

296 2j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

E. N. E. P. "ACATLAN"

EL TIPO PENAL DEL ADULTERIO DEBE SER DEROGADO

T E S I S

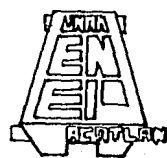


TESIS CON FALLA DE ORIGEN

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
CARLOS TAPIA BARRERA

SANTA CRUZ ACATLAN, EDD. DE MEXICO
1990





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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

EL TIPO PENAL DEL ADULTERIO DEBE SER DEROGADO

INTRODUCCION.

CAPITULO I.	CONCEPTO, NATURALEZA JURIDICA Y ANTECEDENTES DEL ADULTERIO.	1
	1.1. Concepto de adulterio	2
	1.2. Antecedentes históricos	5
	1.2.1. Origen del concepto de — adulterio	5
	1.2.2. Grecia	7
	1.2.3. Egipto	8
	1.2.4. Roma	8
	1.2.5. Israel	11
	1.2.6. La edad media	12
	1.2.7. España	14
	1.2.8. Francia	17
	1.2.9. México	19
	1.3. Naturaleza jurídica del adulterio	21
	1.4. Elementos del adulterio	33
	1.5. Conclusión	35
CAPITULO II.	DIVERSOS ASPECTOS DEL TIPO PENAL DE - ADULTERIO.	38
	2.1. Conceptos del tipo penal de adul- terio	39
	2.2. Antecedentes de nuestra legisla- ción	40
	2.2.1. Código Penal de 1871	40
	2.2.2. Código Penal de 1929	46
	2.2.3. Código Penal de 1931	47

2.3. Elementos del Delito	54
2.4. Del adulterio cometido en el domicilio conyugal	63
2.5. Del adulterio cometido con escándalo	65
2.6. Pruebas	68
2.6.1. Testimonial	70
2.6.2. Instrumental	72
2.6.3. Presuncional	73
2.7. De los sujetos activos	74
2.8. Consumación del delito	79
2.9. Sanciones	81
2.10. Conclusión	82
CAPITULO III. ADULTERIO PENAL Y ADULTERIO CIVIL	86
3.1. Adulterio Civil y Adulterio-Penal	87
3.2. Efectos del adulterio como delito	93
3.3. Efectos del adulterio como causal de divorcio	95
3.3.1. Respecto de los Cónyuges	95
3.3.2. Respecto de los hijos	97
3.3.3. Respecto de los bienes	99
CAPITULO IV. ADULTERIO PENAL Y OTROS TIPOS DE DELITO.	101
4.1. Bigamia	102
4.2. Concubinato	105
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFIA	115

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

El derecho, como conjunto de normas que regulan el comportamiento social del hombre, lo protege en su esfera individual, familiar y social, a través de disposiciones que se fundan en la permanente naturaleza, individual y social, de la persona humana y que también toman en cuenta las circunstancias variables de tiempos y lugares. Vemos así que a través de la historia se han dictado diferentes normas relativas a la familia, al patrimonio, a conductas en centros de trabajo, a la obligación de contribuir a los gastos públicos, etcétera, etcétera.

De esas normas, nos interesaron para los efectos de nuestra tesis profesional las relativas al adulterio.

En relación a él nos formulamos diversos cuestionamientos, sobresaliendo, por ejemplo, los siguientes: Si por el hecho de haber quedado tipificado como delito en nuestra legislación penal, se protegen realmente los valores e intereses de la familia mexicana; si el bien jurídico protegido por el tipo del delito de adulterio es el que general y tradicionalmente consideran los autores; si puede haber relación entre el delito de adulterio y otros tipos delictivos.

Después de haber revisado la literatura jurídica relativa al tema, nos convencimos de que en torno al tipo delictivo de adulterio pueden plantearse serios y agudos cuestionamientos. No basta, en efecto, con que un tipo penal haya sido incluido en la legislación penal para que por ese solo hecho se justifique su conservación, de la misma manera que no

se justifican ciertas instituciones del Derecho Civil o del Derecho Administrativo por el sólo hecho de haber sido elevadas al rango de instituciones legales por determinados intereses políticos o sociales del momento y que luego desaparecieron.

En tal virtud, después de reflexionar sobre las disposiciones legales y jurisprudenciales, así como sobre las enseñanzas de los autores, llegamos a la conclusión de que debe desaparecer del Código Penal el tipo penal de adulterio por varias y diversas razones que expondremos y fundamentaremos en el cuerpo de esta tesis.

Presentamos ésta en cuatro capítulos dedicados, el primero al concepto, naturaleza jurídica y antecedentes del adulterio; diversos aspectos del tipo penal de adulterio son analizados en el segundo; se analizan las relaciones entre adulterio civil y penal en el tercer capítulo, y en el cuarto se estudian las relaciones del adulterio penal con otros tipos de delito.

Consideramos que en esa forma queda completo nuestro análisis. En efecto, hemos comenzado por ubicar nuestro problema dentro de un adecuado marco teórico de referencia, integrado por conceptualizaciones básicas de nuestro problema, a saber, concepto y antecedentes de adulterio; analizamos enseguida la figura y tipo de delito, a la luz de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, a efecto de desentrañar el contenido, alcance y efectos normativos; y para entender todavía mejor la figura por vía

de contraste, lo comparamos con el adulterio civil, primero, y después —
con las figuras delictivas de bigamia y concubinato.

Los resultados de nuestra investigación van expuestos en las conclusiones y el aparato crítico en que fundamentamos nuestro estudio está —
constituido por las notas a pie de página, que colocamos a fin de cada ca
pítulo, y por la Bibliografía, que corona esta tesis.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTO, NATURALEZA JURIDICA Y

ANTECEDENTES DEL ADULTERIO

1.1 Concepto de Adulterio

"ADULTERIO. El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una mujer con un hombre que no sea su marido", escribe don Joaquín de Escriche (1). Adulterio, continúa el mismo autor, del latín, adulterium: Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados.

Las siete partidas establecían que "Adulterio es yerro que ome face faciendo a sabiendas, yaciendo con mujer casada o desposada con otro. - El tomó este nombre de dos palabras del latín, alterius et thorus, que - quieren tanto dezi como ome que van o fue al lecho de otro; por cuanto - la mujer es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non de della." (2).

Adulterio es la unión carnal ilegítima habida entre un hombre y una mujer, siendo alguno de ellos casado.

La ley de las 7 Partidas señalaba como culpable de adulterio únicamente a la mujer casada y a su amante, por cuanto dicha mujer pertenecía ya a un hombre distinto, al cual debía fidelidad absoluta significando - delito cometido en lecho ajeno, por tal motivo. El adulterio del hombre sólo era considerado por su comisión en el hogar conyugal, con escándalo

o concubina.

Con el afianzamiento del patriarcado en los diferentes pueblos se encuentran sanciones muy severas para los adúlteros. La pena de muerte ha sido la más violenta. En esos casos era ejecutada por lapidación, garrote, fuego, horca: "los bramas condenaban a las mujeres adúlteras a ser comidas por los perros" (3). También se concedió derecho al marido de matar a los adúlteros cuando los encontraba infraganti, pero no podía dejar vivo a alguno de ellos. Hubo con el tiempo, sanciones menos violentas para con los adúlteros, llegándose al destierro y al pago de una pena pecuniaria. La mujer casada que cometía adulterio era reclusa en un monasterio de dueñas, con la pérdida de la dote, arras y gananciales.

El adulterio en el México actual, es reglamentado por el Código Civil, como causal de divorcio; y en materia penal como delito, por el Código Penal. Está sancionado para cualquier cónyuge, sin distinción de sexo.

"El concepto de adulterio desde el punto de vista genérico y ampliamente gramatical encierra la idea de engaño, falsificación o alteración de alguna cosa o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos casado" (4).

El Código Civil del Distrito Federal no define la infidelidad conyugal, pero ésta se encuentra de manera implícita en el art. 267, fracc. I, al establecer como causal de divorcio "el adulterio debidamente probado -

de uno de los cónyuges", de lo que se desprende que toda infidelidad conyugal constituye adulterio civilmente contemplado y es por tanto causa de divorcio. (5).

En materia penal, la infidelidad conyugal no es suficiente elemento-constitutivo del delito de adulterio, requiere para su realización, bien se ejecute en el domicilio conyugal, bien con escándalo, como lo establece el art. 273 del Código Penal, lo que requiere para la adecuación de la conducta al tipo penal, que el adulterio sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo (6).

El ilícito penal, adulterio, tiende a desaparecer de la legislación-mexicana por sus características especiales de inicio de la acción penal, por querrela necesaria; por su escasa penalidad, hasta de dos años de privación de la libertad; y por el hecho que el perdón del ofendido procede en cualquier momento del procedimiento y aun en la aplicación misma de la sentencia que declare la culpabilidad del adúltero; asimismo parece más-bien venganza, justa o no, que el derecho concede al ofendido.

A mayor abundamiento, el espíritu originador del adulterio como delito ha ido cayendo en desuso, tanto en lo relativo con la procreación, (anticoncepción, inseminación artificial y aborto inclusive), como también - en la desaparición del concepto de propiedad de una persona con respecto de la otra.

En cambio. el adulterio, en materia civil, como causal de divorcio - no puede desaparecer fácilmente, porque protege en algo los derechos pa -

trimoniales de los inocentes que padecen las consecuencias de una conducta que los ofende. En cuanto que el comportamiento infiel lesiona los intereses familiares al distraer la propia persona causante del adulterio y recursos económicos de los fines de la familia provocando desavenencias-conyugales serias. Tal conducta debe ser considerada y sancionada por la Legislación Familiar, toda vez que destruye la familia, en la que puede haber hijos menores de edad, incapaces de valerse por sí mismos.

1.2 Antecedentes Históricos

1.2.1 Origen del Concepto de Adulterio

La aparición de la familia patriarcal, representó para la humanidad una gran evolución, porque vino a conformar la estructura básica de las sociedades actuales y a dar origen a los estados, políticamente establecidos.

El patriarcado nace como sistema organizativo de la familia, con la aparición del concepto de propiedad privada que se opone al concepto de propiedad comunal, único que tenía aplicación hasta entonces y del que se dice tenía como forma la organización al matriarcado, por ser la línea materna de parentesco la única conocida y posible de conocer.

El patriarca fue adquiriendo el derecho de propiedad exclusiva sobre las extensiones territoriales que consideraba suyas (sea por consenso popular o por la fuerza) y, por tanto, de la producción obtenida en ellas,-

incluyendo a los animales; derecho que transmitía a través de la herencia a sus descendientes. Pero para saber quiénes eran sus descendientes necesitaba asegurarse de la conducta fiel femenina y por tanto de la total su misión a su potestad. Dicha sumisión, indica violencia física o moral, - que pudo existir o no, y que fue dándose como todos los procesos evolutivos de la humanidad, a través del trabajo, configurándose la primera divi sión del trabajo y es la referida a la división por sexos, en la cual los roles femeninos fueron dirigidos a la procreación de los hijos y al dese ño de las labores del hogar; no obstante tal división se encontraba directamente proporcionada a la cantidad de riquezas posibles de obtener en la extensión patriarcal. A mayor riqueza natural, menor mano de obra femenina; mayor sumisión al no ser necesario su trabajo en el campo o el -- pastoreo; caso contrario, si la extensión territorial del hombre ofrecía pocas ganancias la mano de obra femenina era necesaria.

El paterfamilias para poder heredar a sus hijos, necesitaba la certe za de quienes lo eran; originándose así la opresión femenina a través de su calidad como mujer, quien por el simple hecho de nacer hembra fue de-- clarada incapaz y sometida a los arbitrios de los varones pertenecientes a su familia, quienes ejercían alguna potestad sobre ella.

Para considerar ciertos los lazos de parentesco entre los miembros - de la familia patriarcal, la sexualidad femenina quedó sujeta a la repro- ducción de la especie, siendo duramente castigada si daba uso distinto a su sexo. Así es como nace el concepto de adulterio y tal es el motivo de castigo violento a los adúlteros, considerados como tales sólo a la mujer

casada que compartía lecho con hombre distinto de su marido, mientras que en el hombre, el adulterio no fue considerado siquiera social o jurídicamente inmoral, en un principio.

La historia del sometimiento femenino es la historia misma del patriarcado, no siendo tan brutal en todas las sociedades antiguas; sobre todo al principio, las mujeres tuvieron igual estimación que los hombres, pero poco a poco fueron quedando sujetas irremisiblemente, conforme la institución patriarcal evolucionaba.

1.2.2 Grecia

En la sociedad de la Grecia de Homero era mayormente repudiado el adulterio cometido por el marido, mientras que para los espartanos, el adulterio era casi desconocido, debido a la gran libertad sexual que gozaban los jóvenes antes de contraer matrimonio. También se debía al hecho de que la familia era considerada de orden público y no privado, al grado que la soltería era delito. La edad para contraer matrimonio entre ellos era para los hombres de 30 años, mientras que para las mujeres de 20 años. Las mujeres gozaban de gran libertad sexual, igual que los hombres.

Ya en Atenas fue reglamentada la prostitución, quedó establecida la prohibición de violencia a mujeres libres y fue otorgado el derecho de matar a cualquiera que cayera a otro en la comisión de adulterio. Aparece el repudio como manera de disolver el vínculo matrimonial, dándose al hombre la potestad de realizarlo por cualquier motivo.

1.2.3 Egipto

La poligamia para los egipcios, era considerada como derecho masculino, exclusivo de las clases altas, dándose a una de las esposas el rango honorífico de favorita. A la mujer adúltera le era cortada la nariz como señal de deshonor.

1.2.4 Roma

En la Roma primitiva la sanción para el adulterio femenino quedaba reservada a las decisiones familiares; el masculino no era contemplado, por considerarse de orden privado y al hecho que el paterfamilias tenía derecho absoluto sobre la vida y bienes de los miembros de su familia.

La Ley Julia sienta las bases definitivas para la interpretación del adulterio y la severidad de sus sanciones; le otorga al adulterio la calidad de delito público pudiendo ser acusado por cualquier ciudadano. Posteriormente aparecen las Leyes de Augusto sobre el matrimonio y el adulterio, debido a la cantidad alarmante de divorcios y de solteros, siendo creado el impuesto sobre solteros y leyes favorables a la gente casada.

Considerado el adulterio como ofensas al pudor, la Ley se hacía cargo respecto a las mujeres libres y casadas; dejando al margen de su aplicación a las mujeres esclavas y a las públicas, casadas o no. Sin embargo, éstas últimas fueron sujetas a las sanciones de las leyes penales relativas a delitos contra la honestidad, que abarcaban también la aplicación a sus amantes, a menos que probasen desconocer el estado civil que -

guardaban dichas mujeres.

La Ley Julia considera el adulterio de las mujeres casadas y de las concubinas; en cuanto a las uniones por esponsales, las relaciones carnales las consideraban estupro.

"El derecho de interponer acción por causas de ofensas a la honestidad era muy extenso. La Ley otorgaba un derecho general de preferencia a personas que la promovieron de su propio interés, cuando se diera el caso de haber procedido el divorcio por motivo de adulterio. Lo demuestra la circunstancia de si pasados sesenta días después de la separación de los cónyuges no se permitía hacer uso de la acción aludida a otras personas - más que al marido en primer lugar y después al padre de la mujer. Para conceder este derecho de preferencia, era preciso la existencia de un patrimonio romano plenamente legítimo" (7).

Para que la acción por ofensas a la honestidad pudiera ser ejercitada, el requisito de que la mujer hiciera vida marital con tercero era necesario. No se podía entablar esta acción penal por ofensas al matrimonio existente, sino que la separación de los cónyuges era requerida. La acción se dirigía contra el hombre designado amante, y la condena se ejercitaba también contra la mujer. Cuando el adulterio era cometido por mujer no separada del marido, el actor podía entablar querrela en contra de la mujer y luego en contra del hombre, no pudiendo hacerse en contra de ambos a la vez. La prueba de adulterio fue severa y no podían rendir testimonio los esclavos en contra de su amo.

"La acción de adulterio prescribe de la siguiente manera: en primer lugar todas las acciones derivadas de la Ley Julia prescriben por el transcurso de cinco años, contados desde el día de la comisión del delito. En segundo lugar, separados los cónyuges por causa de adulterio, la acción debe interponerse en un plazo de seis meses si la mujer es célibe y desde el día de la separación de los cónyuges si es casada. De estos seis meses, los dos primeros quedan reservados al marido anterior y al padre de la adúltera para ejercitar el derecho preferente de querellarse" (8).

Las penas establecidas a los culpables de adulterio fueron; relegación, repudio y merma del patrimonio; para las clases sociales inferiores las penas corporales fueron aplicadas. La mujer adúltera no podía contraer matrimonio nuevamente.

Constantino decretó la pena de muerte para los condenados por adulterio. Justiniano la suavizó y aplicó para la mujer adúltera azotes y encierro en manasterio con la obligación de tomar los hábitos si el marido no otorgaba el perdón.

Las causas legales para la disolución del matrimonio, concedidas a los hombres fueron: adulterio probado de la mujer, atentado contra la vida del marido, trato de la mujer con hombres sin autorización del esposo y asistencia a actos públicos sin licencia. Para que la mujer pudiese pedir divorcio de su marido, debía atenerse a las causas de: alta traición-oculta del marido, atentado contra su vida, intento de prostitución, fal-

sa acusación de adulterio, concubinato ostensible del esposo y en el hogar conyugal.

1.2.5 Israel

Donde la familia patriarcal tuvo su mayor expresión fue sin duda en las sociedades de origen semita.

