

74
Lij



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

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

**EL ADULTERIO EN EL DERECHO POSITIVO
MEXICANO**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE JUAN DELGADILLO QUINTERO



ACATLAN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



1997



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I EL MATRIMONIO

1.- EVOLUCION Y CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO	1
2.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	10

CAPITULO II

EL ADULTERIO

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS	18
2.- LA REGULACION DEL ADULTERIO EN OTROS PAISES	26
3.- REGULACION DEL ADULTERIO EN ALGUNOS ESTADOS DE LA REPUBLICA	28
4.- EL ADULTERIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	31
5.- EL ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	36

CAPITULO III

INCORRECTA UBICACION DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1.-DELITOS SEXUALES	39
2.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES	40

CAPITULO IV

CAUSAS DEL ADULTERIO

1.-CAUSAS FISIOLOGICAS	44
2.-CAUSAS PSICOLOGICAS	48
3.-CAUSAS SOCIALES	48

CAPITULO V

AUSENCIA DE DEFINICION DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

1.-CONCEPTO, FINALIDAD Y LIMITES DEL DERECHO PENAL	50
2.-TEORIA GENERAL DEL DELITO	55
3.-PRINCIPIO Y GARANTIA DE LEGALIDAD	68
4.-EL ADULTERIO COMO DELITO Y SUS ELEMENTOS	73
4.1 EL ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE ADULTERIO	74
4.2 EL DELITO DE ADULTERIO	75
4.3 CUERPO DEL DELITO DE ADULTERIO CON ESCANDALO	75
4.4 DELITO DE ADULTERIO	76
5.- ATIPICIDAD DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	80.
5.1. ADULTERIO	81
5.2 ¿ QUE SE ENTIENDE POR ADULTERIO ?	82
CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFIA	87

INTRODUCCION

La finalidad de esta Tesis es el proponer una definición para el delito de adulterio en nuestro Derecho Positivo Mexicano, ya que no se establece claramente por nuestra legislación en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, limitándose a penalizar su realización, no proporcionándose un tipo penal que lo describa, acarreado esta omisión una violación al Principio de Legalidad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No es posible tratar tema tan delicado como es la figura jurídica del adulterio sin estudiar antes a la institución del matrimonio, su evolución, concepto, naturaleza jurídica y efectos que produce; una vez estudiado y entendido el matrimonio podemos avocarnos al tema del adulterio, desde sus más remotos inicios históricos hasta llegar a la regulación que sobre este realiza el Código Civil para el Distrito Federal y Estados de la República Mexicana, así como diversos países.

Por lo que el objetivo de este trabajo es el proponer la reubicación del delito de adulterio en el Código Penal para el Distrito Federal, ya que las razones que a continuación se expondrán tratarán de demostrar que su actual ubicación es incorrecta, ya que toda vez en el capítulo IV de este trabajo se explicarán algunas causas fisiológicas, psicológicas y sociales que son de consideración para la verificación de este ilícito.

Por último se tratará el tema relativo a la ausencia de definición del delito de adulterio en el Código Penal para el Distrito Federal, la atipificación y violación al Principio de Legalidad que entraña su actual punición, explicando en que consiste este principio.

CAPITULO I

EL MATRIMONIO

1.- EVOLUCION Y CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO

Al inicio de este trabajo se hará una breve síntesis sobre la evolución que ha sufrido el matrimonio a través del tiempo y del espacio.

En este trabajo se dará a conocer la evolución del concepto del matrimonio, de acuerdo con las características que hoy se presentan, por la necesidad de la sociedad y su evolución que como consecuencia va creando normas para regular la conducta externa de acuerdo a las circunstancias del momento, por ese motivo y razones circunstanciales del momento, el matrimonio presenta esas características y antecedentes de razas, culturas, religiones y lugares existentes sobre la tierra, en el cual muchos tratadistas del tema coinciden y señalan en grandes etapas históricas de su evolución de las que mencionaremos algunas:

- a).- La promiscuidad primitiva.
- b).- El matrimonio por grupos.
- c).- El matrimonio por raptó.
- d).- El matrimonio por compra.
- e).- El matrimonio consensual.

Me he permitido hacer una somera descripción de estas etapas:

A).- LA PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

En los orígenes de la humanidad se presenta la Promiscuidad Sexual, por lo que a su manera se organizaron para defenderse de los demás grupos humanos y de esa manera poder sobrevivir en un mundo en que predominaba la ley del más fuerte, por lo que no había más regulación que sus instintos, así como era la apropiación de los frutos y alimentos para poder sobrevivir, y por ese instinto se reproducían como animales y de esa manera perpetuar la especie.

Ese instinto sexual de los primitivos lo satisfacían en el momento que se presentaba ese apetito con la primera hembra que encontraban para este acto sexual, sin ningún impedimento más que el que les imponía la naturaleza, la fuerza bruta y la satisfacción de una necesidad fisiológica, por lo que había después un desconocimiento de la paternidad y que desgraciadamente por la condición primitiva y de asrreo no había necesidad de determinar la filiación de este nuevo ser.

Hay teorías contrarias que refutan la existencia de la promiscuidad sexual en las organizaciones sociales primitivas, desconociendo la paternidad, por razones de que el hombre pertenecía a esa familia y por condición natural y sentimientos humanos que les unía a la pareja, siempre estaban junto a ella por sentimientos naturales y se mantenían unidos a la pareja hasta el nacimiento y el destete del nuevo hijo, aunque estas teorías son de difícil comprobación desde el punto de vista científico, tomando como base los grupos étnicos más apartados de nuestro país y de la civilización entera. En estos grupos sociales se da el matriarcado.

B).- EL MATRIMONIO POR GRUPOS.

Derivados de acuerdo con esta etapa por el totemismo y la exogamia es donde surgen las primeras restricciones a la promiscuidad sexual, lo anterior posible por el hecho de los matrimonios por grupos colectivos. El tótem lo formaba un antepasado común por el cual todos los integrantes de esta tribu les estaba prohibido tener relaciones sexuales entre los miembros del grupo social, por lo que determinados varones tenían que salir del grupo para buscar su pareja fuera del grupo y de la misma forma lo hacían las mujeres, pero con la distinción que dichas uniones no eran individuales sino colectivas dando lugar así, a una promiscuidad sexual colectiva y como consecuencia seguía imperando el desconocimiento de la paternidad. Conforme progresa la evolución de este tipo de matrimonio colectivo se llega a la monogamia con otros incentivos como estímulos. Toda la riqueza de la tribu que consistía entre otras en herramientas, adornos y utensilios de labranzas que pertenecían al grupo social; que en el largo período de la caza al pastoreo y de la recolección de frutos silvestres a la agricultura, cuando se domesticaron algunos animales como la vaca, la cabra y se da el inicio del cultivo, es por ese hecho se apropiaron en forma privada de sus bienes desde esa época; al trasladar este concepto de elemento comunal de los bienes se da paso desde entonces a la propiedad privada; trasladando este concepto en la relación sexual, fue cuando surge la unidad familiar con ciertas restricciones en lo que cada individuo se vio obligado a cooperar más y cuidar de esa forma de las cosas de su propiedad, posiblemente dando origen por ese hecho nace en el hombre el sentido de transmitir a sus hijos estos bienes y dar paso a su manera al derecho hereditario,

y pudo ser posible el paso a la monogamia con el fin de asegurar la fidelidad de la esposa y como consecuencia la paternidad de los hijos que se aseguraba.

C).- EL MATRIMONIO POR RAPTO.

El surgimiento de este matrimonio es a consecuencia de las guerras y de los conflictos entre los pueblos por las conquistas de sus luchas externas por lo que la mujer al igual que los bienes y demás riquezas lo tomaban como botín de guerra y los triunfadores de estas guerras pasaban a ser propietarios, de este modo al marido se le consideraba como el jefe de la familia.

En estos matrimonios se determinaba la paternidad por la unión monogámica resultante del derecho de propiedad del varón sobre la mujer, lo que da lugar al régimen patriarcal.

Estas uniones también surgían porque los miembros de un grupo se organizaban para raptar mujeres de otras tribus para contraer matrimonio, produciéndose una relación determinante para la paternidad.

D).- MATRIMONIO POR COMPRA.

En estos matrimonios se fortalece definitivamente la unión monogámica de la pareja, ya que al adquirir el varón un derecho de propiedad al comprar a la mujer esta se encontraba igual que los demás miembros de la familia al poder absoluto del padre.

En este tipo de matrimonios la familia seguía la condición jurídica y social del varón en función de la autoridad del padre y la filiación que de él dependía.

E).- MATRIMONIO CONSENSUAL.

Esta forma de matrimonio es la que da origen al concepto actual de esta institución, en la que es voluntad de las partes su celebración lo que produce una relación monogámica determinante de la paternidad, constituyendo el supuesto de unión permanente entre la pareja para perpetuar la especie, en algunas épocas la unión consensual estaba influida por ideas religiosas establecidas por el Derecho Canónico o por el Derecho Positivo, que lo consideraba un contrato, independientemente de la influencia que tengan los elementos que constituyen esta institución fortaleciendo el núcleo familiar como una unidad social moderna.

Las etapas históricas anteriores, tienen en común la unión monogámica de la pareja, la perpetuación de la especie, la filiación. Para referimos al matrimonio consensual y poder definirlo con las características del Derecho Positivo Mexicano.

Difícilmente podrá encontrarse una definición universalmente válida con vigencia en cada una de las épocas, ya que existen tantas como culturas han existido para que esta institución haya llegado a su desarrollo actual se conjuntaron diversos factores para su evolución dándose por ende los conceptos siguientes:

- a).- Concepto Romano.**
- b).- Concepto Canónico.**
- c).- Concepto Civil.**

A).- CONCEPTO ROMANO.

Al referirnos a éste mencionaremos, que la cultura romana abarca grandes periodos desde su fundación (siglo VII a.c.) hasta la caída del imperio de occidente (siglo V d.c.) razón por la que encontramos que los matrimonios tienen una evolución en las etapas históricas referidas, enunciando brevemente algunas:

- 1.- Haciendo una referencia breve de la fundación de Roma, cuenta la leyenda que los romanos secuestraron a muchas de las mujeres de los Sabinos, con lo cual se inician los matrimonios por raptó a que se hace referencia con anterioridad.

- 2.- En la evolución de la cultura romana encontramos la figura jurídica "Coemptio" semejante al matrimonio por compra, y que el futuro cónyuge entrega una cantidad simbólica al padre de la novia o al ascendiente más directo, adquiriendo la mujer una participación civil y religiosa en la familia del esposo. Posiblemente el simbolismo de las arras en el matrimonio actual católico tenga su origen en la Coemptio.

- 3.- La conferratio es otra forma de matrimonio consistente en la celebración de una ceremonia con carácter social y religioso, en la que los consortes comparten una torta de trigo para simbolizar la vida en común, lo que da lugar también al matrimonio consensual; esta costumbre puede ser una reminiscencia de la celebración social que actualmente se efectúa al compartir el pastel de boda.

4.- El matrimonio consensual es antecedente del matrimonio actual, con cierta semejanza en la "Justae Nuptias" que esencialmente contiene dos elementos, el primero es el objetivo físico constituido por la convivencia de los cónyuges en comunidad, con la que se iniciaba la cohabitación. El segundo elemento es el subjetivo o espiritual, que se refiere a la voluntad de la pareja de quererse mutuamente, crear y mantener la vida en común así como perpetuar la especie humana, este matrimonio en su inicio era denominado "IN MANU" entendiéndose por esto que la mujer al ingresar a la familia del marido lo hacía junto con todos sus bienes, los cuales pasaban a poder del esposo colocándola a ella en una situación de hija.

Los efectos consecuentes eran establecer la igualdad religiosa entre la pareja; posteriormente en la república los matrimonios "In Manu" decayeron dando paso al "Sine Manu", que esta forma era la típica "JUSTAE NUPTIAS" que probablemente sea la forma de los actuales regímenes conyugales que son la separación de bienes y el de la sociedad conyugal.

Originalmente el matrimonio para los romanos no estaba regulado por el derecho, posteriormente en su lógica evolución quedó dentro del ámbito jurídico y en un momento dado fue, regulado por el **JUS CIVILE**, que establecía prohibiciones para contraerlo y los efectos posteriores a la celebración del mismo, perdiendo su vigencia la "CONFERRATIO" y la "coemptio" continuando hasta la caída del imperio romano de occidente en el siglo X en que la iglesia intervino en su regulación.

B).- CONCEPTO CANONICO.

En el concepto canónico a la caída del Imperio Romano, por la pérdida del poder civil por la intervención del registro y la celebración el matrimonio, la iglesia se adueñó por los siguientes seis siglos, dando la regulación de estos, así como los principales actos del estado civil de las personas, con sus registros parroquiales, esto ha sido a través del tiempo y sigue siendo el matrimonio consensual, por motivo de los que van a unirse y era una manifestación que tenía que escucharse ante una autoridad eclesiástica que también era testigo.

