

318509

15
24

UNIVERSIDAD INTERCONTINENTAL



ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

1984 - 1989

**"ESTUDIO JURIDICO DEL DELITO DE
ADULTERIO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIA DE MONTSERRAT PEREZ CONTRERAS

ASESOR DE TESIS: LIC. BALTAZAR ROMAN VENEGAS

México, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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.

ESTUDIO JURIDICO DEL DELITO DE ADULTERIO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 Culturas Primitivas	2
1.2 Derecho Romano	5
1.3 El Antiguo Oriente	11
1.4 Los Pueblos Germánicos.....	14
1.5 Derecho Canónico	16
1.6 Derecho Penal Mexicano	23

CAPITULO SEGUNDO: TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO

2.1 El tipo y la tipicidad en general...	34
2.2 La atipicidad	49
2.3 El tipo en el delito de adulterio ..	53
2.4 Elementos de delito de adulterio....	66
2.5 Núcleo del tipo en el delito de adulterio	71
2.6 La atipicidad en el delito de adulterio	75

CAPITULO TERCERO: ANTIJURICIDAD, JUSTIFICACION Y BIEN JURIDICO TUTELADO

3.1 La antijuricidad en general.....	77
3.2 Las causas de justificación	81
3.3 La antijuricidad en el delito de adulterio	95
3.4 Causas de justificación en el delito de adulterio	97
3.5 El bien jurídico protegido en el delito de adulterio	99

CAPITULO CUARTO: CULPABILIDAD E INculpABILIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO

4.1 De la imputabilidad	106
4.2 De la inimputabilidad	108
4.3 La culpabilidad	109
4.4 La inculpabilidad	112

**CAPITULO QUINTO: PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO Y
LA TENTATIVA**

5.1 La punibilidad.....	115
5.2 Ausencia de punibilidad	119
5.3 Excusas absolutorias	120
5.4 La punibilidad en el delito de adulterio	122
5.5 La tentativa	149

CONCLUSIONES.....	152
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA.....	158
--------------------------	------------

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

El objeto del presente trabajo consiste en realizar un estudio del delito de adulterio, destacando los aspectos mas importantes, trascendentales y controvertidos de esta figura juridica para poner de manifiesto las razones por las que consideramos que el mismo no debe considerarse ni regularse como delito en nuestra legislación penal.

El delito de adulterio se encuentra contemplado en el titulo decimoquinto relativo a los delitos sexuales, nosotros somos de la opinión de que en principio existe un error en cuanto a la clasificación del delito, ya que aparece como un delito sexual cuando no cumple con las características de los actos ilícitos de esta naturaleza, dado que los últimos requieren que la acción delictuosa sea estrictamente de naturaleza sexual, esto es, es necesario que la conducta del delincuente sea realizada a través de actividades lúbricas ejecutadas en el cuerpo del ofendido o que a éste se le obliguen a ejecutar. En virtud de lo anterior consideramos que no es posible que el adulterio sea un delito de esta naturaleza, debido a que se entiende que en estos no interviene el consentimiento de uno de los sujetos y que los actos son ejecutados en su cuerpo o se le obligan a realizar en el de otro sin que intervenga su voluntad, mientras que en el adulterio siempre interviene la voluntad de ambos sujetos para realizar los actos se

xuales extramatrimoniales, salvo los casos de excepción en que el mismo se considera mis objetivo y que se mencionaban en su momento.

Por otro lado, encontramos que tampoco podemos encuadrar al adulterio dentro de los delitos sexuales conforme a la segunda característica de los ilícitos de esta naturaleza, debido a que cuando se tiene un delito de este carácter al ser realizada la acción de lubricidad, los bienes jurídicos afectados por ésta son relativos a la vida sexual del ofendido, como serían el caso de la libertad y la seguridad sexual, mientras que en el adulterio es en base a la libertad sexual que los adúlteros convienen en tener las relaciones extramatrimoniales y al intervenir la voluntad y consentimiento de ambos sujetos no existe en absoluto -- violación a la libertad sexual de alguno de ellos. Por lo que toca a la seguridad sexual, en este caso tampoco procede al ser adultos los que deciden establecer relaciones en estos términos bajo su total y absoluta voluntad y consentimiento.

También podemos agregar que el objeto o bien jurídico tutelado en el caso de los delitos sexuales es la libertad y seguridad sexual, cosa que no compete proteger al delito de adulterio.

Además de lo anterior existe una razón más por la que no cabe la posibilidad de que el adulterio se considere como

un delito sexual, por que estos son actos de lubricidad que se ejecutan en el cuerpo del sujeto pasivo y en el -- adulterio el sujeto pasivo es el cónyuge ofendido quien no interviene en absoluto en el adulterio y mucho menos en -- los actos que este implica. La relación se lleva a cabo entre el cónyuge infiel y su co-adulter quienes son los su jetos activos y quienes realizan los actos de lubricidad y la cópula.

Debido a todo lo anterior consideramos que el adulterio no debería estar contemplado bajo el rubro de delitos sexua-- les y tampoco tiene cabida en los delitos contra el estado civil de las personas; al respecto creemos que esta figura no tiene cabida en el Código Penal por esta y otras razo-- nes que se tratarán durante el desarrollo de este trabajo.

La familia siempre ha sido protegida por la ley. El dere-- cho civil y el derecho penal han procurado proteger a la familia de todas aquellas conductas que pudieran atacar y terminar con esta institución.

Muchos autores apoyan la punibilidad del adulterio basando se en que la infidelidad en el matrimonio necesariamente -- implica un ataque que termina con el mismo y con la fami-- lia y por ello le atribuyen una penalidad, para que el cón-- yuge tentado a cometer actos de infidelidad se abstuviera de ellos ante la amenaza de una pena. Tales autores no con-- templan la realidad, ya que en la mayoría de los casos --

cuando se llega a esta situación la familia ya no es tal, es decir está destruida o comenzando a desintegrarse, - - mientras que otros casos el adulterio no implica la ruptura de la familia ni del matrimonio.

Vemos también que este sector de la doctrina no contempla que en ciertas ocasiones es precisamente el ejercicio de la acción penal por el adulterio, la que lleva a la desintegración de la familia que solo estaba en sus inicios y - que pudo llegar a salvarse por sus propios medios.

Existe la pregunta de si el Estado debe o no intervenir en la regulación de algunos delitos sexuales y familiares como es el caso del adulterio. Existen también corrientes - con las que nos encontramos de acuerdo, que sin dejar de considerar al adulterio un acto reprochable y reprehensible moralmente, afirman que al pertenecer al tipo de relaciones sexuales voluntarias y privadas entre adultos, sin consecuencias del orden público, deben quedar fuera de la competencia del derecho penal, pues es real el peligro de -- atacar y violar las libertades esenciales del sujeto, así como su vida íntima y privada.

Reconocemos que el adulterio es un acto inmoral, pero esto no es bastante para considerar a un acto como punible. La moral es asunto del individuo mientras que la acción punible por sus consecuencias antisociales se dirige contra el Estado y éste no debe intervenir en la vida íntima de los

sujetos como son las relaciones conyugales.

Consideramos que el adulterio no debe quedar al amparo del derecho penal, pues su actividad se tiene que restringir a garantizar los intereses que deben persistir para la convivencia pacífica de los hombres que integran nuestra sociedad, evitando el que aquel actúe como defensor de la moral, invadiendo esferas jurídicas que no le corresponden y permitiéndole actuar solo en aquellos casos en donde su intervención es competente, posible y con garantías de ser eficaz.

No solo en la actualidad sino históricamente, han habido autores que sostienen que el adulterio no debería considerarse como un delito, entre los cuales están Ferri, Baccaria y Tissot.

También encontramos que habemos quienes nos cuestionamos sobre la eficacia y procedibilidad de la penalización de ciertos actos íntimos de carácter sexual, los que son llevados a cabo por adultos que dan su consentimiento plenamente o bien sobre la pertinencia de intervenir no respetando la libertad del individuo a disponer de su cuerpo.

Existe una corriente doctrinal (abolicionista) que está llevando a cabo un examen de la reglamentación penal en cuanto al delito de adulterio, es decir de la esfera perso-

nal de la vida sexual y sus consecuencias, lo cual los ha llevado a preguntarse si el adulterio debe permanecer o no entre los delitos castigados por el Código Penal.

La pena que corresponde al adulterio, puede ser hasta cierto grado injusta, pues en el último de los casos depende del estado anímico y emocional del cónyuge ofendido el que se imponga la pena o no. Además de lo anterior podemos notar que la mayor o menor inestabilidad emocional del cónyuge ofendido no solo interviene y afecta la iniciación del proceso, sino que se mantiene durante todas las etapas del mismo, ya que depende del querrelante su continuación pudiendo en cualquier momento, mediante el perdón, absolver a los culpables de la pena.

Por otro lado al exigirse el yacimiento necesariamente quedan excluidos los actos contra natura, como son los actos homosexuales o de lesbianismo, que a nuestro parecer constituyen un peligro para el matrimonio y por lo tanto para la familia también.

Es natural que cualquier rama del derecho debe adaptar sus preceptos a la realidad social y jurídica del momento. Es cierto que es necesaria la adaptación de la norma a las nuevas necesidades sociales, pero también lo es que en el caso de los delitos en materia familiar y sexual no se basan la mayoría de las veces en la realidad sino en los prejuicios, tabúes u otra clase de intereses.

En el caso del adulterio observamos una necesidad de que se realicen esfuerzos para actualizar su reglamentación a las circunstancias y modo de vida que actualmente existen; ya que el adulterio es una figura que está poco actualizada en este aspecto y sobre la cual el criterio de los pueblos ha sido de mínima relevancia. Pensamos que dicha actualización podría versar sobre todo en la idea de que se elimine a esta figura del catálogo de delitos contemplados en el Código Penal.

Además de todos los inconvenientes antes señalados encontramos uno mas que añadir, ya que representa un obstáculo para el mantenimiento del adulterio como delito y que es la dificultad de su prueba.

Es sabido que la conducta adulterina por la naturaleza de la misma, debe ser realizada en la intimidad y evitando cualquier tipo de publicidad; por lo que resulta difícil llegar al conocimiento y comprobación del ilícito. A esto hay que agregar que se dificulta mas cuando se determina que solo cuando se haya comprobado su consumación, es decir el ayuntamiento carnal, pueda ser castigada. Sabemos que esto resulta casi imposible y que para este fin se permite al juzgador utilizar la prueba presuncional o indiciaria, lo que representaría un peligro en un momento dado, ya que este tipo de prueba en el caso concreto de que se trata no ofrece las máximas garantías de seguridad

y justicia.

Efectivamente consideramos que en casos como el del adulte-
rio es conveniente no ejercitar la acción penal, por que
la serie de secuelas que trae en la familia y la condena -
que resulta por el ejercicio de la misma, no supone la so-
lución del problema que este acto implica y asegura defini-
tivamente la desintegración familiar que solo se habria --
iniciado y que pudo haber sido en evitada.

También nos manifestamos de acuerdo con aquellas corrien-
tes que consideran que se trata de una infracción únicamen-
te de orden civil y como tal solo puede ser solucionada me-
diante el ejercicio de la acción civil y reprimido o casti-
gado por las sanciones civiles, que pueden ser el divor- -
cio, la pérdida de la patria potestad de los hijos o cual-
quier otro derecho de carácter personal que tenga un cóny-
ge sobre el otro o sobre los hijos, a los que se puede su-
mar una pena pecuniaria por los daños y perjuicios causa-
dos y pensión para manutención.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 CULTURAS PRIMITIVAS

En las culturas más antiguas aún cuando existía la figura del adulterio, que sólo podía ser cometido por la mujer y que generalmente se castigaba con la pena de muerte, se presentaba una situación muy particular, consistente en que se permitían las relaciones extramatrimoniales, siempre y cuando mediara el consentimiento del marido. Ese tipo de convivencia extramatrimonial se justificaba cuando el marido prestaba a su mujer a un amigo o cuando por esterilidad éste la entregaba para que le fuera devuelta - preñada.

