento de Adulterio y estupro a cargo del Estado". (68)

(68) Teodoro, Normas. Ob.Cit. p. 24

Asimismo existieron en el Derecho Romano, penas para los acusadores cuando no prosperaba la acusación. Entre ellas en el Derecho Penal Público los magistrados que los sustanciaban podían de hecho, hacerse culpables de las mismas injusticias del mal a remediar.

Los delitos fueron a) Calumnia, interposición de una acción con conciencia de que era infundada, b) Tergiversación esto es, - el desistimiento injustificado de la misma, el acto de abandonarla después de haberla interpuesto, c) Prevaricatio, acto de llevar la acción por vía favorable al acusado culpable de calumnia, en los casos de acción por adulterio, parece que según el antiguo derecho, si se interponía ésta por el marido o por el padre dentro del plazo de dos meses, al culpable de calumnia se le imponían diez veces la pena que para el citado delito se castigaba.

En el Derecho Romano la mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido quien tenía autoridad sobre ella, y sobre todo los esposos se debían fidelidad; aun cuando el adulterio de la mujer era castigado con más severidad que la del marido, -- pues él podía introducir en la familia hijos habidos fuera del matrimonio. Pauli Sent escribe "La penalidad de la adúltera en Roma varió en el curso de los tiempos, en los más primitivos el marido tenía el derecho de darle muerte. Durante la república la pena sólo fué de destierro, pero al aumentar la corrupción se establecieron penas más severas, en la lex Julia se castigaba al adulterio con relegación.

Constantino impuso la pena de muerte, Justiniano modificó -- esos castigos aduciendo que solamente fuera azotada la mujer adúltera y recluida en un monasterio de donde el marido podía sacarla a los dos años. (69)

El Derecho Romano primitivo, no penó el adulterio en la mujer, su castigo estaba reservado al tribunal doméstico, pero el marido podía, incluso matarla, así como al correo.

Con la Lex Julia de adulterio, una de las leyes más trascendentales del derecho penal romano, se convierte en un delito público que podía ser acusado por todos los ciudadanos, siendo castigado con la relegación de los culpables, con la confiscación y la infamia. Constantino lo castigó con pena capital, extendiendo esta penalidad al adulterio del marido. Justiniano conservó la pena de muerte contra el correo y dispuso que la adúltera fuera castigada y encerrada en un monasterio, en donde no podía salir sino con el consentimiento del marido. (70)

(69) Petit, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, 10a. edición, Editorial Nacional, México, 1966, p. 107.

(70) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo II (Parte especial) 10a. edición, Edit. Bosch, Barcelona, España 1957 p.p. 606-607.

b) EL ADULTERIO EN FRANCIA

En Francia su Derecho Penal común se forma en la lucha del poder civil contra el religioso, que acaba siendo vencido en toda la línea, así como las jurisdicciones municipales y feudales.

La jurisdicción real, los tribunales de Baillaje y las causas criminales de los parlamentos, asumen la misión de imponer penas. Se desarrolla así en nombre del poder del rey, una justicia penal nueva, cuyos caracteres resultan del desenvolvimiento doctrinal, legislativo y práctico.

Citemos en Francia, como jalones de su desarrollo legislativo: el Gran Coutumier de Carlos VI (1453), Las Ordenanzas Criminales de Francisco I (1539), La Ordonnance o Code Criminel, de Luis XIV de (1670), y las posteriores que precedieron a la gran revolución.

En las ordenanzas criminales de 1670 solo se encuentran fragmentariamente disposiciones primitivas, puesto que su contenido es sobre todo procesal. Se trata con gran desorden, del pueblo, de la prisión, del peculado, del falso testimonio, de la ocultación del embarazo, etc. Esa escases de preceptos de Derecho Penal material explica la importancia de la práctica, es decir de la jurisprudencia de los parlamentos.

Esa jurisprudencia establecióse sobre el triple influjo de -
la doctrina, de la legislación, y también del Derecho Canónico. -
(71)

La revolución francesa aporta sus ideas libertarias, y viene
luego el Imperio con su nacionalismo, precursor de ideas que aho-
ra asolan al mundo.

La exaltación del Derecho natural al rango de ciencia autó-
noma, proclamada por Hugo Gracío en 1645, reproduce y enardece la
lucha en pro del Derecho Penal Público.

Hobbes 1679, Spínosa 1677 y Locke 1704 demuestran que el fin
de la pena no puede ser otro que la corrección o eliminación de -
los delincuentes y la intimidación de los ciudadanos, arrumbando -
al concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divi-
no.

Christian Thomasius protesta contra los atropellos de la in-
quisición y Christian Wolff, que se caracterizan por haber adopta-
do políticamente la filosofía iluminista del estado policía.

En el siglo XVII se había manifestado la indiferencia por los

(71) Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit., p. 302.

castigos crueles pero la evolución culmina favorecida por las ideas liberales que llegan de Inglaterra, con los enciclopedistas Diderot, D'Alembert, Holbach y Helvetius, se rebelan contra la penalidad dominante, así como en la pluma de Montesquieu 1775, que -- con su fina ironía atacó al Derecho Penal en sus bases desalojando del espíritu inquieto de Federico el Grande los últimos restos de la influencia de Wolff. Voltaire 1778 y Roseau 1778 continúan la obra del político Montesquieu. (72)

El Derecho Penal liberal es un derecho sancionador y no un derecho constitutivo dice Jiménez de Asúa, si lo estudiamos al través de la historia veremos que todos los esfuerzos que se hacen para hacerle imparcial no son más que aspiraciones de construir un derecho liberal. Desde las viejas épocas en que las penas se establecen sin medida por la venganza de sangre, hasta el advenimiento de la pena pública en la ley de Sila en que se coloca la solución del caso en manos de un juez, ha andado mucho camino el derecho penal; pero ha de dar muchos pasos más hasta llegar a la concepción moderna y a la etapa humanitaria. El delincuente aun ha de vivir durante muchos siglos, según la palabra bíblica, alimentándose con pan de aflicción y agua de angustia hay que llegar a la época humanitaria con Cesar Beccaria. (73)

(72) Jiménez de Asúa, Luis. El criminalista. Tomo IV, Editorial - Lozada, Buenos Aires, 1952, p.p. 18-20.

(73) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p.- 85.

Codificación Penal Francesa.- En el siglo XVIII aparecen algunos cuerpos de leyes penales que se han denominado códigos, la época codificadora empieza realmente con la revolución francesa. Después de la "Declaración de los Derechos del hombre". Las leyes penales toman nuevo rumbo.

Los primeros códigos revolucionarios de Francia fueron: de 1791, 1795 más procesal que punitivo y después el de 1810 llamado código de Napoleón; en 1824 y 1832 se incrustan en dicha legislación penal los atenuantes.

El espíritu riguroso del código de 1810 expresa y fundamenta así Tanjet, uno de sus redactores, en las observaciones que figuran a la cabeza del código penal "Es cierto que la pena de muerte no es una venganza. Este triste placer de las almas bajas y crueles no entra para nada en la razón de las leyes. Después del más detestable crimen, si se estuviera seguro que en adelante no habría que temer delito alguno, el castigo del último culpable sería una barbarie sin fruto y debería decirse que iba más allá del poder de la ley, la gravedad de los crímenes se mide, no tanto -- por la severidad que denuncian, sino por los peligros que acarrear. La eficacia de las penas se mide menos por su severidad que por el temor que inspiran". (74)

(74) Jiménes de Asúa, Luis. Derecho Penal, Tomo I, p. 315

La legislación francesa de 1944 resucita esta facultad del marido para castigar a su mujer con la pena de muerte por haber cometido adulterio, dichas disposiciones estaban vigentes desde el código de 1810. El adulterio sólo se comete por la mujer; el marido es quien puede denunciarlo, y él mismo decide si toma de nuevo a su mujer haciendo cesar la condena; el marido sólo responde por el delito de concubinato, siendo el adulterio una de las principales causas de divorcio en dicha legislación. (75)

(75) Osorio y Florit, Manuel. Enciclopedia Jurídico Omeba, Tomo I, A, Editorial Bibliográfica, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1954, p.p. 534-535.

c) ANTECEDENTES DEL DELITO DE ADULTERIO EN ESPAÑA

En la legislación española se encuentran muy semejantes normas, la noción del adulterio se vincula a la infidelidad de la mujer, porque ésta "es sometida y contada por lecho de su marido y no de ella".

"La consumación del delito se reputa esencial, aunque a veces basta con la presunción; también se dice en ellos que no debe haber adulterio hasta que se celebre el matrimonio. Por la misma razón no podría decirse que no hay adulterio si el matrimonio no es válido; las partidas y las leyes de Toro lo pusieron en duda, y las recopilaciones rechazaron esta defensa de los adúlteros. -- "Pues por ellos no quedó de hacer lo que non devian." y facultan al marido para acusarlos como si el matrimonio fuese verdadero".

"En el antiguo derecho español queda claro que se trata solo de un delito que se castigue a petición de la parte ofendida que en este caso la constituye el marido según las leyes recopiladas, la penalidad del adulterio, fue dura en el derecho antiguo español.

El fuero real contiene la norma de poner los adúlteros a disposición del marido.

En épocas de la república y en especial el código de 1932, - fue suprimida la penalidad del adulterio. (76)

El antiguo derecho en castilla se aplicó como pena común poner la adúltera y el "adulterador" a disposición del marido ofendido, que podía hacer de ellos lo que quisiera, además perdía sus bienes, que pasaban a aquel a menos que tuvieran hijos legítimos (fuero juzgo lib. III, tit. VII, ley 1a.). En algún caso llegase a consignar el derecho a matar a los adúlteros, pero no puede "matar al uno e dexar al otro" (Fuero real, lib. IV, tit. VII ley -- la.).

En las partidas aparece con la influencia romana un concepto jurídico del adulterio considerablemente elaborado. Se declara im-pune el adulterio del marido invocando razones que aun hoy conser-van plenamente su vigor (Part. VII, tit. XVII, ley 1a), y castiga el de la mujer; el adúltero "debe morir por ende" y para la mujer se renueva la pena justiniana: "Debe ser castigada a ferida pú-blicamente con azotes, e puesta e encerrada en algún monasterio - de dueñas; e además de esto perder la dote, e las arras que le -- fueron dadas por razón del casamiento y deben ser del marido" -- (Part. VII, tit. XVII, ley 15).

En la noyfsima recopilación (Lib. XIII, tit. XXVIII, ley 1a).

(76) Enciclopedia Jurídico Omeba. Ob. Cit. p. 355.

reaparece el mismo precepto del fuero real antes mencionado que - permite al marido ofendido dar muerte a los adúlteros. En dicho - cuerpo legal ya aparece castigado el hombre casado que tuviera -- manceba publicamente (Lib. XII, tit. XXVI, ley 1a.)

En Cataluña, durante los siglos XII y XIII y probablemente - en centurias posteriores, en su derecho local hallase reprimido - el adulterio de la mujer en forma típica de esta región (fuero de agramunt, consuetudines llerdenses, libre de la cadena de Perelada, privilegio de la villa de Ridaura, etc.), los adúlteros, desnudos, eran conducidos por las calles y azotados.

El código de 1822, siguió como las anteriores leyes, castigando solamente el adulterio de la mujer, ésta fué penada con una reclusión cuya duración, fijada por el ofendido, no podía pasar - de 10 años, el correo era castigado con igual pena y desterrado - de la localidad mientras el marido viviera (Art. 683). Los cоди-- gos de 1848 (Art. 638) y de 1870 (Art. 448) regularon este delito en forma muy semejante al precepto vigente y castigaron también - el concubinato del marido cuando tenia lugar en la casa conyugal o con escándalo (Art. 362, del código penal de 1850 y 452 del de 1870).

El Código Penal de 1932, no castigó el adulterio que constituyó causa de divorcio (Ley de divorcio de 12 de marzo de 1932 -- Art. 3 quedando incapacitado el cónyuge culpable para contraer --

nuevo matrimonio (Art. 12 de la ley antes citada), sin embargo, en el código penal de la zona española de Marruecos el adulterio y el amancebamiento (Art. 334 y 338) continuaron subsistiendo como infracciones penales.

Derogada la ley de divorcio, quedaba el adulterio sin sanción alguna. Esta consideración, así como la conveniencia de reprimir un atentado contra la familia de tan considerable gravedad motivaron el restablecimiento de su penalidad como se desprende del preámbulo de la ley de 11 de mayo de 1942 que reintrodujo éste delito.

~~El vigente cuerpo legal ha producido íntegramente el texto del código de 1944.~~

Los delitos de adulterio y amancebamiento figuran, siguiendo el sistema de los códigos penales a partir de 1848, entre los "Delitos contra la honestidad" (tit. IX del libro segundo). Es cierto sin duda alguna, que estas infracciones constituyen un atentado -- contra la honestidad, entendiéndola ésta como equivalente a moralidad sexual, pero el bien jurídico principalmente lesionado por estos hechos es el orden y la moralidad de la familia. Por ésta razón buen número de Códigos Penales especialmente entre los modernos, destacan este relevante carácter de dichas infracciones, las colocan entre los atentados contra la institución familiar.

Cierto número de autores se han mostrado opuestos a su represión penal del adulterio, sin embargo, la opinión predominante es favorable a su castigo. "También la mayoría de las legislaciones lo reprimen como infracción penal".

El código actual pena el adulterio de la mujer que denomina "adulterio" y el marido lo castiga por "amancebamiento".

Adulterio de la mujer.- Cometen adulterio la mujer casada -- que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio (Art. 449).

Interés protegido, es el orden jurídico y moral del matrimonio y por consiguiente el orden jurídico y moral de la familia -- que tiene en aquel su fuente originaria. Entre los integrantes del orden jurídico matrimonial uno de los más relevantes es el deber de fidelidad conyugal, que tiene no sólo una base moral y religiosa, sino también jurídica, así que el mantenimiento de la fidelidad es en el adulterio de la mujer uno de los más destacados objetivos de tutela penal (no así en el adulterio de su correo que no está obligado a fidelidad respecto del marido ofendido. Y como el matrimonio es institución de derecho público, la -- violación del orden jurídico matrimonial es violación de un interés estatal.

a) No son punibles las infidelidades anteriores a la vigencia de la ley de 11 de marzo de 1942, que restableció el adulterio, 23 de abril de 1945.

b) Entre los "delitos contra la familia", los agrupan los códigos penales de Italia (1930), Suiza, Brasil y Perú; entre los delitos contra el orden familiar.

Los incluye los códigos de Suecia y Finlandia "delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de la familia"; Venezuela; entre los "crímenes y delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública", Bélgica; "infracciones contra el matrimonio"; Polonia "atentados contra la moralidad sexual"; España y Portugal "delitos contra la honestidad", Francia en el de los "atentados contra las costumbres", El Alemán en el grupo de los "crímenes y delitos contra la moralidad, el Mexicano entre los "delitos sexuales".

c) Beccaria, Voltaire, Filangieri y, en tiempos más cercanos, Pessina (Elementos do Dirritto penale, 2o. pag. 303), y otros programaron su eliminación de la lista de los delitos. También hoy Manzini opina que su incriminación es inútil é inoportuna (Tratado 7o. pag. 628). En España Langle, (Debe de constituir delito el --adulterio Madrid 1922). Postula su abolición pero la realidad y la necesidad de proteger, y hoy más que nunca, el orden jurídico matrimonial y de tutelar el vigor y la moralidad de la institución

familiar justifican su castigo.

El mismo Manzini, opuesto a su represión penal, estima que solo ésta razón podría invocarse para sostener la oportunidad de la penalidad del adulterio, vease, De carmona, el adulterio, edit. Jurídica española Barcelona, Madrid, p. 233 y sigs.

d) Inglaterra fué el primer país europeo que dejó de castigar el adulterio. Suecia en los últimos años por ley de 21 de mayo de 1927. Rusia, Cuba, Colombia y Costa Rica, en cuyo código Penal no han sido incluidos, Finlandia lo abolió el 23 de septiembre de 1948, Japón en 1947.

e) Carrara, Programa parte especial 3a. p. 313.- Binding Lehrbuch B.T. p. 221. Manfredini. Dei delitti contro il buon costume e l'ordine della famiglia, Milán 1912 p. 339. Manzini tratado 7o. pág. 624. Garraud, Traite 5o. p. 590. Gascon code penale 2o. p. 287 p. 37. Este concepto del adulterio aparece en numerosos fallos de los tribunales franceses, vid. Gascon p. 287 (5o. - p.39) comparte esta idea. (77)

(77) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal II, (parte especial) -- 13a. Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España. 1922, p. 627 y sigs.

1.6 ANTECEDENTES DEL ADULTERIO EN MEXICO

Daremos una breve reseña histórica del derecho privado en México en las diferentes etapas de su historia, para conocer la -- completa comprensión de las instituciones de derecho, la sucesión en el tiempo de las distintas formas jurídicas; su iniciación en la colectividad, su transformación, su desarrollo.

Como es usual cuando se trata de estudios históricos con relación a México, dividiremos la investigación del tema en tres épocas, en las que suelen dividirse la historia de nuestro país: - Época precortesiana, época colonial y época independiente.

a) EPOCA PRECORTESIANA

Esta época está comprendida por todos los acontecimientos -- hasta antes de la conquista por los españoles, y en virtud de la conquista, el ordenamiento jurídico de los pueblos sometidos cedió el paso al derecho de los conquistadores, según apreciación -- de Don Toribio Esquivel Obregón en su obra "Apuntes para la historia del Derecho en México".

El sentir jurídico indígena se mantuvo con posterioridad a -- la conquista, encontrándose según expresión del referido autor -- Larvada, "oculto en los más oscuros e inaccesibles seños de la -- mentalidad indígena, por lo que la influencia del derecho precortésiano en nuestras instituciones jurídicas es bien escasa, así -- nuestro derecho privado reconoce por amplio margen, la influencia y la tradición europea". (78).

Trataremos primeramente al pueblo azteca por ser el que mayor hegemonía llegó a adquirir entre los demás pueblos y existiendo -- fuentes más abundantes en relación a sus formas sociales para la finalidad de nuestro estudio.

(78) Esquivel Obregón, Toribio. Apuntes para la historia del Derecho en México, Edit. Polis 1937, Tomo I p. 81.

El reino o imperio azteca fué el de más relieve a la hora de la conquista, este pueblo dominaba militarmente a todos los otros de la altiplanicie mexicana, por tal motivo se cree que impuso a los otros su sistema jurídico.

Apunta Vaillant "existían dos instituciones que protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida constituyendo el origen y fundamento del orden social; la religión y la tribu, para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa, a quien violaba - el orden social se les aplicaba la esclavitud y hasta la muerte - al ser expulsado de la sociedad". (79)

Pero no perdamos de vista que para nuestro estudio lo interesante es el delito de adulterio y como apunta el Dr. Raúl Carrancá y Rivas diciendo que "en la época precortesiana el Derecho Penal de los aztecas fue rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección en las leyes, es decir, el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura valorativa. (80)

El pueblo azteca conoció y castigó el delito de adulterio. -

(79) Vaillant, La civilización azteca, fondo de cultura económica, 1944, pág. 153

(80) Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Edit. Porrúa, S.A. México 1986, p. 12.

La ley azteca, en suma, era brutal llenando a los excesos en donde sobresale la pena de muerte. Dentro de su sistema juridico existían ciertos delitos que podemos calificar como sexuales, ellos son para la mujer casada que se le encontraba en adulterio y la pena era la muerte.

El acceso carnal a la mujer, cuando conste que ella a violado la fé conyugal la pena era la de muerte.

El adulterio, (no se reputaba tal el comercio del marido con una soltera), dicha pena de muerte se aplicaba de la siguiente manera:

1.- En Ichcatlan, a la mujer acusada se le descuartizaba y se dividían los pedazos entre los testigos;

2.- Lapidación o quebrantamiento de la cabeza entre dos lozas.

3.- En Ixtepec, la infidelidad de la mujer se castigaba por el mismo marido, con autorización de los jueces que en público le cortaba la nariz y las orejas.

El Derecho azteca revela excesiva crueldad y severidad para todo tipo de delitos como a continuación nos narra el historiador

Esquivel Obregón "Las penas eran las siguientes: Destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleos, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la muerte; Esta última se aplicaba en la siguiente forma: incineración, decapitación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote, machacamiento de la cabeza.

Carlos H. Alba escribe; referente a los castigos y penas que los aztecas aplicaban a los delincuentes, tenemos las siguientes: "Delitos contra la seguridad del imperio, a los nobles o plebeyos que cometan el delito de traición al soberano se les castigaba -- con el descuartizamiento en vida, confiscación de los bienes, machacamiento de la cabeza y esclavitud para sus hijos". (81)

Por lo expuesto, indudablemente que los distintos reinos y señorios pobladores de estas tierras poseyeron reglamentaciones amplias sobre la materia penal, aún cuando con cierta crueldad, como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias que sin duda cada una tenía su reglamentación propia.

(81) Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Editorial Porrúa, S.A, México, 1986. p. 12.

El pueblo Maya.- Su sistema penal se caracterizó por su severidad, este pueblo aplicó, "la pena de muerte y la esclavitud, la primera se aplicaba a los adúlteros, homicidios, incendiarios, -- raptos corruptores de doncellas, la segunda para los ladrones".
(82)

Con respecto a este pueblo, anota el Dr. Carrancá y Rivas, - "La civilización Maya presenta perfiles muy diferentes de la Azteca. Más sensibilidad, sentido de la vida más refinado, concepción metafísica del mundo más profunda. En suma una delicadeza conatural que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes de la historia. Y lógico que tales atributos se reflejan en su -- Derecho Penal."

Thomson dice con relación al pueblo maya, que el abandono de hogar no estaba castigado Carrancá y Trujillo, expresa que, "el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes".

Con respecto a la legislación de Yucatán, es obra de impres-

(82) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementos de Derecho Penal; Editorial Porrúa, S.A., México, 1967, p. 38.

cindible consulta, el libro de Fray Diego de Landa. En el capítulo XXX, encontramos las penas para los adúlteros homicidas y ladrones. "anota Landa de Mayapan costumbre de castigar a los adúlteros de esta manera: hecha la pesquisa y convencido alguno del adulterio, se juntaban los principales en casa del señor, y traído el adúltero atábanle a un palo y le entregaban al marido de la mujer delincuente; si él le perdonaba, era libre, si no, le mataba con una piedra grande (que) dejábase (caer) en la cabeza desde una parte alta; a la mujer (adulterio, homicidio y robo), la pena no era fatalmente de muerte si se compara, con la azteca, la Maya es una represión mucho menos brutal. Y es que el pueblo Maya Quiché es "quizá el de mas evolucionada cultura entre todos los que habitaban el continente americano, antes del descubrimiento".

Principales delitos y penas entre los mayas:

Adulterio. Penas. Lapidación al adúltero varón si el ofendido no perdonaba (dejar caer una pesada piedra desde lo alto sobre la cabeza.)

En cuanto a la mujer nada mas su vergüenza o infamia. O bien lapidación, tanto al hombre como a la mujer. O bien muerte por flechazos, en el hombre. O bien arrastramiento de la mujer por parte del esposo y abandono en sitio lejano para que se la devoraran las fieras; o bien como remate de verganza privada, matrimo--

nio del marido engañado con la mujer del ofensor. O bien muerte a estacadas. O bien extracción de las tripas por el ombligo a ambos adúlteros.

Las sospechas de adulterio se castigaban así; amarraduras de las manos a la espalda, varias horas o un día. O bien desnudamiento. O bien corte del cabello.

Los zapotecos.- "La delincuencia entre los zapotecos fué mínima. De la época precortesiana en esta comunidad se sabe que uno de los delitos que se castigaba con mas severidad era el adulterio, identificándose en esto los zapotecos con todos los pueblos de un pasado remoto. La mujer sorprendida en adulterio era condenada a muerte, si el ofendido lo solicitaba; pero si éste perdona ba a la mujer, ya no podía volver a juntarse con la culpable, a la que el estado castigaba con crueles y notables mutilaciones.

Por su parte el cómplice de la adúltera era multado con severidad y obligado a trabajar para el sostenimiento de los hijos, - en el supuesto caso de que hubieran como fruto de la unión delictuosa.

Un rápido vistazo a la penología comparada entre zapotecos, mayas y aztecas, nos lleva al curiosísimo fenómeno de un distinto enfoque: el cómplice de la adúltera, que entre mayas y aztecas podía sufrir la pena de muerte, entre los zapotecos sólo era multa-

do y obligado a sostener a los posibles hijos habidos por el adulterio. En cambio, los zapotecos estaban facultados para condenar a muerte a la mujer, igual que los aztecas; pero los mayas, a la probable muerte añadían una pena menos severa, es decir, la vergüenza e infamia de la mujer.

Es importante resaltar que el marido ofendido si perdonaba a la mujer, ya no podía volver a juntarse con ella. O sea que el mismo estado le impedía al marido dicho agravio o si se quiere dicha flaqueza. Por lo tanto, los principales delitos y las penas correspondientes entre los zapotecos, eran las siguientes:

Adulterio. (muerte para la mujer si el ofendido la solicitaba; en caso contrario, crueles y notables mutilaciones, con prohibición al marido de volver a juntarse con la mujer; al complice de la adúltera multa severa y obligación de trabajar para el sostenimiento de los posibles hijos frutos de la unión delictuosa.

Pueblo Tarasco.- Tocante al derecho penal de este pueblo se sabe poco, sólo se tienen noticias de la crueldad de las penas; referente al delito de adulterio se dice: "El adulterio habido con alguna mujer del soberano ó Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se confiscaban sus bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empa-

lándolo después hasta hacerlo morir.

El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien - robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si re- incidía se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves. El derecho a juzgar era por el Calzontzin ó sumo sa- cerdote. (83)

Lucio Mendieta y Nuñez expresa lo siguiente: "Pocos datos se tienen sobre las instituciones legales y administrativas de justi- cia entre los tarascos primitivos." No obstante, la relación de - Michoacán, ofrece algo. Durante el Euataconcuaro, en el vigésimo día de las fiestas, el sacerdote mayor, (peta muti), interrogaba a los acusados que estaban en las cárceles esperando ese día, y - acto continuo dictaba su sentencia. Cuando el sacerdote mayor se encontraba frente a un delincuente primario, y el delito era le- ve, sólo se amonestaba en público al delincuente. En caso de rein- cidencia por cuarta vez parece que la pena era de cárcel. Para el homicidio, el adulterio, el robo y la desobediencia a los manda- tos del rey, la pena era de muerte, ejecutada en público. El pro- cedimiento para aplicarla era a palos; después se quemaban los ca- dáveres. (84)

(83) Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit. p.p. 35-44.

(84) Mendieta y Nuñez, Lucio. Monografía Historia y Económica, Ins- tituto de Investigaciones sociales de la UNAM. imprenta uni- versitaria, México 1940.

b) EPOCA COLONIAL

Comprende esta época desde la llegada de los españoles a tierras mexicanas que fué en 1519 a la consumación de la Independencia 1821, el derecho que prevalece en esta época fué el del pueblo conquistador, España, a sus colonias en América comprendiendo este derecho primeramente el propio derecho español vigente en las colonias; aquel formulado especialmente para dichas colonias; el formulado particularmente por la metrópoli para la Nueva España, por tanto nuestro estudio comenzará con una breve noticia del Derecho Español.

El Derecho Español proviene de una larga evolución que data de los primeros pobladores de España, Los Iberos y los Celtas, es escasa la noticia de la organización jurídica de éstos primeros pobladores, sólo sabemos que el núcleo fundamental era la familia, ésta era monogámica, conocieron la esclavitud, la propiedad era repartida anualmente y sus cosechas eran comunes.

Los primeros invasores fueron Fenicios y Castagineses, seguramente estos pueblos llevaron a la península, lo que los españoles a Nueva España, primeramente su sistema Jurídico, sus costumbres, su comercio y su cultura, etc.

La invasión romana a España seguramente fué de gran trascendencia particularmente en el orden jurídico ya que Roma llevó su derecho no sólo a España, sino a todos los territorios conquistados por el Imperio.

El cristianismo modificó la obra jurídica de los romanos dando surgimiento al Derecho Canónico de gran trascendencia en el Derecho Hispano, posteriormente sufrió España la conquista de los Visigodos pueblo que habfa de significar una notable influencia en la organización jurídica del país por haber estado en contacto con la cultura romana y haber asimilado la cultura de ésta, su principal obra fué el Código, debido al Rey Eurico aunque sólo rigiera a los dominadores. Posteriormente se expidió un cuerpo de leyes para los hispano-romanos llamado Código de Alarico o Breviario de Aniano. Formado principalmente de leyes romanas del Código Teodosiano y de leyes canónicas. En igual forma es de mencionarse el Código de Leovigildo con formación romano-canónicas.

Es de hacer notar que esta etapa que estamos considerando se caracteriza por la triple yuxtaposición del Derecho Romano, del Visigótico y del canónico, que regulan aspectos como: Organización familiar, patriarcal y monagámica, patria potestad, propiedad privada, sucesión, etc., pero España fué todavía presa de otra invasión como la de los árabes.

A medida que la reconquista fué lográndose las ciudades fueron expidiendo sus propias leyes como son los diversos fueros Municipales más importantes como los de León y el de Castilla.

En igual forma la famosa recopilación legislativa del Rey Alfonso "X" el sabio de Castilla y León, que resultaron monumentos

jurídicos como el Fuero Real de 1254, así como el Código de las siete partidas llamado así porque consta de siete libros ó partes, obra de la influencia de los clásicos romanos del código de Justiniano de las leyes canónicas y del viejo derecho español.

Posteriormente el ordenamiento de Alcalá bajo el reinado de Alfonso XI y tuvo por objeto establecer la primacía de las diversas leyes, se iniciaron intentos de recopilación de leyes de Toro de 1505.

La nueva recopilación de 1567 y la novísima recopilación de 1805.

Todas estas leyes mencionadas tuvieron vigencia en la Nueva España y otras colonias en América que más tarde fueron objeto de una recopilación bajo el nombre de "Leyes de Indias". (85)

Pero por lo que respecta a nuestra investigación es conocer de que manera se regulaba el delito de adulterio en las leyes españolas que fueron dictadas para la Nueva España; mismo que nos proponemos hacer en los párrafos que a continuación:

(85) Flores Barroeta, Benjamín. Ob. Cit. p.p. 250-252.

Leyes de Indias.- La recopilación de las leyes de los reyes de las indias de 1680, se componen de nueve libros divididos en - títulos integrado por buen golpe de leyes cada uno. (86)

Sólo mencionaremos dos de ellos por ser los que contienen la materia de nuestro estudio, ellos son; el título VI del libro VII, conteniendo 24 leyes denominado "De las cárceles y carceleros" el VII con diecisiete leyes de las visitas de cárceles, dan reglas - que son un atisbo de ciencia penitenciaria, opina Carrancá y Trujillo.

El título VIII, con veintiocho leyes, se denomina "De los delitos, y penas y su aplicación", y también es de especial interés - para nosotros.