El matrimonio eclesiástico se olvidaba de los ritos romanos, pero después en el concilio de Trento, cuando se instituyó esta organización matrimonial, como un sacramento donde presentaba este vínculo que era indisoluble, dando un gran valor a sus tribunales, además para resolver los conflictos entre las parejas de matrimonio, eran los que sancionaban esta celebración, cuando se les olvidaba el cumplimiento de sus deberes como consecuencia del matrimonio, por esa forma el matrimonio canónico tomó fuerza religiosa y además civil, reconocida por el estado investida de gran solemnidad y seguida de festividades sociales como se acostumbra actualmente.

EL CONCEPTO CIVIL, se presenta hasta que se establece en la constitución francesa de 1791, teniendo como influencia en sus características por la constitución holandesa, del año de 1580, en la cual se estableció el matrimonio como un contrato civil, dando con ello a un concepto laico del mismo, lo que dió origen a una lucha entre el poder civil y el eclesiástico que fueron los que

dominaron la situación regulando el matrimonio, con influencia de ideas protestantistas de la iglesia Galicana y del Derecho Natural.

También se dió origen a una gran pugna entre otros países por la secularización de las leyes que regían esta institución tan importante en la vida civil actual, algunos consideraban injusto que dos personas que no profesaran la misma religión católica, que por tal motivo no les era reconocido su matrimonio, su unión monogámica como un acto sujeto a derechos y obligaciones reconocidas por el derecho y desde luego por el estado.

En forma parecida evolucionó en México, desde la época prehispánica en donde existía la posibilidad de que se dieran las uniones poligámicas, que consistía en la unión de un varón con varias mujeres, clasificándolas en categorías:

- 1a.- La primera esposa recibía el nombre de Chihupilli.
- 2a.- La segunda esposa era la que daba el padre y que recibía el nombre de Chihuanemaste.
- 3a.- Las esposas que se robaban o traían como trofeos de las guerras con otros grupos enemigos se les dió el nombre de Tlachusanti.

En la época de la dominación española esta institución fue regulada por leyes españolas como: el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, las Cédulas Reales, y en forma especial por la Real Pragmática del 23 de noviembre de 1796, influenciada por el Derecho Canónico continuándose en toda la vida independiente hasta que Don Benito Juárez, en el año de 1859, promulgó una ley relativa a los

actos del estado civil y su registro, quedando de esa forma secularizado el matrimonio, dándosele la naturaleza de contrato civil y el estado le atribuyó la regulación en sus celebraciones, sus elementos de existencia y de validez, contando con la influencia del derecho canónico en el sentido de considerarlo indisoluble.

Don Venustiano Carranza, en el año de 1914 promulgó una ley en la que declaró disoluble el matrimonio quedando confirmada esta disolubilidad, es decir el divorcio de los esposos y de volverse a casar, regida por la ley de relaciones familiares de 1917, hasta el actual código del año de 1932.

EL MATRIMONIO Y SU CONCEPTO ACTUAL.

La palabra matrimonio tiene su origen en las raíces latinas "matrimonium", lo que significa "Carga de la Madre", por lo que da origen a las obligaciones que tenían los matrimonios entre otras las que le correspondían a la madre en la casa y se le atribuyen el cuidado y educación de los hijos, el cuidado y organización del hogar, al marido se le atribuía la obligación de proveer de recursos suficientes para el sostenimiento de la familia, por lo que en esta circunstancia la palabra matrimonio se deriva de la palabra latina "Patris numiun" que quiere decir carga del padre en el matrimonio.

En el concepto de matrimonio no hay uno solo como universalmente válido, ni hay unidad de criterios, algunos tratadistas consideran el matrimonio como un acto jurídico solemne, otros como un contrato y algunos más como una institución que produce un estado permanente de la vida de los matrimonios.

Señalaré algunos conceptos doctrinarios de estas instituciones:

- 1.- "Es el estado de dos personas, de sexos diferentes, cuya unión ha sido consagrada por la ley" (BAUDRIT LACANTINERIE) ¹.
- 2.- "Es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer que sea la del acto de la reproducción, hasta después del nacimiento de la progeniture" (WESTERMARCK)².
- 3.- "Es un sacramento de la nueva ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer y de esta manera engendrar y educar pia y santamente la prole" (P. FERRERES) ³.
- 4.- "Es la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudar a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte" (JOAQUIN ESCRICHE)⁴.
- 5.- Es la forma legal de constitución de la familia a través, del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinadas por la propia ley" (SARA MONTERO)⁵.

1. Montero Duhal Sara, "Derecho de Familia", Ed. Porrúa, pág. 55, México 1967.
2. *Ibid.* pág. 55.
3. *Ibid.* pág. 55.
4. *Ibid.* pág. 55.
5. *Ibid.* pág. 57.

- 6.- "Es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones entre los cónyuges, creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne"(DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO)⁶.
- 7.- "El matrimonio es un contrato civil" (GALINDO GARFIAS)⁷.
- 8.- "Es la sociedad del hombre y la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino" (PORTALIS)⁸.
- 9.- "Es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad" (PLANIOL)⁹.
- 10.- "El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad entre un hombre y una mujer y que crea un vínculo permanente pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, o bien por disposición de la ley" (BONNECASE)¹⁰.

Considero que la definición de Bonnecase es la que más se apega a nuestro derecho vigente, teniéndose esta idea de matrimonio como un contrato, tal y como lo establece el artículo 130 de nuestra Carta Magna.

6. Diccionario Jurídico Mexicano, Edil. Porrúa, tomo L-O pág. 2086, México 1987.

7. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 130.

8. Galindo Garfias Ignacio, "Derecho Civil", Edil. Porrúa, pág. 472, México, 1988.

9. Galindo Garfias Ignacio, "Derecho Civil", Edil. Porrúa, pág. 473, México, 1988.

10. Bonnecase, pág. 477.

2.- NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Considero procedente exponer las razones por las que el matrimonio es un contrato, al estudiar lo que es y cuál es su origen, por lo que es indispensable establecer qué son los hechos y los actos jurídicos.

Hecho, es todo acontecimiento de la naturaleza o del ser humano que tiene relevancia y consecuencia en las relaciones humanas, para tutelar o acondicionar su realización en beneficio de la sociedad, sancionando la consumación y así evitar su propagación por ser contrario a los fines sociales; es por esto que los acontecimientos que tienen consecuencias jurídicas se denominan Hechos Jurídicos.

Savigny, en su doctrina dice: "El Hecho Jurídico es todo acontecimiento natural o del hombre, capaz de producir efectos jurídicos". ¹¹

Los teóricos del Derecho Francés, establecen que los hechos jurídicos "Lato Senso" se dividen en dos categorías.

11. Galindo Garfias Ignacio, "Derecho Civil", Ed.M. Porrúa, pág. 208, México 1986.

1.- Los Hechos Jurídicos estricto sensu, es una teoría que establece que son aquellos acontecimientos de la naturaleza o del hombre que aunque no se busquen las consecuencias jurídicas de los mismos, estas se producen, incluso en contra de la voluntad de quienes intervienen en ellos. De lo anteriormente expuesto encontramos las siguientes subdivisiones:

- a) Hechos físicos, son aquellos acontecimientos producto de la naturaleza, en los que no interviene la voluntad del hombre, sin embargo, producen consecuencias jurídicas, ejemplo: el nacimiento y la muerte de una persona.**

- b) Hechos del hombre, son aquellos acontecimientos producidos por el hombre en los que interviene la voluntad del mismo, sin que se requiera que se produzcan las consecuencias, pero estos efectos se realizan por la aplicación de la norma jurídica, ejemplo: el homicidio o cualquier otro delito realizado por el hombre.**

- c) Actos Jurídicos, son toda manifestación de voluntad del ser humano encaminada a producir consecuencias jurídicas, siendo requisito indispensable la manifestación expresa o tácita del hombre para producir consecuencias jurídicas que se quieren alcanzar, estos actos son un medio para obtener las consecuencias del ordenamiento jurídico, teoría que se subdivide en dos categorías:**

- 1.- Manifestación unilateral de la voluntad, son los actos producidos por la voluntad de una sola persona a los que la norma les atribuye consecuencias jurídicas, ejemplo: el testamento.

- 2.- Manifestación bilateral de la voluntad, son aquellos actos producto de la voluntad de dos o más personas encaminados a producir consecuencias jurídicas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1792, expresa que "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones".

Artículo 1793.- "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de Contrato". Para que esa figura jurídica denominada Contrato se perfeccione se requiere el consentimiento consistente en la manifestación de voluntad de las personas para producir o transferir derechos y obligaciones, pudiendo externar esta voluntad en forma expresa o tácita.

El Objeto es otro requisito de validez para la existencia del contrato y que consiste en la cosa material que da origen al acto jurídico y debe ser física y jurídicamente posible estar en el comercio, la naturaleza, y ser determinable a este último elemento se le atribuyen tres acepciones:

- a) Objeto Directo, es el crear o transferir derechos y obligaciones.
- b) Objeto Indirecto, que consiste en la obligación de dar, hacer o no hacer.
- c) La cosa misma que se realiza.

A groso modo se hará referencia de las obligaciones de los consortes en cuanto a la relación sexual como uno de los fines y efectos del matrimonio entendiéndose esto como la unión de la pareja para la perpetuación de la especie humana. De aquí se desprende la existencia de un deber de fidelidad entendiéndose ésta como la exclusividad sexual entre los cónyuges, tal deber no se contempla específicamente en nuestro código civil como una obligación, pero el incumplimiento de la misma produce consecuencias jurídicas que se establecen como una causal de divorcio, en el artículo 267 fracción primera¹² del ordenamiento citado, o bien puede constituir un delito previsto y sancionado en el ordenamiento penal vigente para el Distrito Federal en sus artículos 273 al 276,¹³ disposiciones de las que se deriva la obligación de la pareja a guardarse fidelidad recíprocamente.

Podemos concluir de manera breve que algunas de las consecuencias inmediatas del matrimonio son: la vida en común, el débito carnal, la fidelidad, asistencia y ayuda mutua.

12. "Código Civil para el Distrito Federal", Edit. Porrúa, pág. 93, México 1996.

13. "Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común", artículos del 273 al 276, Edit. Porrúa, pág. 100 y 101, México 1996.

A lo ya expuesto con anterioridad es concordante el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia que a continuación se cita.

"Matrimonio, incumplimiento de los deberes del cumplimiento forzoso inexigible".

No obstante los efectos que se originan en el matrimonio entre los cónyuges, como son vida en común, débito carnal, fidelidad, asistencia y ayuda mutua son derechos y obligaciones que deben prestarse los cónyuges atendiendo al fin y características del matrimonio, por lo que reclamar judicialmente su cumplimiento no es la forma correcta, toda vez que visto desde la realidad, este recurso resulta impracticable, ya que sería necesario aplicar en forma continua la intervención coactiva del Estado, lo cual no es factible, por lo que deben seguirse el criterio doctrinal de considerar "el incumplimiento de tales deberes como una injuria grave que se sanciona con el divorcio", y únicamente puede reclamarse judicialmente a través del ejercicio de la acción relativa.

CAPITULO II EL ADULTERIO

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

ADULTERIO.- La palabra adulterio proviene del latín "ADULTERIUM", se entiende como la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge.

Adulterio es yacer ilícitamente en lecho ajeno, en el ayuntamiento carnal ilícito de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados. ¹³

LOS PUEBLOS PRIMITIVOS

Resulta difícil determinar como era regulado el ADULTERIO en dichas comunidades; pero es muy posible que a partir del momento en que se dieron las uniones monogámicas, en las que a la mujer se le consideraba como una posesión más de su marido, el adulterio era entendido esencialmente como un menoscabo en los derechos de propiedad, la mujer que se encontraba culpable y su cómplice eran castigados proporcionalmente, con diversas penas que iban desde la mutilación hasta la muerte.

Pero cosa muy curiosa, que al marido no se le aplicaba ninguna pena por cometer adulterio con mujer soltera, por considerar a la esposa un simple objeto que podía ser apropiada, como una cosa cualquiera. En Sudán existían los NUERS en los que se practicaban ciertos ritos que beneficiaban al esposo, para prevenirlos de contagios que pudieran sucederles en el adulterio que cometiera su esposa.

13. Carranca y Trujillo Real, Carranca y Rives Real, "Código Penal" Anotado, Edm. Porrúa, pág. 682, México 1980.

EL LEJANO ORIENTE Y CHINA

La filosofía Confusiana; fue esta corriente la que ejerció una mayor influencia en China y en el lejano oriente, regulado muy severamente por las normas que regían las relaciones entre los sexos.