Sin embargo, cuando la mujer sostuviera una relación carnal con un hombre distinto de su cónyuge sin el consentimiento de éste, se encontraba cometiendo el delito de adulterio, quedando el marido en libertad de hacerse justicia por sus propias manos, pudiendo matar a la adúltera y a su amante.

Como se deduce de lo anterior, en la mayoría de los casos, la pena era ejecutada en la persona de la adúltera por el marido; pero la muerte de ésta podía ser realizada de diferentes formas, como por ejemplo destripar a la mujer, la lapidación, en la que no siempre participaba el marido ofendido, o por último, la ejecución pública, en la que participaba todo el pueblo.

Pero de estas culturas existían unas más civilizadas que otras, con costumbres menos severas, donde las penas no consistían en la muerte de la adúltera, al resumirse el castigo corporal o moral, como sería el caso de vender a la mujer infiel como esclava o privándola sólo de algún miembro de su cuerpo, que generalmente era la nariz.

Por lo que respecta a la pena, cabe mencionar también que existieron culturas en las que no había sanción alguna para el adulterio. En caso de que el marido descubriera la infidelidad de su cónyuge, lo que se hacía era llegar a un acuerdo o arreglo amistoso, como era el caso de la cultura guatemalteca, en donde no se veía mal que el hombre ofendido perdonara a la adúltera.

En resumen podemos mencionar que las penas más frecuentemente aplicadas a los adúlteros por éstas culturas eran la pena capital, el castigo corporal, el extrañamiento y por último la sanción pecuniaria, por el daño de carácter económico que se causaba a la propiedad marital.

Dichas penas no eran aplicadas sólo a la mujer infiel; en la mayoría de los casos, también se ejecutaban en la persona del co-adulter; la justificación de este último hecho se encontraba en que el amante, al realizar la conducta adulterina causaba daño en propiedad ajena, ya que la mujer era considerada como un bien mueble propiedad del marido.

Es importante mencionar las consecuencias que trae el que la mujer sea considerada como un bien propiedad del marido.

En primer lugar, el adulterio durante esta época fue equiparado al robo, siendo los adúlteros juzgados y sancionados como reos de robo, que era uno de los delitos más - - cruelmente castigados; en otras palabras, se equiparaba al robo en virtud del derecho de propiedad que ejercía el marido sobre la mujer.

Tal derecho de propiedad surge cuando las culturas comienzan a manejar el concepto de propiedad privada o individual y como resultado de ello tanto la mujer, como los hijos y quienes vivieran bajo su potestad, eran propiedad - del jefe de familia y de tal situación nace el derecho de este a matar a la adúltera y a su amante.

En segundo lugar, cabe señalar que como se desprende de lo anterior, el adulterio consistía en el robo o daño de la propiedad marital, y por lo tanto, lo que se pretende proteger con la represión de este delito es dicha propiedad.

Como consecuencia de todo lo antes dicho podemos ver que respecto a las penas aplicadas a los adúlteros hay un cierto grado de evolución de cultura a cultura, ya que se pasa de penas a muerte ejecutadas salvajemente a penas corporales o morales más civilizadas e incluso llega a no ser

castigado.

Por último, podemos ver, que en estas culturas se protegía la propiedad marital, como actualmente se pretende tutelar a la familia y a la fidelidad conyugal, lo que nos lleva a meditar en que siempre, de una forma u otra, se salvaguardan en términos generales, a la institución del matrimonio y las consecuencias e instituciones que se derivan de él.

1.2 DERECHO ROMANO

La organización social romana, tenía como base a la familia patriarcal, la que se sostenía sobre el principio del total sometimiento de todos los miembros a una autoridad, que era conocida como pater-familias.

Como consecuencia de esta organización, la mujer romana -- cuando aún no había contraído matrimonio estaba obligada a no tener contacto sexual alguno, sino hasta después del casamiento; obviamente que dicho contacto sexual post matrimonial solo podía ser con el marido.

En el caso del hombre, vemos que se presenta una situación diferente, ya que a éste solo se le exigía no ofender la honestidad de las doncellas o de las esposas de los demás; el varón solo era castigado en los casos en que se le descubriera en flagrante delito y se le llamaba co-adulter.

De lo anterior se desprende que la tendencia de la época, era sólo a castigar el adulterio cometido por la mujer, -- llamada adulterio románico.

Rein (1) sostiene que la regulación jurídica del adulterio en esta civilización se puede dividir en tres etapas fundamentales:

- 1) La situación anterior a la Lex Julio de Adulteris -- Coercendis.
- 2) La situación durante la promulgación de la Lex Julia.
- 3) La evolución posterior a la Lex Julia.

1) La situación anterior a la Lex Julia.-- De acuerdo con la organización judicial de este momento, el adulterio era conocido y juzgado por los llamados tribunales Domésticos o Familiares; por lo que su regulación y sus sanciones -- eran de carácter privado y esto excluía de los casos de adulterio a los Tribunales de la esfera del derecho público, puesto que no se consideraba que éste fuera de su competencia.

El marido tenía diferentes acciones contra los adúlteros -- dependiendo de si éstos eran descubiertos con o sin flagrantia.

(1) Citado Por Mario J. Machado Carrillo El Adulterio en el Derecho Penal. Valencia. España 1977 Pag. 29.

En el primer caso el marido tenía la facultad de matar a la mujer y castigar de la forma que el quisiera al co-adulter generalmente consistían en aplicarle la pena de muerte o castrarlo.

En caso de que el marido no los descubriera en flagrante delito, tenía dos alternativas; la primera, era presentarse ante el tribunal familiar, que generalmente declaraba el divorcio junto con una serie de sanciones del orden familiar. La otra opción era repudiar a la mujer.

Sin embargo, como hemos podido observar era frecuente que las penas se aplicaran por igual a los dos adúlteros, lo cual queda corroborado por la ley de las doce tablas que prohibía matar solo a uno de los delincuentes.

2) La situación durante la promulgación de la Lex Julia:
" A fines de la República, cuando Cesar Augusto toma el poder, la corrupción y la disolución de las costumbres había alcanzado grados increíbles. Los adulterios eran muy frecuentes y los matrimonios se desunían. La familia romana se resentía por todo esto y del riesgo de introducción de elementos extraños en su seno. Por primera vez en la historia de Roma el Estado se decide a intervenir decididamente en la regulación de las relaciones familiares, promulgándose bajo Augusto la conocida serie de Leyes Julias, que

regulan a la familia" (2).

Así las cosas, se hizo necesaria la penalización rigurosa del delito, por lo que la Ley Julia declara como delito -- público al adulterio.

Como consecuencia de lo anterior, cualquier ciudadano podía denunciar ante el pretor a los adúlteros cuando ni el marido ni el padre lo hubieran hecho durante un plazo de 60 días a partir del conocimiento de la comisión del delito.

De las denuncias del padre y del marido, solía dársele preferencia a la del marido; el criterio que se siguió para la anterior decisión consistía, en que el marido era quien resultaba ultrajado y lastimado en su dignidad y en su honor por lo que era el que resultaba directamente afectado.

Otra de las situaciones regulada por la Ley Julia en torno al adulterio, es que limitaba la venganza privada, ya que en un principio ésta podía ser ejercida tanto por el padre como por el marido, sin embargo la ley prohíbe terminantemente que el marido ofendido mate a la cónyuge infiel aún cuando la encontrara en flagrante delito; además también establece la prohibición de matar al co-adulter, dejando solo esta posibilidad para el caso de que éste último fue-

(2) Mario. J. Machado Carrillo. El Adulterio en el Derecho Penal, Valencia. España. 1977 Pág. 29.

ra un hombre infame o deshonesto; en el caso de la mujer únicamente procedía el repudio.

Lo anterior no implicaba el desconocimiento del derecho -- del padre a matar a la adúltera en ciertas ocasiones y esto lo fundamenta Rein, en el hecho de que el legislador -- tratando de evitar la venganza del marido sobre la adúltera fuera el padre quien ejecutara tal acto, mas observa -- que dicha situación no es del todo acertada, ya que el padre debido al vínculo familiar que los une, está dotado de mayor objetividad y cariño, por lo que en el último de los casos, su deseo de matar sería contra el co-adulter y no -- contra su hija.

Para evitar hechos como el anterior, se obliga al padre a matar también a la hija si decide privar de la vida al -- amante.

" La pena de la adúltera consistía principalmente durante este periodo en el destierro y confinación en una isla, en la prohibición de volver a casarse, en la obligación de llevar ropas de una cortesana, en perder su calidad de madre familias, en no poder testificar en juicios y por último en perder la mitad de la dote y un tercio de su patrimonio" (3).

Como podemos observar, las penas aplicadas en la mayoría -

(3) *Ibidem* pág. 31

de los casos debido a las limitaciones y circunstancias -
anteriormente señaladas, tenían como característica el - -
romper con la severidad que había predominado, al ser es--
tas de carácter moral y patrimonial y no privativas de la
vida o semejantes, como es el caso de la mutilación.

Por lo que toca al co-adulter, la tendencia era la de cas--
tigarlo con el destierro y además perdía la mitad de sus -
bienes y en el caso de pertenecer a la milicia, no podía
volver a prestar sus servicios.

3) La evolución posterior a la Lex Julia: "Durante el -
imperio se mantuvo la Lex Julia con algunas modifica--
ciones. Constantino imbuido por el cristianismo, - -
consideró al adulterio mas como un atentado a la sa--
cralidad del vínculo conyugal que como una afrenta al
Estado" (4).

Este es un fenómeno que debía esperarse dado el auge y --
fuerza del cristianismo en aquella época por lo que consi--
deramos lógico el que penetrara cierta influencia del mis--
mo, tanto en la organización social como en la política y
vida de las sociedades de aquel tiempo.

La denuncia y ejercicio de la acción queda limitada duran--
te la época de Constantino al cónyuge ofendido, es decir -

(4) Idem.

al marido y en algunos casos al padre, pero quedan excluidos definitivamente en cuanto a los parientes próximos.

Algunos autores afirman que Constantino también castigó, - influenciado por el cristianismo, el adulterio del marido, pero otros como Rein no mencionan en absoluto un hecho de tal - trascendencia o lo niegan expresamente.

Durante el periodo de Justiniano, no se aplicó la pena de muerte en el caso de la mujer, quien era sancionada con -- azotes y encerrada en un monasterio.

Se presenta una situación muy particular al respecto, ya - que si después de dos años el marido no perdonaba a la esposa reclusa, ésta era rapada y se le encerraba en el monasterio de por vida.

En el caso del co-adulter, se siguió aplicando la pena de muerte, pero con la diferencia de que no se llevaba a cabo la confiscación de sus bienes cuando tenía descendientes o ascendientes en tercer grado y si era casado, le eran - devueltas a la mujer la dote y una cuarta parte del patrimonio del marido.

1.3 EL ANTIGUO ORIENTE

La mayoría de los pueblos de Oriente no distinguía entre - las normas de carácter religioso y las de naturaleza jurídica; esto lo podemos observar en su legislación, ya que -

todas las disposiciones jurídicas que regulaban sus vidas y actividades se encontraban contenidas en los libros religiosos y se considera que la única excepción al respecto la encontramos en el llamado Código de Hammurabi.