Dicho título según el mismo Carrancá y Trujillo, "señala penas de trabajos personales para los indios, por escusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la República y siempre que el delito fuere grave, pues si leve la pena sería la adecuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podrían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores

(86) Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit. p. 118.

de 18 años podían ser empleados en los transportes en donde se ca-
reciera de caminos y bestias de carga. Los delitos contra los in-
dios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos. --
(87)

Como es de notarse en este cuerpo de leyes se hace referen-
cia de la suerte que corría el menor de edad, al hacer mención --
que los mayores de 18 años debían ser empleados en los trabajos -
más pesados y rudos de aquella época.

A continuación transcribiremos cada una de las leyes conteni-
das en los títulos que hemos citado comentando aquella en que pa-
ra la finalidad de nuestro estudio se refiera, puesto que son po-
cos los textos en que la misma se halla incerta, ya que se ha con-
sultado de una notable edición.

Título ocho de los Delitos y Penas, y su aplicación.

Ley III.- Que en el delito de adulterio se guardan las leyes
sin diferencia entre Españolas, y Mestizas.

En el delito de adulterio procedan nuestras justicias contra

(87) Cárdenas y Rivas, Edición. Ob.Cit. p.119

las Meztizas, y conforme a las leyes de estos Reynos de Castilla, y los guarden como disponen respecto de las mujeres Españolas.

Ley V, que la pena del marco, y otras pecuniarias, impuestas por delitos, sean al doblo, que en estos Reynos de Castilla.

Mandamos, que la pena del marco contra los amancebados, y -- las otras pecuniarias, impuestos por leyes destos Reynos de Castilla a los otros delincuentes, sean y se entiendan al doblo en los de las indias, excepto en los casos, que por leyes desta Recopilación fuere señalada la cantidad cierta, en que se guardará lo dis puesto.

Ley VI, que a los indios amancebados no se lleve la pena del marco.

En algunas partes de las indias se lleva la pena del marco a los indios amancebados, como en estos Reynos de Castilla y no con viene castigarlos con tanto rigor, ni penas pecuniarias. Ordenamos a nuestras justicias, y encargamos a los prelados Eclesiásti--cos, que no les impongan, ni ejecuten tales penas, y los hagan -- volver, y restituir.

Ley VII, que no se prenda mujer por manceba de, clerigo, Fray le, o casado sin información.

Los alguaziles no prendan a ninguna mujer por manceba de clérigo Frayle o casado, sin proceder información por donde conste el delito. (Esta ley es de Felipe II, dado en Toledo, a 25 de mayo de 1596, por manceba se entiende concubina, se comprende la importancia que la ley le dá al hecho de que conste el delito, en virtud de la gravedad del mismo. Aquí la ley también revela que clérigos y Frayles solían amancebarse, la que era costumbre del tiempo según la ha revelado el Aretino en sus sonetos lujuriosos. Se deduce, con facilidad que la mejor prueba de las debilidades humanas se refleja en la letra de la ley).

La colonia como se ha dicho representó el trasplante de Instituciones jurídicas españolas a territorio Americano.

El delito de adulterio en la colonia quedó encuadrado en lo que se conoció como: "delitos de idolatría y dar licencia para casamiento como en su infidelidad, se acostumbraba, proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio. Condena dictada por Fray Juan de Zumárraga y la pena era: salir con candelas en la mano, - descalzo, en la fiesta religiosa que se señalara; oír misa; cien azotes y servir en las minas con hierro en los pies. (88)

(88) Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit. p. 119.

1.7 ANTECEDENTES HISTORICOS LEGISLATIVOS EN MEXICO

a) EPOCA INDEPENDIENTE

Se inicia ésta etapa, con la consumación de la Independencia 1821, suceso que determinó la autonomía política de la Nación Mexicana. Evidentemente el hecho significó la liberación del sistema jurídico español, y la Nueva República naciente intentó desde luego la elaboración de leyes propias encaminadas a la organización política manifestándose primeramente en normas de Derecho Público, pero en lo tocante a la reglamentación privada de las clases sociales ó sea al Derecho Privado, se siguió observando las que estaban vigente durante la colonia. (89)

Como hemos dejado acentado en capítulos anteriores que en la Nueva España estuvieron vigentes una serie de leyes españolas y otras tantas que fueron dictadas especialmente para las colonias españolas, mismas que se siguieron observando como se apunta durante varios años de esta época de nuestra historia mexicana; hasta que las distintas entidades federativas fueron elaborando poco a poco sus propias leyes para integrar un sistema jurídico propio como correspondía a una nueva sociedad, este sistema jurídico se fué integrando tanto en Derecho Público como en Derecho Privado;

(89) Flores Barroeta, Benjamín, Apuntes de Derecho Civil, p. 253.

dando prioridad a los primeros, así a continuación analizaremos - cronológicamente lo que a nuestro estudio se refiere.

Código Penal del Estado de Oaxaca.- El primer ordenamiento - penal que se ha conocido hasta nuestros días, y es el que se expi- dió en Oaxaca "el 7 de febrero de 1828, que sin duda fué el pri- mer ordenamiento penal de México y de América." (90)

La labor de investigación que realizara, Raúl Ortíz Urquidí, descubrió que en el Estado de Oaxaca estuvo vigente un ordenamien- to penal anterior a todos los conocidos hasta la fecha.

Sin dejar de reconocer que dicho cuerpo de legislación penal no es un código penal completo, sólo consta de 57 artículos regu- lando los delitos más comunes de la sociedad oaxaqueña acorde con el momento en que se vivía por la efervescencia política del país, las convulsiones sociales propias del momento; por lo que este có- digo tipificó delitos como: Rebelión, Sedición, motín, asonada, - atentado contra la autoridad establecida, y todos los que pusie- ran en peligro la nueva soberanía naciente; elaboraron leyes que cimentara los principios básicos de la nueva patria, generalmente leyes que reglamenta la Administración Pública del Estado.

(90) Ortíz Urquidí, Raúl. Oaxaca cuna de la codificación iberoame- ricana, Editorial Porrúa, S.A. México 1974, p. 41.

Pero en lo referente a leyes que regularan la vida social de los habitantes en sus relaciones familiares, sociales, culturales, políticas, económicas, etc., se siguieron observando como hemos dejado asentado la legislación vigente en la colonia, seguramente que los legisladores oaxaqueños olvidaron o no le dieron la debida importancia a la reglamentación de la vida familiar por lo que, no se legisló acerca de tan delicado asunto ya que la sociedad lo hace todo, lo puede todo, es todo; delitos como el de adulterio y otros quedan supeditados en segundo término a leyes caducas y obsoletas de la colonia como las que a continuación apuntamos probando así la veracidad de nuestra afirmación tomados del libro del Profr. Urquidí... "Artículo 50 y 60 de la ley que arregla la Administración de Justicia en los Tribunales del Estado, Capítulo IV de los ministros en particular. Artículo 59 guardarán lo prevenido en las leyes 61 título 213, Título 3 del libro 2o. de Indias: 29 y 59, título 5o del libro segundo de Castilla y otras que traten del buen desempeño de sus Magistraturas". (91)

Carrancá y Rivas escribe al respecto, "al consumarse la Independencia, en el año de 1821, las principales leyes de México, -- con carácter de Derecho principal, eran; la recopilación de Indias complementada con los autos acordados, las Ordenanzas de Mi-

(91) Ortiz Urquidí, Raúl. Ob. Cit. p. 339.

nérfa, de Intendentes, de tierras y aguas y Gremios.

Como Derechos supletorios estaban la Novísima Recopilación, las partidas y las ordenanzas de Bilbao (1737); siendo esta última el Código Mercantil que regía para la materia, aunque sin referencias penales". (92)

Ante la magnitud de los problemas con la que se enfrentaba la legislación de las primeras horas de la Independencia, el gobierno Federal hubo de reconocer expresamente la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana, como la legislación mexicana propia. (93)

En el Estado de México también se dejó sentir la preocupación por elaborar sus leyes propias como se verá a continuación: "si bien es cierto, que en el Estado de México se había redactado en 1831 un bosquejo general de Código Penal no llegó a tener vigencia. (94)

(92) Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit. p. 197.

(93) Ibidem. (Ob. Cit.) p. 198.

(94) Porte Petit, Celestino, Evolución Legislativa Penal en México, Editorial Jurídica Mexicana, México 1965, p. 10.

Este ordenamiento penal del Estado de México en primer término no tuvo vigencia y en segundo plano no tipificó el delito de adulterio.

El tercer Estado de la Unión Federal que aparece en el contexto Nacional tomando parte en la preocupación por elaborar leyes sabias y justas que rigieran a un pueblo con horizontes más adecuados por lo que elaboró su Código Penal; "es común la opinión en el sentido de que el primer código represivo es el de Veracruz de 5 de mayo de 1869, pero como se ha visto, lo fué el de 1835."
(95)

De la nota que antecede se aprecia que Tena escribe en 1967, en cambio la investigación del Sr. Urquidí, data de 1974, por lo que se desprende que todavía no se sabía del código oaxaqueño de 1828.

Código Penal del Estado de Veracruz de 1835.- En realidad este código penal, rigió al Estado de Veracruz antes del código Corona de 1869. El código de 1835, tuvo vigencia hasta el año de 1869 en el que por decreto No. 115 se estableció en el artículo 10. --

(95) Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. p. 47.

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

que registrá en el Estado, desde la publicación de la presente ley, dicho código tuvo observancia por decreto de 28 de abril de 1835, así lo expresa entre otros el profesor Celestino Porte Petit. (96)

Este cuerpo legal en su parte tercera, Título I, Sección V - establece, "delitos de Incontinencia Art. 635.- El adulterio que la ley castiga con pena corporal es el acceso carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido. (97)

Del presente artículo se desprende que en la etapa social para la que fue legislado sólo se castigaba la conducta de la esposa cuando tenía acceso carnal con hombre que no era su marido, en cambio el hombre que tuviera acceso carnal con mujer que no fuera su esposa; aquí la ley es omisa, calla⁹ deja aquí una gran laguna esto quiere decir que la conducta del marido no se castigaba, seguramente la comisión legisladora de entonces se dejó llevar por criterios erróneos "será el machismo mexicano", será la historia de la mujer en el mundo en que era considerado como objeto, como un ente inferior a la que el marido incluso podía matarla como se ha visto en la etapa histórica.

(96) Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. p. 11

(97) Leyes Penales Mexicana, Instituto Nacional de Ciencias Penales No. 1.

Al correr de los tiempos se ha visto que las condiciones precarias de la mujer ha sido la causa muchas veces de delincuencia y sobre todo las corrientes científicas ha hecho recapacitar a los grandes pensadores y así ha tenido repercusiones la igualdad del hombre y la mujer en el mundo, prueba de ello se ha legislado también sobre la conducta lesiva del marido al matrimonio y se plasma en la ley por ser necesario asegurar la integración familiar y el buen funcionamiento la unidad familiar a la que el Estado está obligado a proteger.

Código Penal del Estado de Veracruz de 1868.- Aclarada la situación, la tercera codificación penal que se conociera en nuestra República corresponde a la que, se expidió en el Estado de Veracruz en el año de 1868 en decreto 127 de 17 de diciembre, siendo Gobernador del Estado Don Francisco H. y Hernández y presidente del honorable tribunal superior de justicia el Lic. Don Fernando de Jesús Corona por tal motivo dicho ordenamiento se llegó a conocer generalmente como código Corona.

Se estableció que el congreso del Estado Libre y Soberano de Veracruz llave, "en nombre del pueblo decreta que los proyectos de códigos civil, penal y de procedimientos penales, presentados por el C. Magistrado Fernando de Jesús Corona tendrá por este decreto la sanción de Ley, obligatoria en el Estado y conservará su fuerza y vigor comenzará a observarse en la sustanciación y dirección de los negocios judiciales desde el 5 de mayo de 1869." (98)

El delito de adulterio motivo de este estudio está tipificado en este ordenamiento jurídico en el título VII bajo el rubro de delitos de incontinencia en el artículo 661 que a la letra dice "El adulterio del hombre se castiga con pena de dos años de prisión a cuatro de trabajo forzados, el de la mujer con igual tiempo de reclusión ó servicios en los hospitales de su sexo; ambos serán castigados además con la pérdida respectiva de derechos de familia y demás que expresa el código civil".

Como es de notarse, la comisión redactora de este ordenamiento jurídico cayó en los mismos vicios que los anteriores y posteriores hasta la fecha, consistente en no decir que debe de entenderse por adulterio, ya que el legislador de aquel ordenamiento no definió lo que debe de entenderse por dicho delito solo se concretó en señalar la pena.

Este cuerpo legal que juristas y estudiosos han dicho que era el primero de los códigos represivos en México y que viera su publicación en el Estado de Veracruz, hemos mencionado que es el tercero en cuanto a antigüedad se refiere, como se ha establecido el primero fue el de Oaxaca de 1828, el segundo correspondió al del Estado de Veracruz de 1835 anterior al código Corona, publica en decreto el 28 de abril del mismo año y relacionado con el delito de nuestro estudio, en este ordenamiento jurídico penal en la tercera parte Título I Sección V bajo el rubro de delitos de In--

continencia en su artículo 635 dice: "El adulterio que la Ley castiga con pena corporal es el acceso carnal de mujer casada con -- hombre que no sea su marido". Como no, elogiar esta labor de aquellos hombres integradores de la comisión redactora de dicho cuerpo penal que a pesar de ser los alborés legislativos si se preocuparon por definir lo que estaban sancionando, aplaudimos el interés y la responsabilidad de los legisladores de aquella época.

Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la república en materia federal de 1871.- "Este ordenamiento penal se elaboró bajo la dirección del Licenciado Antonio Martínez de Castro y tuvo como inspiración sino copia del código penal español de 1870, hasta en sus faltas gramaticales basados en el libre albedrío de la Escuela -- Clásica, rigió del 10. de abril de 1872 a 1929, generalmente se conoce como código penal de 1871 ó código Martínez de Castro en honor a su presidente de la comisión redactora". (99)

En la exposición de motivos de dicho código el Lic. Antonio Martínez de Castro refiriéndose al delito de adulterio dijo: "Respecto del adulterio se concede a la mujer la acción criminal contra su marido, aunque con menos latitud que a éste porque si no se puede negar que moralmente hablando, cometió igual falta el ma

rido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las consecuencias; pues aquel queda infamado, con razón ó sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se empaña por la falta de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos, introduciendo herederos extraños en la familia y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio." (100)

El delito de adulterio queda tipificado en este código en el título VI capítulo VI artículo 816. "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.

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 ejecutare el adulterio fuera de su domicilio conyugal é ignorando que la mujer era casada...".

(100) Leyes Penales Mexicanas, No. 2, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.

De la lectura del presente artículo se desprende que tiene - los mismos defectos de los anteriores en cuanto no definen el delito, se adolece de una precisión jurídica solamente señalan las penas y dejan al arbitrio judicial la valoración subjetiva cayendo este delito bajo la clasificación de tipo, anormales que estudia Castellanos Tena, en su obra Lineamientos Elementales de Derecho penal.

"Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de 1929.- Siendo Presidente de la República Mexicana el Lic. Emilio Portes Gil, se aprobó dicho código por decreto de 9 de febrero de 1929 - que rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931, este ordenamiento se conoce como código Almaraz, al igual que el anterior en reconocimiento al presidente de la comisión redactora Lic. José Almaraz.

Fué inspirado según los autores del anteproyecto correspondiente en la "Defensa Social" y en la individualización de las sanciones", sin embargo en su sistema interno no difirió radicalmente del clásico, pues mantuvo los grados del delito (art. 20) y de la responsabilidad penal (art. 36), los atenuantes y los agravantes legales, con valor progresivo matemático (art. 36). (101).

(101) Nota 1, Código Penal Anotado del Distrito Federal de 1931, p. 12.

Ordena este código en su título decimocuarto capítulo III refiriéndose al delito de adulterio en el art. 891, "El adulterio - sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal ó cuando cause escándalo". El vicio, error ó falta de apreciación - por parte de la comisión redactora de dicho código es la misma -- del código penal de 1871 como hemos hecho mención que carecen de una definición de tal delito, motivo por el que todos los juristas penales y estudiosos de esta ciencia critican constructiva o destructivamente en pro ó en contra de dicho delito de adulterio, que pensamos y sostenemos en nuestra manera de pensar que debe de legislarse con apego a la realidad y a las circunstancias actuales de la vida en grupo.

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal de 1931 ó actual en vigor.- En cuanto al vigente código penal y su larga vida, que sin duda ya son 64 años de su existencia, por sí solo - habla la obra legislativa tomando en cuenta lo que dice el dicho vulgar que lo bueno se recomienda por sí solo, este ordenamiento se ha enriquecido por las numerosas reformas durante todo el tiempo de su vigencia, en gran parte de su articulado sobre todo los de uso más frecuente, éste código penal vigente presenta novedades importantes con respecto a los anteriores dice Carranca y Rivas en su comentario al mismo: "La extensión uniforme salvo algunas excepciones como en robos, fraudes, abusos de confianza de -- cuantía variada y en lesiones de resultado progresivamente agrava

do, del arbitrio judicial, por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones y la consiguiente regulación legal de dicho arbitrio, para fijarlos individualizadamente (art. 51 y 52), el perfeccionamiento de la condena condicional (art. 90) de la fórmula de la tentativa (art. 12), del encubrimiento (art. 400), de la participación (art. 13), de algunas excluyentes (art. 15), el uniforme carácter de pena de la reparación del daño (art. 29), (102)

Verdaderamente nuestro código penal del Distrito Federal, -- porque ya no hay territorios ha resultado un monumento jurídico -- por su duración y también por su apego a las realidades sociales, aun cuando ha sido criticado en ambos sentidos pero por sobre todo es una obra que ya hizo historia, referente al adulterio se tipifica en el artículo 273 y dice "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 ó -- con escándalo". En el presente código como en los anteriores tienen el mismo defecto, que carecen de una definición, esto hace -- que se agrupen bajo la denominación de los tipos anormales como -- hemos apuntado requiere de una valoración subjetiva por parte del juzgador, dicho código se prolonga en el mismo sentido tocante, -

(102) Código Penal Anotado del Distrito Federal 1972, p. 13.

al adulterio, que los anteriores de 1929, en cambio el código penal de 1871 de Martínez de Castro fué más allá y dijo que también sancionaba el adulterio cometido fuera del domicilio conyugal aún cuando no mencionó el escándalo, en el actual código se menciona que si hay escándalo será sancionado, y se sobre entiende que el adulterio cometido fuera del domicilio conyugal causa escándalo y por otro lado tampoco queda definido que se debe de considerar -- por escándalo.

Proyecto de código Penal para el Distrito Federal de 1949.- Como hemos dicho y apuntado, nuestro código penal vigente en el Distrito Federal ya tiene una larga vida desde su promulgación a la fecha y ha sido motivo de críticas como de preocupación tanto de las autoridades en la materia como también de autoridades políticas pues es motivo de estudio y de análisis a nuestra sociedad, por lo que han determinado en tres ocasiones implantar una nueva legislación penal a que supliera la del Distrito Federal -- con la salvedad de que la nueva tenga proyección Nacional ó sea -- que se aplique en toda la República Mexicana; pero a la fecha sólo ha quedado en eso, en proyectos, así tenemos el primer anteproyecto de 1949.

Anteproyecto de código penal para el Distrito y Territorios Federales (todavía existían los territorios), en materia de fuero común y para la república en materia de fuero federal de 1949.

Cuando decimos que autoridades políticas han escuchado a los maestros en la ciencia jurídico penal por las exigencias de la sociedad para elaborar una nueva legislación a que sustituya a la actual, por ser la sociedad cambiante es decir en evolución ó transformación y las leyes tienen que ir al parejo del cambio social, así es como surgió el anteproyecto de código penal que fue el primero en 1949 en que siendo Subsecretario de la Presidencia de la República el Lic. Ernesto P. Uruchurtu nombró a la comisión redactora del presente anteproyecto que quedó integrada en la siguiente forma Lic. Luis Garrido, Francisco Arguelles y el Lic. Celestino Porte Petit, así como el Lic. Raúl Carrancá y Trujillo.

No dudamos de la capacidad jurídica de tan egregios catedráticos Universitarios todos ellos pero aquí queda en entredicho la obra de todos ellos cuál sería la causa, el motivo por el que dicho proyecto solo quedó en eso, solo proyecto.

La causa o motivo puede ser deducido por cada lector a su arbitrio, ya sea político, o algún otro interés preponderante por lo que no se puso en práctica, el anteproyecto era bueno, contenía cambios en varios capítulos del mismo, aún cuando no en todos en el capítulo de nuestro estudio rezaba lo mismo en su título -- XVI capítulo IV, referente a los delitos sexuales artículo 264, - 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 ó con escándalo, (103), a este respecto no dijo nada el legislador todo quedó igual en dicho proyecto de código penal para el Distrito Federal.

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal. Proyecto de Código Penal Chico Goerne de 1958.- La comisión redactora de este proyecto de código penal para el Distrito Federal, estuvo presidida por los Licenciados: - Jorge Reyes Tayabas, Ruben Montes de Oca, Enrique Padilla C. y -- Fernando Castellanos a cuyo frente se hayaba el Lic. José Aguilar y Maya, comisión que redactaría dicho proyecto, según Celestino - Porte Petit en su obra "La Evolución Legislativa Penal de México" nos apunta que dicha comisión siguió los directrices del licenciado Luis Chico Goerne, como dichos redactores todos ellos jefes de Departamento, procuradores de justicia, Secretarios de Estado, no tenían el tiempo necesario, se integró una comisión que redactaría el libro segunda parte especial y la primera parte del proyecto, nunca se presentó. (104)

El delito de adulterio quedó tipificado en el libro segundo,

(103) Leyes Penales Mexicanas, No. 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales 1980.

(104) Porte Petit, Celestino, Ob. Cit. p. 148.

segunda parte capítulo IV, artículo 216 "Realiza adulterio el que siendo casado tiene relación sexual con personas distinta a su -- cónyuge y el que hallandose libre del vínculo matrimonial tiene - relación de aquella especie con persona unida en matrimonio a otra, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con es cándalo".

Este delito se sancionará con prisión de dos años, multa de mil pesos y privación de derechos civiles hasta por seis años. --

En el presente proyecto como se lee el delito de adulterio quedo definido, quizá dicha comisión haciendo eco de las críticas a ciertos delitos que carecen de una definición en el código penal sus redactores empiecen por tomar conciencia de ellos y describan con ductas claras precisas y concretas, que no exista lagunas, obscuridad o malas interpretaciones que se presten a confusión por los juzgadores é intérpretes.

Proyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia Federal de 1958.- En 1958, se integró otra comisión con la -- misma finalidad que la anterior, a que redactara un proyecto de - Código Penal para el Distrito y Territorios Federales (existentes en aquella época) dicha comisión recayó en los licenciados; Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Celestino Porte Petit C. y Manuel del Rfo Gobeá. Este anteproyecto se orientó en

el código de Defensa Social Veracruzano, en el anteproyecto de código Penal de 1949 para el Distrito Federal y Territorios Federales y fundamentalmente en el proyecto de Código Penal para el Estado de Baja California. (105)

El presente proyecto habló del adulterio en su Título decimo segundo capítulo segundo artículo 213. "Se impondrá de tres días a dos años de prisión y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo."

No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición -- del cónyuge ofendido; pero cuando este formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que resulten o aparezcan como codeincuentes.

Sólo se castigará el adulterio consumado.

Referente al delito de adulterio, la comisión redactora del presente proyecto no fue muy lejos, también transcriben los mismos conceptos que los anteriores.

(105) Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. p. 149.

Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963.- En acatamiento a las recomendaciones del II Congreso Nacional de procuradores de justicia que se llevó a cabo en esta ciudad capital en el mes de mayo, se integró una comisión a que redactara el proyecto de Código Penal tipo acordado en esta asamblea, con la finalidad de que lo adoptaran los diversos Estados de la República y terminar con la diversidad de legislaciones punitivas, que tantos inconvenientes presenta. (106)

La comisión que redactaría el proyecto de código penal tipo para toda la República Mexicana, haciendo eco de las recomendaciones que surgieron del segundo Congreso Nacional de procuradores de justicia en el Distrito Federal en mayo último quedó integrado por los Doctores Fernando Román Lugo, Celestino Porte Petit, Luis Garrido los Licenciados, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de -- González Mariscal, Luis Porte Petit Moreno.

En este proyecto de código penal tipo que se pretendió elaborar con la finalidad de unificar las legislaciones penales de la República Mexicana, para acabar con tantos inconvenientes tanto políticos como jurídicos, pero volvemos hacer un paréntesis para volver a preguntar y porqué no se llevó a cabo tal finalidad, --

(106) Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. p. 161.

piénsese lo que piense pero nuestro sistema burocrático y político son los causantes de todos los males ocasionados en la administración pública en todos los ámbitos llámese económicos, culturales, académicos sociales, etc., señalar los responsables pensamos que no son muchos, nos sobran los dedos de una mano para contarlos en primer lugar tenemos al gobierno que es quien rige los destinos del país, amañado con sus secuaces los clerigos fanáticos é igno rantes que desde siempre son los causantes de los infortunios que ha sufrido nuestra pátria, en tercer lugar señalaremos a un aparato represivo constituido por el ejército, la policfa y otros cuerpos policiacos y para policfas que se suman a los poderosos sosteniendo en el poder a gobernantes sin escrúpulos que sólo sirven a quienes los sostienen en el poder para el colmo de nuestros males y de la nación, pero no nos perdamos en el afan de seguir hablando acerca del delito de adulterio y sólo nos resta decir que el presente proyecto de código penal tipo se suprime el delito de adulterio y refieren sus redactores en la exposición de motivos -- del mismo proyecto que desaparece el capítulo que se refería en otros códigos ó proyectos de delitos sexuales, "expresión inaceptable porque se basa en la naturaleza de la conducta realizada y no en el bien jurídico tutelado. (107)

(107) Leyes Penales Mexicanas, No. 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1980.

En el presente proyecto sólo queda regulado los delitos contra la libertad é inexperiencia sexual; y bajo este título queda comprendido la violación, art. 309 el estupro art. 312, abusos de sonestos art. 315.

CAPITULO II

ANALISIS DEL DELITO DE ADULTERIO EN MEXICO

2.1. CONCEPTO DE TIPO PENAL

Sabido es que para la existencia del delito y que entren en juego las llamadas normas jurídicas del Derecho Penal, no sólo es necesario, sino indispensable, la participación de una conducta - o un hecho humano que como anota Fernando Castellanos Tena: "Para que exista delito se requiere la conducta o hecho humano: son delictuosos, ha menester que tales actos sean típicos, antijurídicos y culpables, según diversos comentarios y criterios de ilustres penalistas se afirma que se entiende por tipo penal, la creación legislativa, la descripción que el legislador hace de una conducta en los preceptos penales." (108)

Igual criterio sostiene Jiménez Huerta, diciendo que: "papel preponderante desempeña en la construcción y comprensión, interpretación y sistematización dogmática de la parte especial del Derecho Punitivo, (Código penal), el concepto de tipicidad y su proceso de sustantivización e instituciones en las figuras contenidas en el catálogo delictivo que integra la parte especial del Derecho Penal. El vocablo tipicidad, forja y nutre su esencia, como la propia voz delata, del sustantivo tipo, del latín tipus, que en acepción trascendente para el derecho penal significa: símbolo representativo de cosa figurada ó figura principal de alguna cosa a-

(108).- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de D.- Penal. Ed. Porrúa, S.A., México, 1967. p. 157.

la que ministra fisonomía propia. Lo caracterizado como tipo se unifica y reconoce que el conjunto de sus rasgos fundamentales forman el tipo, y es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez es emblema o figura de ella." -- (109)

Por su parte Jiménez de Asúa afirma que: "al irse independizando el llamado actualmente tipo delictivo del Corpus Delicti se presenta como: La suma de todos los caracteres o elementos -- del delito, en su contenido de acción "Continúa el autor diciendo que esta es la manera como se concibió el delito antes de Belling, como conjunción de todos los caracteres internos y externos de la infracción; trataron de él en 1805 Cristóbal Carlos -- Stubel y Luden en 1840. También Karcher en 1873, así como Schapper por la misma época mantenían esa noción del tipo, como figura de delito específico en la que se conjuntan la totalidad de -- sus elementos internos y externos.

No debemos confundir el tipo con la tipicidad. Pues el tipo como se anota, es la creación legislativa, la voluntad del Estado que plasma el legislador en los preceptos penales. En cuanto a la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta con la -- descripción legal, formulada en abstracto.

(109) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, Porrúa, S.A. México, 1985. p. 28.

La función que en el Derecho punitivo despliega el tipo no se distingue de la función propia que corresponde a los preceptos jurídicos, pertenecientes a las demás ramas del Derecho. Esta afirmación encierra una total inexactitud. Primeramente la función descriptiva y concretizadora de la antijuridicidad que a los efectos sancionadores realiza el tipo, no tiene semejanza o equivalencia alguna con la función constitutiva que corresponde desplegar a los preceptos de las demás ramas jurídicas, pues mientras la función constitutiva propia de estas ramas jurídicas; es abiertamente creadora, la del Derecho Penal, es restringida, limitada y típicamente encauzada con exclusión de todo lo que no lo es en el modelo penal.

En segundo término, existe una diferencia formal entre la antijuridicidad oriunda de los preceptos jurídicos de las diversas ramas del Derecho y la antijuridicidad tipificada en el Derecho penal; pues mientras la primera no está descrita con especificación concreta de los hechos en que ha de plasmar, la segunda es siempre descrita mediante referencia concretas y fácticas de la conducta. (110)

Tipo es según Cicala, "Todo el Derecho Penal entendido como orgánico ordenamiento jurídico substancial preceptivo y sanciona

(110) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 19-20.

torio, también por este carácter en Derecho Penal se contraponen a las ramas del Derecho Público y Privado." (111)

Hay tipos penales dice Tena muy completos conteniendo todos los elementos del delito como en el tipo delictivo de allanamiento de morada en donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos "con engaño" ó "funtamente" el tipo de robo "apoderamiento de cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley, etc. (112)

En este y en otros casos análogos es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito. Sin embargo en ocasiones la ley se limita a formular la conducta prohibida (ó ordenada en los delitos omisivos); como en el delito de adulterio y otros en donde no puede hablar de descripción del delito, sino de una parte del mismo, lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico (a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como la legítima defensa, de nuestro ordenamiento penal vigente en el D.F., elabora la siguiente clasificación de los tipos penales en a) normales y anormales b) fundamentales o básicos, c) especiales, d) complementados, e) autónomos o independientes, f) subordinados, g) de formulación casuística, h) de

(111) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p. 21

(112) Código Penal anotado del D.F., Edit. Porrúa, S.A., México - 1972, p. 523.

formulación, 1) de daño y de peligro". (113)

Del análisis de esta clasificación y de los elementos tomados en cuenta para integrar el tipo, se concluye que el delito de adulterio pertenece al grupo de los "tipos anormales", de la simple lectura del art. 273 del c.p., se aprecia que dicho ilícito carece de tipo, solamente habla de la sanción y sin duda por las razones que hemos anotado en capítulo anteriores; hay otros delitos que también carecen de un tipo definido como la cópula en el estupro o la vida en el homicidio, pero la ley usa un nombre diverso al de uno de sus elementos constitutivos del tipo, - en cambio para el delito de adulterio no sucede tal situación, - para complementar dicho ilícito es necesario que se haga una valoración subjetiva por parte del juzgador.