EL adulterio en estas culturas antiguas se le consideraba como una causa de divorcio entre otras cosas, como la exigencia de la castidad que era obligatoria en la mujer para contraer matrimonio, y donde al esposo se le toleraba la poligamia a parte de que tuviese su esposa; dado que en estas sociedades al matrimonio se le consideraba como un contrato efectuado entre dos familias, los que cometían el adulterio quedaban sometidos a la potestad de la familia del cónyuge que era ofendido, y en donde a el cómplice se le apaleaba, se le mutilaba o se le desfiguraba y a la mujer adúltera se le repudiaba por parte de la familia del esposo, se le castigaba con la muerte, se le convertía en esclava, o bien, se le prostituía para que descaradamente siguiera ese camino. A la mujer soltera se le daban cien azotes y eran desterradas por el tiempo de una año, a las mujeres casadas se les azotaba y eran lapidadas hasta ocasionarles la muerte.

En la prueba del adulterio, se requería del testimonio de una persona que tuviese una reputación honesta ante la sociedad y que hubiese presenciado tal hecho.

EL BUDISMO

El budismo consideraba el adulterio como una de las formas de desorden sexual, los budistas sostenían que si un monje tuviese relaciones con una mujer casada, éste era expulsado de su orden, sin embargo, esta sanción le era impuesta por simple hecho de sostener relaciones sexuales con cualquier persona, independientemente que ésta fuera o no casada.

LOS LAICOS

A éstas personas les estaba prohibido mantener trato carnal con cualquier mujer sujeta a alguno de los tipos de protección ya fuera de su tutor, de su marido o de su padre. El adulterio se presentaba como un ejemplo de una grave falta a la moral y a la conducta, y como una causa de KARMA maligno, cuyas consecuencias repercutían más allá de la vida mundana trayendo consigo grandes castigos.

EL ISLAM

Esta religión tenía sus conceptos para designar el adulterio, así como la fornicación; en el corán se establece que las mujeres que cometían el delito de adulterio, por el dicho de dos testigos, por ese simple hecho eran confinadas por el resto de sus días hasta su muerte, también se les aplicaban penas salvajes como los cien bastonazos a los culpables de adulterio o fornicación, así mismo la tradición habla de los castigos que se imponían a los ya mencionados en que a las

mujeres solteras que cometían este tipo de delito recibían cien azotes y eran desterradas por un año a otros lugares, creyendo que les hacían un mal pero no se corregían y seguían incurriendo en la misma falta, que para ellas era un gran deleite, a las casadas les imponían castigos peores, como la lapidación hasta causarles la muerte.

LOS BABILONIOS

Los babilonios con su famoso Código de HAMURABI establecían normas muy minuciosas sobre el adulterio, por lo que el que contraría este tipo de falta le aplicaban severas penas. El esposo ofendido podía castigar a la esposa por serle infiel y por consecuencia al cómplice en el momento de encontrarlo en el acto carnal o con posterioridad él podía llevarlos a los tribunales y exigir su muerte, mutilación, o bien, si no eran culpables se les otorgaba la absolución.

LOS EGIPCIOS

Los antiguos egipcios consideraban el adulterio como un pecado, el cual se incluía en el "LIBRO DE LOS MUERTOS" como un delito que se recibía como castigo aún después de la muerte; las mujeres eran tratadas igualmente por la comisión de este delito; sin embargo, existen numerosos indicios sobre los castigos que le eran impuestos a la mujer adúltera y esta incluso podía ser condenada a la muerte en la hoguera, en tanto no existe ningún antecedente sobre el castigo que debía imponerse al hombre y por lo cual este quedaba a salvo de cualquier pena.

EL JUDAISMO

Los hebreos prohibían categóricamente el adulterio, las sanciones que establecían eran por el mismo estilo de las que ya hemos detallado con antelación, con algunas variantes, como podía ser la muerte por lapidación. La legislación hebrea justifica esta sanción por lo dispuesto en el "EL LIBRO DEUTERONOMIO 22,22" que establecía literalmente lo siguiente: "DE ESTA FORMA LIMPIAREIS A ISRAEL DE ESTE MAL".

En la literatura de esta cultura, el adulterio era una metáfora para expresar en esta forma la infidelidad del pueblo de Israel para con Yavé.

EL LIBRO DE LOS NUMEROS establecía que el marido celoso podía obligar a su mujer, de la cual por ese mismo se lo sospechaba que hubiese cometido adulterio a que se sometiera a la Ordalia (que es el juicio de Dios, y que era la prueba a que se sometían a los acusados).

Posteriormente en el Derecho Sabinico se abolió la práctica de la Ordalia y únicamente se establecía que la mujer adúltera podía ser repudiada por su marido, perdiendo con ello todo el derecho que tenía sobre la dote estableciéndose en el mismo texto que el ofensor quedaba maldito para siempre.

LOS ROMANOS

Los romanos que fueron los creadores del Derecho, principalmente del mundo occidental, hacían una perfecta distinción en el "ADULTERIUM" que es el trato carnal de la esposa con cualquier otro hombre distinto de su marido o del marido con una mujer casada, y el "STUPRUM" que era el desorden sexual del marido con mujeres solteras.

En la época de la República, si la esposa de un barón cometía adulterio al marido por este hecho se le autorizaba para que le diera muerte a su esposa que le había sido infiel.

Fué durante el imperio cuando el Derecho reconoció en la "LEX JULIA" que el adulterio era un delito público y que correspondía su acusación a cualquier persona imponiéndose como sanción a la mujer adúltera la pérdida de la mitad de la dote y un tercio de sus propiedades, así mismo, su cómplice era despojado en la mitad de sus propiedades, así como se le prohibía a la adúltera contraer nuevo matrimonio. El padre de ésta mujer adúltera estaba autorizado a darle muerte y a su cómplice si los sorprendía en el acto, no era así la aplicación con el marido, siendo que los dos cometían el mismo delito y en las mismas circunstancias. Constantino hace de esta ley bastante férrea motivo por el que se impuso la pena de muerte para los adúlteros, Justiniano confirma esta sanción añadiéndole además en confinamiento de por vida a la mujer que incurre en este delito en un monasterio, a menos que fuese perdonada por su marido, es decir, que tolerara la situación en que incurrió la mujer.

EL ADULTERIO EN EL DERECHO MEXICANO

En la época prehispánica para todos los habitantes que poblaban nuestro territorio, principalmente en la cultura Olmeca en la cual el matrimonio fue una importante institución entre grupos humanos, donde se le daba al matrimonio una gran importancia como célula de la familia de nuestros antepasados se consideró desde entonces la base de la organización familiar, también castigaban el adulterio en distintas formas:

LOS MAYAS

Era el matrimonio monogámico, pero hacían sus excepciones con las personas más importantes en aquel entonces los señores principales. En esta cultura no se permitía darle muerte a la mujer adúltera ni a su amante, la sanción aplicable era ejecutada por el marido ofendido, este era el que tenía la libertad de decisión de matar a la adúltera o cortarle la boca, la nariz y las orejas.

LOS AZTECAS

En este pueblo prehispánico si se contemplaba el cruel castigo de darle muerte a la mujer adúltera al igual que a su amante, esta sanción podía ser ejecutada por el marido ofendido quien podía elegir si se le mataba o le perdonaba por cometer este delito con su mujer, y si no era ese castigo le cortaba la boca, la nariz y las orejas, es decir, pagaba con las partes más importantes de su cara y era como una especie de tormento verdaderamente cruel y despiadado. En esta cultura se le

permitía matar únicamente al Rey, por lo tanto, el cónyuge ofendido si los encontraba en el acto sexual podía darles muerte; por lo que la mujer y el amante al tener esta relación, desde luego tenían todos los cuidados que han existido en todo tiempo.

LOS TARASCOS

Este pueblo también castigaba con la pena de muerte a los responsables de adulterio, y si éste había sido cometido con alguna de las esposas del Rey no solamente era asesinado sino también toda su familia que no tenía que ver en este problema,, además sus bienes pasaban a ser propiedad del Rey, es decir, ya se hacía lo anterior con cierta ventaja comercial para enriquecerse a costa de este delito por su condición social como mandatario. En estos pueblos tarascos se desconocían las sanciones pecuniarias, por tal motivo se desconocía el sistema monetario que ya tenían otros pueblos prehispánicos, así como el sistema penitenciario o carcelario, por considerar que una persona en ella recluida, se convertía en una carga para la sociedad ya que se tomaba un ser improductivo, por tal motivo que a los responsables de adulterio o cualquier otro delito únicamente se les encerraba por muy corto tiempo en jaulas en lo que se les aplicaba la sanción a que se habían hecho acreedores, las que podían consistir en la muerte, azotes, o bien, en humillaciones.

2.- LA REGULACION DEL ADULTERIO EN OTROS PAISES

Existen dos corrientes en el sentido de penalizar el adulterio, algunos países lo consideran como una causa tipificativa como delito causal de disolución del enlace matrimonial; en otros países la comisión de éste no tiene una gran relevancia motivo por el cual no se le atribuye consecuencias jurídicas, existen grupos humanos y pueblos enteros para los cuales la palabra adulterio no tiene una traducción literal y a pesar de que éste se lleve a cabo, es aceptado o tolerado por sus habitantes. De este grupo social podemos encuadrar a los esquimales como una cultura distinta a las nuestras en las que conceder a la hija o a la esposa al visitante, es considerado como una obligación de urbanidad y su falta de observancia conlleva el rechazo social a las personas que no lo practiquen por considerar que el adulterio no es un delito, por que el anfitrión que permite la unión sexual de su cónyuge con el visitante, este tiene el derecho de reciprocidad en situación semejante. Así mismo existen pueblos como los de la India en los que aún se permite que hombre y mujeres tengan uno o más amantes reconocidos, o los pueblos Trobriambeños para los cuales no resulta ofensivo que sus mujeres sostengan relaciones íntimas con sus amigos, sin embargo, consideran una grave afrenta a su honor que ésta se sienta a la mesa a comer con otro hombre.

Cabe destacar que existen sociedades para las cuales la fidelidad conyugal no se refiere a la exclusividad en la relación sexual con una sola persona por existir culturas como la musulmana que permite la organización familiar poligámica; es decir, la unión de un hombre con varias mujeres o la poliandria que consiste en la unión de una mujer con varios hombres en comunidades de la India, en estos

grupos al adulterio se le conoce como la unión sexual entre un miembro del harem con personas distintas del mismo por lo que en algunos países no está tipificado el adulterio como delito, pero se conoce la connotación del adulterio, aplicándose sanciones de carácter moral a los responsables de este delito.

Países como Inglaterra consideran que el adulterio no es un delito ya que no se castiga, al igual que en la India, Rusia, Japón y en el continente americano se sigue la misma costumbre en Cuba, Costa Rica y Colombia.

Los países que lo consideran como un delito, mencionaremos los siguientes: España donde se castiga a la mujer con más severidad que al varón por considerarse que es ella quien delinque estando casada, sosteniendo relaciones con persona distinta a su marido, el varón es sancionado únicamente cuando se le encuentra con mujer distinta en el domicilio conyugal, al igual que en Alemania, Portugal y Francia; en Italia el delito de adulterio se castiga por igual tanto al varón como a la mujer, lo mismo que en algunos países americanos como Argentina, Chile, Perú y México.

En Chile se contempla el adulterio en su artículo 375 del Código Penal que a la letra dice: "Comete 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".¹⁴

14. Carranca y Trujillo Raúl, Carranca y Rivas Raúl, "Código Penal Anotado", EdR. Porrúa, pág. 663, México 1990.

Señalaremos que en el Derecho Canónico establece en el noveno mandamiento "No desearás a la mujer de tu prójimo", sanciona el adulterio desde el punto de vista religioso teniendo consecuencias de orden espiritual puesto que en el mundo material sólo es una causa de separación física entre los cónyuges sin que haya disolución entre el vínculo matrimonial.

3.- NORMAS JURIDICAS QUE ESTABLECEN EL ADULTERIO COMO DELITO EN EL ESTADO MEXICANO

En México al igual que en todo el mundo se atribuyen consecuencias penales al adulterio por lo que se ha buscado la forma de despenalizar este delito apoyado en teorías muy avanzadas literalmente.

En nuestro país se encuentra tipificado el adulterio como delito entendiéndose este como una infidelidad de índole sexual.

En algunos Estados, esta conducta carece de tipificación, mencionaremos algunos: Tlaxcala, Veracruz, Puebla y Yucatán entre otros.

Al contrario en otros Estados se limitan a sancionar este delito penalmente sin que para ello exista una definición exacta del mismo, existiendo una total ausencia del tipo, lo que da lugar a la violación de garantías individuales.

La inexacta aplicación de la pena en el delito de adulterio, acarrea una violación al principio de legalidad, para lo cual mencionaremos el artículo 273 del código penal

vigente, para el Distrito Federal en materia de fuero común y en materia federal para toda la República, que a la letra dice.