Como consecuencia de dicha combinación, las normas se consideraban de carácter divino y por lo tanto todo delito - era sancionado, pero no tanto por que fuera un acto en contra del Estado y de la sociedad, sino porque se consideraba una ofensa a los dioses y esto determinaba que las sanciones que se aplicaban a los adúlteros fueran verdaderamente severas.

Dentro de estas culturas, la mujer juega un papel muy restringido debido a que se encontraba relegada a las actividades de la casa y como se puede deducir, lo mismo sucedía en lo relativo a sus derechos y deberes.

Por la semejanza que existe entre estas culturas analizaremos brevemente las que consideramos mas importantes.

En la India, la legislación mas sobresaliente eran las llamadas Leyes de Manú, en las que se consideraba al adulterio como una ofensa a los dioses, pero además le daban mucha importancia debido a que consideraban que daba lugar a la mezcla de razas, lo que no estaba de acuerdo con su ideología ya que pugnaban por la pureza de la misma.

La pena para los adúlteros consistía en que fueran expues-

tos en la plaza pública para ser devorados por perros salvajes.

Existían beneficios en lo que a la penalización del adultgrio se refiere en virtud de la escala social en que se encontraran los delincuentes; así, si el acusado tenía un cargo importante dentro de la administración estatal, disminuía la pena y podía llegar a ser castigado únicamente con la multa o el destierro, eliminando así la pena de muerte.

Por lo que toca al Imperio Asirio, encontramos que pasó -- por dos etapas, que fueron la del antiguo y la del nuevo imperio y en cada uno se legisó y reguló el adulterio en forma diferente.

En el caso del Antiguo Imperio Asirio, la mujer adúltera y el co-adulter eran castigados con la pena de muerte, era ejecutada por ahogamiento.

Referente al Nuevo Imperio o Imperio de Ninive la pena también era de muerte, mas en este caso los adúlteros eran -- quemados vivos en la plaza pública, cuando no eran encontrados en flagrante delito por el marido; en el caso contrario el marido podía matar a los adúlteros en ese instante.

Señala Mario Machado Carrillo, que durante el periodo del Imperio Antiguo sí se consideraba al adulterio cometido -

por el marido, teniendo la mujer ofendida el derecho de acudir ante las autoridades a denunciar el adulterio y tenía dos opciones, la primera pedir el divorcio y la segunda solicitar la pena de muerte para los adúlteros quienes eran ahogados.

En Egipto, como en la mayoría de los pueblos antiguos, el adulterio en sus principios fué castigado con la pena de muerte para ambos adúlteros, pero como consecuencia de un ciclo de evolución, se produjo una relajación en la severidad y barbarie por lo que a los castigos se refiere. Así las cosas, posteriormente a la pena máxima para el adulterio fué la de mutilación de la nariz en el caso de la mujer y la de cien azotes para el co-adulter.

" En China y Vietnam, la penalidad era horrible habiendo de pasar la adúltera por los siete infiernos. Estos consistían en la desmembración en mil pedazos, para lo cual se embriagaba con arac u opio a la sentenciada o bien los parientes sobornaban al verdugo para que éste primero le diera el golpe de gracia y procediera enseguida a su desmembración" (5).

1.4 LOS PUEBLOS GERMANICOS

Estas civilizaciones consideraban al adulterio como el

(5) Mario J. Machado Carrillo. Ob. Cit. Pág. 24.

mas grave de los delitos, siendo sancionado en forma verdaderamente severa. En el caso de que la mujer cometiera el adulterio, se le castigaba arrastrandole desnuda por las calles o azotada hasta morir.

" Entre los longobardos no era indispensable que se encontrara en flagrante delito a los adúlteros, para que el marido ofendido pudiera matar al amante. En el caso de los demás pueblos germánicos, cuando no existía la flagrancia en el delito de adulterio, los castigaban con la reducción a la esclavitud" (6). El marido ofendido y sus parientes podían optar por penas mas leves, siendo las más usuales reducir a la adúltera a la esclavitud, expulsarla de la casa, privarla de sus bienes o mutilarle las orejas y la nariz.

Por lo que toca a las infidelidades del marido también -- eran sancionadas, ya que el adulterio de éste era muy mal visto. Si el marido introducía a su amante en la familia se le consideraba reo de adulterio, pero la sanción que se le aplicaba no era equiparable con la que se aplicaba a la mujer, por cuanto que para ésta era privarle la vida mientras que para el hombre era de naturaleza pecunaria.

(6) Idem. Pág. 33.

" Posteriormente por la influencia del derecho canónico, entre los longbardos se concede a la esposa ofendida, - el derecho de acudir al rey, el cual decidía a su arbitrio. Por esta misma época los visigodos decidieron que si el co-reo estaba casado, la adúltera debía ponerse en manos de la esposa de éste, quién podía hacer con aquella lo que quisiera" (7).

1.5 DERECHO CANONICO

El cristianismo establece como base y requisito para la constitución de la familia al matrimonio, lo que trae como consecuencia la igualdad entre el hombre y la mujer, lo que a su vez constituye una evolución y modificación en cuanto a la concepción de la familia que hasta ese entonces se había tenido. De esta nueva concepción surge el principio de la fidelidad recíproca que se deben los cónyuges y que es igualmente exigible para ambos.

Se enjuicia moralmente al adulterio durante esta etapa, pues se consideraba que podía ser cometido por cualquiera de los cónyuges, a diferencia de muchos pueblos que en anteriores etapas de evolución pensaban que solo podía ser realizado por la mujer. Incluso es condenado con mayor rigor en el Nuevo Testamento que en el Antiguo, ya que en aquél

(7) Ibidem. Pág. 34.

el mero deseo constituía un acto adulterino, como podemos ver en Mateo 5, 27 y 28 que a la letra dicen:

"Habeis oído que se dijo: No cometerás adulterio. Pero yo os digo que todo aquél que mira a una mujer deseándola, ya adúltero es en su corazón".

Así mismos a diferencia del Antiguo Testamento, que en el Deuteronomio 24, 1 establecía, que podían contraer segundas nupcias con una mujer repudiada o divorciada, sin que por ello el segundo cónyuge cometiera adulterio, el Nuevo Testamento prohíbe esta situación:

"También el que repudie a su mujer, que le de acta de divorcio. Pues yo os digo: Todo el que repudie a su mujer, excepto en el caso de fornicación, la expone a cometer --- adulterio y el que se case con una repudiada comete adulterio" (8).

Como podemos ver, el Nuevo Testamento es más rígido que el Antiguo Testamento por lo que toca a la disolución de matrimonios y por ende respecto del adulterio.

Sin embargo, en un principio el derecho canónico permitió la disolución del matrimonio, lo que trajo como consecuencia la división de los canonistas en dos corrientes:

(8) Mateos 5, 19.9, 31 y 32

La primera decía que el matrimonio era indisoluble, ya -- que constituye el símbolo de la unión de Cristo con la -- Iglesia y que por tanto la moralidad debería ser mayor.

La segunda está de acuerdo en permitir la disolución del vínculo, ya que piensan que de no darse el divorcio a los cónyuges, se estaría propiciando la comisión del adulterio por uno de ellos o por ambos.

De estas corrientes la que actualmente se aplica es la primera, aún cuando medie para la solicitud de divorcio la comisión del adulterio.

" El derecho canónico fué el primero en extender el concepto de adulterio al cometido por el marido. Se consideró un crimen muy grave por las dos causas siguientes: el ataque que significaba al vínculo matrimonial y lo que de lujuria llevaba encima " (9).

(9) Ferrer Sama citado por Mario J. Machado Carrillo
Ob. Cit. pág. 36

Como podemos notar, realmente se gestó una verdadera evolución ya que se habla de una grave afrenta al vínculo matrimonial, lo que con anterioridad no se observaba, pues - la comisión del adulterio se consideraba un ataque contra la propiedad que el marido tenía de la mujer y contra la - dignidad y honor del cónyuge ofendido cuando este último - fuera el hombre, cosa que no se consideraba con respecto - a la mujer. Se le dá la debida importancia a la violación de instituciones fundamentales como lo es el matrimonio, - para dejar en segundo término a las injurias contra la dig - nidad y el honor del cónyuge ofendido, sin que por ello - signifique que carecen de importancia.

Además se sancionaba también la lujuria, cosa que pensamos sucedió debido a que tanto ésta, como los sentimientos y acciones que se derivaran de la misma, se consideraban inmorales y poco dignos de una persona pura, buena y noble en términos del cristianismo, ya que la vida de cualquier persona, debía perseguir la virtud, la bondad y la - perfección de acuerdo con los diez mandamientos que se - - encuentran en el Exodo 20,14,17.

Por lo tanto la comisión del adulterio estaba en contra de las reglas o disposiciones cristianas y como en este momento ya se habla de derecho canónico, será una conducta antijurídica a la que le corresponda una sanción en sentido jurídico y no moral en sentido estricto.

El Nuevo Testamento hace incapié en todo lo anterior y abunda en las Epístolas a los Romanos 7,3 que dicen:

"Por eso mientras vive el marido, será llamada adúltera si se une a otro hombre, pero si muere el marido o el que la repudió, queda emancipada de la ley, de forma que no es adúltera si se casa con otro" (10).

Así mismo el texto que a continuación se transcribe, muestra que la predicación apostólica también enjuició enérgicamente la comisión del adulterio:

"En efecto, lo de: No adulterarás, no matarás, no robarás y todos los demás preceptos, se resumen en esta fórmula; amarás a tu prójimo como a ti mismo" (11).

El Nuevo Testamento en la primera Epístola a los Corintos en el Capítulo 6, versículos 9,13,18 nos habla de la condena para los adúlteros y lo correspondiente respecto a la fornicación:

¿ "No sabéis acaso que los injustos no heredan el reino de Dios? ! No os engaños (, ni los impuros, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los homosexuales". "El cuerpo no es para la fornicación, sino para

(10) Biblia de Jerusalén. Editorial Española desclad Brower. España 1971.

(11) Romanos 13, 9.

el Señor y el Señor para el cuerpo".

"Huid de la fornicación! Todo pecado que comete el hombre queda fuera de su cuerpo. más el que fornicar, peca contra su propio cuerpo". (12)

El hablar de la fornicación tiene sentido, ya que anteriormente se dijo que el hombre solo puede repudiar a la mujer cuando ésta realice actos de fornicación, porque entendemos que éstos son actos adúlteros.

La fuente de regulación y sanción del adulterio la encontramos en el derecho consuetudinario. Esto quiere decir que tal delito en esa época era castigado por ser un acto con repercusiones jurídicas propiamente dichas y por considerarse una conducta que daña la estabilidad y permanencia al respeto que se le debía a instituciones como el matrimonio y la familia. Las sanciones al adulterio o la penalidad del mismo se encontraban sujetas a una moral religiosa por la violación de preceptos que establecía la iglesia.

"El rigor contra los adúlteros era muy grande en la iglesia primitiva, negándoseles la absolución aún en la hora de la muerte y posteriormente negándoseles la comunión. Calixto III inició el camino de la clemencia, determinando -

(12) Mario J. Machado Carrillo ob. Cit.pág. 37

la absolución de los adúlteros que se arrepintieran y se confesaran en la hora de la muerte".