Entre ellos la poligamia era práctica común, el hombre vivía con una esposa y varias concubinas, los hijos de aquélla eran considerados legítimos, los de éstas naturales. El repudio como disolución del matrimonio era práctica común, teniendo el esposo mayor facilidad para hacerlo válido, la mujer sólo tenía derecho de repudio en contra del esposo si éste padecía lepra o la obligaba a hacer votos abusando de su dignidad. El hombre sólo perdía el derecho cuando acusaba falsamente a la mujer de comercio carnal premarital o la obligaba antes del desposorio.

Con la venida de Jesucristo, ya en el Nuevo Testamento, encontramos la elevación de la mujer a la misma calidad del hombre: Evangelio de San Marcos "...y se acercaban los fariseos y le preguntaron para tentarle si era lícito al marido repudiar a su mujer. El, respondiendo les dijo: ¿qué os mandó Moisés? Ellos dijeron: Moisés permitió dar carta de divorcio y repudiarla. Jesús respondiendo les dijo: por la dureza de vuestro corazón os escribió este mandamiento, pero al principio de la creación, varón y hembra los hizo Dios. Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer. Los dos serán una sola carne, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre. En casa volvieron los discípulos a -

preguntarle de lo mismo y les dijo: Cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio con ella. Si la mujer repudia y se casa con otro, comete adulterio" (9).

De la interpretación al citado pasaje bíblico se desprende: a) Igualó al hombre y a la mujer, con los mismos derechos y responsabilidades; - b) Instituyó la indivisibilidad del matrimonio; c) Declaró al matrimonio monogámico como único posible; d) Equiparó el adulterio masculino con el femenino.

No obstante esto, no le evitó perdonar a la mujer que siendo encontrada en adulterio, protegió con la celeberrima defensa: "el que esté libre de culpa, que lance la primera piedra" y al consolarla le dijo: "vete y no peques más", según lo refiere San Juan (10). Sentando un criterio más, el de que el adulterio no merece la pena de muerte.

Se analiza al pueblo israelí, toda vez que sus principios son determinantes para la formación de la sociedad Mexicana, ya que de ella se deriva en alguna forma su conformación de tipo religioso.

1.2.6 La Edad Media

Al principio del medioevo, debido a la inexistencia de una forma pública que diese validez a los matrimonios, las uniones libres fueron comunes, la excomunión de la Iglesia Cristiana era la sanción más severa que recibían los adúlteros. Pero aún no llegaba en aquel entonces a ser tan poderosa la iglesia como posteriormente lo ha sido.

Poco a poco fue que se consolidó la conformación de la familia judaico-cristiana, cuyos fundamentos básicos establecidos por Jesucristo, son la indisolubilidad del matrimonio y la monogamia como única forma válida de establecimiento familiar.

Como escribe Buhler, "es verdaderamente asombroso y figura entre las contradicciones de la Edad Media cómo, mientras de una parte se enlazaban y encarecían entre los deberes más importantes la virtud de la castidad y fidelidad conyugal, de otra parte se contemplaba con cierta pasividad las infracciones a estos preceptos. Su frecuencia la señalan dos obispos al declarar en un sínodo celebrado en Aquisgran el año 862; "son pocos y has ta nos atreveríamos a decir ninguno, los hombres que van al matrimonio en estado de completa castidad". (11)

Así pues, en estas circunstancias, la existencia de hijos naturales- era común, por lo que no caía sobre ellos infamia alguna, la única res- tricción para este tipo de hijos, era de que no heredaban las dignidades- sociales del padre ni compartían derechos de familia. Aunque sus padres- podían dejarles legados por testamento, asimismo eran educados de igual - manera que los hijos legítimos y considerados miembros de la familia.

El carácter patriarcal del Cristianismo se acentúa en esta época, - las mujeres tenían derechos limitados, la Iglesia les ordena obediencia, - paciencia y humildad para soportar las injusticias sociales. Las conside- ran sujetas a sus maridos, quienes eran sus dueños y señores con derecho- de castigarlas.

1.2.7 España

El adulterio fue considerado delito contra la castidad. Cometido -- por mujer casada; y por el hombre, sólo si conocía el estado civil de ésta. Perseguido por querrela del marido.

La regulación jurídica del adulterio quedó asentada en las legislaciones: Fuero Juzgo, Fuero Real, Código de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.

Fuero Juzgo, Libro III, Título sexto:

a) Se prohíbe al varón casarse con mujer dejada por su marido, salvo el caso de haber sido dejada por escrito o con testigos. Si viola la prohibición y las personas unidas en segundo matrimonio son de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben separarlos inmediatamente y poner a disposición del primer marido a la mujer y al casado con ella para hacer con ellos su voluntad.

b) Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal, pierde la dote recibida y no tiene derecho a los bienes de su mujer.

c) Si la mujer abandonada en forma injustificada le ha dado a su esposo algún bien por escrito, la donación no vale.

Con claridad se nota, ya en esta legislación el carácter sumiso de la posición femenina, respecto del hombre; ella no puede disolver el ma--

rimonio, quedando sujeta al antojo de su marido. El que a su vez, la mayor pena que puede recibir es de tipo pecuniario.

Fuero Real, Libro IV, Título VII, de los adulterios:

Ley 2a.- Si la desposada legítimamente se casa y hace adulterio con alguno, ambos con sus bienes, sean sometidos en poder del esposo como siervos y no los puede matar. De los bienes haga lo que quisiere si no tiene el esposo ni ella hijos legítimos.

Ley 3a.- A la desposada y casada adúltera, cualquiera puede acusarla de este delito, a menos que el marido lo impida o contradiga.

Ley 4a.- La esposa adúltera puede impedir la acusación de su marido, si prueba antes de la contestación que él había adulterado.

Ley 5a.- El marido no puede acusar el adulterio hecho de su orden o consejo, ni debe admitir a su mujer en la mesa ni a su lecho después de conocer el delito, Si la acepta, no puede acusarla ni tiene derecho a los bienes de ella. Estos bienes pasan a los hijos legítimos y a falta de éstos, a los parientes más cercanos.

El Fuero Real reglamenta con mayor precisión al adulterio, subsistiendo el principio anterior y tradicional de que el cometido por mujer casada es sancionable, mientras que el del hombre sólo le sirve a la mujer como defensa. Las penas pecuniarias son aplicadas, desaparece la pena de muerte como sanción al adulterio.

Código de las Siete Partidas, partida 7, título 17:

"De los adulterios: uno de los mayores errores que los ome pueden fa
zer es adulterio. Non se les levanta tan sólo daño, más aún deshonra.
Onde, pues que en el título anteseste fablamos de los engaños, queremos -
quí dezir en este de los adulterios, que se fazen engañosamente".

La Novísima Recopilación, Ley 2, Tít. 28, libro 12, dió facultad al
marido para matar a los adúlteros sorprendidos infraganti, con tal que al
mismo tiempo quitase la vida a los dos y no tan solo a uno. Aparece cas-
tigado el hombre casado por tener concubina dentro de la casa conyugal o
notoriamente fuera de ella.

"He aquí el resumen de nuestras leyes sobre las penas de adulterio.
Mas la pena capital es demasiado rigurosa y no tiene proporción ni analo-
gía con el delito; y la de azotes a las mujeres es contraria al decoro y -
a las costumbres. La de poner a los adúlteros en poder del marido para -
que disponga de ellos como quisiere, equivale ponerlos legalmente hasta -
este punto al estado natural en que no había leyes, pués por ella se resu-
cita la venganza individual cuya supresión había sido uno de los principa-
les objetos de la institución de la sociedad civil y se orilla la vengan-
za de la Ley, que siendo arreglada por la razón y la justicia, debía ha-
cerse siempre con utilidad del ofendido y ofensor" (12).

1.2.8 Francia

Con el triunfo de la Revolución francesa, el matrimonio secularizado

sale del derecho canónico y pasa a formar parte del Código Civil Francés. El divorcio es reglamentado por primera vez en este país. "La Ley de diciembre veinte de 1792, instituye el divorcio. Es una consecuencia de la libertad; los cónyuges han sido libres para unirse deben ser libres para separarse. Se admite el divorcio por mutuo consentimiento. Los contratantes pueden destruir por acuerdo el contrato formado por voluntad. Se admite el divorcio por voluntad unilateral de uno de los consortes, incompatibilidad de caracteres, dispuesto a crear con su conducta la incompatibilidad que justifique la ruptura del vínculo matrimonial" (13).

Reglamentado de esta manera el divorcio, los franceses se dan a su desenfrenado uso, lo que provoca discusiones largas entre sus redactores, llegando al acuerdo de la subsistencia del divorcio, pero su reglamentación fue más estricta a fin de frenar los abusos. El divorcio-sanción aparece entonces: el abandono del domicilio conyugal o adulterio de su cónyuge. El divorcio por mutuo consentimiento subsiste, limitándolo a una triple reiteración de la voluntad de los esposos, cada una por trimestre. La obligación de obtener el consentimiento, se refería a la situación que guardarían los hijos del matrimonio solicitante. reaparece la separación de cuerpos para quienes no querían divorciarse.

En el título sexto, capítulo primero, art. 299 del Código de Napoleón, aparece como causal de divorcio el adulterio de la mujer y el del hombre, siendo éste último caso el cometido por el esposo en el hogar familiar.

La Ley francesa del 8 de mayo de 1816 declara abolido el divorcio y deja subsistente la separación de cuerpos. Pero los Franceses, que ven en el matrimonio la existencia de un contrato libremente creado y por tanto posible de romperse por voluntad, se opone a la citada ley y así el 27 de julio de 1884 aparece la Ley Naquet, donde se concede el divorcio necesario por las causales de adulterio y abandono del domicilio conyugal. El divorcio por mutuo consentimiento no puede ser obtenido por la sociedad francesa nuevamente. Con la Ley del 6 de junio de 1908, se vislumbra ya la aparición del divorcio voluntario, al establecer la obligatoriedad del Tribunal de lo Civil de convertir la separación de cuerpos en divorcio, quedando restringida esta obligatoriedad, por Ley de 2 de abril de 1941 - a) la disposición de un poder de apreciación respecto de la demanda presentada por el cónyuge culpable; b) queda prohibida la formulación de demanda durante los tres primeros años de celebrado el matrimonio; c) castigo para los agentes de negocios que inciten al divorcio por mutuo consentimiento. Y ya por último, por ordenanza del 12 de abril de 1945, se deja sin efecto la anterior ley, restableciendo la obligación de los tribunales de pronunciar la conversión de separación de cuerpos en divorcio, incluso la presentada por el conyuge culpable. Desaparece la prohibición de pedir divorcio durante los primeros tres años de matrimonio.

1.2.9 México

Los Códigos Civiles promulgados en el México Independiente, tienen como fuentes formales el Derecho Romano y la doctrina francesa. También quedan remembranzas de las viejas legislaciones españolas y el derecho prehispánico.

En las sociedades existentes antes de la conquista española, el divorcio era ya conocido. Comparecían los casados ante el juez a dirimir sus controversias conyugales; el adulterio era sancionado con pena de muerte por aplastamiento de la cabeza de los adúlteros, el delito debía ser plenamente comprobado. Si el marido encontraba a su mujer en adulterio, no podía matarla, si lo hacía, recibía igual pena.

"Acostumbraban castigar a los adúlteros de la siguiente manera: hecha la pesquisa y convencido alguno de adulterio, se juntaban los principales en la casa del señor y traído el adúltero atábanle a un palo, lo entregaban al marido de la mujer delincuente y si él lo perdonaba era libre si no, lo mataban con una piedra grande en la cabeza. A la mujer, por satisfacción, bastaba la infamia que era grande y común. Por eso a las mujeres, los hombres las dejaban" (14).

Con la conquista, fue aplicada la legislación de Castilla, las Siete Partidas y otras leyes españolas, siendo complementadas por disposiciones contenidas en cédulas, provisiones, ordenanzas e instrucciones reales, que iban resolviendo casos concretos y que fueron reunidos en la Recopilación de las Indias.

La Recopilación de las Indias siguió en vigor por disposición de 10 de enero de 1822 del reglamento Provisional Político del Primer Imperio Mexicano, donde se establece que "seguirán siendo aplicadas las disposiciones contenidas en las leyes, órdenes o decretos promulgados con anterioridad y hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el pre

sente decreto".

Durante los primeros años de vida de México ya como nación Independiente, no hubo codificación civil propia, seguía siendo de aplicación de Recopilación de Indias, con las modificaciones que iban siendo necesarias, a través de leyes y decretos, que dieron por fin forma al primer Código Civil Mexicano en 1870. Sin embargo, en Oaxaca apareció en 1828 la primera legislación de la materia de origen Mexicano considerada como la primera en Iberoamérica. Reglamenta el divorcio en el libro primero, título sexto, artículo 144; por divorcio debe entenderse solamente la separación de marido y mujer en cuanto al lecho y habitación. El divorcio puede ser: perpetuo y temporal. El Art. 145 permite la solicitud de divorcio perpetuo, pudiendo efectuarla tanto el marido como la mujer. Conoce de los divorcios por adulterio exclusivamente el tribunal eclesástico. El art. 147 ordena que pone fin el divorcio por adulterio el perdón otorgado por el cónyuge inocente al culpable, no pudiendo solicitar el divorcio por el mismo adulterio, siendo factible por otro adulterio acaecido posteriormente al perdón, donde sirve de apoyo el adulterio perdonado. También pone fin a la acción de divorcio, cuando el demandado prueba la infidelidad del actor y del que no ha mediado el perdón. En cuanto a la situación de los hijos, éstos quedaban bajo la custodia paterna, fuere demandado o actor en el juicio, sin embargo, el juez podía disponer lo contrario para el bienestar de los propios hijos. Las sanciones económicas que establecía la mencionada ley para el cónyuge culpable de adulterio eran la pérdida de las donaciones hechas antes del matrimonio. Las posteriores quedaban sin efecto.

Los primeros Códigos Civiles Mexicanos, comprendiendo entre ellos el de Oaxaca, no reconocen al divorcio como desvinculador del matrimonio, sino como la simple separación de cuerpos de los cónyuges, pudiendo ser temporal o perpetua, según la causa en que se funde la solicitud, siendo la de adulterio, causal perpetua de divorcio.

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, establece la desvincularización del matrimonio, por divorcio, quedando los cónyuges libres para contraer uno de nuevo.

1.3. Naturaleza Jurídica del Adulterio

Existe discrepancia doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del adulterio, por considerarse como un ilícito, ya civil, ya penal.

En la antigüedad, el adulterio de la mujer fue sancionado severamente, al considerarse como violador del honor de su esposo, dándose mayor valor al honor que a la vida. Sin embargo, tal valoración es resultante del afianzamiento patriarcal y de sus fundamentos: la propiedad privada y la herencia de la misma. Esta es la razón por la que el adulterio femenino fue jurídicamente considerado grave, la posible introducción de un hijo ilegítimo en la familia del esposo, legítimamente constituida. Lógico es suponer que los hombres tuvieran hijos nacidos fuera de su familia, éstos no heredaban el haber familiar, ni sus tradiciones. Por tanto no confluían a la familia, si bien, podía recibir legados, pero no dignidades. Mientras que el hijo concebido por mujer casada, por causa de adulterio, llegaba a formar parte de la familia, habida la imposible prueba -

de filiación, heredando igual que un hijo legítimo. de ahí parte la apropiación del ser femenino por parte del hombre; y de ahí la sanción penal. Siendo justificada jurídicamente y considerada lógicamente válida la pena de muerte de los adúlteros (la esposa y su amante), para lavar el honor - patriarcal, elevándose a la calidad de bien jurídico el citado honor.

Al igual que evoluciona el sistema familiar, evoluciona la concepción del adulterio; suavizándose la pena, deja de ser la pérdida de la propia vida el castigo para convertirse en encierro y azotes; la infamia caía como sanción social, apareciendo el honor femenino en su aspecto negativo, el deshonor. La fidelidad conyugal, término subjetivo, aparece - como bien jurídico, la familia civil también lo es, porque con la sanción al adulterio, se separa a la mujer del hogar, quedando a salvo de hijos - adúlterinos.

No siempre la única sujeta a las consecuencias del adulterio fue la esposa, también lo fueron la concubina y la desposada, al ser equiparadas. Sólo hubo dos casos en que la mujer unida a un hombre no podía cometer -- adulterio: prostituyéndose o siendo esclava. La prostituta, aunque estuviera casada, era sancionada con otro tipo de penas; mientras que la esclava carecía de personalidad jurídica.

El adulterio fue siempre castigado cuando lo cometía una mujer, pero para que el hombre fuésete sujeto de sanción, requería cometerlo con mujer-casada o en concubinato o con manceba, cuando éstos últimos fueren ocasionadores de grave afrenta para la esposa.

Desde antes de la aparición del Imperio Romano, el divorcio por repudio ya era conocido y una de sus causales más graves era el adulterio, — principalmente el femenino y aparece por tanto la sanción civil.

Cuando Jesucristo reconoció al matrimonio monogámico, como único posible y válido, equiparó a la mujer con el hombre; consideró al adulterio como acto igualmente culpable para ambos, y le negó la pena de muerte como sanción, por injusta.

La doble sanción al adulterio, civil y penal, ha sido guardada desde entonces, siendo castigado con penas menos violentas y causal de divorcio, y así llega hasta nuestros días.

La defensa doctrinaria que considera al adulterio como ilícito, se divide en cuanto a la esfera jurídica de aplicación, ya civil, ya penal.

Hay autores que sostienen que el adulterio constituye delito, porque afecta a la sociedad misma y destruye a la familia.

Para Pacheco, citado por González de la Vega: "Sería necio y sería malsonante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe — ser, no puede menos de ser, considerado por la Ley como delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera, porque ninguno causa a la sociedad a la vez, tanto desorden material".