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

En la misma situación se encuentran los Códigos Penales de los Estados de Colima, Chiapas, Guerrero, Sinaloa, Hidalgo, Coahuila, San Luis Potosí y Morelos en los cuales se señala una sanción sin encontrarse tipificada la conducta del delito mencionado.

Mencionaremos algunos códigos de diversos Estados de la República en los cuales se encuentra debidamente definida la conducta típica del adulterio, dando cumplimiento al principio universal de "NULLUM CRIMEN-NULA-POENA-SINE-LEGE".

En Aguascalientes el artículo 249 del Código Penal señala, *"Comete el delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales si uno de ellos o los dos están casados con otra persona y siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo".*

En el Estado de Chihuahua en el artículo 257 del Código Penal define el adulterio y la sanción aplicable al mismo *"Se aplicará reclusión hasta de dos años y privación de los derechos civiles hasta por seis años a la persona casada que*

tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella sabiendo que es casada, siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo".

En el Estado de México, en el artículo 228 del Código Penal tipifica al adulterio y al mismo tiempo señala la sanción que le corresponde *"Se impondrá de tres días a tres años de prisión y privación de derechos civiles hasta por 6 años, a la persona casada que en el domicilio conyugal o con escándalo tenga cópula con otra mujer que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga sabiendo que es casado".*

En el Estado de Guanajuato el artículo 262 del Código Penal, tipifica la conducta adulterina de los términos siguiente: *"Adulterio es la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge si se realiza con escándalo o en domicilio conyugal, a los culpables de adulterio se les impondrá hasta dos años de prisión y multas de 100 o 1000 pesos".*

El Código Penal para el Estado de Tabasco en su artículo 264 tipifica el adulterio de la siguiente forma: *"Se entiende por adulterio, el trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido o de hombre casado con mujer que no sea su esposa, para considerar comprobado el delito de adulterio no se necesita que sea el acto carnal mismo, sino que otra circunstancia comprobada lo haga suponer fundadamente".*

En el Estado de Jalisco el artículo 182 del Código Penal tiene la referencia con los anteriores de que se sigue a petición de la parte ofendida y es procedente el

perdón del mismo en beneficio de los culpables señalado en los términos siguientes: *"Se impondrá de quince días a dos años de prisión al hombre o mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, bien sea en el domicilio conyugal o causando escándalo sabiendo que uno de ellos o los dos están casados con otra u otras personas, este delito se sancionará por querrela del ofendido, pero el perdón del último beneficiará a ambos responsables, siempre que se otorgue hasta antes de dictar sentencia"*.

4.- EL ADULTERIO EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El ordenamiento civil antes referido menciona diversas sanciones en contra del o de los responsables de adulterio independientemente de las penas establecidas en el código penal al respecto; el código civil no define el adulterio, sin embargo atendiendo a su significado gramatical tiene una diferencia sancionando penalmente y el hecho en civil se puede cometer en cualquier momento, lugar y circunstancia, y para que la conducta penal del adulterio se considere como delito tiene que reunir los elementos que establece el tipo señalado en la ley de la materia, por lo anterior es conveniente distinguir que no todo adulterio es delito, pero si tiene consecuencias civiles por lo que, al respecto transcribiremos algunos criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ADULTERIO, SU NOCION SEGUN EL DERECHO CIVIL

En el Derecho Civil se entiende por adulterio la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual

realizado entre persona casada de uno o de otro sexo y persona ajena al vínculo matrimonial, o bien, el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos o ambos casados.

Amparo directo 1271/59 Maria Concepción Taboada de Olivera. Cuatro de Marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente Gabriel García Rojas. Visible en la sexta época, IV parte, volúmen XXXIII, página 69.

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

El delito de adulterio requiere para su integración circunstancias especiales que no son necesarias para que se le considere como causa de divorcio, de tal modo que con el hecho que en el respectivo proceso se haya absuelto el ahora quejoso, no implica que, como una consecuencia necesaria debe tenerse por no comprobado, la causal de divorcio fundada en el adulterio aún cuando los hechos de que haya conocido el juez civil pudieran ser los mismos de que conoció el juez penal, la absolución en el proceso penal no acredita por si sola la inexistencia del hecho imputado, puesto que la absolución puede deberse a diversas causas.

Amparo directo 5262/58. Enrique López Escobar, once de junio de 1959 unanimidad de cuatro votos. Ponentes José Castro Estrada. Visible en la sexta época, tomo XXIV, página once.

ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Hay una distinción de adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito mencionado por la ley penal; los dos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del otro cónyuge, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo, más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y el tercero constituyen causal de divorcio JUSTIFICATIVA de la disolución del vínculo matrimonial, por que este sólo puede subsistir para el legislador, mediante una vida en común basada en la fidelidad de los esposos.

Amparo directo 4991/70.- María Teresa López López, dieciocho de agosto de 1971. Unanimidad de 3 votos. Ponente Ernesto Solís López. Visible en la séptima época, tomo CXXVII, volumen 32 página 18.

Las consecuencias jurídicas civiles que conlleva la relación del adulterio, necesita existir previamente un matrimonio ya que sin el no puede existir el adulterio.

Nuestra legislación civil no establece en forma específica la obligación que contraen los cónyuges de guardarse fidelidad, pero el artículo 267, fracción I, del Código Civil, establece:

SON CAUSAS DE DIVORCIO.

I.- "El adulterio efectuado por uno de los cónyuges".

Dicho precepto dá la oportunidad al consorte que se siente ofendido por el adulterio cometido por su cónyuge y solicitar al juez competente la disolución del vínculo que los une siempre y cuando reúnan los requisitos de tiempo y forma que marca la ley; además al culpable de adulterio se le condena a la pérdida de derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad de los hijos si los tuviere, al sostenimiento económico de la familia, la pérdida de lo que hubiese dado o prometido su consorte así como la imposibilidad de volver a casarse sino hasta pasados dos años contados a partir de la fecha en que se decretó el divorcio, fundamentado esto en los artículos: 278,283,286,288 y 289 del Código Civil para el Distrito Federal.

Estos hechos afectan la esfera jurídica del cónyuge responsable de este delito, estos efectos no se hacen extensivos a la otra persona que participó en el ilícito, pero nuestro Código Civil atribuye consecuencias jurídicas a las personas responsables de adulterio que hubiesen participado en el mismo, con independencia de la disolución o no del vínculo matrimonial.

El artículo 156 del código civil ya mencionado en su fracción V establece como impedimento para celebrar el contrato de matrimonio el adulterio habido entre las personas que pretendan contraerlo, el cual es una causa de nulidad del matrimonio según la fracción II del artículo 235 del código de la materia.

Si llegase a cometerse el delito de adulterio contemplado en el Código Penal para el Distrito Federal, esta acarrea como consecuencia una pena privativa de la

libertad hasta por dos años y una privación de los derechos civiles hasta por seis años.

El Código Civil vigente establece en su artículo 1316, fracciones III y IV la incapacidad para heredar por testamento o por intestado, como sanción para los culpables en la comisión del delito de adulterio.

Artículo 1316.- Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado...

III.- El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente.

IV.- El cóautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o de la del cónyuge inocente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenta el criterio siguiente:

"El adulterio como causa de incapacidad para heredar, es menester sentencia penal previa que declare adúltero al cónyuge culpable, de acuerdo a la legislación del Estado de Jalisco en su artículo 1250 del Código Civil. En el artículo 1316 del Distrito Federal, enumera las incapacidades para adquirir bienes por testamento o por intestado aunque en todas las acepciones responde a la incapacidad del delito de adulterio.

La tipicidad de adulterio si requiere la comprobación del delito mediante sentencia del orden penal, porque una sentencia de orden civil que decida la procedencia de la causal de divorcio por adulterio, incapacita al cónyuge para heredar y al inocente le hace perder el carácter de heredero en virtud de que por el divorcio dejan de ser cónyuges.

La causal III del artículo 1250 del Código Civil de Jalisco, y de el artículo 1318 fracción III del Código Civil del Distrito Federal, requieren la comprobación previa mediante sentencia del delito de adulterio.

Amparo directo 7958/60. María Ramírez Maldonado. Dos de agosto de 1965. Unánimidad 5 votos. Ponente Ramón Cañedo Aldrete. Visible en la sexta época, volumen XCVIII, página 47.

Para que tenga consecuencias jurídicas el delito de adulterio debe llevarse a efecto materialmente, pues de haber una infidelidad psicológica entre los cónyuges no puede haber consecuencias de carácter legal en virtud de que sería un amor de tipo subjetivo sin trascendencia jurídica alguna por no efectuarse de forma material o física.

EL ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

En el Código Penal vigente en el Distrito Federal, se encuentra señalada la punibilidad del delito de adulterio en el artículo 273 que a la letra 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".

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

Entendiéndose que en el caso de que los responsables del delito de adulterio no hayan muerto y se encuentren sujetos a la acción penal dentro del ámbito territorial de nuestras leyes, se procederá en contra de ellos o de cualquiera que se encuentre en la situación antes descrita.

Artículo 275 "sólo se castigará el adulterio consumado".

Artículo 276 "cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia y si ésta se ha dictado no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables..."

Comentando los artículos que anteceden encontramos que el Código Penal y el Código Civil para el Distrito Federal no se encuentran debidamente tipificados los elementos que constituyen el delito de adulterio ni definición alguna, limitándose a establecer su penalidad por lo que se señala que con el perdón del ofendido se dará por terminada la persecución de dicho ilícito.

Las consecuencias jurídicas que genera la comisión del delito de adulterio y el castigo que se impondrá a los culpables del ilícito mencionado vienen a ser las consecuencias jurídicas de la realización material del delito, quedando limitado por lo establecido en el párrafo I del artículo 22 constitucional que a la letra establece *"quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, marcas, azotes, palos o el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales"*.

Por lo que hace a la sanción en lo que se refiere a la privación de los derechos civiles, estos deben entenderse de la siguiente forma:

DERECHOS CIVILES.- Consisten en el impedimento para ejercer la patria potestad, la facultad para ser nombrado tutor, la de sucesor por testamento o abintestado, la de disponer libremente de sus bienes, la de recibir por donaciones entre vivos y/o por última voluntad, que son los derechos de que gozan los ciudadanos y que la ley civil se encarga de que en los casos en que sean sancionados, sean privados de los mismos. ¹⁴

El artículo 24 del Código Penal establece que la aplicación de "suspensión o privación de derechos" por lo que al interpretar ésta existe una disyuntiva ya que podemos entender que son sanciones diferentes a las que se refieren estos términos. En el capítulo IX del Código Penal el cual se refiere a la suspensión de derechos, no hacen mención a la pena de privación de derechos, limitándose a manifestar en que consiste la suspensión.

4. Joaquín Escriche, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", editorial Cardenas editores y distribuidores, tomo I página 848, México, 1978.

CAPITULO III

INCORRECTA UBICACION DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

- 1.- DELITOS SEXUALES.-** El adulterio como delito se encuentra tipificado y ubicado en el libro II del Código Penal para el Distrito Federal título XV, encuadrado dentro de la clasificación de los delitos sexuales.

Nuestro ordenamiento penal vigente en su artículo 7º define como delito cívico "el acto u omisión que sancionan las leyes penales" de conformidad en la anterior definición este tipo de ilícito de carácter sexual no se puede tipificar la conducta por omisión, ya que necesariamente esta debe de llevarse a cabo en forma activa y realizarse materialmente el acto delictivo.

EL ADULTERIO.- Como ya lo hemos mencionado se encuentra regulado en los artículos 273 al 276 del Código Penal vigente para el Distrito Federal artículos que a continuación transcribimos y damos una interpretación personal de los mismos.

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

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

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

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

De conformidad con los artículos anteriores se establece que dicho ilícito será perseguido por querrela necesaria o a petición de la parte ofendida siempre y cuando se haya consumado el ilícito penal, por otra parte si el cónyuge ofendido otorga el perdón al responsable o a cualquiera de los responsables se suspenderá el procedimiento y dicho perdón surtirá efecto como si la querrela no se hubiese presentado.

2.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES.- El tipo penal en la realización del supuesto de la conducta que debe realizarse materialmente para que sea punible.

El bien jurídico tutelado es el objeto de protección de las normas de derecho, es por ello que también se le denomina objeto jurídico, fin jurídico o interés jurídico protegido.

En el caso del adulterio, el bien jurídico tutelado viene a ser el matrimonio y como consecuencia inmediata la protección del núcleo familiar que es el que integra la sociedad.

Puede también considerarse como bien jurídico protegido la fidelidad y el honor del cónyuge inocente. Me permito agregar que si el objeto jurídico que la ley protege en forma subjetiva es la fidelidad conyugal o el honor del cónyuge ofendido, estoy consciente de que ninguno de los bienes protegidos a que se hace referencia son de carácter sexual como consecuencia no se les puede considerar dentro de este orden debido a que faltaría la lesión a un bien sexual de la víctima, debido a que éste nunca se realizará .