La penalidad del adulterio de acuerdo con las disposiciones del derecho canónico, consistía en una penitencia que les era impuesta tomando en cuenta las circunstancias en que se hubiera realizado el acto y que podía durar desde 7 años hasta 10 años, el criterio para la imposición de la penitencia o sanción era de acuerdo con un sistema establecido en la iglesia, llamados, el criterio del doble arbitrio y que estaba contemplado en las Decretales de Gregorio IX.

En caso de que entre los sujetos activos se encontraran sacerdotes, el castigo consistía en que se les negaba el ejercer el sacerdocio quitándoseles los votos y hábitos y siendo encerrados en un monasterio.

Cuando los adúlteros fuesen gente del pueblo o seglares, se les castigaba con la excomunión además de la penitencia. "Como vimos el concepto de adulterio en la familia patriarcal, es el ayuntamiento extraconyugal de mujer casada con varón distinto de su marido. En el derecho Canónico varía la concepción, pasando a ser adulterio la unión sexual de dos personas de las cuales por lo menos una sea casada" (13).

(13) Idem.pág. 27

1.6 DERECHO PENAL MEXICANO

En el derecho prehispánico, encontramos que existe como legislación mas sobresaliente el llamado Código Penal de Netzahualcoyotl, que regla para el pueblo de Texcoco.

De acuerdo con las disposiciones de este Código, el juez tenia la facultad de fijar las penas, las cuales principalmente consistían en la muerte, la esclavitud, la confiscación, el destierro, la destitución o la suspensión del empleo y la cárcel.

Por lo que toca al adulterio, cuando los delincuentes eran encontrados en flagrante delito, se les castigaba con la lapidación o la estrangulación.

En las ordenanzas de Netzahualcoyotl, encontramos referente el adulterio la siguiente disposición:

Si alguna mujer cometía adulterio y el marido los encontraba durante la comisión del mismo, ella y el adúltero debían ser apedreados en el mercado.

Posteriormente se promulgaron por el mismo emperador una serie de nuevas leyes, que dieron origen fundamentalmente a un Código Militar de mayor jerarquía y que respecto al adulterio estableció lo siguiente:

Si la adúltera y el amante eran sorprendidos por el marido en flagrante delito, estos debían de morir apedreados, y

para que esta acción procediera bastaba con que mediara únicamente la denuncia del marido.

En caso de que no fueran sorprendidos en flagrante delito, sino que el marido los denunciara por sospecha y se averiguara que si existió el adulterio, la pena sería de muerte y serían ahorcados.

Posteriormente se abundo más sobre el adulterio en la legislación determinándose que si el co-adulter era aprehendido por el marido en flagrante delito, los adúlteros morirían apedreados. Si el marido conocía del adulterio por indicios o sospechas y se descubría que si se había cometido el delito, los dos serían ahorcados y posteriormente arrastrados hasta un templo que estuviera fuera de la ciudad - pero a diferencia de la anterior disposición, para que esto procediera no era necesario que mediara denuncia del marido, sino que cualquiera podía dar a conocer a las autoridades el ilícito, ya que tal conducta representaba un mal ejemplo y atentado contra la sociedad, procediendo lo mismo para los cómplices o encubridores.

También se establecen otras formas en que podía ser aplicada la pena de muerte para los adúlteros, señalando que el amante debía morir asado vivo y mientras se iba asando se le rociaba con agua y sal hasta que muriera; por lo que tocaba a la mujer adúltera era ahorcada y si el adulterio era cometido por señoras o caballeros la pena era la de morir

por garrote para después ser quemados.

Posteriormente surge la Recopilación de Leyes de Indios de la Nueva España que al respecto decía:

" No basta la probanza para el adulterio si no los toman juntos y la pena será la muerte pública siendo apedreados " (14).

Dicha recopilación también determinaba que la mujer que -- hubiera cometido adulterio fuera apedreada junto con su -- amante.

Durante la vigencia de esta legislación, se determinó que no bastaba para castigar a los adúlteros la denuncia del marido, sino que además de ésta. debían existir testigos que corroboraran tanto su dicho como la confesión de los delincuentes; cuando estos fueran principales el castigo consistía en ser ahogados en la cárcel.

También señalaba que cuando el marido matara a su esposa por sospechas de adulterio, sin que éste fuera comprobado por las autoridades o jueces, se le castigaba con la - pena de muerte, ya que esta acción sólo la tenía el marido cuando los encontrara en flagrante delito.

(14) Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1980. Pag. 114.

Podemos mencionar como legislación importante también a -- las leyes de los Tlaxcaltecas, que castigaban con pena de muerte a los adúlteros. Tal pena era ejecutada por medio del ahorcamiento, lapidación, decapitación o descuartizamiento.

Con relación al pueblo maya Guillermo F. Margadant nos dice: " El derecho penal era severo. El marido ofendido podía optar por el perdón o la pena capital para el ofensor (la mujer infiel sólo era repudiada) " (15).

Al respecto Thompson dice: " El adúltero era entregado al ofendido, quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su vergüenza o infamia se consideraban penas suficientes " (16).

Por lo que toca al pueblo azteca, eran muy tajantes en -- cuanto al rigor sexual y castigaban con pena de muerte al adulterio, respecto de ambos sexos.

" El hecho de que el homicida hubiera encontrado a la víctima en flagrante delito con su cónyuge, no constituía una circunstancia atenuante " (17).

Referente a la época colonial la Ley 2 Tit. I Lib. II de -

(15) Guillermo F. Margadant S. Introducción a la historia del derecho. Editorial Esfinge. México 1986 pág. 15.

(16) Cit. por Raúl Carranca y Trujillo ob. Cit. pág. 115.

(17) Guillermo F. Margadant S. Ob. Cit. pág. 24

las Leyes de Indias determinó que todo aquello que no estuviera contemplado en esta legislación se regulara por las Leyes de Toros.

Así las cosas encontramos que la principal legislación -- fueron las Leyes de Indias y supletoriamente rigieron:

- 1) El Fuero Real
- 2) Las Partidas
- 3) El Ordenamiento de Alcalá
- 4) Las Ordenanzas Reales de Castilla
- 5) Las Leyes de Toro
- 6) La Nueva Recopilación

Consideramos importante abundar sobre las Siete Partidas, ya que son éstas las que abarcan principalmente el derecho penal.

Esta ley se encuentra constituida por 24 títulos destinados al derecho penal " dedicados a las acusaciones por delitos y a los jueces; a las traiciones deshonorrosas, a las infamias, falsedades y deshonrras; a los homicidios, violencias, desafíos, treguas; a los adulterios, raptos, violaciones; a los robos, hurtos, daños, a los timos y engaños; a los reos de truhanería, herejía, blasfemia y a los judíos y moros " (18).

(18) Raúl Carrancá y Trujillo Ob. Cit. pág. 120

Pasaremos ahora a analizar los Códigos Penales de 1871, -- 1929 y 1931, que surgen durante la época independiente.

Por lo que toca al Código de 1871, reconoce dentro del -- apartado de los Delitos contra el Orden de las Familias, la Moral Pública y las Buenas Costumbres a los delitos:

- 1) Contra el estado civil de las personas.
- 2) Ultrajes a la moral pública y las buenas costumbres.
- 3) Atentados contra el pudor, estupro y violación.
- 4) Corrupción de menores.
- 5) Rapto
- 6) Adulterio
- 7) Bigamia
- 8) Provocación de delito o de algún vicio.

El Código Penal de 1871 sancionaba en el artículo 816 el - adulterio, limitándolo a tres casos específicos:

1) Cuando el adulterio fuera cometido por la mujer casada con un hombre libre.

2) El adulterio que se realizara fuera del domicilio conyugal por un hombre casado con mujer libre.

3) El adulterio cometido por un mujer casada con un - - hombre casado, pero en dicha situación, mediaba una disminución en la pena para el hombre si no consumaba el adulterio en el domicilio conyugal.

" Aún cuando a juzgar por los términos de la fracción II - del artículo citado, parecía que el Código sancionaba - - siempre el adulterio del hombre casado con mujer libre aun fuera del domicilio conyugal, el artículo 821 del ordena-- miento prevenía que la mujer casada solo podía quejarse - de adulterio en tres casos: Primero, cuando su marido lo cometa en el domicilio conyugal; Segundo, cuando lo cometa fuese en el domicilio conyugal ó fuera de él con concubi-- na; Tercero, cuando el adulterio cause escándalo, sea qui- en fuere la adúltera y el lugar en que se cometiera el - - adulterio. Como el adulterio solamente podía perseguirse a petición del cónyuge ofendido, resultaba que el adulterio cometido por hombre casado con mujer libre, solo era puni- ble cuando lo llevaba a cabo con concubina o con escándalo. (artículo 820)" (19).

En la exposición de motivos del Código Penal de 1871 también llamado Código de Martínez de Castro se dice: " Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación - vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste, por que si no se puede negar que moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto -- iguales las consecuencias, pues aquél queda infamado con -

(19) Moreno, Antonio de P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Editorial Just. México 1968 pag. 263.

razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte y la reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda el haber de sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia y -- esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera del matrimonio" (20).

Podemos concluir que el Código de 1871 es un antecedente de las condiciones y circunstancias que señalarán los Códigos posteriores. El artículo 273 del Código Vigente señala que para sancionar a los culpables de adulterio, tiene que cometerse en el domicilio conyugal o con escándalo.

El Código de que se trata solo consideraba como delito de adulterio el cometido por la mujer en cualquier caso, mientras que el del hombre solo se sancionaba en los tres casos ya señalados y de los cuales actualmente solo quedan dos, cuando se comete en el domicilio conyugal o con escándalo, con la diferencia de que esto se aplica sin distinción de sexos.

El Código de 1929 dentro del apartado de los Delitos Contra la libertad Sexual reunió a:

- 1) Los atentados al pudor
- 2) El estupro

(20) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa. México 1985 pág. 434.

- 3) La violación
- 4) El rapto y el incesto

En otro capítulo comprendió los llamados delitos contra la Familia en donde menciona:

- 1) Los delitos contra el Estado Civil de las Personas.
- 2) El abandono de Hogar
- 3) El adulterio
- 4) La bigamia y otros matrimonios ilegales.

Por lo que toca a la reglamentación del adulterio, establece las penas para los culpables sin distinción de sexo y se previene que solo se sancionará cuando se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo, lo que actualmente también contiene nuestro Código. Así mismo, determina que solamente se perseguirá por querrela de la parte ofendida y que solo se castigará el adulterio consumado. Como podemos ver no hubo modificaciones sustanciales en lo que al adulterio se refiere de el Código de 1929 al de 1931.

El Código de 1931 dentro del rubro de Delitos Sexuales, -- sanciona:

- 1) Los atentados al pudor
- 2) El estupro
- 3) La violación
- 4) El rapto
- 5) El incesto

6) El adulterio

Nuestro Código Vigente, en el artículo 273 dice:

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

También expresa que solo será sancionado el adulterio consumado. Se establece igualmente que el adulterio solo se perseguirá por querrela del cónyuge ofendido según está en los artículos 275 y 276 respectivamente del Código Penal.

" El legislador mexicano no quiere que el adulterio se persiga de oficio sino a querrela del cónyuge ofendido, para no intervenir sin motivo en las intimidades del hogar y dejar a la responsabilidad de aquél las consecuencias del procedimiento judicial ". (21).

(21) More, Antonio de P. Ob. Cit. pág. 265

CAPITULO SEGUNDO

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO

2.1 EL TIPO Y LA TIPICIDAD EN GENERAL

En el análisis que se realiza en el presente capítulo, veremos con precisión a dos de los elementos del delito; que son el tipo penal y la tipicidad propiamente dicha.

