



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO
DE ADULTERIO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

RAFAEL SANTIBÁÑEZ VILLANUEVA

ASESOR: DR. EDUARDO LOPEZ BETANCOURT





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.

Paginación Discontinua



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno SANTIBAÑEZ VILLANUEVA RAFAEL, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. RAUL EDUARDO LOPEZ BETANCOURT, la tesis profesional intitulada "ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ADULTERIO", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. RAUL EDUARDO LOPEZ BETANCOURT, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANALISIS DOGMATICO DEL DELITO DE ADULTERIO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno SANTIBAÑEZ VILLANUEVA RAFAEL.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 17 de septiembre 2001

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A DIOS:

PORQUE GRACIAS A ÉL
ESTOY AQUÍ.

A MI MAMÁ:

POR SU INMENSO AMOR , EL
GRAN APOYO QUE SIEMPRE
ME HA BRINDADO Y POR
INSISTIR EN QUE
TERMINARA MIS ESTUDIOS.

A MI PAPÁ:

PORQUE SIEMPRE VIVIRÁS
EN MI CORAZÓN.

A MIS HERMANOS:

GUSTAVO, ALEJANDRO,
SUSANA, MARIANA Y
CLAUDIA, POR SU GRAN
CARIÑO Y APOYO.

A MI ASESOR:

DR. EDUARDO LÓPEZ
BETANCOURT POR SU
APOYO E INSPIRARME
PARA REALIZAR ESTE
TRABAJO.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES DEL DELITO DE ADULTERIO

1.1. Evolución del Concepto de Adulterio en Algunas Culturas.....	1
1.1.1. Pueblos Primitivos.....	1
1.1.2. China y el Lejano Oriente.....	2
1.1.3. Budismo.....	3
1.1.4. Islam.....	3
1.1.5. Babilonia.....	4
1.1.6. Egipto.....	4
1.1.7. Grecia.....	5
1.1.8. Judaísmo.....	5
1.1.9. Roma.....	6
1.1.10. España.....	7
1.2. El Adulterio en el Derecho Canónico.....	10
1.3. El Adulterio en México.....	14
1.3.1. Época Prehispánica.....	14
1.3.2. Época Colonial.....	17
1.3.3. Época Independiente.....	18
1.4. Legislación Mexicana.....	20
1.4.1. Código Penal de 1871.....	20
1.4.2. Código Penal de 1929.....	21
1.4.3. Código Penal de 1931.....	22

CAPÍTULO II. PRESUPUESTOS DEL DELITO DE ADULTERIO

2.1. Concepto de Delito de Adulterio.....	25
2.2. Presupuestos del Delito de Adulterio.....	29
2.3. Bien Jurídico Tutelado.....	33

CAPÍTULO III. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE ADULTERIO

3.1. La Conducta y su Ausencia.....	42
3.2. Tipicidad y Atipicidad.....	46
3.3. Antijuricidad y Causas de Justificación.....	53
3.4. Imputabilidad e Inimputabilidad.....	55
3.5. Culpabilidad e Inculpabilidad.....	56
3.6. Condiciones Objetivas de Punibilidad y su Ausencia.....	68

CAPÍTULO IV. "ITER CRIMINIS", TENTATIVA Y CONCURSO DE DELITOS

4.1. Iter Criminis.....	71
4.2. Tentativa.....	74
4.3. Concurso de Delitos.....	78

CAPÍTULO V. GENERALIDADES DEL DELITO DE ADULTERIO

5.1. Comprobación del Delito.....	81
-----------------------------------	----

5.1.1. Dificultad en la Integración del Cuerpo del Delito.....	81
5.2. Consecuencias Legales del Adulterio.....	92
5.3. Abolición del Delito de Adulterio.....	95
CONCLUSIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	102

INTRODUCCIÓN

Esta investigación se enfoca al análisis y estudio dogmático del delito de adulterio, que se encuentra previsto en los artículos 273 al 276 del Código Penal Federal, en su título décimo quinto denominado "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual".

El delito de adulterio que se analiza en el presente trabajo de tesis, es un tema de reflexión, ya sea para los estudiantes de derecho, así como para los legisladores y jurisconsultos, dando lugar a múltiples polémicas, con el fin de adquirir una adecuada noción teórica de su naturaleza jurídica, con la finalidad de ubicarlo en la práctica.

El estudio dogmático del delito de adulterio, nombre con el que se intituló la tesis, pretende comprobar si es posible abolir este delito de la Legislación Penal, quedando únicamente como causal de divorcio en la Legislación Civil; siendo que no debe ser sancionado por un ordenamiento penal.

Actualmente es muy discutido si el delito de adulterio debe suprimirse de nuestro Código, toda vez que es muy poco probable que se inicie su averiguación; ya que por la falta de comprobación de los elementos constitutivos: domicilio conyugal y escándalo, no se prevé mayor sanción. Mas por la inconformidad del sujeto inocente, es posible,

que por lo menos a través de la vía civil, se consiga la disolución del matrimonio.

En este sentido y en el orden de ideas expuesto con anterioridad, es objetivo central del presente trabajo de tesis, analizar los elementos del delito de adulterio. Observando sus limitantes como es el tipo penal, y en tal virtud tratar de demostrar su eliminación como conducta delictiva, del Código Penal Federal.

Así, en el primer capítulo se identifican los antecedentes generales del delito de adulterio en el mundo, al igual que en México, de tal manera que se observen el tipo de sanciones aplicables a este delito a través de la historia.

El segundo capítulo tiene como finalidad, abordar los presupuestos del delito de adulterio, considerados como aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito.

En el tercer capítulo, se elabora un estudio sobre los elementos positivos y negativos del delito de adulterio: tipicidad y atipicidad, antijuricidad y causas de justificación, imputabilidad, etc.

El cuarto capítulo, pretende identificar de qué manera surge el *iter criminis* o camino del crimen, significado que se da al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito. Asimismo, se conocen algunas de esas etapas como son la tentativa y el concurso de delitos.

Finalmente, en el quinto capítulo se plasma la dificultad que constituye integrar la comprobación del delito de adulterio, desde el punto de vista penal. Situación que no sucede en el ámbito civil, al estar sustentada no sólo en la comprobación directa, sino también en la indirecta del delito. De esto, se desprende la necesidad de conocer sus consecuencias legales y la posible abolición de la legislación penal.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE ADULTERIO

1.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ADULTERIO EN ALGUNAS CULTURAS

En el presente Capítulo trataremos de establecer o presentar un breve recorrido de los antecedentes históricos existentes; acerca del concepto de adulterio que se tenía en las culturas más importantes de la historia; asimismo, haremos referencia a la evolución que ha tenido en la historia de nuestro país.

1.1.1. PUEBLOS PRIMITIVOS

Así como ha resultado problemático determinar con exactitud cómo se constituyeron los matrimonios en las sociedades primitivas, ha resultado igualmente difícil el determinar cómo 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, que al adulterio se le concibiera esencialmente, como un menoscabo en los derechos de propiedad: la mujer encontrada culpable y su cómplice eran castigados proporcionalmente con diversas penas, que iban desde la mutilación hasta la muerte.

Asimismo, es comprensible que a los maridos no les fuese impuesto castigo alguno por cometer adulterio con mujer soltera, toda vez que su esposa no era sino un simple objeto susceptible de apropiación como cualquier otro; existen antecedentes de que entre los Nuers del Sudán Meridional se practicaban ciertos ritos en beneficio del esposo, para prevenir las enfermedades que pudiera acarrearle el adulterio de su esposa.¹

1.1.2 CHINA Y LEJANO ORIENTE

La corriente confuciana es la que mayor influencia tiene en China y el Lejano Oriente, regulando muy severamente las normas que rigen las relaciones entre los sexos; en estas culturas al adulterio se le consideraba como una causa de divorcio entre muchas otras, como la exigencia de la castidad obligatoria en la mujer para contraer matrimonio.

En principio, el varón únicamente podía tener una esposa legal, pero se le toleraba la poligamia; dado que en estas sociedades al matrimonio se consideraba como un contrato entre dos familias, los responsables del adulterio quedaban sometidos a la potestad de la familia y del cónyuge ofendido; al cómplice se le apaleaba, mutilaba o desfiguraba y la mujer culpable que había sido repudiada por la familia de

¹ Maclado, José Mario, El Adulterio en el Derecho Penal. Publicación del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Valencia. 1977 p. 18-22.

su esposo se suicidaba o bien se convertía en esclava o prostituta.

1.1.3 BUDISMO

El adulterio es mencionado como una de las formas de desorden sexual; en los textos budistas se establecía que si un monje sostenía relaciones sexuales con una mujer casada, éste era expulsado de su orden, sin embargo, esta sanción les era impuesta por el simple hecho de sostener una relación sexual con cualquier persona, independientemente que ésta fuese o no casada. A los laicos, les estaba prohibido sostener trato carnal con cualquier mujer sujeta a algún tipo de protección, ya fuera de su tutor, de su marido o de su padre. En los textos más antiguos de esta cultura, el adulterio se presentaba como un ejemplo de una grave conducta desordenada y como una causa de Karma maligno, cuyas consecuencias repercutían más allá de la vida mundana acarreado severos castigos.

1.1.4 ISLAM

Los árabes tienen el término Zina para designar tanto al adulterio como a la fornicación; el Corán establece que las mujeres que cometen estos delitos, bajo el dicho de dos testigos, sean confinadas por el resto de sus vidas o hasta que Dios disponga lo que ha de ser de ellas. En 24.2

se señala la pena de cien bastonazos a los culpables de fornicación, la tradición habla mucho de los castigos que se han de imponer a los adúlteros y fornicarios, uno de ellos afirma que las solteras recibirán cien azotes y serán desterradas durante un año y las casadas después de los azotes, serán lapidadas hasta la muerte. Para probar la existencia del adulterio o fornicación, se requería del testimonio de personas que hubiesen presenciado el hecho, o bien, la confesión misma de los culpables.

Es conveniente destacar que, en esta cultura a la fornicación se le conoce como una indecencia que no llega al trato carnal.

1.1.5 BABILONIA

El Código de Hamurabi estableció normas minuciosas sobre el adulterio, el cual era castigado con severas penas. El esposo ofendido podía castigar a su cónyuge infiel y a su cómplice en el momento de encontrarlos en el acto carnal o con posterioridad al mismo, o bien, podía llevarlos a los tribunales y exigir su muerte, su mutilación o su absolución.

1.1.6 EGIPTO

Los antiguos egipcios consideraban al adulterio como un pecado, el

cual se incluía en el Libro de los Muertos como un delito que recibía un castigo después de la muerte; las mujeres eran tratadas generalmente igual por la comisión del adulterio; sin embargo, existen numerosos indicios sobre los castigos que les eran impuestos a la mujer adúltera y ésta incluso, podía ser condenada a la muerte en la hoguera; en tanto, no existe ningún antecedente sobre los castigos que pudieran imponérsele al varón.

1.1.7 GRECIA

En Grecia la familia tenía una gran importancia en la estructura social, dado que con la práctica de relaciones adulterinas la mujer ponía en peligro a ésta, por la posibilidad que había que introdujera sangre extraña a la misma; esta conducta era severamente castigada, el esposo tenía la obligación de repudiarla, quedaba excluida de los templos religiosos si intentaba asistir a alguno de ellos, cualquiera podía atacarla y despojarla de sus adornos, pero no podía ser mutilada o muerta. El varón podía matar al cómplice de su mujer infiel o infringirle cualquier otro castigo, como lo era el pago de una cantidad de dinero; sin embargo, el adulterio del varón no era castigado a menos de que dañara los derechos de otra familia.²

² Werner. Jaeger. Los Ideales de la Cultura Griega, F.C.E. México, 1978. p. 315-317.

1.1.8 JUDAÍSMO

Los hebreos prohibían categóricamente el adulterio, las sanciones eran las mismas que las detalladas con antelación, con algunas variantes, como puede ser la muerte por lapidación. La legislación hebrea justifica esta sanción por lo dispuesto en el Libro Deuteronomio 22,22 que establecía "... de esta forma limpiareis a Israel de ese mal".

Es pertinente señalar, que en la literatura de esta cultura, el adulterio era una metáfora para expresar la infidelidad de Israel con Yavé.

En el Libro de los Números se establecía que el marido celoso podía obligar a su mujer, de la cual sospechaba que hubiese cometido adulterio, a que se sometiera a la ordalía (juicio de Dios, prueba a que se someten los acusados).

En el Derecho Sabínico, se abolió la práctica de la ordalía y únicamente se estableció que la mujer adúltera podía ser repudiada por su marido, perdiendo con ello todo derecho sobre la dote y se establecía que el ofensor quedaba maldito.³

³ García Cordero, Omar. Biblia Comentada, Texto Nacar Colunga, BAC Vol. II, Madrid, 1962, p. 7.

1.1.9 ROMA

Los romanos hacían una clara distinción entre el "stuprum" (desorden sexual del marido con mujeres solteras) y "adulterium" (trato carnal de la esposa con cualquier otro hombre distinto de su marido o del marido con una mujer casada). Durante la época de la República si la esposa de un varón cometía adulterio, éste estaba autorizado para darle muerte. Es durante el Imperio cuando el derecho reconoció, en la Lex Julia, que el adulterio era un delito público y que correspondía a cualquier persona su acusación, imponiéndose como sanción a la mujer adúltera, la pérdida de la mitad de la dote y un tercio de sus propiedades; asimismo, su cómplice era despojado de la mitad de sus propiedades, además de prohibírsele a la adúltera contraer nuevo matrimonio. En esta ley, el padre de la mujer estaba autorizado a dar muerte a la adúltera y a su cómplice si los sorprendía en el acto, no siendo extensiva esta autorización al marido, incluso si se presentaban las mismas circunstancias mencionadas. Esta ley fue enmendada por Constantino, introduciendo la pena de muerte para los adúlteros, confirmando dicha sanción Justiniano y añadiendo el confinamiento de por vida de la mujer adúltera en un monasterio de monjas, a menos que fuese perdonada por su marido.⁴

⁴ Flores Margadan, Guillermo. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica. Esfinge, México. 1975. p. 98.

1.1.10 ESPAÑA

La Península Ibérica contó dentro de sus primeros pobladores a los Celtas y a los Iberos, pueblos estos que tuvieron poca unidad, pero sin embargo, poseían instituciones jurídicas celtíberas, las que dieron vigencia y cumplimiento a las leyes que eran observadas entre ese pueblo.

Las leyes de Eurico, primer legislador Visigodo, pugnó por darle una organización estable al Estado, dictando leyes adaptables a las nuevas circunstancias que se superaban a las normas de costumbre apropiadas para la vida de campaña y normadismo.