Otro estudioso de los tipos penales como Ronieri ha dicho: "Los preceptos de la norma penal se distinguen de otras normas del derecho en cuanto vinculan la forma de todo hecho punible, - de suerte que no existe delito que no sea típico, esto es, que no tenga una particular forma diferenciada descrita en un precepto penalmente sancionado o como más frecuentemente se dice en un tipo o modelo de figura legal" (114)

(113) Castellanos Tena. Ob. Cit. p. 160.

(114) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p. 21.

En Alemania el tipo era el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto objetivo como subjetivo incluyendo el dolo y la culpa, para los antiguos escritores españoles figura de delito, también Jiménez Huerta reconoce que fue Beling quien hizo el ingreso del tipo en el campo del Derecho Penal.

La formula de Feuerbach se difundió tal y como ahora lo conocemos "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege" y este pensamiento ha sido ratificado en congresos y conferencias internacionales.

El Tipo, dice Villalobos, es el modelo en que se incluyen todos los individuos de una especie, ya que se halla formado por las características o rasgos esenciales a todos ellos; como en el homicidio, robo, etc., esta descripción esencial objetiva, de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordinarias, la ley considera delictuoso. Fue en Alemania en donde comenzó a intentarse por varios escritores la formación de un concepto definido del tipo (tatbestand), que al principio se quiso tomar como la descripción total del delito, incluyendo el factor subjetivo de culpabilidad. Beling ratificó esta latitud por lo que justamente le han acreditado el padre de la doctrina sobre la tipicidad. Para este autor: la función del tipo es descriptiva de la base estructural de un grupo o de que especie de delitos, pero al fin y al cabo como descriptiva de algo que, admitido que luego de ser "captado" por alguna de las formas de la culpabilidad, inevitablemente presupone la valoración de las conductas descritas, pa-

ra entresacarlas de la inmensa variedad de actuaciones humanas y señalar sólo aquellos comportamientos tenidos (en condiciones -- normales) como antijurídicos y precisamente correspondientes al orden penal, a reserva de que de la práctica se confirme, se desvirtúe o se matice la calificación de esa base sustantiva por la concurrencia de una real antijuridicidad y un elemento subjetivo de culpabilidad o por la ausencia de alguno de estos factores -- del delito.

El tipo es pues una forma legal de determinación de lo anti-jurídico, punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe.

No hay que olvidar, por supuesto, que la tipicidad es un elemento en la definición del delito, desde un punto de vista dogmático y supuesto al apotegma, nullum crimen sine lege.

Beling (alemania 1906), contribuye como indica Bettiol al principio por ella anunciado el puesto de primer orden en la jerarquía de los elementos esenciales a la noción del delito.

En 1930 Beling hace una nueva presentación de su doctrina, en la que activa y espiritualiza algunos de sus primitivos puntos fundamentales, su idea medular para la exposición de su nuevo sistema arranca del concepto "Especie Delictiva" concebida como un todo compuesto de una pluralidad de elementos a veces ex--

pressis verbis y otros Sub intelligenda, para precisarse o complementarse por la interpretación.

Estos elementos son: Una de naturaleza externa y objetiva - v. gr., los que caracterizan la antijuridicidad; y otros de naturaleza subjetiva como por ejemplo, los que configuran la culpabilidad.

Todos estos elementos, empero, se orientan hacia una "Imagen Unitaria" que viene a ser el cuadro conceptual que funda la unidad de la especie delictiva, y sin la cuál aquellos elementos perderían su sentido como elementos integrantes de la especie delictiva. Esta imagen unitaria es el tipo que informa y prescinde de la creación y vida de cada especie "delictiva", y representa esquemáticamente su contenido esencial. El tipo no es ya, pues, para Beling, el hecho objetivo abstracto y conceptualmente descrito, por sus elementos materiales, en cada especie delictiva - sino la imagen rectora cuadro dominante o tipo regens que norma y protege cada especie delictiva. De esta manera se espiritualiza el tipo penal, el cual viene a ser una representación conceptual, que no debe ser confundida con su realización exterior.

La idealización que del tipo hizo Beling en 1930, no encontró arraigo en el pensamiento jurídico penal. La mayoría de escritores penalistas siguen a Muñoz Rodríguez que dice: "Que el carácter delictivo de una conducta sólo pueda afirmarse a condi-

ción de que el tipo de culpabilidad sea congruente con el tipo - objetivo del injusto, y no es menos indudable que los diferentes tipos de delitos que el código contiene, han sido concebidos por el legislador como tipos del injusto y de culpabilidad congruentes", valor de los tipos penales y los dispositivos que los amplifican que tienen un triple valor ante el Derecho Constitucional y encarnan el apotegma "nullum crimen sine lege" y, por tanto garantizan en los países de derecho, la libertad personal; en el derecho punitivo son los signos técnicos que reviste la conducta antijurídica del hombre y en el derecho procesal representan las figuras que ponen en marcha la dinámica del proceso. "No hay delito sin tipicidad". El nacimiento y la idea que encierra el apotegma "nullum crimen sine lege", presupone la idea de los tipos y dispositivos legales que los amplifican, pues aquel apotegma no puede entrar en juego sin previa delimitación del contenido esencial, alcance y límites de los tipos y dispositivos penales y si es así, no puede ponerse en duda que el influjo que unos y otros ejercieren y ejercen en el Derecho Constitucional - provienen del derecho punitivo, el cual en nuestros días, ontológicamente reivindica y científicamente elabora la teoría del tipo penal.

Ernesto Mayer en su tratado de Derecho Penal de 1915, dice: "La tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad, entendiendo, que no toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un prin

cipio, una probabilidad de antijuridicidad". Mayer modifica el concepto considerando al tipo como simple descripción de una conducta antijurídica, de donde infiere que la tipicidad es el real fundamento de ella; por eso, no define al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, opinión semejante sostiene en Argentina Sebastián Soler. (115)

Al respecto, Tena expresa: "Hemos venido sosteniendo que la antijuridicidad es la razón de ser de la tipicidad, pues la ley consigna los tipos y conmina con penas los conductos en ellos -- formulados, por ser opuestos a los valores que el Estado está obligado a tutelar". (116)

Ambos autores convienen en que toda conducta típica es siempre antijurídica, salvo la presencia de una justificante.

(115) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 21-202.

(116) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 161.

2.2 EL TIPO PENAL DE ADULTERIO.

Requisitos comunes. Un análisis somero del catálogo de tipos delictivos que implica la parte especial del código penal, - incluye a todos los tipos, aunque como es lógico no siempre se - presentan de modo similar. Estos requisitos comunes integran el armazón del tipo y reflejan la razón de su nacimiento y existencia: si la "ratio essendi" del tipo delictivo es la de evitar, - con la amenaza de la pena, que el hombre realice conductas externas lesivas en bienes jurídicos ajenos, resulta obvio que la existencia de un sujeto activo primario, de una conducta externa y de un bien jurídico tutelado, son los requisitos más elementales y comunes del tipo penal. (117)

De lo dicho anteriormente se concluye que el llamado tipo - penal del delito de adulterio es el descrito por el código penal del Distrito Federal en su artículo 273, con las características y consecuencias comunes, lógico es que como tal no se presentan las conductas de modo similar en todos los casos, pero lo relevante es que con el tipo descrito aún con las deficiencias de -- que se ha hecho mención en capítulos anteriores, estamos conscientes que se está tutelando un bien jurídico como lo es la fidelidad conyugal, el respeto al domicilio conyugal, así como el buen

(117) Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, -- S.A., México, 1955. p. 47.

honor, fama o prestigio del cónyuge inocente, (cuando dice ó con escándalo), cuando dice: "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". (118)

Por adulterio dice la jurisprudencia, debe entenderse como el ayuntamiento carnal de hombre y mujer, siendo uno de ellos o los dos casados con persona distinta.

Que dicho ayuntamiento carnal lo realicen en el domicilio conyugal, y precisamente debe de ser como lo manda la norma penal en el domicilio conyugal, porque si dicho ayuntamiento carnal es realizado en otro domicilio que no sea el conyugal no habrá delito de adulterio, al no ser que se cumpla con la siguiente hipótesis:

Con escándalo, referente a este elemento también el máximo tribunal ha dicho y asentado en jurisprudencia que, debe de entenderse como; "la conmoción social que produce el hecho" por este motivo en el código penal como se ha dicho no se define el delito, aún cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha establecido en varias jurisprudencias, por tal motivo pensamos que les sobre razón a los penalistas en cuanto que quieren -

(118) Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, - S.A., México 1993, p. 100.

desaparecer dicho ilícito ó mejor dicho el tipo penal incompleto descrito en la norma por carecer de una correcta descripción y - su congruente definición respectiva.

Fernando Castellanos Tena considera incorrecto el nombre que al delito en cuestión le señala el ordenamiento jurídico "... pu esto que el tipo se configura precisamente con un adulterio veri ficado en el domicilio conyugal o con escándalo... siendo inco-- rrecto dice, designar el todo con el nombre de una de sus partes. No importa la falta de definición del elemento "adulterio", por- que exigirla equivaldría a censurar al legislador por no haberlo definido, por ejemplo, la cópula en el estupro, la vida en el ho micidio, el concepto del bien ajeno en el delito de robo". (119)

Pensamos que dicho delito no debe de desaparecer de nuestra legislación en cuanto que falta una reglamentación social adecua da, como ocurre en otras sociedades y convenga dicha supresión o quizá no las tenga por convenir a sus intereses, a su medio cul- tural, etc., en México nos falta mucho por estabilizar los nú--- cleos familiares, quienes han sostenido en México la inutilidad de la punición penal del delito de adulterio, se basan en reco-- mendaciones extranjeras que no compaginan con la idiosincrasia - de nuestro pueblo. Otro país quizá tenga razón por tener una -

(119) Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal anotado, para el Dis- trito Federal, Nota 889, Edt. Porrúa, S.A., México 1972. -- p.p. 504-505.

sociedad más estable, más compacta, con diferente mentalidad debido a su estandar cultural, la nuestra no está en ese supuesto; no culpamos al legislador anterior por no haber definido dicho delito como el que estamos analizando, como dijera, Castellanos Tena, es de culpar a los legisladores que sucedieron a los anteriores, a los que elaboraron el código penal actual, en no legislar para una sociedad presente actual y en evolución.

Pues bien, hemos dejado asentado en temas anteriores que el delito es un acto humano, con determinadas características como se describen en el Código punitivo; si en este capítulo estamos describiendo el delito de adulterio que tipifica el art. 273, es de hacer notar los elementos que intervienen para configurar dicho ilícito, y así tenemos un sujeto activo, un sujeto pasivo, un bien jurídico, un objeto material y un resultado:

Sujeto activo. El sujeto activo del delito, ha de ser siempre un hombre o un representante de la especie humana cualquiera que sea su sexo y sus condiciones particulares y accidentales. En estas condiciones el sujeto activo del delito de adulterio ha de ser pues un hombre o una mujer casados civilmente, protegidos por la ley, ese vínculo es el llamado matrimonio al que la norma protege.

Sujeto pasivo de un delito. Es generalmente la sociedad, -- cuando se afectan bienes jurídicos instituidos para la vida orde

nada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma; o el estado tomado como forma política de organización. - Además puede haber una persona física o jurídica, reconocida como titular de los bienes afectados concretamente, a la cual se considera como sujeto pasivo inmediato, como sucede en el homicidio y los atentados al pudor en el delito al que nos avocamos, - el sujeto pasivo indiscutiblemente va a ser uno de los cónyuges a los que por virtud de la ley, se les brinda protección en su lazo conyugal con vista a estabilizar la cohesión familiar.

Bien jurídico tutelado. Cuando el acto recae sobre una cosa, se dice que ésta es el objeto material o de la acción, teniendo siempre como objeto jurídico o de protección, el bien o la institución social amparada por la ley y afectada por el delito; como la vida, la libertad, el honor, etc., ya se ha dicho que este objeto de protección constituye la línea de directriz para la interpretación de la ley penal relativa a cada delito.

El bien jurídico que se tutela con la norma que castiga el adulterio es precisamente la fidelidad conyugal, la unión familiar, la permanencia y cohesión de la pareja por virtud del matrimonio, el bienestar de los hijos y en conclusión la estabilidad social.

En etapas anteriores la vida social ha sido diferente y la humanidad entera ha presenciado la unión marital en grupos entre

tribus, pero en la actualidad esa etapa está ya superada.

Lesión de un bien jurídico. La primera condición que se requiere para que una conducta humana sea valorada de antijurídica, es la de que lesione ó ponga en peligro interés tutelado por el Derecho, esto es, un bien jurídico. Si lo antijurídico es lo que contradice el derecho y éste ontológicamente tiene por objeto proteger y regular los intereses de la vida humana, la conducta que no lesiona ni pone en peligro un bien jurídico no puede ser valorada como ilícita. Carrara afirmó "que no todos los actos externos procedentes de una intención malvada pueden ser elevados a la categoría de delitos, sino sólo aquellos que han dañado o que tenían la posibilidad de dañar los derechos ajenos", --

(120)

(120) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. -- Editorial Porrúa, S.A., México 1985, p.p. 227-230.

2.3 LOS ELEMENTOS GENERALES DEL TIPO

El delito anota -Soler- es una forma de conducta: la conducta desarrollándose y fluyendo continuamente en la realidad, presenta frente a toda posibilidad de descripción, el aspecto de algo infinito. Las normas que quieran captar esta conducta, no pueden proceder sino mediante esquemas que intenten recoger de la realidad solamente una serie de notas, porque la realidad presenta una pluralidad tal de datos que es imposible que una norma -- los describa a todos. (121)

La sencillez o complejidad conceptual de la conducta antijurídica que se recoge en la figura típica, modela su forma e integra sus elementos. No existe una técnica legislativa única de tipificar penalmente conductas antijurídicas, ya que forzosamente a de influir en la estructura y contenido del tipo, la sencillez o complejidad fenoménica de la conducta que en él se quiere describir:

Es diversa la estructura del tipo delictivo cuando en él se describe un comportamiento o se recoge un resultado material y tangible, que cuando se tipifican conductas normadas por la especial situación anímica en que se halla el sujeto que actúa o por

(121) "Análisis de la figura delictiva", en criminalia, año X, No. 12. p. 784.

una expresa referencia a su valoración. El más somero examen de las conductas tipificadas en un código punitivo o en una ley especial, pone de relieve que en la configuración de las mismas entran en juego elementos de alcance diverso. El comportamiento injusto que concretiza el tipo es puntualizado, unas veces, mediante mera descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; otras, mediante expresa referencia a la valoración normativa de dicha conducta. (122)

(122) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p. 73.

ELEMENTOS DESCRIPTIVOS. Por naturaleza el tipo penal es emi nentemente descriptivo, en él se detalla, con la máxima objetividad posible, la conducta antijurídica que recoge. De ahí, que la mayoría de los tipos de la parte especial de un código tenga como contenido una mera descripción que se realiza mediante sim ples referencias a un movimiento corporal o a un resultado material o tangible.

Para que la ley penal moderna pueda reputarse correctamente confeccionada -ha dicho Soler-, no será bastante que nos diga: - "El ladrón sufrirá tal pena, sino que deberá definir la acción - que constituye al sujeto en ladrón, mediante la descripción de - las peculiaridades que constituyen la acción de robar." A su -- vez Baumann afirma, que la determinación de los presupuestos de un hecho punible, falta; en primer término, si respecto a el no existe un tipo que circunscriba lo injusto exactamente. Una ley penal que se agote en una sola disposición como ésta: "El que le sione bienes jurídicos ajenos será castigado" no es una ley de-- terminada. Una disposición de esta naturaleza sería nula.

Los tipos penales describen, por lo general, estados o procesos de naturaleza externa, susceptibles -como indica Mezger- de ser determinados espacial o temporalmente, perceptibles por - los sentidos "objetivos", fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva y apreciables por el juez mediante la simple - actividad del conocimiento.

Así por ejemplo, el tipo de adulterio del artículo 273 que implica castigar a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, contiene una muy sencilla descripción de conducta. Es también tipo de simple descripción objetiva, si se tiene en cuenta la sola letra de la ley y se renuncia a profundizar en sus raíces.

No deja de ser descriptivo cuando el hecho de realizar la cópula en el domicilio conyugal o con escándalo, sabido es que el juzgador en muchos casos realiza valoraciones subjetivas que casi el tipo no describe, aunque los estudiosos digan: Los tipos delictivos contienen siempre una descripción de conducta. Los movimientos e inercias corporales, resultados externos y estados o procesos que describen, objetivizan la conducta humana. Según -- que en la figura típica se determine de un modo más o menos detallado la conducta descrita, se habla por Carnelutti, Crispigni y Pannain de delitos en forma vinculada o en forma libre. No solamente creemos como Antolisei que esta distinción carece de importancia, ya que es más cuantitativa que cualitativa, sino también que carece de valor habida cuenta de que en los llamados delitos de forma vinculada, la conducta es susceptible de manifestarse de muy diversas formas; y en los llamados delitos de forma libre existe siempre una vinculación más o menos detallada. La ausencia de valor de esta clasificación ha sido incluso reconocida -- por el propio Carnelutti, ya que en una obra posterior rechaza la distinción y proclama que "el delito tiene siempre forma típi

ca o, en otras palabras, vinculada, y que nunca puede tener una forma libre".

Ahora bien las conductas son descritas abstractamente, unas veces, sin hacer relación de un resultado externo; y otras, mediante referencia a un determinado resultado, aunque sin especificar las formas de ejecución o las modalidades de muy diversa índole que en el mismo pueden concurrir. El tipo delictivo sólo toma aquí el resultado acaecido, cualesquiera que fuesen las modalidades o complejidades de la conducta. De esta forma se proporcióna a los tipos una gran elasticidad que les permite ser aplicados a la generalidad de los casos que presenta la vida.

La antijuridicidad que recoge el tipo es tan evidente e intensa, que basta hacer una simple referencia a la conducta o al resultado, sin que las modalidades o formas de ejecución tengan, en la configuración de la figura típica otra importancia que la meramente episódica. Los códigos penales no agotan su repertorio con abstractas descripciones en donde se recoge un resultado. Existen tipos penales mas detallados y concretos, en los que su contenido material no solamente consiste en la realización de una abstracta conducta o en la producción de un resultado, sino en la realización de una conducta o en la producción de un resultado, en la forma, con los medios o con las modalidades que la ley específicamente establece. Surgen así las llamadas modali-

dades o referencias de la acción. Estas modalidades, relaciones o referencias atañen al sujeto pasivo, a un tercero, al objeto sobre el que la conducta recae, a los medios o instrumentos de ejecución, al lugar, al tiempo, etc.

El artículo 273 de nuestro estudio se refiere a los culpables de adulterio, cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, interviniendo tal acontecimiento en el delito de adulterio, o sea realizar la cópula entre personas casadas con individuos diferentes, es una conducta que no puede constituir en sí misma indicios o concretización del injusto; para que este indicio o concretización se produzca hay que añadir una referencia al sujeto pasivo o a un tercero y para el efecto señala el artículo 274 del código penal para el Distrito Federal, "no se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido".

Algunas veces las figuras típicas aparecen en el código penal, vacía de contenido fáctico y es necesario para lograr su determinación e integración acudir a otras leyes o reglamentos. -- Nos hallamos aquí ante tipos delictivos en blanco, como por ejemplo, lo son los delitos contra la salud contenidos en el Título Séptimo del Libro II del Código Penal, habida cuenta de que para la determinación de lo que debe entenderse por estupefacientes o psicotrópicos debe acudirse, según el artículo 193 a la Ley General de Salud. El necesario complemento que estos tipos exigen, e

es parte integrante del tipo. Y el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales.

No siempre a cada comportamiento penalístico es dedicada -- una particular disposición, precepto o artículo del código, aunque en la mayoría de ellos así sucede, otras, por razón de economía legislativa, y por ser igual el cuadro del comportamiento antijurídico dominante en una misma disposición, precepto o artículo, son recogidos varios comportamientos típicos para todos los cuales se fija una misma sanción. Estas diversas conductas típicas están entre sí en una relación formal acumulativa, esto es, reunidas en un mismo precepto de ley. (123)

(123) Jiménez Buerta, Maxiano. Ob. Cit. p.p. 74-75-76-77.

ELEMENTOS NORMATIVOS. En la contemplación de las figuras típicas no siempre las cosas discurren con tanta sencillez. Sucede muchas veces que las figuras típicas contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Es ello, a menudo, debido a exigencias de técnica legislativa, pues, en ocasiones, para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada. Frente a los elementos normativos dice -Grispigni- el juez debe desenvolver, además de una actividad cognoscitiva (comprobación), una actividad valorativa, la cual, empero, no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la conciencia de la comunidad. (124)

En el delito de adulterio más que nada decíamos, es indispensable que el juzgador realice una valoración subjetiva, para que encuadre dentro de los preceptos penales y poderlo sancionar, dicha valoración tiene que ser desde el punto de vista intrínseco familiar, esto es, evaluar subjetivamente cuanto daño realizan los adúlteros en el núcleo familiar, cuánto mal se le causa a la familia considerando al cónyuge inocente, los hijos, en el aspecto moral, social, económico, etc.

(124) Jiménez Buato, Mariano. Ob.Cit. p. 80

dades o referencias de la acción. Estas modalidades, relaciones o referencias atañen al sujeto pasivo, a un tercero, al objeto sobre el que la conducta recae, a los medios o instrumentos de ejecución, al lugar, al tiempo, etc.

El artículo 273 de nuestro estudio se refiere a los culpables de adulterio, cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, interviniendo tal acontecimiento en el delito de adulterio, o sea realizar la cópula entre personas casadas con individuos diferentes, es una conducta que no puede constituir en sí misma indicios o concretización del injusto; para que este indicio o concretización se produzca hay que añadir una referencia al sujeto pasivo o a un tercero y para el efecto señala el artículo 274 del código penal para el Distrito Federal, "no se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido".

Algunas veces las figuras típicas aparecen en el código penal, vacía de contenido fáctico y es necesario para lograr su determinación e integración acudir a otras leyes o reglamentos. -- Nos hallamos aquí ante tipos delictivos en blanco, como por ejemplo, lo son los delitos contra la salud contenidos en el Título Séptimo del Libro II del Código Penal, habida cuenta de que para la determinación de lo que debe entenderse por estupefacientes o psicotrópicos debe acudirse, según el artículo 193 a la Ley General de Salud. El necesario complemento que estos tipos exigen, -

es parte integrante del tipo. Y el tipo ya completado cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales.

No siempre a cada comportamiento penalístico es dedicada una particular disposición, precepto o artículo del código, aunque en la mayoría de ellos así suceda, otras, por razón de economía legislativa, y por ser igual el cuadro del comportamiento antijurídico dominante en una misma disposición, precepto o artículo, son recogidos varios comportamientos típicos para todos los cuales se fija una misma sanción. Estas diversas conductas típicas están entre sí en una relación formal acumulativa, esto es, reunidas en un mismo precepto de ley. (123)

(123) Jiménez Buerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 74-75-76-77.

ELEMENTOS NORMATIVOS. En la contemplación de las figuras típicas no siempre las cosas discurren con tanta sencillez. Sucede muchas veces que las figuras típicas contienen otros elementos más complejos que los estrictamente descriptivos. Es ello, a menudo, debido a exigencias de técnica legislativa, pues, en ocasiones, para tipificar una conducta es necesario incrustar en su descripción elementos que implican juicios normativos sobre el hecho y que obligan al intérprete a efectuar una especial valoración de la ilicitud de la conducta tipificada. Frente a los elementos normativos dice -Grispigni- el juez debe desenvolver, además de una actividad cognoscitiva (comprobación), una actividad valorativa, la cual, empero, no debe ser realizada desde el punto de vista subjetivo del juzgador, sino con criterio objetivo, esto es, según la conciencia de la comunidad. (124)

En el delito de adulterio más que nada decíamos, es indispensable que el juzgador realice una valoración subjetiva, para que encuadre dentro de los preceptos penales y poderlo sancionar, dicha valoración tiene que ser desde el punto de vista intrínseco familiar, esto es, evaluar subjetivamente cuanto daño realizan los adúlteros en el núcleo familiar, cuánto mal se le causa a la familia considerando al cónyuge inocente, los hijos, en el aspecto moral, social, económico, etc.

(124) Jiménez Huerta, Mariano. Ob.Cit. p. 80

No obstante los esfuerzos que realizó Beling en defensa de sus trincheras jurídicas, no puede convencernos de que todos los elementos del tipo delictivo son puramente descriptivos. En primer término, la pureza descriptiva del delito aparece desvirtuada si se tiene en cuenta que el propio tipo ya contiene la valoración jurídica calificante de lo antijurídico.

Los elementos típicos normativos son, según Mezger, extraordinariamente numerosos, pues incluso hace suya la afirmación de Erik Wolf, de que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos, y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente tipificados. Sin embargo cree Mezger conveniente, por razones de Derecho Público (político), destacar dentro de lo posible y del modo más claro los elementos "descriptivos" de los tipos penales, para con ello rechazar en tales casos el juicio valorativo con su secuela de indeterminación y de subjetivismo, a menudo peligroso. Se esfuerza Mezger en determinar con la mayor precisión los elementos normativos del tipo penal. De pura índole normativa son para él los elementos que exigen una valoración jurídica o cultural. Los que exigen una valoración jurídica los hallamos -dice Mezger- atravesando en todas direcciones los tipos penales. En relación a la legislación vigente en México pueden citarse por vía ejemplificadora, "bien inmueble o derecho real" (art. 395, frac. I) y la "patria potestad o la tutela" (art. 295), son elementos de valoración cultural, aquellos en que el proceso valorativo ha de rea

lizarse con arreglo a determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen a la esfera misma del Derecho. Sirvan de ejemplo, "el acto sexual" (art. 260), (126)

Los elementos típicos normativos no pueden admitirse en la forma en que los concibe Mezger. Si se aceptan sus puntos de vista habría que dar la razón, como Erik Wolf, cuando afirma que todo elemento del delito tiene carácter normativo por la inevitable transformación que sufre cualquier concepto al ponerse en contacto con la norma jurídica. Como Beling cuando niega la existencia de estos elementos por estimar que los conceptos jurídicos que contienen los tipos penales carecen de esencia normativa y se presentan simplemente como materia de reglamentación. La razón la tendría Erik Wolf, ya que toda expresión gramatical encierra una idea, y presupone en su sentido y en su interpretación un valor cultural; la tendría Beling, pues las expresiones gramaticales, en cuanto encarnan ideas y presuponen un valor cultural, se presentan siempre como objetos de reglamentación jurídica; y, en consecuencia, el que determina expresión se estimase o no como normativa dependería de la mayor complejidad, rareza o especialización del concepto que la misma encerrase, lo que, si bien presupone un mayor esfuerzo en la valoración que el juez ha de efectuar, conceptualmente no representa nada diverso de las demás valoraciones que normalmente hace para fundar su conocimiento.

(126) Código Penal, para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México 1993. p.p. 98-106-132.

to y juicio. En realidad, quizá esté en lo cierto Baumann, en -- cuanto observa que el deslinde entre las características descriptivas y normativas es fluctuante.

También la característica normativa contiene una cierta descripción y a su vez la característica descriptiva no es siempre descriptiva.

Los verdaderos elementos normativos que contienen los tipos penales, son aquellos que, por estar cargados de desvalor jurídico, resaltan específicamente la antijuridicidad de la conducta. Siempre que el tipo contiene una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta que describe, encierra una específica referencia al mundo normativo en el que la antijuridicidad halla su fundamento. Implican por tanto, verdaderos elementos normativos, los siguientes términos incrustados en los tipos que a continuación se mencionan: Indebidamente (arts. 173, fracs. I, II; -- 215, frac. III; 244, frac. II y 222, frac. I); sin causa legítima (art. 215, frac. II); sin motivo justificado (art. 232, frac. II, 285 y 387); sin causa justificada (art. 212) Sin causa justa (art. 210); sin derecho (art. 367); ilícitamente (art. 386) contribuyen en este sentido la existencia de los elementos típicos normativos, Max Ernert Mayer, Hippel, Florian, Grispigni, Maggiore, Bettiol, Mazini, Battaglioni, Jiménez de Asúa y Carranca y Trujillo. (127)

(127) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 81-86.

ELEMENTOS SUBJETIVOS. Como quiera, el tipo tiene como fin, delimitar y describir conducta antijurídica; el legislador, al confeccionar los tipos penales, hace algunas veces, también por razones técnicas, una especial referencia a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o a un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia, para de esta manera dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es solamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado, y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo.

Hacer uso de un documento falso es una conducta antijurídica; sin embargo, dicha conducta antijurídica no adquiere relevancia típica, conforme a lo dispuesto en el artículo 246, frac. VII, sino cuando el sujeto activo del delito hiciera uso a sabiendas del documento. La combinación de las acciones externas de los hombres con sus procesos psicológicos -dice certeramente Ricardo C. Núñez-, resulta a veces de verdadero interés para el legislador penal; hechos que objetivamente, no interesan al Derecho Penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estados de conciencia del autor. Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas, si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos que,

desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responden a la complejidad que el propio acaecer de la vida ofrece -- pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas depende de la Tendencia Interna - Trascendente o del estado de conciencia del autor, y en otros, -- sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal.

Por vía de ejemplificación, pueden citarse como tipos que expresamente contienen en su texto elementos subjetivos, la fracción V del artículo 400 (... no procure ... impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o que se están cometiendo...); el artículo 387, fracción II (al que por título oneroso enajena alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella); el artículo 323 (la muerte dada a un ascendiente, sabiendo el delincuente ese parentesco); el artículo 231 (alegar a sabiendas hechos falsos o leyes inexistentes o derogadas); en todos estos casos, el elemento subjetivo radical es el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas. Otras veces, el elemento subjetivo radica en un determinado deseo.

Como ejemplos de tipos delictuosos en los que, si bien no se menciona expresamente la existencia de un elemento subjetivo, su interpretación descubre que un elemento de ésta especie se encuentra implícito, así como también, el tipo de robo descrito en el artículo 367, pues para que exista apoderamiento es necesario que en el agente concorra el ánimo de apropiación.

La importancia de los elementos típicos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de acondicionar la posible aplicación de la figura típica, sirve para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. (128)

(128) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 87-89.

2.4. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO EN GENERAL

Los elementos especiales del tipo en general, estan señalados en la parte especial del Código Penal del Distrito Federal - en el Título Vigésimo segundo, con el rubro "delitos en contra de las personas en su patrimonio, resaltando por tanto de este simple lectura de dicha denominación, que el patrimonio de las personas es el bien jurídico tutelado penalmente en este título del código, así enfocaremos nuestro estudio a dichos bienes.