González de la Vega continúa diciéndonos que "Carrara manifiesta: — Que la fidelidad conyugal incontravertiblemente constituye un deber jurí-

dico porque a él corresponde el derecho, en el otro cónyuge, a exigir su observancia. La violación de este derecho reprobable enfrente de la Ley-moral y de la jurídica, es el adulterio tanto cuando la infidelidad se comete por la mujer en perjuicio del derecho marital, como cuando se comete por el marido en ofensa de su consorte. De esta verdad jurídica extraen algunos la consecuencia de que debe elevarse a delito tanto el adulterio del marido como el de la mujer y que ambos son merecedores de igual represión penal, aun cuando generalmente los publicistas y los legisladores — disienten en tal parecer considerando el adulterio de la mujer como delito gravísimo y no admitiendo la punibilidad del marido" (15).

El Código Penal Francés de 1810 explica: "Es una infracción contra — las costumbres menos pública que la prostitución, transformada en oficio, pero casi es tan culpable; si el adulterio no supone como la prostitución hábitos tan depravados, presenta en cambio la violación de múltiples deberes. Colocando en todos los Códigos en el número de los más graves atentados contra las buenas costumbres, con perjuicio de la moral, la opinión parece excusar lo que la Ley debe punir; esta contradicción entre la opinión y la Ley ha obligado al legislador a hacer descender a la categoría de delito lo que no estuvo en su potestad colocar en el rango de los crímenes".

En opinión de González de la Vega, el delito de adulterio debe se—guir considerado en la legislación penal: "Nos parece indudable que, por lo menos los adulterios cometidos en forma de grave ultraje contra el — ofendido alteran o comprometen la paz y tranquilidad de la familia matri-

monial. Por eso nos parece plausible la cautelosa actitud del legislador mexicano que, limitadamente contempla como delito la injuriosa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio invadiendo la residencia matrimonial o con la grave publicidad que entraña el escándalo. Más que un delito sexual propiamente dicho, el adulterio es delito de injuria con su lato sentido, siendo el vínculo del menosprecio la despectiva actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge burlado". Arguelles reconoce que "El delito de adulterio debería sancionarse en casos muy especiales y sólo en razón de la injuria que se causa al cónyuge inocente". Ceniceros aceptaba la anterior interpretación e indica: "Propiamente, más que el adulterio, lo que se pune es la desvergüenza de los adúlteros" (16).

Pero hay otros autores que sostienen que el adulterio debe ser considerado únicamente como causal de divorcio:

Beccaria fue uno de los primeros en sostener la improcedencia de incluir el adulterio en el catálogo de los hechos punibles por responder a sentimientos, pasiones, impulsos biológicos irresistibles y tan fatales como la ley de la gravedad y por la dificultad que ofrece su prueba (17).

Tissot al referirse a esta cuestión expresa: "El adulterio es un simple atentado a la moral. No es delito por ser violación de una promesa. El perjuicio por sí mismo sólo es un atentado a la moral. El deber conyugal, no ha sido objeto nunca de una ley, aunque la incapacidad absoluta haya sido considerada algunas veces motivo de divorcio. No es la violación de la promesa lo que se castiga, son las consecuencias dañosas deri-

vadas de ella: introducción de hijos extraños. En el adulterio no se castiga el derecho en sí, el perjuicio es sólo un atentado a la moral" (18).

Pessina señala: "Si hay una materia en donde un arcano y misterioso poder superior a nuestra libertad manifiesta toda su terrible eficacia, - es la vida afectiva. Recorre todos los estratos de la naturaleza humana, desde los pensamientos más puros de la inteligencia hasta las efusiones - de los sentimientos. El predominio del pathos en la vida sexual, llega a tal punto de superabundancia, que la exigua parte dejada a la libre voluntad confina con la falta de responsabilidad jurídica en el más alto sentido de la palabra; así los hechos relativos a la misma son más necesidad - por predestinación que fruto de libre elección. El amor no puede ser materia de precepto jurídico. El buen sentimiento dicta la fidelidad, como observancia de las más graves. ¿Qué marido, ni qué esposa pueden aceptar dignamente que su consorte le ame, mejor dicho, finja demostraciones de - cariño por deber, por espíritu de sacrificio o por puro acatamiento de la ley penal? ¿Qué valor puede tener en tales circunstancias una caricia, - ni la vida en comun" (19).

Langle Rubio, por su parte, citado por González de la Vega, señala - que "Reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría castigar la infracción de los deberes morales más que jurídicos; pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fué un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge un derecho de exigir su observancia, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito...A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente --

por inmoralidades que sólo afectan a sí propio... Luego no puede servir de bases el delito de la inmoderación lujuriosa de los culpables... ¿Sería la honestidad del marido inocente la que sufra ultraje? Apenas tiene sentido la pregunta... Imposible alegar que es un ultraje al honor porque es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable... Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia. Observemos, en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar, sino de una manera nominal, ficticia... En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la familia, debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello, las legislaciones lo declaran delito privado" (20).

Diego Vicente Tejera, en su monografía sobre el adulterio, indica: - "La familia propiamente dicha es la que crea dos seres de sexo contrario unidos por el amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si no estaba de antemano destruída, porque produce abandono por parte de uno de esa entidad, o la desatención de sus obligaciones, perjudicándose gravemente los productos del matrimonio... Pero lo que afecta a este grupo tan necesario para la vida ¿debe considerarse como producto de afectos sociales? Ciertamente no... Todos los actos de las familias son de orden privado... ¿Por qué pues, cuando se comete un acto que no es más que una violación de un pacto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho Penal? ¿No hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que crea un adulterio? Ciertamente sí; está el divorcio; está la-

pérdida de gananciales, de los dotales, estan las indemnizaciones y muchas más incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del Derecho Privado general" (21).

Don Mariano Jiménez Huerta señala: "El adulterio debe ser únicamente causal de divorcio. Su signo antijurídico no puede rebasar este ámbito. Es atentatorio contra la dignidad y la libertad humana el servir en nuestro tiempo de base a una condena penal" (22).

González Blanco manifiesta: "El problema de la incriminación del adulterio se rige en su contenido y efectos por el derecho privado. No vemos razón para continuar concediéndole relevancia en materia penal. Salvo si la conducta humana ocasiona un daño mayor el previsto por la norma. Para borrar el adulterio del catálogo de los delitos, será necesario prevenir y reprimir en su caso, el daño al estado civil. La supresión del adulterio deberá ir acompañada de la creación de una figura del delito contra el estado civil. Así lo hizo el proyecto argentino, suprimió y acepto la suposición de filiación legítima hecha por mujer casada en favor de un hijo adulterino" (23).

Hay, por fin, autores que se refieren a la falta de amor como causa de adulterio, debiéndose remediar con medidas del derecho privado, al ser violación de un deber privado. El divorcio es la sanción; no justifican la penal incriminación.

De las anteriores argumentaciones se deduce que no existe opinión - unánime en cuanto al bien jurídico señalado, aunque sí convergen con el - criterio de que la conducta de deslealtad conyugal provoca ruptura fami- liar.

La familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurí- ca dentro del matrimonio legalmente contraído, único reconocido por la le- gislación mexicana, cuya conformación monogámica es creadora del deber ju- rídico de exclusividad sexual recíproca entre los cónyuges, siendo su con- secuencia natural la perpetuación de la especie. Al sobrevenir la conduc- ta adúltera de alguno de los cónyuges, puede provocar desestabilidad y -- ruptura del acto matrimonial, habida la concepción tradicional de ofensa- implicativa de apropiación sexual, cuyo término común es conocido como in- fidelidad conyugal.

Por tanto, se deduce que los posibles bienes protegidos con la san- ción al adulterio son: El amor; la fidelidad conyugal; el deber de exclu- sividad sexual. Incluyendo el honor y la sociedad, ésta última se encuen- tra protegida solo de una manera mediata como se desprende del analisis - que hacemos más adelante. Veamos cada una de ellos enseguida:

El amor. Es una actitud afectiva del hombre, de manera subjetiva no puede ser impuesto normativamente. No hay ley que nos obligue a amar a - las personas. Por tanto carece de consideración jurídica, no puede ser - tutelado por el Derecho.

La fidelidad conyugal. Fidelidad: Observancia de la fe que uno debe al otro. Infidelidad: Falta de fidelidad, deslealtad. Este concepto subjetivo, implica fe, confianza; el Derecho no puede tutelar aspectos intelectuales. Aunque éste aspecto contiene valor cultural, requiere de una materialización y ésta con el adulterio se presenta al violarse el débito conyugal no la confianza.

El honor. Jiménez de Asúa dice: "Imposible alegar que es el adulterio un ultraje contra el honor, porque es absurdo e injusto proclamar que padece menoscabo la honra del marido o de la mujer engañado por la conducta del cónyuge infiel" (2). Diego Vicente Tejera Jr. sostiene: "Es verdad que hay franca agresión contra el derecho de fidelidad y que ésta agresión es ilegítima, porque no la autoriza ningún precepto legal, ni las conveniencias sociales..., pero los actos de otra persona no pueden jamas, sin contar con la voluntad del agente pasivo, quitarle su honor" -- (25). El honor requiere de consideraciones subjetivas; se refiere a la estimación que una persona tiene de sí misma; al mismo tiempo, también se refiere a un aspecto cultural que la sociedad considera como elemental para la convivencia pacífica de todos los elementos que la conforman. El honor pues, es un bien que el derecho protege contra las agresiones injustas; sin embargo, con la conducta adúltera no consideramos que sea agredido, pues consideramos, igual que Tejera Jr., que los actos de otra persona no pueden jamás, sin contar con la voluntad del agente pasivo, quitarle su honor. Y lógicamente en el adulterio, el cónyuge inocente jamás -- consentirá la conducta desleal; por tanto, no puede afectar su honra la comisión de la figura en estudio.

Deber de exclusividad sexual recíproca. Como consecuencia del carácter monogámico del matrimonio, aparece el deber jurídico de relaciones sexuales exclusivas entre los cónyuges. Es deber jurídico, porque cada uno de los esposos tiene la obligación de observarlo y al mismo tiempo, el derecho de exigir su cumplimiento. Es pues, este bien uno de los protegidos por el Derecho. Porque de esta manera se asegura la adecuada organización jurídica de la familia y, al sancionarse el adulterio, se busca -- provocar el menor daño posible.

La sociedad. Esta encuentra repercusión en su seno, cuando se cometen ilícitos, todo tipo de violación jurídica de alguna manera la afectan, algunos en menor, otros en mayor grado, por tanto, regula las relaciones sociales a través de un sistema de organización jurídica adecuado, creador de normas, cuya aplicación general son de carácter coercitivo. -- Dichas violaciones, cuyo grado de gravedad dependen de su repercusión en la misma sociedad, de su posible sanción y de los sujetos afectados. Con el adulterio encontramos que los afectados directamente son el cónyuge -- inocente y la familia de ambos; por tanto, han sido creados los instrumentos jurídicos necesarios para la sanción debida, a fin de reparar en algo el daño causado por el citado adulterio. Siendo, por tanto, objeto de tutela de manera inmediata la familia, solamente de manera mediata es protegida la sociedad.

En cuanto a las garantías sexuales, protegidas por la legislación penal, dentro del capítulo de los Delitos Sexuales, se excluyen en lo relativo la comisión del adulterio, porque éste presume la existencia de vo--

luntad por parte del casado, el ayuntamiento sexual ilícito; siendo dos - los elementos constitutivos del adulterio general: el estado de casado y - la voluntad en la relación sexual con tercero ajeno al vínculo matrimo-- nial.

Por todo lo anteriormente expuesto, se desprende que la naturaleza - jurídica del adulterio se reduce a las relaciones sexuales voluntarias - ilícitas habidas entre hombre con mujer, siendo uno o ambos casados.

En cuando a su ámbito de aplicación, deben considerarse los bienes - jurídicos que se protegen con la sanción; la familia y el débito conyugal de exclusividad sexual recíproca. Y la sociedad de manera solo mediata.

La sanción, en materia civil es; el divorcio, que desvincula el ma-- trimonio y que garantiza los derechos económicos de la familia; en mate-- ria penal, la constituyen la privación de la libertad y la pérdida de de-- rechos civiles al declarado culpable. Por tanto, ni la familia se benefi-- cia con la condena, ni se desvincula el matrimonio. Por lo tanto, la so-- ciedad no encuentra reparación alguna, porque la familia, su grupo más im-- portante, queda desprotegida.

1.4 Elementos del Adulterio

Si el adulterio es la relación sexual, voluntaria, habida entre una- persona casada y otra ajena al vínculo matrimonial, se desprende que sus- elementos son:

a) Ayuntamiento sexual voluntario: La voluntad por parte del casado, es requisito indispensable, porque ésta es constitutiva del adulterio; en caso contrario, se integraría un tipo penal específico: Violación.

Las relaciones sexuales son derechos inherentes y correlativos del matrimonio, la procreación su consecuencia natural: El artículo 4o. Constitucional y su correlativo, art. 162 del Código Civil, establecen: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos. En el matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Con el adulterio se corre el peligro de violar el derecho del cónyuge inocente; la mujer puede introducir un hijo de otro a la familia; el hombre, si bien no llega a introducirlo de manera directa, puede llegar a hacerlo de manera indirecta, pero en ninguno de los dos casos se encuentra, obviamente, la voluntad conyugal de nacimiento de un hijo, por haber sido concebido fuera del matrimonio.

La exclusividad de las relaciones sexuales conyugales se pierden cuando uno de los cónyuges realiza ayuntamiento carnal con un tercero ajeno al matrimonio, produciendo consecuencias de derecho, divorcio o delito, según las circunstancias del caso concreto.

"En materia penal, el conocimiento y voluntad por parte de los activos en la realización delictiva es esencial para considerarlos culpables del delito que se les imputa. La ausencia de alguno de estos elementos -

origina la inculpabilidad del sujeto" (26).

b) Existencia de un matrimonio legítimo. La Ley reconoce únicamente eficacia jurídica al matrimonio civil, celebrado con las formalidades establecidas en el art. 146 y relativos del Código de la materia, ante los funcionarios por ella señalados.

Entre las formalidades encontramos la de expresar claramente, que no se tiene impedimento legal alguno para contraer matrimonio. Uno de los impedimentos lo encontramos, cuando los presuntos contrayentes hayan sido causantes de divorcio por adulterio.

Celebrado el matrimonio, con las formalidades debidas, éste empieza a tener eficacia jurídica, desde el momento de su celebración.

c) Ayuntamiento carnal con tercero ajeno al matrimonio. Para la comisión del adulterio, es un elemento indispensable, porque viola la exclusividad de las relaciones sexuales. Por lo tanto, la naturaleza jurídica del adulterio se establece en la violación de la exclusividad sexual debida por uno de los cónyuges, en virtud de un contrato matrimonial eficaz, siendo esta violación voluntaria.

1.5 Conclusión

Por todo lo anteriormente expuesto, llegamos a la conclusión de que el adulterio debe considerarse únicamente como causa de divorcio y no como delito. El matrimonio se rige exclusivamente, en su contenido, por el

Derecho Civil, del orden familiar. La exclusividad sexual es un deber — esencial entre los cónyuges para lograr la estabilidad y armonía en el hogar. Al violar alguno de los esposos el derecho, desestabiliza las relaciones familiares provocando ruptura de hecho en el matrimonio. El abandono que implica la conducta desleal causa graves daños a la familia, que debe ser protegida. La sanción penal provoca más daño, al privar de la — libertad al culpable, la deja en estado de abandono.

Con el divorcio se protegen los derechos del cónyuge inocente y de — los hijos; en cambio con la privación de la libertad, nada. Debe, por — tanto, excluirse como tipo, el del adulterio, de los códigos penales.

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

1. Escriche, Joaquín de. Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia. Nueva edición, Librería Legarmier, Hnos., París, 1896, pág. 97.
2. Ley 1, Título 17, Partida 7, en Escriche, cit.
3. Escriche, op. et loc. cit.
4. Jiménez de Azúa, Mariano. Derecho Penal Mexicano, México, Porrúa, 1970, Tomo V, pág. 19.
5. Código Civil para el Distrito Federal de 1928.
6. Código Penal para el Distrito Federal de 1931.
7. Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano, Madrid, Editorial La España Moderna, 1964, tomo II, pág. 164.
8. Idem. pág. 68.
9. Evangelio de San Marcos, 10, 1, 12, en La Biblia Latinoamericana, - 6a. ed. Madrid, Ediciones Paulinas, 1972, Nuevo Testamento, pág. - 82.
10. Evangelio de San Juan, 8, 1, 11, en la Biblia cit. págs. 181 y -- 182.
11. Buhler, Johannes. Vida y Cultura de la Edad Media. Versión española de Wenceslao Roces, México, fondo de Cultura Económica, 1957, - pág. 240.
12. Escriche, op. cit., pág. 98.

13. León Mazeaud, Henri y Mazeaud Jean. Lecciones de Derecho Civil.-
Tr. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América 1959, Volumen IV, 1a. parte pág. 378.
14. León Portilla, Miguel, et al. Historia Documental de México —
UNAM, 1964, Tomo I, pág. 64.
15. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 5a. ed.,
México, Porrúa, 1958, pág. 426.
16. Mencionados por González de la Vega, cit., págs. 425 y 426.
17. Citado por González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 3a. ed., México, Porrúa.
1974, pág. 199.
18. Ibidem.
19. Ibidem.
20. Citado por González de la Vega, op. cit., pág. 425 y 426.
21. Ibidem, pág. 26.
22. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, 5a. ed., México,
Porrúa, 1958, pág. 32.
23. Op. cit., pág. 205.
24. Citado por González de la Vega, op. cit., pág. 51.
25. Ibidem, pág. 51
26. Ibidem, pág. 426.