El Doctor González Blanco nos manifiesta que en estas leyes (visogodas), se regulaba sólo el adulterio cometido por la mujer casada y se concedía acción al marido para perseguirlo, facultándolo para dar muerte a los culpables cuando eran sorprendidos en la comisión del delito.⁵

Otras normas importantes fueron las llamadas del Fuero Real, que contenían una regulación completa del delito de adulterio, en las que se sancionaba al adulterio cometido con una mujer casada, sin descartar el

⁵ González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina en el Derecho Positivo Mexicano. Porrúa, S.A. México. 1974. p. 191-192.

del marido, la acción para perseguirlo se concedía al marido, siempre y cuando él no le hubiere cometido a su vez. Cabe destacar la moralidad de esta ley, al conceder al marido el castigo del adulterio de la esposa, siempre y cuando él no le hubiere cometido.

Había otras leyes como las del Estilo, que en realidad eran complementarias del Fuero Real, las cuales nos manifestaban que no se podía dar muerte a los adúlteros cuando uno de ellos lograba escapar, pues en este caso, no se podía dar muerte al otro, sino cuando se lograba la captura del prófugo y siempre y cuando se le venciera en juicio.

En los fueros municipales y en las legislaciones forales, se contempló el adulterio, en donde se eximía de pena alguna al marido que castrase al individuo sorprendido con su mujer o con su hija y a la vez lo facultaba para mutilar al adúltero.

En el ordenamiento de Alcalá, el marido estaba facultado para dar muerte a los adúlteros, pero a condición de que fuera a los dos, y en caso de no hacer uso de esa facultad, podía ejercitar la acción en contra de uno solo.

En las leyes del Toro se determinaba que si el marido ofendido daba muerte a los adúlteros por propia autoridad, al sorprenderlos in flagrante, perdía el derecho a la dote y a los bienes de aquél a quien matase, pero si lo hacía porque la justicia los ponía a su disposición, se le eximía de la

pena.⁶

Por otro lado, en la novísima recopilación se facultaba al marido para hacer de la mujer adúltera y su cómplice, lo que quisiere, imponiéndole la prohibición de matar a uno y dejar vivo al otro.

En el Derecho Civil Floral de Cataluña, se observa que la mujer casada y probada de adulterio, pasaba al poder del marido con todas las cosas que tuviere; en tanto que en Aragón, la mujer por adulterio probado, perdía la dote y la cantidad de bienes que el marido le entregaba por garantía de la dote, sin que pudiera nunca reclamarla; y la viuda por vivir en amancebamiento público perdía todos sus derechos conexos al estado de viudez. En Navarra la esposa que cometía adulterio perdía las arras, las cuales pasaban a los hijos, así como sus demás bienes en caso de abandonar al marido y marcharse con otro hombre.⁷

Ya en el Código español de 1822, se hacía la distinción como delitos diversos el adulterio de la mujer y del marido, denominándose al segundo de los mencionados amancebamiento, teniendo éste una penalidad menor, admitiéndosele a ambos delitos el perdón en cualquier momento.

⁶ Idem. p. 194.

⁷ Oliver Rodríguez, Francisco. Enciclopedia Jurídica Española, Seix. Editor, Madrid. 1956. p. 279-280.

1.2. EL ADULTERIO EN EL DERECHO CANÓNICO

El Derecho Canónico es aquel que comprende la legislación total para la Iglesia universal, de ahí que siendo nuestro país un pueblo eminentemente católico en su inmensa mayoría, es que hacemos referencia a esta doctrina:

En la doctrina que Santo Tomás de Aquino trata en su Suma Teológica, enseña que en los elementos del matrimonio se encuentra el consentimiento de las partes, el juramento expresado y la cópula carnal; así el artículo 1013 del Código del Derecho Canónico nos establece:

1.- La procreación y educación de la prole es el fin del matrimonio; la ayuda mutua y el remiende de la concupiscencia es un fin secundario.

2.- La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza por razón del sacramento.⁸

⁸ De Aquino, Santo Tomás. Suma Teológica, Vol. XV, B.A.C. De. Católica. Madrid, 1956, p. 279-280.

El comentario a este respecto del bien de la fidelidad, corresponde a la unidad que es propiedad esencial del matrimonio. Si al celebrar éste se excluyera la unidad, es decir, si a uno de los cónyuges se reservara el derecho de tener a otra esposa u otro esposo, fallaría el matrimonio, por fallar en sus principios una de sus propiedades esenciales.

Asimismo, Santo Tomás establece que el divorcio se presenta para castigar el adulterio, en cuanto se opone a los bienes del matrimonio y a la fidelidad de los cónyuges que deben guardarse mutuamente y por consiguiente; tan ofensivo es el adulterio del marido, como el de la mujer, bastando esta causa para realizarse el divorcio.

Al respecto San Pío V en su catecismo, nos dice que los unidos en matrimonio lo están de tal forma, que ambos se encuentran supeditados a sus potestades, ya que ninguno tiene jurisdicción y dominio de su cuerpo, sino que recíprocamente están aprisionados entre sí como un cierto lazo de servidumbre, de tal forma que, el marido debe acomodarse a la voluntad de la mujer y ésta a la voluntad y disposición del marido, por lo que si alguno de ellos dividiera su cuerpo al dominio ajeno, debiéndole fidelidad a quien está vinculado, es sobre manera justa y traicionera.⁹

⁹ García Cordero, Omar. Op. Cit., p. 12.

Los teólogos han clasificado al adulterio como simple o doble; es simple cuando sólo es casada una de las dos personas que lo cometan y doble cuando ambas personas son casadas; asimismo, menos grave cuando la honradez de la mujer es discutida, pero la definición propia que hace el Derecho Canónico acerca del adulterio es: "la cópula ilícita de una mujer casada con un hombre que no sea su marido o de un hombre casado con una mujer que no sea la suya".

Cabe mencionar que el Derecho Canónico establece que para incurrir en el pecado de adulterio, se debe tener pleno conocimiento de la mala acción que se comete y consistir de ella. Así la mujer que se uniere en matrimonio con un hombre casado ignorando esta circunstancia, no es adúltera, a no ser que después de averiguarlo sigiera cohabitando con él.

Por otro lado, en relación a las sanciones aplicables a aquellas personas acusadas de cometer adulterio, éstas han sido de una forma diferente a saber. San Ignacio de Antioquia expresa que todos los penitentes sin excluir a los adúlteros deben ser recibidos en la iglesia y lo propio es si la mujer adúltera se arrepiente, debe obtener el perdón.

Caso contrario sostiene Tertuliano, al manifestar que aún en la hora de la muerte debe ser negada la absolución a los adúlteros, calificando de

abuso de poder sacerdotal a los obispos que perdonasen el pecado de adulterio.

En la epístola Ad Antonianum de San Cipriano, se establece que los obispos procedían al castigo de los adúlteros según su prudente albedrío y que anteriormente a él, hubo en Africa obispos que dejaban excluidos de la comunión de la iglesia a los adúlteros.

Pero el Papa Calixto III atenuó tal rigor, perdonando los delitos de adulterio y fornicación a los que hubiesen cumplido con su penitencia.¹⁰

¹⁰ Cabrero, Marcelino. Comentario al Código de Derecho Canónico. Vol. II. B.A.C. Madrid. 1963. P. 45.

En cuanto al adulterio, la Enciclopedia Jurídica Española comenta que aquél es la más grave de las causas de divorcio, pero no se podía conseguir el divorcio por el adulterio de su cónyuge por el que hubiese sido reo del mismo delito; asimismo, quedaba sin efecto la sentencia de divorcio dictada en favor del cónyuge inocente, si éste después de obtenida cometía adulterio.

1.3 EL ADULTERIO EN MÉXICO

1.3.1 ÉPOCA PREHISPANICA

Para los pueblos prehispánicos que habitaban lo que hoy es la República Mexicana y que tenían como antecedente común a la cultura madre, o sea la cultura Olmeca, el matrimonio fue una institución muy importante entre ellos y debido a esta importancia que daban al matrimonio considerado como la base de la organización familiar, es por lo que, a los responsables de adulterio se les castigaba de diferentes formas.

Así las cosas, los mayas estilaban el matrimonio monogámico con excepción de los señores principales; los tarascos al igual que los mixtecos y zapotecos, practicaban la poligamia; los aztecas también practicaban la poligamia a la que consideraban como la base de la

conservación de su raza.

Para todas estas culturas, el que un hombre casado sostuviera relaciones sexuales con una mujer soltera, no acarrea mayores consecuencias que el reproche moral que la sociedad desplegaba en contra de éste y la mujer soltera; sin embargo, el adulterio cometido por mujer casada, era concebido como grave afrenta, la cual podía traer como consecuencia hasta la muerte de los adúlteros.

La cultura Maya, era de las pocas culturas que no daban muerte a la mujer adúltera ya que ésta únicamente era repudiada por su marido, quedando ambos, pasado un tiempo, en aptitud de volver a contraer matrimonio, incluso entre sí.

Los aztecas y zapotecas sí contemplaban el castigo de dar muerte a la mujer adúltera y a su amante; dicha sanción podía ser ejecutada por el marido ofendido, quien podía elegir no matar al hombre que comelió adulterio con su mujer y en su defecto, podía cortarle la boca, la nariz y las orejas. Cabe destacar que en la cultura azteca el derecho de matar únicamente le correspondía al rey; así pues, si una persona se tomase justicia por propia mano matando a los responsables del adulterio, incluso tratándose del cónyuge ofendido, éste a su vez era muerto.

Los tarascos también castigaban 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 muerto el adúltero sino también toda su familia y sus propiedades pasaban a ser del mismo rey.

Como en estos pueblos se desconocían las sanciones pecuniarias por carecer de moneda, así como tampoco conocían las cárceles por considerar que una persona en ellas recluida se convertía en una carga para la sociedad, ya que se tornaba en un ser improductivo, es por lo que los responsables de adulterio y de cualquier otro delito, únicamente se les encerraba por muy corto tiempo en jaulas, en tanto se les aplicaba la sanción a la que habían sido acreedores, las que podían consistir en la muerte, azotes o humillaciones.

Por otra parte, en el Derecho Penal Precortesiano, se hablaba de la existencia del Código Penal de Nezahualcóyotl para Texcoco, según el cual, el juez tenía amplia libertad para fijar las penas, entre las que se encontraban principalmente las de muerte, esclavitud, confiscación de bienes, destierro y destitución de empleo.

Don Fernando de Alba señala que en las leyes de Nezahualcóyotl, se estipulaba que si la mujer adúltera y su cómplice eran aprehendidos en el acto, por el marido, ambos morían lapidados; pero si éste no les

sorprende en el momento, sino que por sospecha los acusare a los jueces y se averiguara su veracidad entonces ambos morían ahorcados.

De todo lo anterior, podemos afirmar que hasta cierto punto, las culturas precortesianas seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, entre ellos el adulterio, en que se estipulaban penas muy crueles y desiguales.

1.3.2 EPOCA COLONIAL

La Colonia representó el transplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano y existiendo diversas recopilaciones de leyes aplicables a las colonias, se puede decir que la más importante fue la llamada Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, componiéndose dicha recopilación de nueve libros divididos en títulos integrados, cada uno de ellos por un buen número de leyes.

Así, en el Libro primero denominado "De los pesquisidores y Jueces de Comisión" y cuyo contenido era de 29 leyes, nos habla en su parte primera de la función investigadora del Ministerio Público hasta la aprehensión del presunto responsable, en tanto que en su segunda parte se refiere a la designación de los jueces de comisión.

Por otro lado, en el Libro Tercero denominado "De los Casados y Desposados en España e Indias", que se encontraban ausentes de sus mujeres y esposas, se establecía como sanciones la prisión y el retorno a la metrópoli, a aquellas personas que infringieran alguna de las disposiciones contenidas en dicho ordenamiento.

Cabe hacer mención que en esta etapa o período histórico de nuestra cultura, se presentó un encuentro cultural muy fuerte, razón por la cual existía problema en cuanto a la aplicabilidad de un ordenamiento vigente.

1.3.3 ÉPOCA INDEPENDIENTE

Al llevarse a cabo la Independencia de México, las principales leyes que existían eran: la Recopilación de Indias, las Ordenanzas de Intendentes, las Ordenanzas de Tierras y Aguas y de Gremios y como derecho complementario, existía la Novísima Recopilación, las Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

Naturalmente era que, una vez nacido el Estado nuevo como consecuencia de la Independencia, se interesara legislar en materia Constitucional y administrativa principalmente, reglamentándose entre

otras cosas, la portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, la vagancia y mendicidad, organización policial, etc.; y tocando este punto diremos que para prevenir la delincuencia en general, se legisló en 1822.

Posteriormente fueron los Constituyentes de 1857, con los legisladores de 1860 y 1864, los que sentaron las bases del Derecho Penal Mexicano, ya que durante el fracasado Imperio de Maximiliano de Habsburgo, el ministro Laves proyectó un Código Penal para el Imperio, pero éste nunca llegó a ser promulgado.

Fue cuando el gobierno republicano se estableció en el territorio nacional, cuando el Estado de Veracruz puso en vigor sus Códigos Penal y Civil, siendo el primer Estado en realizarlo; dicha obra jurídica, aún con sus defectos técnicos, fue de la más alta importancia.

Concluiremos diciendo que fue el Licenciado Antonio Martínez de Castro, quien procedió a organizar y predecir la comisión redactora del Primer Código Penal Mexicano; a continuación presentaremos en el siguiente inciso cómo se encontraba reglamentado el delito de adulterio en los diversos ordenamientos jurídicos que antecedieron a nuestro actual Código Penal.¹¹

¹¹ Villa Rodríguez, Dolores. Historia y Teoría Jurídica del Adulterio, Revista Criminalística No. 12. México, 1964, p. 702-704.

1.4 LEGISLACIÓN MEXICANA

1.4.1 CÓDIGO PENAL DE 1871

El Código Penal Mexicano de 1871, estimaba como delito todo adulterio de la mujer casada, en cambio, la esposa sólo podía acusar a su marido en tres casos: cuando su marido lo cometiese en el domicilio conyugal, cuando lo cometiese con concubina o cuando lo realizara con escándalo (artículos 816 y 821). Al respecto el Licenciado Martínez de Castro explicaba los motivos de esta reglamentación, argumentando que respecto al adulterio nos habíamos desviado de la legislación vigente, al conceder a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que éste, porque si no se puede negar que moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son iguales las consecuencias, pues en el caso de adulterio de la mujer, el hombre queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de ésta y en el caso del adulterio del marido, la reputación de la mujer no se empaña por la falta de éste. Así como también la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el marido adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio.¹²

¹² González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Porrúa, S.A. México. 1990. p. 433.

1.4.2 CÓDIGO PENAL DE 1929

El Código Penal de 1929, con todo acierto, incluyó el delito de adulterio en el título de los "Delitos contra la Familia", el cual comprendía en este rubro los delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios ilegales. En el caso específico en su reglamentación, sin distinciones en cuanto al sexo de los casados culpables, declaró "El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo" (artículo 891).¹³

Ahora bien, comparando los datos históricos y las reglamentaciones contemporáneas del delito, podemos observar tendencias respecto al mismo. Por una parte, las diferencias anteriormente existentes entre el adulterio de la mujer y el de su marido, en cuanto a la incriminación y a la penalidad, van desapareciendo o atenuándose.