2.1.1 CONCEPTO DE TIPO

De acuerdo con lo expresado por la doctrina respecto al tipo, podemos decir que este es la descripción que la ley hace de una conducta, que puede o no ser realizada por sujetos determinados en virtud de las características tanto de la conducta como del individuo que la realiza y que si es cometida presentandose los elementos que se contemplan en la descripción se considera como delito.

Fernando Castellanos Tena dice que el tipo es " la creación legislativa; la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales "(22)

Edmundo Mezger dice al respecto: "no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es, en otras palabras, un presupuesto de la

(22) Fernando Castellanos Tena. Líneas elementales de derecho penal. Editorial Porrúa. México, 1984. Pág. 167.

pena" (23).

Para Francisco Pavón Vasconcelos el tipo es: "La descripción concreta hecha por la ley, de una conducta a la que - en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal" (24)

2.1.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO

Es importante profundizar en el estudio del tipo penal, por lo que realizaremos un análisis de los elementos constitutivos del mismo. Este se encuentra formado por seis partes, que a continuación señalaremos:

- 1) El núcleo
- 2) El sujeto activo
- 3) El sujeto pasivo
- 4) El objeto
- 5) Los elementos normativos
- 6) Los elementos subjetivos

1) El núcleo o acción. Dentro de la descripción que constituye al tipo encontramos que existe un verbo representativo que determina la conducta principal del delito y que es

(23) Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa México 1980. Pág. 407.

(24) Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa México 1984. Pág. 265

a lo que llamamos núcleo ó acción; de esta forma podemos mencionar como ejemplos: matar en el homicidio o apoderarse en el delito de robo. Así las cosas el núcleo es aquel elemento que va a determinar la existencia, acción o estado del sujeto y las acciones u omisiones que se van a sancionar.

Existen algunos casos, como el del delito de estupro, en donde el verbo tal como se presenta en la descripción, es decir por si sólo no nos dice nada sobre el delito. En estas circunstancias, es necesario que se agreguen al verbo en la descripción elementos circunstanciales o referencias que nos permitan conocer en el caso específico bajo que supuestos o requisitos la cópula es delictuosa. De este modo vemos que en el estupro la cópula es delictuosa cuando ésta se realiza con mujer menor de dieciocho años casta y honesta; por consiguiente podemos notar que la conducta ilícita no consiste en el acceso carnal como tal, sino en cuanto éste se realiza bajo ciertas circunstancias.

También al contrario, hay casos en los que la conducta o hechos ilícitos se expresan por si mismos, como por ejemplo es el caso del delito de expedición de cheques sin fondos.

Lo importante en este caso, es que siempre hay una descripción en la que se incluye al verbo, que va a ser el que nos muestre la acción u omisión que van a ser sancionadas

por considerarse delictuosas y que va a estar complementado por las circunstancias de tiempo, lugar y modo, cuando éstas sean necesarias para la configuración del delito.

El verbo debe ser claro y determinado, no presentándose a diversas interpretaciones, sino que sólo pueda entenderse aplicado al caso concreto de la descripción del delito de que se trate. Todos aquellos elementos que sirvan para complementarlo y para explicar o determinar las circunstancias del delito o de la conducta del sujeto, aun cuando no formen parte del verbo, si se tomarán como elementos constitutivos del tipo y servirán para resolver o precisar la ilicitud de la conducta o hecho.

2) Sujeto activo: Respecto al sujeto activo del delito.

Siempre será la persona cuya conducta se adecúe al supuesto de la norma.

El sujeto activo del delito necesariamente debe ser el ser humano independientemente de su sexo, y su comportamiento deberá ser señalado en una disposición legal exactamente aplicable a este comportamiento.

Existen delitos en los que puede haber varios sujetos activos, como en el caso de las lesiones ocasionadas por dos o mas personas, o igualmente en el caso de la violación. - - Existen tipos delictivos que requieren la acción de un sólo autor y otros que se actualizan por dos o mas sujetos -

activos; los primeros son los llamados monosubjetivos y los segundos son los plurisubjetivos.

Respecto a la calidad de sujeto activo de las personas morales o colectivas, Carrancá y Trujillo dice: "Debemos concluir que en nuestro Código si se considera en casos concretos como posibles sujetos activos a las personas morales, al efecto reproduciese parcialmente el acuerdo del congreso de Bucarest y se sanciona independientemente la responsabilidad de la persona moral y la de sus miembros, --- adoptándose como únicas sanciones para la primera las de suspensión y disolución y desechándose sin justificación bastante, a nuestro entender, las pecuniarias y las contra la reputación, quizás por entenderse que éstas repercutirían sobre los miembros inocentes de la corporación, --- siendo lo cierto que también las otras repercuten igualmente en más o en menos " (25).

" Después de expresar lo anterior, el autor hace hincapié " en la falta de disposiciones procesales para exigir la responsabilidad de las personas jurídicas, terminando por afirmar que hoy por hoy dicha responsabilidad no puede ser exigida, aun aceptando que el Código Penal para el Distrito Federal la prevé en casos concretos " (26).

(25) Carrancá y Trujillo citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de derecho Penal. Mexicano. Editorial Porrúa México 1984. Pag. 167.

(26) Idem

3) Sujeto Pasivo. Es la persona física o jurídica reconocida como titular de los bienes afectados por la conducta ilícita; puede ser un hombre, una persona moral, la sociedad o el Estado.

Francisco Pavón Vasconcelos define al sujeto pasivo como: "El titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito". (27).

Hay que distinguir entre el sujeto pasivo que ya ha sido definido y el ofendido por la conducta ilícita y Fernando Castellanos Tena lo define diciendo " que es la persona -- que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal -- ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso " (28).

El sujeto pasivo junto con el objeto del delito, que podrán ser la institución social o la organización protegida por la ley lesionados por la conducta ilícita, constituyen elementos esenciales del tipo.

4) Objeto del tipo. El tipo se refiere a la persona, cosa,

(27) Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa México 1984. Pag. 167.

(28) Fernando Castellanos Tena. Ob. Cit. Pág. 152.

bien o interés jurídico penalmente protegido, lo que viene a constituir el objeto del tipo. Los autores distinguen entre dos tipos de objeto.

a) El objeto material

b) El objeto jurídico del delito.

a) El objeto material es la persona o cosa dañada, es decir sobre la que recae el daño o peligro consecuencia de la conducta ilícita.

b) El objeto jurídico es aquel bien o interés protegido por la ley y que es lesionado por el hecho delictivo.

Franco Sodi lo define diciendo que " es la norma que se -- viola " (29).

5) Elementos normativos. Del tipo: Para Pavón Vasconcelos los elementos normativos son aquellos que van a formar parte de la descripción hecha en el tipo penal y dice que se les llama normativos porque implican una valoración de --- ellos por el juzgador encargado de aplicar la ley al caso concreto. Señala que tal valoración puede ser de dos ti--- pos: la primera es la jurídica, cuando ésta se tiene que - hacer atendiendo exclusivamente a los preceptos de derecho y la segunda es la cultural, que se realiza tomando en --- cuenta un criterio extrajurídico.

(29) idem.

Dentro de nuestro Código Penal encontramos frecuentemente preceptos en donde se utilizan dichos elementos normativos, como por ejemplo sería el caso del artículo 367 relativo al robo, cuando dice: Comete delito de robo él que se apodera de una cosa ajena mueble "sin derecho y sin consentimiento" de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

También podemos mencionar al delito de estrupro en donde encontramos como elementos normativos del tipo a los conceptos "Casta y honesta".

6) Elementos Subjetivos. Estos elementos subjetivos atienden al motivo que llevó al sujeto a cometer el delito y el fin que perseguía realizar u obtener al cometerlo.

Jiménez de Azúa dice " que tales elementos exceden del marco marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable estén o no incluidos en la definición del tipo --- cuando éste los requiere " (30).

Existen diferentes corrientes que analizan a los elementos subjetivos y son las siguientes:

a) La corriente que afirma que los elementos subjetivos del tipo pertenecen a la antijuridicidad.

(30) Jiménez de Azúa citado por Francisco Pavón Vasconcellos. Ob. Cit. Pág. 173.

b) La que establece que los elementos subjetivos pertenecen a la culpabilidad.

c) Por último, un criterio mixto que habla de que --- tales elementos los encontramos tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad.

Encontramos como ejemplos de elementos subjetivos entre otros a los artículos 386 que habla del delito de fraude - que en su descripción típica contiene un elemento subjetivo que es el "engaño" concepto que se utiliza en el tipo; y al artículo 387 fracción II: al que por título oneroso - enajena alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella". En los dos casos el elemento subjetivo lo encontramos en el conocimiento que tiene el sujeto activo de estar realizando una conducta ilícita que altera el orden de las cosas.

En otras ocasiones podemos notar que dicho elemento subjetivo se manifiesta por medio de un determinado deseo del sujeto activo o de una intención, que se exterioriza a través de una conducta ilícita, como por ejemplo es el caso - del rapto contemplado en el artículo 267 que expresa: " ... para satisfacer un deseo erótico sexual o para casarse".

2.1.3. CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

Existen varias clasificaciones en la doctrina acerca de

los tipos penales. En este caso haremos referencia a las que a nuestro parecer sean las más importantes.

En primer lugar encontramos que los tipos penales se dividen en:

- a) Normales
- b) Anormales

a) Cuando los tipos penales se integran con elementos objetivos, si las palabras empleadas se refieren a situaciones meramente objetivas, nos encontramos frente a un tipo normal.

b) Los anormales son los que además se integran por elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica una valoración ya sea jurídica o cultural por el Juzgador.

" En base a su ordenación metodológica se clasifican en:

- a) Básicos
- b) Especiales
- c) Complementados

a) El primero, es aquél que basta por sí solo para integrar un delito. Dentro del apartado de los delitos contra la vida, es tipo básico el de homicidio, descrito en el Artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal.

b) El tipo especial es aquél que toma como base o que tiene como origen el tipo básico, pero se diferencia de éste último por la adición de elementos distintos y determinados que dan nacimiento a otro delito de la misma especie; un ejemplo de lo anterior es el delito de infanticidio contemplado en el artículo 325, que aunque es un delito que atenta contra la vida no se considera dentro del tipo de homicidio dadas las características que lo componen o integran, sino que en base a éstas se crea un delito independiente o autónomo que es el de infanticidio.

c) El tipo complementado es similar al tipo básico, ya que lo comprende y además le agrega una o varias características. Como un ejemplo de este caso podemos mencionar al homicidio calificado por premeditación y alevosía." (31)

Los tipos antes mencionados se subdividen a su vez en:

- 1) Agravados
- 2) Privilegiados

La diferencia entre estos dos, es que los agravados son castigados con una mayor penalidad que los privilegiados; así tenemos como ejemplo de los primeros al parricidio y de los segundos al infanticidio.

Como puede verse, todos los tipos mencionados están refe -

(31) Cfr. Fernando Castellanos Tena. Ob. Cit. Pág. 171.

ridos al tipo básico del homicidio.

Francisco Pavón Vasconcelos clasifica a los tipos penales en base al alcance y sentido de la tutela penal y de la - unidad o pluralidad de los bienes tutelados. En la primera clasificación se contemplan los llamados tipos de daño y de peligro.

a) Se considera que el tipo es de daño cuando tutela bienes frente a su destrucción total o a su disminución, por ejemplo el homicidio y el fraude.

b) El tipo de peligro es aquél por el cual se pretende proteger el bien contra la posibilidad de ser dañado, por ejemplo: disparo de arma de fuego u omisión en el caso de auxilio.