CAPITULO SEGUNDO

DIVERSOS ASPECTOS DEL TIPO PENAL DE

ADULTERIO

2.1 Concepto del Tipo Penal de Adulterio

La Ley establece sin definir el tipo Adulterio, lo que hace necesario acudir a su significado etimológico:

La etimología, de origen latino, de la palabra adulterio: Alterius et thorus significa "andar en tálamo ajeno", expresa el sentido material-delictivo, la violación del lecho conyugal. Sentido inexacto, al haberse establecido para la adecuación, la comisión, bien en el domicilio conyugal o bien con escándalo.

González de la Vega dice: "Es la relación carnal coito normal completo o incompleto, de un casado con persona que no sea su cónyuge realizado en condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente, domicilio conyugal o con escándalo" (27).

Existe la definición del delito adulterio en el Código Penal para el Estado de Aguascalientes: Art. 249: "Comete el delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, si uno de ellos o los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo..." (28).

Carrancá y Trujillo explica: "La comparación legislativa, nacional y extranjera, enseña que no hay concepto unitario jurídico de adulterio" - (29).

Existe jurisprudencia en la 1a. Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, que explica el concepto del delito adulterio, criterio que debe ser aplicado en las entidades federativas cuyas legislaciones adolecen de definición.

ADULTERIO, DELITO DE. LEGISLACION DE CHIAPAS.- Aún cuando el Artículo 275 del Código Penal con el sistema de otros, no lo define, la etimología indica que consiste en la violación de la fe conyugal consumada corporalmente con los tres requisitos clásicos: Unión sexual, matrimonio de uno o ambos prevenidos y dolo o voluntad de la persona casada. Si por la naturaleza del delito casi nunca se puede probar el acto mismo, la doctrina, la jurisprudencia y la ley admiten que bastan antecedentes concomitantes y consecuentes como reunión en recinto cerrado, sorpresa en ropas menores y actitud de estar uno en brazos del otro para establecer la presunción incontrovertible de la ejecución del tipo delictual.

Amparo Directo 1505/1956. Julieta - Moreno de Fonseca. Noviembre 14 de 1957. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Ruíz de Chávez. 1a. Sala. Informe 1957, pág. 711.

Se debe entender entonces que el adulterio, como tipo penal, es el ayuntamiento sexual de hombre con mujer, ilícito y voluntario, debiendo ser realizado en el domicilio conyugal o con escándalo.

2.2 Antecedentes en nuestra Legislación

2.2.1 Código Penal de 1871

Clasifica el adulterio dentro del título: De los delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, tipificándolo en el art. 816: "La pena de adulterio cometido por hombre libre y mujer casada es de dos años de prisión y multa de segunda clase. Sólo se castigará al varón si conoce el estado matrimonial de la mujer. El adulterio de hombre casado con mujer libre se castigará con un año de prisión si el delito se comete fuera del domicilio conyugal. Si se comete en éste, se impondrán dos años. En ambos casos se necesita para castigar a la mujer, conocer el estado civil del varón. Además de estas penas, quedarán los adúlteros suspendidos en el derecho de ser tutores o curadores".

El artículo 821 señala los tres casos únicos en que la mujer puede acusar al marido de delito: Si es cometido en el domicilio conyugal; si fue realizado con concubina; o si fue ejecutado con escándalo sin importar la naturaleza de las relaciones entre los adúlteros y el lugar de comisión.

Se entiende como domicilio conyugal, la casa o casas que el marido tiene para su habitación. Se equipara el domicilio conyugal la casa habitación de la esposa.

Para el legislador de 1871, el adulterio es la violación del débito conyugal sexual; sancionando bajo cualquier circunstancia el cometido por mujer casada; mientras que al adulterio del varón, se le imponían modali-

dades para considerarlo como tipo penal.

Como constantemente se ha visto, la desigualdad jurídica para la mujer con respecto del hombre, operó durante todo el siglo pasado, al no haber una clara concepción del hecho en sí, sino de los efectos que producía.

Hubo un anteproyecto de reformas al Código Penal en cuestión, que en lo relativo al tema adulterio, la comisión revisadora expuso: "...no creo necesario definir el delito de adulterio, como no lo ha sido definir otros muchos elementos constitutivos que están en la conciencia de todo el mundo. Nadie ignora qué es el adulterio y menos aún, quienes lo cometen. Tampoco opino por el aumento de la pena a este delito. El adulterio no ataca el interés público, sólo el de la persona o cónyuge ofendido. Por esta razón no puede perseguirse de oficio. Además, según las circunstancias del caso, el delito se castiga con dos años ocho meses de prisión. Pena bastante grave para un delito de ese género. Si examinamos las estadísticas del adulterio en países más civilizados, Francia por ejemplo, la falta de fidelidad de los matrimonios es mucho mayor y no por eso, el legislador francés ha considerado aumentar la pena. Esto demuestra que la infracción penal no reviste los caracteres de intensa gravedad atribuidos por el Lic. Ferrer. En esa virtud, debe subsistir el artículo 816 en los términos como fue reformado el seis de mayo de 1884. Del contenido del art. 821 el legislador ha querido facultar a la mujer y al marido cuando el motivo radica en la gravedad del mismo adulterio, por las circunstancias que lo acompañan y si importan una ofensa mucho más grave a su digni

dad y delicadeza. No cuando ese motivo nace de otras causas muy distintas al adulterio como las señaladas por el Lic. Arroyo. Si fuera de atenderse se estimaría incompleta; pues no había razón para omitir en ella otros casos en que el marido ultrajara gravemente a su mujer; sevicia y falta de alimentos. Causas de divorcio señaladas en el artículo 227 del Código Civil. En consecuencia, propongo no reformar el artículo 821" - - (30).

Martínez de Castro explicaba los motivos de esa reglamentación: "Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste. Moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros. Sus consecuencias no son iguales. Aquel queda infamado, con razón o sin ella, con la infidelidad de su consorte. La reputación de esta no se empaña por las faltas del marido. La mujer adúltera defrauda el haber de sus hijos legítimos, introduciendo herederos extraños a su familia. Esto no sucede con el adúltero, al tener hijos fuera de su matrimonio" (31).

De las citas expuestas se deriva el criterio imperante de la legislación analizada, la desigualdad jurídica de la mujer, pero ésta debe ser comprendida, no justificada ni justificable, si a la sazón tomamos un fragmento cualquiera de una publicación del siglo pasado, relativa a la Función Social de la Mujer.

"La Madre: manantial purísimo que riega el hogar con sanos consejos,

fuente profunda donde se encierra toda la virtud, toda la castidad, y — aún, todo sentimiento grande y de donde brota la mejor semilla.

Ella procura dulcificar todos los sinsabores que rodean a su esposo cuando a su frente le velan los pesares, bástale tan sólo decir una palabra de consuelo para que desaparezcan...

La mujer, bello ideal de los poetas, objeto de un profundo estudio — de los sociólogos modernos, ha nacido en el mundo para regar flores y derramar un torrente de amor y ternura para todos los seres que la rodean, — endulzando la existencia de su compañero y procurando por cuantos medios — le sugiere su perspicaz inteligencia, hacerle más llevadera la vida"(32).

Fragmento ése escrito por una mujer, pero también encontramos otro, — de una gama variada de literatura acerca de la mujer.

Severo Catalina dice: "Dadas las condiciones de la actual sociedad, — no es preciso que la mujer sea sabia: basta que sea discreta; no es preciso que brille como filósofa: le basta con brillar por su humildad como hija, por su pudor como soltera, por su ternura como esposa, por su abnegación como madre, por su delicadeza y religiosidad como mujer" (33).

Hay quienes pretenden justificar la desigualdad jurídica de la mujer con respecto del adulterio aduciendo que es una idea preventiva: es bueno castigar a la mujer adúltera y castigarla severamente para evitar venganza del marido.

Carrara asegura: "Por la infidelidad del marido, la esposa pierde un placer momentáneo. En nada se afecta su honor ni patrimonio. Como ama y señora de su casa continúa abrazando a sus hijos, el marido ve mermado el sentimiento de su propia dignidad, se convierte en ludibrio de sus conocidos y corre el riesgo de alimentar prole ajena... Es de considerar a la infidelidad en su caso gravísimo y en otro insignificante" (34):

El acto, objetivamente analizado es el mismo, la infidelidad conyugal, en uno y otro caso; los efectos pueden constituir la diferencia, si a la generación de prole se refiere: por un lado, la mujer puede introducir un hijo extraño al hogar, por otro el hombre puede engendrar, no introduciendo al hijo en su familia y abandonándolo a su suerte debido a la irresponsabilidad paterna, tan común en nuestro México; el adulterio es igual: el cometido por mujer, que el cometido por el hombre. Sin embargo, la madre no abandona a su hijo, como regla general, mientras el padre sí lo deja desprovisto de la más elemental protección. Puede suceder que el varón reconozca su paternidad, entregando a la madre los recursos económicos que el hijo requiere, si bien no lo introduce de manera directa, sí lo hace indirectamente, al distraer parte de sus ingresos en la educación de un hijo que no es propio de la esposa.

El Artículo 820 del Código Penal de 1871, establece que el inicio de la acción penal es por querrela necesaria.

El perdón del ofendido extingue el procedimiento. Si la sentencia llega a ser pronunciada, no se ejecutará ni producirá efecto legal alguno.

Se entiende la reconciliación de los cónyuges, si una vez conocido el adulterio, hay cohabitación entre ellos. Según queda establecido por los artículos 825 y 826 del multicitado ordenamiento.

2.2.2. Código Penal de 1929

El adulterio queda incluido en el capítulo de los delitos cometidos contra la familia.

El Artículo 891 establece: "El adulterio sólo se sancionará si ha sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Por domicilio conyugal se entiende la casa en donde el matrimonio tiene habitualmente su morada".

Al haber sido publicado el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en 1928, en el cual se equipara la capacidad jurídica de la mujer y el hombre, ya no quedando ésta sometida en razón de su sexo, - influencia a la legislación penal de 1929, donde desaparece la distinción del adulterio, tanto el cometido por la mujer como el cometido por el hombre, quedando equiparada la condición jurídica de la mujer con la del hombre, también, en materia penal.

El Art. 893 establece que el inicio de la acción penal, debe ser motivado por querrela, debiéndose proceder contra los culpables y sus cómplices. Si media perdón, cesará el procedimiento; si ya existe sentencia definitiva que declare la culpabilidad no surtirá efectos, tampoco se proseguirá el proceso cuando los cónyuges han tenido acceso carnal o cuando-

el quejoso muere antes de pronunciarse la sentencia definitiva.

Las penas son: hasta de dos años de segregación y suspensión hasta de seis años del derecho de ser tutores o curadores. Como atenuantes se encuentra: el abandono del cónyuge inocente. Como agravantes: cuando ambos adúlteros se encuentren casados; tener hijos; ocultamiento de la circunstancia de ser casado a la persona con quien se comete el delito.

La consumación del adulterio es elemento indispensable para la comisión delictiva; cuando existe conato, constituye otro delito. No hay excepción porque el cónyuge ofendido haya cometido adulterio antes o después del adulterio perseguido. Una vez iniciada la acción penal, se procederá contra los dos adúlteros y sus cómplices.

2.2.3 Código Penal de 1931

En cuanto a la técnica legislativa, don Mariano Jiménez Huerta dice: "... mejor técnica siguieron los viejos códigos de 1871 y 1929 al ubicarlo en el capítulo referente a los delitos contra el orden familiar, al menos dejaron alguna constancia del bien jurídico tutelado (35).

El adulterio, comprendido por el art. 273 del Código Penal, se encuentra clasificado dentro de los delitos sexuales.

Se dice que la infidelidad conyugal puede traer consigo la desintegración familiar, al provocar desavenencias conyugales continuas y, más aún, cuando la conducta desleal es cometida en el domicilio conyugal o --

con escándalo, constituyendo por tal razón, delito. Por eso los códigos anteriores lo clasificaron, con mejor técnica, dentro de los delitos contra el orden familiar.

Con la elaboración del proyecto del Código Penal de 1931 se suscitaron controversias, acerca de la desaparición del adulterio como tipo delictivo: "... reconociendo las acerbas y en ocasiones justificadas críticas hechas para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron necesario seguir incluyendo el delito en los códigos penales. - Tal inclusión representa por lo menos un valladar que se opone al desfreno y relajamiento de las costumbres, porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora". Quedó - pues, considerado el adulterio como delito.

Como varias figuras jurídicas, el adulterio carece de definición legal, lo cual ha provocado discusiones entre los autores.

Porte Petit sostiene: "La penalidad en el adulterio implica una violación al principio (nullum crimen sine lege), consignado en el art. 14 - constitucional, por encontrarlos frente a una hipótesis de ausencia de tipo.

"En el capítulo de los delitos sexuales se requiere una serie de modificaciones técnicas. El Código en vigor omite definir el adulterio. - La ausencia de definición de este delito, interpretada por los psicoanalistas como acto fallido y para algunos otros sin trascendencia alguna, -

olvidan que dentro de un sistema liberal y constitucionalista, no hay tipicidad sin ley, los tipos, se ha dicho: son como islotes incomunicados en holocausto del principio de reserva, proclamados por la Constitución y el principio de la legalidad." (36).

Carrancá y Trujillo sostiene que aunque se conozca léxico gráficamente la connotación de la palabra adulterio, es distinto lo que jurídicamente deba entenderse por ella a los efectos penales. (37).

Para Jiménez y Azúa, el tipo ejerce su trascendental papel de garantía, destaca en toda su importancia en la descripción, abstenerse de ella nos parece sobremanera condonable. El art. 273 configura un tipo anormal (38).

Castellanos Tena aclara: "Es oportuno hacer referencia aquí a cómo no pocos especialistas y muchos defensores, han pretendido demostrar que no se puede integrar de acuerdo con la legislación del Distrito, el delito de adulterio por falta de tipo, por no definir la ley el adulterio. - El artículo 273 se limita a expresar: Se aplicará la pena a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Tal criterio nos parece desacertado por no ser verdad, a nuestro juicio, la falta de tipo descriptivo. Ciertamente el nombre de la infracción no resulta adecuado, pues no todo adulterio es delictuoso. Hubiera sido preferible emplear otra denominación para identificar el todo con una de sus partes. El tipo se integra con un adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo. Carece de solidez la argumentación relativa a que -

la ley no proporciona la definición de adulterio, uno de los elementos del tipo respectivo. Tampoco define lo que deba entenderse por cópula, en el estupro, ni vida en el homicidio. En estas últimas infracciones, como en otras, la ley usa un nombre diverso al de uno de los elementos constitutivos del tipo y en el adulterio no, según se ha expresado" (30).

Hay una tesis de la Suprema Corte de Justicia que acepta el criterio-
antes expuesto:

INTEGRACION DEL TIPO EN EL DELITO DE ADULTERIO.- Legislación del Estado de Baja California. El hecho de designar el delito de adulterio con el nombre de uno de sus elementos, no significa que no exista el tipo. Este se integra, precisamente, con un adulterio y que el mismo se verifique en el domicilio conyugal o con escándalo porque todo adulterio no es delictuoso, solo el realizado en tales condiciones, siendo irrelevante la falta de una definición de la palabra "adulterio", uno de los elementos de dicho tipo. Es frecuente que la ley, al describir las figuras, utilice vocablos que requieren de una valoración por parte de los encargados de aplicar el derecho. En consecuencia, la sentencia en el sentido de condenar a persona casada que sostuvo relaciones sexuales con un extraño dentro del domicilio conyugal, no es violatoria de garantías.

Amparo Directo 3948/59, Alicia Baltiérrez Lugo. Octubre 1o. de 1959. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Fernando Castellanos-Tena. 1a. Sala. Informe 1959, - pág. 45.

De aquí se concluye que la Jurisprudencia sigue el sentido gramatical del adulterio como tipo penal, cuya integración: infidelidad conyugal en el domicilio conyugal o con escándalo, son elementos definitorios del adulterio penal. Por lo tanto, su comprobación deberá dirigirse a las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges, mediando escándalo o cometida en el domicilio conyugal, aunque la prueba en sí es, por propia naturaleza, difícil en el proceso, puede deducirse a través de circunstancias de terminadas que no dejan dudas al respecto.

En el Semanario Judicial de la Federación se lee: "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 consisten en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada" (40).

Siendo el deber de exclusividad sexual indiscutible, por su carácter de reciprocidad, es deber jurídico, por el derecho también recíproco de exigir su observancia.

Al encontrarse catalogado el adulterio dentro de los delitos sexuales es necesario considerar el bien jurídico que se tutela.

"Se entiende por bien jurídico todo aquello, de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas o colectivas. El bien jurídico es el objetivo de protección penal y al mismo tiempo objeto de ataque delictivo, ya tienda éste a destruirlo, menoscabar

lo, o simplemente a ponerlo en peligro" (41).

La sentencia declarativa de culpabilidad trae como consecuencia la - privación de la libertad de quienes fueren encontrados responsables de la comisión del delito. Sin embargo, no produce efecto alguno con respecto - de la familia, ni del matrimonio. No se disuelve el vínculo matrimonial, - por virtud de la sentencia de adulterio. Por consecuencia la familia no - es el bien jurídico tutelado.

La libertad sexual tampoco puede considerarse como el bien que se protege, porque ésta se perdió, en virtud de celebración de un matrimonio ci-vil, al ser exclusividad sexual recíproca una de las consecuencias jurídi-cas matrimoniales.