Por otra parte, los castigos antes severos, van disminuyendo y por último existía ya cierta tendencia para suprimir la sanción penal del adulterio, manteniendo y reforzando las sanciones civiles, tales como la del divorcio en contra del cónyuge que ha cometido el adulterio y la de daños y perjuicios contra él y su cómplice.

¹³ Idem, p. 434.

En su sentido general, estos datos evolutivos se encuentran ya confirmados en nuestro Código Penal vigente, ya que éste como veremos a continuación, señala para el presente delito sanciones muy leves, así como no establece distinciones en cuanto al sexo de los casados culpables y limita la infracción a casos realizados en domicilio conyugal y con escándalo.

1.4.3 CÓDIGO PENAL DE 1931

Al elaborarse el proyecto del Código Penal de 1931, la mayoría de la comisión votó porque se suprimiera el adulterio del catálogo de los delitos contra la opinión de Luis Garrido y José Angel Ceniceros, que reconociendo las acerbias y en ocasiones justificadas críticas que se han hecho para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron que se debía seguir incluyendo en los Códigos Penales, porque tal inclusión representaba por lo menos un valladar que se opone al desenfreno y al relajamiento de las costumbres porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora. Al aprobarse, promulgarse y publicarse el Código, se conservó como delito al adulterio; sin embargo debemos hacer notar que dicha conservación de los casos muy ultrajantes del adulterio, ha resultado inútil, pues la justicia prácticamente no ha dictado sentencias

condenatorias.¹⁴

Actualmente, nuestro Código Penal vigente, contempla el delito de adulterio en su artículo 273 de la siguiente forma "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", por otro lado, el artículo 275 establece que "solo se castigará el adulterio consumado".¹⁵

De los anteriores artículos transcritos, podemos advertir de inmediato que el Código se abstiene de esclarecernos qué se entiende desde el punto de vista típico por "adulterio" y cuándo el delito queda "consumado". Sigue, al respecto, nuestro Código vigente, las bases típicas seguidas por los Códigos de Francia antes de la desaparición del delito por la Ley de Reformas del Divorcio del 11 de julio de 1975, Italia cuyo artículo 559 de su Código Penal se limitaba a decir "la mujer adúltera", hasta que la Corte Constitucional por sentencia número 120 del 16 de diciembre de 1968 declara su legitimidad, Suiza, "el cónyuge que haya cometido adulterio y su cómplice serán ... castigados..." y Alemania, antes de la desaparición del párrafo 172 del Código Penal de 1871 por la Primera Ley de Reforma del Código Penal de junio de 1969, en los que

¹⁴ *Idem*, p. 438.

¹⁵ Código Penal Federal, Ediciones ISEF., 2001. p. 81.

también se omite describir típicamente la conducta delictiva del delito de adulterio.¹⁶

Este proceder es completamente censurable a nuestro juicio, ya que ordena que los adúlteros deberán ser castigados, pero no describe la conducta que constituye adulterio. Es tan desacertado dicho criterio, como si el Código Penal en vez de definirnos en los efectos típicos que se entiende por delito de fraude, dijera simplemente que el defraudador será sancionado con una pena.

Lo anterior, obliga al intérprete a reconstruir, si fuese posible, qué se entiende desde el punto típico por adulterio y a esclarecer cuáles son los elementos constitutivos del delito mencionado.

¹⁶ González De La Vega, Francisco. Op. Cit. p. 438.

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS DEL DELITO DE ADULTERIO

En el capítulo anterior se han identificado en forma general, los antecedentes históricos que vieron nacer el delito de adulterio en el mundo, así como en México, y la manera en que se fue regulando dicho delito dentro del ordenamiento jurídico correspondiente. De esta manera y continuando con el objetivo central del presente trabajo de tesis: relativo al análisis dogmático del delito de adulterio; será preciso conocer en este segundo capítulo cuales son los presupuestos atribuibles al mencionado delito de adulterio en México.

2.1. CONCEPTO DE DELITO DE ADULTERIO

El instrumento fundamental de permanencia, protección y evolución humana lo constituye el derecho, proyectado ante los hombres como un conjunto de principios o disposiciones de carácter imperativo, que posibilitan la vida en común al dirigir pacíficamente la constante e inevitable relación entre los individuos y comprendiendo en su contenido diversos valores y objetos, no solo corporales, sino también inmateriales, que son necesarios para el logro de los fines propuestos por cada ser humano, e indispensables para la conservación del grupo social; valores

que al ser resguardados por el derecho adquieren la calidad de bienes jurídicos, garantizando el propio ordenamiento la protección y disfrute a cargo de sus legítimos titulares, evitando sean vulnerados por conductas injustas y antagónicas. De los comportamientos antisociales adquieren especial relevancia y entran en el ámbito del Derecho Penal aquellos que transgreden el orden social en sí, y ponen en peligro la estabilidad y armonía de la sociedad, al violar no tan solo intereses individuales de un sujeto en particular, sino bienes o derechos de la colectividad misma, que son necesarios para la integridad del grupo que se trate, es decir, se lesiona directamente a la sociedad, además de dañar al sujeto individual sobre el que recae la conducta criminosa. Tales comportamientos reciben el nombre de delitos.¹⁷

El delito por ser un fenómeno social y por tener palpante realidad, ha sido estudiado por muy diversas ramas del saber humano, por lo que nos referimos exclusivamente al enfoque dado por el derecho.

La palabra delito proviene del verbo latino delinque, delinquere, que significa "desviarse", "abandonar", "resbalar", "apartarse del buen camino", "alejarse de la ley".

¹⁷ Confrontar: Jiménez de Asúa, Luis; Tratado de Derecho Penal. Tomo III; Editorial Losada, Buenos Aires; 1961. p. 32.

Cuello Calón define al delito como una "acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena".¹⁸ Para Mezger el delito es una "acción típicamente, antijurídica y culpable".¹⁹ Belling se refiere a él diciendo "es la acción típica antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad".²⁰ La diferencia entre estos dos autores consiste en que para el primero la acción típica la entiende a la vez antijurídica, mientras que el segundo distingue a la tipicidad y antijuridicidad.

Jiménez de Asúa, indica que el delito es "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".²¹

Para el Maestro López Betancourt, el delito debe concebirse y analizarse a la luz de la teoría del delito, que comprende el estudio de los elementos positivos (conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad) y negativos (ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad,

¹⁸ Cuello Calón, Eugenio; Derecho Penal, Tomo I y II; Bosch Editorial; Barcelona, 1966. p. 171.

¹⁹ Citado por: Franco Sodi, Carlos; Nociones de Derecho Penal; México, 1950. p. 57.

²⁰ Moreno de P. Antonio; Curso de Derecho Penal Mexicano; Porrúa; México, 1968. p. 27.

²¹ Jiménez de Asúa, Luis; Op. Cit. p. 63.

inculpabilidad, falta de condiciones objetivas y excusas absolutorias) del delito, así como sus formas de manifestarse, con el fin de determinar si existe o no un ilícito.²²

En este sentido, y desde el punto de vista gramatical, la palabra adulterio proviene del latín *adulterium*, entendiéndose que es la relación sexual de una persona casada, con otra que no es su cónyuge.

Por otro lado el Poder Judicial de la Federación ha señalado lo siguiente: "Es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada"²³

Maggiore comenta que en la doctrina se ha definido el adulterio en general, como la "unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su propio cónyuge"²⁴

²² Confr: López Betancourt, Eduardo; Teoría del Delito; Porrúa; México, 1988. p. 3 .

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo LXXXII. p. 36363.

²⁴ Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal, Vol. 4; Editorial Témis; Colombia, 1989. p. 186.

El especialista González de la Vega da el significado de adulterio civil, considerándolo como una violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial, indicando que en este caso se efectúa una violación a la relación contractual contraída por los cónyuges, por lo que no todo adulterio es forzosamente un delito.²⁵

Cabe señalar de todo lo anterior, que el Maestro López Betancourt comenta que es un absurdo que aparezca en el Código Penal el delito de adulterio, siendo que considera que pueda ser factible causal de divorcio, por lo que se presenta como una circunstancia de responsabilidades civiles; pero jamás un ilícito de tipo penal.

2.2. PRESUPUESTOS DEL DELITO DE ADULTERIO

Los presupuestos del delito se definen "como aquellos antecedentes jurídicos necesarios para la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal, de cuya existencia depende el delito". De esta manera para la existencia de un delito se requiere la conducta de determinados

²⁵ Citado por: López Betancourt, Eduardo; Delitos en Particular. Tomo II; Editorial Porrúa; México, 1997. p. 241.

sujetos y circunstancias, tanto de hecho como jurídicas.

En la actualidad señala López Betancourt, no es difícil concebir al ente humano como la única criatura capaz de ser sujeto activo de los delitos, ya que la capacidad de delinquir sólo reside en los seres racionales, pues no es posible hablar de delincuencia y culpabilidad sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, facultades exclusivas del hombre. De esta manera, el hombre es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible; o bien, cuando participa en la comisión del delito. Por tal motivo el primer presupuesto del delito de adulterio es el sujeto activo que es el hombre o la mujer.

El sujeto activo del delito, como persona humana se ha clasificado en : a) autor material, b) coautor, c) autor intelectual, d) autor mediato, e) cómplice, f) encubridor, g) asociación o banda delincente, y h) muchedumbre.

De tal clasificación, López Betancourt, en su obra "Delitos en Particular" señala quiénes son los que tienen participación en el delito de adulterio:

- a) "Autor material.- Es cualquier persona, y serán quienes ejecuten directamente el adulterio. Deberán ser ambos o por lo

menos uno de ellos, casado.

- b) Autor intelectual.- Es quien instiga a otra persona a cometer el delito de adulterio.
- c) Cómplice.- es el que efectúa actos de cooperación en la realización del adulterio. Lo será cualquier persona.
- d) Encubridor.- es quien oculta a los adúlteros o a uno de ellos, después que han efectuado el ilícito. Será cualquier persona²⁶.

Por su parte el Poder Judicial de la Federación, ha expresado dentro de la legislación del Estado de San Luis Potosí lo siguiente: "Son presupuestos del delito de adulterio tipificado en el artículo 294 del Código Penal del estado, la intervención de dos personas que verifiquen actos eróticos sexuales, por una parte, y por la otra, que la realización se verifique con escándalo o en el domicilio conyugal."²⁷

Otro presupuesto del delito es el sujeto pasivo. Aunque desde mi particular punto de vista, este presupuesto es complejo, tanto para la propia pareja conyugal, como para el adúltero que a sido afectado como consecuencia de la falta cometida; siendo que dentro de la generalidad, tanto el hombre como la mujer se ven motivados por sus pasiones, que los llevan a relacionarse con otra pareja. Aquí es donde surge el

²⁶ López Betancourt, Eduardo; Op. Cit. p. 267.

²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 5ª época. Tomo CXXII. p. 437.

problema; si como consecuencia del adulterio, como señala Betancourt, se produce el contagio de alguna enfermedad venérea o grave en periodo infectante como es el caso del SIDA, en perjuicio del sujeto pasivo, se está hablando de que el sujeto pasivo es no solo ya el cónyuge afectado, que experimentó el adulterio de su pareja, sino el propio adúltero, que desconociendo de la enfermedad que le originó su relación, se convirtió también en sujeto pasivo; y aunque consciente de esta situación, generalmente el adúltero, se siente lastimado y afectado en su persona al saber que su vida a sido puesta en un hilo. Podríamos preguntarnos entonces, qué tan factible es eliminar de la legislación penal el delito de adulterio, e incorporarlo a la legislación civil, donde al parecer es más prudente y coherente su inserción, considerando desde luego, las sanciones administrativas a que sea sujeto; dividiéndolas de las que puedan ser incorporadas a la legislación penal por este motivo.

Así, el sujeto pasivo en la perpetración de un delito es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recae todos los actos materiales utilizados en la relación del ilícito, es el titular del derecho dañado o puesto en peligro.

Podría mencionarse, que el producto del adulterio pone en juego el vínculo familiar (considerado como un valor y un bien jurídicamente tutelado por las normas naturales y sociales), del que se derivan las

relaciones sexuales permanentes, a través del matrimonio o concubinato, por tal motivo éste, se ve afectado como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges, al ser designado así el primer aspecto por la legislación civil; y como estado permanente de la vida entre los cónyuges, se pone en peligro también el matrimonio, el que está constituido por un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones que se han creado en vista de los intereses superiores de la familia: cooperación y ayuda de los cónyuges y protección de los hijos, si es que los hay.

Por tal motivo, en el delito de adulterio no existe la ausencia de presupuesto del delito, siendo que el objeto jurídico afectado en el adulterio "es el normal desarrollo psicosexual"²⁸. Por esta razón, el delito de peligro, menciona López Betancourt: "es aquel cuya realización crea la posibilidad de ocasionar una lesión a un bien jurídico tutelado".

"El daño penal, se diferencia del daño civil, en tener por efecto la destrucción total del bien jurídicamente tutelado o una deterioración de él, que le quite o disminuya su valor, pudiendo recaer en la persona o en las cosas; y, el daño civil, es exclusivamente contra el patrimonio"²⁹

²⁸ López Betancourt, Eduardo; Op. Cit. p. 59-60.

²⁹ Idcm.

2.3. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como fue señalado con anterioridad, al cometerse el delito de adulterio se pone en peligro el vínculo familiar (considerado como bien o valor jurídicamente tutelado por las leyes sociales y naturales), además de que se afectan las relaciones sexuales permanentes que se originan en el matrimonio y el estado duradero de vida de los cónyuges, al ser considerado así por el ordenamiento civil. Por tal motivo, se hace necesario abordar algunos aspectos importantes a la luz del derecho natural y filosófico, que permitan observar de qué manera debe ser el comportamiento general de los seres humanos en sociedad; ya que el delito de adulterio acarrea serios problemas, y desde tiempos inmemoriales ha sido considerado como una falta grave que lastima a la familia y a la propia sociedad.

El hombre es capaz de proponerse fines y de realizarlos; su vida se desenvuelve entre deseos, ilusiones, codicias, metas, etc., manifestaciones de su ego todas ellas. Estas manifestaciones de unos y otros miembros de las sociedades humanas pueden coexistir, en muchos casos, sin mayores dificultades, pero en ocasiones tropiezan con la oposición decidida de una voluntad extraña que tiene la misma pretensión; se encuentran dos voluntades que persiguen el mismo objeto.

En los albores de la humanidad se debe suponer que todo fue bastante sencillo: el conflicto desemboca en la lucha, en el empleo de la fuerza, prevaleciendo al final la pretensión del más fuerte, del mejor armado, del más diestro para la pelea, pero no la de quien tenía de su parte la razón y el derecho.

Este procedimiento (que todavía no ha caído completamente en desuso) pronto tuvo que desecharse por virtud de que la pretendida solución no era tal, sino que engendraba nuevos problemas; la venganza, el desquite, la reanudación de la lucha, perturbándose la paz del grupo con intolerable frecuencia.