El concepto de patrimonio, tiene su cuna en el Derecho Civil. El ordenamiento positivo ni define ni contiene concepto general alguno de "patrimonio" el Código Civil del Distrito Federal dice:

Artículo 747.- Puede ser objeto de apropiación todas las cosas que no están excluidas del comercio.

Artículo 772.- Son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente y de las que no pueden aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley.

Artículo 2964.- El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes.

Por lo expuesto, se entiende como patrimonio en Derecho Privado, la universalidad de derechos y obligaciones de índole económica y estimación pecuniaria, perteneciente a una persona.

La tutela penal que señala el código del Distrito Federal - tiene una mayor amplitud, pues en tanto que la doctrina privatista considera que en la noción de patrimonio entran sólo las cosas o derechos susceptibles de ser valorados en dinero, la tutela penal del patrimonio se extiende también a aquellas cosas que no tienen valor económico sino simplemente un valor emotivo para la persona ofendida. El artículo 371 del Código Penal señala expresamente "cuando por alguna circunstancia no fuere estimable - en dinero..." la cosa objeto de robo.

El patrimonio penalísticamente hablando está concebido por aquél plexo de cosas y derechos destinados a satisfacer las necesidades humanas y sujeto al señorío de su titular.

Así pues, integran el patrimonio todas aquellas cosas que, según el artículo 747 del Código Civil puede ser objeto de apropiación.

Cuando ésta posibilidad deviene en realidad, se muta la cualidad del objeto, pues la cosa se transforma en bien patrimonial. Las cosas que constituyen el patrimonio de las personas, son, --

por tanto, los bienes patrimoniales. Al interés jurídico sobre éstos bienes hace clara referencia el título vigésimo del libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal adopta la denominación de "delito contra las personas en su patrimonio".

Al propio tiempo que se especifica objetivamente el bien tutelado -el patrimonio-, se subraya el titular de dicho bien jurídico, esto es, se individualiza el sujeto en cuyo interés el bien jurídico es penalmente tutelado. Uniendo los objetos que constituyen los bienes patrimoniales con el interés que en su conservación tiene su titular, resalta el objetivo en este capítulo del ordenamiento penal que protege las pertenencias de las personas, é incluso, las que no tienen valor en dinero. (129)

A continuación trataremos los elementos que entran en juego en el terreno especial de esta ciencia jurídica.

Sujeto Pasivo.- En primer lugar señalaremos como elemento pasivo al titular del bien jurídico protegido o sea el dueño del bien patrimonial tutelado penalmente y que este puede ser tanto la persona física como la persona moral de Derecho Privado o de Derecho Público. Exceptuando aquellas situaciones en que la cualidad personal del sujeto activo como ser persona encargada de

(129) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, - Editorial Antigua Librería Robledo, México, 1963, p.p. 13-14.

un servicio público engendra una modalidad típica sui generis, - como v.gr., acontece en el delito de peculado que describe el artículo 223 del Código Penal. En este delito la circunstancia citada transforma en peculado una conducta antijurídica que sin su concurrencia sería tan sólo delito de abuso de confianza; pues aunque es evidente que dicha conducta lesiona también un bien patrimonial, es voluntad de la ley asignar a la misma una objetividad jurídica diversa, habida cuenta de que considera como valor jurídico preponderante el deber de fidelidad que vincula al sujeto con el Estado o al organismo al que sirve.

Bien Jurídico.- Lo constituyen los bienes patrimoniales tutelados penalmente, pueden consistir en cosas, bienes patrimoniales reales, o en derecho a determinadas acciones u omisiones humanas, bienes patrimoniales personales. Estos bienes patrimoniales están protegidos penalísticamente en su calidad de derechos subjetivos, en cuanto la conducta antijurídica los lesiona, se efectúa sin la voluntad de su titular. Y los derechos subjetivos que engendran, se diferencian de los inherentes a la personalidad, como dice Rocco no son manifestaciones esenciales de la personalidad humana y no están inseparablemente ligados al individuo, pues consiste en un señorío sobre una cosa o en la exigencia de una prestación, las cuales pueden ser disgregadas de los sujetos de los derechos transferidos a otros por actos inter vivos y mortis causa y susceptibles de valoración pecuniaria.

La tutela penal en los bienes patrimoniales reales y personales, son distintos, mientras que los primeros se tutelan con mayor amplitud, los segundos son protegidos excepcionalmente.

Los bienes patrimoniales reales, dice el profesor Jiménez Huerta, son de consumo y son tutelados por los artículos; (art. 367) robo, (art. 382) abuso de confianza, (art. 386) fraude, -- (art. 395) despojo, (art. 399) daño, según el Código Penal.

La lesión a un bien de naturaleza personal que constituye su patrimonio, su protección está recogida en abstractas referencias al concepto de lucro indebido art. 386 ó en incitas vivencias de la idea de perjuicio patrimonial arts. 93 y 96 de la Ley de Quiebra y suspensión de pago.

La tutela penal del patrimonio en los últimos tiempos ha alcanzado cada vez mayor importancia y alcance a causa del desenvolvimiento de la moderna economía; por siglos el patrimonio estuvo formado principalmente por objeto reales como son: monedas de oro y de plata, joyas, casas y predios, que son protegidos -- con los artículos que hemos citado, pero como a la fecha el patrimonio comprende otros elementos como los créditos y derechos intelectuales e industriales, han surgido nuevas formas fraudulentas de enriquecimiento en perjuicio de la ajena actividad patrimonial y por tanto ha producido como secuela lógica, la ampli

tud operada en el delito de fraude y otros nuevos tipos penales como los de usurpación de bienes inmateriales. (130)

(130) Jiménez Duarte, Mariano. ob.cit. p. 16

2.5 APLICACION AL CASO CONCRETO

Explicaremos someramente en que consiste el daño patrimonial, ya que es nota conceptual que caracteriza a todos los delitos patrimoniales, el concepto, empero, no aparece pacífica y suficientemente esclarecido, pues en tanto que existen quienes equiparan e identifican los conceptos de daño patrimonial y daño económico. Existen otros que concluyen que el concepto de daño patrimonial tiene mayor extensión y no puede siempre identificarse con el de daño económico, habida cuenta de que dentro de aquél entran también las lesiones a las cosas desprovistas de valor de cambio, como lo son las que sólo tienen un puro valor de afección. La solución correcta del problema no es susceptible de encerrarse en una fórmula general valedera para todos los delitos patrimoniales. Sólo pueden encontrarse teniendo en cuenta, en cada particular delito, la cosa o interés patrimonial que concretamente se tutela. Es a juicio nuestro, evidente, que en aquellos delitos que, como en el de robo, se tutela la posesión de las cosas muebles, la acción antijurídica lesiva de dicho bien jurídico, esto es, el daño patrimonial que la conducta produce, puede recaer no sólo en las cosas que tienen un valor de cambio o económico, sino también sobre las que únicamente lo tienen de pura afección, pues tanto en un caso como en otro, se ha lesionado el bien jurídico del patrimonio en la forma concreta que en el delito de robo es protegido. El dato ya antes mencionado, de que en el artículo 371 se establece una pena especial para cuan-

do el objeto del aprovechamiento por alguna circunstancia, por ejemplo, su propia naturaleza no fuere estimable en dinero. En algunos otros delitos patrimoniales, como por ejemplo, en el de quiebra arts. 93 y 97 de la ley especial, es inconcuso que el daño patrimonial no puede ser más que económico; pues, en primer término, en este delito se protegen exclusivamente los créditos originados por las mercaderías y el dinero que los acreedores -- del comerciante entregaron a éste; y en segundo lugar, el estado de quiebra, que es, en puridad, lo que la ley sanciona, art. 95 y 99, que presupone conceptualmente un desequilibrio económico -- del quebrado que trasciende sobre los diversos patrimonios de -- sus acreedores.

El daño patrimonial puede ser tanto efectivo como potencial y, por ende, configurar delitos patrimoniales de peligro. Por lo que a estos últimos se refiere, no puede desconocerse, en primer término, que también las conductas directamente encaminadas a apoderarse o a hacerse de alguna cosa o a ocuparla o destruirlo, aún cuando no causen ningún daño patrimonial efectivo, son punibles a título de tentativa, pues implica un peligro para el bien jurídico tutelado, y, en segundo lugar, tampoco pueden negarse sin pretender oscurecer la luz solar, que en los ordenamientos vigentes existen tipos patrimoniales de peligro como el tipo de fraude por simulación que especifica la frac. X del art. 387 del Código Penal. (131)

(131) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 17-18.

2.6 CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LOS ELEMENTOS DEL TIPO

Como es lógico, no siempre se presentan de modo similar estos elementos o requisitos comunes que integran el armazón del tipo y reflejan la razón de su nacimiento y existencia: si la "ratio essendi" del tipo delictivo es la de evitar, con la amenaza de la pena, que el hombre realice conductas externas lesivas de bienes jurídicos ajenos, resulta obvio que la existencia de un sujeto activo primario, de una conducta externa y de un bien jurídico tutelado, son los requisitos más elementales y comunes de las figuras típicas.

Sujeto activo primario. Sobre el sujeto activo del delito, Eugenio Cuello Calón expone: "Solamente el hombre puede ser sujeto de delito, sólo el hombre puede ser denominado "delincuente", las antiguas aberraciones, existentes en tantos países y legislaciones, por las que se exigía responsabilidad criminal a los animales y aún a los seres inanimados, tan sólo merecen recordatorio a título de curiosidad jurídica".

Al efecto Carrara expuso que, "Hace siglos que los penalistas están acordes en que la capacidad para delinquir solo reside en los seres racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y de culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, y una voluntad conciente solamente se halla en el hombre.

Es así como todos los estudiosos de esta ciencia penal, con vienen en que sólo el animal racional haciendo uso de su intelec to y voluntad puede responder de sus actos buenos o malos, posi tivos o negativos, como atinadamente Cuello Calón señaló, que so lamente al hombre se le puede dar el calificativo de "delincuente", no así a los irracionales o a seres inanimados.

Durante largo tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que sólo la persona individual puede ser sujeto de delito, y en defensa de estas tesis han invocado los siguientes argumentos: "únicamente la persona individual puede ser responsable criminalmente porque solo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que es la base de la imputabilidad". Manzini argumenta "La voluntad como potencia y como facultad de querer, solo es posible en la persona física".

"Imponer pena a las personas sociales es castigar a seres -- ficticios, seres que no quieren y no sienten por sí, algo como un cuerpo sin alma; es violar el principio universalmente reconocido de que sólo son sujetos posibles de delito los seres dotados de razón".

Se alega también que la punibilidad de las personas morales está en pugna con el principio de la personalidad de la pena, no es posible castigar por el hecho de otro, pues el penar a una -- persona colectiva se castiga a todos los que la componen, a los

que intervinieron en la ejecución del acto criminal como a los - que no tuvieron participación en él, por lo cual esta responsabilidad es contraria a la idea y al sentimiento de justicia. Por - la verdadera razón que limita según la doctrina, la responsabilidad penal a la persona individual y excluye la de la persona moral o social; radica sobre todo en el resalte del elemento de la culpabilidad. Sólo la persona individual puede ser responsable, porque no hay responsabilidad sin culpabilidad y esto sólo es posible en la persona individual.

Los tipos delictivos hacen, pues, mención expresa y directa a un sujeto activo o autor, en quien como indica Mezger, encuentran aplicación inmediata los diversos preceptos penales. -- "La noción de autor ha de ser construida restrictivamente. No es autor todo sujeto que ha cooperado a la causación de un resultado lesivo, sino sólo aquél que ejecuta la conducta descrita en - la figura típica efectivamente aplicable". (132)

Jiménez Huerta menciona que, "Le denominamos sujeto activo primario, para subrayar que es sujeto activo por originaria, directa e inmediata determinación típica, así como también para diferenciarle de aquellos otros sujetos activos por nosotros llamados secundarios que afloran en ulterior plano en virtud de un --

(132) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Boach, Barcelona 1968, p. 310.

dispositivo que se ensambla al tipo penal y produce su amplificación." (133)

La reforma de nuestro ordenamiento penal de 1994 para el -- Distrito Federal en su art. 13, frac. III, con la frase "son autores o partícipes de los delitos, los que lo realicen conjuntamente y - la frac. II, los que lo realicen por sí".

Esta realización la realiza o efectúa el autor primario directamente mediante su propia actividad corporal, no tiene trascendencia el que algunas veces emplee fuerzas de la naturaleza, instrumentos o animales, habida cuenta de que las fuerzas de la naturaleza, los instrumentos o los animales vgr. el robo cometido valiéndose de un perro amaestrado, no son otra cosa que medios de ejecución puestos en juego por la actividad del sujeto o modo de complementos de acción.

En el artículo 301 del código penal, se menciona el caso en que el autor emplee, como medio de comisión del delito de lesiones, un animal bravo.

Quedan comprendidos todos aquellos que realizan íntegramente la conducta que describe el tipo, pues el modo singular que - la ley emplea, de una pluralidad de sujetos activos primarios o

(133) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México 1985. p. 94.

autores en los casos en que dos o más personas ejecutan conjuntamente la conducta descrita en el tipo. Cuando nos hallamos ante una pluralidad de sujetos activos de naturaleza primaria, esto es, de diversas personas a las que directa o individualmente es aplicable la expresión "el que haga... o el que omita..." que la ley emplea, habida cuenta de que todas ellas realizan la conducta descrita en la figura típica efectivamente aplicable. Especial consideración merecen los casos en que el agente activo se sirve, para la realización de la conducta descrita en la conducta típica, de otra persona, como medio o instrumento. Tal acontece en los casos de fuerza irresistible -vis absoluta- en que el violentado actúa como instrumento ciego en mano del autor. No puede considerarse como autor mediato quien despliega la irresistible fuerza y como autor inmediato quien es utilizado como un ciego -instrumento en manos de aquél, pues el concepto de sujeto activo o autor lleva insito el de conducta, y ésta no puede existir en donde falta el coeficiente psicológico. (134)

Krestschmann afirma, que si la persona de que el reo se vale ha sufrido tal violencia que no ha estado en condiciones de realizar un movimiento voluntario, quien ha usado de la violencia responde como autor inmediato. (135)

(134) El Diario Oficial de la Federación, publicado el día 10 de enero de 1994.

(135) Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. p. 311.

No hay duda en la actualidad que la autoría mediata, como reconoce Maurach, es uno de los sectores fundamentales del Derecho Penal.

Desde el punto de vista filosófico, tanto causalista como finalista es el autor único que realiza la conducta típica valiéndose de un ciego instrumento humano como medio ejecutivo de su acción.

Certero es, por tanto, que el concepto haya sido incluido en la fracción IV del artículo 13.

Todos los seres vivos racionales del mundo circundante hallan abstractamente comprendidos en el concepto de sujeto activo a que hacen referencia los tipos penales. La premisa anterior sufre, empero, una derogación cuando el tipo exige, de manera especial, una determinada cualidad o condición en el sujeto activo. Restringese en estos casos la posibilidad de ser sujeto activo del tipo al círculo de personas en quienes concurre la mencionada condición o circunstancia personal, hasta el extremo de que la persona desposeída de tal cualidad o carácter no puede ser sujeto activo primario. Surgen así los llamados delitos propios o especiales, conocidos también con el nombre de delitos particulares o exclusivos, que sólo pueden ser cometidos por determinada categoría de personas, en contraposición a los delitos comunes, las cuales pueden ser realizadas por cualquiera.

Basta incursionar en el código penal para ver que ciertos delitos requieren en el sujeto activo la cualidad de profesionales, artistas o técnicos y sus auxiliares (art. 228); de abogado, patrono o litigante (art. 231); de empleado de una casa de moneda (art. 235); el notario (art. 246, fracción II); de encargado del servicio telegráfico, telefónico o de radio (art. 246, fracción VI); de descendiente (art. 323); de madre (art. 327); de padre o cónyuge (art. 336). Debe asimismo subrayarse que en las leyes penales especiales también se contienen múltiples veces, delitos propios.

Estas cualidades personales de sujeto activo se dividen en naturales y jurídicas. Son cualidades naturales aquellas que implican situaciones de hecho oriundas de la vida fisiológica; vgr. la de madre (art. 327); y jurídicas, aquellas otras que presuponen una situación social creada por el Derecho; vgr. la de servidor público (art. 212).

La diferencia entre cualidades naturales y jurídicas puede ser útil a los fines de la interpretación, ya que si se trata de cualidades de antemano relevantes para otras ramas del Derecho, en líneas generales -y salvo que de la ley no resulte la voluntad contraria-, dichas expresiones deben ser entendidas, a virtud del principio de la unidad del ordenamiento jurídico, en el significado técnico que en ellas tienen.

Cuando el Derecho Penal se vale de las calificaciones hechas por las otras ramas del Derecho, nos hallamos ante un reenvío receptivo. La norma extrapenal es incorporada a la penal y, por consiguiente, deviene también norma penal.

No debe de entenderse que la cualidad natural o jurídica -- que integra el delito propio tiene tan solo trascendencia en orden a la persona en quien concurre y no deja huella alguna sobre la conducta tipificada. Por el contrario la cualidad personal -- del sujeto activo se objetiviza en la conducta antijurídica que es tipificada en la ley. Preciso es, para agotar la exposición -- de las peculiaridades que el tipo delictivo puede ofrecer en orden al sujeto activo, subrayar aquí especialmente que algunos tipos exigen para su integración una dualidad o pluralidad de sujetos activos primarios; pues aunque es cierto que la inmensa mayoría de los tipos delictivos pueden ser perpetrados por un solo agente, por ejemplo, el homicidio, el robo, etc., existen otros que requieren para su abstracta integración la presencia y participación de varios sujetos como acontece por ejemplo, en la rebelión (art. 132), conspiración (art. 141), rebelión sedición motín (art. 144), asociación delictuosa (art. 164), incesto (art. 272), adulterio (art. 273).

Los primeros se denominan monosubjetivos, o individuales; -- los segundos, plurisubjetivos, colectivos o de concurso necesario.

El tipo plurisubjetivo requiere para la integración de la conducta descrita, la intervención activa de dos o más personas. Pueden, empero, distinguirse, siguiendo a Freudenthal, dos modalidades de tipos de esta especie: de encuentro; esto es, aquellos que presuponen conceptualmente la intervención activa de dos o más personas recíproca y finalísticamente orientadas a coincidir en la realización de un hecho que no puede surgir sin una bilateral actividad; y de convergencia, esto es, aquellos que exigen una cooperación de varios hacia una meta común externa. Son de encuentro los tipos de adulterio (art. 273), de incesto (art. 132), de asociación delictuosa (art. 164), y de rebelión (art. 132), ya que en ellos cada persona realiza una actividad que tiene una dirección recíproca; son de convergencia los de conspiración (art. 141), sedición o motín (art. 144), pues la actividad de cada sujeto se dirige en la misma dirección externa.

El tipo plurisubjetivo no es precepto rígido que necesariamente ha de ser aplicado a las personas a que en el mismo se hace referencia; por el contrario, preciso es relacionar la dualidad o pluralidad de personas mencionadas en la figura típica como necesarias para su integración, con la forma que en cada caso asume en la perpetración del hecho. Cuando una de las personas a que se refiere el tipo plurisubjetivo se relaciona con el hecho como simple objeto material, así acontece, por ejemplo, en la relación sexual adulterina lograda con una mujer casada en la propia cámara nupcial (art. 273).

(136).

Conducta. La palabra conducta penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. Frecuentemente -- suelen emplearse las palabras acto, actividad, hecho o acción -- para hacer referencia al elemento fáctico. Nosotros preferimos -- la expresión conducta, no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en el que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido y el fin que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico.

El hombre es un constante espectador del mundo -ha dicho -- Reyes Tayabas-, dotado de inteligencia y voluntad. Ante él se ofrecen posibles haceres en serie infinita, perspectivas a distinguir por su inteligencia y a ser apropiadas por su voluntad. La voluntad del hombre, por específica naturaleza, constantemente -- se orienta hacia una o varias de esas perspectivas que el mundo le presenta y cuando se apropia alguna o varias de ellas, la convierte en fines o propósitos. Ahora bien, en cuanto se propone -- una perspectiva se intenciona y su intención lo hace conducirse; de donde si su intención no es más que su voluntad orientada hacia un fin, es su propia voluntad la generadora de su conducta.

(136) Diario Oficial de la Federación, publicado el 10 de enero de 1994. Seguridad Sección, p. 1.

La expresión conducta es la suficientemente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en el que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia o inacción. Resulta paradójico que esta segunda forma que puede revestir el comportamiento típico -caracterizada por una actividad o ausencia de acción- forma parte de un concepto general denominando "acción" o "actividad". En la expresión "conducta", entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento típico, quedan comprendidas -tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad. Implica pues, un superior concepto de genérica significación, idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres.

Los comportamientos humanos que trasciende a las figuras típicas son únicamente aquellos que dejan su impronta en el mundo exterior.

No son conductas típicamente relevantes las que se desenvuelven en el ámbito de la conciencia, sean propósitos, pensamiento o voliciones. Las figuras típicas captan tan sólo los acontecimientos que se realizan en el mundo exterior. El delito, expresa elocuentemente Massari. "no es mero antojo, veleidad o deseo de un suceso antijurídico, ni sólo determinación, tendencia o im-

pulso al suceso mismo: es voluntad que se actúa; impulso que se exterioriza; pensamiento que desemboca en una conducta. Es praxis, comportamiento, actividad, ejecución". El acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo, esto es, en un quid exterior, no es jamás punible. Esto es el significado de la antigua máxima romana. "congitationis poenam nemo patitur".

Las conductas que describen las figuras típicas consisten en un hacer y en un no hacer. En el primer caso se tiene la acción positiva o en sentido estricto; en el segundo la acción negativa o inactividad. Y aunque es exacto que desde un punto de vista estrictamente naturalístico la inacción es la antítesis de la acción, también ella puede llegar a ser una conducta externa del hombre manifestativa de su voluntad, susceptible de ser sometida a una valoración social y jurídica.

Tres elementos, por tanto, son esenciales para la existencia de la acción: uno interno -voluntad-, otro externo -manifestación-, y otro teleológico meta que guía la voluntad.

Estos tres elementos o coeficientes están inseparablemente unidos entre sí; forman un todo conceptual: la conducta típica. Esta no es un hecho puramente físico, ni un hecho psíquico dirigido a la realización de un fin. Preciso es, analizar separadamente los tres coeficientes, aunque sin perder de vista su unidad orgánica.

ELEMENTO INTERNO

La voluntad del hombre es el arco y la flecha de la conducta típica, denominador común a todas las formas de conducta que describen las figuras típicas; es el factor psíquico.

El coeficiente psíquico de la conducta radica en la voluntad. Esta afirmación ha sido reconocida y proclamada. Los esfuerzos hechos para configurar un coeficiente interno en la conducta, diverso de la voluntad, han resultado fallidos. Así por ejemplo, sucedió con la construcción de Antolisei, para quien el concepto "acto voluntario", debía ser sustituido por el más amplio de "acto propio del autor" o en otros términos, por acto que refleja la personalidad del sujeto (acto sintomático de la personalidad humana).

Si bien es verdad innegable que el coeficiente psíquico de la conducta típica radica en la voluntad, no puede ésta ser entendida sólo en el estricto sentido de precisa y rectilínea voluntad de causación, pues quedaría fuera del concepto todos aquellos actos que no son producidos por la clara noción de un fin, es decir, los actos automáticos, instintivos o habituales no obstante que frecuentemente constituyen la base de un delito.

La voluntad tiene sin duda un campo en que se derivan de la mismas formas de dominar con sus poderes de impulso o de inhibi-

ción. La asignación al querer, por consiguiente, se extiende tanto como el señorío del querer mismo: en otros términos va tan lejos como el poder de la voluntad. (137)

No están sometidos al señorío de la voluntad los movimientos reflejos, en aquellos casos en que los movimientos reflejos producidos por la excitación de los nervios motores no están sometidos a un control anímico, por lo tanto no interviene la conciencia. Preciso es distinguir estos casos de "vis absoluta", de la llamada "vis compulsiva" o constreñimiento psíquico que contempla especialmente la primera parte de la fracción IV del art. 15 del código penal, pues aunque dicho constreñimiento ejerce de ciso influjo sobre la voluntad no obliga al coaccionado de un modo absoluto: quien elige entre el mal con que se le amenaza y el daño cuya producción se le exige, no obstante obrar constreñido por una amenaza, actúa con el concurso de la voluntad y, por ende, realiza una conducta que ha de ser valorada en la teoría de la culpabilidad. Los movimientos o inercias fisiológicas sólo adquieren valor de conducta cuando están sometidos al señorío de la voluntad, ya que sólo el hombre posee voluntad. Los efectos causados por los animales y las cosas materiales inanimadas no pueden ser considerados como resultados de acciones o conductas: sólo alcanzan la categoría de hechos.

(137) Jimenez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 100-106.

Unicamente el hombre puede realizar una acción animada de un proceso psicológico trascendente en el ámbito de las figuras típicas, y aunque junto a la persona física el derecho reconoce también a la persona social como sujeto capaz de relaciones jurídicas, el viejo aforismo "societas delinquere non potest", que significa "las personas morales no tienen posibilidad de delinquir" se actualiza en nuestra ciencia que retorna al recto camino, superando los novedosos y estériles, veleidosos e infecundos intentos realizados, con lamentable olvido de que las entidades corporativas carecen de realidad psico-física y son incapaces de acción para proclamar la responsabilidad criminal de las personas sociales. Puede afirmarse, expresa Jiménez de Asúa que código alguno europeo, y casi ninguno de los hispanoamericanos, se ha construido fuera de la responsabilidad individual. En modo alguno puede decirse que el Código Penal Mexicano de 1931 ha acogido la responsabilidad criminal de las personas jurídicas; lo que hace siguiendo, por cierto, al Código Penal Español de 1928 de la dictadura de Primo de Rivera es penar, en su artículo 11, al miembro o representante de una persona jurídica "autorizando al juez, cuando el delito cometido lo es con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionan, de modo que se pueda estimar perpetrado a nombre y bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, a imponer a la sociedad la suspensión o disolución, medios que no pueden reputarse realmente más que como medidas de carácter administrativo complementario".

ELEMENTO EXTERNO

No basta únicamente el coeficiente psíquico o interno para la integración de las conductas descritas en las figuras típicas, pues éstas captan solamente las manifestaciones de la voluntad delictiva. En sus manifestaciones externas puede la conducta asumir dos formas diversas de presentación: Movimiento corpóreo, acción positiva o inercia, -acción negativa corporal-. Como movimiento corpóreo la conducta se manifiesta casi siempre en la actividad de miembros, esto es, de los órganos por medio de los cuales el hombre realiza la mayor parte de las modificaciones del mundo exterior, aunque también puede manifestarse en otros movimientos musculares de órganos diversos, como por ejemplo, en una palabra, en un beso, en un gesto o en una mirada; como inercia corporal, es un estado de quietud de aquellas partes del cuerpo cuyos movimientos dependen de la voluntad. Esta inacción entra igualmente en el concepto de conducta, porque también la inactividad es una postura, un modo de comportarse frente al mundo externo; precisamente un comportamiento meramente pasivo.

Cuando se afirma que la conducta es movimiento o inercia corporal, se hace referencia al elemento naturalístico que anida en la entraña del concepto, cualesquiera que fueren las valoraciones jurídicas que reciba. La valoración jurídica no excluye la realidad natural del comportamiento del hombre que valora. El derecho ha escrito Ranieri, conecta siempre sus valoraciones a -

un concepto de conducta construido y formado realísticamente. Toda conducta antijurídica tipificada y culpable que una figura de delito sanciona con pena es siempre en su entraña naturalística un movimiento o inercia corporal. Y en cuanto movimiento o inercia corporal, es susceptible de ser externamente percibida y objetivamente afirmada, independientemente de todo juicio de valor. Varios y complejos son los modos en que las conductas descritas en las figuras típicas contradicen las normas; plurales son también las formas de integración fácticas de las figuras típicas; y diversos son asimismo los medios de forjarse la unidad fáctica de las mismas. Pero como la detallada exposición aquí de estos problemas quebrantaría la armónica exposición de los elementos comunes a todas las figuras de delito, preferimos, por razones de método, examinar los aludidos modos, formas y medios.

ELEMENTOS FINALISTICO

Para determinar con precisión del concepto de conducta típica, no bastan los criterios naturalísticos, son necesarios para determinar sus primeros elementos, pero muchas veces insuficientes para ofrecernos el concepto unitario y total de conducta típica. Sin el auxilio de criterio finalísticos, de valor, de criterios sociales, no es posible considerar en una serie de acontecimientos, de fenómenos naturales, el perfil de la conducta típica. La significación de una conducta típica no se revela sólo -- con el estricto dato naturalístico. La realidad social dentro de la que se mueven los fines del hombre, adquieren al respecto una extraordinaria significación "Entre la caída y el lanzamiento de una piedra -afirma Carnelutti- existe, o por lo menos nosotros -creemos que existe, ésta diferencia: la piedra que cae va hacia cualquier punto, mientras que la piedra arrojada va hacia un -- blanco. Un hombre que se mueve, a diferencia de una cosa que se mueve, tiene una meta. La meta o el blanco son cosas tan reales como el movimiento. Pero su realidad es psicológica, no material. Está dentro de nosotros, no fuera. Añadamos que pertenece al campo intelectual. Es uno de los milagros de nuestra mente o inteligencia, capaz de representarse a sí misma una mutación del mundo externo antes de que ocurra. A este propósito hablamos de finalidad, y la etimología aclara el mecanismo del fenómeno, que consiste en una proyección anticipada de la realidad exterior en --

nuestra mente. (138)

El elemento finalístico adquiere especial relieve en algunas conductas que nutren la esencia fáctica de determinados delitos, hasta el extremo de que es precisamente esta idea-fin de la que se enseñorea del comportamiento y matiza el mismo de significación penalística.

Ciertas acciones delictivas presentan una marcada tendencia hacia un determinado fin.

Ahora bien quien ejecuta la conducta otros autores lo llaman sujeto activo de delito y en quien recae la conducta le denominan sujeto pasivo del delito y a este respecto escribe -Cuello Calón- "sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito y puede ser sujeto pasivo del delito:

El hombre individual cualquiera que sea su condición, edad, sexo, estado mental, cualquiera que sea su condición jurídica durante su vida". Aunque se afirma que el hombre no puede ser sujeto pasivo del delito después de su muerte, ya que en varias legislaciones sus restos mortales se hallan penalmente pro

(138) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 110-113.

tegidos, castigando la violación de sepulturas. (139)

Debe distinguirse el objeto material y el objeto jurídico. El objeto material del delito es la persona o cosa sobre la que recae el delito, la persona muerta en el domicilio, la cosa destruida en el delito de daño; por tanto pueden ser objetos materiales del delito, el hombre vivo o muerto, las personas colectivas, el estado; en algunos de éstos el objeto material del delito puede confundirse con el sujeto pasivo del mismo. También pueden ser objetos materiales del delito los animales y los objetos inanimados (la cosa robada).

(139) Cuello Calón. Eugenio. Ob. Cit. p. 322.