La sociedad materialmente no encuentra violación de su estructura, - pues el adulterio penal no conlleva el rompimiento del vínculo matrimonial, aunque de hecho provoque la desintegración familiar.

Se considera delito privado, toda vez que el inicio de la acción pe--nal requiere de querrela, por parte del ofendido, relegando a la sociedad- a segundo término. Y al ser considerado objeto material del delito al cónyuge inocente, recae sobre el mismo las calidades de ofendido y víctima, - excluyéndose por tal motivo a la familia y a la sociedad.

Sin embargo, como se establece en la tesis jurisprudencial de la la.-Sala de la H. Suprema Corte de Justicia No. 3948/59, la designación del ti

po de adulterio, se refiere a uno de sus elementos: la infidelidad conyugal, pero para que constituya delito, requiere que su ejecución sea realizada con una de dos modalidades: en el domicilio conyugal o con escándalo.

Si bien el adulterio como causal de divorcio requiere la violación al deber conyugal recíproco, para que se integre, protegiendo de esta manera a la familia, no así en el adulterio penal directamente, porque no toda deslealtad sexual conyugal es constitutiva de delito.

El problema relativo a la falta de definición de la figura delictiva-adulterio, es irrelevante, pues su concepto es cultural, por tanto conocido de la generalidad; por lo que la tipicidad se encuentra descrita de manera clara: la violación del deber de exclusividad sexual cometida en el domicilio conyugal o con escándalo. El bien jurídico tutelado, a nuestro parecer, es el que no se encuentra claramente establecido. Es la exclusividad sexual.

Si entendemos por derecho positivo áquel que dicta el legislador en un tiempo y lugar determinados, podemos comprender que existe el tipo de adulterio, al haber sido considerado en el Código Penal para el Distrito Federal de 1931; por tanto, las doctrinas que se empeñan en señalar la atipicidad de adulterio, son incongruentes. Y si el tipo es la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales, éste se integra con adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

El grave dolor, provocado por la infidelidad conyugal, es una atenuan

te de responsabilidad en el homicidio o en las lesiones inferidas por el cónyuge que sorprende a su consorte en la comisión del adulterio, de donde se desprende: adulterio es la relación sexual ilícita habida entre hombre con mujer.

2.3 Elementos del Delito

La Jurisprudencia, ha establecido como elementos del delito de adulterio:

ADULTERIO, ELEMENTOS DEL DELITO DE LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO.- El delito de adulterio tipificado en el artículo 212 del Código Penal del Estado de Guanajuato, -- tiene como elementos: Primero un -- acto de adulterio, esto es, la infidelidad de un casado, consistente en un acceso carnal, coito, con persona ajena a su matrimonio. Segundo: Un vínculo matrimonial del sujeto del delito con otra persona. Tercero: Que el acto se cometa en condiciones de grave afrenta: - a) En el domicilio conyugal, entendiéndose éste no en el concepto técnico del derecho civil, sino en su sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio de los cónyuges o, b) Con escándalo, es decir, acompañado el estado o acto adulterinos de grave publicidad, afrentosa para el cónyuge inculpe.

Amparo Directo 9741/65, Antonio Hernández Hernández. Septiembre - 28 de 1966, Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Agustín Mercado Alarcón 1a. Sala. Sexta Epoca. Volumen CXI Segunda Parte, pág. 17.

Son, por tanto:

1. Acceso carnal, coito, de un casado con persona ajena al matrimonio.
2. Vínculo matrimonial del sujeto del delito con otra persona.
3. Que el acto se cometa en condiciones de grave afrenta:
 - a) en el domicilio conyugal, o
 - b) con escándalo.

Por domicilio conyugal, la tesis establece, el lugar de residencia, o lugar permanente o transitorio, donde los cónyuges convivan.

Por escándalo se entiende que los actos adulterinos contraigan grave-publicidad que afrenten al cónyuge inocente.

La ejecución del adulterio requiere: la existencia de un matrimonio - actual y la realización del acto sexual con persona ajena al vínculo matrimonial. Es presupuesto jurídico, la existencia de matrimonio, por lo menos de uno de los dos sujetos. La conducta se integra con la relación carnal voluntaria de persona casada con un tercero ajeno al vínculo matrimonial, siendo ésta ejecutada en el domicilio conyugal o con escándalo.

Ahora bien, se hace necesario establecer la esencia del acto sexual.

Existen tres teorías, a saber:

- a) Que exige la cópula normal, coito, descartando los actos meramente libidinosos y los contra natura. Para Carrara: "...para la consumación -

de este delito se exige ciertamente la cópula propiamente dicha, realizada en su forma natural. Los besos, las caricias obscenas y hasta los actos contra natura no constituyen adulterio... En cuanto a los actos contra natura y respecto a la cuestión propuesta por Sánchez sobre si el varón con el varón y la mujer con la mujer cometen adulterio... juzgo que en esos actos torpes con razón puede verse una atrocísima injuria contra el marido, por el envilecimiento tal vez mayor, en que cae la mujer, pues aquel tiene derecho a que ésta conserve íntegra su propia dignidad. Por más que produzca repugnancia el declarar la impunidad del hecho, aun a solicitud del marido, sin embargo no me atrevería a hacer caer este hecho, estrictamente hablando, bajo la denominación de adulterio que en él podría ver, aplicando rigurosamente los principios, una verdadera y propia violación del derecho del marido" (42).

b) La que exige la seminatio intra vas, es decir, la introducción del órgano genital masculino en un conducto femenino. En este aspecto, existen criterios acerca de si la introducción es el vaso natural o bien, en otro no idóneo, por precauciones anticonceptivas. Debiéndose también considerar los actos ejecutados en estériles.

c) La que estima no ser precisa la seminatio intra vas, sino simplemente la unión de los órganos genitales. Ferrer expresa: "La conducta con el delito de adulterio viene determinada por el contacto de los órganos genitales con la intención de consumar al acto carnal, siendo imposible independizar los actos realmente ejecutados, del elemento intencional que los preside." Y Moreno sostiene: "No es preciso que el acto alcance su perfección fisiológica" (43).

El adulterio lesiona la integridad del matrimonio, al violar el deber de exclusividad sexual, objeto jurídico protegido, encuentra daño con cualquier tipo de relación sexual, siendo por tanto doctrinariamente, el último criterio el más adecuado, al no ser requisito la cópula. Más para la consumación del adulterio, la única condición impuesta por nuestra legislación y jurisprudencia, es la cópula habida entre hombre con mujer.

Sólo las personas físicas pueden ser sujetos activos de delito, porque sólo ellas son capaces de realizar actos lesivos culpablemente.

Es sujeto activo áquel cuya conducta daña o pone el peligro un bien jurídico tutelado. Por tanto, el cónyuge culpable es activo en el delito de adulterio; por ser necesaria la concurrencia de dos conductas típicas del delito plurisubjetivo, siendo el otro sujeto activo el tercero ajeno - al vínculo matrimonial.

Sujeto pasivo es el cónyuge inocente, titular del bien jurídico protegido.

Delito: es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

La conducta que describe el adulterio requiere acción por parte de los sujetos activos, para su ejecución. El aspecto negativo, la omisión, no es presupuesto de comisión.

La conducta es típica cuando hay descripción dentro de la Ley Penal,

como delito. El adulterio encuentra su descripción en el art. 273 del Código Penal, con dos modalidades, siendo pues el tipo de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. La atipicidad se encuentra, cuando el adulterio se realiza sin cualquiera de sus dos supuestos, o ausente de voluntad.

La conducta típica es antijurídica. La violación a una norma de derecho penal constituye la antijuricidad. El Código Penal describe por medio de tipos, las conductas prohibidas que de ser cumplidas, merecen sanción. Por tanto, la antijuricidad es la adecuación de la conducta al tipo: Acceso carnal ilegítimo, es decir, con persona ajena al vínculo matrimonial, en el domicilio conyugal o con escándalo. Dañando de esta manera el bien jurídico que se tutela: El débito sexual exclusivo.

La conducta típica, antijurídica, es culpable. La culpabilidad requiere, en este caso, intención. La aceptación de realizar el acto penado es requisito sine quo non. Por ser de comisión dolosa, ya directa ya eventual, no admite la ausencia de intencionalidad que requiere la culpa.

Al ser el adulterio delito plurisubjetivo, requiere de dos voluntades para su realización. Cuando no existe la voluntad del cónyuge en la relación sexual, nos encontramos ante otro tipo penal: Violación.

Cuando el tercero ajeno desconoce el estado de casado del otro, opera en su favor la causa de inculpabilidad, por ignorar el carácter delictivo de su acción.

La conducta típica, antijurídica y culpable es punible cuando los su
jetos activos son imputables.

La pena para el delito de adulterio es privativa de la libertad y de derechos civiles.

En lo que concierne al homicidio o lesiones que se infieren a los --
adúlteros, dos son los requisitos exigidos para la aplicación de la pena--
atenuada, a saber: a) que el sujeto activo del delito sorprenda a su cón--
yuge; y b) que esa sorpresa se refiera al acto carnal o a uno próximo a --
su consumación. La actitud de sorpresa implica, por parte del cónyuge --
inocente, la revelación repentina de un acto de su cónyuge inesperado por
él, o sea un elemento subjetivo, que consiste en la obtención de un cono--
cimiento inesperado de la infidelidad sexual, pero también implica un ele
mento objetivo consistente en percibir, por medio de los sentidos físicos
el acto sexual o uno próximo a él; por acto carnal deberá entenderse no --
sólo la cópula consumada normalmente, sino también aquella vertida anor--
malmente en vasos no idóneos para el coito; los actos próximos a la consu--
mación carnal pueden ser no sólo los preparatorios anteriores, sino tam--
bién los posteriores, ligados a su ejecución. La excusa atenuadora debe--
rá aplicarse en el caso de que el cónyuge burlado sorprenda la consuma--
ción de la incontinencia adulterina, y también en aquellos casos de he--
chos ejecutados por los responsables de la infidelidad demuestran por sí
mismos evidentemente, su relación inmediata anterior o posterior a la con
junción sexual.

Según tesis sustentada por la Suprema Corte de Justicia, en el amparo directo 80/59/2a.: "La voz 'cónyuge' proviene indiscutiblemente del derecho Privado y está ligada por consecuencia a la familia de orden monogámico, que a través del matrimonio civil, permite la perpetuación de la especie con la seguridad de la descendencia cierta y la conservación de lo adquirido; por ello en Derecho Penal, tutelador de esas instituciones reprime conductas atentadoras contra ellas, estableciendo delitos matrimoniales: adulterio, bigamia, abandono de cónyuge e hijos, estupro, conyugicidio y, por consecuencia, no es dable aplicar la acepción a situaciones de concubinato que riñen esencialmente con esas ideas. Además, la interpretación por analogía o mayoría de razón, se encuentra prohibida en forma terminante por nuestro régimen constitucional, es decir la voz 'cónyuge' no debe emplearse para designar a la concubina".

El cónyuge debe sorprender a su consorte en el acto carnal próximo a su consumación; la ley no distingue cuál es el momento próximo: si anterior o posterior al de copular. La Suprema Corte establece: "El artículo 310, al incluir el término 'próximo', no fija si ha de ser próximo anterior o próximo posterior al acto carnal. Al no distinguir la ley el juzgador tampoco debe distinguir, siendo admisible tanto la anterioridad como la posterioridad. Los hechos probados deberán revelar clara e indubitablemente el acto carnal ya realizado o todavía por realizar. La ley es precisa al incluir el término 'próximo', exigiendo con esto una sucesión inmediata o inminente de hechos realizados o de realización en corto plazo. Este es el concepto gramatical del término 'próximo'. Toca al juzgador interpretar los hechos en relación con los términos gramaticales em--

pleados por la ley y atendiendo al espíritu del lenguaje hablado en forma común.

La defensa del honor, no puede ni debe ser considerada como móvil en el delito de conyugicidio, debiendo quedar bien claro que en caso de que el adulterio lastimase el honor del cónyuge, tal honor ya fue violado. no pudiendo existir defensa posible de lo inexistente, además que los medios de defensa no son iguales ni mucho menos inferiores, pues con el acto de adulterio se viola un débito conyugal, el instrumento es el cuerpo mismo de los actores y, en defensa, el ofendido utiliza un objeto material consistente en arma de fuego, arma blanca o cualquier objeto contundente: - ¿cómo puede nadie alegar defensa legítima en estas circunstancias?

Al conyugicidio, cometido en estas circunstancias, la ley lo considera de menor gravedad que al homicidio simple, atenuándole la pena por haber sido cometido por móviles o impulsos especiales.

DEFENSA DEL HONOR Y ATENUACION DE LA PENA POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL. -- DIFERENCIAS. No debe confundirse la defensa del honor, con la atenuación de la pena por infidelidad matrimonial. Las agresiones de sangre consumadas por el ofendido en el acto de sorprender las incontinencias sexuales de sus ofensores, no reúnen los requisitos de la defensa legítima del honor, por que aun cuando es verdad que hay franca agresión contra el derecho de fidelidad, la defensa tiende a evitar el daño en el honor y a conservar intacto este - bien protegido por la ley; en el caso de infidelidad matrimonial, el de

recho que se defiende no existe, por haber sido ya violado, puesto que la acción sangrienta del ultrajado se realiza cuando el acto sexual está consumado o se está consumando. Además es inadmisibile sostener, por injusto, que los actos de los culpables afecten al honor del ofendido. Se trata de actos ajenos que no le son imputables y por lo mismo, no pueden sufrir menoscabo en su honra. La atenuación de la pena establecida por el concepto legal comentado, no obedece a la defensa del honor, sino al descontrol psíquico experimentado por el esposo al sorprender a su cónyuge en actos próximos o constitutivos del adulterio.

Amparo Directo 2781/63. Serafín Fernández Pérez. Marzo 3 de 1966. 5 votos. Ponente: Lic. Manuel Rivera-Silva. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen CV. Segunda Parte. 1a. Sala.

La atenuación de la pena, según la ejecutoria, se debe a la consumación delictiva obedeciendo al descontrol psíquico debido a la sorpresa de encontrar al cónyuge en adulterio.

El concepto con que se establece tal descontrol psíquico, lo encontramos contenido en la infidelidad conyugal. Siendo el supuesto intrínseco de fidelidad, de origen apropiatorio, tenemos que la sorpresa habida al encontrarse ante la deslealtad sexual del esposo es atentorio en algún derecho de propiedad obtenido con el matrimonio. Por tal razón, es que la conducta violenta se da con mayor intensidad que en el homicidio simple, conteniendo implícito el elemento intencional.

Ahora bien, el matrimonio monogámico tiene en su origen la estructura patriarcal, siendo él originario del concepto de apropiación de las personas. Por tal motivo es considerada como natural la fidelidad, siendo ésta aprendida por la formación educacional y por lo tanto cultural. - Esta es la razón que se considera válida para la atenuación de la pena. - Sin embargo, debe ser calificada con mayor gravedad, puesto que el conyugida es un verdadero homicida, capaz de cometer delito que atente contra la vida e integridad corporal de personas en cualquier otro momento.

2.4. Del Adulterio Cometido en el Domicilio Conyugal

El delito de adulterio se conforma con cualquiera de los supuestos:-

a) en el domicilio conyugal; b) con escándalo.

El vigente Código Penal para el Distrito Federal de 1931, no establece una definición o concepto de domicilio conyugal.

El artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal, en las reformas de 1984 señala: "...se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales".

La Suprema Corte de Justicia, en la tesis 9741/65, 1a. Sala, establece: "...a) en el domicilio conyugal, entendiéndolo éste no en el concepto técnico del derecho civil, sino en su sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio, de convivencia de los dos cónyuges..."

Por tanto, el domicilio conyugal, para efectos del adulterio penal, es el lugar donde habitan, permanente o transitoriamente, los esposos unidos en matrimonio civil.

Tradicionalmente se ha considerado de mayor gravedad el adulterio cometido en el domicilio conyugal por ser éste, el habitat natural de la mujer, siendo que puede introducir al amante en el domicilio conyugal con mayor facilidad que el hombre; provocando con su mala conducta ofensas al marido y a la familia, por representar un mal ejemplo para la prole. Pero cuando el esposo introduce a su amante al hogar conyugal, por consideración también tradicional viola el derecho de su consorte por ser éste - el ámbito de dirección femenino.

Lo que en realidad queda protegido, es el derecho de exclusividad sexual conyugal más elemental, por ser el domicilio conyugal el recinto natural de cohabitación de los esposos. El adulterio en estas circunstancias realizado, se considera una conducta más que cínica.

2.5. Del Adulterio Cometido con Escándalo

En el sentido vulgar, escándalo significa: acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro. Desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo.

"La locución escándalo es demasiado ambigua y muchos la utilizan sin captar su realidad. Intentemos fijarlas es una murmuración que nace y corre en torno a un hecho. Es una ofensa al sentido moral de un gran número

ro de ciudadanos. No es posible admitir el nacimiento del escándalo de la maldad de los chismosos y de las comadres que inficionan el ambiente, con sus difamaciones soterradas en la máscara de la hipocresía. El escándalo entendido de este modo sería un instrumento arbitrado por la ley para el placer de los viles y malévolos" (44).

La legislación mexicana no define el término escándalo. La Jurisprudencia lo ha interpretado como un sentimiento amplio de notoriedad y publicidad de las relaciones en una persona casada con otra ajena al vínculo matrimonial.