Apareció entonces, como necesaria, la creación de una fuerza superior a la de los miembros del grupo individualmente considerados: la autoridad que tomó a su cargo la solución de los conflictos interhumanos, sustituyendo a la voluntad y a la actuación de los particulares; pero fue necesario también establecer las bases, las reglas, los moldes a que debería ajustarse tanto el comportamiento de los individuos como la intervención de la autoridad. Dichas bases, reglas o moldes son la materia de que está compuesto el Derecho.

Así, el Derecho se presenta como un sistema de reglas de conducta de carácter obligatorio, impuesto por la autoridad, la cual asegura su

eficacia amenazando con sanciones a los infractores y, en ocasiones, forzando a su cumplimiento hasta vencer la resistencia del rebelde.

De lo anterior la misión del Derecho consiste en señalar a cada cual sus derechos, sus facultades y sus obligaciones: es decir: ¿qué es lo suyo?, ¿qué es lo que puede hacer cada cual? ¿qué es lo que debe hacer cada uno?

Por lo anterior expuesto, la utilidad del Derecho es la de servir para organizar la convivencia social humana dentro de cierto grado de armonía, garantizando la paz, la seguridad y el orden social sobre las bases de equidad y de justicia.

En este contexto, los seres humanos nos encontramos, en nuestra vida cotidiana, sujetos a dos tipos de leyes: las naturales y las sociales. A las primeras, en tanto somos seres biológicos; y a las segundas, en cuanto convivimos con nuestros semejantes en el medio social.

Estamos sometidos a las leyes de la Biología (gestación, nacimiento, desarrollo, multiplicación y muerte), de la Física y de la Química; pero lo estamos también a una especie muy diferente de leyes: las sociales, las que ha elaborado el hombre para organizar la convivencia en condiciones aceptables de bienestar.

Las leyes sociales expresan reglas de conducta, prescriben un comportamiento, señalan algo que debe realizarse, porque ello es justo, útil o conveniente (mas el adulterio en si, ha ocasionado verdaderos enfrentamientos sociales a lo largo de la historia). Su contenido consiste en un deber ser, son de carácter normativo. Regulan relaciones de carácter contingente, porque puede ocurrir o no ocurrir, suceder o no suceder. Son esencialmente violables, ya que el supuesto de toda norma es la libertad de aquéllos a quienes se dirige. "... Es supuesto esencial de la norma la de que pueda ser violada de hecho, de que la conducta del sujeto por ella obligado pueda contravenirla, pues de otra manera no sería una norma, sino un mero enunciado de hechos".³⁰

La violación de las normas no acarrea su invalidez ni afecta la importancia de su contenido. Si el hombre, en cada caso, sólo pudiera comportarse de determinada manera y le fuera imposible adoptar una actitud distinta; si sólo pudiera ser bueno o únicamente malo, ¿qué sentido tendrían las normas?, ¿para qué señalar al hombre un camino a seguir si estuviera imposibilitado para seguirlo o si no tuviera más remedio que seguirlo?

Las leyes sociales son mandatos a la conducta humana, a la cual

³⁰ Recaséns Siches, Luis; Filosofía del Derecho; Editorial Porrúa, México, 1961. p. 117.

moldean señalándose directrices; constituyen el llamado mundo normativo o mundo del deber ser, que comprende los principales campos del obrar del hombre, por lo cual existen normas jurídicas (leyes), normas morales, normas religiosas y normas del trato social.

Las normas jurídicas o del Derecho tienen como objeto la regulación de la conducta para con los demás, a fin de organizar la vida social, previniendo los conflictos y dando las bases para su solución. Encontramos tales normas en los Códigos, en las Leyes, en los Reglamentos y en los Decretos.

Las normas morales tienen por finalidad el orientar al hombre hacia el bien, hacia la pureza, invitándole a practicar el bien y a evitar el mal; estas normas las encontramos en los tratados de Moral.

Las normas religiosas se suponen elaboradas e impuestas por la divinidad y regulan la conducta del hombre señalándole sus deberes para con Dios, para consigo mismo y para con sus semejantes. Estas reglas las encontramos en los libros sagrados de la religión correspondiente (la Biblia, el Corán, el Talmud, etc.).

Por tal motivo, las normas del trato social tienen por objeto hacer más llevadera la convivencia en sociedad, limar asperezas, evitar

situaciones bochornosas, etc. que generalmente son de muy diversa índole, ya que se refieren a la urbanidad, al decoro, a la cortesía y a varios aspectos más.

Todos estos sistemas normativos tienen algo en común: se componen de reglas de conducta de carácter obligatorio; es decir, de normas.

En este sentido, el conjunto de las manifestaciones presentes del Derecho y que se aplican efectivamente dentro de un territorio "constituyen el Derecho positivo, formado de las normas jurídicas en vigor y que puede estimarse como el Derecho viviente".³¹

Dentro de este panorama, los valores son significaciones objetivas, pero esas significaciones tienen sentido tan sólo dentro del reino de la vida humana. El hombre no crea los valores. Por el contrario, tiene que reconocerlos como tales. Pero el sentido de los valores está esencialmente referido a la existencia humana. La objetividad de los valores es una objetividad intravital, porque nada es para mí, ni tiene sentido para mí fuera del marco de mi vida; entendido que mi vida es la realidad primaria dual que consiste en la coexistencia indivisible entre mi yo y mi mundo, mundo en el cual figuran múltiples y variadísimas clases

³¹ García, Trinidad; Apuntes de Introducción de Estudio del Derecho; Porrúa; México, 1991, p. 16.

de objetos, incluso Dios, cuya realidad absoluta, aunque trascienda de mi vida, obtiene testimonio en mi vida. Sólo podemos apuntar al mundo que conocemos, tal y como lo conocemos, o tal y como lo presentimos, tal y como hallamos de él algunos vestigios en nuestra vida, como correlato, o como contorno, o como preocupación, o como esperanza del yo. Asimismo los valores los hallamos como una serie de calidades que apuntan en el horizonte de nuestra vida y de los cuales nos ocupamos. Ciertamente que el mundo con todas sus múltiples y varias clases de objetos no es una producción del propio yo, sino que, por el contrario, se da ante el yo como un conjunto de objetos. Así también sucede que los valores no son para proyección de la mente sino objetos, cualidades, que la mente halla ante sí. Pero esta objetividad es una objetividad dentro de la vida humana y para la vida del hombre, referida a esta vida en general, y además, también, a las situaciones particulares de la vida. El valor es tal, no porque el sujeto le otorgue esta calidad en virtud de su agrado, deseo o interés. Pero el valor tiene sentido en el contexto de la vida humana, con sentido referido a la esencia de ésta, y además, también, al contexto de sus "situaciones concretas".

De esta manera los valores jurídicos se han condicionado a las situaciones de la vida, relacionándose con el respeto a la vida y su integridad, la seguridad, la aspiración a la justicia, el derecho a la propiedad privada, la libertad, la educación, el trabajo y la seguridad

social, entre otras.

Los valores jurídicos que han surgido a la luz de la libertad que el hombre tiene para exigir sus derechos y al mismo tiempo responder por sus obligaciones, han encontrado su sustento en la norma jurídica, en el orden moral y el carácter objetivo que se le ha otorgado al Derecho.

Por eso es que el Derecho como conjunto de reglas es identificado por algunos con el concepto de ley, es decir, de norma de conducta sancionada por quien tiene poder para apoyar con la fuerza sus prescripciones. Este sentido amplísimo de ley comprende no solamente las sanciones de la autoridad, sino que abarca toda regulación de carácter general, toda regla de conducta preestablecida con respecto a la conducta social, que desde luego está envuelto en lo que ha sido considerado como valor o bien jurídico y que afecta indudablemente los intereses comunes preestablecidos por una sociedad.

CAPÍTULO III

ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO DE ADULTERIO

Los elementos positivos y negativos del delito de adulterio deben ser analizados a la luz de la teoría del delito, como se había mencionado con anterioridad, ya que ésta "atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto",³² como lo menciona Zaffaroni. Así, del estudio de los elementos positivos y negativos del delito que ocupa la presente investigación, se podrá imputar o no un hecho delictivo a un sujeto determinado.

3.1. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

Todos los acontecimientos que se verifican en el mundo exterior, son manifestaciones de la naturaleza, de los animales y de los hombres, es decir, las causas productoras de cualquier resultado material tienen su origen en esas fuentes, que en su mayoría son tomados en cuenta por el Derecho para atribuirles consecuencias jurídicas, cuando provocan un

³² Citado por: López Betancourt, Eduardo, Op. Cit. p. 3.

cambio en las relaciones existentes y considerando que las normas jurídicas se dirigen exclusivamente al hombre, sólo a él se le responsabiliza de los actos que realice con dolo o culpa, excluyendo cualquier cambio jurídico dañoso que no tenga como causa directa o indirecta al ser humano.

Así pues, únicamente pueden ser tipificados como delitos los hechos que además de reunir otras características, provengan de la conducta del hombre, teniendo en ella al primer y fundamental elemento del ilícito penal.

A la conducta humana, como elemento del delito, se le ha denominado también con los términos acto, hecho y acción.

Jiménez Huerta determina que la conducta "es siempre una manifestación de voluntad, dirigida hacia un fin,³³ por tanto incluye 3 elementos esenciales en ella: uno interno (voluntad), otro externo (manifestación) y otro teleológico (finalidad perseguida).

³³ Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; Porrúa; México, 1995. p. 149.

"El elemento interno es la voluntad, que es indispensable y jurídicamente trascendente en la realización de cualquier comportamiento típico. Este coeficiente interno, voluntad, debe ser el mínimo necesario para precisar que la actividad o inactividad implican una conducta. Un hecho del hombre no puede ser hecho suyo si no depende de su voluntad; que debe entenderse en un sentido amplio al comprender no sólo a los actos conscientemente dirigidos, sino también a la inercia del querer. Separando de ella a los acontecimientos que en apariencia de actos son producto de procesos fisiológicos involuntarios, o de fuerzas externas; en las que el hombre es un simple instrumento inanimado; es decir, para adquirir la categoría de conducta y para poder ser valorada por el derecho se hace necesario el movimiento físico o inercia corporal y el elemento interno, espiritual o volitivo."³⁴

"El elemento externo es la manifestación de la voluntad que puede reflejarse externamente mediante una acción o una inactividad corporal, constituyendo con esto el coeficiente externo para la adecuación descrita en la figura típica; y por último, el elemento finalista se hace indispensable en la observación de los acontecimientos humanos, ya que los criterios naturalistas son así, que del análisis de toda situación concreta de hechos, de fenómenos o de acontecimientos el hombre persigue una meta, un propósito, que al igual que la voluntad y su

³⁴ *Ibidem.*

exteriorización forman las conductas, típicas descritas.³⁵

Para el Maestro López Betancourt, la conducta es el primer elemento básico del delito y la define como "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito"³⁶. Por lo que respecta a la ausencia de conducta señala: es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.³⁷ Para Betancourt, la acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos: movimiento, resultado y relación de causalidad. El primero comprende el movimiento voluntario descrito en el tipo legal.

*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*³⁸

Así, dentro de la clasificación de la conducta encontramos que el

³⁵ López Betancourt, Eduardo; Op. Cit. p. 83.

³⁶ Idem. P. 83.

³⁷ Idem. P. 106.

³⁸ Código Penal: Op. Cit. Art. 273.

adulterio es de acción, al requerirse de movimientos corporales o materiales, los cuales se encuentran encaminados a producir el hecho delictivo.

El resultado (segundo elemento) de la acción debe ser sancionado, señala López Betancourt, por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley. El artículo 273 del Código Penal, hace referencia a lo anterior, al castigar con dos años de prisión al que cometiera delito de adulterio.

Finalmente, en la conducta debe establecerse la relación de causalidad (tercer elemento señalado por Betancourt) entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto; esto es, debe existir la relación causal en el nexo entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta.

En lo que se refiere a la ausencia de conducta dentro del delito de adulterio, López Betancourt hace referencia a que podría presentarse ésta a través del hipnotismo, ya que es una situación en la que el agente se encuentra en un estado de letargo, quedando su voluntad al albedrío de un tercero.

3.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

En la vida diaria se presentan una serie de hechos distintos, de los cuales la mayoría pasan inadvertidos a los ojos de las disposiciones penales. Las conductas que tienden a dañar o a poner en peligro la convivencia social y los valores individuales, son plasmados y sancionados por la ley, y así, en figuras, modelo o tipo, se determinan la forma y elementos de la acción delictuosa y la penalidad impuesta. Con esta descripción legislativa general contenida en el ordenamiento jurídico denominada tipo, se establece el alcance de su aplicación, limitándolo a las conductas descritas; que se actualizan y objetivizan con un acto delictuoso concreto, específico que se adecue exactamente a la hipótesis abstracta del mandato penal, constituyéndose en este supuesto la tipicidad; elemento esencial en la configuración de todo delito, que se distingue del tipo en el que se encuadra.

Los tipos esenciales que constan en el Código Penal y las leyes especiales, garantizan que únicamente las conductas antijurídicas en ellas descritas, constituyen los delitos, situación ratificada, por el artículo 7 del propio Código Penal al establecer que el delito "es la acción y omisión sancionadas por las leyes penales"; lo que significa, que toda conducta sancionable debe estar previamente incluida en un ordenamiento como delito y que las sanciones establecidas se refieren a los actos y omisiones

allí contenidas.

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hace alusión también a este principio en su párrafo tercero. En una proyección objetiva asegura que nadie en juicios del orden criminal podrá ser juzgado y castigado con alguna pena que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (tipicidad como garantía de legalidad).

La tipicidad desempeña entonces, una función descriptiva delimitadora y concretizadora del injusto, al no haber delito sin tipo legal.

Por otro lado, a los tipos se les ha clasificado atendiendo a muy diversos puntos de vista:

Por su composición se dividen en normales y anormales. Los primeros son aquellos que contienen una mera descripción objetiva, que incluyen elementos puramente objetivos, (ejemplo: el homicidio), apreciables por los sentidos; en tanto que los segundos comprenden además elementos normativos o subjetivos, haciéndose necesaria su interpretación, ya sea cultural o jurídica (ejemplo: el estupro).

Por el resultado los tipos pueden ser formales o simple actividad y

materiales o de resultado externo: Son tipos formales los que se agotan con la mera acción o abstención, no siendo necesario un resultado material, y son materiales aquellos que provocan un resultado material que modifica el mundo fáctico; atendiendo también a este criterio y más propiamente se habla de tipos de daño y de peligro; los de daño consisten en la protección de algún bien jurídico contra su disminución o destrucción (homicidio), y en los de peligro la tutela se extiende contra la posibilidad de ser dañados (disparo de arma de fuego).