OBJETO JURIDICO DEL DELITO

"Es el bien jurídico que el hecho punible lesiona o pone en peligro, el bien protegido por el precepto penal".

Se distingue entre objeto genérico del delito que es el -- bien o interés colectivo, y el objeto específico del mismo, el -- bien o interés del sujeto pasivo del delito. El delito como acción, en sentido amplio, se dice que el delito es un acto humano, una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana, una acción. La expresión acción dice Cuello Calón en sentido amplio, comprende: a).- "La conducta activa, el hacer positivo, la acción en sentido estricto; b).- "La conducta pasiva, la omisión"; la acción (sentido estricto) consiste en un movimiento corporal voluntario, o en una serie de movimientos corporales dirigidos a la obtención de un fin determinado.

Para Jiménez Huerta a estos intereses protegidos los denomina objetividad tutelada diciendo que las figuras típicas deben -- su creación y existencia a los intereses o valores de la vida humana que específicamente han de proteger y tienen por objeto tutelar dichos bienes jurídicos mediante la protección enérgica -- que implica la pena. Las figuras típicas se determinan, precisan y definen por imperio del bien jurídico, no hay norma penal in--criminadora. Afirma Bettiol, que no esté destinada a la tutela -- de un valor y que no tenga por fin la protección de un bien jurí-

dico. Así, la norma que incrimina el homicidio, tutela la vida; aquella que incrimina el robo, la propiedad; aquella que incrimina la bigamia, el orden familiar, etc. (140)

El tipo legal es un organismo, reconoce Grispigni, en el -- que la unidad de sus partes y de su vida es dada por el bien jurídico tutelado por la norma y ofendido por la conducta. El bien jurídico es la razón de ser del tipo legal, es espíritu que lo hace vivir y aquél que fija sus confines. "Si de consumo se afirma que el delito es lesión de un bien jurídico penalmente protegido, es porque en la figura típica se tutela dicho bien; en la unidad delictiva se refleja las características todas que el delito presenta cuando se le examina analíticamente. No es correcto excluir de los elementos de la figura típica el bien jurídico en ella tutelado a pretexto de que dicho bien jurídico esta fuera del tipo penal por ser un concepto que pertenece a la unidad delictiva; pues la connotación de que el delito es lesión de un bien jurídico, trasciende a la figura delictiva a través del concepto de antijuridicidad típica, de la misma manera que a través del elemento de la culpabilidad puede afirmarse que el delito es también, en su unidad orgánica, una acción culpable. Las características que integran el delito si real y verdaderamente lo son aparecen entre sus elementos cuando analíticamente descomponemos

(140) Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. p.p. 323-234 y ss.

y diseamos su unidad orgánica. El bien jurídico que cada figura tutela es parte integrante de su estructura y esta latente en su integración, pues no es sólo la fría estructura mecánica de la figura típica lo que interesa al jurista, sino también su espíritu y metas, sus motivos y propósitos. La trascendencia del bien jurídico en la formación conceptual penalística beligniana de -- 1930, pues en la imagen o idea rectora o cuadro dominante, de cada tipo estaba latente el bien jurídico. No es posible concebir la imagen o esquema rector de un tipo delictivo, por ejemplo, el de homicidio o el de robo, sin tener presente el bien jurídico que forja y preside la idea o esquema rector. Negar el bien jurídico, la condición de elemento integrador del tipo penal, es incidir en la más voluminosa inconsecuencia lógica, pues no se concibe un tipo que no tutele un bien jurídico". En igual forma lo admite Maurach, en cuanto afirma que "el bien jurídico constituye el núcleo de la norma y el tipo "todo delito amenaza un bien jurídico".

El objeto jurídico del delito de adulterio: es la fidelidad sexual prometida por virtud del matrimonio, y la moral pública. Sujeto activo: el hombre o la mujer, a condición de que estén legalmente unidos por vínculo matrimonial a otra persona. Pasivos: el cónyuge inocente y la comunidad social. Delito de lesión, doloso, no siendo punible la tentativa art. 275, Código Penal. El delito se consuma por el hecho constitutivo del adulterio: el --

coito o la cópula y sólo el adulterio consumado es punible. Estos hechos se prueban con todos los medios probatorios legalmente conocidos; hasta la confesión, la fuga de los amantes, su vida marital, los testimonios, los documentos privados, etc. (141)

En opinión de Maggiore, dado que el Código Penal no define los elementos materiales del adulterio "corresponde a la doctrina enseñar que aun los actos de lujuria distintos de la unión carnal, pueden constituir adulterio en algunos casos, con tal de -- que sean inequívocos y gravemente obscenos, es decir, que no sean equívocos, como el beso, o de poca importancia, como un tocamiento fugaz.

Naturalmente, debe tratarse siempre de un acto material, -- pues un adulterio meramente moral o sea que no contamine el cuerpo, es inconcebible; sólo podrá servir al juez como indicio de -- que se ha cometido adulterio material. El contacto lujurioso debe ser con un hombre (aunque sea impotente, pues no se requiere la introducción del pene); por esto no pueden constituir adulterio las relaciones homosexuales (tribadismo, safismo, etc.).

Este delito se consuma al efectuarse el contacto carnal, -- aunque no sea reiterado, y tantos como sean los concubitos o los

(141) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p. 117.

demás contactos lujuriosos de la mujer con su amante, serán los
adulterios consumados. (142)

(142) Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal, Bogotá, Temis, 1955.
título IV. p.p. 191-192.

2.7 CLASIFICACION DEL ADULTERIO

Por su naturaleza al delito de adulterio lo clasificó el legislador de 1931 dentro de los delitos sexuales correspondiéndole en la parte especial del código penal para el Distrito Federal, en el título decimo sexto, capítulo único del citado ordenamiento en cuestión, asimismo es de aclarar también que queda encuadrado dentro de la clasificación de los delitos de querrela - necesaria, esto es, perseguible sólo a petición de parte ofendida por lo que a su vez opera el perdón de la parte agraviada en cualquier etapa del procedimiento hasta antes de la sentencia, - para dejar insubsistente la pena que pudiera corresponder al cónyuge adúltero.

Dentro de la clasificación genérica de los delitos, el delito de adulterio como delito de querrela clasificado por la doctrina como: Delitos propios o especiales, conocidos también con el nombre de delitos particulares o exclusivos, en que sólo pueden ser cometidos por determinadas categorías de personas, en -- contraposición a los delitos comunes, a los que pueden ser cometidos por cualquier persona, pues del tipo penal de este delito se desprende que los protagonistas de dicha conducta delictiva -- sean casados uno de ellos o ambos, que el acto carnal lo realicen en el domicilio conyugal, o con escándalo y en esto se hace consistir la categoría de persona en que sean casados civilmente, de lo contrario sin ese lazo conyugal que une a los cónyuges

y en el que uno o ambos faltan a la fidelidad conyugal, por virtud de dicho matrimonio.

Ya que sin ese lazo matrimonial no podemos hablar de adulterio, todas las personas pueden realizar actos sexuales; si existe la libre y espontánea voluntad de ambos no se configurará ningún delito, pero si ésta faltare por alguno de las dos personas se configurará un delito que bien puede ser violación o estupro, pero no adulterio por no ajustarse al tipo penal.

La clasificación de las figuras típicas, dice Jiménez Huerta son "aquellas que versan en torno a su ordenación metodológica, al alcance y dirección de la tutela penal y la unidad o pluralidad de los bienes jurídicos protegidos". En función de los bienes protegidos es que van formando, una familia de delitos, precisa Jiménez de Asúa, "no basta atender tan sólo a los bienes e intereses jurídicos que se lesiona, sino que es necesario referirse, primero en una previa seriación, al sujeto pasivo de los delitos; que es el individuo, la familia, el Estado y la sociedad. Dentro de estas grandes categorías se catalogan las infracciones conforme a su objetividad jurídica".

En torno al alcance y sentido de la tutela penal, el legislador acuña las figuras típicas, no sólo toma en cuenta y consideración aquellas conductas productoras de un daño por el objeto

material u objeto del ataque en que encarna el bien jurídico protegido, sino también aquellas otras que implican la probabilidad de que dichos objetos puedan ser dañosos, pues la común experiencia y los conocimientos de la vida práctica revelan en forma inequívoca, la existencia de conductas proclives a la causación de un resultado dañoso.

Cuando el legislador tipifica esta clase de conducta, crea, - en realidad tipos de peligro.

Es verdad que el legislador crea tipos de peligro en cada uno de los tipos penales y a cada uno les asigna un valor y en función de ese valor, se determina una pena; no todos los delitos se castigan con la misma penalidad, unos más, otros menos, - pero lo que sí es relevante es que el legislador también dejó escapar su atención sobre ciertos bienes protegidos como en el de nuestro estudio, ya que no tomó en cuenta varias circunstancias para dar una penalidad adecuada al delito de adulterio, como --- apuntaba Jiménez de Asúa, hay delitos en que se lesiona al individuo, la familia, los hijos, el estado y la sociedad.

Pensamos, y es nuestro criterio, que el legislador asignó - una pena para el delito de adulterio muy insignificante en comparación con los bienes que tutela, no tomó en cuenta esos grandes valores que representa la familia como componente de la sociedad y de la que el estado es el representante, y si es que la tomó -

en cuenta, no le atribuyó el valor que este representa en función de su importancia como un todo armónico y que el adulterio viene a causar o mejor dicho, es un causante de su disgregación por --- constituir la disolución del vínculo matrimonial.

Otra de las clasificaciones que podemos atribuirle al delito de adulterio, cae dentro del terreno de los delitos complejos, anta Carrara que denomina delitos complejos aquellos que violan más de un derecho, y aquí este delito está violando la preferencia -- del marido, el derecho de los hijos a tener padres unidos aun --- cuando la ley civil protege a los hijos, sabido es que matrimonios disueltos, obligaciones a medias. (143)

(143) Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. p.p. 253-255.

2.8 MODALIDADES DEL DELITO DE ADULTERIO

En temas anteriores se ha dejado establecido lo que se entiende por adulterio aún cuando el artículo 273 del ordenamiento penal del Distrito Federal no lo define, este delito queda definido por las legislaciones penales de los estados, por la doctrina y por la jurisprudencia de los tribunales; que han hablado en abundancia sobre la definición de dicho ilícito.

El adulterio como delito se castiga por la mayoría de los códigos penales de la República Mexicana por constituir una de las causales de la disolución del matrimonio, lesiva a los intereses familiares, y que se presenta en diferentes modalidades -- que a continuación señalaremos:

Primera modalidad.- El acceso carnal que se cometa en el domicilio conyugal por uno de los esposos con otra persona que no sea su cónyuge, así lo establece el código del Distrito Federal y varios más de diferentes estados de la república.

Segunda modalidad. La segunda modalidad se establece que al cometer el adulterio, esta provoque un escándalo, a este criterio se adhiere el código del Distrito Federal y gran número de legislaciones de la unión federal.

Tercera modalidad.- Un buen número de legislaciones han establecido que, el adulterio para considerarlo comprobado, no se necesita que lo sea el acto carnal mismo, sino que otras circunstancias comprobadas lo hagan suponer, fundadamente.

Cuarta modalidad.- En igual forma la jurisprudencia de los tribunales ha establecido su criterio y ha expresado que el adulterio consiste en el acto de que una persona viole la felicidad conyugal. Queda sobreentendido que esto constituye una modalidad a las ya comentadas, al mencionar un acto, sea cual fuere que va ya encaminado a constituir una ofensa a la felicidad conyugal.

Quinta modalidad.- Está señalada por la legislación del estado de Guanajuato cuando pregona que adulterio es la cópula de persona casada con otra del sexo contrario que no sea su cónyuge. Todas las legislaciones de la República se quedaron cortas con el criterio libre de tantos perjuicios que estableció el legislador de este cuerpo legal, a comparación de los criterios -- que se establecieron en el resto de las legislaciones.

2.9 ELEMENTOS FORMALES DEL TIPO

Los elementos formales del tipo penal que del artículo 273 del código penal del Distrito Federal se desprende, para configurar el delito de adulterio, se dice son aquellos que el legislador ha descrito en la norma penal para señalar la conducta humana que es delictiva, realizada en cierta forma y lugar para decir que es típica o sea que configura un delito y así para el delito de adulterio según el artículo citado, es el que se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, les llamamos formales porque está revestida de cierta formalidad y solemnidad hasta -- alcanzar el rango de ley, pues solo la ley posee formalidad.

Por tanto para que dicho delito se integre y pueda ser castigado debe de cometerse tal como está entendido en la norma penal, que debe de ser precisamente, en el domicilio conyugal, ó - con escándalo, entendiendo por domicilio, dice la doctrina el lecho conyugal y por escándalo la notoriedad en el grupo social; - el domicilio conyugal es motivo de estudio en capítulo aparte.

Ahora bien, dicha conducta de hombre o mujer casados, realizados en ambos momentos se puede hablar de un adulterio consumado cuando dichos individuos realizan la cópula con mujer que no sea su esposa u hombre que no sea su marido, además que nuestro legislador tampoco definió el término cópula. Si dichas conductas no se ajustan a lo previsto en el artículo 273 del ordena--

miento penal, de no ser en la casa conyugal ó con escándalo, no se integrará el delito de adulterio analizando a contrario sensu el artículo anterior, los elementos formales requieren que sea - en la casa conyugal ó con escándalo.

Para tal finalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en las jurisprudencias que cito a continuación:

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION
4o. CD-ROM JULIO DE 1994.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 6A

Volumen : XXVIII

Página : 10

Rubro: Adulterio.

Texto: 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 el delito 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 porque 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 la que es "vida", en el homicidio, ni de "copula", 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.

PRECEDENTES:

Amparo directo 3948/59. Alicia Beltiérrez Lugo. 10. de octubre de 1959. 5 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION
4o. CD-ROM JULIO DE 1994.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 5A

Tomo : XLVII

Página : 3712

Rubro: Adulterio, delito de

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

PRECEDENTES:

Tomo XLVII, Pág. 3712. Mendoza García Elisa y coag. 5 de marzo - de 1936.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION
4o. CD-ROM JULIO DE 1994.

Instancia: Primera Sala
Fuente : Apéndice 1985
Parte : II
Tesis : 14
Página : 36

Rubro: Adulterio, prueba del.

Texto: Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva.

PRECEDENTES:

Quinta época:

Tomo XXXII, pág. 251. Amparo penal en revisión 248/30/Sec. 1a. - Hourani Margarita. 19 de mayo de 1931. Mayoría de 3 votos. La publicación no menciona el Ponente. Disidente: Machorro y Narváez.

Tomo XXXV, pág. 1252. Amparo penal directo 1384/31/Sec. 3a. Rubio de Pereyra Ocejo Lidia. 12 de julio de 1932. Unanimidad de 4 votos. La publicación no menciona el Ponente.

Tomo XLII, pág. 3117. Amparo penal en revisión 259/33/Sec. 1a. - Mazán Victoriano y Coag. 21 de noviembre de 1934. Unanimidad de

5 votos. La publicación no menciona el Ponente.

Tomo LII, pág. 606. Amparo penal en revisión 325/37/Sec. 1a. Vázquez Concepción, 16 de abril de 1937. Unanimidad de 4 votos. La publicación no menciona el Ponente.

Tomo LIII, pág. 905. Amparo directo 2593/37/Sec. 1a. Guerrero -- Prudencio. 22 de julio de 1937. Unanimidad de 4 votos. La publicación no menciona el Ponente. (Aviso. Vázquez Concepción).

Nota: En el apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1954 apareció publicada esta tesis con el rubro "adulterio".

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 5A

Tomo : XXXII

Página : 251

Rubro: Adulterio, comprobación del delito de.

Texto: La responsabilidad criminal, tratándose del delito de adulterio, debe comprobarse con pruebas indirectas, ya que, el adulterio, por su naturaleza especial, es refractario a la comprobación por medio de la prueba directa.

PRECEDENTE:

Tomo XXXII, pág. 251. Hourani Margarita. 19 de mayo de 1931.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION
4o. CD-ROM JULIO DE 1994.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 8A

Tomo : XII-agosto

Página : 326

Rubro: Adulterio, escándalo como elemento del delito de.

Texto: El elemento escándalo se produce cuando la acción o la palabra, esta en su acepción lata, es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca, por la gravedad de los hechos cometidos, una reacción que afecta los sentimientos de las personas que resultan víctimas del delito, y, a la vez, la de reprobación de los mismos, como consecuencia de los comentarios y juicios -- que se emiten y transmiten en torno del acto o de las palabras dichas.

Tercer Tribunal Colegiado del segundo circuito.

PRECEDENTES:

Amparo directo 776/92. Julia Coronado González y otro. 6 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Bárker. Secretario: Alejandro García Gómez.

Véase:

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, segunda parte, segunda tesis relacionada con la jurisprudencia 91, página 153.

Instancia: Tribunal Colegiados de Circuito

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 8A

Tomo : X-septiembre

Página : 226

Rubro: Adulterio, delito de, para su tipificación por haber ocurrido los hechos en el domicilio conyugal, se requiere la existencia de este en forma coetanea.

Texto: Uno de los requisitos para la integración del cuerpo del delito de adulterio previsto y sancionado por el artículo 228 -- del Código Penal para el Estado de México, es que el activo del delito sea una persona casada y que tenga cópula con una que no

es su cónyuge en el domicilio conyugal o con escándalo; de donde se infiere que si la querrela no se desprenden datos que establezcan la existencia del domicilio conyugal en la fecha en que ocurrieron los hechos, sino, por lo contrario, consta que para entonces el mismo ya no estaba constituido, dado el abandono atribuido a su consorte y de la separación del domicilio por la propia querellante; debe concluirse que no se acredita la existencia del domicilio conyugal en forma coetánea al tiempo de ocurridos los hechos imputados a los inculcados, lo que impide la configuración del tipo penal referido.

Tercer tribunal colegiado del segundo circuito.

PRECEDENTE:

Amparo directo 239/92. Lourdes Martínez Díaz. 16 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretario: Alejandro García Gómez.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 5A

Tomo : CXXII

Página : 437

Rubro: Adulterio, delito de. (Prueba Testimonial)

Texto: Aunque los testigos de cargo que asignan a los acusados - el carácter de amantes, ciertamente no hayan presenciado ninguno de los actos sexuales que supone el delito de adulterio, esta -- circunstancia no desvirtúa su valor probatorio, dado que por su naturaleza del delito, era imposible que los testigos presenciaran cuando los inculpados lo consumaban; y no se debe derivar de tal circunstancia un vicio procesal que inhabilite su eficacia - probatoria.

PRECEDENTES:

Tomo CXXII, pág. 437. Toca número 1502/51, Sec. 2a. 21 de octubre de 1954. Tres votos.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 5A

Tomo : CXVII

Página : 1308

Rubro: Adulterio, delito de.

Texto: Si el reo admite haberse separado del hogar conyugal y vi

vir con su coacusada, a título de huésped, lo que también admite esta, ello constituye el elemento de escándalo requerido como integrante del adulterio.

PRECEDENTES:

Amparo penal directo 9062/50. 11 de mayo de 1953. Mayoría de tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Instancia: Primera Sala

Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 5A

Tomo : XCVIII

Página : 1606

Rubro: Adulterio, delito de

Texto: Puede presumirse que el adulterio ha sido ejecutado con escándalo, se es públicamente conocido en la localidad, circunstancia esta que lo hace punible.

PRECEDENTES:

Tomo XCVIII, pág. 1606. Jasso López Andrés. 25 de noviembre de -- 1948. Cuatro votos.

ADULTERIO, ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE

Se configura el elemento escándalo como constitutivo del delito de adulterio, cuando éste va acompañado de grave publicidad, afrentosa para el cónyuge inocente.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

**Vol. XXXIX, Pág. 14 A. D. 4535/60. Francisco Tomo Gálvez.
5 votos.**

**Esta tesis apareció publicada, con el número 13, en el ---
Apéndice 1917, segunda parte, pág. 35.**

2.10 MEDIOS DE COMISION DEL Ilicito PENAL

Hemos dejado asentado en páginas anteriores que para la comisión de un delito se necesita la exteriorización de actos humanos que constituyen delito, el acto que pueda ser calificado de jurídico o de antijurídico y no sólo debe ser realización sino exteriorización de voluntad humana.

Dicho de esta manera en la definición del delito no basta señalar el acto humano, pues no cualquier acto que satisfaga esa calidad humana es apto para recibir la calificación de antijuridicidad, por tanto la definición tiene que ser así "acto externo del hombre, típicamente antijurídica y culpable", sin embargo, por el hecho mismo de no poder recaer el carácter de antijuridicidad sino sobre hechos externos, la mención de esa calificativa selecciona ya, entre todos los actos humanos, aquellos que pueden ser delictuosos. Quiere decir que, al mencionar el acto humano como primer elemento del delito, señalamos una exigencia sin la cual no puede haber tal delito, pero sin que ello quiera decir que todo acto humano pueda tener el mismo carácter.

El artículo 8° del Código Penal para el Distrito Federal, establece que los medios, o las formas como se quiera decir para la comisión de los delitos pueden ser "dolosa o culposamente".

El artículo 9o. del ordenamiento citado nos señala lo si---

guiente:

"Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y,

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Nos habla el artículo 13 del ordenamiento en cita, bajo el rubro.

Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo.

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada - quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 -- bis de este código.

2.11 REFERENCIA TEMPORAL Y ESPACIAL

Para resolver los variados problemas que se presentan cuando se comete un delito en razón del tiempo y del espacio, muchos autores lo encuadran dentro del marco de la clasificación que denominan "tiempo y lugar del delito" ó "lugar y tiempo de comisión del delito". Expresa Ignacio Villalobos lo siguiente: "saber en qué momento y en qué lugar se debe tener por cometido un delito tiene importancia para resolver los problemas relativos a la competencia del tribunal que lo ha de juzgar, al tiempo en que debe comenzar a correr la prescripción de la acción penal, a las leyes que han de aplicarse al caso, y para juzgar correctamente acerca de la imputabilidad del presunto responsable. Ninguna dificultad existe en los casos más simples en que un delito se realiza instantáneamente y dentro de los límites de un sólo territorio ó de una sólo jurisdicción legal y judicial; los problemas surgen cuando quedan separados por la distancia o por el tiempo los elementos constitutivos del: querer interno, movimiento corporal y resultado". (144)

(144) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general, editorial Porrúa, S.A., México, 1983. p.p. 255-256.

REFERENCIAS TEMPORALES

Las referencias temporales en cuanto a la comisión del delito obedecen principalmente a cuestiones de orden legal en cuanto al tiempo, y para tal finalidad debe de prevalecer lo preceptuado por el artículo 14 de la Constitución general de la República que marca la directriz para guiar a todos los ordenamientos legales y tribunales del país, que al efecto se refiere: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, - nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho. "Siguiendo la directriz marcada, el artículo 56 del código penal para el Distrito Federal - establece; "cuando entre la comisión de un delito y la existencia de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado". Se aprecia de este cuerpo legal, al ordenar que se estará a lo más favorable al individuo que es quien sufre las -- consecuencias, observando también que en igual forma opera la retroactividad cuando la nueva ley es benéfica al culpable de un delito, cumpliendo las leyes secundarias con lo previsto en la norma Constitucional de manera clara y precisa así como los tribunales para conocer y aplicar la norma que regula los hechos ti

picos llamados delitos, en cuanto que deben de ser creados con anterioridad a la comisión del delito.

Las referencias temporales, consisten precisamente para determinar el momento y en qué lugar se debe tener por cometido el delito, y definir la competencia del tribunal que haya de conocer del caso, así como el tiempo para que empiece a correr la prescripción de la acción penal, las leyes que han de aplicarse al asunto para juzgar correctamente acerca de la imputabilidad del presunto responsable.

Por cualquier ambito que se pretende ver, las formas y medios de comisión de los delitos siempre encuadran dentro del marco legal, tal como lo señala el art. 13 del ordenamiento penal; nuestro sistema penal encuadra dentro de los llamados delitos tazados, y poca cosa queda al arbitrio del juzgador.

En otro orden de ideas y en último extremo, supeditando la razón a la efectividad prescindiendo ya de todo principio y de todo método, podrá ser aplicada la ley por benigna, tal como se propuso en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Bucarest, en 1929; pero nunca engañarse imponiendo la ley mexicana como la única competente por principio y aun en perjuicio del reo o quien se trata de proteger; o lejos de ello declarar aplicable la ley del país en que se cometió el delito sal

vo en aquellos en que se considera contraria a los principios básicos de la legislación mexicana, en lo cual será suplida por esta, en ningún caso se pueda agravar la sanción que correspondería al reo en el lugar del delito.

Nuestra ley positiva, sin embargo, en nada altera lo que -- hasta hoy ha sido costumbre universal, y declara que los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, serán penados en la República con arreglo a las leyes federales, Artículo 4o. del Código Penal, del Distrito Federal.

"La función jurisdiccional en materia punitiva no crea derechos no hace más que declarar los ya existentes; por tanto, el hecho de que la pena en un proceso se imponga de acuerdo con preceptos vigentes cuando el delito se cometió, aunque desaparecidos en la época del fallo, no es sino un error por falta de cuidadosa atención a lo que ocurre, o acaso un modus dicendi que no debe aceptarse por su sentido literal.

Quien delinque, automáticamente y en ese mismo instante contrae la responsabilidad consiguiente, conforme como es natural, a la única ley que rige en esa hora.

La formula más amplia de todo el juego de las leyes en el -

tiempo se halla implícito en el artículo 14 Constitucional y por ella se deben de guiar todos los ordenamientos jurídicos y tribunales del país, aun cuando para un caso concreto no exista precepto particular en las leyes penales. Quizás sería más deseable que no hubiera disposición alguna sobre el asunto en éstas últimas, máxime si se atiende al plan trazado para nuestro actual -- código, tendiente a dar amplitud al arbitrio judicial". (145)

(145) Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. p.p. 181-182.

REFERENCIAS ESPACIALES

En cuanto a las referencias espaciales se trata aquí de referencias en cuanto al espacio o lugar de comisión de los delitos y al mismo tiempo de la aplicación de la ley, a los individuos que los cometen; los doctrinarios lo clasifican en ciertos principios la forma y manera en que una ley entra en función.

Principio territorial.- Este principio dicen consiste en -- que la ley que ha de aplicarse a los delincuentes debe de ser la que nace en el propio territorio, como expresión del mismo.

Principio personal.- Señala que la ley que debe de aplicarse al delincuente ha de ser la de su nacionalidad cualquiera que sea el lugar de la comisión del delito.

Principio real.- Dicho principio atiende preferentemente a los intereses protegidos y reconoce como aplicable la ley interesada en protegerlos.

De la enunciación de éstos principios se aprecia que se trata de proposiciones hechas para resolver el problema.

El artículo 121 de nuestra Carta Magna proclama la territorialidad de las leyes y el Código Penal del Distrito Federal, en

su artículo 10, dice: "Este código se aplicará en el Distrito Federal, para los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales".

Principio universal.- Conforme al cual todas las naciones tendrán derecho a sancionar determinados delitos, cometidos en su propio territorio o en el ajeno. (146)

Referencia de ocasión.- Las referencias de ocasión quieren decir que los delitos algunas veces se realizan de manera ocasional, buscando una oportunidad o una comodidad en cuanto al tiempo y lugar para realizarlo o bien un motivo; no sean realizados con frecuencia o bien haya conductas que se clasifican como delictivas en un determinado territorio y no así en otros, como en el caso del delito de nuestro estudio, y que en nuestro mismo sistema jurídico mexicano hay códigos penales que no lo tipifican y otros incluso lo han suprimido por considerarlo de poca trascendencia en la sociedad.

Entre los delitos ocasionales, señalamos a los que tipifican el artículo 50. del ordenamiento citado:

(146) Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. p. 154.

I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros - en alta mar, a bordo de buques nacionales;

II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación;

III.- Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República;

IV.- Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras;

V.- Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.

2.12 ELEMENTOS SUBJETIVOS O DOLO ESPECIFICO

Hay delitos que en su ejecución no adoptan la forma franca, declarada (total o parcialmente), contra la organización política, sino que revisten los caracteres ordinarios de un delito común, como sucede en los asesinatos de los jefes de estado, de los electores, votantes o candidatos en una elección. En esa clase de atentados en que actúa frecuentemente un sólo individuo; algunos pretenden fijar la naturaleza preponderantemente política del acto desde un punto de vista netamente objetivo, haciendo variar la naturaleza de los hechos según que se cometieren con fines políticos o por meras pasiones egoístas como el odio personal o los propósitos, de venganza, etc.

La valoración de los actos es netamente objetiva; el homicidio es antisocial, inconveniente; el homicidio es un desvalor jurídico ó un antijurídico. Por tanto, es aceptada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración. No importa los rasgos subjetivos de quien cometa el acto: sea su autor un infante, un hombre maduro, ya normal o enajenado, el homicidio es antijurídico.

En cambio, la actitud de quien comete el delito desentendiéndose de la prohibición a él dirigida, constituye la culpabilidad, elemento subjetivo del delito en cuya ausencia éste no se integra, de suerte que aquellos actos objetivamente lesivos del

orden jurídico pero cometidos por error substancial, por ignorancia o sin capacidad mental, no serán delictuosos por falta del elemento subjetivo de culpabilidad; pero sí plenamente antijurídicos por violar las normas objetivas de valoración.

Elementos subjetivos de antijuridicidad.- Dentro de esta -- concepción objetiva de la antijuridicidad cabe reconocer la existencia de algunos elementos subjetivos, que no obstante serlo, -- constituyen excepcionalmente la antijuridicidad en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial, o contrario al orden jurídico.

Como en el delito de fraude sería tal si los actos materiales que lo constituyen no llevaran la intención de engañar y obtener un lucro indebido.

Mezger dice al respecto, "son siempre estimados desde el -- punto de vista objetivo y por eso quedan en la esfera de la antijuridicidad; como parte de actos incapaces de aprobación en sí, independientemente de que sean reprochables o no al sujeto que los ejecuta, según la conciencia, la capacidad y la voluntad con que los ejecuta. Un demente puede proferir frases con propósito de ofender a otra persona y con ello ejecutará un acto antijurídico, inconveniente; pero por su anormalidad que le hace vivir -

en un mundo irreal y tomar sus determinaciones por una motivación que no le es imputable psicológicamente, el acto no es culpable - de su parte; no es reprochable al sujeto". (147)

Al hablar del dolo, es preciso hacer una distinción con la culpa, pues como dice el maestro Pallares, que el dolo y la culpa son las dos maneras en que se produce la relación anímica entre el sujeto y su acto, son verdaderas especies del género culpabilidad.

La culpa.- En términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de preocupaciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitarle por él mismo.

De la presente definición se hace notar claramente que se desprenden ciertos elementos de la conducta que clasificamos de culposa, en cambio, el acto doloso que tiene las siguientes características que enseguida pasamos a estudiar.

(147) Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. p. 260.

Dolo.- A manera de un concepto que el Digesto aceptó, es toda habilidad, falacia, maquinación empleada para engañar y enbaucar a otro.

Como siempre sucede, diversos sectores de opinión ven con mayor interés alguno de los elementos que concurren para integrar un concepto, y así se plantean las teorías exclusivistas cuya sin tesis y cuya depuración acaban por constituir una noción completa o más allegada a la verdad.