ADULTERIO. ESCANDALO COMO SITUACION OBJETIVA DE PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE. LEGISLACION PENAL DEL ESTADO DE SONORA.- Según el artículo 221 del Código Penal del Estado de Sonora, el adulterio sólo es punible cuando se comete en el domicilio conyugal o con escándalo. Este no consiste en sorprender a los adúlteros 'inrebus veneris', sino hacer públicas las relaciones adulterinas entre las personas que los conocen, por el ultraje inferido al cónyuge inocente.

Amparo Directo 4535/1960. Francisco Romero Gálvez. Septiembre 27 de 1960. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Enrique Padilla Correa. Sala. Boletín 1960, pág. 627-

ADULTERIO, DELITO DE. ESCANDALO EN LA LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES. El escándalo, como elemento del delito, debe apreciarse por el juzgador tomando en cuenta las circunstancias personales de los adúlteros en relación con el ofendido, las modalidades de

su conducta externa y el ambiente social en que se manifiesten sus relaciones adulterinas, a fin de valorar tales datos y determinar si implican una publicidad afrentosa para el cónyuge ofendido. Como en el caso, según las declaraciones de los acusados, las relaciones sexuales no se realizaron en el pueblo de San Juan, Estado de México, donde el matrimonio tenía su domicilio sino en esta Ciudad de México. Se estima, que por no haber tenido lugar en el domicilio social del ofendido, no pudieron redundar en una publicidad afrentosa para él.

Amparo Directo 7522/60. José Cisneros Hernández y Coag. Febrero 9 de 1961. Unanimidad de 4 votos Ponente: Lic. Manuel Rivera Silva. 1a. Sala. Informe 1961, pág. 21.

ADULTERIO. ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.- Se configura el elemento escándalo como constitutivo de delito de adulterio, cuando éste va acompañado de grave publicidad afrentosa para el cónyuge inocente.

Amparo Directo 4535/1960. Francisco Romo Gálvez. 5 votos. Sexta Epoca. Volumen XXXIX. Segunda Parte, pág. 10.

Amparo Directo 7522/1960. José Cisneros Hernández y Coag. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epoca. Volumen XLIV. Segunda Parte, Pág. 24.

Amparo Directo 7877/1960. Ramón de la Mora Mayoría de 4 votos. Sexta Epoca. Volumen LI. Segunda Parte, pág. 10.

Amparo Directo 9378/1961. José Luis Macías Nuño. 5 votos. Sexta Epoca. Volumen LXIII. Segunda Parte. pág. 9.

Amparo Directo 9741/1965. Antonio-Hernández Hernández. 5 votos. Sexta Epoca. Volumen CXI. Segunda --

Parte, pág. 17
 la. Sala, Apéndice 1917 - 1975
 Sexta Epoca, pág. 37 Jurisprudencia
 II.

El escándalo debe conllevar publicidad grave, debido al lugar donde sea realizado el adulterio, bien por el desenfado de los adúlteros con — que hacen pública sus relaciones ilícitas, o cualquier medio que provoque en el cónyuge inocente afrenta.

ADULTERIO. ESCANDALO COMO ELEMENTO-
 DEL DELITO DE. El elemento escándalo, se produce cuando la acción o — la acepción, ésta en su acepción la — ta es conocida por una colectivi-
 dad o grupo humano y provoca, por — la gravedad de los hechos cometidos una reacción que afecta los senti-
 mientos de las personas víctimas — del delito, y a la vez, de repro-
 bación de los mismos, como conse-
 cuencia de los comentarios y jui-
 cios que se emiten y transmiten en-
 torno del acto o de las palabras di-
 chas.

Amparo Directo 4535/61. José Luis Macías Nuño. 5 votos. Volumen - - XXXIX. Segunda Parte, pág. 14.

Amparo Directo José Luis Macías Nuño. 5 votos. Volumen LXIII. Se-
 gunda Parte, pág. 9.

Amparo Directo 396/65. Crescencio-Sifuentes. Unanimidad de 4 votos.-
 Volumen CII. Segunda Parte, pág. 11.

Amparo Directo 398/65 Fidelia Rodrí-
 guez Esqueda. Unanimidad de 4 vo-
 tos. Volumen CII. Segunda Parte,-
 pág. 11.

Amparo Directo 3979/61. Juan Cade-
 na Garcés 5 votos. Volumen CXII. -
 Segunda Parte. pág. 11.

Semanario Judicial de la Federación
Sexta Epoca. Volumen CXIV. Segun-
da Parte. Diciembre 1966.
1a. Sala, pág. 41.

Se entiende por escándalo, para los efectos penales, un movimiento - de la opinión o de un grupo o de una comunidad, excitada por el conoci- miento del hecho, o una acción más o menos violenta, motivada por las mis- mas causas. Hay una alteración en el vivir normal de las personas, es la que constituye el elemento escándalo.

2.6 Pruebas

Para que el juzgador pueda resolver un litigio, es necesario el es- clarecimiento de los extremos: la perpetración del delito, las circunstan- cias de su realización, la participación del imputado, aspectos relevan- tes de la personalidad del infractor. Adquiriendo la certeza, donde apo- ye razonablemente la sentencia.

Las partes en el juicio penal, son: el Ministro Público, como repre- sentante de la sociedad, y que materializado en una persona recibe el nom- bramiento de Agente del Ministerio Público, actor en el juicio, encargado de iniciar el ejercicio de la acción penal. Puede recibir ayuda de parte de la víctima del ilícito y del ofendido, quienes coadyuvan presentando - elementos probatorios que lo ayuden en su función.

El acusado es la otra parte del procedimiento penal, quien presenta- los elementos probatorios de defensa.

Prueba es la actividad de las partes y del tribunal encaminada a proporcionar al juez, la convicción de verdad. Debido a la naturaleza del a adulterio, cuya comisión es clandestina, la demostración en el proceso es difícil, salvo casos de sorpresa flagrante o confesión de sus autores. - Por lo cual pueden establecer las relaciones ilícitas por medios probatorios que lleven a la certidumbre del juzgador de la comisión del delito.- A diferencia del procedimiento Civil, en el Penal el Juez tiene la facultad y el deber de realizar todo tipo de investigaciones, que lo lleven a concluir la certeza de un hecho, pudiendo exigir a las partes le sean pre sentados un mayor número de elementos, a fin de fallar justamente, porque la sanción en el adulterio es privativa de la libertad.

Siendo la libertad de traslado uno de los mayores bienes con que --- cuenta el ser humano, su privación debe ser motivada por una falta considerada por la sociedad como grave. Tal consideración de aplica al delito de adulterio.

Las pruebas pues, son indirectas; la testimonial, instrumental públi ca o privada; la presuncional, la confesional misma, entre otras.

2.6.1 Testimonial

Testigo es la persona física que en cualquier forma tiene conocimien to de algo relacionado con el delito. Debe percatarse de un hecho a través de los sentidos.

La declaración del testigo se refiere al delito y sus circunstancias,

sus antecedentes o consecuencias, al imputado, a la víctima y al daño causado.

El art. 191 del Código de Procedimientos Penales, define al testigo: "Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el juez estime necesario su examen. El valor probatorio de su testimonio se aqulatará en la sentencia".

Cuando los actos de adulterio son realizados secretamente, es difícil declarar sobre el hecho de adulterio. Los testigos no pueden suministrar datos sobre las relaciones sexuales en sí, porque no han presenciado directamente; la presumen por la conducta que manifiestan, escuchan palabras amorosas, ven entrar en el hotel, su trato público es especial, se observan cambios en la persona en sí y otros aspectos que aparezcan según el caso concreto.

Cuando la comisión del adulterio es en el domicilio conyugal; los testigos serán personas de confianza del matrimonio, empleados domésticos, parientes, amigos; es difícil presumir el testimonio de personas extrañas, por no tener fácil acceso al domicilio. Cuando hay parentesco entre el testigo y el acusado, no tiene aquél la obligación de declarar y si lo hace, se hará constar dicha circunstancia en el proceso.

La declaración de los testigos debe estar adminiculada con otros elementos de prueba, no es suficiente para adquirir convicción, sin embargo,

crea una presunción de culpabilidad del acusado. Generalmente los testigos, parientes del ofendido, son quienes se percatan con mayor facilidad de la conducta delictiva; sus testimonios deben ser considerados, debiendo también quedar asentada tal circunstancia en el procedimiento.

El adulterio realizado con escándalo presenta gran complejidad. Por ser la colectividad quien conoce de la conducta adúltera, requiere que -- los testigos conozcan dos hechos: primero, el estado de matrimonio que -- guardan el cónyuge culpable y el esposo inocente y la conducta adúltera -- de aquél. Al hacerse públicas las relaciones ilícitas, crea publicidad -- que afrenta al cónyuge inocente. El juez debe valorar, teniendo en cuenta los elementos de justipreciación concretamente especificados en las -- normas jurídicas y las demás circunstancias objetivas y subjetivas que -- conduzcan a determinar la veracidad del testimonio rendido.

2.6.2 Instrumental

Documento, desde el punto de vista jurídico, es el objeto material -- por el que, por escritura o gráficamente, consta o se significa un hecho.

En el adulterio, la correspondencia amorosa: cartas, recados, fotograffias, películas o cualquier otro documento, llegan a constituir prueba plena, cuando de ellos consta fehacientemente las relaciones sexuales ilícitas. Esto no significa que quede debidamente comprobado el delito, e -- incluso se desprenda que la infidelidad conyugal fue cometida en el domicilio de los esposos o bien con la menor discreción.

La prueba instrumental puede ser privada; el artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, expresa: "Son documentos privados, los vales, pagarés, libros de cuenta, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y no estén autorizados por escribano o funcionario competente".

Puede ser documental Pública y se refiere a aquéllos actos en que interviene un funcionario que tenga fe pública. En este caso, el acta de nacimiento de algún hijo, puede llegar a ser comprobatoria del adulterio, pero por sí sola, no prueba su comisión delictiva.

2.6.3 Presuncional

Conforme al Artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados.

El indicio es un hecho conocido, del cual se deduce otro desconocido, llamado presunción; tiene tres elementos: a) El hecho conocido, indicio; b) El hecho desconocido, llamado presunción; y c) Un enlace necesario entre el hecho conocido y el desconocido.

Ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 261 del Código Procesal: "Los jueces y tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario existente -

entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el -
 valor de las presunciones, hasta poder considerar su conjunto como prueba
 plena".

El hecho de sorprender en ropa interior dentro del domicilio conyu--
 gal; la publicidad de las relaciones ilícitas; la convivencia de los adúl-
 teros bajo un mismo techo, en el habitat social del cónyuge inocente, ha-
 cen presumir la existencia de relaciones sexuales. Debiendo el juez aten-
 der tales circunstancias, que en cada caso le lleven a la convicción de -
 tener por probado el delito, de lo contrario desechar la acusación, por -
 improcedente.

La Suprema Corte de Justicia, ha establecido:

ADULTERIO. PRUEBA DEL.- Para la com--
 probación de las relaciones sexuales,
 como elemento constitutivo del delito
 de adulterio, basta la prueba presun-
 tiva.

Quinta Epoca:
 Apéndice de Jurisprudencia 1917 a ---
 1967 del Semanario Judicial de la Fe-
 deración, Segunda Parte. 1a. Sala,-
 Pág. 45.

Quando los hechos hacen presumir en forma vehemente la existencia -
 del delito, basta la sola presunción para que quede demostrado el ilícito.
 Es suficiente la comprobación de la existencia de relaciones sexuales; -
 por cualquier medio, cuando éstas se realicen en el domicilio conyugal; -
 la sorpresa en el lecho nupcial, la escasez de ropa la publicidad a las -

relaciones que constituyan escándalo. Comprobándose el otro extremo, el matrimonio existente y legalmente válido de uno de los sujetos activos.

2.7 De los Sujetos Activos

Es sujeto activo el realizador de la conducta tipificada en la norma; es sujeto culpable del delito de adulterio, el realizador del hecho carnal ilícito.

Para que el sujeto del delito sea considerado culpable, requiere la calidad de imputable. Esto es, aquél a quien la ley considere capaz de comprensión, de madurez mental, quien puede cometer de manera libre y voluntaria un hecho delictivo, quedando al margen los menores de 18 años y los privados de razón. La imputabilidad se refiere a la calidad del sujeto, capacidad ante el derecho. Existiendo en ocasiones incapacidades transitorias, cuando se está ante un trastorno mental no permanente, algún caso de amnesia, por ejemplo. Tales circunstancias deben ser revisadas cuidadosamente, porque puede suceder que el sujeto activo se haya puesto libremente en esa situación, debiéndose considerar el caso como una acción libre en su causa; o cuando el activo haya caído en tal estado de manera involuntaria, debiendo ser considerado inimputable.

"De acuerdo con nuestro Código Penal, encontramos que se reconocen como causas de inimputabilidad, los estados mentales anormales, porque implican ausencia de voluntad o dolo; las cuales se encuentran previstas en el artículo 68. Asimismo la edad del soltero menor de dieciocho años se-

gún el artículo 119" (45). Recuérdese lo establecido por el artículo 119 del Código Penal: "Los menores de 18 años que cometan infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa".

Para la comisión del delito de adulterio se requiere la intención dolosa; la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa.

Dolo: Cuando el agente dirija su voluntad conciente a la ejecución del hecho tipificado por la ley como delito. Puede ser que desee el resultado: dolo directo; o lo acepte: dolo eventual.

Culpa: Existe cuando se obtiene resultado delictivo, causado por negligencia o imprudencia. La negligencia en este caso no se refiere a la intención de omitir la ejecución de acto alguno que la ley obliga a realizar.

Para efectos de la culpabilidad en el delito de adulterio, se requiere la existencia de dolo directo, es decir, la conciencia y la voluntad de ambos sujetos, de realizar el acceso carnal ilícito, a pesar de la existencia conocida del vínculo matrimonial.

Don Francisco González de la Vega señala: "Como todos los delitos cuyo objeto es el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos protagonistas, en la conciente ejecución de la cópula transgreso-

ra de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de — ejecutar el acceso carnal con persona distinta a su cónyuge. Para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada — en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según — lo dispuesto en el art. 9 del Código Penal, pero admite prueba en contrario" (46)

Por tanto, el adulterio siempre será delito doloso; requiere conocimiento y voluntad. Por parte del casado adúltero, la violación del deber conyugal de exclusividad sexual y la voluntad de realizar acceso carnal — con persona distinta a su cónyuge; por parte del copartícipe, el conocimiento del estado matrimonial de su amante y la voluntad de realizar acceso carnal.

Cuando a la realización del acto adulterino le falta alguno de los — elementos mencionados, conocimiento y voluntad, no estamos en presencia — de la conducta dolosa, por parte del sujeto privado de cualquiera de tales elementos; por tanto no es culpable del delito, aunque éste se cometa. Tal es el caso de empleo de la fuerza física o moral, dándose como — resultado violación adulterina, encontrándonos entonces ante la excluyente de responsabilidad prevista por la fracc. I del art. 15 del Código Punitivo: obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible. Es el caso previsto por el art. 265 del ordenamiento penal citado: al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años.

Si la persona así obligada, es casada, nos encontramos ante el concurso formal de delitos, por parte del agente violentador; adulterio y violación, se configuran ambos tipos. Puede suceder que el activo de la violación desconozca la calidad de casado de su víctima, apareciendo la preterintencionalidad donde la intención sea únicamente la consumación violenta de la cópula, sin embargo, se configuran ambos delitos porque la conducta dolosa en la violación, configura la antijuricidad, siéndole imputables todos los resultados delictivos acarreados en un sólo acto.

Mientras que por parte del casado forzado a relaciones sexuales, aun que éstas sean ilícitas, no puede ser culpable, toda vez que no actuó intencionalmente, sino que fue impelido por una fuerza exterior irresistible, aunque el hecho se haya realizado en el domicilio conyugal.

"La exclusión de responsabilidad únicamente favorece al que no ha actuado voluntariamente, el violentador adulterino será responsable en forma de concurso formal, tanto de la violación como en su caso, del adulterio; en los términos del artículo 58, porque con un solo hecho ejecutado en un sólo acto, la cópula, ha violado varias disposiciones legales; deberán aplicársele las penas de la violación, por ser éste el delito mayor, las que podrán aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración" (47).

En el mismo caso se encontrará el tercero ajeno al vínculo matrimonial, cuando, aun conociendo el estado civil de su ofensor, éste lo venza por medio de la fuerza física o moral.

Puede suceder que el copartícipe actúe voluntariamente, aceptando - las relaciones sexuales, pero desconociendo la calidad de casado de su amante, nos encontramos ante la excluyente de responsabilidad prevista por la fracc. VI del art. 15 del Código Penal: Ejecutar un hecho que no sea delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignora ba inculpablemente al tiempo de obrar.

El art. 274 del referido ordenamiento penal establece: no se podrá - proceder contra los adúlteros, sino a petición del cónyuge ofendido. Si éste formula su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá - contra los dos y los que aparezcan como codelincentes.

El art. 13 del mismo Código Penal establece como partícipes a quie- nes presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución. Mariano Jiménez Huerta, menciona a Groizard: "...la criada que hace de - centinela desde el balcón para evitar la llegada del marido, a fin de que no sorprenda lo que en su alcoba pasa..." (48).

2.8 Consumación del Delito

Uno de los temas más discutidos es el de la consumación del adulte- rio, tipificado como delito.

Las relaciones sexuales, deben ser consideradas conforme a la cópu- la: "En un sentido gramatical, cópula significa atadura, ligamento de - una cosa con otra. Es sinónimo de unión. El verbo copular proviene de -

"copularse" que en latín significa juntar o unir de la misma u otra.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

"Para la existencia del adulterio consumado y no simplemente tentado, es necesaria la cópula completa con todas sus condiciones ontológicas. Todos los criterios dicen que el momento consumativo del delito ocurre cuando se produce la eyaculación en la vagina, seminatio intra vas y sin éste el acto es incompleto. Una acción completa en sus condiciones ontológicas, nunca puede considerarse completa en cuanto a los fines penales" (49).