Por su ordenación metodológica los tipos pueden ser: básicos, especiales y complementados. Los básicos son aquellos que por sus elementos integrantes constituyen la esencia o fundamento de otros tipos; el Maestro Jiménez Huerta señala que de acuerdo al bien jurídico tutelado se forja una categoría común de delitos que reciben un título por grupos; así tenemos que dentro de los delitos contra la vida, el homicidio es un tipo básico. Jiménez de Asúa se refiere a ellos cuando tienen plena independencia; los especiales son los formados por el tipo básico y otros elementos o requisitos, que excluyen la aplicación del tipo básico, perteneciendo los hechos a un tipo especial (Infanticidio); son complementados los que se integran con el fundamento y una circunstancia o característica nueva, y quedan subordinados al básico; la diferencia con los especiales es que en aquéllos, se aplica el tipo básico, más la norma suplementaria y que en estos se excluye la aplicación del

tipo básico.

Atendiendo a su independencia los tipos se dividen en Autónomos y Subordinados; son autónomos los que tienen vida propia, sin depender de ningún otro tipo para su existencia (violación); mientras los subordinados dependen de otro tipo, adquieren vida en razón de un tipo básico, al que se complementan y se subordinan (violación impropia). Los básicos y los especiales son independientes, pues éstos, una vez creados por el fundamental, se independizan de él adquiriendo propia sustantividad. Los complementarios son siempre dependientes o subordinados al básico.

De lo anterior expuesto, el tipo penal del delito de adulterio es el establecido en el artículo 273 del Código Penal: "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". Al respecto el maestro López Betancourt señala que la tipicidad "se presenta cuando se adecua la conducta al tipo penal, esto es cuando los individuos cometen adulterio en domicilio conyugal o con escándalo"³⁹.

La clasificación penal del delito de adulterio la engloba Betancourt de la siguiente manera:

³⁹ López Betancourt, Eduardo; Delitos en Particular, Tomo II; Porrúa, México, 1997. p. 259.

- a) "Por su composición.- Es un tipo penal anormal porque en su contenido, además de existir elementos objetivos, también se presentan elementos subjetivos, al mencionar en el tipo penal "con escándalo".
- b) Por su ordenación metodológica.- Es un tipo fundamental, debido a que tiene plena independencia, se encuentra formado por una conducta ilícita, sobre un bien jurídico tutelado.
- c) Por su autonomía.- Es autónomo, porque para su perpetración no se requiere de la ejecución de algún otro tipo penal, es decir tiene vida propia.
- d) Por su formulación.- Es casuístico, en virtud a que en el tipo se establecen dos hipótesis y la realización de una de ellas configura el adulterio. Estas hipótesis consisten en cometer el adulterio en el domicilio conyugal, o con escándalo⁴⁰.

Cabe señalar lo que el Poder Judicial de la Federación, comenta en relación a la tipicidad del delito de adulterio:

***ADULTERIO.-** El tipo del delito correspondiente, se integra

⁴⁰ Idcm. p. 259-260.

precisamente con un adulterio que tenga verificativo en el domicilio conyugal o con escándalo, estos son los elementos integrantes del tipo. Lo que ocurre es que probablemente no sea muy certero el nombre que se ha dado a la figura delictiva, ya que se toma para la denominación de uno de los elementos, lo que equivale a confundir el todo con una de sus partes. Tal vez hubiera sido más técnico que el legislador hubiera dado otro nombre a la figura penal, pero esta circunstancia es irrelevante y carece de toda importancia; lo cierto es que se realiza el delito precisamente por la verificación de un acto adulterino en las condiciones exigidas por el dispositivo correspondiente.

Mucho se ha explorado la cuestión de que no existe el tipo porque la Ley no define lo que es adulterio. Ya se ha indicado que el adulterio no es sino un elemento constitutivo de la infracción, elemento que efectivamente la Ley no define, como tampoco proporciona la definición de lo que es "vida", en el homicidio, ni de "cópula", en el estupro, etc; pero en estas últimas infracciones, como en la mayoría de las que figuran en la legislación, al todo se le designa con una palabra diversa a la de una de sus partes, más como se ha indicado, el hecho relativo a la denominación carece de eficacia alguna para destruir el tipo correspondiente, que se integra con la descripción de los elementos hecha por el ordenamiento jurídico."⁴¹

Por lo que respecta a la atipicidad, Betancourt menciona lo siguiente: "La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es el aspecto negativo de la tipicidad.

Es importante diferenciar la atipicidad de la falta de tipo, siendo que

⁴¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación 6ª Época. Vol. XXVIII. p. 10.

en el segundo caso no existe descripción de la conducta o hecho, en la norma penal".⁴²

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado: "Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típica por falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc, mientras la segunda, presupone la ausencia total de descripción del hecho en la Ley".⁴³

A tal respecto, la atipicidad se origina por la ausencia de la calidad exigida por la ley en cuanto al sujeto activo, es decir, la ley requiere la calidad de que ambos o uno de ellos sea casado para la comisión del mismo.

***ADULTERIO, CUERPO DEL DELITO DE.** De acuerdo con la doctrina, para la existencia del delito de adulterio, se requiere la del matrimonio civil, así como la intención o voluntad culpable del esposo infiel, y la consumación del acto carnal entre el hombre y la mujer casada, y de acuerdo con los tratadistas el adulterio se comprueba por presunciones vehementes, lo cual es admisible en nuestro sistema jurídico, tanto porque los Códigos de

⁴² López Betancourt, Eduardo; *Teoría del Delito*, Porrúa, México, 1998. p. 140.

⁴³ Idem.

Procedimientos Penales no fijan manera especial de comprobación del cuerpo de este delito, dejando su justificación a la comprobación de todos los elementos que constituyen, cuanto porque, dada la naturaleza del mismo delito, sería imposible, la generalidad de los casos, obtener pruebas directas de su consumación⁴⁴.

3.3. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Otro elemento necesario para la configuración del delito es la antijuricidad, ya que la conducta delictuosa además de ser típica debe ser antijurídica y culpable.

De una acción amoldada a un esquema legal, importa analizar si con ella, se ha producido un conflicto con la ley, y si se ha lesionado o puesto en peligro algún bien jurídico tutelado en su disposición, dado que suele haber casos en que, no obstante, la coincidencia o tipicidad del acto, no es reprochado, al concurrir cualquier causa de justificación que lo hacen lícito, eliminando de esta manera la antijuricidad, sin la cual no hay ningún delito.

El Maestro López Betancourt, señala al respecto lo siguiente: "Para que la conducta del hombre pueda ser clasificada como delito, debe ser

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación, 5ª Época. Tomo XLII. P.3117

antijurídica, es decir, que vaya contra las normas establecidas contra el derecho⁴⁵. En el adulterio no será posible la presencia de ninguna causa de justificación, siendo que para Betancourt, dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a Derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.⁴⁶

⁴⁵ López Betancourt, Eduardo; op cit. P.263

⁴⁶ López Betancourt, Eduardo; op cit. P.153.

3.4. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

En la ubicación sistemática de la imputabilidad frente al delito hay varias posturas: una de ellas la ha considerado como presupuesto general del delito; afirmando que éste no tiene realidad sin la preexistencia de un sujeto imputable (presupuesto general), son partidarios de ella Massari, Marsich, Petrocelli y Porte Petit. A su lado hay otros autores como Jiménez de Asúa que otorgan a la imputabilidad un carácter de elemento integral de delito. Por último tratadistas como Meyer, Von Hippel, Cuello Calón, Ignacio Villalobos, Pavón Vasconcelos y Castellanos Tena, para los que la imputabilidad constituye un presupuesto necesario de la culpabilidad; ya que para culpar a un sujeto por un acto realizado, antes ha de ser imputable, para ser culpable primero se debe ser imputable teniendo un mínimo necesario de condiciones físicas y psíquicas para atribuírsele el delito; si se toma en cuenta, que en la culpabilidad el conocimiento y la voluntad son determinantes, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades; para conocer la ilicitud de una conducta y querer realizarla, se debe ser capaz de entender y querer, manifestándose en base a un conocimiento de algo, por tanto el manejo de ambas aptitudes (conocimiento y voluntad) es el cimiento o presupuesto de la culpabilidad. Bajo esta premisa López Batancourt, señala que la imputabilidad "es la capacidad de querer y entender en campo del derecho

penal". Ya que el que comete delito de adulterio, sabe perfectamente que esta violando no sólo leyes de carácter social, sino penal también.

La imputabilidad es el presupuesto o soporte de la culpabilidad, sin aquél no existe ésta y sin ella no hay delito, el aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad; si imputabilidad es la capacidad de entender y de querer, es decir, de conocer la ilicitud del hecho y de determinarse espontáneamente a su realización, cualquier causa que la anule ocasionando un estado de incapacidad que provoque falta de ese conocimiento o esa voluntad, constituye su abolición o inimputabilidad, así tenemos que las causas que eliminan la imputabilidad son los estados de inconsciencia permanentes y transitorios y el miedo grave.

López Betancourt, señala al respecto lo siguiente: " La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad se concibe como la falta de capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal." Esta incapacidad se presenta, cuando el agente del ilícito al momento de realizar la acción criminal, padece algún trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.

3.5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

La culpabilidad constituye un elemento más; sin el cual, es

imposible concebir la existencia del ilícito penal, pues, no basta que la conducta sea típica y antijurídica, sino también, debe ser culpable para poder configurar el delito.

El aspecto subjetivo del delito se integra con la culpabilidad, que tiene como presupuesto necesario la imputabilidad.

Maggiore señala que para ser agente del delito el ordenamiento jurídico penal exige, además de ser hombre o individuo cierta condición, que es la imputabilidad, varias características de madurez física y psíquica, de conciencia moral por las cuales en el momento de la acción, podrá considerársele como culpable; el concurso de esas condiciones es indispensable para la ley, al grado que sin ellas no se aplica. También indica "la culpabilidad lleva implícito un juicio de reprobación; pero no se puede reprobear ni castigar a quien no sea capaz de reprobación y de castigo. El juicio de culpabilidad presupone pues, un juicio de imputabilidad. El es un juicio que recae sobre un hecho, en cuanto que afirma que alguno es culpable; el otro es un juicio que tiene por contenido una posibilidad, y la define como el conjunto de condiciones que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente".⁴¹ Este autor identifica a la imputabilidad con la capacidad de obrar en Derecho Penal.

⁴¹Maggiore, Giuseppe; Derecho Penal Volumen IV; Editorial Temis, Bogotá, 1975. p. 479

Se puede decir que es imputable, el que al tiempo de la acción tenga las condiciones mínimas psíquicas y físicas necesarias para considerársele con la suficiente capacidad de entender y querer la conducta y responder ante la ley de su acto.

Por otro lado, la culpabilidad reviste dos formas independientes; el dolo y la culpa y otra tercera especie mezcla de las dos principales: la preterintencionalidad; en el dolo la voluntad se dirige consciente e intencionalmente a la ejecución del hecho tipificado como delito; en la culpa se causa el mismo resultado por medio de negligencia o imprudencia y en la preterintencionalidad el resultado producido va más allá de la intención lesiva de la gente.

El Código Penal vigente en su artículo 8 y 9 hace una clara distinción entre las formas de culpabilidad, disponiendo textualmente:

***Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.**

Artículo 9.- Obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo pena, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y, obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía

observar según las circunstancias y condiciones personales⁴⁸.

El Maestro López Betancourt afirma que la culpabilidad "es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto".

Para Cuello Calón el dolo "es la voluntad consciente, dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente la intención de ejecutar un hecho delictuoso"⁴⁹. De esta definición se desprenden dos elementos esenciales que concurren en su formación:

- a) Un elemento intelectual o cognoscitivo consistente en la representación del hecho y su significación, es decir, el conocimiento de que se quebrantan un deber con una acción típica y antijurídica.
- b) Un elemento emocional volitivo o afectivo que es la voluntad de realizar la conducta típica, aparezca o no un resultado material (delitos materiales y formales); ambos aspectos son necesarios, ya que en un sentido estricto, no puede hablarse de voluntad consciente si con antelación el querer de la gente no previó aquello como posible, sin previsión está ausente la intención.

La Comisión del delito de adulterio es de forma dolosa debido a

⁴⁸ Código Penal; op cit. Art. 8 y 9.

⁴⁹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I; Bosch Editorial; Barcelona, 1966, p. 319

que para lograr el fin del mismo, el agente debe desear la consumación del mismo; se ejecuta de manera voluntaria y consciente⁵⁰.

González Blanco comenta: "para los efectos de la culpabilidad, el delito de adulterio requiere el dolo específico, es decir, la consciencia y la voluntad de ambos sujetos, de realizar el acceso carnal ilícito, a pesar de la existencia conocida del vínculo matrimonial."⁵¹

La culpa es la segunda forma de la culpabilidad. Es frecuente que sin intención se produzcan delitos, causándose estos, más bien, como efecto directo de la negligencia, imprudencia o falta de cuidados mínimos necesarios para evitar su aparición, ocasionando un resultado igualmente grave que los delitos dolosos. Se trata precisamente de los ilícitos culposos.

Para Cuello Calón hay culpa "cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley"⁵²

Pavón Vasconcelos las señala como "aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible derivado de una

⁵⁰ López Betancourt, Eduardo; op cit. P. 264.

⁵¹ Citado por López Betancourt; op cit.

⁵² Castellanos Tena, Fernando: Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Parte General; Editorial Porrúa; México, 1983, p. 245

acción u omisión voluntarias y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres"⁵³.

Existe culpa según Jiménez de Asúa "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por la falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido el fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo"⁵⁴.

En este sentido, existen diversas teorías que intentan explicar la naturaleza del culpa, siendo de especial relevancia entre ellas la de la previsibilidad; la previsibilidad y evitabilidad y del defecto de atención.

Los elementos de la culpa son, según Pavón Vasconcelos:

1. Una acción u omisión voluntarias.
2. Un resultado típico y antijurídico.
3. Un nexo causal entre la conducta y el resultado.
4. Naturaleza previsible y evitable del evento.
5. Falta de voluntad del resultado

⁵³ Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; Porrúa; México, 1995. p. 397.

⁵⁴ Jiménez de Asúa; op cit. P.372.

6. Violación de deberes de cuidado.

La culpa reviste dos formas, pudiendo ser consciente, con previsión o con representación; e inconsciente, sin previsión o sin representación. La primera consiste en la voluntariedad del acto causal, y representación del resultado posible que no se quiere, se prevee la causación de consecuencias dañosas con la acción u omisión, pero se espera que no se produzcan, se tiene la falsa esperanza de que no sobrevengan, es decir, el autor del acto previsto como posible resultado no lo quiere y es más espera infudadamente que no ocurrirá; y la culpa sin representación por el contrario, existe cuando, un sujeto no previó por falta de cuidado el resultado previsible y evitable que se produjo con su conducta; aquí hay voluntariedad del acto causal, pero no se representa como probable el resultado, penalmente tipificado, no obstante, de ser de naturaleza previsible y evitable.