Desde luego acerca del dolo se conoce la llamada teoría de la representación, que tomando en cuenta que la manifestación de voluntad constituye el acto y pensando por lo mismo que ese factor de voluntariedad no puede caracterizar al dolo puesto que hay actos dolosos y no dolosos que son voluntarios, encontró como nuevo elemento, que luego propuso como característico, la "representación del resultado", en la mente del que ha de ejecutar el acto.

Esta tesis que no llegó a prescindir en el fondo de la existencia de voluntariedad, ha sido fácilmente superada, precisamente porque el delito es un acto humano y, siendo el dolo una modalidad de ese acto, debe ser modalidad de la voluntad.

Así se justifica la segunda teoría en que el dolo es, para -

usar las palabras de Ricardo Núñez, una determinada posición de la voluntad. (148)

En resumen, siendo la esencia del dolo la voluntad que actúa sobre un conocimiento real e integral del acto, importa pues desarrollar el estudio de estos dos elementos para alcanzar la verdadera noción y se busca establecer sus límites precisos de existencia ó inexistencia y de diferenciación respecto de la culpa, así como también para orientar una subclasificación correcta de sus propias especies.

Clasificación.- Diversos criterios han regido las variadas clasificaciones que se hacen del dolo.

Aludiendo como género al que se exige para todos los delitos y que consiste en voluntad consciente referida a la realización del tipo; como dolo específico se toma la determinada actitud espiritual de tendencia o de propósito requerida en algunos tipos para integrar el delito.

Dolo específico, al que anima al extraordinario y laborioso empeño puesto en alguna construcción delictuosa; por ejemplo,

(148) Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. p. 293.

las maquinaciones y artificios urdidos para realizar una estafa.

El dolo directo es aquel en que esa voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico, es decir, al dolo en que hay intención, tomada ésta en su propio sentido. Como ejemplo podría tomarse el homicidio simple en que el homicida se propone y realiza la muerte de una persona (cualesquiera que sean los motivos, como satisfacer una venganza, suprimir un rival, heredar una fortuna, etc.).

Hay casos en que la finalidad última puede separarse del resultado inmediatamente causado, pero en que concurren dos actos con sus respectivos resultados o dos delitos completos; entonces, aun cuando uno de esos delitos sirve en su integridad como medio para la realización del otro y en este sentido es el último el motivo de aquél, en la organización interna de cada delito la voluntad tiene como fin el resultado inmediato y por eso se debe considerar que cada uno de ellos ha sido ejecutado con dolo directo. El que mata o lesiona a un velador para robar en un banco o en una casa comercial, comete ambos delitos con dolo directo porque aun cuando en el homicidio había un fin de la voluntad en el delito, y es que al dar el golpe o disparar el proyectil sobre el velador, se pensaba y se quería inmediata y directamente causar la muerte.

Todos los demás casos en que la voluntad no busca o no se propone un resultado que luego se produce, sino que el agente sabe que va a producirse y consciente todas las posibilidades con tal de llevar adelante su conducta, llevan consigo un dolo indirecto en cuanto al delito constituido por este resultado no querido pero si consentido en su realización. La forma de actuar la voluntad en estos casos no es directa, como un querer, sino indirecta como un asentimiento respecto de las consecuencias típicas previstas.

Dolo simple indirecto.- Cuando el agente se propone un fin y comprende o sabe que, por el acto que realiza para lograrlo, se han de producir otros resultados antijurídicos que no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder, por lo cual quedan admitidos por él con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

Dolo indeterminado.- Cuando el agente del delito no se propone causar un daño determinado, sino sólo causar algunos para fines ulteriores; como en el caso del anarquista que coloca un explosivo en algún edificio, reunión, aparato, barco, sin saber si causará daños en la propiedad, incendio, lesiones o la muerte de uno, alguno o varias personas; sin querer estos daños por sí mismos, pero si admitiendo la producción de cualquiera de ellos para sus fines de protesta, de intimidación, etc.

Dolo eventual.- Admitido unánimemente como indirecto, al que existe en el agente que se propone un resultado, pero sabiendo y admitiendo la posibilidad de que se produzcan otros diversos ó - mayores.

Ya dijimos que esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre que hay respecto a la producción del resultado conocido y previsto a diferencia del dolo simplemente indirecto en que hay certeza de que se producirá un resultado no querido, y del dolo indeterminado en que hay la seguridad de causar daño, aunque no se sabe precisamente cual será ni importa -- precisar los cambios posibles, pues el fin de la acción es otro y no el daño en sí mismo.

Derecho Mexicano. En nuestra legislación penal el artículo 8o., llama dolosa o culposamente lo que en rigor reduce la especie a los delitos cometidos con dolo directo, aun cuando de hecho la jurisprudencia sigue tomando por "intención" todas las especies de dolo y ha evitado así daños efectivos en la práctica.

Si llegare a plantearse una duda entre el dolo y la culpa, las reglas sobre prueba, los principios de humanidad y de justicia y el espíritu liberal que anima los arts. 14 y 16 de nuestra Constitución Federal, obliga a estar a lo más favorable para el

reo. (149)

Para 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.

Luis Jiménez de Asúa, lo define, como la producción de un -resultado antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se -- quiere.

En resumen el dolo consiste en el actuar, consciente y vo--luntario, dirigido a la producción de un resultado típico y anti-jurídico.

Existen diversas especies de dolo para cada tratadista; así se habla en la doctrina de dolo directo, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, cali-ficado, etc.

(149) Villalobos, Ignacio. Ob. Cit, p.p. 301-304 y s.s.

Castellanos Tena sólo se ocupa de la especie de dolo con mayor importancia práctica en el derecho mexicano que son: dolo directo, dolo indirecto, dolo eventual. (150)

Elementos normativos del dolo específico se contiene en el artículo 80. del Código Penal para el Distrito Federal, cuando - especifica que los delitos pueden ser dolosa o culposamente y - el artículo 90. dice que obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución Federal establecen los principios fundamentales de que nadie puede ser molestado o sufrir menoscabo en su persona, familia, patrimonio, etc. por tal motivo éstos son los artículos que norman las conductas dolosas.

2.13 CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO, OBJETO MATERIAL

Sujeto activo de la conducta dolosa; son los individuos -- que describe el artículo 13 del Código Penal citado y que ajustan su conducta de acuerdo a lo que la doctrina llama dolo.

Sujeto pasivo, es toda persona que sufre las consecuencias

(150) Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit. p. 240.

de la conducta dolosa del sujeto activo.

Objeto material, es el bien sobre el que recaen las consecuencias de la conducta dolosa, es el bien protegido o tutelado por el derecho.

Estos elementos reciben el nombre de sujetos con cierta calidad de activos y pasivos.

2.14 CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO, SUJETO PASIVO, OBJETO MATERIAL

En cuanto a la cantidad, los sujetos activos de conductas dolosas puede ser uno o varias en cuanto al sujeto pasivo en -- igual forma pueden ser uno o varias o bien las instituciones.

El objeto Material o bienes materiales tutelados por el derecho, pueden consistir en cosas, bienes particulares reales o en derechos u acciones, bienes personales.

Los bienes patrimoniales están protegidos penalísticamente en su calidad de derechos subjetivos, esto es, en cuanto la conducta antijurídica que los lesiona, se efectúa sin la voluntad de su titular. Y los derechos subjetivos que engendran se diferencian de los inherentes a la personalidad, en que, como dice Rocco, no son manifestaciones ligadas al individuo, pues consisten en un señorío sobre una cosa o en la exigencia de una prestación, las cuales pueden ser disgregadas de los sujetos de los de

rechos, transferidas a otros por actos intervivos y mortis causa y susceptibles de valoración pecuniaria.

Es diverso el sentido y alcance de la tutela penal en los bienes patrimoniales reales y personales, entre los primeros tutelados con mayor amplitud son: el de robo, abuso de confianza, fraude, despojo, daño, contenidos en el código penal; Ley Federal sobre derechos de autor, Ley de la propiedad industrial e Inversiones Extranjeras.

En cuanto a los bienes personales sólo son protegidos por vía de excepción, como en el fraude; quiebra, y otros. (151)

(151) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV, - Editorial Antigua librería Robledo, México, 1963, p. 15.

2.15 ELEMENTOS ESPECIALES DEL DELITO DE ADULTERIO

Por elementos especiales que configuran el delito de adulterio, diremos que son aquellos que se integran con el tipo fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta tal, como -- afirma el maestro Castellanos en la clasificación que elabora de los delitos y en donde expresa: "el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos, si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal.

Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural ó jurídica el tipo será anormal", sigue diciendo que la diferencia estriba en que en los tipos normales contienen conceptos puramente objetivos, en cambio los tipos anormales, describen situaciones valoradas o subjetivas, si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, artículo 262), cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal que requieren ser valoradas cultural ó jurídicamente, constituyen elementos -- normativos del tipo.

Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se -- estará en presencia de elementos subjetivos del tipo, engaño en

el fraude. (152)

En el delito de adulterio cometido en el domicilio conyugal ó con escándalo es de enumerar los siguientes elementos como son: a) un adulterio, b) cometido en un domicilio, c) que dicho domicilio sea el conyugal, d) que haya un escándalo; con referencia al primero de los elementos ha establecido la jurisprudencia que debe de entenderse por adulterio, o sea la cópula o ayuntamiento carnal de hombre y mujer siendo uno de ellos o los dos casados - con persona distinta; y en esto radica el elemento constitutivo para integrar el tipo ya que en cualquier edad y sexo, se puede realizar la cópula y no habrá delito de adulterio ya que uno de los elementos constitutivos del tipo es precisamente el matrimonio:

a) Porque aún cuando el artículo 273 no menciona el matrimonio, éste queda sobreentendido cuando se dice en la casa conyugal, puesto que las personas no casadas aunque vivan juntas si no están casadas civilmente no son cónyuges, serán amasios u o cualquier otro nombre con que la ley civil los designe, solamente los casados cometen adulterio.

b) El legislador describe que para integrar el delito de --

(152) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p.p. 160-161.

adulterio, es necesario que se cometa en un domicilio, pero que sea el domicilio conyugal de tal suerte que si dicho adulterio se cometiera fuera del domicilio conyugal no habrá adulterio al no ser que se cometa y se propicie un escándalo.

c) Para que se pueda castigar el delito tiene que haberse -- cometido en el domicilio conyugal; es aquí en donde el legislador dejó una gran laguna al hablar de domicilio conyugal por que lógicamente se entiende como tal el lugar en donde los esposos residen con el propósito de establecerse en él, a falta de éste, el lugar en que tienen el principal asiento de sus negocios por más de seis meses, no tomó en cuenta el legislador, que los seres humanos se desplazan a lo largo y ancho de su territorio por pequeño que este sea, en busca de bienes para satisfacer sus necesidades, surgiendo la necesidad de quedarse a dormir en cualquier lugar, ya sea casa ajena, prestada, alquilada, en un hotel, casa de huéspedes, etc., en donde fácilmente cualquiera de ellos se prestaría a cometer adulterio en un lugar en donde no es la casa conyugal y por tanto no habría delito de adulterio. Pensamos -- que esta omisión del legislador de no prever en la norma tal posibilidad, se antoja falta de criterio, injusta y arbitraria -- al no contemplar dicha circunstancia en que pueda cometerse este ilícito.

d) En el elemento "o con escándalo", el término es muy vago, dice el diccionario de la lengua española que por escándalo se entiende... "el modo de comportamiento que por su carácter anticonvencional y no asimilable (según las normas sancionadas socialmente), provoca un desajuste funcional o un movimiento de repulsa". (153)

Por lo tanto, sale sobrando en el artículo 273 del código penal en comento, el término "escándalo" como elemento integrador del delito de adulterio, al efecto el código penal anotado dice: "escándalo consiste en el desenfreno exhibido, en la notoriedad que se da públicamente a la situación adulterina, lo que afrenta al cónyuge inocente y ofende por el mal ejemplo a la moral pública". (154)

(153) Enciclopedia Ilustrada Danae, Ediciones danae, S.A., Vol. I, Barcelona España 1975.

(154) Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S.A., México, 1972. Nota 891, p. 506.

2.16 SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE ADULTERIO

Como describe la jurisprudencia y la doctrina 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; en estas circunstancias tanto el hombre casado, como la mujer -- casada que tengan trato carnal con persona distinta que no sea - su cónyuge se entiende que son sujetos activos de éste ilícito - tipificado como adulterio por los códigos penales.

El artículo 273 del código penal para el Distrito Federal, determina que son sujetos activos del delito, tanto el hombre co - mo la mujer.

La comparación legislativa mexicana y extranjera, muestra - que no hay un concepto único ó unitario jurídico de lo que sea - el adulterio, pues hay legislaciones que sólo consideran posibles sujetos activos del delito a la mujer casada y no al hombre casa - do, entendiendo que éste sólo puede cometer "concubinato", lo -- que hace patente una vez más la necesidad de una mayor difusión en los códigos penales. (155)

(155) Carrancá y Trujillo, Raól. Ob. Cit. Nota 889, p. 504.

Dice González de la Vega, "La hipótesis que se puede presentar, en cuanto al adulterio, son el ayuntamiento entre mujer casada y hombre libre y hombre y mujer casados. Los sujetos activos son los protagonistas del acto carnal ilícito. (156)

La gran mayoría de los códigos penales de los Estados de la República Mexicana se proyectan en las mismas circunstancias tocante al delito de adulterio que el código penal del Distrito Federal. Unos son transcripciones fieles y otros con la misma finalidad, pues en términos diferentes.

Carrancá y Trujillo dice: "sujeto activo es el hombre o la mujer que están legalmente unidos por vínculo matrimonial a otra persona".

(156) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, -- Edit. Porrúa, S.A., México 1970. p. 435.

SUJETOS PASIVOS DEL DELITO DE ADULTERIO.

En nuestro sistema jurídico Mexicano se llama sujeto pasivo de este delito a la persona, hombre o mujer que casados con su cónyuge, éste lo engaña, realizando actos carnales con otra persona distinta a su cónyuge, así tenemos que el sujeto pasivo del delito de adulterio está considerado el cónyuge inocente, el que es engañado y por ende la comunidad social, ya que desde el punto de vista de la institución del matrimonio y éste, célula primaria de la sociedad; el acto adultero esta faltando a la fidelidad conyugal que se juraron los esposos al casarse, ya sea civilmente que es donde finca su interés el Estado, o bien ante los principios de cualquier credo religioso. La consistencia jurídica del delito de adulterio señalados por los artículos 273 y 274 del código en cita, dicen: "no se podrá proceder contra los adúlteros, sino a petición del cónyuge ofendido...".

BIEN JURIDICO.

El bien jurídico ó objeto jurídico protegido o tutelado por el derecho en el delito de adulterio, lo constituye la fidelidad sexual o fidelidad conyugal, prometido por virtud del matrimonio y la moral pública. (157)

(157) Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. Nota 891, p. 506.

Se entiende por "fidelidad", exactitud de cumplir con sus - compromisos, constancia en el afecto, obligación recíproca de -- los cónyuges en no cometer adulterio. (158)

Por cuanto hace a la moral pública, se trata de las buenas costumbres imperante en el momento actual en nuestra sociedad, y esas buenas costumbres implican que entre esposos se deben respeto y fidelidad mutua en todos los aspectos y por encima de todo, por el bien de los hijos y de su educación como por el bienestar en general de la familia y sociedad.

OBJETO MATERIAL.

El objeto material de este delito, practicamente está constituido por los sujetos que intervienen tanto el activo como el pasivo, en el activo con las características y circunstancias -- que ya se han descrito; el pasivo al igual y ambos con la cali--dad específica o especial, como lo es el ser casado por lo civil como también hemos anotado, tal como lo reconoce la doctrina, -- quién no es casado, no comete adulterio.

(158) García Pelayo y Gross, Ramón. Diccionario Enciclopédico. -- Ediciones Larousse, México, 1985. p. 260.

ELEMENTO NORMATIVO

El elemento normativo jurídico es precisamente el matrimonio civil ya que no se puede hablar de adulterio entre no casados.

REFERENCIA

Referencia espacial, practicamente está constituido por el lugar de los hechos que la ley determina al citar "en el domicilio conyugal" o una variante "con escándalo" y que los doctrinarios al desglosar lo clasifican en:

MEDIOS DE COMISION

El escándalo que es tomado como un medio de comisión en el tipo, pues aparte de la referencia espacial de lugar, hay veces que cuando no son sorprendidos los adúlteros en el lecho conyugal, se llega a saber por el cónyuge inocente a través de las personas que los vieron o por el escándalo realizado en algún lugar público, comentario de las personas, hay veces que suceden - alternativamente formados en cuanto a las referencias de lugar y de medios.

ELEMENTOS SUBJETIVOS

En cuanto a los elementos subjetivos para los efectos de la comisión de éste ilícito se tomará en consideración la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal, la acción, el deseo de los sujetos de querer realizar la conducta dolosa. - (159)

UNIDAD JURIDICA

Si recurrimos al diccionario de la lengua española, la palabra unidad, significa "incapacidad de dividirse sin que la esencia se destruya o altere en donde solo hay un asunto principal", y por lo que respecta a lo jurídico "asunto que atañe al derecho", González Blanco nos dice que el objeto material o unidad jurídica protegido en el delito de adulterio es la integridad del matrimonio. (160)

Explica que al elaborarse el proyecto del código penal vigente hubo una tendencia a eliminar el adulterio de la lista de los delitos, lo cual no llegó a realizarse; en opinión de González Blanco, en razón de seguir respetando la creencia de tipo religioso prevaleciente en nuestro medio social respecto al adulterio.

(159) Martínez Roaro, Marcelo. Delitos Sexuales. Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, p. 270.

(160) González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo mexicano, Edit. Porrúa, S.A. México 1969, p.p. 189-228.

rio.

En relación a este ilícito sigue diciendo que, si la institución del matrimonio se rige en su contenido y efectos por el derecho privado, no vemos razón para continuar concediendo relevancia en la ley penal. Por lo que hace a la naturaleza del acto sexual que constituye el adulterio, éste dependerá expresa asimismo González Blanco, del criterio que adopte sobre el objeto jurídico protegido por el mismo si lo que se tutela es la honestidad, la fe conyugal o la integridad matrimonial, cualquier acto de tipo erótico suficiente para configurar el delito; si la protección legal recae sobre la seguridad de la decencia, se exigirá la cópula normal y la "seminatio intra vas". (161)

Carrancá y Trujillo, encuentra el objeto jurídico protegido en el adulterio en la fidelidad sexual, prometido en virtud del matrimonio, y en la moral pública.

Antonio de P. Moreno, considera que el objeto que la ley protege en el adulterio es la moral sexual familiar y el orden familiar.

(161) González Blanco, Alberto. ob.cit. p.p. 204-205 y s.s.
Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. p. 504.
De P. Moreno, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México 1968, p.p. 262-268.

González de la Vega, nos dice que el objeto de la tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adulterinos, realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente. (162)

(162) González de la Vega, Francisco. Ob. Cit. p. 430.

3.1 ENTIDADES FEDERATIVAS QUE CONTEMPLAN EL DELITO DE ADULTERIO

Los estados libres y soberanos de la República Mexicana que dentro de sus legislaciones penales contemplan el delito de adulterio, son los que a continuación exponemos, y así tenemos primeramente a los que tratan de dar una somera definición de dicho delito diciendo qué conductas deben de calificarse como tal y las circunstancias que deben concurrir; qué debe de entenderse como medios integradores; un segundo grupo de entidades federativas en los que el tipo penal del delito de adulterio son réplicas de los contenidos en el código del Distrito Federal; un tercer grupo de estados en los cuáles hacen variar la penalidad pero en cuanto a elementos integradores del delito son idénticos al del Distrito Federal.

De los estados que describiremos más adelante. El delito de adulterio: "se entiende por adulterio, la cópula de mujer casada con hombre que no sea su marido o de hombre casado con mujer que no sea su esposa".

Así como, que el adulterio sólo se sancionará cuando se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo. Artículo 275 del código penal del estado de Zacatecas y el 276 del mismo ordenamiento señala la penalidad que será de 3 días a dos años y pri

vacación de Derechos civiles hasta por dos años.

Por su parte la legislación penal del Estado de México en su artículo 185 establece; "se impondrá prisión hasta de tres años a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada".

Este delito solamente se castigará cuando haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, en ambos cuerpos legales se emplea diferente vocablo para designar a los elementos del delito de adulterio, mientras que el de Zacatecas define que adulterio es la cópula de mujer casada con hombre que no sea su marido..." Para el código penal del Estado de México "comete adulterio la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge..." Para ambas legislaciones la palabra cópula en el primero y acceso carnal en el segundo, son términos equivalentes o cuando menos quieren dar a entender lo mismo para designar el elemento principal del delito de adulterio, coincidiendo en cambio de que las personas acusadas por adulterio deben de estar casados pues es el presupuesto principal.

El Código Penal del estado de Aguascalientes a este respecto señala en su artículo 249 "comete el delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales,

CAPITULO III

EVOLUCION Y COMPARACION DEL PRECEPTO INVOCADO EN LAS LEGISLATURAS
DE LOS ESTADOS

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".

La legislación de este estado emplea la palabra relaciones sexuales, con este término define al adulterio, y aquí se hace intervenir un tercer vocablo para designar el elemento constitutivo del delito.

El estado de Guanajuato en el artículo 262 de su código penal dice que "adulterio es la cópula de persona casada con otra del sexo contrario que no sea su cónyuge". El código penal de Guanajuato emplea la palabra cópula al igual que el de Zacatecas para definir éste delito, pero se observa que en esta legislación se acortan los elementos del delito de adulterio, solamente se toma en cuenta el principal; la cópula de persona casada con otra del sexo contrario que no sea su cónyuge, y se deja abierta por el legislador la posibilidad o mejor dicho está abierta, para que el juzgador aplique su facultad discrecional sobre el modo, forma tiempo y lugar de la realización del acto sexual o cópula, al no señalar el legislador en la descripción del tipo y al decir de los anteriores cuerpos legales en que señalan el lugar de la comisión del delito, en el domicilio conyugal o con escándalo.

En esta legislación para suerte de la familia y desgracia de los protagonistas de dicha conducta delictiva, se subsumen los elementos; en el "domicilio conyugal ó con escándalo", - el delito de adulterio se configura en cualquiera de sus modalidades en que se realice sobre el tiempo y circunstancia, bien -- puede ser en un hotel, domicilio ajeno, en un vehículo, en despojado, etc. en donde se consuma el acto; en cuanto al escándalo que señalan los otros cuerpos legales, para el de Guanajuato puede o no haberlo y queda implícito en la definición.

El código penal Tlaxcalteca en su artículo 244 dice -- "adulterio es el trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido o de hombre casado con mujer que no sea su esposa ..." como es de notarse el elemento designado para definir este delito, dice es el trato carnal, insistiendo al igual que los códigos anteriores en que las personas acusadas de este delito deben de ser casados y realizar el trato carnal con hombre o mujer que no sean esposo o esposa, éste nuevo vocablo es el cuarto en la terminología empleada por los códigos anteriores para definir al adulterio, insistiendo además en que para configurar este delito, no se necesita el acto carnal mismo, sino que otras circunstancias comprobadas lo hagan suponer fundadamente, y al igual que el de Guanajuato excluyen los elementos en cuanto al domicilio conyugal y el escándalo que señalan los otros Códigos Penales.

En el código de defensa social del Estado de Chihuahua, queda definido el delito de adulterio en los mismos términos que en el del Estado de México, usando el término acceso carnal, pero variando la penalidad, mientras que en Chihuahua se impone a los adúlteros dos años de prisión, en el Estado de México se ve con más severidad dicho delito y se castiga con tres años de reclusión, pero coincidiendo también en cuanto al elemento de domicilio conyugal o con escándalo.

Estados que para tipificar el delito de adulterio en su legislación Penal poseen los mismos elementos.

Los estados que dieron buena acogida al erróneo tipo penal del delito de adulterio del Código Penal del Distrito Federal y Territorios en aquel tiempo, elaborado por los legisladores de 1931, y por que en él no se tomaron la molestia de describir lo que debe de entenderse como tal delito, igual que los legisladores locales, que quisieron ahondar sobre el asunto y que simplemente se concretaron a transcribir lo que otros habían elaborado al respecto.

El equívoco penal en comento al que nos estamos refiriendo sobre el delito de adulterio dice "se sancionará con 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".

Para el código penal del Distrito Federal, el adulterio, está referido en el artículo 273, publicado en el Diario Oficial del 14 de agosto de 1931, siendo de los primeros en el orden cronológico dentro de los otros códigos de los estados que tienen la misma descripción y que son:

ESTADOS	TITULO	CAPITULO	ARTICULO	AÑO
Querétaro	----	IV	243	1932
Jalisco	XV	III	246	1933
Morelos	X	VI	318	1934
Nuevo León	----	III	263	1934
Guerrero	XII	IV	240	1937
Chiapas	III	IV	275	1938
Sinaloa	----	IV	238	1940
Hidalgo	----	IV	259	1940
Coahuila	XII	IV	249	1941
Durango	XI	V	234	1944
San Luis Potosí	XII	IV	294	1944
Nayarit	----	IV	229	1954
Colima	XIII	IV	239	1955
Tabasco	XIII	VI	251	1972

Todos ellos contiene la misma discreción penal sobre el delito de adulterio, sin hacer variar ningún elemento consti-

tutivo, y que son idénticos al del Distrito Federal, por lo que pensamos que todos ellos se nutrieron de dicho ordenamiento para integrar su referencia penal sobre dicho delito, por ser uno de los primeros en expedirse.

ESTADOS EN DONDE LA LEGISLACION PENAL DE LOS MISMOS HA
CE VARIAR LA PENALIDAD AL DELITO DE ADULTERIO

Dos de los Estados de la Federación, legislaron, imponiendo a los adúlteros una penalidad mayor que el resto de los - otros estados de los que conservan en su legislación penal al de lito de adulterio, aumentando la pena de prisión en un año más - que los otros, entre ellos tenemos al Estado de Sonora en el artículo 221 imponiendo a los adúlteros de tres días a tres años - prisión..., y el Estado de México en su artículo 185 que impone prisión hasta de tres años, dichas legislaciones fueron expedidas, el primero en 1949, y el segundo en 1967.

C A P I T U L O I V

A N A L I S I S D E L D O M I C I L I O C O N Y U G A L

3.2 LEGISLACIONES EN DONDE EL DELITO DE ADULTERIO HA DESAPARECIDO

Los Estados que han abrogado de sus Códigos Penales el delito de adulterio y otros que quisés nunca legislaron sobre dicha conducta por no considerarla lesiva a la cohesión familiar, a las relaciones de los mismos, a las buenas costumbres y a la paz pública de nuestra sociedad ó que fueron influenciados por alguna corriente de pensadores, que tomando de nuestra historia y de las sociedades prehistóricas las costumbres arcaicas desde sus primeros tiempos de evolución, pues es sabido como se practicaba la poligamia en donde el hombre podía tener relaciones sexuales con varias mujeres, asimismo en otra de las etapas de la misma evolución a la mujer le era permitido tener relaciones sexuales con varios hombres, como lo fue en el matriarcado.

Entre los Códigos Penales de los estados que ya no contienen dicho tipo penal, tenemos: Código Penal del estado de Tamaulipas expedido en el año de 1939, Oaxaca y Puebla expedidos en el año de 1943; Veracruz en 1945, Michoacán en 1968, Campeche y Yucatán en 1974, Baja California Norte en 1977 y Quintana Roo en 1979.

4.1 ANALISIS DEL TERMINO DOMICILIO CONYUGAL.

Definición y alcance del Domicilio.

Genenaridades.- Desde tiempos inmemoriales el ser humano se desplaza bajo la acción de fuerzas internas irresistibles o de factores exteriores, y probablemente pocas veces termina -- sus días en el mismo lugar que le vió nacer, siempre se ha cuidado de localizarle, real o ficticiamente; de fijar un punto cualquiera donde verdadera o presuntamente puede ser hallado, cuando la mano de la ley, o el negocio jurídico lo requieran.

En los tiempos actuales la facilidad de desplazarse -- por los sistemas de comunicación más modernos del planeta, el -- precepto legal dispone, en todas las legislaciones de la tierra, que para determinadas relaciones de convivencia é interdependencia, el individuo o la persona jurídica, se encuentren radicados de un modo permanente en algún punto del mapa de una determinada jurisdicción arbitrándose los recursos necesarios para suplir su ausencia de algún modo, puesto que no se concibe la inexistencia de una base de operaciones de actuación de una familia y sus -- afectos. A tal concepción responde la creación de la noción jurídico legal del domicilio.

Cualquiera que fuere la concepción del domicilio de -- una persona; existe criterio unánime en la doctrina de que el do

micilio es "el lugar donde uno se halla establecido y avecindado con su mujer, hijos y familia y la mayor parte de sus bienes muebles". (163)

Al respecto varían las concepciones de diversos autores y así aparecen diversas tendencias y escuelas que han expuesto tal concepto.

La palabra domicilio, viene de la voz latina domicilium que a su vez se deriva de domus, casa. Esta etimología determina una acepción del domicilio equivalente a habitación, casa, lugar en que se habita.

Esto no es propiamente domicilio, podrá ser simple residencia, no situación de mero hecho; esto no es propiamente el domicilio. (164)

Savigny expresa, "el domicilio es el lugar que una persona ha designado para su residencia permanente".

Mackeldey refiere, "es el lugar en que uno ha establecido su residencia fija".

(163) Diccionario Omeba, Tomo IX, Editorial Bibliográfica. Argentina, Buenos Aires, S.R.L., 1969, p. 264.

(164) Idem, p. 265.
Pulg Peña, F. Introducción al Derecho Civil y Foral, 2a. -- Edic. p. 291, Edit. Bosch, Barcelona 1942.

Colin y Capitant (Franceses), dicen que todo hombre se halla unido a un lugar determinado por sus afecciones de familia, por su trabajo, por sus intereses, por el hábito; y en éste lugar reside ordinariamente.

Esta estabilidad es muy favorable a las relaciones jurídicas, las cuales tendrían una vida precaria si el hombre cambiara incesantemente de lugar y pudiera así escapar a todas las investigaciones y pesquisas. El Derecho prosigue teniendo en cuenta este hecho, deduce de él una noción jurídica, la del domicilio. Fija un lugar para cada persona, que tiene en él su asiento legal, y en el cuál se le supone siempre presente, bien lo ocupe corporalmente, o bien no se halle en él. En otros términos, el domicilio, "es la residencia que se considera tiene la persona a los ojos de la ley para el ejercicio de ciertos derechos o para la realización de ciertos actos. (165)

Incurré los autores nuevamente en un equívoco, tratase de domicilio propiamente dicho o de residencia, que es cosa bien distinta. El derecho Argentino, Segovia ha caracterizado bien la diferencia entre uno y otro concepto.

(165) Colin A. y Capitant H. Curso elemental de derecho civil, traducción de Demófilo de Buen. Tomo I, p.p. 898-899. Editorial Reus Madrid.