El tipo de peligro se divide a su vez en efectivo, presunto, individual y común.

En los tipos de peligro individual, el peligro amenaza únicamente a la persona contra la que se dirige la conducta ilícita o a un conjunto de personas bien determinadas en el tipo. En el caso de los tipos de peligro común, la conducta delictiva se dirige a una pluralidad de personas indeterminadas. Como ejemplo de los primeros tenemos el delito de disparo de arma de fuego y el de abandono de persona y de los segundos tenemos el delito

de ataques a las vías generales de comunicación.

En el caso de la segunda clasificación los tipos se dividen en simples y complejos, los primeros son los que tutelan un solo bien y los segundos los que tutelan dos o mas bienes jurídicos.

2.1.4. LA TIPICIDAD.

La tipicidad es definida por Fernando Castellanos Tena como " el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador ". (32).

Mariano Jiménez Huerta, en su obra La Tipicidad, dice que " para afirmar la delictuosidad de una conducta es insuficiente su ilicitud; la integración del concepto delito requiere algo más: La conducta antijurídica debe ser típica; esto es, ser adecuada y subsumible en un tipo legal" (33).

Francisco Pavón Vasconcelos la define diciendo que: " es la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa, el encuadramiento o la subsunción del hecho en la figura legal " (34).

(32) Fernando Castellanos Tena Ob. Cit. Pag. 16B.

(33) Mariano Jiménez Huerta. La Tipicidad. Editorial Porrúa México 1955. Pag.s 12 y 13.

(34) Francisco Pavón Vasconcelos Ob. Cit. Pag. 283.

Por lo anterior afirmamos que una conducta no puede ser delictiva a pesar de su evidente ilicitud en tanto no esté comprendida en un tipo legal. Esta adecuación de la conducta al tipo es llamada tipicidad.

" Ernesto Beling comienza a realizar estudios sobre el tipo y la tipicidad en el año 1906 y es cuando surge en el campo del derecho penal el principio de "no hay delito sin tipicidad" y además es a partir de este momento que se da el gran desarrollo de la teoría del tipo y de la tipicidad." (35)

Después en 1915, Max Ernesto Mayer escribe su obra Tratado de Derecho Penal, en donde le da un carácter indiciario a la tipicidad. La posición de Edmundo Mezger es que hace del tipo la esencia o fundamento de la antijuridicidad.

Ernesto Beling agrega a los cuatro principios clásicos del derecho penal uno más que se expresa " no hay delito si no hay tipicidad ". Los cuatro principios del derecho alemán a que hemos hecho referencia anteriormente estaban establecidos en la siguiente forma:

a) Las penas no pueden ser extraídas del derecho consuetudinario.

(35) Cfr. Fernando Castellanos Tena Ob. Cit. Págs. 168 y 169

b) Las penas no se pueden establecer por analogía y deben hallarse determinadas en la ley positiva.

c) No puede haber penas absolutamente indeterminadas.

d) El delito, para ser tal, debe ser establecido así y sancionado con una pena que hubiese establecida en fecha anterior a la realización del mismo para ser punible.

El estudio realizado por Sebastián Soler, es de gran importancia en este aspecto y en él señala que " la tipicidad presupone el hecho tipificado más la adecuación típica " (36).

Es importante no confundir al tipo con la tipicidad ya que el primero consiste en la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, mientras que la tipicidad es el encuadramiento de la conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con lo descrito por el legislador.

Desde luego es importante señalar la distinción entre ausencia de tipo y la falta de tipicidad, lo que será analizado a continuación.

" Para Luis Jiménez de Azúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza un

(36) Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pag. 283.

valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. Es, como escuela del principio legalista, garantía libertad " (37).

2.2. LA ATIPICIDAD.

" Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal en la realización de una conducta, nos encontramos frente al aspecto negativo de la tipicidad, que se acostumbra llamar atipicidad " (38).

Algunos autores la definen diciendo que es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo por lo que si la conducta no es típica, no se puede hablar de que la misma sea ilícita o delictuosa en los términos del derecho penal y de la ley propiamente dicha.

En cambio hablamos de ausencia de tipo cuando se omite señalar en la ley una conducta o hecho que lesione algún interés jurídico determinado y como consecuencia de esto merecería ser incluido como un delito.

Existen causas de atipicidad en los siguientes casos:

a) Cuando no exista la calidad requerida por el tipo en el sujeto activo.

(37) Fernando Castellanos Tena. Db. Cit. Pag. 168.

(38) Ibidem. Pag. 174.

Podemos mencionar como ejemplos de este caso al delito de parricidio, contemplado en el artículo 323 y al de bigamia en el artículo 279, ambos del Código Penal.

En el primer caso para que un hombre pueda ser sujeto activo del delito, requiere ser descendiente consanguíneo en línea recta de la víctima, de no ser así habrá atipicidad respecto al delito de parricidio, puesto que no cumple con la calidad exigida por la ley para caer dentro del supuesto del mismo.

En el delito de bigamia, el artículo que lo regula establece en el tipo que el sujeto activo del delito debe ser casado sin haber disuelto su matrimonio y que se haya vuelto a casar; en otras palabras, la calidad exigida por la ley en este caso es que el sujeto activo sea casado, de modo que si no es así se presentará un caso de atipicidad, ya que un soltero no cae dentro del supuesto del artículo - - 279.

b) Cuando no exista la calidad requerida por el tipo en el sujeto pasivo.

Un ejemplo sería el caso del delito contemplado por el artículo 325 del Código Penal, en donde se requiere que sea un niño menor de 72 horas de nacido y descendiente del sujeto activo para que pueda tipificarse el infanticidio.

c) Cuando exista ausencia de objeto material o cuan--

do existiendo éste no cumpla con los atributos que la ley requiere.

Cuando se analizó al objeto del delito, vimos que forma -- parte del tipo legal; por lo tanto, para que exista tipicidad en una conducta, es indispensable que exista el objeto de delito incluido en la descripción legal del tipo. El objeto puede ser material o jurídico.

El objeto jurídico, es el interés salvaguardado o la institución protegida por la norma.

Por lo que se refiere al objeto material, es aquél sobre el que recae la acción o la omisión o las consecuencias de la misma; en ocasiones se confunden los objetivos mencionados como por ejemplo en el homicidio, cuando se pretende privar de la vida a quien ya no la tiene; la vida es el objeto material y también el objeto jurídico.

d) Cuando habiéndose exteriorizado una conducta ilícita o delictuosa, ésta se haya realizado en circunstancias temporales y especiales diferentes a las exigidas por el tipo.

Tal es el caso del delito establecido por el Artículo 329 del Código Penal, en el cual el sujeto activo pretende -- atender contra el producto de la concepción en el momento en que la madre está dando a luz. Al considerarse terminado el momento de la preñez, la conducta será atípica res--

respecto del delito de aborto, en virtud de que las circunstancias de tiempo no se ajustaron a las requeridas en el tipo legal. Igualmente habrá atipicidad en el infanticidio si se causa la muerte a un niño de 4 días de nacido.

e) Cuando no se dan en la conducta o en los hechos concretos los medios de comisión señalados en la ley.

f) Cuando al exteriorizarse el acto, éste se realice en ausencia de los elementos subjetivos exigidos expresamente por el tipo.

Hay cosas en que el tipo se encuentra integrado por elementos subjetivos que la ley exige para que se configure el delito; su ausencia traerá como consecuencia la atipicidad, ya que los mismos son parte integrante del tipo y de no presentarse no se cumpliría con la descripción típica, lo que traería como consecuencia la inexistencia del delito. Estos elementos subjetivos aluden a la voluntad del sujeto activo o al fin que éste persigue; como ejemplo de este caso tenemos el último renglón del artículo 323 del Código Penal, que regula y define el delito de parricidio, en el que el tipo exige que el sujeto activo tenga conocimiento del parentesco que lo une a la víctima, por lo que de no existir tal conocimiento nos encontraríamos frente a un caso de atipicidad.

2.3 EL TIPO EN EL DELITO DE ADULTERIO

Como dijimos anteriormente el tipo esta constituido por la descripción que la ley hace de un acto, hecho o conducta, que si se ha realizado cumpliendo con todo los requisitos del mismo la ley considera delictuoso. Siempre que una conducta del hombre corresponda a esta descripción, será declarada como delito previsto por la ley.

En el caso del adulterio, el Código Penal para el Distrito Federal lo regula en los artículos 273 a 276 contenidos en el Capítulo IV del apartado correspondiente a los delitos sexuales.

El artículo 273 del mencionado Código dice a la letra:

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

Encontramos que el Código Penal vigente no define al adulterio, es decir no determina cual es la conducta típica del delito y solo se limita a señalar la penalidad y las circunstancias de modo y lugar en que el adulterio es punible.

En ninguno de nuestros Códigos Penales se encuentra su definición y tampoco la ley civil la establece, por lo que -

el juzgador tiene que remitirse a la doctrina o la jurisprudencia con el fin de llenar esta laguna.

Cuando se determina un delito dentro del Código Penal y en este caso específico el delito de adulterio, debe señalarse en que consiste la conducta que da lugar al mismo, ya que de otro modo puede llegar a pensarse que no existe tal delito, por que para que una conducta pueda ser considerada como delito, se requiere que la misma se encuentra tipificada en el Código Penal, lo cual no sucede con dicho delito, al solo hacer referencia a los aspectos antes mencionados.

Mariano Jiménez Huerta menciona que siendo el tipo el que va a establecer la conducta que constituye el delito, es incorrecto y erróneo que la descripción contenida en el artículo no sea clara y precisa en los términos ya señalados.

Al respecto consideramos que nos encontramos ante un tipo que contiene una laguna técnico-jurídica y no frente a un caso de tipo anormal como lo señala Jiménez Huerta ni ante la ausencia de tipo.

Castillanos Tena piensa que en realidad no es importante que en la descripción típica se omita el concepto de adulterio, además de que considera que es incorrecto que se diga que por la ausencia del mismo se afirme la inexistencia

del tipo.

Creemos que si tiene importancia éste hecho, ya que para que jurídicamente se considere como delito un acto o hecho, es necesario que se encuentre descrito como tal en el Código Penal, lo cual no sucede con el delito de adulterio en el artículo 273. Por otra parte, estamos de acuerdo -- Cuando firma que la ausencia de tal descripción no es razón para decir que no hay tipo, ya que el hecho de que el adulterio se encuentre contemplado en un Capítulo específico y que En el artículo 273 se señalan las circunstancias en que debe realizarse para ser punible, implican la existencia de un tipo imperfecto o incompleto, ya que el hecho de que aunque no se diga en que consiste el adulterio, el hecho de realizarlo en el domicilio conyugal o con escándalo lo hace típico, antijurídico y culpable.

El maestro Castellanos Tena funda el anterior criterio de la siguiente forma:

" El hecho de aceptar la ausencia de tipo, por la razón -- antes señalada traería como consecuencia que se juzgara y criticara al legislador por no haber definido en un momento dado el concepto de bien ajeno en el robo o el de cópula en el rapto" (39)

(39) Cfr. Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano Vol. V. Editorial Porrúa. México México 1985 Pag. 25.

No estamos de acuerdo con esta opinión, pues en tales casos la ley sí define lo que es robo y lo que es rapto mas no así el bien ajeno y la cópula que son elementos de dichas definiciones y que sería lo que tendría que interpretarse; sin embargo, la definición de robo y rapto ya está establecida, es decir, se trataría de interpretar una palabra que aparece en la definición de cada uno de estos delitos.