Por lo que se refiere a la inculpabilidad López Betancourt, señala que respecto a la inculpabilidad, "que es de primordial interés recordar que ésta es el aspecto negativo de la culpabilidad. La define como la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto."⁵⁵

Por tal motivo se debe considerar que la inculpabilidad es el

⁵⁵ López Betancourt, Eduardo; op. cit. p. 264.

aspecto negativo o la ausencia de culpabilidad; por lo que son todas aquellas causas que evitan la Integración de la culpabilidad. Cabe recordar, que si la culpabilidad se forma por el conocimiento y la voluntad, por el aspecto intelectual y emocional o volitivo, cualquier causa que las elimine a una o a ambas es una razón de inculpabilidad esté o no en la ley, y en estricto sentido se puede decir que son dos:

1. El error de hecho esencial e invencible (ataca el elemento intelectual), y
2. La no exigibilidad de otra conducta (elemento volitivo).

Por error debe entenderse toda desviación psicológica, consistente en una falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido en su enfoque real, es decir, es un conocimiento equivocado o falso de alguna cosa, se distingue de la ignorancia porque, en ésta se desconoce completamente algo, aunque para el Derecho las dos se identifican y se engloban en la denominación error. Pues es igual desconocer, que conocer falsamente la realidad, pudiendo cualquiera de estas eliminar la culpabilidad, si con ella se origina en el autor un conocimiento o desconocimiento equivocado de lo antijurídico del acto a realizar. El artículo 15 del Código Penal dispone en relación a las causas de exclusión del delito lo siguiente:

***Artículo 15.- El delito se excluye cuando:**

- I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- II. Falto alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;
- III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
 - a) Que el bien jurídico sea disponible;
 - b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer del mismo, y
 - c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;
- IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, a lugar del agente, al de su familia, al de dependencias, a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación, o bien, lo encuentre en alguno

de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

- V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.
- VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;
- VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la Ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta.

Si los errores a los que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 86 de este Código:

- IX. Atentamente las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;
o
- X. El resultado típico se produce por caso fortuito⁵⁶.

Un aspecto importante que señala López Betancourt, respecto al error en el adulterio es el siguiente: "El Derecho Penal Mexicano, únicamente reconoce al error como causa de inculpabilidad cuando es de naturaleza invencible, o sea, cuando humanamente es imposible evitarlo. Un ejemplo por medio del cual consideramos se podría presentar el adulterio por error invencible, es cuando el marido sale a algún estado de la República y el avión en el que viajaba cae, mencionándose por las noticias la inexistencia de sobrevivientes; entonces la presuntamente viuda, días después accede a tener relaciones con un tercero en el lecho conyugal; sin embargo, en realidad el marido no había fallecido y al

⁵⁶ Código Penal; Op. Cit. Art. 15.

regresar a su domicilio se encuentra con esta situación.⁵⁷

Por su parte, Maggiore nos dice: "El dolo queda excluido por error, esto es, si la mujer casada cree haber quedado viuda o que su matrimonio fue anulado; o si el copartícipe ignora el estado conyugal de la mujer. Naturalmente, el error no tiene importancia jurídica si recae sobre la identidad personal, como si la mujer que se está entregando a un hombre distinto de aquel a quien quería conceder sus favores, o si el hombre cree que está gozando con una mujer distinta a la que yace con él. En realidad, la voluntad de cometer adulterio no desaparece únicamente por haber engañado acerca de la identidad del copartícipe"⁵⁸

En relación a la no exigibilidad de otra conducta, si se parte de la concepción de la escuela normativista de la culpabilidad, que la ubica en el juicio de reproche cuando es exigible y posible otra conducta, nos hayamos en presencia de una causa general de inculpabilidad; independientemente de que varios doctrinarios como Ignacio Villalobos encuentren su naturaleza en el perdón o excusa de la pena y no en la ausencia de la culpabilidad.

Esta causa hace desaparecer el aspecto volitivo de la culpabilidad,

⁵⁷ López Betancourt, Eduardo; Op. Cit. p. 264.

⁵⁸ Maggiore, Giuseppe; Op. Cit. p. 192.

impidiendo su integración, ya que al anularse la libre voluntad, debido a la coacción ejercida sobre ella, el sujeto activo está impedido para realizar una conducta diversa, sin que se le ocasione ningún daño injusto que no tiene obligación de sufrir, así pues, el Derecho toma en cuenta tales circunstancias y excluye del reproche a quienes obran bajo esos supuestos, considerando que las normas jurídicas van dirigidas a seres humanos y no a héroes o suprahumanos.

3.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

La punibilidad, señala el maestro Pavón Vasconcelos, es "La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".⁵⁹

Para el maestro Castellanos Tena la punibilidad presenta acepciones: por un lado indica que: "consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta".⁶⁰

Por otro lado indica que: "Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a una pena"⁶¹, y por último considera que con menos propiedad la palabra punibilidad se utiliza para significar la imposición concreta de una pena.

La pena va íntimamente ligada al concepto de punibilidad. Es la ejecución misma de la facultad sancionadora del Estado para reprimir las conductas antisociales. Las penas imponibles a los autores de un delito

⁵⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; Porrúa; México, 1982. p. 421.

⁶⁰ Castellano Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Porrúa; México, 1983. p. 267.

⁶¹ *Ibidem*.

las contienen en sus enunciados las figuras típicas de que se trate, o bien, algún otro directamente con ella relacionado; por tanto, a los comportamientos típicos intencionales consumados, la propia descripción legal establece la pena imputable al autor.

La punibilidad en el delito de adulterio se encuentra establecida en el texto del artículo 273 del Código Penal el cual establece: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años..."

El Maestro Maggiore formula unos corolarios respecto a las condiciones objetivas de punibilidad y dice que son:

- a) Las condiciones de punibilidad son solamente suspensivas, no resolutivas.
- b) La condición de punibilidad supone un delito completo en todos sus elementos esenciales; sin alguno de éstos, no habrá delito aunque se verifique.
- c) Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como intentado; también la tentativa supone la verificación de la condición.
- d) No es punible la participación o el favorecimiento en un delito condicional, cuya condición de punibilidad no se haya verificado.

e) El momento consumativo del delito condicional coincide no con la consumación efectiva, sino con la realización de la condición; por eso, la prescripción empieza a contarse desde ese momento.

Por tal motivo, la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, es el aspecto negativo de las mismas; y el lugar que ocupen dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente, ya que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito, al considerar las condiciones objetivas de punibilidad elemento del delito, y otros estimarán que no constituyen un aspecto negativo del delito, al negar a las condiciones objetivas el carácter mismo de elemento. Para el Delito de adulterio las condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia no se presentan, siendo que reúne todos los elementos del delito para que sea punible, valga la redundancia.

El aspecto negativo de la punibilidad se integra en presencia de las llamadas excusas absolutorias que impiden la aplicación de la pena en un delito. Son definidas como aquellas causas que dejan subsistente el carácter delictivo de un hecho, sin aplicar pena alguna o bien, como aquellas causas que originan la inexistencia del delito al anular la punibilidad. Éstas, como menciona el Maestro López Betancourt, no se presentan en el delito de adulterio.

CAPÍTULO IV

"ITER CRIMINIS", TENTATIVA Y CONCURSO DE DELITOS

Hasta este momento se han analizado los elementos positivos y negativos del delito de adulterio; sin embargo, todavía se requiere determinar cómo se efectúa el proceso criminoso dentro del delito, hasta su consumación.

4.1. ITER CRIMINIS

"Todos los delitos tienen un desenvolvimiento propio, que se compone de una serie de actos que constituyen las etapas del proceso criminoso, al que se le ha llamado *iter criminis*."⁶²

El periodo *iter criminis* sólo puede darse en los delitos donde el sujeto decide, piensa, y resuelve cometer ilícito, esto es en los ilícitos intencionales o dolosos.

Zaffaroni señala que "desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto, hasta que opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del

⁶² López Betancourt, Eduardo; Introducción al Derecho Penal; Porrúa; México 1997. p. 135.

cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se le denomina "*Iter criminis* o camino del crimen", definiendo así, al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito"⁶³

El especialista Porte Petit, sostiene que el *iter criminis* comprende dos esferas: una subjetiva, en la que se da la concepción, deliberación y decisión del delito; y otra exterior, que incluye la manifestación de la resolución del sujeto, actos preparatorios, actos ejecutivos⁶⁴.

Cabría resaltar aquí, que el que comete delito de adulterio generalmente tiene una resolución lucida sobre el delito que va a cometer y está decidido a realizarlo, involucrándose con otra persona del sexo opuesto y consumando los actos eróticos carnales. De esta manera el que comete delito de adulterio, sea que lo perpetre en el domicilio conyugal o fuera de él, sabe perfectamente (a menos que se encuentre bajo la influencia del alcohol o drogas) que su conducta, producto de la acción humana, es intencional o doloso.

Según especifica el Maestro López Betancourt, el *iter criminis*, es el camino recorrido por el delito, que va desde su ideación en la mente del

⁶³ Zaffaroni, Eugenio; Tratado de Derecho Penal. Tomo IV; Editorial Cárdenas y distribuidor, México, 1988, p. 409.

⁶⁴ Porte Petit; Programa de Derecho Penal; Trillas; México, 1990, p. 740.

agente hasta su ejecución. Este camino o vida del delito, tiene dos fases: una interna o subjetiva; otra externa y objetiva, en la que se da su ejecución. De lo anterior, considera que la fase interna está compuesta por una idea críminosa, deliberación y resolución del delito, actos no punibles; mientras que en la fase externa encuentra a la comunicación o exteriorización, preparación y ejecución; en esta última aparece la tentativa acabada, (delito frustrado), inacabada o imposible; y la consumación, que es el logro del objetivo ilícito.⁶⁵

La idea críminosa es la sola representación del delito en la mente del sujeto; después de la idea de cometer el delito, surge la deliberación, la lucha interna entre el bien y el mal, el agente examina el pro y el contra de una conducta delictiva, tomando finalmente una decisión. En este periodo rechaza o determina una acción criminal. Una vez analizada la idea críminosa, el individuo debe decidir si la realiza o no, así aparece la resolución. Si la exterioriza continuará hasta su consumación y si decide no hacerlo, quedará únicamente en la mente de la persona, sin causar trastornos en la sociedad.

La fase externa del *iter criminis*, es la que tiene relevancia en el derecho penal; el sujeto exterioriza su resolución de delinquir, efectuando actividades encaminadas a la preparación del hecho delictivo, como

⁶⁵ López, Betancourt. Op. Cit. p. 137.

procurarse los medios para su realización, observar el lugar, el momento, buscar cómplices; después ejecutar su conducta y finalmente es consumado el hecho delictivo.

La comunicación o exteriorización es la manifestación del pensamiento criminoso, sale del momento interno -menciona Maggiore- y se proyecta en el mundo exterior.⁶⁶ Una vez que se exteriorizó el pensamiento, se inicia la preparación del delito. "La preparación del delito es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado".⁶⁷ La última etapa de la fase externa del *iter criminis*, es la consumación, el acto o los actos idóneos para la realización del hecho delictivo. Así en el caso de que el delito sea ejecutado y llegue a la consumación, el agente habrá logrado su objetivo delictivo y el tipo penal estará colmado. La consumación no es otra cosa que la realización deseada del tipo penal o delito, es decir, el agente debió haber realizado la conducta descrita en la norma a partir del momento en que tiene lugar la consumación.

4.2. TENTATIVA

En la etapa ejecutoria, señalada dentro de la fase externa del *iter*

⁶⁶ Maggiore, Giuseppe; Derecho penal. Tomo IV; Temis; Bogotá, 1989. p.70.

⁶⁷ Maurach; Tratado de Derecho Penal. Tomo II; Ariel; Barcelona, 1937. p. 498.

criminis puede no consumarse el delito, o bien, llegar éste a dicha consumación. En el primer caso se está hablando de tentativa. "La tentativa implica un principio de ejecución y la puesta en peligro de un bien jurídico, a virtud de un proceso unívoco, (referente a la designación de varios objetos distintos, pero del mismo género), en tanto que el acto preparatorio es equívoco, (sospechoso). El acto de tentativa implica un principio de ejecución sin consumación".⁶⁸

El Código Penal, señala por tentativa lo siguiente:

"Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos

⁶⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación; Informa de 1955, p. 4. Citado por: López Betancourt. Op. Cit. p. 146.

ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.⁶⁹

El fundamento objetivo de la tentativa se encuentra en la decisión del sujeto de actuar dolosamente para afectar el orden público. Así, la afectación del orden público al quedar truncada porque el delito no se concluye, emerge la tentativa. Es importante señalar que el dolo es fundamental, ya que sin la intención del autor se carecería de la intención para consumir el hecho típico, y que no se dio por causas ajenas a su voluntad.

***ADULTERIO, CUERPO DEL DELITO DE.** De acuerdo con la doctrina, para la existencia del delito de adulterio, se requiere la del matrimonio civil, así como la intención o voluntad culpable del esposo infiel, y la consumación del acto carnal entre el hombre y la mujer casada, y de acuerdo con los tratadistas el adulterio se comprueba por presunciones vehementes, lo cual es admisible en nuestro sistema jurídico, tanto porque los Códigos de Procedimientos Penales no fijan manera especial de comprobación del cuerpo de este delito, dejando su justificación a la comprobación de todos los elementos que constituyen, cuanto porque, dada la naturaleza del mismo delito, sería imposible, la generalidad de los casos, obtener pruebas directas de su consumación.⁷⁰

⁶⁹ Código Penal. Op. Cit. Art. 12.

⁷⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Senenario Judicial de la Federación; 5ª Época. Tomo XLII. p. 3117.

Por lo tanto la intención o voluntad del esposo(a) infiel en la no consumación del acto carnal, podría considerarse como tentativa. De esta manera no se podría considerar consumado el delito de adulterio. Sin embargo, el hablar de tentativa en el delito de adulterio resulta complicado, siendo que a pesar de que sea admitido por la persona que pretendió realizar el acto carnal, si este no fuera consumado, no hay delito que perseguir; ya que no se está violando ninguna norma o algún bien jurídico tutelado, por el hecho de pensarlo o confabularlo, si es que fuera el caso. Mas desde el punto de vista moral, los valores se ven disminuidos y deteriorados, por la poca honradez y sinceridad en la relación. Que se encuentra auspiciada bajo la figura jurídica del matrimonio.

Maggiore define a la tentativa como un delito iniciado y no cumplido, por interrupción de la acción o por la irrealización del resultado. Además, establece con base en esta definición que los elementos de la tentativa son tres:

- I. "La intención dirigida a cometer un delito;
- II. Un acto idóneo, y
- III. Una acción no realizada o un resultado no verificado".⁷¹

⁷¹ Maggiore, Giuseppe. Op. Cit. p. 77.

La tentativa constituye así un grado más del *iter criminis*, que se encuentra en su fase de ejecución. La tentativa puede ser: acabada, inacabada o imposible.

La tentativa acabada se entiende como aquella ejecución completa de la conducta realizada por el activo encaminada hacia un resultado delictivo, pero éste no acontece por causas ajenas a su voluntad.