C A P I T U L O I V

CAUSAS DEL ADULTERIO

Comenzaré, por hacer breve referencia sobre la tendencia a la infidelidad si ésta se produce con más frecuencia en el hombre o en la mujer, la realidad es que en la vida cotidiana, si la mujer es joven y goza de buena salud y porte físico, es decir, que se encuentre en plenitud de facultades físicas y mentales, la filosofía de la vida real nos enseña que si alguno de los cónyuges no es bien atendido en todos sus aspectos sexuales y materiales la tendencia es por buscar en otra parte la satisfacción de estos deseos, por lo que podemos decir que no se deben tomar en cuenta las características biológicas, sino que debemos conocer otros factores como el económico, psicológico, geográficos y sociales que influyen en la pareja durante su vida conyugal.

En tiempos pasados, el hombre se relacionaba más con el mismo sexo y no con el sexo opuesto, en virtud de que su cónyuge se encontraba más relacionada con las labores del hogar y el cuidado de los hijos y a todos los quehaceres relacionados con la casa, por lo que tenía menos posibilidades de ser infiel con su esposo, por lo que el varón tenía más posibilidades de ser infiel.

La publicidad juega un papel muy importante al hacer invitaciones que despiertan el deseo sexual del hombre y de la mujer con productos que visualmente lo estimulan, aún cuando las normas sociales imponen sanciones de carácter moral

o de rechazo en contra de dicha publicidad con el fin de evitar las relaciones extra matrimoniales.

Establecida constitucionalmente la igualdad entre el hombre y la mujer, ésta tiene mayor libertad para actuar en sociedad, profesionalmente y de esta forma tener más relaciones con otras personas del sexo opuesto y deja de ser relegada a los quehaceres domésticos y crianza de los hijos.

Por razones de darle a la mujer la misma igualdad con el hombre desde ese momento deja de ser una simple auxiliar de esposo en el hogar y en la familia, para convertirse en una verdadera compañera en la vida al igual que el esposo, por lo que por esta y otras razones aumenta la posibilidad de ser infiel, debido al contacto que necesariamente aumenta en la vida profesional y social con los mismos compañeros de trabajo.

Algunos autores sostienen que las relaciones extra maritales son buenas en el sentido de que pueden servir para salvar un matrimonio ya que con ellas se reafirman las relaciones de los consortes mejorando la adaptación recíproca entre ellos.

Opinión con la que estoy en desacuerdo a pesar de lo que el maestro Muñóz Sabaté, en lo que se refiere al respecto de la infidelidad y que a la letra dice. "...la infidelidad es una cuestión psicológica y no biológica. Nadie va contra natura porque cohabite con distintas personas, desde el punto de vista biológico lo

natural puede ser precisamente esto último y no la dedicación exclusiva a un solo compañero" 18 .

Considero que la infidelidad dentro del matrimonio, desde el punto de vista biológico, no puede tener consecuencias ya que de no producirse en forma inmediata no significa que a futuro no se de esta situación, no pudiendo considerar al hombre únicamente como ente biológico y aislado y que su comportamiento no afecte a los demás, por lo que considero que las relaciones extra maritales no son recomendables.

1.- CAUSAS FISIOLÓGICAS

El instinto sexual de las personas se controla y es reprimido por la inteligencia y educación del individuo según el medio social en que se desarrolla atendiendo a las condiciones económicas, culturales y geográficas entre otras.

Por lo que no todos los seres humanos controlan su instinto sexual de la misma forma ya que esto depende de las circunstancias antes descritas, siendo posible que la función sexual sufra algunos trastornos o alteraciones que se pueden clasificar en dos grupos:

- A) Alteraciones que modifican el coito, esto es, que las personas lleven una vida normal a pesar de sus trastornos sexuales denominados disfunciones sexuales.

18.- Muñoz Sabido Luis "Sexualidad y Derecho, Elementos de Sexología Jurídica", ed. Hispaco Europeo, pág. 108, Barcelona, España 1976.

B) Perversiones o aberraciones sexuales, también conocidas como alteraciones de la conducta sexual, también denominándoseles como variantes o desviaciones sexuales.

Cabe señalar que los trastornos sexuales pueden atender a causas fisiológicas y psicológicas, este punto se refiere exclusivamente a las causas fisiológicas del adulterio, por lo que nos abocaremos al estudio de ellas.

Las alteraciones fisiológicas, lo mismo que las psicológicas, pueden referirse a la tensión erótica, erección, orgasmo o impulso sexual.

Las alteraciones fisiológicas del coito referidas al impulso pueden presentarse aumentadas, disminuidas o ausentes, encontrándose aumentadas en personas con deseos exagerados por el acto sexual, alteración denominada satiriasis en el varón y ninfomanía en la mujer. Estas disfunciones fisiológicas pueden ser algunas de las causas que producen la infidelidad y que pueden constituir el adulterio debido a la imposibilidad física de algunos de los cónyuges para satisfacer sexualmente a su pareja.

Otra causa fisiológica que puede dar motivo al adulterio, es la alteración en el coito por impotencia para la cópula en el varón o la frigidez en la mujer, lo que motivaría que el cónyuge insatisfecho complazca su deseo y necesidad sexual con persona distinta a su pareja ante la imposibilidad física de realizar la cópula. Este tipo de alteración puede tener su origen también en causas psicológicas que impidan al individuo el coito.

2.- CAUSAS PSICOLOGICAS

Estas causas se relacionan con la alteración de la conducta sexual del individuo, referidas al objeto sexual y al modo de expresión.

En relación a las variaciones referidas al objeto sexual, se puede motivar o llevar a la pareja a cometer el ilícito penal de adulterio, mencionaremos entre otras las siguientes:

- a) **Homosexualismo**, alteración que se refiere a la atracción sexual entre varones, pudiendo darse una desviación semejante entre mujeres que llamaremos lesbianismo, nuestra legislación no permite el matrimonio entre parejas de un mismo sexo, por lo que personas que padecen esa desviación pueden cometer este ilícito que nos ocupa.

- b) **Narcisismo**, alteración sexual consistente en la admiración del propio cuerpo y de sí mismo, pues en ocasiones por insatisfacción orgásmica individual o mutua en el matrimonio, se experimenta la necesidad de sentirse atractivo para el otro sexo lo que culminaría en la práctica del ilícito en estudio.

- c) **Fetichismo**, consiste en realizar el acto sexual utilizando objetos inanimados que se asocian con el placer sexual.

- d) **La Gerontofilia**, consistente en la atracción sexual hacia las personas de mayor edad, que es una variante referida al objeto sexual, que puede culminar en relaciones adulterinas.

Con respecto a la desviación de la conducta sexual referente al modo de expresión mencionaremos las siguientes:

- a) **Másiquismo**, es la obtención del placer sexual mediante el sufrimiento de un dolor físico o mental.

- b) **Sadismo**, consistente en la obtención del placer sexual mediante crueldad, ya sea por dolor físico o humillaciones contra la persona con quien se sostiene la relación.

- c) **Analismo y Oralismo**, consiste en la realización de la cópula por vías no idóneas, utilización del recto para su práctica o bien felatio o cunnilingus que es la aplicación de la boca sobre los genitales de alguno o de los dos cónyuges también llamado oralismo.

- d) **Coprofilia**, que consiste en la atracción hacia el excremento o secreciones humanas con el fin de alcanzar el placer sexual.

Todos estos conceptos anteriores pueden dar lugar a la desviación de la conducta de la pareja para cometer adulterio debido a la negativa por parte de uno de los cónyuges para practicar este tipo de desviaciones sexuales.

3.- CAUSAS SOCIALES

La infidelidad dentro del matrimonio presupone la existencia de conflictos dentro del mismo que pueden ser las causas que dan origen a la conducta adulterina de alguno de los cónyuges:

- a) Puede ser una discrepancia o desacuerdo entre los cónyuges.
- b) Por la torpeza de uno o de ambos respecto al modo o frecuencia en sus relaciones sexuales.
- c) A un exceso de pudor o recato en las relaciones sexuales de la pareja, por lo que recurren a otra persona para satisfacer sus fantasías sexuales.
- d) Al abandono en la coquetería de la mujer o el desinterés del marido por conservar su apariencia agradable para su cónyuge.
- e) A una progresiva identificación con los hijos a costa del cónyuge.
- f) La incapacidad de identificarse con las preocupaciones o problemas del cónyuge, encontrando en un amigo o compañero de profesión o cualquier otra persona que le simpatice o que le atraiga físicamente relacionándose con ella para lograr la comprensión que le hace falta.

- g) También es factible que la mujer busque las relaciones extra maritales con la finalidad de allegarse de recursos económicos para el sostenimiento del hogar por falta de responsabilidad de su pareja para cumplir con sus obligaciones de proporcionarles alimentos a la familia.**

CAPITULO V

AUSENCIA DE DEFINICION DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

1.- CONCEPTO, FINALIDAD Y LIMITES DEL DERECHO PENAL.

Los romanos organizaron la clasificación del Derecho en Público y Privado, manifestando que la segunda clasificación corresponde aquel que regula las relaciones e intereses entre particulares en un plano de igualdad. En cuanto al Derecho Público se le considera como el que regula los intereses de la sociedad entre personas que se encuentran en un plano de desigualdad o suprasubordinación entre el Estado con los particulares.

De acuerdo a esta clasificación el Derecho Penal es una rama del Derecho Público que puede ser interno si se refiere a las relaciones jurídicas dentro del mismo estado, o Derecho Público Internacional cuando estas relaciones se dan entre dos o más estados soberanos.

Por lo que corresponde al derecho penal se encuentran dos conceptos básicos que se manejan actualmente:

- a) Derecho Penal Objetivo
- b) Derecho Penal Subjetivo

El Derecho Penal Objetivo es el conjunto de normas jurídicas que establecen las condiciones que constituyen el delito, que se les enlaza una punibilidad y una medida de seguridad.

El Derecho Penal Subjetivo es el conjunto de normas jurídicas que fundan y determinan el poder punitivo del Estado (JUS PUNENDI).

Por lo anterior concluimos que el Derecho Penal es la rama del Derecho Público que determina el fundamento del ejercicio del poder punitivo del Estado y establece cuales son las acciones u omisiones que son consideradas como delito, y la punibilidad y medidas de seguridad que se le asocian.

En cuanto a la naturaleza del derecho penal, esta puede ser de dos clases:

- a) Derecho Penal de Autor
- b) Derecho Penal de Acción

El Derecho Penal de Autor se crea cuando un delito se encuentra determinado por la peligrosidad del sujeto activo, consecuentemente esta clase de derecho no castiga la acción u omisión que integra el derecho típico en la experiencia de la vida real, es decir, no espera la ejecución del hecho ni la lesión que este produce, sino que sanciona la personalidad peligrosa del autor. Decidirse por un derecho penal de autor atendiendo a la personalidad de los individuos y no al hecho que realiza, implica querer establecer un derecho que atacaría la seguridad jurídica del hombre.

El derecho penal de acción determina que el poder punitivo del Estado únicamente puede proceder en contra de las personas cuando realizan un hecho que la ley previamente ha señalado como punible. Decidirse por éste es crear un derecho que respeta y garantiza la libertad del hombre en sociedad y permite su desarrollo y proyección democrática.

El Derecho Penal en la república mexicana, básicamente es un derecho penal de acción, sin embargo, en el Código Penal para el Distrito Federal tiene excepciones que se refieren a un derecho penal de autor, como ejemplo podemos mencionar la reincidencia prevista en el numeral 65 del citado ordenamiento penal.

El Derecho Penal como conjunto de normas jurídicas, establece reglas de conducta de observancia obligatoria que otorga derechos y que impone obligaciones, cuyas funciones son las siguientes:

- a.- Función de protección de la convivencia humana en la colectividad.**
- b.- Función preventiva general**
- c.- Función preventiva especial**
- d.- Función de protección de bienes**

- a.- El Derecho Penal, igual que el Derecho general, tiene como finalidad la regulación de la conducta externa del hombre en sociedad y es por ello que las normas penales mediante la organización del Estado, por medio de disposiciones que sancionan la realización de determinados hechos en la**

experiencia de la vida real, garantiza una correcta convivencia de los hombres en sociedad por medio de castigos en contra de las personas que atentan contra esa convivencia.