En el análisis del artículo 92 del Código Civil, dicho autor, expresa que el domicilio es el lugar jurídico, el lugar - cierto de las personas visibles o ideales, y la residencia es un lugar de hecho (o el hecho mismo) que sólo corresponde a las personas de existencia visible, pues las personas jurídicas no tienen residencia. El domicilio es el lugar cierto de la residencia de una persona de existencia visible, el lugar de su residencia con la intención de permanecer en él. La residencia es el mero - hecho, es el lugar en cada individuo se halla efectivamente aun sin intención de permanecer en él.

Pugliatti, sintetiza la doctrina Italiano diciendo; la relación entre el sujeto jurídico y su sede se especifica en los conceptos de domicilio, residencia y estancia, definiendo al primero como la sede jurídica de la persona, y al mismo tiempo, como el lugar en que la persona tiene su sede jurídica. Entendiendo en el primer sentido, el domicilio es una relación de derecho, tiene como presupuesto normal una relación material, una rela---ción de hecho entre las personas y el lugar. (166)

Los códigos de Italia y Argentina definen el domicilio de la siguiente manera "como el lugar donde una persona tiene es

(166) Pugliattis, Introducción al estudio del Derecho Civil, traducción de Vázquez del Mercado. 2a. edición. p. 146, México 1943.

tablecido el asiento principal de sus negocios y de su residencia.

El código Alemán lo define como el lugar en que uno permanece establemente, el Suizo como el lugar en que una persona se encuentra con la intención de permanecer establemente en él.

Por último se ha discutido si el estudio del domicilio debe hacerse dentro del derecho civil; a este respecto dice Do--mat, el domicilio debía de estudiarse en el Derecho Público, en cambio otros autores dicen que es materia del Derecho Civil.

Según Valverde, otras leyes especiales, por efectos -- que traspasan las relaciones privadas lo regulan; porque del domicilio depende el ejercicio y realización de determinados derechos. (167)

Después de escudriñar las páginas de la doctrina sobre el domicilio, ya que lo que nos interesa es precisamente el domicilio conyugal, y a este respecto tenemos que, domicilio conyugal, es el domicilio que corresponde al matrimonio, la ley argentina No. 2393 establece que "el marido está obligado a vivir en

(167) Puig Peña F. Ob. Cit. p. 291.

en una misma casa con su mujer (art. 51) y en el art. 53 dice, -
la mujer está obligada a habitar con su marido donde quiera que
éste fije su residencia". (168)

A mayor abundamiento se dice que domicilio conyugal es
la casa donde viven los cónyuges (esposos o atributo de los que
se hallan unidos por matrimonio legítimo); del latín coniuges plu-
ral de Coniux (conyuges) de igual significado "atados juntos". -
(169)

Domicilio conyugal, "es la casa o el hogar dónde están
establecidos o dónde viven permanente o transitoriamente los ca-
sados, conforme a la ley civil". (170)

(168) Busso, E. B., Código Penal Civil anotado, tomo 2, p. 166. -
Editorial Ediar, Buenos Aires.

(169) Idem. p. 167.

(170) Carranca y Trujillo, Raúl, Código Penal anotado del Distri-
to Federal, Nota 890, p. 506.

4.2 LA CONVENIENCIA DE LA SUPRESION DEL TERMINO DOMICILIO - CONYUGAL

En el delito de adulterio, solamente se castiga el cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, por tanto el adulterio que se comete en otras circunstancias a lo establecido por dicho precepto no es castigado.

Ahora bien, si dichos términos no existieran o cuando menos fueran suprimidos en el citado artículo, se podría proveer con más amplitud a la cohesión y protección familiar, dejando en esta forma abierta la posibilidad para castigar la infidelidad cometida en agravio del cónyuge inocente y que se castiga con las penas señaladas en el artículo 273 citado, como medio de restituir el cónyuge inocente, la confianza y fidelidad que se juraron con motivo del matrimonio y a la vez para que no recurra al juicio de divorcio como último recurso, porque en dicho supuesto los afectados con esta determinación, solamente son los hijos sufriendo las consecuencias que les depara el destino, en donde quizá los únicos culpables son los padres.

Pensamos que el término Domicilio onyugal debe de desaparecer del citado artículo 273 por considerarlo un obstáculo para la mejor administración de justicia y castigar al cónyuge infiel, y que no dé riendas sueltas a sus hábitos extramatrimonia-

les, por tanto es conveniente en igual forma, que la penalidad -
deba de aumentarse ya que a la fecha no resulta congruente y re-
sulta irrisoria y carente de tipo, tal pareciera que el estado en -
su calidad de padre moral haya olvidado asumir su responsabili-
dad con la sociedad, considerando que los cambios del progreso y
el desarrollo deben de marchar al unísono, el estado es quién de
be de velar e imponer con sus normas jurídicas la creación y con
servación de las buenas costumbres para moralizar a su pueblo y
proteger sabiamente a los menores de edad, pues éstas son el te-
rreno fértil en donde proliferan las corrientes extranjerizantes
y exóticas que aún cuando disfrazadas por medios culturales o mo-
rales, tratan de mezclarse con las nuestra e imponerse mediante
sacrificios como en épocas primitivas, sabido es que los pueblos
con una cultura media como la nuestra, no son fáciles de discer-
nir entre lo que es agradable o desagradable, malo ó bueno, lo -
conveniente de lo inconveniente; contando con otro enemigo tan -
poderoso para llevar al cabo tal propósito, como son los medios
masivos de difusión, llámense prensa, radio ó televisión los cua-
les en México alcanzan el rango de un cuarto poder.

Nuestros gobernantes a la fecha no han querido frenar
los medios y formas de intromisión de dichos agentes nocivos pa-
ra el bienestar y salud de los pueblos, y que encuentran en los
países subdesarrollados un campo propicio para la implantación -
de sus actividades ilícitas como son: las malas costumbres, los
vicios de toda índole que van desde el alcoholismo; la drogadic-

ción, la degeneración sexual y demás hábitos comunes de los países altamente industrializados y poderosos que sojuzgan a los -- más débiles. Si de verdad se quiere proteger a nuestra sociedad, se debe de pensar en primer lugar en revisar nuestro sistema jurídico, por ser los soportes que hacen que toda sociedad marche armónicamente, congruente con su cultura.

Hemos dejado asentado con anterioridad que, el ser humano por sus apetitos y diversos intereses se desplaza de un con tinente a otro por los sistemas modernos y rápidos de comunica-- ción en busca de satisfactores para sus necesidades, y viajan -- con él todos los vicios y costumbres extrañas, tomando cuenta que muchas costumbres raras de las que hablamos, si bien en algu nos países de dónde proceden no son constitutivos de delitos, en otros si lo son y por eso se reprimen, no olvidar que el adulterio del que hablamos y que es motivo de nuestro estudio, impli-- can costumbres que viajan de otros países, razón poderosa por la que sugerimos la supresión del susodicho término domicilio conyu gal, pues sale sobrando del artículo 273 del código penal del -- Distrito Federal.

4.3 SUPRESION DEL TERMINO DOMICILIO CONYUGAL COMO MEDIO DE PRUEBA DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL

Toda vez que nuestro estudio se enfoca precisamente a proponer a las autoridades, especialistas, estudiosos y en especial a los señores legisladores que se amplíe la pena de manera más eficaz en dicho artículo así como suprimir del mismo las palabras "domicilio conyugal" por considerarlo un obstáculo a los intereses familiares, han quedado asentadas los motivos y las razones jurídicas por las que se debe de suprimir del citado ordenamiento penal; el domicilio conyugal por contrario a los intereses de la moral y las buenas costumbres, pensamos que no deben de tomarse como medio de prueba desde el punto de vista penal, - ya que al intentar una contienda judicial por la vía penal por el cónyuge ofendido hacia su cónyuge culpable por el citado delito, esto no prosperaría al oponer como excepciones la exacta aplicación de la ley al caso concreto, ya que en la fase probatoria se verá que no se colman los requisitos que tipifica el artículo 273 toda vez que puede no haber escándalo y si realizarse un adulterio fuera del domicilio conyugal.

Queda de esta manera reforzado nuestra propuesta para reconsiderarlo.

De otra manera, la familia formada por el cónyuge inocente e hijos del mismo y que constituyen la célula fundamental -

de la sociedad a la que se debe de proteger sobre cualquier interés sectario, de grupo o de individuos contrarios al bienestar social, económico y jurídico, que deben de ser resguardados con carácter prioritario.

Al dejar corromper a las familias, se está permitiendo tácitamente, corromper a la sociedad entera.

4.4 ANALISIS DE LA SUPRESION DEL TERMINO DOMICILIO CONYUGAL EN BASE A LA MORAL Y A LAS BUENAS COSTUMBRES

No es concebible que los individuos no tengan un domicilio para fines del derecho, ni aun en los apátridas. Todos los actos civiles de las personas se rigen por las leyes y estatutos internos, acuerdos internacionales y sus relaciones con los demás individuos de la tierra, así como los nacidos fuera de su patria, operando aquí la reciprocidad de las leyes de cada país.

Apuntamos en temas anteriores el análisis del domicilio conyugal, así como todo lo que la doctrina refiere al respecto como la definición que establece lo que debe entenderse por domicilio "el lugar donde uno se halla establecido y vecindado con su mujer, hijos y familia, y la mayor parte de sus bienes muebles". (171) De tal definición se infiere que alude a la forma, manera y medios de como puede estar un individuo en un punto del planeta tierra, mas no se dice nada al respecto a tiempo de permanencia en dicho lugar, por eso en derecho y para fines de ser localizado, puede el individuo citar como domicilio el lugar que le plazca, para oír y recibir toda clase de notificaciones; en fin al domicilio nos hemos referido en capítulos anteriores; por

(171) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y jurisprudencia. Editorial Themis, Bogotá (Colombia), 1991, p. 35.

lo que respecta a nuestra proposición de suprimir el término domicilio conyugal, con base a la moral y a las buenas costumbres, resta subrayar que para aplicar la sanción que corresponda al -- cónyuge infiel, salen sobrando dichos términos, por considerarse simplemente contrario a derecho,

La doctrina establece un tipo de domicilio para cada - acto o etapa en la vida de las personas, y así se dice y establece un tipo de domicilio que se denomina domicilio convencional - según el artículo 34 del Código Civil para el Distrito Federal; un domicilio para las personas morales; artículo 33 del citado - Código; domicilio de los funcionarios y empleados públicos; de - los menores de edad no emancipados; de los militares en servicio activo; de los incapacitados mentales; así como también el domicilio de los presos durante toda la etapa de su proceso, al igual que los ya sentenciados su domicilio serán las colonias penales; de todos estos domicilios de que nos habla el artículo 32 del Código Civil, además existen otros cuerpos legales que también aluden al domicilio para los individuos con sus obligaciones y señalan tiempo de permanencia en dicho lugar, así tenemos como ejemplo desde la carta magna que habla del domicilio en su artículo 16 al igual que las demás leyes secundarias del país.

El artículo 273 del código penal, señala el domicilio conyugal para la finalidad de castigar el delito de adulterio, -

lo que considero está por demás porque para castigar la infidelidad derivada de las relaciones conyugales, no es necesario el domicilio, ya que el bien tutelado es la felicidad del matrimonio y la unión familiar al igual que la moral familiar y la cohesión de grupo.

La costumbre dice el diccionario de nuestra lengua "es el hábito; uso, que un momento dado la práctica adquiere fuerza de ley, regirse por la costumbre como el conjunto de cualidades y usos que forman el carácter distintivo de un país o persona."

(172)

Relativo a la moral, el que tiene buenas costumbres, - relativo al espíritu, intelectual, facultades morales, parte de la filosofía que enseña las reglas que deben gobernar la actividad libre del hombre, conjunto de facultades del espíritu. (173) Como corolario de nuestro estudio citamos como "domicilio, el lugar o circunscripción territorial que constituye la sede jurídica de una persona, porque en él ejercita sus derechos y cumple a sus obligaciones. (Castán citado por Manuel de la Plaza, I-259).

Asimismo el lugar que habita una persona y es el prin

(172) Diccionario Enciclopédico, Larousse, Editorial Larousse, -- Buenos Aires, 1985. p. 155.

(173) Ibidem. p. 426.

principal asiento de sus negocios. El artículo 29 del código civil prescribe, "el domicilio de una persona es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él, a falta de éste en el lugar donde tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otros, el lugar en que se halle.

El artículo 30 del citado cuerpo legal agrega, "es el lugar, donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de su derecho y el cumplimiento de sus obligaciones. Transcurrido el mencionado tiempo, el que no quiera que nazca la presunción de que se acaba de hablar, declarará dentro del término de quince días tanto a la autoridad municipal de su anterior domicilio como a la autoridad municipal de su nueva residencia, que no desea perder su antiguo domicilio y adquirir uno nuevo. La declaración no producirá efectos si se hace en perjuicio de terceros".

(174)

Así, queda establecido que la doctrina del domicilio corresponde al derecho civil, por tanto deducimos de los anteriores conceptos y definiciones, que nada tienen que ver aspectos civiles con penales, para finalidad de castigar las conductas que

(174) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, - Editorial Porrúa, S.A. México, 1970. p. 298.

tipifican el delito de adulterio cometido por los cónyuges infieles, ya que lo tutelado por el derecho en este punto es precisamente la fidelidad conyugal y por consiguiente la felicidad y armonía familiar.

4.5 LA RESPONSABILIDAD PENAL

Primeramente analizaremos qué es la responsabilidad en el ser humano, ya que solamente éste es quien puede responder -- por sus actos y en esto todos los doctrinarios han coincidido en señalar el contenido de dicho vocablo expresándose en la siguiente manera:

Responsabilidad.- Obligación de responder de los actos propios o ajenos según los casos.

Responsabilidad Civil.- Obligación de reparar o indemnizar las consecuencias de actos propios o de otros, perjudiciales para terceros.

Responsabilidad Penal.- Principio por el cuál se impone la pena a quien ha cometido algún delito. (175)

Se nos puede preguntar qué objeto tiene comentar lo anterior si el objeto de nuestro estudio es penal, es lógico hacer la aclaración de la responsabilidad, puesto que de esto depende muchas veces de que si no hay cumplimiento civil entre particula

(175) Enciclopedia Danae, Editorial Danaer, S.A., Barcelona, España. 1975. Vol. 2o. S/N.

es, es ahí donde interviene el estado en su calidad de autoridad soberana conminando al responsable con la amenaza de una pena, - claro está, previa solicitud de la parte agraviada que haya sufrido menoscabo en su persona, familia, papeles, posesiones, propiedad, etc.

El diccionario de la lengua española, expone el respecto:

Responsabilidad.- Obligación de responder de los actos que alguien ejecuta o que otros hacen.

Responsabilidad Civil.- Obligación impuesta por la --- ley, de reparar los daños y perjuicios causados a otro por el in cumplimiento de un contrato o por un acto delictivo. (176)

Eduardo Pallares a propósito de la responsabilidad civil dice, "la que dimana de culpa extracontractual o de la violación de los contratos de arrendamiento, depósito, comodato, aparcería, transportes, hospedaje y servicios profesionales.

Responsabilidad Oficial.- Es la responsabilidad civil o

(176) Diccionario de la Lengua española, Larousse, Editorial La--rousse. México 1985. p. 561.

penal en que incurren los funcionarios y empleados judiciales -- por delitos y faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones o labores. (177)

Todo delito produce responsabilidad penal, es decir, - sujeta a una pena al que lo comete; pero las circunstancias que acompañan al delito modifica la responsabilidad penal.

Palmero Arturo apuntaba:

1o. - Hay circunstancias que anulan o excluyen la responsabilidad penal (circunstancias exculpantes), y son: la enajenación mental; la decrepitud, cuando por ella se ha perdido completamente la razón; ser menor de edad; ser sordomudo de nacimiento, sea cualquiera la edad del acusado al infringir la ley penal; obrar el acusado en defensa legítima de su persona, honor o bienes, repeliendo una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho.

2o. Hay circunstancias que disminuyen la criminalidad o responsabilidad de los delitos (circunstancias atenuantes), como las buenas costumbres anteriores del delincuente; la confe---

(177) Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, - Editorial Porrúa, S.A., México 1970, p. 710.

sión circunstanciada del delito; hallarse al delinquir en estado de ceguedad o arrebatos producidos por hechos del ofendido (estado de ceguedad quiere decir que la mente se ofusca, se pierde el conocimiento de sí mismo; y arrebatos, enfurecimiento, impulsado inconscientemente), reparar espontáneamente en todo o en parte el mal causado; ser el delincuente tan ignorante y rudo que no haya tenido el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del acto; haber precedido inmediata provocación o amenaza grave de parte del ofendido; haberse propuesto el delincuente hacer un mal menor que el causado.

3o.- Por último, hay circunstancias que aumentan la gravedad del delito (circunstancias agravantes), como las siguientes: ejecutar un delito contra una persona a quien se deba consideración por su avanzada edad o por su sexo; cometerlo de noche, en despoblado, en paraje solitario o en un cementerio, templo, teatro, etc.; hacer uso de armas prohibidas; ser empleado público en ejercicio de sus funciones; ser sacerdote o ministro de cualquier culto; ser el delincuente persona instruida; haber observado anteriormente malas costumbres; declarar hechos falsos a fin de engañar a la justicia, etc.

La alevosía, premeditación y ventaja no se consideran como circunstancias agravantes, sino como elementos constitutivos del homicidio calificado. (178)

(178) Palmero, Arturo. Enciclopedia Jurídica, Editorial Balleca y Cía. Suc., México 1919, p.p. 348-349.

Este autor ha calificado y clasificado los medios y -- las circunstancias de las conductas tipificadas como delitos en la época que le tocó vivir, a continuación anotaremos las ideas de Don Luis Jiménez de Asúa cuando habla de la imputabilidad. En una sistemática total del derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamiento jurídico del país; pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por eso no puede prescindirse de ella en una teoría jurídica del delito.

Los escritores alemanes acostumbran a tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad stricto sensu, bajo la rúbrica común de culpabilidad, que, en sentido amplio, abarca to dos los problemas atinentes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad. El aspecto res trictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Recordaremos - que Mayer emplea la voz imputación, lato sensu en el mismo sentido amplio en que Liszt y Mezger emplean el término "culpabili-dad". (179)

(179) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1972. p. 325.

Concepto Clásico de imputabilidad.- Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de cuasalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino, ésta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, como el Padre Jerónimo Montes "conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuida a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su cau-

sa eficiente y libre". (180)

Responsabilidad Social.- Los que reducen la responsabilidad a una relación social, comienza por negar la libertad, y, por tanto, la imputabilidad moral. La escuela positivista es la que ha presentado con más relieve estas ideas. El determinismo y la responsabilidad social, no suponen la negación del derecho de -- penar, sino su cambio de carácter y de fundamento. Si el hombre es fatalmente determinado a cometer un crimen, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que lo amenazan. Por tanto, aún haciendo abstracción del libre albedrío. El derecho penal continúa siendo una -- función necesaria, sólo que se reduce a ser una función defensiva o preservadora de la sociedad. Lo que ésta castigará, si se -- coloca en este punto de vista, no será una acción moral, sino un acto dañoso. La responsabilidad moral no encuentra aquí lugar -- propio, sólo importa la responsabilidad social.

Imputabilidad ecléctica.- El segundo grupo de doctrina ha intentado modificar, pero sin suprimirlos, los conceptos de -- imputabilidad y de responsabilidad moral. Su punto de partida común es una explicación de la responsabilidad sin la intervención del libre albedrío, que se considera como una ilusión debida a --

(180) Jiménez de Asúa, Luis. ob. cit. p. 326

la ignorancia en que nos encontramos frecuentemente con respecto a las fuerzas que nos determinan; por eso, el hombre sencillo se cree libre, y esta ilusión -como afirma Thyrén- es, quizá, un -- error sumamente útil, porque sobre ella descansan, a menudo, los sentimientos de vergüenza y arrepentimiento; el legislador se beneficia con ello si estas ideas populares coadyuvan a que se logre el fin de la prevención.

Estas ideas han sido combatidas por Ferri, que las denomina "eclecticas".

Entre ellas merecen atento exámen las que han tratado de establecer la noción de la personalidad como base de la imputabilidad y responsabilidad y, principalmente, la doctrina de la identidad individual y de la semejanza social, de Tarde; la de la normalidad, de Liszt; la de la intimidación, de Alimena, la de capacidad penal, de Manzini, y la de la voluntariedad, del -- Código Penal Español.

Para Gabriel Tarde, la responsabilidad no está necesariamente ligada a la existencia del libre albedrío, y, sin embargo, continúa siendo la condición y la medida indispensable de la responsabilidad penal.

Sólo que se funda sobre otros criterios y otros elementos: la identidad personal del delincuente consigo mismo, -

antes y después del delito, y su semejanza social con aquellos - entre los que vive y actúa y por los cuales debe ser castigado. La primera consiste, pues, en la permanencia de la persona: si un loco no es responsable es porque no posee esta identidad, por que no es él mismo (enajenado). La segunda supone un cierto fondo de parecido necesario entre los individuos, para que sean responsables los unos con respecto a los otros es preciso que el autor y la víctima sean compatriotas sociales, que presenten un número suficiente de semejanzas de origen social.

Franz Von Liszt, sostuvo en el congreso de Psicología celebrado en Munich en 1896, que la base de la responsabilidad, excluido el libre albedrío, no es más que la "facultad de obrar normalmente". En su Lehrbuch formula claramente su pensamiento:

"La imputabilidad, es la capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres... La imputabilidad supone, pues, que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social, que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad ordinaria; que la base afectiva de las representaciones, y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc., corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de las -

impulsiones de la voluntad no ofrezca nada esencialmente anormal, pues como nosotros sólo podemos conocer la conciencia de los otros hombres deduciéndola de la nuestra; como sólo podemos presumir, - por nuestra facultad de reacción, la de los demás, la semejanza - de otro con nosotros, su concordancia con el tipo abstraído por - nuestra experiencia, es condición de la imputabilidad. En este -- sentido, la imputabilidad puede definirse como la facultad de de- terminación normal, por tanto, es susceptible de imputabilidad to- do hombre con desarrollo mental sano, cuya conciencia no se halle perturbada.

El contenido normal y la fuerza motivadora normal de -- las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad."

Bernardino Alimena trata de solucionar la difícil cues- tión con su teoría de la dirigibilidad ó intimidabilidad. Después de afirmar que no solamente no puede hablarse de "libre albedrío", - sino que quizá tampoco es exacto hablar de negación del libre al- bedrío, dice que la responsabilidad de los responsables, en senti- do estricto, debe contener algún elemento más (que el de la res-- ponsabilidad social), y este elemento es precisamente la capaci- dad para sentir la coacción psicológica que el estado ejercita me- diante la pena, y la actitud para despertar en el ánimo de los -- coasociados el sentimiento de sanción .

Otra teoría es la expuesta por Vicente Manzini en las -

primeras ediciones de su tratado, denominado, de la Capacidad Penal, Dice éste que es capaz de pena todo hombre que reúna actualmente condiciones para llegar a ser cooperador normal de la sociedad. Los incapaces son los absolutamente inadaptables a la ley de sociabilidad. Sobre la personalidad de Derecho Penal obran, en el sentido de excluirla, la edad, la criminalidad habitual, etc., de donde se deduce que son incapaces los menores, los locos, los delincuentes habituales. La pena, dice Manzini, está hecha para los hombres normales o ciudadanos; contra los delincuentes habituales, o sea incapaces, no puede adaptarse más que disposiciones de policía. Como se ve, en ello coincidió con las doctrinas anteriores expuestas. (18)

Ignacio Villalobos sostiene que hay necesidad primordial de precisar los caracteres de la persona o ese "yo" que se menciona como causa psicológica o moral del acto, por ser ellos los que hacen al sujeto capaz de obrar culpablemente o le dan plena imputabilidad jurídica de sus actos.

La imputabilidad debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto, capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posi-

(18) Jiménez de Asúa, Luis. Ob. Cit. p.p. 330-331.

ble la culpabilidad. Es un presupuesto de esta última y por lo mismo difiere de ella como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados. Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquella; y en esto coincide con la opinión o mejor dicho se adhiere a la de Edmundo Mezger cuando dice que la imputabilidad es un presupuesto y no un elemento de la culpabilidad (Tratado: Tomo II. -- No. 35), sigue diciendo, que un acto es imputable al sujeto, la imputabilidad o el conjunto de caracteres activos que hacen que tal acto se atribuya al sujeto como a su causa, no radica en el acto mismo sino en su actor, por lo cual su estudio necesariamente se vuelve hacia el agente como a su centro de gravedad, y se acaba, con acierto, por reconocer la imputabilidad como una calidad del sujeto.

La imputabilidad, como "capacidad de conducirse socialmente" o de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política; como susceptibilidad a la intimidación o capacidad para sentir la coacción psicológica normal, es algo que lleva implícita una verdadera capacidad de entender y querer -- puesto que entender y querer, al ejecutar un acto antijurídico, es lo que habrá de constituir la culpabilidad.

Imputabilidad y responsabilidad.- Si la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ---

ellas culpablemente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos.

Debe notarse la diferencia que hay entre la obligación personal de sufrir las consecuencias, concepto que envuelve el supuesto de que tales consecuencias, se conocieron y se aceptaron, y la mera necesidad social de sujetar a un individuo peligroso a medida preventiva o de seguridad, sin contar con lazo alguno de parte del pasivo de estas medidas que se origine en o se relacione con su entendimiento y su voluntad. El delincuente normal a quien se ha conminado públicamente con una pena y a pesar de ello incurre en la infracción prohibida, es responsable. (182)

La Constitución General considera responsable de toda clase de delitos y faltas, a los funcionarios* públicos, incluyéndolos así en el principio de la igualdad ante la ley. No obstante, la Constitución ha querido que durante el tiempo en que desempeñen sus funciones, algunos de esos funcionarios no puedan ser perseguidos por los actos punibles que cometieren, a menos que previamente lo autorice la correspondiente Cámara de la Unión. (183)

(182) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, parte general, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, p.p. 286-288.

(183) Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968, p. 219.

* El termino funcionario, actualmente la constitución habla de servidores públicos.

La responsabilidad.- Anota Castellanos Tena, "es la situación Jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimum de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él". (184)

Es conveniente hacer la aclaración en cuanto a cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal se debe de entender por responsabilidad, ya que es utilizado por varios autores diferentes términos como: imputabilidad, sinónimo de culpabilidad, - los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente responsable del delito por el que se le instruyó proceso. Podemos concluir que responsabilidad, e imputabilidad son términos equiparables aún cuando tengan acepciones diversas como se ha comentado.

Responsabilidad, (responsabilite), derivado de responsable, que a su vez deriva del latín responsus, participio pasa-

(184) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 219.

do del verbo responder, hacerse garante. Obligación de reparar el daño causado a una persona, sea por culpa o por infracción a la ley penal. Sea por ciertos casos determinados en la ley, por el riesgo resultante de la actividad del responsable, etc. Expresión empleada para designar la responsabilidad por el hecho ajeno en razón de que la persona responsable, no puede, en principio ser obligada penalmente, ejemplo, el padre es civilmente responsable por los actos de su hijo menor de edad. Responsabilidad en que incurren a la vez el autor del daño y la víctima, en razón de su respectiva culpa. (185).

Otro de los diccionarios con cierto prestigio dice al respecto de este vocablo de nuestro estudio, lo siguiente: Responsabilidad. Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado, deuda, deuda moral, cargo de conciencia por un error, deber de sufrir las penas establecidas por los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa, capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.

En el mundo jurídico. El concepto de responsabilidad, y más aún, su realización cabal, integra fundamental pieza en --

(185) Henri, Capitant. Vocabulario Jurídico, 8a. reimpresión, Editorial Depalma, Buenos Aires (Argentina), 1981, p. 489.

las relaciones humanas y para restablecer la estricta equidad en lo patrimonial y de discernimiento retributivo acorde con la conducta humana, especialmente en sus manifestaciones negativas. De borrar la responsabilidad, la convivencia humana retrocedería a las expresiones más crudas del salvajismo y representaría el impunitismo frente a las culpas graves y a las mayores perfidias.

Por mezclar las expresiones materiales del mal y las intangibles de las causas anímicas por fatalidad, descuido o maldad, la ecuación jurídica que de la responsabilidad deriva es de las más discutidas en el planteamiento y en la consecuente solución.

Responsabilidad Penal.- La que se concreta en la aplicación de una pena por la acción ó omisión dolosa o culposa del autor de una u otra. Es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad vedada, de voluntariedad presunta (una vez demostrada la relación de causalidad entre el ejecutor o inductor y el resultado) y de orden público.

Articulación.- En el repertorio clásico se concretaban ya alguno de esos principios. Así se expresaba: "Nemo punitur -- pro alieno delicto" (a nadie se castiga por delito ajeno). Leyes de fondo y de forma lo garantizan así, aunque resulte a veces insuperable la situación proveniente de un error judicial, resultado de equívocas circunstancias, en ocasiones provocadas por el -

mismo condenado, por falsas confesiones para favorecer al auténtico responsable.

El personalismo de la sanción se proclama en estos términos: "Delicta suos teneant auctores" (respondan de los delitos sus autores). El laconismo no impide que por "autores" deba interpretarse todos los implicados; y de ahí, también los cómplices y encubridores. La máxima tiende a resguardar, contra un criterio imperante en otros tiempos, a la descendencia de los autores, en una transmisión equivalente a la que rige en el orden civil con la sucesión en las obligaciones no personalísimas; si bien en este orden jurídico no existe esa transmisión, si se advierte que, de situarse los sucesores en el terreno de la aceptación a beneficio de inventario, evitan tal eventualidad, que afecta entonces sólo a los bienes relictos.

Extinción.- Tal responsabilidad cesa en estos casos: -

- 1o.- Por la muerte del reo.
- 2o.- Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.
- 3o.- Por el cumplimiento de la condena.
- 4o.- Por indulto.
- 5o.- Por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos que no puedan dar lugar a procedimiento de oficio.

6o.- Por la prescripción del delito.

7o.- Por la prescripción de la pena (extinción de la acción penal; prescripción de la pena y del delito; responsabilidad criminal. (186)

(186) Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 18a. edición, editorial, S.R.L., Buenos Aires 1981. p.p. 191-200.

4.6 TIPOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

Hablando de los juicios de responsabilidad penal, trataremos primeramente en el orden jerárquico de la responsabilidad de los funcionarios o servidores público que en el ejercicio de sus funciones cometen actos que son clasificados como delitos, y es precisamente en donde caen en responsabilidad penal.

Responsabilidad de los servidores públicos.- El texto Constitucional anterior a la reforma de 1982 al reglamentar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos, hacía la distinción entre delitos oficiales y delitos comunes.

Para los altos funcionarios acusados por la comisión de delitos oficiales, procedía el juicio político, esto es, la Cámara de Senadores, erigida en gran jurado, conocía del caso, previa acusación de la Cámara de Diputados que asumía el papel de fiscal. Tratándose de delitos no oficiales, se requería que la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta del número total de sus miembros, privara del fuero al alto funcionario, quien por ese sólo hecho quedaba separado de su encargo y sujeto, desde luego, a los tribunales ordinarios competentes.