En cambio la tentativa inacabada, consiste en la omisión de uno o varios de los actos tendientes a la verificación del delito. En este caso, la ejecución es incompleta, por lo que el resultado como consecuencia de tal omisión no se produce.

Cabe advertir, que el realizar o no realizar el acto carnal, en el delito de adulterio, solo delimita la consumación del hecho delictivo, ya que si no existe el contacto carnal, sería difícil hablar de tentativa. Por lo tanto no hay delito, ni mucho menos forma de probarlo.

4.3. CONCURSO DE DELITOS

Se ha señalado que el concurso de delitos existe, cuando un hecho constituye dos a más delitos, o cuando varios hechos den un mismo sujeto otros tantos delitos. En el primer caso se habla de concurso ideal,

mientras que en el segundo se produce un concurso real.

Cuello Calón precisa que existe concurso ideal "cuando con una sola acción se producen varias infracciones a la Ley Penal. También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución de otro. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza uno con el otro".⁷²

El concurso ideal es para Cuello Calón una unidad de acción y una unidad de fin; en el agente deben darse varios fines criminosos, esto es, para que opere por ejemplo dentro del adulterio, deben presentarse si es que fuera el caso, el contagio de una enfermedad mortal como es el SIDA, en perjuicio del sujeto pasivo.

Por lo que se refiere al concurso real o material, "éste existe cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita".⁷³

⁷² Cuello Calón, Op. Cit. p. 570.

⁷³ Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 468.

Para Pavón Vasconcelos, el concurso real está íntimamente ligado con el de acumulación, por ello deben de presentarse los siguientes requisitos para que exista el concurso real:

- a) Que exista identidad en el sujeto activo
- b) Que haya una pluralidad de conductas
- c) Que se de igualmente una pluralidad de delitos
- d) Que no exista sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso, y
- e) Que la acción penal no se encuentre prescrita

Mir Pulg sobre el concurso real expone lo siguiente: Existe concurso real, cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos.⁷⁴

El Maestro López Betancourt, especifica que el concurso material en el delito de adulterio se presenta por ejemplo, cuando el agente además de cometer el delito de adulterio, con el fin de que no se entere su cónyuge, amenaza de muerte a su codeincente.

⁷⁴ Citado por : López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. p. 217.

CAPÍTULO V

GENERALIDADES DEL DELITO DE ADULTERIO

5.1. COMPROBACIÓN DEL DELITO

5.1.1. DIFICULTAD EN LA INTEGRACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO

Mucho se ha explorado en referencia al adulterio como delito, debido a que no existe el tipo penal, porque la ley no define lo que es el adulterio, solamente establece cuales son los elementos que tienen que presentarse para que se lleve a cabo el adulterio, y la punibilidad de dicho delito. Por otro lado, una de las características que menciona, es la relativa a la consumación, sin embargo, existe una gran dificultad para su comprobación, ya que es difícil estar en el momento preciso de dicha consumación, porque para cometerla, los adúlteros buscan lugares donde nadie los conozca, sitios solitarios como hoteles, moteles, casa de cita, departamentos, pero nunca en su hogar. Por eso existe una gran dificultad para integrar dicho delito, porque existe actualmente en nuestra legislación un gran vacío, por no encontrarse bien tipificado y debidamente integrado dicho delito.

Aunque el texto legal vigente del Distrito Federal, no define al

adulterio, si es preciso reconocer una gran distinción, entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito, sancionado por la ley Penal y por el Código Civil para el Distrito Federal, una vez conociendo sus diferencias, se podrá establecer cual es la forma más idónea para integrar dicho delito. En cualquier forma ya sea como delito ó como causal de divorcio.

A) Como delito

Si bien ambas relaciones implican la existencia de relaciones sexuales, entre el cónyuge culpable y persona diversa del otro cónyuge, aquí el adulterio penalmente tipificado como delito, requiere de dos elementos constitutivos, el domicilio conyugal y el escándalo, para que se pueda integrar dicho delito, debe de por lo menos existir uno de sus elementos.

B) Como Causal de Divorcio

El adulterio como causal de divorcio es diferente y se integra parecidamente, pero muchos legisladores lo confunden, siendo que el adulterio se encuentra regulado como "delito" y como "causal de divorcio". Como delito requiere de dos elementos ya mencionados; pero en el adulterio civil es "la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero", aquí se está en presencia de una causal de divorcio, que es

invocada en el artículo 267, fracción I, del Código Civil vigente para el Distrito Federal, por lo tanto justifica la disolución del vínculo matrimonial como una causal grave cometida por uno de los cónyuges y en donde el cónyuge inocente es el más afectado, por la conducta adulterina de su consorte. Siendo así, para que se integre el adulterio civil no es necesario que se den los elementos que se dan en el adulterio penal, porque en el adulterio civil, basta la simple sospecha de que tiene relaciones sexuales con tercera persona o el haberlos visto ostentándose como marido y mujer, siendo que en la realidad no lo son.

De lo anterior expuesto, el delito de adulterio, constituye probablemente uno de los ilícitos de mayor dificultad en el momento de comprobarlo. Para ello se han expedido varias jurisprudencias que delimitan el cuerpo del delito.

"ADULTERIO COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ. El Código Penal vigente en el Estado de San Luis Potosí, no define al delito de adulterio, pero sí puntualiza los elementos que lo constituyen y mediante la comprobación de los cuales se reputa cometido; pero no por la omisión de la ley deben quedar impunes los actos que se reputan como adulterio., según los elementos del mismo, porque admitir lo contrario, equivaldría a dejar impunes actos que pugnan con la moral, con las buenas costumbres y con el orden social en su base más estable,

que es la familia. Ante esta omisión de la ley, proceda recordar los antecedentes u orígenes del delito, para fijar los elementos que lo constituyen y deben definirlo. Escribche, en su diccionario de legislación y jurisprudencia, lo define como el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no es su mujer legítima, o el que tiene una casada con un individuo que no es su marido. Según el derecho canónico, el adulterio es el acceso al hecho conyugal de otro; y la ley de Partidas lo define como yero que *home faze* a sabiendas, yaciendo con mujer casada o desposada con otro. Como elemento del hecho en sí del adulterio, deben subsistir las definiciones antiguas; sólo modificadas en cuanto a las condiciones del hombre, pueden ser motivo de adulterio, y como todas esas definiciones requieren esencialmente la demostración de la existencia del acto carnal entre los actores, es preciso acreditar el mismo, por los medios que el derecho procesal establece.⁷⁵

"ADULTERIO, COMPROBACIÓN DEL CUERPO DEL DELITO DE. Si por la propia confesión del acusado, se comprueba que durante su matrimonio tuvo el domicilio legal en determinada casa; y se justifica igualmente, que de hecho se separó de su esposa y convivió con otra mujer en la misma finca, debe considerarse que el adulterio tuvo verificativo en el domicilio conyugal, puesto que, conforme a los artículos 131 y 163 del Código Civil vigente en el

⁷⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo LXII. p. 1558

Distrito Federal, el domicilio legal de una persona es el lugar donde fija su residencia y donde la mujer debe vivir a su lado, y el domicilio conyugal del matrimonio continuó siendo el que el esposo habitaba. Pero aún suponiendo que pudiera existir alguna duda sobre el particular, se acreditó la existencia del otro requisito que señala el artículo 273 del Código Penal para castigar el delito de adulterio; pues según el diccionario de la Academia de Lengua Castellana, por escándalo se entiende el dicho o hecho que se causa de que uno obre mal o piense mal de otro, y alboroto, licencia, desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo. Ahora bien, si está probado que el acusado contrajo matrimonio religioso con su coacusada, es indudable que numerosas personas presenciaron la ceremonia que se celebró públicamente y otras muchas se enteraron de ella, y tal situación debe considerarse como constitutiva del elemento escándalo, en los términos que exige la disposición legal citada, máxime, que para el concepto de escándalo social, ni siquiera se exige que los actos que lo constituyen públicamente, bastando que puedan llegar al conocimiento de los integrantes de la sociedad, para que estime que la difusión de mal ejemplo constituye el elemento escándalo; sobre todo si el estado o acto adulterino fue acompañado de grave publicidad, que constituyó una afrenta para el cónyuge inocente".⁷⁶

⁷⁶ Suprema Corte de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo LX. p. 2684

"ADULTERIO. Tratándose del delito de adulterio, uno de los elementos materiales indispensables que debe probarse, es que han existido relaciones sexuales, aún cuando la legislación no se refiera precisamente a tales relaciones. Y para dar por comprobado este elemento hasta la prueba presuntiva".⁷⁷

"ADULTERIO CON ESCÁNDALO, CUERPO DEL DELITO DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA). Se comprueba el cuerpo de dicho delito previsto en el artículo 236 del Código Penal del Estado, aún cuando la ofendida o 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 implica necesariamente, que el acceso carnal se practique en público, pues aquéllas se presumen, por la ostentación de los amoríos de los adúlteros o porque los dos den a entender claramente, con su conducta, el tratamiento de esposos o cuando ante el conocimiento general vivan amancebados o se fuguen juntos con abandono de 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 que queda ante los demás."⁷⁸

⁷⁷ Suprema Corte de la Nación. Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación*. 6ª Época. Volumen XXII. p. 16.

⁷⁸ Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. 8ª Época. Tomo II segunda parte. Tesis 92. p. 58.

"ADULTERIO DELITO DE. (ESCÁNDALO). Está acreditado el elemento escándalo, si las relaciones ilícitas que mantienen los acusados eran ostensibles hasta el punto de que pudieron apercibirse de ellas tanto la esposa del acusado, cuanto los sujetos del testimonio de cargo, de donde se sigue que, si están acreditados los elementos típicos objetivos de que se hace mérito, por ende lo está la culpabilidad reprochable a uno y otro de los agentes activos de dicho delito".⁷⁹

Cabe advertir, como se ha venido señalando, que el adulterio constituye una figura difícil de comprobar. Así, para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se establece una de las más importantes pruebas: la directa, dicha prueba debido a su dificultad es casi imposible que se lleve a cabo, por lo que los legisladores aceptaron y adoptaron la prueba indirecta, para tratar de demostrar la infidelidad del cónyuge culpable.

Dentro de las pruebas indirectas, encontramos el acta que se levanta ante una agencia investigadora, en donde constan los hechos de la conducta adulterina de los cónyuges, debido a que los vieron salir de un motel, entendiéndose que se introdujeron a tener ayuntamiento carnal.

⁷⁹ Suprema Corte de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo CXXII. p. 437.

También se establece, el simple hecho de reconocer ante un registro civil a un hijo que no es de su matrimonio y como dicho hijo nació posteriormente a la fecha de su matrimonio, es prueba plena del adulterio de su consorte.

Una de las pruebas indirectas que causa importancia, es que si el cónyuge se realizó la vasectomía y después de varios años su cónyuge se encuentra embarazada, es prueba plena de su infidelidad, porque como se analiza, su consorte no pudo embarazarla debido a que se encontraba operado.

También encontramos que la simple confesión de uno de los cónyuges de haber cometido la conducta adulterina, hace prueba plena del adulterio, como causal de divorcio.

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. La suprema corte ha sostenido que para los efectos del divorcio, no es necesaria la comprobación de todos y cada uno de los elementos del adulterio, pues basta que de la constancia de actos se desprendan vehementes presunciones acerca de su certidumbre, para estimar suficientemente la causal de divorcio de que se trata. Ahora bien, son suficientes para comprobar la mencionada causal,

los hechos siguientes: El acta levantada por un subcomandante de policía, en el sentido de haber sorprendido a la esposa dentro de una casa en compañía de un hombre, y ambos en ropas íntimas, aunque de tal acta se le niegue el carácter de documento público, si está administrada con la declaración de un testigo, mismo que, aunque se trate de una declaración singular, no por eso su dicho es desechable si produce en el juzgador la certidumbre de lo declarado y es completo e íntegro a su vez la prueba que se deduce de lo asentado en la mencionada acta, que al propio tiempo robustece el testimonio; el dicho del marido de haber sorprendido a su esposa en adulterio infraganti dentro del domicilio conyugal, lo que provoca una "calavera", injuriosa con motivo del escándalo suscitado, por la conducta inconveniente de la esposa; una nota informativa alusiva en el periódico en donde se publicó la mencionada "calavera", una carta escrita al esposo y una declaración en donde se mencionan hechos reveladores de la conducta infiel de la esposa."⁸⁰

⁸⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 5ª Época, Tomo CXXIII, P. 366, 20 de enero de 1995.

"ADULTERIO, DELITO DE, ADUCIDO COMO CAUSAL DE DIVORCIO. De acuerdo con la doctrina, el adulterio consiste en la cópula de la persona casada con otra que no es su consorte. Para que el adulterio constituya un delito, debe ser cometido en el domicilio conyugal o con escándalo y sólo se castiga si ha sido consumado, artículos 273 y 274 del Código Penal. Ahora bien, si el demandado, al reconvenir a su esposa el divorcio, lo hizo atribuyéndole haber cometido el delito de adulterio y no simplemente la comisión del adulterio, debió comprobar la existencia de dicho delito, y en la sentencia debieron estudiarse los hechos, tales como se expusieron en la demanda y en la contestación sin hacer ampliación alguna".⁸¹

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE PRUEBA. El adulterio como causal para demandar el divorcio, es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural, de la cónyuge demandada, habido con persona distinta a su esposo legítimo, porque aún cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para determinar directamente la causal, en cambio, sí hace prueba plena en cuanto al nacimiento de un menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron, quedando demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsistía el vínculo matrimonial, queda deducida la existencia del adulterio, que es una consecuencia de aquel hecho, y establecida la presunción

⁸¹ Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, 5ª Época, Tomo CIII, p. 3171, 20 de enero de 1995.

relativa a la existencia de la causal invocada".⁸²

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido el criterio de que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se admite la prueba indirecta, pero la misma debe enmarcarse a demostrar precisamente la conducta adulterina o infiel del cónyuge, así como la mecánica del adulterio, de manera de que si solamente se trata de acreditar una confesión vertida por uno de los cónyuges, ello no es suficiente para la comprobación de la mencionada causal".⁸³

"DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la Ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio justificativa de la disolución del vínculo

⁸² Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. 6ª Época. Vol. CXXI, Cuarta parte. Julio de 1967, p. 39.

⁸³ Apéndice de Jurisprudencia de la Semanario Judicial de la Federación. Tesis No. 159. Cuarta Parte. p. 496. 8 de Julio de 1977.

matrimonial, porque éste sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la infidelidad de los esposos".⁴⁴

5.2. CONSECUENCIAS LEGALES DEL ADULTERIO

Las consecuencias originadas por el delito de adulterio, pueden ser analizadas desde el punto de vista moral y penal. Una de las consecuencias iniciales es que cuando es sorprendido cualquiera de los cónyuges, en pleno adulterio o en el acto sexual, por su consorte, se produce el desprecio y el odio del mismo, y hasta le puede ocasionar la muerte a los adúlteros, debido al momento de furia y al desquiciamiento mental y físico que se origina en este, al haber defraudado la fidelidad conyugal que se debían recíprocamente. Otra de las consecuencias, es el menosprecio y rechazo de familiares y amigos cercanos, que se produjo por haber cometido el acto adulterino.