- b.- La norma penal en su función de prevención general tiene el propósito de mover la voluntad colectiva hacia el respeto del derecho penal, ya que a través de la intimidación que implica la punibilidad que se enlaza a la realización en el mundo fáctico de los supuestos que constituyen el delito, se desalienta a la comisión de los mismos.
- c.- La función retributiva del derecho penal tiene el propósito de retribuir con una pena al gobernado la convivencia social mediante la comisión de actos u omisiones que la ley considera como delito, dicha pena es aplicada por el organismo jurisdiccional competente considerando para su aplicación y graduación en menor o mayor grado de temibilidad del autor que haya revelado al momento de la comisión del delito.
- d.- La función preventiva especial de la norma penal es de rehabilitar a la persona que se ha encontrado responsable por la comisión de un delito y cumple una condena impuesta por la autoridad judicial, para que al momento de la ejecución se prevenga en la medida de lo posible que el reo no incurra en reincidencia.
- e.- La función de protección de bienes es lo que dá sentido a la existencia de los tipos penales y a la punibilidad que se le asocia, ya que solamente se

justifican esas consecuencias si se defienden bienes que la sociedad considere de vital importancia preservar.

El poder punitivo se encuentra regulado en el artículo décimo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece lo siguiente:

"Artículo 13.- Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta de orden militar estuviese implicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".

Este precepto señala el principio de igualdad entre los hombres ante la ley y determina que ninguna persona física o moral puede gozar de impunidad ni ser juzgada por tribunales especiales sino que será en los previamente establecidos por el Estado con excepción de los militares que se rigen por su propio ordenamiento militar.

El poder punitivo del Estado se encuentra regulado y limitado por los derechos y garantías establecidas en la carta magna para los ciudadanos, y que son conocidos como garantías individuales, contempladas en los artículos del 1 al 29 de nuestra carta magna.

El derecho penal también ha tenido varias denominaciones en otras épocas como son Derecho Represivo, Derecho Punitivo, Derecho Social, Derecho Restaurador o Sancionador, Derecho Transgresional, Derecho Criminal y Principios de Criminología entre otros.

Es importante mencionar que el derecho penal es utilizado por el Estado como el recurso último que hace valer para que los gobernados no transgredan los supuestos señalados en el ordenamiento penal ya que cuando llegan a lesionar bienes de terceros afectan al mismo tiempo el interés público, razones por las que se recurre a la protección de la norma penal. Al momento que se lesionan los intereses del Estado se recurre a diferentes normas punitivas para el logro de la vida en armonía del hombre en la sociedad.

2.- TEORIA GENERAL DEL DELITO.

La teoría general del delito se encarga del estudio de las características y elementos comunes de la estructura de los delitos establecidos en los correspondientes tipos penales.

El Código Penal para el Distrito Federal define el delito en su artículo 7º como "La acción u omisión que sancionan las leyes penales".

En el artículo 8º del mismo ordenamiento se establece como pueden ser cometidos dichos delitos, clasificándolos de la siguiente forma:

- a) **Intencionales**
- b) **No intencionales o imprudenciales**
- c) **Preterintencionales**

- a).- **Los delitos intencionales o dolosos son aquellos en los que el autor, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley, o sea los delitos dolosos pueden resumirse como aquellos en los que el autor conoce y quiere que se produzca el hecho típico descrito en la ley, y el dolo se le define como el conocer y querer el hecho típico.**

- b).- **Los delitos imprudenciales o culposos, son aquellos en los que el autor realiza el hecho típico descrito en la ley.**

- c).- **Los delitos preterintencionales son aquellos en que el infractor de la ley realiza el hecho típico mayor al querido o aceptado, si éste se produce por imprudencia.**

El fundamento de la punibilidad es los delitos que por causas ajenas al infractor no se llegan a realizar, quedan solamente en tentativa y se encuentran regulados en el artículo 12 del Código Penal vigente y su justificación se encuentra en el peligro que corre el bien jurídico tutelado.

Artículo 13.- Son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que lo realicen conjuntamente.
- III.- Los que lo realicen por sí.
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro.
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo.
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión
- VII.- Los que con posterioridad a su comisión auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito.
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

Para determinar si la conducta delictiva de un sujeto constituye un delito, el ministerio público deberá reunir los elementos materiales que lo conforman para determinar si dicha conducta es típica, antijurídica o culpable, así mismo que reúna las condiciones objetivas de punibilidad.

El desarrollo del concepto del delito y su punibilidad provocado por las ideas liberales de los siglos XVIII y XIX, dieron lugar a diversas corrientes doctrinarias que formaron diversas escuelas penales, que no todas estuvieron de acuerdo en sus conceptos, sin embargo, algunos fueron compartidos por sus integrantes, siendo las escuelas penales más codiciadas las siguientes:

a) Escuela clásica

b) Escuela positiva

c) Escuela neoclásica

d) Escuela finalista

a) La escuela clásica concibe al delito como una infracción a la ley del Estado el cual se integra con dos órdenes de fuerza:

- Una moral, que se refiere a la voluntad consciente.

- Otra física, que se refiere a la acción corporal y al daño material.

La responsabilidad penal la fundamenta en el libre albedrío y presupone el conocimiento previo de la norma, la previsión de los efectos penales de la infracción y la libertad de obrar lícitamente. Al tipo penal lo define como una descripción externa del hecho neutro valorativamente, ubicando al dolo en la

culpabilidad; la pena tiene un carácter retributivo y la antijuricidad la concibe como una valoración puramente objetiva en oposición al derecho jurídico, la culpabilidad igual que al dolo los concibe como la relación interna entre la voluntad del sujeto activo y el hecho típico.

- b) La escuela positiva surge de las ideas del naturalismo con representantes tan destacados como Casar Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, entre otros. En esta escuela se considera al delito como fenómeno natural humano que tiene su origen en tres diversos factores que son:**

I.- Individuales (Biopsíquicos)

II.- Físicos (Geográficos y Climáticos)

III.- Sociales (Económicos y Políticos)

La escuela positiva le da trascendencia enorme al estudio de la personalidad del delincuente. La responsabilidad penal la establece en base a la actividad psicofísica del delincuente, introduciendo la idea de que "todos somos responsables por el hecho de vivir en sociedad". Considera la pena como una medida de defensa social que tiene la finalidad de readaptar al delincuente.

c) Escuela Neoclásica, sus representantes más destacados fueron:

- 1.- Arturo Rocco
- 2.- Vincenzo Manzini
- 3.- Francis Cameluti

Esta escuela considera el estudio del delito que tiene que prescindir de aspectos humanos y sociológicos, atendiendo únicamente su naturaleza jurídica, considerando que la pena debe aplicarse a los sujetos que se encuentren en plenitud de sus facultades mentales, ya que de no ser así se le aplicarían al sujeto medidas de seguridad únicamente. Esta escuela introduce dos elementos en la concepción del delito que son:

- 1.- Los elementos subjetivos del injusto
- 2.- Las modalidades descriptivas y valorativas

El dolo, lo mismo que en la escuela clásica, lo considera dentro de la culpabilidad además de la imputabilidad y la reprochabilidad; la antijuricidad la concibe como un daño social o como un incumplimiento a la norma; las modalidades valorativas que introduce la concepción del tipo, las clasifican en:

- Modalidades valorativas jurídicas
- Modalidades valorativas empírico-culturales

Estos valores no son percibidos sensorialmente por lo que deben ser determinados mediante un análisis jurídico o cultural .

- d) La escuela finalista tiene como representante más importante a Weizel; concibe al delito lo mismo que la escuela neoclásica, analizando los elementos subjetivos del injusto y los valorativos, pero excluye al dolo de la culpabilidad incluyéndolo dentro del tipo penal, introduciendo al mismo cuatro conceptos:

- 1.- Tipo garantía individual
- 2.- Tipo objetivo
- 3.- Tipo subjetivo
- 4.- Tipo sistemático

Se considera que el tipo sistemático es aquel que establece la materia de la prohibición que contiene la definición de los elementos que integran el hecho delictivo, la antijuricidad la expresa como la realización de la acción u omisión típica más la ausencia de causas de justificación. En la culpabilidad deja fuera al dolo considerando a éste como la reprochabilidad, imputabilidad y conciencia potencial de la antijuricidad.

- A) La acción u omisión, como elementos constitutivos del delito, se determinan por la manifestación de voluntad con referencia al tipo. La acción es un suceso natural independientemente de que la norma regule un cambio a éste, la omisión no es un suceso natural, existiendo solo cuando la norma

jurídica impone la obligación de realizarla y el autor omite esa obligación, por tanto la omisión es producto de la cultura y de la normatividad.

- B) El tipo, es la descripción o definición del delito, el tipo establece la materia de prohibición constituyendo el supuesto de la punibilidad integrando el tipo sistemático; algunos tipos establecen la concurrencia de circunstancias aunados a la manifestación de voluntad, resultado material y nexos causal para integrar el delito, circunstancias denominadas modalidades que pueden ser descriptivas y valorativas.**

Las modalidades descriptivas son aquellas circunstancias referidas al tiempo, al espacio, al autor, a la ocasión y al objeto material.

Las modalidades valorativas, a diferencia de las descriptivas que se perciben sensorialmente, requieren de una valoración jurídica o empírico-cultural.

Existen elementos comunes a los diversos tipos sistemáticos, el Código Penal en su artículo 8º establece los siguientes:

- a) Deber jurídico penal, consistente en la prohibición que establece el tipo al que se enlaza una pena.
- b) Sujeto activo, el delito cometido en el mundo fáctico es obra del sujeto activo que tiene la imputación del hecho.

- c) **Sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión del sujeto activo.**

- d) **Bien jurídico protegido, es el interés individual, colectivo o estatal protegido a través del tipo y la punibilidad.**

- e) **Objeto material, es el ente corpóreo sobre el que recae la acción típica del infractor, los delitos de omisión carecen de objeto material.**

C) Cuando la conducta de un sujeto activo, resulta ser típica, antijurídica y culpable, se considera delictiva.

La culpabilidad es la reprochabilidad hecha a un sujeto por la libertad que tuvo de obrar ilícitamente; para determinar si una persona es responsable de la comisión de un delito al que se agrega una pena y se le asocia una medida de seguridad, debe estar comprobada la tipicidad del hecho para determinar la imputabilidad del sujeto activo, de conformidad con el artículo 15º fracción XII del código penal se le conoce a la imputabilidad como "comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión".

La imputabilidad es la capacidad de comprensión y autodeterminación de las personas, el código penal establece para el caso de las personas inimputables que han realizado una conducta típica a las que se les aplica las medidas de seguridad previstas en el citado ordenamiento penal.

Ya que los sujetos inimputables, no cometen delitos sino hechos antisociales, en consecuencia los tipos penales están dirigidos a personas imputables y estos pueden ser:

1.- Dolosos de consumación por acción u omisión

2.- De tentativa por acción u omisión

3.- Imprudenciales por acción u omisión

Los inimputables únicamente pueden realizar acciones de consumación o en tentativa, ya que no pueden omitir una acción por carecer de capacidad de comprensión y autodeterminación por lo tanto no les obliga, éstos sujetos no pueden realizar hechos por imprudencia en atención a que ésta se refiere a la comisión de un ilícito incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales les imponen.

Cabe señalar que lo menores de edad no pueden ser considerados inimputables por disposición de la ley, por tener capacidad de comprensión y autodeterminación que corresponden a la naturaleza de cada individuo y no a la legislación, en consecuencia hay menores de edad imputables y menores de edad inimputables.

El artículo 15° del código penal fracción XI establece como parte de la culpabilidad la conciencia potencial de la antijuricidad.

Cabe destacar que la culpabilidad con los demás elementos del delito constituyen el presupuesto de la punibilidad y la temibilidad constituyen el fundamento de la cuantificación de la pena que efectúa el juzgador.

Con respecto a que si el dolo es parte de la culpabilidad o del tipo, su ubicación dependerá de la postura que se adopte en cuanto a las escuelas penales comentadas y las teorías del dolo y la culpabilidad.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Quando una conducta ha sido encontrada típica, antijurídica y culpable, dá lugar a las consecuencias jurídicas previstas en la ley, existiendo delitos que para comprobarse la punibilidad se les agrega, es necesario que se produzcan las condiciones que el tipo establece para integrar el delito, y que se les conocen como condiciones objetivas de punibilidad.

Con respecto a lo anterior, el artículo 303 del código penal establece que para la aplicación de las sanciones que correspondan al que infrinja el artículo anterior, no se tendrá como mortal una lesión sino cuando se verifiquen las tres circunstancias siguientes:

I.- Que la muerte se daba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo convertirse, ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios.

II.- Que la muerte del ofendido se verifique dentro de sesenta días contados desde que fue lesionado:

Los elementos anteriormente mencionados integran el delito y faltando uno de ellos no se integra el delito.

III.- Que si se encuentra el cadáver del occiso, declaren dos peritos después de hacer autopsia, cuando esta sea necesaria que la lesión fue mortal.

Sin importar las ideas de las corrientes doctrinarias sobre la culpabilidad, dolo, antijuricidad y tipicidad, las escuelas penales precisan que el tipo penal es trascendental en la estructura del delito y su ausencia produce aspectos negativos de uno de los elementos más importantes del ilícito, la ausencia del tipo genera que el hecho realizado sea diferente para el derecho penal, si el juzgador aplica una pena o medida de seguridad, sin que el delito realizado reúna los elementos que lo integran, se violarían las garantías individuales del procesado, lo que sería condenable para nuestro sistema jurídico.