A esta opinión de Carrara, se puede oponer el hecho de la ejecución de actos de precaución anticonceptiva, donde la eyaculación no se realice dentro de la vagina, pudiendo haber existido penetración. Pues como observa Alberto González Blanco: "Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica necesariamente una actividad viril, normal o anormal, pues sin ésta no puede, con propiedad decirse, que ha habido copulativa conjunción carnal. Fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natural, como en los normales. No hay duda, el delito queda consumado por cópula normal; pero no es exacto, como Carrara creía, que de su consumación queden excluidos los actos libidinosos contra natura, así como las cópulas incompletas, és to es, en grado de frustración que por cualquier causa implica la "Semina tio Intra vas". También sin estos actos se realiza la relación carnal, - la conducta típica del adulterio y se lesionan bienes jurídicos familiares, tutelados en dicho adulterio" (50).

El artículo 275 del Código Penal señala: sólo se castigará el adulterio consumado.

Debe pues, considerarse como momento de la consumación del delito, cuando ha habido conjunción sexual, puesto que ésta implica conducta y elementos objetivos. Mientras que la penetración y la eyaculación, son conocidos únicamente por los activos, jamás podrá conocer tal hecho el cónyuge inocente, como tampoco debe interesar su ausencia al Derecho. Por que aún suponiendo que el bien jurídico tutelado fuera la fidelidad conyugal y no la exclusividad sexual conyugal, el delito de adulterio encontraría ya su consumación plena en la simple unión de los sexos.

2.9 Sanciones

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

Es pues, la sanción al adulterio consumado en el domicilio conyugal o con escándalo, una pena privativa de la libertad y de derechos civiles.

El perdón del ofendido, en cualquier tiempo, deja sin efecto la acción persecutoria en cualquier fase del procedimiento. Alcanzando efectos aún mayores cuando el perdón sea expresado después de dictada la sentencia condenatoria.

El artículo 276 establece: cuando el ofendido perdona a su cónyuge,

cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno.

2. 10 Conclusión

El adulterio femenino siempre fue considerado delito, sancionado con la muerte; el varón sólo era reo de muerte cuando cometía el hecho con mujer casada y conocía tal estado matrimonial, atenuándose paulatinamente las sanciones, hasta quedar como pena privativa de libertad y pérdida de los derechos civiles, en materia penal y como causal de divorcio en materia civil. En la legislación mexicana hubo avances muy lentos en cuanto al grado de sanción penal del adulterio femenino y del masculino, hasta que después del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, se equipara la capacidad jurídica del hombre y de la mujer, en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1931 queda establecida la igualdad jurídica de la mujer y del hombre, en cuanto al carácter delictivo del adulterio y por tanto su penalidad.

Si bien en materia familiar se puede establecer claramente el bien jurídico que se tutela, con la sanción de divorcio; en materia penal no, al no ser considerada la violación al deber de exclusividad sexual, en todos los casos, sino que únicamente con dos modalidades, en el domicilio conyugal o con escándalo; y toda vez que la sanción es pena privativa de libertad y de derechos civiles, no influye para nada en la situación jurídica de la familia ni del matrimonio; por tanto, no quedan a salvo los derechos familiares y sí pueden quedar mayormente dañados, porque la-

privación de la libertad del culpable llega a retirar los recursos económicos necesarios para el sostenimiento de la propia familia e incluso, la publicidad del procedimiento penal puede causar mayor daño que la misma conducta desleal. Debe pues, desaparecer el delito de adulterio como tipo. Si bien cuando por la comisión del adulterio se lesionen los intereses de la familia, debe quedar integrada dicha conducta a otro tipo, tal como el abandono de hijos y del cónyuge y sancionada con penas verdaderamente graves, debido a la irresponsabilidad del sujeto.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

27. Op cit., pág. 421
28. Código Penal para el Estado de Aguascalientes.
29. Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado, 2a. ed., México--
co, 1966, pág. 650.
30. Comisión revisora del Código Penal, Trabajo de Revisión del Cód--
igo Penal, Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos, México, -
Secretaría de Justicia, 1912, Tomo II, 2a. parte, págs. 189 y 190.
31. Citado por Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano,
Parte Especial: De los Delitos en particular, México Porrúa, 1968,
Tomo I, pág. 353.
32. Cantú de Cisneros. Ligeras Reflexiones de los Deberes de la Mu--
jer en la Sociedad, año 7, vol. 1, Núm. 450, 24 de septiembre de--
1893, pág. 3, en la Convención Radical Obrera. La Mujer y Movi--
miento Obrero Mexicano. Centro de Estudios Históricos del Movi--
miento Obrero Mexicano. México, s.e., 1975, pág. 31.
33. Catalina, Severo. La Mujer, 3a. ed., Madrid, España Calpe, 1968,
págs. 194 y 195.
34. Carranca, Francesco. Programa de Derecho Criminal: Parte Espe--
cial, Bogotá, Editorial Temis, 1959, Vol. III, pág. 284
35. Op. cit., Tomo I, pág. 19.
36. Porte Petit C., Celestino. Problemas Penales de México, México, -
Jus. 1952, pág. 261.
37. Op. cit., pág. 651
38. Op. cit., pág. 19.

39. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal: Parte general, 7a. ed., México, Porrúa, 1973, págs. 172 y 173.
40. Semanario Judicial de la Federación, Tomo 82, pág. 3636.
41. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, 9a. ed., México, Editora - Nacional, 1953, págs. 257 y 258.
42. Op. cit., págs. 296 y 297
43. Citados por González Blanco, Alberto, op. cit., Pág. 216
44. Carrara, Francesco, op. cit., pág. 451
45. González Blanco, Alberto, op. cit., pág. 223
46. Op. cit., pág. 432
47. Ibidem
48. Op. cit., pág. 31
49. Carrara, Francesco, Op. cit., pág. 295
50. Op. cit., pág. 147

CAPITULO TERCERO
ADULTERIO PENAL Y ADULTERIO CIVIL

3.1 Adulterio Civil y Adulterio Penal

Los cónyuges deben cumplir con los fines matrimoniales, para ello re quieren observar el débito conyugal de exclusividad sexual de manera con- tinua, su violación origina la causal prevista por la Fracc. I del art. - 267 de divorcio necesario, en materia civil. "Art. 267.

Son causas de divorcio:

- 1.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges".

Es necesario demostrar la deslealtad de cualquiera de los cónyuges - para que sea desvinculado el matrimonio. Cuando esta violación además, - se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, nos encontramos con - el tipo de adulterio penal.

DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- Es preciso reconocer una distinción - entre el adulterio causal de divorcio y el delito del mismo nombre sanciona do por la ley penal. Si bien ambos - implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa a su consorte, el delito de adulterio requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo. - La simple relación sexual entre el - cónyuge demandado y un tercero consti tuye causal de divorcio, justificati va de la disolución del vínculo matri monial, porque éste solo puede subsis tir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos.

Amparo Directo 5151/1955. Regino Fer nández Ocaña. Marzo 7 de 1956. Mayo ría de 3 votos. Quinta Epoca. Tomo-

CXII, pág. 809
Tesis que ha sentado precedente.

Encontramos pues, dos diferencias substanciales; una en cuanto a la conformación del ilícito, el cual, mientras para el Código Civil, toda — violación al deber de exclusividad sexual es causal de divorcio; para el Código Penal, dicha violación no siempre es típica, sólo es procedente — cuando las relaciones sexuales ilícitas son cometidas en el domicilio con yugal o con escándalo. Y otra en cuanto a la sanción. Aquél sanciona — con el divorcio, desvinculando el matrimonio y asegurando los derechos fa miliares subsistentes. Este no cambia para nada la situación jurídica de la familia ni del matrimonio: la sanción es privativa de la libertad y de derechos civiles.

La inactividad del ejercicio de la acción de divorcio produce su caducidad. Mientras que en el no ejercicio de la acción penal en el delito de adulterio, se presenta la prescripción. Caducidad: Es la extinción de la acción por el transcurso del tiempo marcado en la Ley. No se interrum pe ni suspende por acto u omisión. Es condición para el ejercicio de la acción y debe estudiarse de oficio.

La jurisprudencia ha establecido:

DIVORCIO. CADUCIDAD DE LA ACCION Y - NO PRESCRIPCION.- El término fijado por la ley para el ejercicio de la a cción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el trascu rso del tiempo. Se diferencian, fundamentalmente, en que la primera es

condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio. La segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. En materia de divorcio, - dado su carácter excepcional porque pone fin al matrimonio, el término - señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque - si la acción de divorcio estuviera - sujeta a prescripción su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose - con la incertidumbre del estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público. La ley señala el término para el ejercicio de la acción de divorcio cuando se trata de una causal que implica una situación permanente. En este último caso la causal por su propia naturaleza, es de tracto sucesivo y de realización continua. Puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita. Cuando la ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio, debe promoverse éste precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio y la autoridad judicial no solo está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejercitó oportunamente,

Sexta Epoca. Cuarta Parte.
 Apéndice de Jurisprudencia 1917 - -
 1965 del Semanario Judicial de la -
 Federación. 3a. Sala. Jurisprudencia. No. 161

Cuando el adulterio es considerado como causal de divorcio, la ley - fija como término para el ejercicio de la acción de divorcio, seis meses - a partir de la fecha que se tuvo conocimiento del acto. Quiere decir que, una vez transcurrido el término señalado, el juzgador debe desechar la de

manda por haber sido presentada extemporáneamente; pero solamente se aplica cuando el hecho de adulterio fue realizado una vez o en forma ocasional. Cuando por la naturaleza de las relaciones adúlteras, sean de tracto sucesivo, la caducidad no opera mientras subsistan dichas relaciones, empezando a correr el término de seis meses, a partir de la fecha en que dejó de existir la conducta de adulterio.

Mientras que en el ejercicio de la acción penal lo que opera es la prescripción, que supone un hecho negativo: la abstención. En el caso de las acciones consiste en no ejercitarlas. Es un medio extintivo de la pena de la acción penal. Opera por el transcurso del tiempo. El delito de adulterio se persigue por querrela del cónyuge ofendido. La acción penal prescribe en un año, contado a partir de que tuvo conocimiento del hecho el cónyuge inocente. Como la prescripción trata de intereses puramente personales, es necesario hacerla valer en el juicio por parte interesada. Puede interrumpirse y suspenderse, por actuaciones procesales: una vez — que dejó de actuarse, empieza a correr el término nuevamente.

Prueba indirecta.— En materia de divorcio por adulterio, la Jurisprudencia ha establecido la prueba indirecta para la demostración de las relaciones sexuales. La prueba directa es casi imposible de aportar al juez, porque requiere el momento mismo del acceso carnal. No admite actos anteriores o posteriores a su realización. La prueba indirecta sirve para demostrar la verdad de un hecho conocido, por medio de otros con los que tiene íntima relación. No se admite, en ningún caso, la prueba presuncional para demostrar la infidelidad de uno de los cónyuges y decretar la disolución del vínculo conyugal. El legislador no admite la disolu—

ción de un matrimonio basado en una presunción, porque el matrimonio es de orden público y la sociedad está interesada en su mantenimiento. En consecuencia, el adulterio invocado causa de divorcio debe estar plenamente probado y la acción ejercida en forma oportuna.

Prueba presuncional.- Para la comprobación de las relaciones sexuales en el delito de adulterio, se admite la prueba presuntiva. La sanción para el adúltero es pena privativa de libertad y cumplida la condena, las cosas pueden volver al estado normal entre los cónyuges. El vínculo matrimonial subsiste y produce todos sus efectos jurídicos. No son las mismas consecuencias jurídicas basadas en la infidelidad conyugal.

Perdón del Cónyuge inocente.- El perdón expreso o tácito extingue la acción de divorcio por adulterio, la reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si no ha sido declarada la sentencia ejecutoria. Esta pone fin al procedimiento, que en caso de conceder el divorcio, es necesario contraer un nuevo matrimonio, para que vuelvan a quedar vinculados los cónyuges. Mientras que el perdón del ofendido, por ser el adulterio delito que se persigue por querrela, el perdón y el consentimiento del ofendido, producen la extinción del derecho de acción. Aun cuando haya sido dictada la sentencia y habiendo sido declarada ejecutoria, el perdón no sólo extingue la acción, sino la ejecución misma. Como aquí no hay desvinculación matrimonial, la situación jurídica del matrimonio vuelve a quedar en el estado anterior en que se encontraba antes de la conducta ilícita. Pudiendo el cónyuge inocente, demandar el divorcio por adulterio delictivo.

DIVORCIO. EL ADULTERIO COMO CAUSAL - DE.- El delito de adulterio requiere para su integración, circunstancias especiales no necesarias para considerarlo causa de divorcio. Si en el proceso penal se absuelve al reo, no implica no tener por comprobada la causa de divorcio, fundada en el adulterio aun cuando los hechos que conoció el juez civil sean los mismos conocidos por el juez penal. La absolución en el proceso no acredita por sí sola la inexistencia del hecho imputado, dicha absolución puede deberse a causas diferentes. Es menester conocer los términos de la sentencia dictada por el proceso penal para poder determinar la razón por la que se decretó la absolución.

Amparo Directo 5262/58. Enrique López Escobar. Junio 11 de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. — José Castro Estrada. 3a. Sala. Informe 1959, pág. 54.

La infidelidad en materia penal se limita a los adulterios en domicilio conyugal o con escándalo.

Otro elemento de diferenciación es el bien protegido o tutelado por la sanción. Como consecuencia del matrimonio, el deber de exclusividad sexual queda protegido, con la sanción desvinculatoria del matrimonio, igualmente la familia, porque al declararse tal desvinculación, se establecen las bases para garantizar los derechos familiares quedando protegidos de algún modo.

Mientras que en la figura de adulterio penal, el bien jurídico tutelado desaparece; con la sanción no se obliga a reparar el daño cometido, pues éste por su propia naturaleza es irreparable. La sanción penal pri-

va de la libertad y de derechos civiles al declarado culpable, pero no garantiza para nada la situación jurídica de la familia, ni del matrimonio.

3.2 Efectos del Adulterio como Delito

Provoca mucho mayor perjuicio la sanción penal al adulterio que la misma conducta, además de la dificultad de considerar al bien jurídico — que se protege con tal sanción y de la grave publicidad que acarrea el hecho punible a la familia y al cónyuge ofendido.

Al tener conocimiento de la conducta desleal de su consorte, el ofendido tiene dos posibilidades : a) Querrellarse contra la conducta infiel, — incrementando por tanto la magnitud del daño y b) No iniciar el procedimiento y seguir soportando la conducta ilícita de su consorte, lo que conducirá fatalmente a la desintegración familiar, al quedar sin protección jurídica alguna.

Seguir reprimiendo el adulterio en forma penal no soluciona positivamente las relaciones familiares. La publicidad que provoca el adulterio dentro de la comunidad donde el matrimonio es conocido influye en la vida de los afectados; por ser la comunidad quien conoce los hechos del adulterio de uno de los cónyuges, creándose reacciones que afectan a las víctimas del hecho, como burlas, comentarios y compadecimientos, las cuales — provocan un ambiente de tensión familiar que lastima mayormente a las víctimas.

Cuando ambos adúlteros son casados con terceros, se integra el llamado adulterio doble, siendo dos familias las afectadas. Cuando el delito-

se comete en el domicilio conyugal, el procedimiento penal se sigue por este delito, siendo el ofendido el cónyuge del domicilio donde tuvo lugar dicho ilícito.

La persecución del delito por querrela, hace éstimar que intereses puramente particulares, cuya intensidad es más vigorosa al daño causado a la sociedad, son los que entren en juego, quedando por tanto protegidos, siendo ineficaz la persecución oficiosa porque ocasionaría al particular un daño mayor que la comisión misma del adulterio.

La publicidad que implica la conducta adúltera del cónyuge culpable; la dificultad de establecer con claridad el bien jurídico tutelado por la sanción penal; la ofensa recibida por el cónyuge inocente y la familia debida a los comentarios y murmuraciones; los desajustes emocionales provocados por los mismos comentarios, debidos a la publicidad, hacen considerar que son más graves que el hecho mismo del adulterio; pasándose por encima al daño que pueda causarse a la sociedad, hacen concluir que debe desaparecer del catálogo de los delitos porque el derecho penal toma en cuenta intereses sociales y no situaciones que importen intereses de carácter puramente particular.

3.3 Efectos del Adulterio como Causal de Divorcio

El divorcio es la sanción impuesta por la ley al cónyuge culpable que, en caso de adulterio, es provocado por la violación del deber de exclusividad sexual. Al ser decretado el divorcio por adulterio, se producen efectos jurídicos, respecto a los cónyuges, a los hijos y a los bienes, efectos que enseguida analizaremos.

3.3.1 Respecto de los Cónyuges

El primer efecto es el de recobrar la capacidad para celebrar nuevo matrimonio, como lo establece el Art. 266 del Código Civil: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de — contraer otro". Agrega el Art. 289: "En virtud del divorcio los cónyu— ges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio".

Aparece la primera limitación: El cónyuge culpable no podrá volverse a casar sino después de dos años, contados desde que se decretó el divorcio. Una limitación lógica, es la que queda establecida por el Art. — 158: "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados — trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que den— tro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o divorcio, puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación". — Tal limitación se relaciona con la filiación. La presunción de la paternidad es un hecho, la maternidad es siempre conocida, la paternidad es — presumida. El art. 334 establece las presunciones de la paternidad, en— caso de que la mujer quede viuda, divorciada o su matrimonio haya sido de — clarado nulo.