Cabe señalar en este momento, que la sanción que impone la legislación, es impropia, debido a que a las personas adúlteras, generalmente no les importa ésta (sabedores que alcanzarán la libertad bajo fianza), o en el peor de los casos, ni siquiera podrá hacerseles

⁴⁴ Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Cuarta Parte. Tercera Sala. Tomo CXXVII p. 491.

comprobable la falta o el delito que cometieron. El Código Penal Federal en el artículo 273, estipula la sanción respectiva: "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."⁸⁵

Una consecuencia legal importante, es que cuando son sorprendidos los adúlteros en el acto carnal y estos tienen hijos menores de edad, pierden todo derecho hacia ellos, es decir, pierden la patria potestad de los menores debido a las conductas tan deshonestas, y por lo tanto dicha tutela se le queda al cónyuge inocente.

***ADULTERIO, DELITO DE:** El Código Penal no define este delito, pero es evidente que por el debe entenderse la infracción que implica un ataque a la institución del matrimonio, por medio de la conjugación carnal de un casado por una persona extraña, llevada a cabo en el domicilio conyugal o con escándalo, pero para que se llene el primer requisito, debe entenderse que existe el adulterio cuando hay relación sexual normalizada entre los responsables, como si estuvieran ligados por vínculo de matrimonio o hicieran vida de amancebamiento; pues es evidente que en todo ayuntamiento sexual o en términos generales, que no toda infidelidad conyugal pueda constituir la noción que castiga la ley, en cuanto a que el

⁸⁵ Código Penal. Op. Cit. Art. 273.

adulterio que se comete en el domicilio, debe tenerse en cuenta que las nociones jurídicas del domicilio que da el derecho civil, no son aplicables estrictamente en el orden penal; pues por domicilio conyugal debe de considerarse el lugar donde viven o conviven los cónyuges, sea de una manera transitoria, temporal o definitiva, puesto que el legislador lo que castiga, es el adulterio grave constituido, por el hecho de que el consorte culpable introduzca desvergonzadamente a su amante adulterino, al hogar donde vive y convive con el cónyuge inocente, es pues la violación de la fidelidad al recinto del hogar conyugal, lo que constituye la extrema injuria que sanciona la ley, para considerar que el adulterio se ha cometido con escándalo, en ausencia de toda norma jurídica que precise lo que es el escándalo, es lógico entender que este consiste en la grave publicidad del estado adulterino que hacen los propios adúlteros, por la exhibición clínica de sus amoríos, pero no se entenderá que existe escándalo cuando con otra persona se enteren, por razón de su trabajo, de su parentesco o de sus relaciones íntimas con los culpables, así las sirvientas de un hotel o casa de citas, se enteraron de un adulterio, la circunstancia de que estas personas para el servicio de la casa, viene a demostrar que hubo una grave publicidad del estado adulterino, pues la ley requiere de un conocimiento público más o menos acentuado tampoco constituye escándalo el hecho de que el cónyuge inocente ponga en conocimiento de las autoridades correspondientes los actos criminosos, para la persecución de los responsables, aunque por esto el hecho adquiera publicidad periodística u otra equivalente, pues entonces el escándalo no es imputable directamente a los protagonistas; la ley requiere

que el escándalo provenga o sea motivado por los mismos adúlteros".⁸⁶

"ADULTERIO, DELITO DE. Aunque el texto legal vigente del Distrito Federal no define el delito de adulterio, debe entenderse que tal infracción implica un ataque a la institución del matrimonio, mediante la práctica de las relaciones sexuales, con personas diversas del legítimo consorte o la aceptación de estas relaciones, con persona unida a otra, por el pacto civil del matrimonio. Dicho texto condiciona su punibilidad en los casos en que el hecho ocurra en el domicilio conyugal o con escándalo. Ahora bien la índole misma del acto que consuma el delito, dificulta su justificación legal por los medios regulares de prueba, pero esto no impide que se pueda obtener mediante indicios que permitan concluir fundamentalmente su existencia, como sucede si la acusada contrajo públicamente matrimonio eclesiástico con su coacusado; no obstante que la legítima esposa de éste le había hecho saber el impedimento para el enlace, y si posteriormente a la ceremonia, vivió a lado de aquel en el domicilio conyugal, que tenía establecido con su legítima consorte, domicilio que había sido previamente abandonado por aquélla".⁸⁷

⁸⁶ Suprema Corte de justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo LXXII. p. 912.

⁸⁷ Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Tomo LXXXIX. p. 286.

5.3. ABOLICIÓN DEL DELITO DE ADULTERIO

Mucho se ha explorado en relación al adulterio como delito o como ilícito civil, la cuestión es que hasta los legisladores no han encontrado la diferencia entre ambos. Como se ha mencionado, el delito de adulterio ha sido concebido por diferentes especialistas como la existencia de infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada, por medio de las relaciones sexuales que sostiene con otra persona diversa, y las que se realizan desde luego fuera del matrimonio, reuniendo además los elementos de domicilio conyugal y escándalo; pero aquí el grave vacío es que nuestra legislación no establece la definición jurídica de adulterio, por lo tanto no existe un tipo penal integrado debidamente. Más dentro, de la legislación civil, se concibe a éste, como una gravísima causal de divorcio y por lo tanto tiene que ser castigado desde este ámbito; es decir, suspendiendo todos los derechos civiles del adúltero, independientemente si este es acreedor a alguna otra pena, al haber propiciado un concurso de delito ideal.

Siendo así, en el estudio del adulterio como delito y como ilícito civil para que se facilite su persecución, es muy importante conocer cuál es la definición correcta de la palabra adulterio y que nuestra legislación las incorpore al texto jurídico tanto del Código Penal como Civil.

Cabe destacar aquí, que en la legislación penal actual, los elementos que se deben de presentar para comprobar el delito de adulterio, son hasta cierto punto imposibles de verificar; más como se ha expuesto en la jurisprudencia relativa al adulterio como causal de divorcio, no se requieren precisamente las pruebas directas, sino también las indirectas. Por lo que lo más conveniente sería, que estos elementos se incorporen al texto civil.

Cabe destacar, por otro lado que la penalidad contemplada en el Código para este delito, no constituye mayor problema para el inculpado, ya que la libertad bajo fianza está a la vuelta de la esquina, y los hechos consumados, se traducirán para el juez en una paradoja, en la cual jamás reunirá los elementos que se consignan en la propia ley, a menos que se demuestre lo contrario.

Finalmente debería de resaltarse, hasta qué punto los seres humanos tenemos la libertad de amar y hasta qué punto se debe deteriorar el vínculo familiar, que se deriva de las relaciones sexuales permanentes a través del matrimonio o concubinato. Efectivamente el delito de adulterio, entorpece no solo las relaciones sexuales y amorosas en el matrimonio, sino que deteriora la convivencia pacífica de la familia y menoscaba el bienestar de los hijos. Más por otro lado, se está negando la imperiosa necesidad de deslindarse de una relación infructífera; ya que

la persona que cometió el adulterio, lo hizo probablemente, al no tener ya más ese sentimiento denominado "amor" o la atracción física que lo sujetó en su momento a su pareja.

No se puede dejar de subrayar, que para eliminar el texto del delito de adulterio del Código Penal, los especialistas y legisladores deberán de tomar en cuenta al matrimonio, el que es considerado desde dos puntos de vista: como un acto jurídico y como un estado permanente de vida de los cónyuges. Este segundo aspecto, es efecto o consecuencia de la celebración del matrimonio como acto jurídico desde el punto de vista civil.

Como estado permanente de vida entre los cónyuges, el matrimonio está constituido por un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones que se han creado en vista de los intereses superiores de la familia; la mutua cooperación y ayuda de los cónyuges y la procreación de los hijos.

CONCLUSIONES

Se consideraba antiguamente que la esposa era la causante del adulterio, debido a que se encontraba en el hogar conyugal e introducía a su amante a la casa para la consumación del acto carnal, como consecuencia el esposo o el juez, según correspondía, tenían el derecho de establecer diferentes sanciones a los adúlteros como son: esclavitud, destierro, suspensión o destitución de empleo, apedreo, exhibición ante el pueblo y la muerte.

En el Derecho Penal Mexicano se estableció diferentes tipos de ejecución como son: pena capital, descuartizamiento, cremación en vida, decapitación, estrangulación y machacamiento de cabeza. Se constata que en la antigüedad, los adúlteros fueron castigados severamente. Sin embargo, desde que sucedieron esos horrosos acontecimientos, se decidió utilizar la razón y sustituir dichas torturas por prisión, comprobando los elementos de domicilio conyugal y con escándalo, en casi todos los pueblos.

En el estudio de la figura de adulterio, mucho se ha explorado, partiendo de la base de que todos los actos de la vida familiar, pertenecen al orden privado, por consiguiente ataca a la institución de la familia, entendiéndose que las sanciones deben de ser civiles y no

penales.

El Código Penal en vigor, no define el delito de adulterio, por lo consiguiente al no existir un concepto jurídico no se puede integrar el tipo penal de adulterio, debiéndose entender que el adulterio, implica una infracción a la institución del matrimonio, mediante la práctica de relaciones sexuales, con persona distinta a su legítimo consorte.

La ley de la materia condiciona su punibilidad en los casos que ocurra en el domicilio conyugal o con escándalo, como lo establece el artículo 273 del Código Penal, al castigar hasta con dos años de prisión y privación de derechos civiles hasta por seis años, llegando a ser un castigo poco severo para los adúlteros.

Uno de los puntos esenciales para que exista la figura del adulterio es el matrimonio. Dentro de las personas que intervienen en este delito se encuentran: el sujeto activo y el pasivo. Sus elementos más importantes son el domicilio conyugal y el escándalo, entendiéndose por domicilio conyugal la casa o el lugar, donde están establecidos permanente o transitoriamente los casados, y por escándalo se entiende el desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo que se suscitó por la consumación del delito.

Así mismo, se hace notar que la conducta típica del delito de

adulterio, es aquella que se encuentra auspiciada por la cópula entre hombres o mujeres casados civilmente, con persona distinta de su cónyuge; entendiéndose que solo se castiga la cópula o el adulterio consumado.

No se puede dejar de subrayar, que para eliminar el texto del delito de adulterio del Código Penal, los especialistas y legisladores deberán de tomar en cuenta al matrimonio, el que es considerado desde dos puntos de vista: como un acto jurídico y como un estado permanente de vida de los cónyuges. Este segundo aspecto, es efecto o consecuencia de la celebración del matrimonio como acto jurídico desde el punto de vista civil. Como estado permanente de vida entre los cónyuges, el matrimonio está constituido por un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones que se han creado en vista de los intereses superiores de la familia; la mutua cooperación y ayuda de los cónyuges y la procreación de los hijos.

BIBLIOGRAFÍA

AQUINO, Santo Tomás de; Suma Teológica Vol. XV. B.A.C. De. Católica.
Madrid, 1956.

CASTELLANOS TENA, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal: Parte General; Editorial Porrúa; México, 1983.

CABRERO, Marcellino; Comentario al Código de Derecho Canónico. Vol. II.
B.A.C; Madrid. 1963.

CUELLO CALÓN, Eugenio; Derecho Penal. Tomo I y II; Bosch Editorial;
Barcelona, 1966.

FLORIS MARGADANT, Guillermo; El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica; Esfinge; México. 1975.

FRANCO SODI, Carlos; Nociones de Derecho Penal; México, 1950.

GARCÍA, Trinidad; Apuntes de Introducción de Estudio del Derecho;
Porrúa; México, 1991.

GARCÍA CORDERO, Omar; Biblia Comentada; Texto Nacar Colunga, BAC
Vol. II, Madrid, 1962.

GONZÁLEZ BLANCO, Alberto; Delitos Sexuales en la Doctrina en el
Derecho Positivo Mexicano; Porrúa; México, 1974.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco; Derecho Penal Mexicano; Porrúa;
México, 1990.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis; Tratado de Derecho Penal. Tomo III; Editorial
Losada; Buenos Aires, 1961.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo; Introducción al Derecho Penal; Porrúa;
México, 1997.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo; Teoría del Delito; Porrúa; México, 1988.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo; Delitos en Particular. Tomo II; Editorial
Porrúa; México, 1997.

MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal. Vol. 4; Editorial Témis; Colombia,
1989.

- MACHADO, José Mario; El Adulterio en el Derecho Penal; Publicación del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Valencia, 1977.
- MAURACH; Tratado de Derecho Penal. Tomo II; Ariel; Barcelona;, 1937.
- MORENO DE P. Antonio; Curso de Derecho Penal Mexicano; Porrúa; México, 1968.
- OLIVER RODRÍGUEZ, Francisco. Enciclopedia Jurídica Española. Seix Editor, Madrid. 1956.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; Porrúa; México, 1995.
- PORTE PETIT; Programa de Derecho Penal; Trillas; México, 1990.
- RECASENS SICHES, Luis; Filosofía del Derecho; Editorial Porrúa; México, 1961.
- WERNER, Jaeger; Los Ideales de la Cultura Griega; F.C.E.; México, 1978.

VILLA RODRÍGUEZ, Dolores; Historia y Teoría Jurídica del Adulterio:

Revista Criminológica No. 12. México. 1964.

ZAFFARONI, Eugenio; Tratado de Derecho Penal. Tomo IV; Editorial

Cárdenas y distribuidor; México, 1988.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Código Penal Federal; Ediciones ISEF; México, 2001

Código Civil para el Distrito Federal; Ediciones Delma; México 1997

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 5ª Época. Tomo LXXXII. P. 36363

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 5ª época. Tomo CXXII. P. 437.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación 6ª Época. Vol. XXVIII. P.10.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 5ª Época. Tomo XLII. P.3117

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación; 5ª Época. Tomo XLII. P.3117

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo LXII. P1558

Suprema Corte de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo LX. P. 2684

Suprema Corte de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 6ª Época. Volumen XXII. P16

Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo II segunda parte - . Tesis 92. p.58

Suprema Corte de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo CXXII. p. 437

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época . Tomo CXXIII. p. 366. 20 de enero de 1995

Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. 5ª Época. Tomo CIII. p. 3171, 20 de enero de 1995

Semanario Judicial de la Federación. Tercera Sala. 6ª Época. Vol. CXXI, Cuarta parte. Julio de 1967. p.39

Apéndice de Jurisprudencia de la Semanario Judicial de la Federación. Tesis No. 159. Cuarta parte. p.496. 8 de Julio de 1977

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a1965 del Semanario Judicial de la Federación 5ª Época. Cuarta Parte. Tercera Sala. Tomo CXXVII p.491

Suprema Corte de justicia de la Nación. Primera Sala. Semanario Judicial de la Federación. 5ª Época. Tomo LXXII p.912.

Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Tomo LXXXIX. p.286