Así las cosas, podemos ver que en el artículo 367 del Código Penal sí existe una descripción típica de la conducta que constituye el delito de robo:

"Comete delito de robo: el que se apodere de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

En cambio, en el caso del adulterio no se describe la conducta que al ser realizada se convierta en delito, sino que sólo se habla en el artículo 273 del modo y lugar en que tal conducta debe ser realizada para que sea sancionada:

"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".

La anterior disposición o descripción contenida en el artículo 273 puede ser comparada con la de los artículos 370 y

372 del Código Penal relativos al robo:

"Cuando el valor de lo robado no excede de cien veces al salario mínimo, se impondrá hasta dos años de prisión y -- multa hasta de cien veces el salario".

"Si el robo se ejecutará con violencia, a la pena que corresponde por el robo simple, se agregarán de seis meses a tres años de prisión."

Como podemos ver, en los dos artículos anteriores no se define que es el robo, pero se habla de las circunstancias de modo en que debe realizarse para ser sancionado con tal o cual pena; esto mismo sucede en el artículo 273 referente al adulterio. Por lo anterior pienso que es necesario que se incluya en el Código Penal una descripción o definición típica de adulterio, como sucede para el en caso -- del robo en el artículo 367.

Podríamos también comparar o adecuar la redacción del artículo 367 para establecerla en los mismos términos con que el artículo 273 maneja al adulterio y que en lugar de definir al robo sólo establezca las circunstancias de modo y la penalidad; y quedaría de la siguiente forma:

"Se aplicará prisión hasta de dos años y multa hasta cien veces el salario a los culpables de robo con violencia o -- cuando la conducta se equipare al robo."

También estamos en desacuerdo con el maestro Castellanos - Tena, cuando dice que el tipo se integra con un adulterio (pero no dice que es adulterio) realizado en el domicilio conyugal o con escándalo, pues al presentarse estas dos condiciones hacen que el adulterio o que el hecho de adulterio tenga carácter de delito, es decir, que dichas condiciones deben presentarse en el hecho material de adulterio para que este sea delito.

Respecto a la ausencia de tipo en el caso del adulterio, - la Suprema Corte de Justicia ha establecido jurisprudencia, en el sentido de que no es motivo para decir o alegar que este delito no se encuentra tipificado el que no haya una definición del mismo en el Código; así la ejecutoria visible en el Tomo B1 del Semanario Judicial de la Federación establece:

"A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio que en general se nota en todos los ordenamientos penales que rigen en la República, basta su caracterización gramatical ordinaria,..."

En otras ocasiones la jurisprudencia para establecer el -- concepto de adulterio se remite a la doctrina, así la ejecutoria contenida en el Tomo B2 del Semanario Judicial de la Federación dice:

"Es cierto que el Código Penal no define en su Capítulo re

lativo el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada."

Creemos que la palabra adulterio tradicionalmente se interpreta como una relación de carácter sexual y extra matrimonial, en la cual alguno de los sujetos viola el deber de fidelidad.

Existen diversidad de opiniones de los autores para definir el adulterio las que generalmente aluden a su etimología. Así Carrara anota que la palabra adulterio proviene de: "Ad-alterius-thorum-ire, que significa andar en el tálamo ajeno; aunque desde el punto de vista histórico y gramatical sea mucho menos que exacta, sin embargo expresa suficientemente el concepto general del hecho en forma figurada, es decir la violación del lecho conyugal" (40)

Mario Machado Carrillo dice que proviene del latín adulterium que proviene a su vez de adulterare "ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de ellos o los dos casados. Delito que comete la mujer casada que yace con varón que no es su marido y el hombre que yace con mujer casada sabiendo que lo es." (41)

(40) Carrara Francisco. Programa de Derecho criminal. Parte especial. Volumen III. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 271

(41) Ob. cit. Págs. 13 y 14.

En su caso la Enciclopedia Jurídica dice respecto al adulterio, que ésta palabra viene del latín " adulterium " y que consiste en la relación sexual que existe entre una -- persona casada con otra que no es su conyuge.

La Real Academia Española define al adulterio como: " El - ayuntamiento carnal de hombre con mujer casada, o de mujer con hombre casado o de uno y otro siendo los dos casados.

Rafael de Pina lo define como: "La relación sexual establecida entre personas de distinto sexo cuando una de ellas - al menos se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio"

Relativo a este punto solo queremos señalar, que a nuestro parecer todas estas definiciones son limitadas para los -- efectos del adulterio, al limitar la comisión del acto - adulterino a personas de distinto sexo y no considerar como actos adulterinos también los realizados entre personas del mismo sexo, ya que estos causan las mismas repercusiones que los primeros.

Los Códigos Penales para el Distrito Federal, Sonora, Colima, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo y Morelos entre otros, no definen el delito de adulterio; en cambio si lo hacen algunos Códigos Penales como de Aguascalientes que en su artículo 249 dice:

"Comete delito de adulterio el hombre y la mujer que ten--

gan entre si relaciones sexuales, si uno de ellos o los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en domicilio conyugal o con escándalo".

Por su parte el artículo 185 del Código Penal para el Estado de México establece:

"Se impondrá prisión hasta de tres años a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga sabiendo que es casada"

A nuestro parecer esta definición es la mas adecuada en tanto permite considerar como adulterio los actos adulterinos entre personas del mismo sexo al no especificar lo contrario como en las demás definiciones y no limitar su comisión o realización únicamente en el domicilio conyugal o con escándalo y permitir considerar como adulterio los actos realizados en cualquier otro lugar y en otras formas.

El Código Penal al sancionar el delito de adulterio lo somete a requisitos muy fáciles de evitar, pues basta con que los amantes no exhiban sus relaciones o que no ejecuten sus actos adulterinos en el domicilio conyugal para que no haya delito; lo que se pena no es el acto adulterino en si, sino el hecho de realizarlo en condiciones tales, que al ser cometidos ofendan al cónyuge inocente y atente contra la integridad de la familia. Es por esto

que observamos la inexistencia de una descripción o definición que permita conocer en que consiste el adulterio y que permita sancionar al acto adulterino como tal en todas sus modalidades y no solo las circunstancias en que se comete.

Queremos dejar establecido a nuestro parecer, como se desprende de todo lo anterior, que existe una laguna en el contenido y redacción del artículo 273 originada por el órgano legislativo al no crear y establecer en el Código Penal una definición que contenga y describa la conducta que constituye o configura al delito, su consumación entre personas de distinto sexo y por último consideramos que es erróneo y está fuera de toda realidad el sancionarlo solo al ser realizado en el domicilio conyugal o con escándalo.

Además la ausencia de definición o descripción típica trae consigo otro problema, que consiste en que el artículo 273 contiene una falla técnica, ya que dados los términos en que se plantea el delito, es imposible determinar a los sujetos activos, es decir, a quien se va aplicar la pena establecida, dado que solo se dice que será impuesta a los culpables de adulterio, sin establecer quienes pueden ser o que requisitos deben cumplir tales sujetos para caer dentro del supuesto del artículo 273 y ser culpables de adulterio, lo que se debe a la falta de una descripción típica correcta.

Así las cosas Jiménez Huerta pretende subsanar dicha omisión con la redacción del artículo 275 del Código Penal, que a la letra dice:

"Solo será castigado el adulterio consumado"

Sin embargo pensamos que es inútil pretender arreglar este error acudiendo a dicho artículo, en virtud de que tampoco proporciona una definición o concepto de lo que se entiende por consumado y quienes lo pueden consumir, así como -- tampoco proporciona una descripción de la conducta que con forma el delito y que haga que los actos realizados por -- los sujetos activos caigan dentro del supuesto jurídico -- del delito de adulterio; consideramos que es difícil hablar de adulterio consumado cuando ni siquiera se determina en que consiste el adulterio.

En relación con lo antes expresado, coincidimos con el maestro Carrancá y Trujillo respecto a su comentario del artículo 273 que dice:

"Aunque se conozca lexicográficamente la connotación de la palabra adulterio, otra cosa es lo que jurídicamente debe entenderse por ella a los efectos penales" (42)

Por lo que toca a este punto, señalaremos que consideramos un erro y falta de técnica en la legislación, el que los conceptos que existen de adulterio se encuentren fuera del (42) Carrancá y Trujillo Ob.cit. Pág. 405.

Código Penal en el sentido de que solo se considera delito al que esté tipificado como tal dentro del Código, cosa que no sucede con el delito de que se trata ya que no se dice en que consiste el adulterio, sino los casos en que será sancionado penalmente.

Podemos ver entonces que el artículo 273 carece de un tipo conforme a lo que la doctrina define como tal, por lo que afirmamos la existencia de una laguna jurídica en dicho artículo; además también existe la ausencia de un elemento esencial del mismo que es el determinar quién o quienes son los sujetos activos del delito, ya que éstos son los que van a realizar la conducta típica que los va a hacer caer dentro del supuesto normativo que configura el delito de adulterio. En este caso atendiendo a la definición gramatical y doctrinal los sujetos activos requieren de la calidad de casados ambos o tan solo uno de ellos, así como que el otro tenga conocimiento de esta condición y sostengan relaciones sexuales para que cometan adulterio, mas esto no lo establece el artículo 273.

En el artículo 273 no se determina quien puede ser considerado como sujeto pasivo, como sucede en contrario en otros artículos del Código Penal. Así podemos señalar el caso del artículo 367 relativo al robo que dice:

"Comete delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona

que puede disponer de ella con arreglo a la ley"

También podemos citar como ejemplo el artículo 272 referente al incesto:

"Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes"

Por último citaremos el caso del artículo 262 que establece el delito de estupro:

"Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, -- casta y honesta obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se aplicarán de un mes a tres años de prisión"

En estos tres casos se determina quien o quienes son los sujetos pasivos de los delitos y que son: en el primer caso la persona que puede disponer del bien con arreglo a la ley, en el segundo los descendientes y en el tercero la mujer menor de dieciocho años casta y honesta.

Sin embargo en el artículo 273 no se establece ni de esta forma ni de ninguna otra, quien es el sujeto pasivo de la acción adulterina, mas esto se subsana en los artículos -- posteriores en donde se determina el derecho a proceder -- contra los adúlteros del cónyuge ofendido.

Al respecto consideramos que se debió haber determinado en los siguientes términos:

" Al que estando casado tuviera cópula con persona distinta de su cónyuge"

Así hubiera quedado determinado como en los ejemplos antes señalados, el sujeto pasivo, que en este caso sería el cónyuge inocente.

2.4 ELEMENTOS DE DELITO DE ADULTERIO

Por lo que toca a los elementos del delito de adulterio el artículo 273, impone como requisitos indispensables para que el adulterio sea punible, que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.

En nuestra legislación la ley civil y la ley penal no determinan que es lo que se debe entender por domicilio conyugal.

El Código de 1871 en su artículo 822 decía al respecto:

"Por domicilio conyugal se entiende: la casa que el matrimonio tiene habitualmente para su morada."

Como dijimos, nuestro Código Vigente ha omitido señalar -- cualquier definición expresa de domicilio conyugal; al respecto González de la Vega dice:

"Entendemos que es la casa, vivienda o cuarto destinados -- para la convivencia permanente o transitoria de los conyuges"(43)

(43) Ob., Cit. Pág. 441 y 442

Ahora bien, en el caso del adulterio fuera del domicilio - conyugal pero con escándalo, encontramos en primer término cual hay que determinar que se entiende por escándalo, al que la ley hace referencia en la última parte del artículo 273 del Código Penal.

Gramaticalmente se entiende por escándalo a toda acción o palabra que determine a uno a obrar mal o a pensar mal de otro.