El adulterio, debidamente probado en juicio, establece un impedimen— to para la celebración de nuevo matrimonio civil, entre quienes hayan si— do declarados culpables del adulterio, causantes del divorcio.

En cuanto a los alimentos, el art. 288 establece: "En los casos de— divorcio, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre — ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica,

sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

La deuda alimenticia entre consortes, forma parte del deber asumido por el marido y la mujer de contribuir al sostenimiento de la familia. Según las posibilidades de cada uno de ellos, la ayuda mutua representa uno de los fines primordiales del matrimonio que se manifiesta en una distribución justa entre los cónyuges, de las cargas del hogar, Se exime del cumplimiento de este deber, al cónyuge que sin culpa, no se encuentra en situación económica de cumplir por su imposibilidad para trabajar y por carecer de bienes propios. Se manifiesta la ayuda mutua porque el otro cónyuge soporta íntegramente la carga de suministrar alimentos a su consorte, el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos de ambos.

3.3.2 Respetto de los Hijos

Al ser declarado culpable el cónyuge que dió causa al divorcio pierde la patria potestad de sus hijos, no así las obligaciones para con ellos. El art. 267 en sus causales I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, establece las causas de divorcio, que de ser comprobadas en juicio, producen la pérdida de la potestad mencionada. Motivada por la conducta indebida, considerada inmoral, cuyo ejemplo produce trastornos en la educación de los hijos. Quedando éstos encomendados a la potestad del cónyuge inocente. Cuando ambos cónyuges sean declarados culpables, la patria potestad pasa a los ascendientes, según proceda. En caso de que falten as-

cientientes, se les nombrará tutor.

El art. 283, establece: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derechos a ello, en su caso o de designar tutor".

Por la importancia que tiene el valor de la vida y la formación educativa de los hijos, para el Derecho, es que surge esta nueva disposición. Dando facultades amplias al juzgador, para obtener los elementos de juicio necesarios, a fin de que se aseguren de mejor manera los intereses de los hijos.

El art. 285 del Código Civil establece: "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos".

Aunque la patria potestad es el cúmulo de deberes de los padres para con los hijos, aquéllos ejercen el derecho de educar a éstos, pero cuando la conducta de cualquiera de los progenitores causa mayores daños que beneficios en los hijos, es necesaria su separación que evite trastornos —

mayores.

Antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que considere benéfica para los menores, conforme lo establece el art. 284, del multicitado Código Civil.

3.3.3 Respecto de los Bienes

Cuando por divorcio se disuelve el vínculo matrimonial, los efectos jurídicos respecto de los bienes son los siguientes: Cuando los cónyuges se han casado bajo régimen de separación de bienes, éstos no sufren alteración alguna, puesto que se encuentran separados de antemano. En cambio, cuando el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad conyugal, establece el art. 287: "Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges y los hijos".

Hay ocasiones en que el matrimonio se celebra bajo el régimen de sociedad conyugal, pero contando como bienes de ésta los adquiridos a partir de la celebración matrimonial, o ingresando a la sociedad mencionada determinados bienes, propios de cualquiera de los contrayentes y quedando excluidos otros. Los efectos jurídicos por virtud de divorcio, serán mixtos, aplicándose las disposiciones sobre la división de los bienes conyugales, los relativos a la sociedad conyugal quedando excluidos los que no le pertenecieron.

Sin embargo, pueden gravarse los bienes propios de cualquiera de los cónyuges, ajenos a la sociedad conyugal, cuando sirvan para garantizar el pago de las pensiones alimenticias a los hijos y al cónyuge inocente en caso de que lo haya.

"El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho". Artículo 286 del Código Civil.

"Las donaciones antenuptiales son revocables y se entienden revocadas por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante fuere el otro cónyuge". Artículo 228 del mismo Código. Opera, de esta manera, la renovación de las donaciones antenuptiales, por ministerio de ley.

El divorcio no deja a la familia desprotegida, al establecer por sentencia las condiciones de pago de las pensiones alimenticias y demás créditos, en favor de los hijos y del cónyuge que no dió causa de disolución del vínculo matrimonial; dicha protección es, desafortunadamente, sólo penal, porque la familia quedó disuelta en virtud de una conducta ilícita.

CAPITULO IV

ADULTERIO PENAL Y OTROS TIPOS DE DELITO

4.1 Bigamia

Viene de la raíz latina bigamia, ae. Bi, di, dualidad dos veces; y - gamos, mujer, boda, nupcia. Bigamia significa: doble boda, duplicidad de nupcias, dos mujeres.

El Código Penal para el Distrito Federal de 1931 establece la clasificación de la bigamia en el título XVI, capítulo único: delitos contra el estado civil y la bigamia. Art. 279: Se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo todavía, celebre otro nuevo con las formalidades por la ley.

El objeto jurídico protegido en este tipo es el carácter monogámico de la familia. Este delito tiende a desaparecer a raíz de la institución del divorcio vincular. Anteriormente fue una figura muy conocida, toda vez que el divorcio no rompía los lazos vinculares matrimoniales.

Es delito formal, se integra por la celebración de matrimonio posterior, sin que el anterior haya quedado disuelto, ya sea por divorcio nuli-dad o muerte. Se requiere la intención, no admite culpa, por parte del casado. Cuando el segundo consorte desconoce el estado civil de casado del bigamo, opera la excluyente de responsabilidad. Sujeto pasivo, es el cónyuge, titular de los intereses jurídicos de índole familiar procedentes del matrimonio civil lesionado. Cuando el cónyuge del segundo matrimonio ignora el vínculo matrimonial anterior, se considera sujeto pasivo también.

"La bigamia es delito de lesión, doloso e instantáneo, se consuma - por el hecho mismo de contraer distinto matrimonio, firmando el acta respectiva que lo registra fehacientemente. No importa si el matrimonio que da roto o no se consuma por el acceso carnal. El dolo consiste en que el agente tenga conciencia y voluntad de contraer matrimonio legal sabiendo- que su matrimonio anterior no ha sido disuelto" (51).

La bigamia produce efectos, tanto en aspecto civil como en lo relativo en materia penal.

Art. 156 del Código Civil: Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: Fracc.X: El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer. Es un impedimento no dispensable.

El impedimento, dirigido a la protección del orden monogámico de la familia y del matrimonio mismo contraído ante la ley entre un hombre y una mujer. Es de los considerados dirimentes. Produce la nulidad absoluta del subsiguiente matrimonio. La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el Art. 248 del Código Civil, debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las personas citadas, la deducirá el Ministerio Público. No contiene el precepto un término de prescripción para demandar la nulidad. En consecuencia, la acción se concede a todo interesado e imperativamente determina la ley que será deducida por el Ministerio Público si las personas que enumera el mencionado art.

248 no la hacen valer. Al no señalarse un término de prescripción para intentar la nulidad, se caracteriza en la ley como imprescriptible. Por último, es evidente que no cabe en el caso de convalidación, por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas, ya que en ningún caso podría aceptarse la validez del segundo vínculo a pesar de que el conocimiento del primero se ratificará, pues al contrario se incurriría en un nuevo acto ilícito.

Cuando por la naturaleza misma del matrimonio se consuma por acceso carnal, se establece causa de divorcio por adulterio, e incluso, cuando por el establecimiento del domicilio, del matrimonio nulo, se ubica cerca del domicilio conyugal, puede quedar integrado el tipo de adulterio penal.

DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL FUNDADA EN BIGAMIA.- La bigamia, independientemente de originar una acción civil de nulidad absoluta del segundo matrimonio, también constituye el adulterio como causal de divorcio. La convivencia o cohabitación permanente del marido con mujer diversa de la esposa, se califica de concubinato o unión libre, por una parte y, por otra la celebración del segundo matrimonio forma evidente de escándalo en la sociedad.

Amparo Directo 5435/1965. Alfonso -- Arenas Baez. Septiembre 21 de 1967.- Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. José Castro Estrada. 3a. Sala, Sexta Epoca. Volumen CXXVII. Cuarta -- parte pág. 19.

Las relaciones sexuales entre los cónyuges del segundo matrimonio estando subsistente un vínculo conyugal con persona distinta, son calificadas

das de concubinato, al concederles el derecho mexicano ciertos efectos, - éstos únicamente pueden operar en favor de los hijos, toda vez que el vínculo matrimonial subsistente anula los posibles derechos derivados de esta figura conocida por nuestra ley. Para que el concubinato sea reconocido con toda eficacia, se requiere que los concubinos se encuentren libres de matrimonio o de otro concubinato.

El art. 251 del Código Civil establece: "El derecho para demandar - la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquier otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada - por aquél a quien heredan". Cuando opere la mala fe por parte de los cónyuges cuyo matrimonio quedó anulado, se repartirán los productos de los bienes conyugales.

4.2 Concubinato

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 no reglamentaron el concubinato. Aparece tímidamente regulado en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, pero como es una figura que adquiere fuerza cada vez mayor, se ha visto la necesidad de ampliar cada vez más su esfera jurídica.

"El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio. La actitud asumida por el derecho en relación con el concubinato, ha consistido en regularlo jurídicamente para conocer una unión de grado inferior. Ya en el Derecho Romano encontramos en un principio esta tendencia. En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil vigente, tiende a

dar efectos al concubinato entre las partes y no sólo para beneficiar a los hijos. Independientemente de las disposiciones que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación, se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubinato si vivió con ésta como si fuere su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y él no haya tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las condiciones antes citadas, exigir una pensión alimenticia dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario" (52).

La exposición de Motivos de nuestro Código Civil señala: "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían. El legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales. En el proyecto se reconoce a esta figura, la producción de algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y ha vivido por mucho tiempo con el jefe familiar. Estos efectos se producen cuando ninguno de los concubinos es casado. Se quiso rendir homenaje al matrimonio, única forma legal y moral de constituir la familia. Y si se trata del concubinato, es por encontrarse muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".

Lo que motiva verdaderamente la existencia del concubinato, o por lo

menos las uniones libres, jurídicamente consideradas, es la existencia del matrimonio religioso, católico principalmente, considerado por quienes -- practican tales ideas religiosas, como válido, el verdadero al quedar unidos ante Dios.

Los requisitos, para considerar como concubinos al hombre y a la mujer son: llevar vida en común, o bien tener hijos y estar libres de matrimonio civil, durante la existencia de la figura a estudio.

"Junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato. Entendiendo por tal, la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines del matrimonio" (53).

El estado permanente de vida en común entre el hombre y la mujer y en contrarse libres de matrimonio civil, son los elementos integrantes del concubinato; las uniones transitorias no son consideradas por el derecho, la duración debe ser de por lo menos 5 años, o si hay hijos en cualquier tiempo, para considerarse concubinato. La cohabitación debe ser permanente. El concubinato es una situación de hecho susceptible de ser probada por cualquier medio.

CONCUBINATO, PRUEBA DEL.-- El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración. No puede obtenerse de éste un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos si no se penetra al interior de la morada de los concubinos para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia en común.

García K. Julio 20 de 1969. 5 votos
Ponente: Lic. Enrique Martínez Ulloa
Semanario Judicial de la Federación—
Séptima Época. Volumen VI, pág. 39.

Adulterio y concubinato. La vida marital de los concubinos se realiza sin que haya sido declarado formalmente, con las solemnidades exigidas por la ley, la voluntad de los contrayentes de celebrar el vínculo jurídico del matrimonio. Existe una convivencia marital permanente y ambos concubinos se encuentran libres de matrimonio civil, pudiendo formalizar su situación en cualquier momento. Entre los adúlteros tampoco existe un vínculo conyugal que justifique sus relaciones, por el contrario, uno de ellos se encuentra unido en matrimonio civil con un tercero y está violando el deber de exclusividad sexual, esencial para la conservación del núcleo familiar. El concubinato es la vida marital del hombre con mujer solteros sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio. El adulterio es la relación sexual habida con un casado y un tercero ajeno al vínculo.

Si bien el concubinato es reconocido, por nuestra ley, no se le atribuye eficacia jurídica matrimonial.

NOTAS AL CAPITULO CUARTO

51. Carranca y Trujillo, Raúl, op. cit., nota 906
52. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil.
53. De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, 10a. ed., México Porrúa, 1980, tomo 1, pág. 33.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia, base social, encuentra su adecuada organización jurídica en el matrimonio, cuya conformación monogámica es la única reconocida por la legislación civil. De ella se derivan consecuencias de derecho, como la ayuda mutua, la vida en común y la perpetuación de la especie, siendo esta última derivada del deber de exclusividad sexual recíproco de los cónyuges.

SEGUNDA.- La familia, así conformada, queda debidamente garantizada por el estado, a través de sus instituciones jurídicas, reguladas por las diversas leyes, las que hemos analizado las civiles y penales relativas al adulterio.

TERCERA.- Las violaciones al deber conyugal de exclusividad sexual son constantes y van en aumento, provocando en la familia desestabilización y rompimiento de facto en algunas ocasiones; la sociedad no puede mantener una actitud pasiva, requiere intervenir y lo hace, a través de los tribunales creados para resolver los problemas familiares. Pero deja en los cónyuges la facultad de poner en conocimiento los hechos al juzgador.

CUARTA.- La disolución del vínculo matrimonial, es la sanción que se impone al cónyuge culpable, con todas sus consecuencias legales, pagos de pensiones alimenticias, a los hijos y al cónyuge inocente y el pago de los daños y perjuicios que con su conducta ocasionare. La privación de la libertad, cuando la violación conyugal resultare delictiva, es la sanción penal al adulterio.

QUINTA.- Cuando la acción se lleva a cabo por los medios civiles, la fami

lia asegura los alimentos (Art. 165 del Código Civil) y los derechos de los hijos del matrimonio son garantizados hasta la mayoría de edad. Cuando la acción se deduce por los medios penales, no quedan asegurados tales derechos, al contrario, encuentran merma, porque el culpable quien se ve privado de su libertad, no puede pasar pensión alimenticia, por lo menos la adecuada a las necesidades familiares y si lo que se pretende tutelar al sancionar al adulterio es el derecho familiar, con la sanción penal, es violada la tutela.

SEXTA.- El adulterio no sólo es reprimido jurídicamente, la sociedad también lo reprime. Esta sociedad a la que pertenecemos todos en diferentes grupos sociales. Cualquier alteración en las relaciones familiares es rechazada socialmente. La sociedad sanciona al adulterio con el repudio. Existe un total rechazo hacia el cónyuge culpable que cínicamente introduce a su amante al lecho conyugal, porque revela desprecio para su familia y poco amor y respeto propios.

SEPTIMA.- Del deber de exclusividad sexual, por la unión matrimonial se deriva la perpetuación de la especie, a través de la familia jurídicamente reconocida, aparte de que los amantes no están pensando en tener hijos, sino en el esparcimiento sexual que les produce.

OCTAVA.- El adulterio debe ser considerado únicamente como causal de divorcio, sancionando al cónyuge culpable por las desavenencias conyugales con la disolución del vínculo matrimonial; al pago de las pensiones alimenticias que se deriven; el pago de daños y perjuicios, y con la pérdida de los gananciales y donaciones motivadas con el matrimonio. Con la fina

lidad de garantizar los derechos familiares.

NOVENA.— Debe desaparecer el tipo penal de adulterio, porque el matrimonio es un contrato de naturaleza meramente civil y que las violaciones al mismo, dan origen a una acción la cual debe hacerse valer en la vía civil, de tal suerte que una vez demostrada dicha acción quedarán mejor protegidos los derechos de la parte inocente.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, D.F. 5-II-1917 reformada.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, México, 1870.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, México, 1884.

Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación, México, 1871.

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, México, 1929.

Código Penal para el Distrito Federal, México, 1931.

Código de las Siete Partidas, Tomo III, 6a. y 7a. Partidas, Madrid, - 1848.

JURISPRUDENCIA

Semanario Judicial de la Federación.

DOCTRINA

Buhler, Johannes. Vida y Cultura de la Edad Media, Tr. de Wenceslao - Rocas, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado, 2a. ed., México, Antigua Librería Robredo, México, 1966.

Carrera, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen III, Bogotá, Editorial Temis, 1959.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 7a. ed., México, Porrúa, 1973.

- Catalina, Severo. La Mujer, 3a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 1968.
- Conte, Ricardo. Derecho Civil Mexicano, De las Personas, Tomo I, México, Editorial la Vasconia, 1919.
- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, 9a. ed., México, Editora Nacional, 1953.
- De Pina, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Porrúa, 1980.
- De P. Moreno, Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Tomo I, México, Porrúa, 1968.
- Escrache, Joaquín de. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Librería Legarmier, 1896.
- González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 4a. ed., México, Porrúa. 1979.
- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano: Los Delitos.-10a. ed., México, Porrúa, 1970.
- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo V, México, Porrúa, 1980.
- León Mazeaud, Henri y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen IV, Tr. de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa - América, 1959.
- León Portilla, Miguel et al. Historia Documental de México, Tomo I, - México, UNAM, 1964.
- Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano, 1a. Parte, Tomo II, Madrid, - Editorial la España Moderna, 1954.
- Porte Petit C., Celestino. Problemas Penales de México: Necesidad de la reforma Penal Mexicana, México, Jus. 1952.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, tomo I, 19a. - ed., México, Porrúa, 1983.
- Varios Autores. La Biblia Latinoamericana, 6a. ed., Madrid, Ediciones Paulinas, 1972.