Los preceptos Constitucionales vigentes, en su Título Cuarto, ya no hacen el distinguo entre delitos oficiales y comu--

nes; aquí el juicio político se reserva, para la responsabilidad política quedando sujetos al mismo, otros servidores públicos de menor jerarquía. Los artículos constitucionales que reglamentan los relativo a las responsabilidades políticas, administrativa y penal son: 108, 109, 110, 111, 112, 113, y 114. (187)

Responsabilidad Política.- De conformidad con lo dispuesto en la fracción I, del artículo 109 de la Constitución, se sancionará, mediante juicio político, a los servidores públicos a que se contrae el precepto siguiente, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

Artículo 110 de la Carta fundamental "podrán ser sujetos de juicio político los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el titular del organo u órganos del gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circu

(187) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 116.

to y jueces de Distrito, los Magistrados y jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Directores Generales, o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Los Gobernadores de los Estado, Diputados Locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las Leyes Federales que de ellas emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales; pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, -- empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento --

respectivo y con audiencia del inculpado.

Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, el gida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado.

Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables. (188)

Responsabilidad Administrativa.- Sobre la responsabilidad administrativa de los funcionarios nos habla el artículo 113 de la Constitución en comento; "las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus --- obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los - actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensiones, destitución é inhabilitación, así como en sanciones económicas y deberán es-

(188) Fernández. Editores. Constitución Política de los Estados - Unidos Mexicanos, edición comentada. Lic. Margarita Sordo - Ruiz, México, 1994. p. 45.

tablecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados. - (189)

Responsabilidad Penal.- La responsabilidad por delitos cometidos durante el tiempo del encargo por cualquier servidor público, será exigible de acuerdo con los plazos de prescripción consignados en la ley penal, que nunca serán inferiores a tres años. Los plazos de prescripción se interrumpen en tanto el servidor público desempeña alguno de los encargos a que hace referencia el artículo 111.

La ley señala los casos de prescripción de la responsabilidad administrativa tomando en cuenta la naturaleza y consecuencia de los actos y omisiones a que hace referencia la fracción III del artículo 109. (190)

Castellano Tena, con fines didácticos señala tres categorías de funcionarios que respondan por sus actos y omisiones -

(189) Fernández, Editores. Ob. Cit. p. 46.

(190) Idem. p. 46.

cometidos en el ejercicio de sus funciones y los señala de la siguiente manera:

Primera categoría.- La integran los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, el Jefe del Departamento del Distrito Federal, el Procurador General de la República y el Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Segunda categoría.- La constituyen los gobernadores de los Estados, Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados, quienes son penalmente responsables por delitos federales.

Tercera categoría.- Para esta tercera categoría solamente se incluye al Presidente de la República por las características de su investidura y por los delitos que pudiera ser acusado en términos del artículo 109 constitucional, al igual que el 110 y 111. (19)

La responsabilidad es la situación jurídica en que se

(19) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p.p. 118-120.

encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado.

Existe cierta confusión respecto a lo que en Derecho Penal debe entenderse por responsabilidad. No pocas veces se utiliza el vocablo como sinónimo de culpabilidad; también suele equipararse a la imputabilidad. En verdad tiene acepciones diversas. En un sentido, se dice que el sujeto imputable tiene obligación de responder concretamente del hecho ante los tribunales.

Con esto se da a entender la sujeción a un proceso en donde resultar condenado o absuelto, según se demuestre la concurrencia o exclusión de antijuricidad o de culpabilidad en su conducta. Por otra parte se usa el término responsabilidad para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a Derecho, si obró culpablemente, así los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva. La responsabilidad resulta, entonces, de una relación entre el sujeto y el Estado, según la

cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la Ley a su conducta. (192)

A este respecto dice Villalobos en cuanto a la imputabilidad y responsabilidad; si la imputabilidad es capacidad de obrar con discernimiento y voluntad, y capacidad por tanto de ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas culpablemente, su corolario inmediato es la responsabilidad como obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos. (193)

A este respecto Jiménez de Asúa señala, aún con nombre distinto al que nosotros le damos al Ministerio Público, él dice lo siguiente:

La responsabilidad del representante de la sociedad.- Se pueden imponer sanciones penales a las personas que obran en calidad de organo o de representante de un tercero; lo hace ya así el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 11.

Pero sería inconcebible decir que las personas físicas que actúan por cuenta de una persona moral, son cómplices.

(192) Castellanos Tena, Fernando. Ob. Cit. p. 219.

(193) Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. p. 288.

Si hemos demostrado que la persona jurídica no puede ser autor de un delito, no es posible decir que el agente físico que la representa sea su cómplice, pues como observa Bockelmann en su Rapport, tantas veces invocado allí donde no existe autor, no puede haber cómplice. (194)

Con sobrada razón este jurista critica la defectuosa redacción del artículo 11 de nuestra legislación penal del Distrito Federal, cuando dice que la persona física representante de una institución se sirva de los medios que ésta le proporciona y todavía como consecuencia la sentencia del juez podrá decretar la disolución de la institución, aquí el legislador no tomó en cuenta que puede ser una institución gubernamental.

En conclusión al hablar de los tipos de responsabilidad penal a los que hemos aludido podemos decir que de acuerdo a lo que se ha asentado respecto de lo que se debe de entender sobre responsabilidad, es lógico dejar señalado de que todos los actos de nuestra vida en cuanto tengamos capacidad de querer y entender, cuando no estén realizados conforme a las reglas jurídicas establecidas o conforme a los principios de equidad, se

(194) Jiménez de Asúa, Luis. El Criminalista, segunda serie, Tomo IV, Editorial Victor P. de Zavala, Buenos Aires 1960, p.p. 214-215.

caerá en responsabilidad penal, ya sea en materia civil, labo--
ral, crediticia, profesional, paterno, marital, etc.

GENERALIDADES

El delito de adulterio es un hecho y se sitúa en el mundo de la facticidad; por tanto su contenido es riguroso fáctico. A diferencia de la norma jurídica penal, que es general, abstracta y permanente, el delito es particular, concreto y temporal, porque es obra de sujetos o sujeto individualmente determinados; concreto porque es un hecho determinado; y temporal por estar limitada su realización a un momento o lapso plenamente de terminado.

Nos proponemos hacer estas consideraciones para dejar establecido nuestro pensamiento y nuestra posición respecto de este delito clasificado jurídica y sociológicamente como delito sexual, bien sabemos que al hablar del sentimiento del honor en nuestra época actual, si no es peligroso, si un tanto difícil -- por las características esenciales de nuestra sociedad, tomando en cuenta sus costumbres, tradiciones, religión y formación cultural, etc.

El adulterio visto en una sociedad como la nuestra es una especie de ofensa, menoscabo, agresión a la persona en su honor, en su fama o reputación del cónyuge inocente. En nuestra legislación positiva, constituye o no, una agresión al honor el delito de adulterio, para llegar a una conclusión, es preciso --

establecer qué debe de entenderse por honor; (ya que el fundamento de esta tesis se finca sobre el aumento de castigo al que comete adulterio fuera del domicilio conyugal por considerarlo lesivo a todo sentimiento de honor y fama del cónyuge inocente, tomando en cuenta todas las alternativas de comisión de dicho delito para proveer y salvaguardar precisamente dicho honor, -- así como la repercusión a los hijos menores.

No hay en nuestra legislación una noción jurídica del honor, de haberla el problema fundamental estaría resuelto de ante-mano por la misma noción que se consignara en la ley, facilitándose así para el juzgador analizar la gravedad.

Como siempre en la legislación penal mexicana se usa la palabra honor, sin darnos una definición, ni un contenido -- para ella. Así pues, para interpretar el alcance y espíritu de la ley, cuando usa la palabra honor, hay que recurrir forzosa y necesariamente a la noción social del honor, al sentimiento del honor, existente en la sociedad para la cual rige la ley.

Los artículos que hablan de honor en el código penal para el Distrito Federal son los siguientes:

Art. 282.- Fracción I, "al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un daño en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo".

Artículo 327.- Fracción I, que no tenga mala fama;

Artículo 332.- Fracción I, que no tenga mala fama;

Artículo 350.- "La difamación consiste en comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física o persona moral, en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que puede causarle deshonor, descrédito perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien".

Atento al contenido de los artículos citados encontramos que la intención del legislador al hablar de honor es en sentido de la honra y por esta entendemos; estima y respeto sociales merecidos por la honestidad escrupulosa de la dignidad personal.

Por mala fama se entiende lo siguiente:

El diccionario da las siguientes acepciones de la palabra fama: "Voz pública, rumor general, conocimiento o noticia co-

mún. Concepto general, modo de pensar del mayor número con respecto a determinada persona. Opinión pública respecto de la existencia de un sujeto, de su arte o de su profesión".

"Entiéndese por fama pública dice Caravantes, la común - opinión o creencia que tienen todos la mayor parte de los vecinos de un pueblo acerca de algún hecho, afirmando haberlo visto u oído referir a personas ciertas o dignas". En esta definición se -- juntan dos cosas, el concepto mismo de fama pública y su prueba. Rafael de Pina en su tratado de las pruebas, la define "como un - estado de opinión sobre un hecho que se prueba mediante el testimonio de personas que la ley considera hábil para este efecto". (195)

De lo transcrito se deduce que la opinión generalizada en el aspecto positivo favorece al individuo y del aspecto negativo lo perjudican por tal razón la mala fama de que hablan los artículos citados serán aquellos que tiendan a perjudicar al individuo.

Nuestra legislación penal no define el concepto de honor y no hay otro cuerpo legal que la defina.

En tal virtud, estamos frente a una noción puramente -- formal que reclama un contenido; este contenido tiene que ser la noción, el sentimiento del honor, existente en la sociedad mexi--

(99) Pallares, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Edit. Porrúa, - S.A., México, 1970. p.p. 263-264.

cana a quienes se aplica este cuerpo de leyes.

Sentido gramatical de la palabra honor.- "El honor es - la cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a los familiares, personas y acciones mismas del que se la granjea. Honestidad y recato en las - mujeres y buena opinión que se granjea con estas virtudes" (197)

Honra.- Frecuentemente se confunde el honor y la honra. Esta última constituye como ya apuntamos, la estima, consideración y respeto sociales, que merece la honestidad escrupulosa de nuestra dignidad personal, y así por actos deshonorosos se entiende la desconceptualización de esta última consideración y respeto que nuestra propia dignidad merece en el ánimo de nuestros semejantes, mediante la realización de actos ilícitos o inmorales.

Al efecto me permito citar las siguientes: Jurisprudencia sobre el concepto de honor:

4a. Corte Penal de México.- No debemos atribuir el con-

(197) Enciclopedia Universal Ilustrada. Espasa Galpe, Madrid, 1970. S/N.

concepto que sobre el honor tengan los juristas, los filósofos o los poetas, sino el honor concebido por el medio en que se ha vivido, el concepto tradicional. Entre lo mucho que nos trajo la dominación española, del honor del Hidalgo, concepto que hemos -- hecho nuestro y que a despecho de las leyes, no desterramos nunca; el concepto social del honor reflejado por la prensa y por -- la opinión pública..." (198)

6a. Sala del Tribunal de Justicia del Distrito Federal.
 "El concepto del honor es variable no sólo de una época a otra y de un país a otro, sino de un mismo medio social, ya que existe -- el honor militar, distinto del civil, el honor caballeresco, del que habla el fallo recurrido, el honor religioso..." además el -- concepto del honor depende más de la opinión de los otros individuos que forman el conglomerado social, que del mismo sujeto, y -- por los actos propios y no por los ajenos". (199)

8a. Corte Penal del Distrito Federal, "tratándose del -- honor, que es intrínseca y subjetivamente, una cualidad moral resultante del cumplimiento de nuestros deberes respecto de los demás y de nosotros mismos y extrínseca y objetivamente la buena -- opinión que nos conquista en los demás nuestras virtudes". (200)

(198) Anales de Jurisprudencia, Tomo IV, p. 228. 30 de diciembre -- de 1933.

(199) Anales de Jurisprudencia, Tomo VII, p. 502. 19 de octubre de 1934.

(200) Anales de Jurisprudencia, Tomo II, p. 183. 17 de marzo de -- 1932.

7a. Sala de Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, "ahora bien el honor no es un concepto preciso y definible sino esencialmente espiritual y mudable. No sólo cubre la reputación, sino como en el presente caso todos los bienes jurídicos y morales que tienen relación con la idea social del honor: el nombre de los hijos, la integridad del hogar, el respeto a la mujer propia, el derecho al amor y a la estabilidad conyugal", (201)

6a. Corte Penal, Ciudad de México, "agresión a su honor, el cual evidentemente tiene un doble aspecto, puesto que consiste, desde el punto de vista intrínseco y subjetivo, en el conjunto de virtudes morales que consurren en un individuo; y desde el punto de vista objetivo social, en el respeto, la estimación y las consideraciones que el medio social tiene para el hombre que reúne aquellas cualidades". (202)

Por otro lado, tocando el mismo tema, entra en juego la moral y la psicología, desde el punto de vista moral y psicológico, pudieramos decir filosófica, y así vemos que tanto la moral como la psicología determinan el origen, evolución y deformaciones del sentimiento del honor.

(201) Anales de Jurisprudencia, Tomo II, p. 151. 20 de septiembre de 1932

(202) Anales de Jurisprudencia, Tomo VII, p. 626. 1934.

Se trata precisamente de un sentimiento de índole compleja en el que entra por un lado el elemento subjetivo, íntimo y personal de los individuos y otro objetivo, o sea, la consideración o estima de los demás y el concepto que estos tengan de la dignidad personal.

Hay profesionistas que analizan el tema de una manera más minuciosa diciendo que la mujer sufre las consecuencias más graves porque en esta sociedad el honor masculino se ha convertido en la dominación de la mujer. De esta manera, cualquier relación extra-conyugal se convierte en una injuria al marido, a su familia y al honor de su nombre. No solo se traiciona el amor sino también el orgullo y el prestigio social.

La sociedad ha considerado adulterio esencialmente el hecho de que la mujer casada engañe a su marido; todas las leyes y sistemas sociales favorecen al hombre y son indulgentes con él. Alegan que condenar más el adulterio femenino es una forma de defender la unidad de la familia, porque la mujer no tiene que reconocer los posibles hijos que el marido tuviera en una relación extramatrimonial y sin embargo, los que hubiera como consecuencia del adulterio de la esposa quedarían en su casa.

Pero no cabe duda de que todo esto es esencialmente para mantener la propiedad privada del marido sin mancha (203)

(203) Lopez J. Ibor. Porqué la infidelidad; editorial Universo, Biblioteca -- básica de educación sexual. Madrid, 1978, p. 47.

CONCLUSIONES

1.- Del contenido de la palabra Derecho y ramas que la conforman se desprende que la humanidad en el transcurso de los tiempos se ha transformado en forma sorprendente hasta nuestros días y se ha llevado consigo la evolución del sistema jurídico, extendiéndose por todo el planeta que le ha servido para su convivencia armónica y social, al mismo tiempo que se ha perfeccionado su mecanismo ajustándose al modo de ser de cada sociedad y por lo mismo no se ha dado una definición universal, porqué cada sociedad vive en sistemas jurídicos muy diferentes, poseen diversos grados de adelanto en cuanto al conocimiento de las cosas y de sus causas y en general del mundo entero.

2.- Por lo que respecta a la eficacia del derecho penal los criterios jurídicos modernos han modificado, desde el nombre -- hasta la definición, pensamos que esto no tiene gran importancia y trascendencia para la finalidad de su objetivo sino que la efectividad radica precisamente en la protección de los bienes primarios que tutela. Las conductas antisociales que transgreden las leyes penales, son clasificadas como conductas delictivas constitutivas de delitos, y en éste género también existen discrepancias de penalistas y en ello tienen razón en cuanto exponen que el delito está íntimamente liga-

do al mundo circundante de cada sociedad, prueba de esto es que en diferentes regiones existen actos humanos que un lugar son constitutivos de delitos y en otros no, en la República Mexicana hay Estados en donde se castigan ciertas conductas calificadas como delictivas, en cambio en otros, las mismas conductas no son castigadas; prueba de ello tenemos - al delito de nuestro estudio "el adulterio" que ha desaparecido de algunos Códigos Penales.

- 3.- El delito de adulterio definido tanto en el diccionario como por la doctrina, como la profanación del lecho conyugal, violación de la fe conyugal cometida corporalmente y a sabiendas, viciar, falsificar, corromper, mezclar, en fin todo aquello que va encaminado a destruir la unión del matrimonio.

En la Roma antigua el adulterio de la mujer se castigaba con la pena de muerte, pero en el curso de los tiempos esta pena fué variando por la de destierro, relegación, y penas más atenuadas; al igual que en Francia y España la mujer corrió la misma suerte.

- 4.- En México en su primera etapa de vida, existió un sistema jurídico para castigar la infidelidad de la mujer con pena de muerte, misma que trascendía a toda la familia; durante el - coloniaje los pueblos sometidos quedaron relegados a su condición de esclavos, lo que se ha llegado a conocer acerca de

el sistema jurídico del pueblo Mexica, es gracias a las más fuertes sociedades existentes en esos momentos, que fueron los Aztecas, los Mayas y los Tarascos, quienes sufrieron serios descalabros en su vida cotidiana, costumbres, religión, sistema jurídico, etc., prevaleciendo el derecho de los más fuertes que eran los conquistadores; más tarde la recopilación del sistema jurídico de esa época fué codificada y hoy la conocemos con el nombre de leyes de Indias.

5.- Durante el México independiente, de 1810 en adelante se empieza a estructurar el sistema jurídico de la nación naciente como estado independiente, así tenemos la Constitución de Morelos, la de Don Guadalupe Victoria de 1824, La Centralista de Don Antonio López de Santa Anna, pero un cuerpo de leyes que reglamentara los derechos familiares no se había dado, fué hasta 1828 que por primera vez en la República se dió a conocer un Código Penal con deficiencias y que en muchos casos se remitía a las Leyes de Indias.

El segundo ordenamiento penal en que por primera vez se tipificó el delito de adulterio fue el expedido en el Estado de Veracruz en el año de 1835, que tuvo vigencia hasta 1869. El tercer ordenamiento en el orden cronológico lo ocupa el Código Corona de 1868, también en el Estado de Veracruz, tutelando en forma más amplia a la familia castigando más severa

mente la infidelidad conyugal, el cuarto ordenamiento penal en México es el año de 1871 conocido como Código de Martínez de Castro, conocido así en honor a su presidente de la comisión redactora, fue inspirado en el código español, habló -- del delito de adulterio sin llegar a la definición, sólo señala la pena. El Código del Distrito Federal de 1929, adolece de los mismos defectos que el anterior sin llegar a concretar su objetivo.

El Código penal actual para el Distrito Federal de 1931, en su larga existencia de 64 años de vigencia ha dado muchos -- frutos pero también ha conservado sus errores durante todos esos años como en el caso del delito de adulterio.

6.- Tres han sido los intentos por modificar la ley penal del -- Distrito Federal hasta la fecha, la primera en 1949, cuando se elaboró un primer proyecto, que sólo quedó en eso, el segundo proyecto en el año de 1958, en este proyecto el legislador definió el delito de adulterio diciendo..." Realiza -- adulterio el que siendo casado tiene relación sexual con persona distinta a su cónyuge..." pero dicho proyecto con todo y sus reformas se archivó sin ver la luz pública.

Tercer proyecto.- Es el año de 1963, dicho proyecto no fue -- para reformar el código penal, sino elaborar un nuevo código penal para que rigiera en toda la República Mexicana, llama-

do Código Penal Tipo, con miras a terminar todos los inconvenientes y trabas para aplicar una sola legislación penal a la impartición de la Justicia pronta y expedita como lo manda la Constitución General.

En este tercer proyecto se suprime el tipo penal del delito de adulterio y refiere sus redactores en la exposición de motivos que queda suprimido dicho delito porque se basa en la naturaleza de la conducta realizada y no en el bien jurídico tutelado.

También este proyecto se archivó, y sigue rigiendo el Código Penal de 1931 hasta la fecha.

- 7.- Las leyes, la doctrina y la jurisprudencia han dejado asentado que el tipo penal es la creación legislativa o sea la descripción que el legislador hace de las conductas humanas en los preceptos penales; ya hemos dejado establecido en páginas anteriores que no toda conducta es delictiva, sino sólo aquellas que se amoldan o sea el encuadramiento de la conducta prevista en las leyes penales (tipicidad).

Queda de manifiesto el precepto que rige al tipo penal "nullum crimen sine lege" no hay delito sin antes no existe una ley que sanciones a la conducta lesiva de intereses, por tan

to la sanción debe de ser un elemento del tipo, aun cuando - existen excepciones a la regla al igual que la conducta.

8.- Los elementos formales que encuadran al delito de adulterio, son precisamente; el contenido en la norma penal, y particularmente: a) un adulterio, b) cometido en un domicilio, c) que dicho domicilio sea el domicilio conyugal, d) o que haya escándalo, la jurisprudencia ha sostenido que para comprobar - el citado delito basta la prueba presuntiva y para tener por satisfecho el elemento del escándalo, basta con que el adúltero abandone el domicilio conyugal.

9.- Hay delito que dada su naturaleza, no basta la simple descripción de la norma, sino que se requiere de una valoración por parte del juzgador como en el caso de la reparación moral en que no se puede decir una cantidad tasada, es necesario e indispensable que el juez haga una valoración subjetiva, es decir hacer intervenir elementos psíquicos.

El delito de adulterio se clasifica entre los especiales por que se integran con el tipo fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta, como afirma el maestro Castellanos Tena, el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos, en esa virtud, el delito debe - de contener elementos subjetivos y si es así, se está en pre

sencia de un tipo anormal, es decir se debe de hacer una valoración o ya sea cultural o jurídica como en el caso del delito de estupro.

10.- Las modalidades o formas de comisión del ilícito de adulterio, según la descripción de la ley, puede ser en el domicilio conyugal o con escándalo, según el artículo 273 del código penal del Distrito Federal que admite dos posibilidades, una en el domicilio conyugal, la otra a que se realice un escándalo, pero la jurisprudencia ha establecido al respecto que comete adulterio cuando una persona viole la felicidad conyugal, se entiende que debe de ser por uno de los esposos.

11.- A la fecha, varios estados de la Unión Federal contemplan en sus Códigos Penales el delito de adulterio en circunstancias idénticas al del Distrito Federal, por lo que pensamos que tomaron como modelo dicho ordenamiento ya que contienen la misma redacción.

En cuanto a tipo se refiere y por la fecha de expedición el del Distrito Federal fue primero dentro de los estados que contemplan dicho ilícito; Hay otro grupo de estados en que se hace variar la penalidad, pero en forma mínima.

Existe un tercer grupo de estados en que o bien han abrogado de su legislación penal el delito de adulterio, o bien nunca

legislaron sobre ello, debido a que tal no se presentaba con frecuencia por causas o circunstancias especiales como el caso de aquellos Estados que observan una gran influencia religiosa.

12. Del análisis del domicilio se desprende que proviene de la palabra latina Domicilium, palabra derivada de Domus (casa) por consiguiente es de concluir que todo animal viviente, aquí incluimos al humano, por regla general, sin excepción alguna vive o habita en un lugar determinado, desde el hombre cavernario hasta el de los tiempos actuales, es aquí en donde los --doctrinarios confunden habitación y residencia, pero todo viene a concluir que es el lugar donde las personas habitan con carácter permanente o transitorio, observándose a la vez que una persona de acuerdo a nuestra legislación civil, tiene varios domicilios, pero para efecto de la ley penal, es aquél - en donde la persona habita con su mujer e hijos, y es llamado, domicilio conyugal.

13. Pensamos dada la circunstancias pasadas, presentes y futuras que, analizando el artículo 273 del código penal del Distrito Federal que tipifica el delito de adulterio, presentando como hemos apuntado cierta irregularidad o mala redacción del tipo penal, al dejar una enorme laguna al castigar algo que no describe ni explica que cosa es, razón que hace necesario que desaparezca del ordenamiento citado el término Domicilio conyugal, ya que como elemento del tipo es más perjudicial para la actuación jurídica y la pronta expedición de la justicia, sobre todo a la protección del núcleo familiar.

14. Existe una razón poderosa jurídicamente para que nuestra legislación penal tutele de manera eficiente a la familia y sobre todo a la protección de los hijos menores de edad, pero es indispensable que el término domicilio conyugal desaparezca, no solo como elemento del delito de adulterio, sino que también desaparezca como medio de prueba desde el punto de vista penal ya que se dice que puede haber adulterio fuera de la casa conyugal y no haber escándalo, y en este supuesto no se estaría a lo previsto por lo dicho en el artículo 273 del ordenamiento penal del Distrito Federal.

15. La supresión del término domicilio conyugal para los fines del Derecho Penal, en especial del artículo 273 del código invocado, si hacemos intervenir los aspectos de la moral familiar, entendiéndolo como tales a aquellos principios encaminados a realizar el bien en todos los aspectos, se llega a un punto en que cuando uno de los cónyuges traspasa los umbrales de la ciencia jurídica y al darse cuenta la familia de tal ilícito, por simples elementos de forma, no es posible castigarlo; los principios morales de la familia e hijos, así como las buenas costumbres se resquebrajan y la sociedad va cambiando sus hábitos por el simple hecho del contagio social, las costumbres, los usos sociales, que más tarde alcanzan el rango de ley.

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

O B R A S

- 1.- Acosta, F. Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales, - H. Kelsen, versión México, 1943.
- 2.- Bernaldo de Quiroz. Los procesos contra las bestias en alrededor del delito y la pena. Madrid, 1903.
- 3.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1967.
- 4.- Colín A. y Capitant H. Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de Demófilo de Buen, Tomo I, Editorial Reus Madrid, - 1950.
- 5.- Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal I. Editorial Bosch, Barcelona (España) 1968. 3a. Edición.
- 6.- De la Cueva Mario. Derecho del Trabajo I., 2a. Edición, México, 1970.
- 7.- De P. Moreno, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1970.
- 8.- Enciclopedia Ilustrada Danae. Barcelona (España) 1976.
- 9.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomos I, III, VI y IX, Buenos Aires, 1966.
- 10.- Enciclopedia Universal Ilustrada, Espasa Galpe, S.A., Madrid, 1970.

- 11.- Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones del Curso de Derecho -- Civil Primer Curso, Tomo I.
- 12.- García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México, 1968.
- 13.- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México, 1969.
- 14.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1970.
- 15.- Henri Capitant. Vocabulario Jurídico 8a. Edición, Buenos Aires, 1981.
- 16.- Jiménez de Asúa, Luis. El Criminalista. Buenos Aires, 1960.
- 17.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Buenos Aires, -- 1972.
- 18.- Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal II, Buenos Aires 1957.
- 19.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985.
- 20.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, Editorial antigua librería Robledo, México, 1963.
- 21.- Jiménez Huerta, Mariano. La Conducta Humana. Revista Jurídica Veracruzana, tomo IV, No. 6. Universidad Veracruzana.
- 22.- Jiménez Huerta, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A., México, 1955.

- 23.- Lassalle, Fernando. ¿Qué es una Constitución?. Introducción de Franz Mehring, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, 1963.
- 24.- Leyes Penales Mexicanas No. 1. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1978.
- 25.- Leyes Penales Mexicanas No. 2. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.
- 26.- Leyes Penales Mexicanas No. 4. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980.
- 27.- López J. Ibor. ¿Porque la infidelidad?. Editorial Universo, Biblioteca Básica de Educación Sexual, Madrid España 1978.
- 28.- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal I, Bogotá (Colombia), 1954.
- 29.- Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo IV, Editorial Temis, Bogotá 1955.
- 30.- Mendieta y Núñez, Lucio. Introducción al Estudio del Derecho - Agrario, revista de jurisprudencia, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, abril de 1943.
- 31.- Ortiz Urquidi, Raúl. Oaxaca, cuna de la codificación Iberoamericana. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.
- 32.- Palmero, Arturo. Enciclopedia Jurídica: Editorial J. Balleca y Cía. Suc. México, 1919.
- 33.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. - Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- 34.- Porte Petit, Celestino. Evolución Legislativa Penal en Méxi--

co, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1965.

- 35.- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Nacional. México, 1966.
- 36.- Pugliattis. Introducción al Estudio del Derecho Civil, traducción de Vázquez del Mercado, 2a. edición, México, 1943.
- 37.- Puig Peña F. Introducción al Estudio del Derecho Civil y Foral. 2a. edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1942.
- 38.- Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S.A., México, 1968.
- 39.- Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General, - 4a. Edición, Editorial, Porrúa, S.A., México, 1983.

R E V I S T A S

Criminalia, noviembre 30, México, 1960.

Criminalia, año X, No. 12; Análisis de la Figura Delictiva.

Criminalia, año XVIII, junio de 1952, el delito como conducta.

D I C C I O N A R I O S

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 18a. edición, Editorial S.R.L., Buenos Aires, 1981.

Diccionario Cultural Junior, Tomo III, Madrid, 1980.

Diccionario Enciclopédico. Buenos Aires, 1985.

Diccionario Enciclopédico Larousse. Editorial Larousse, Buenos Aires, 1985.

De Pina Vara, Rafael. Diccionario Penal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, S.A., México, 1970.

Diccionario Jurídico Omeba, Tomo I, VI, IX.

Diccionario Enciclopédico, Hispano Americano.

L E G I S L A C I O N

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Fernández Editores, México, 1994.
- 2.- Código Penal Anotado del Distrito Federal. De Raúl Carrancá y Trujillo. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p.p. 1029.
- 3.- Código Civil del Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A., México, 1977.
- 4.- Nueva Ley Federal del Trabajo, comentada por Alberto Trueba - Urbina y Jorge Trueba Barrera. Editorial Porrúa, S.A., México, 1970.
- 5.- Anales de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia -- del Distrito Federal. Tomos II, IV, VII.

- 6.- Ley Federal sobre derecho de autor, de 29 de diciembre de --
1956.
- 7.- Ley de la propiedad Industrial, de 31 de diciembre de 1942.
- 8.- Ley General de Salud de 7 de febrero de 1984.
- 9.- Código Civil Anotado. Buenos Aires, 1945.

CODIGOS PENALES DE LOS ESTADOS

ESTADOS	AÑO DE EXPEDICION
Aguascalientes	1943
Baja California Norte	1977
Baja California Sur	1989
Campeche	1974
Coahuila	1941
Colima	1955
Chiapas	1938
Chihuahua	1971
Distrito Federal	1931
Durango	1944
Estado de México	1967
Guanajuato	1956
Guerrero	1937
Hidalgo	1940
Jalisco	1933
Michoacán	1968

Morelos	1934
Nayarit	1954
Nuevo León	1934
Oaxaca	1943
Puebla	1943
Querétaro	1932
Quintana Roo	1979
San Luis Potosí	1944
Sinaloa	1940
Sonora	1949
Tabasco	1972
Tamaulipas	1939
Tlaxcala	1957
Veracruz	1945
Yucatán	1974
Zacatecas	1966