En este orden de ideas, mencionaremos dos tipos de delito:

- 1.- Delito como concepto jurídico que se encuentra previsto en la legislación.
- 2.- Delito como concepto bio-social que realiza el ser humano en la experiencia de la vida real, limitado en el tiempo y en el espacio.

1.- El delito como concepto jurídico tiene las siguientes características:

- **Generalidad.-** por estar dirigidos a todos los individuos
- **Abstracción.-** se refiere a los hechos que integran el delito
- **Permanente.-** debido a que es vigente se realice o no delito y hasta que sea derogado

2.- El delito como concepto bio-social tiene las siguientes características:

- **Individual.-** que lo realiza un individuo determinado
- **Transitorio.-** por que el hecho es y deja de ser y puede ser instantáneo, permanente o continuo

De acuerdo con la acción u omisión, el código penal establece los siguientes tipos penales:

- 1.- Delito doloso de acción con resultado material consumado.
- 2.- Delito doloso de acción sin resultado material consumado.
- 3.- Delito doloso impropio de omisión o comisión por omisión.

4.- Delito doloso de acción en tentativa.

5.- Delito doloso de omisión o comisión por omisión en tentativa.

6.- Delito doloso de omisión propia.

7.- Delito culposo de acción.

8.- Delito culposo de omisión.

3.- PRINCIPIO Y GARANTIA DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad consiste en dar seguridad jurídica al gobernado, no ser molestado ni castigado por la realización de una acción u omisión si esta no ha sido declarada con anterioridad en forma exacta por la ley como punible, la pena debe de estar delimitada con anterioridad a la imposición de la misma y de la acción u omisión.

El artículo 14° constitucional párrafo tercero establece lo siguiente: "en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no este, decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

El precepto anterior establece el principio de legalidad y la exacta aplicación de la ley como se ha manifestado con anterioridad, según el principio conocido como "NULLUM CRIMEN, NULA - POENA - SINE - LEGUE" si no hay pena no hay ley, principio que establece que nadie puede ser limitado en su libertad y en sus derechos sino únicamente cuando ha realizado un hecho que la ley establece como punible.

Son antecedentes del principio de legalidad los previstos en el párrafo III del artículo 14º constitucional que son:

- a) El artículo 2º del Código Penal para Reich alemán de 1871, "una acción sólo puede ser castigada con una pena, si ésta se encuentra determinada por la ley antes de que la acción fuese cometida".
- b) El artículo 8º de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada".
- c) La carta magna de 1857 en su artículo 14º establecía "no se podrá expedir ninguna ley retroactiva ni nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dictadas con anterioridad al hecho exactamente aplicable a él por el tribunal que previamente haya establecido a ley, así mismo ajeno a los antecedentes de nuestra carta magna el párrafo segundo del artículo 11º de la declaración universal de los derechos humanos de 1948 establece:

"Nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivas según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá penas más graves que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

En resumen, nuestra carta magna establece en forma absoluta la prohibición de aplicar la ley en materia penal, obedeciendo a circunstancias de analogía o mayoría de razón.

En seguida trataremos sobre la garantía de legalidad que se encuentra regulada en el artículo 16° de nuestra carta magna.

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito por la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración bajo protesta de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, dicha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquier persona puede prender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado poniéndolo

inmediatamente a disposición de la autoridad judicial, toda orden de cateo sólo podrá ser expedida por la autoridad judicial misma que será por escrito y en la que se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a los que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado y en su ausencia o negativa por la autoridad que practica la diligencia".

Esta garantía es absoluta en el sentido de que no acepta excepción alguna, ya que la autoridad judicial a contrario sensu sólo podrá molestar a los gobernados si se reúnen los requisitos de legalidad que establece el artículo 16° constitucional, anteriormente citado, ya que para fundar y motivar esa molestia debe ampararse en la aplicación de una ley que cumpla con el principio de legalidad.

En un sistema jurídico vigente como el nuestro en el que va aunada una punibilidad a la comisión de un delito, sin que esté previamente este descrito en la ley y que se sancione por analogía o mayoría de razón, se está creando un derecho penal atentatorio contra los principios y garantías de legalidad ya que atenta contra la libertad de las personas, contraviniendo lo establecido en la parte fundamental de las garantías individuales de nuestra carta magna.

El artículo 29° de nuestra constitución señala que solo podrán suspenderse.

"En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de

los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de la Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y en los recesos de éste de la comisión permanente podrá suspender en todo el país o en un lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación, pero deber hacerlo por un tiempo determinado por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde".

Este precepto establece que para suspender las garantías individuales es necesario que la sociedad se encuentre en grave peligro y es el Ejecutivo con acuerdo de los Secretarios de Estado y Jefe de Departamento del Distrito Federal, podrá suspenderlas en todo el país o en lugar determinado siempre y cuando sea por un tiempo limitado y sin que se contraiga la suspensión a un determinado individuo, por lo que el juzgador sanciona a un individuo por la comisión de un ilícito sin respetar los principios de legalidad y las garantías consagradas en nuestra Carta Magna, de no existir una suspensión de las mismas, como se ordena en el artículo 29º en mención, se estaría violando flagrantemente las garantías del gobernado contraviniendo lo ordenado en nuestra constitución general.

4.- EL ADULTERIO COMO DELITO Y SUS ELEMENTOS.

Nuestra legislación penal, no tiene expresamente una definición que tipifique el delito de adulterio, que al igual en nuestro código civil o sustantivo no hay una definición expresa, sin embargo es una causal de divorcio. El estudio realizado sobre la concepción del delito de adulterio que hacen diversos países y estados de nuestra República Mexicana, encontramos que no existe un criterio uniforme sobre dicho ilícito penal, así mismo del análisis histórico llevado a cabo encontramos que el adulterio se concibe y sanciona de diferentes maneras dependiendo del momento de la cultura del pueblo y del lugar y medio que lo rodea.

Para establecer el legislador los elementos del delito de adulterio nos señala dos de ellos que son: el domicilio conyugal y el escándalo, tal como lo dispone el artículo 273° del ordenamiento penal vigente.

El artículo 273° a la letra dice "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de los derechos civiles hasta por 6 años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Estos elementos son modalidades valorativas ya que su conocimiento requiere de una evaluación jurídica en cuanto al domicilio conyugal y una valoración empírico-cultural en cuanto al escándalo. Es requisito que este ilícito sea cometido en el domicilio conyugal para darte valoración jurídica ya que de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el domicilio conyugal es el lugar donde se

realiza la vida en común de los cónyuges y de su familia, el artículo 163° del Código Civil establece la siguiente definición:

Artículo 163° "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutarán de autoridad propia y consideraciones iguales".

En cuanto a la modalidad valorativa referida al escándalo y no habiendo precepto legal que lo defina, el juzgador realizará una evaluación empírico-cultural para determinarlo, pudiendo presentársele el problema de que no para todas las personas de una sociedad esta acción es escandalosa ya que para algunos resulta ofensiva y para otros no lo es, por lo que el juzgador tendrá que recurrir a la jurisprudencia para establecer un criterio en cuanto a lo escandaloso de la acción.

Con referencia al escándalo la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenta el siguiente criterio:

4.1 EL ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE ADULTERIO.

"El elemento escándalo se produce cuando la acción o la palabra en su acepción LATA es conocida por una colectividad o un grupo humano que 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 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".

4.2 EL DELITO DE ADULTERIO.

Sexta época, segunda parte, volumen CXII, página 11, amparo directo 3979/61, Juan Cádena y coagraviados, 5 votos.

Para que el delito de adulterio sea punible, es requisito indispensable que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo, por lo que si en un caso ambos cónyuges han aceptado una separación de hecho, habitando casas distintas es evidente que no existe el domicilio conyugal propiamente dicho, pero si existe el escándalo entendiéndose por tal la desvergüenza, el desenfreno, el ejemplo, o bien la publicidad de un acto que ofende la moral media social, si los adúlteros aplicaban las relaciones sexuales en presencia de una hija del matrimonio o el lugar donde también se daba cuenta otra persona.

4.3 CUERPO DEL DELITO DE ADULTERIO CON ESCANDALO.

Sexta época, volúmen LXXXVI, página 8, amparo directo 3617/63, Romana Robles de Fong. 24 de agosto de 1964. Unanimidad de 4 votos. Ponente Agustín Mercado Alarcón.

Legislación del Estado de Oaxaca.

Se comprueba el cuerpo de dicho delito previsto por el artículo 236° del código Penal del Estado, aún cuando la ofendida y los testigos no manifiesten haber visto a los acusados realizar el acto sexual, toda vez que la publicidad o carácter ostentoso de las relaciones adulterinas, no implican necesariamente que el acceso se practique en público, pues aquella se presume por la ostentación de los amoríos de los adúlteros o por que los dos den a entender con su conducta el trato de esposos o cuando ante el conocimiento general vivan amancebados o se fuguen juntos abandonando a la familia legítima o se exhiban notoriamente como amantes, pues el escándalo en el adulterio consiste en el desenfreno o desvergüenza de los amoríos ilícitos, que por su publicidad constituyen ofensa a la moral media y especialmente contra el cónyuge inocente, dado el entredicho en que queda ante los demás.

4.4 DELITO DE ADULTERIO.

Tribunal Colegiado del decimotercer circuito, octava época, Juventino Espinoza López y Obdulia Ramírez Alavez, 3 de noviembre de 1988, unanimidad de votos, ponente José Angel Morales Ibarra.

Legislación de Aguascalientes y del Distrito Federal.

El delito de adulterio según lo han definido los tratadistas, consiste en la violación de la fé conyugal por uno de los esposos, mediante el contacto carnal que tenga con tercera persona pero conforme al artículo 273 del Código Penal de Aguascalientes, concordante con el artículo 273 del Código Penal del Distrito y

Territorios Federales, " para que tal acto sea punible es necesario que se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo. Según el diccionario de la lengua castellana, por escándalo se entiende el dicho o hecho que es causa de que uno obre mal o piensa mal de otro y el alboroto, licencia o desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo y el concepto de escándalo social, ni siquiera se exige que los actos que lo constituyen se verifiquen públicamente basta que puedan llegar al conocimiento de la sociedad para que se estile la difusión que el mal ejemplo constituye en el elemento escándalo sobre todo si el estado o acto adulterino, fue acompañado de grave publicidad constituyendo una afrenta para el cónyuge inocente".

V época, volumen LXXXIX, página 286, Cisneros Vega J. Jesús y cosgraviados, 8 de julio de 1946, 4 votos.

De los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podemos concluir que el escándalo es requisito para la comisión del delito de adulterio, ya que afecta al cónyuge inocente en sus sentimientos y su honor a la vista de la sociedad.

Doctrinalmente se polemiza en cuanto a si es necesario tipificar el delito de adulterio en el Código Penal o no; actualmente las ideas doctrinarias en su mayoría, tienden a su abolición, basadas en los siguientes argumentos:

- 1.- El adulterio pertenece al campo más íntimo y privados de la familia y la intervención de la ley penal lo único que consigue son consecuencias funestas.
- 2.- Las sanciones penales son ineficaces, pues no logran reprimir tal comportamiento.
- 3.- La dificultad de la prueba que compete al adulterio.

Ninguno de estos argumentos parecen suficientemente sólidos como para derogar el delito de adulterio, pues el derecho penal al intervenir en el campo familiar, ocasiona consecuencias fatales, y no tendría que intervenir cuando un familiar atenta contra los intereses de su familia con la probabilidad de ocasionar consecuencias legales como sería privar de su libertad al responsable; así también parece pobre el argumento que opta por la derogación del adulterio como delito, por ser ineficaz la sanción penal para reprimir y evitar la conducta adulterina, si este argumento fuera correcto habría que derogar la mayoría de los delitos previstos en los códigos penales ya que su regulación hasta la fecha no ha evitado la comisión de los mismos. Por mencionar algunos diremos que el homicidio, robo, daño en propiedad ajena, etc.

En cuanto al argumento que sostiene la derogación del adulterio por la dificultad que presenta su comprobación, con dificultad se sostiene en atención a que la descripción y penalización de los hechos que se realizan en los diferentes tipos, debe obedecer a la protección que se haga del bien jurídico tutelado y no a la

facilidad o dificultad de su comprobación, ya que de ser así habría que derogar los delitos de violación y de hostigamiento sexual por la dificultad que existe para su comprobación.

La teoría abolicionista sostiene el criterio de que un juicio no cura, produce escándalo, no corrige al culpable y humilla al inocente, por lo que resulta difícil creer que el cónyuge inocente al acudir a los tribunales, resulte humillado al ejercitar los derechos que la ley le confiere.

Universalmente se considera que las ideas morales y religiosas tienden a la regularización del adulterio en el código penal, ya que al hacerlo se pretende evitar la desintegración familiar o la infidelidad conyugal, lo que en realidad no ocurre. Si el interés del Estado es proteger a la familia que constituye la base de la sociedad, por ser el matrimonio una institución reconocida por la ley para la formación, por lo tanto el Estado debe desalentar mediante la intimidación de la sanción penal las uniones ilícitas e inculcar el respeto que se merecen los cónyuges dentro del matrimonio con vista a la sociedad y que se siga la persecución de este ilícito a petición de la parte ofendida como se encuentra establecido en nuestra legislación penal.

Cabe destacar que para justificar la penalización de este ilícito, se debe de contemplar en materia civil el divorcio con el fin de que el cónyuge que ya no acepta a su pareja, de esta forma tenga que incurrir en un delito de infidelidad con su compañera(o).

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

5.- ATIPICIDAD DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Como ya se ha mencionado el tipo penal es la descripción que la ley expresa con respecto a una conducta típica antijurídica y culpable, estableciendo así la materia de la prohibición.

La ausencia del tipo penal para la aplicación de la punibilidad, entraña violación de garantías individuales, especialmente al violar el principio y garantía de legalidad.

En el artículo 273 del Código Penal, no se proporciona ninguna definición o tipo de lo que es el delito de adulterio, señalando únicamente sus modalidades y estableciendo la penalidad correspondiente, por lo tanto al imponer una pena al juzgador a un adúltero, sin que la ley proporcione el tipo de delito, estará violando lo contemplado en la constitución en su artículo 14º, que es el principio de legalidad, en el caso de que el juzgador ante la ausencia del tipo recurra a la jurisprudencia para determinar en que consiste este, de igual manera se estaría violando el principio de legalidad consagrado en el artículo 16º constitucional, éste argumento es aplicable cuando el juzgador suple la deficiencia de la ley en lo que establece la doctrina sobre el adulterio.

Es considerada la idea de que se viola el principio de legalidad consagrado en nuestra constitución política al aplicarse una sanción penal al sujeto que incurre en la comisión de un delito que no se encuentra plenamente tipificado, al cual

constantemente hacemos referencia en esta tesis; para ilustrar esta opinión mencionaré, algunos criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

5.1 ADULTERIO

El tipo del delito correspondiente, se integra precisamente con un adulterio que tenga verificativo en el domicilio conyugal o con escándalo. Estos son elementos integrantes del tipo, lo que ocurre es que probablemente no sea muy certero el nombre que se le ha dado a la figura delictiva ya que se toma para su 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 hubiese 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 por que la ley no define lo que es adulterio. Ya se ha indicado que el adulterio no es sino un elemento constitutivo de la infracción, elemento que efectivamente la ley no define, como tampoco proporciona la definición de lo que es "VIDA", homicidio, cópula, estupro, etc. en estas últimas infracciones, como en la mayoría de las que figuran en la legislación, al todo se le designa como 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 correspondiente, se integra con la descripción de los elementos hecha por el ordenamiento jurídico.

Sexta época, tomo XXVIII, página 10, amparo directo 3948/59, Alicia Valtierra Lugo, 10 de octubre de 1959, 5 votos, ponente Rodolfo Chávez S.

En relación a la tesis jurisprudencial antes citada, se dice que para integrar el delito de adulterio es necesario que se verifique en el domicilio conyugal o con escándalo, elementos que integran el tipo.

En cuanto a la inexistencia del tipo de este ilícito mucho se ha escrito al respecto, ya que la ley no define el término de adulterio, indicando que el mismo es un elemento constitutivo de la infracción, así como tampoco define lo que es vida en el homicidio ni cópula en el estupro, etc. este tipo de conductas carecen de una concepción universal, por lo que la ausencia de una descripción de estos delitos es reprochable para los legisladores ya que no deben dejarlas a la concepción gramatical que de estos términos se tenga, de ser así, los calificativos de los delitos contra la vida y la integridad corporal se entenderían de manera distinta a como lo establece la ley .

5.2 ¿QUE SE ENTIENDE POR ADULTERIO?

Quinta época, tomo LXV, página 1098, Martínez de Pérez Consuelo, 25 de julio de 1940, unanimidad 5 votos.

De esta tesis se desprende la violación al principio de legalidad, consagrado en la Carta Magna, al establecer que se entiende por adulterio, fundamentándose no en

la ley, sino en la doctrina por lo que al no existir una definición del tipo, se genera una atipicidad del ilícito violatoria de las garantías individuales.

Legislación del Estado de Jalisco.

El artículo 246 del Código Penal vigente del Estado de Jalisco previene que se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en la casa conyugal o con escándalo; ahora bien, el delito de adulterio consiste según la doctrina en el comercio o ayuntamiento carnal entre hombre y mujer, siendo cualquiera de los dos casados con otra persona, con violación de la fé conyugal.

CONCLUSIONES

Del tema tratado se puede concluir lo siguiente:

1.- El delito de adulterio previsto en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República Mexicana en materia del Fuero Federal, es una violación al principio de legalidad previsto en el artículo 14º constitucional de nuestra carta magna ya que carece de tipo penal.

2.- En los códigos penales de las diferentes entidades federativas, no existe concordancia con relación al delito de adulterio, ya que existen estados que ha dicha conducta no le atribuyen consecuencias penales y en los que si se les atribuyen tipos penales, no son acordes entre sí.

3.- En materia civil, la ley no establece ni concretiza una definición acerca de lo que es el adultero refiriéndose únicamente a sancionar su relación.

4.- En materia penal, es incorrecta la ubicación del delito de adulterio en el Código Penal para el Distrito Federal ya que se encuentra ubicado en el título relativo a los delitos contra la libertad y normal desarrollo psicosexual de las personas; ya que para la comisión del adultero se requiere una manifestación de voluntad de orden sexual, para que un delito sea considerado dentro de este orden, es necesario se produzca una lesión o peligro de lesión de un bien sexual de la víctima, situación que no se da en el adulterio ya que el bien jurídico lesionado en éste delito es el honor del cónyuge ofendido, y no su libertad y desarrollo psicosexual.

5.- Como ya se expreso, el bien jurídico tutelado en el delito de adulterio es el honor del cónyuge ofendido, en atención de que el artículo 273 del Código Penal par el Distrito Federal establece como requisito para su consumación, sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, por lo que si ninguna de estas circunstancias se verifica la conducta no puede constituir el delito en comento.

Si se pretende que el bien jurídico tutelado para éste delito lo sea la fidelidad conyugal o el orden matrimonial, necesario es que se excluya el requisito del domicilio conyugal así como el del escándalo, debido a que se afecta el orden matrimonial con o sin estos requisitos ya que la fidelidad conyugal debe ser observada en toda circunstancia y no únicamente en las condiciones establecidas.

6.- Con relación a las consecuencias penales que se le asocian al delito de adulterio, la privación de derechos civiles hasta por 6 años, es necesario señalar que ésta punibilidad está incorrecta su utilización, ya que una privación de derechos es definitiva y no puede ser limitada en tiempo como señala el artículo 273 del código penal para el Distrito Federal, por lo que la punibilidad correcta sería una suspensión de derechos civiles hasta por 6 años y no una definitiva, ya que ésta además sería violatoria a lo estipulado por el artículo 22 constitucional relativo a las penas infamantes.

7.- Para poder dar cumplimiento al principio de legalidad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se propone la modificación del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal para que su redacción quede de la siguiente manera:

" Artículo 273.- Comete el delito de adulterio la persona que estando casada, tenga relaciones sexuales con persona distinta a su cónyuge ya la que con ella la tenga sabiendo que es casada sin importar el sexo de los autores.

A los responsables de adulterio se les aplicará prisión hasta de dos años y suspensión de derechos civiles hasta por 6 años".

De esta forma el artículo 273 del Código Penal daría cumplimiento al principio y garantía de legalidad, siendo así el bien jurídico tutelado el orden matrimonial y la punibilidad que se aplicará estaría apegada a derecho y el tipo propuesto sancionaría la realización del adulterio cometido por personas del mismo sexo.

8.- Como el bien jurídico tutelado en la conclusión anterior es el orden matrimonial, se propone que el delito de adulterio se excluya del título relativo a los delitos que atentan contra la libertad y normal desarrollo psicosexual de las personas para ser reubicado en un título relativo a los delitos que atenten contra el orden matrimonial.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO", Editorial Porrúa, México 1990, Décima Quinta Edición.
- 2.- Carrancá y Trujillo Raúl Carrancá y Rivas Raúl. "DERECHO PENAL MEXICANO, Editorial Porrúa, México 1991, Décima Sexta Edición.
- 3.- Castellanos Fernando. "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, México 1917, Cuarta Edición.
- 4.- Escriche Joaquín. "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA", Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1979.
- 5.- Galindo Garfias Ignacio "DERECHO CIVIL", Editorial Porrúa, México 1985, Séptima Edición.
- 6.- García Méaynes Eduardo. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO" Editorial Porrúa, México 1982, Trigésima Cuarta Edición.
- 7.- González de la Vega Francisco "DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Porrúa, México 1982, Cuarta Edición.
- 8.- González de la Vega Francisco "EL CODIGO PENAL COMENTADO", Editorial Porrúa, México 1978, Cuarta Edición.
- 9.- Grandini González Javier "MEDICINA FORENCE", Editorial Joaquín Porrúa, México 1989.
- 10.- Reynoso Dávila Roberto "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL", Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, Primera Edición.
- 11.- Rojina Villegas Rafael "DERECHO CIVIL MEXICANO", Editorial Porrúa, México 1983, Tercera Edición, Tomo II.
- 12.- Martínez Murillo Salvador. "MEDICINA LEGAL", Editorial Librería de Medicina, México 1970, Décima Edición.
- 13.- Tena Ramírez Felipe. "DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO", Editorial Porrúa, México 1989, Vigésima primera Edición.
- 14.- Villoro Toranza Miguel. "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", Editorial Porrúa, México 1988, Septima Edición.
- 15.- Vela Treviño Sergio. "ANTI JURICIDAD Y JUSTIFICACION", Editorial Trillas, México 1990, Tercera Edición.
- 16.- Universidad Autónoma de México. "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO", Editorial Porrúa, México 1989, Tercera Edición.

- 17.- Montanell Indro. "HISTORIA DE ROMA", Editorial Plaza y Janes, Barcelona 1960, Tercera Edición.
- 18.- Muñoz Sabaté Luis. "SEXUALIDAD Y DERECHO", Editorial Hispano Europea, Barcelona 1976.
- 19.- Reyes Echandia Alfonso. "TIPICIDAD", Editorial Temis, Bogotá Colombia 1989, Quinta Edición.
- 20.- Montero Duhatt Sara. "DERECHO DE FAMILIA", Editorial Porrúa, México 1989, Quinta Edición.

LEGISLACION

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1992.
- 2.- Código Penal para el Estado de Aguascalientes, Editorial Cajica, México 1987.
- 3.- Código Penal para el Estado de Chihuahua, Editorial Porrúa, México 1990.
- 4.- Código Penal para el Estado de México, Editorial Barbera, México 1992.
- 5.- Código Penal para el Estado de Guanajuato, Editorial Porrúa, México 1990.
- 6.- Código Penal para el Estado de Jalisco, Editorial Porrúa, México 1990.
- 7.- Código Penal para el Estado de Tabasco, Editorial Cajica, México 1988.
- 8.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, Editorial Porrúa, México 1992.
- 9.- Código Penal para el estado de Chiapas, Editorial Cajica, México 1988.
- 10.- Código Penal para el Estado de Colima, Editorial Cajica, México 1987.
- 11.- Código Penal para el Estado de Coahuila, Editorial Cajica, México 1988.
- 12.- Código Penal para el Estado de Guerrero, Editorial Porrúa, México 1989.
- 13.- Código Penal para el Estado de Morelos, Editorial Porrúa, México 1990.
- 14.- Código Penal para el Estado de Sinaloa, Editorial Cajica, México 1984.
- 15.- Código Penal para el Estado de Hidalgo, Editorial Porrúa, México 1988.
- 16.- Código Penal para el Estado de San Luis Potosí, Editorial Cajica, México 1985.
- 17.- Código Penal para el Estado de Yucatán, Editorial Cajica, México 1988.
- 18.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 1992.
- 19.- Ley para el Tratamiento de menores Infantes, para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, Diario Oficial de la Federación de Fecha 24 de diciembre de 1991.
- 20.- Código Penal para el Estado de Michoacán, Editorial Cajica, México 1990.
- 21.- Código Penal para el Estado de Oaxaca, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 22.- Código Penal para el Estado de Tlaxcala, Editorial Cajica, México, 1984.
- 23.- Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, Editorial Cajica, México 1981.
- 24.- Código Penal para el Estado de Veracruz, Editorial Porrúa, México 1989.