Rafael de Pina lo define como: "La manifestación de una -- conducta consistente en actos o en palabras susceptibles - de ofender la moral o a las buenas costumbres o de consti- tuir un mal ejemplo para la sociedad" (44).

Carrara dice que el concepto de escándalo es:

"Una murmuración o rumor que nace o corre en torno a un he- cho. Es una ofensa al sentimiento moral de un gran número de ciudadanos. Pero no es posible admitir que el escándalo nazca de la maldad de los chismosos y de las comadres - que llenan el ambiente con sus difamaciones aferradas a la máscara de su hipocresía. El escándalo entendido así se- ría un instrumento arbitrado por la ley para placer de los viles y de los malvados (Programa Párrafo 2005)" (45)

(44) Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1988 Pág. 257.

(45) Citado por Jiménez Huerta. Ob. Cit. Pág. 27

El escándalo así entendido consistiría en un hecho que va pasando de boca en boca y que en primer lugar ofende a los sentimientos y a la integridad del cónyuge inocente, en segundo lugar los de la familia en sí misma y por último los valores morales de la sociedad. Esta hace que la conducta sea conocida por personas ajenas a la familia, lo que representa un atentado contra la persona del cónyuge ofendido. Pero cabe preguntarse para efectos del delito de adulterio ¿que se entiende por escándalo y cual es la forma de probarlo?

Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha establecido Jurisprudencia de la siguiente manera:

"Se configura el elemento escándalo como constitutivo del delito de adulterio, cuando éste va acompañado de grave publicidad, afrentosa para el cónyuge inocente"(46)

Existe una tesis relacionada que al respecto dice:

"El elemento escándalo se produce cuando la acción o palabra, ésta en su acepción lata, es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca por la gravedad de los hechos cometidos una reacción que afecta los sentimientos de las personas que resulten víctimas del delito y a la vez, la de reprobación de los mismos, como consecuencia de los

(46) Suprema Corte de Justicia. Apéndice 1917/85
Primera Sala. pág. 36

comentarios y juicios que se emiten y transmiten en torno del acto o de las palabras dichas"(47)

Para responder a la segunda pregunta la Suprema Corte de Justicia dictó jurisprudencia en el siguiente sentido:

"Para tener por comprobado el escándalo, que para la existencia del delito de adulterio exige el artículo 273 del -- Código Penal para el Distrito Federal, es bastante que se justifique que la adúltera abandonó el domicilio conyugal y se fue a vivir con su coacusado, haciendo vida marital con él públicamente" (48).

En el informe 1988 Volumen III página 3697 se establece al respecto:

"Para la demostración de tal extremo, basta que se acredite que uno de los inculcados abandonó el domicilio conyugal para vivir con el otro haciendo vida marital públicamente"

El escándalo debe de ser provocado por los mismos adúlteros, de tal manera que no existe escándalo cuando otras - personas se enterasen de la acción de adulterio por razón de su trabajo, de su parentesco o de sus relaciones íntimas con los culpables. Así, para que exista escándalo es necesario que haya una grave publicidad del estado de

(47) Idem..

(48) Idem. Pág. 35

adulterio que los propios adúlteros provocan por la exhibición de sus relaciones.

También se ha dicho que si por ejemplo el esposo o la esposa del cónyuge infiel se da cuenta de la acción adulterina y la da a conocer a la prensa, quien a su vez la publica, aún cuando cantidad de personas se enteren por medio ella de tal acción fue en realidad el propio cónyuge - - ofendido el que la dió a conocer y no en sí la acción de los adúlteros.

Para la comprobación de este delito siempre se ha admitido la prueba presuncional, ya que la prueba directa es difícil de aportar dadas las condiciones en que se tiene que - realizar el acto adulterino.

Sin embargo consideramos contradictorio lo anterior, ya - que el que se pretenda comprobar este delito por medio de presunciones, podría prestarse a equívocos o a basarse en actos preparatorios o en antecedentes que no pueden ser - toma dos en cuenta para determinar un adulterio y menos su consumación, puesto que éstos solo implican la tentativa y este delito no la admite, ya que nuestra legislación solo considera punible el adulterio consumado. Por lo que toca a los retratos, llamadas telefónicas, etc., consideramos que no prueban el que se haya consumado el delito para ser castigado; en otras palabras, el pretender comprobar y castigar el adulterio atendiendo a presunciones se presta a

errores e injusticias.

2.5 NUCLEO DEL TIPO EN EL DELITO DE ADULTERIO

El núcleo del tipo en el caso del delito de adulterio, es decir la conducta central del mismo, está formada de dos elementos:

- A) La acción adulterina
- B) El realizarse en el domicilio conyugal o con escándalo

A) Respecto a la acción adulterina, cabe mencionarse que no se encuentra determinada ni descrita en el Código Penal, específicamente en el artículo 273 que en teoría es el que contiene la descripción típica del delito.

Pensamos que quizás dicha omisión consista en que para el derecho penal no es delito el adulterio simple, sino solo el adulterio cometido bajo ciertas condiciones de grave afrenta. De acuerdo esto, se da por conocido el concepto o descripción del adulterio como tal para solo establecer -- que para efectos del derecho penal se considera adulterio el cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Sin embargo considero que dentro del Código Penal debió estar descrita, o bien se debió decir en que consistía -- la acción de adulterio, puesto que se maneja con independencia de las condiciones de grave afrenta como un elemen-

to también del delito y aunque no se maneje así por la laguna existente en la descripción típica del delito de - adulterio. Sin embargo, doctrinalmente la acción de adulterio es considerada como un elemento imprescindible del ilicito.

Como la ley solo habla de los culpables de adulterio y se limita en sí a usar la palabra adulterio sin darle a una definición específica, se tiene que remitir al significado general es decir, el acceso carnal entre una persona casada y otra de diferente sexo pero que a nuestro criterio -- podía ser del mismo sexo y extraña al vínculo matrimonial. Esta acción implica dos requisitos:

1) Que por lo menos uno los autores esté unido en matrimonio legal.

2) Que la relación sexual se realice con persona ajena al vínculo.

1) "Para que sea posible la ejecución de la acción típica del delito de adulterio, se requiere conceptualmente la - previa realidad de un supuesto fáctico: La existencia de un matrimonio que produzca efectos legales, como lo es un matrimonio civil que tiene valor jurídico en nuestro ordenamiento" (49).

(49) Jiménez Huerta Ob. Cit. Pág. 23.

Entonces es condición necesaria del delito de adulterio el que por lo menos uno de los sujetos activos se encuentre - unido en matrimonio no disuelto, ya sea por la muerte de el otro cónyuge, por nulidad o por divorcio.

2) En cuanto a que la relación sea realizada con persona - ajena al vínculo, las posibilidades contempladas actualmente por la ley son, entre mujer casada y hombre soltero o - libre, hombre casado con mujer libre y hombre y mujer casados, en éste último caso el adulterio se considera doble.

Pero como afirmamos anteriormente pensamos que la relación sexual puede ser realizada entre sexos iguales, ya sea por lo que se conoce como cópula normal o por cópula anormal - o aún sin que se presente la misma; este último caso será analizado mas adelante cuando se estudie el artículo 275 del Código Penal.

Nuevamente afirmamos que la acción adulterina debió estar determinada en el artículo respectivo, ya que por ejemplo en el caso del robo en el artículo 367 se dice o define lo que es el robo y en artículos posteriores se determinan las condiciones en que se considera más grave el robo y lo sanciona diferente al robo simple.

B) Por lo que toca a las condiciones de grave afrenta a -- que hace referencia el artículo 273 en su última parte, sabemos que constituyen los requisitos para que el adulterio

sea considerado como delito. Al respecto pensamos que si estuviéramos de acuerdo con la punibilidad del adulterio, sería acertado el sancionarlo en estos términos en virtud de las consecuencias y lo que representa su comisión en tales condiciones tanto para el cónyuge ofendido como para la ley en cuanto atenta contra sus instituciones y por último para la sociedad en relación a sus principios y valores. Pero no lo estamos, debido a que consideramos que para solucionar estas consecuencias y situaciones que se derivan del adulterio, basta con que los cónyuges disuelvan el contrato matrimonial por medio del divorcio, si es que ya no existe voluntad de uno de ellos o de ambos para permanecer en matrimonio.

Pero además nos encontramos con que se limita su sanción o punibilidad a estos dos requisitos o situaciones, cuando sabemos que en realidad es difícil que se realice en estas condiciones y que se pueda encontrar a los adúlteros en el acto adulterino bajo estas circunstancias y aún mas, el poder detectar el delito y comprobarlo en condiciones distintas como lo es fuera del domicilio conyugal o con escándalo ya que los adúlteros se cuidarán de no cometerlo en alguna de estas circunstancias por el riesgo que representa para sus intereses y porque por lo general este delito se caracteriza por una extrema discreción en su comisión.

Así las cosas pensamos que es estéril el considerar y contemplar al adulterio en nuestra legislación penal sean - - cuales fueren las condiciones en que se realice el mismo. Consideramos que la vía mas adecuada para resolver esta situación es la civil, porque tanto el matrimonio como la familia son instituciones de derecho civil y las consecuencias del adulterio en ambas son de carácter privado por lo que, en el caso del matrimonio existe el divorcio que trae como consecuencia el terminar con el estado de desorden - que el adulterio crea también en la familia.

2.6 LA ATIPICIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO

Por lo que toca a este tema como ya dijimos en su momento, la atipicidad existe cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal al realizarse una conducta.

De acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, debido a la falta de una correcta descripción típica del adulterio en el Código Penal, cabría pensarse que no puede existir atipicidad y hasta afirmar como lo hacen algunos autores, que nos encontramos frente a un caso de ausencia de tipo. A - nuestro juicio no se presenta este caso, ya que como mencionamos en su momento en el capítulo respectivo, existen tipos legales que cuentan con elementos subjetivos que son legalmente exigidos y que su inobservancia daría lugar a -

la presencia de atipicidad, trayendo como consecuencia la inexistencia del delito.

Relativo a lo anterior podemos decir que no existe plasmada formalmente en el Código Penal una descripción típica - del adulterio, aunque sí la hay en la doctrina y en la jurisprudencia y que en base a esto, en el artículo 273 que tipifica al adulterio solo se señalan las condiciones en que éste debe realizarse para ser punible y por lo tanto el tipo de adulterio en los términos del Código Penal solo estará constituido por estas condiciones, que consisten en que el adulterio sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Así las cosas podemos ver que la atipicidad o la tipicidad del delito de adulterio se encuentra supeditada a la realización o no de dichos elementos y por lo tanto habrá tipicidad cuando el adulterio sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo y atipicidad cuando esto no se presenten o sea realizado bajo diferentes circunstancias.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que conforme a la técnica jurídica, todo lo anterior implique la existencia de un tipo de adulterio correcto, ya que el que no exista una definición del mismo constituye una laguna que no permite integrar los elementos del delito a la conducta realizada.

CAPITULO TERCERO

ANTI JURIDICIDAD, JUSTIFICACION Y BIEN JURIDICO TUTELADO

3.1. LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL

Como mencionamos en el capítulo anterior, el delito es una conducta realizada por el hombre independientemente de su sexo, pero cabe hacer notar que no toda conducta es delictuosa, ya que para que ésta sea considerada como tal se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. Ya antes estudiamos al tipo, ahora será objeto de nuestro estudio la antijuridicidad.

La antijuridicidad es definida por Fernando Castellanos Tena como " un concepto negativo, un anti, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho " (50).

Según Cuello Calón " la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídica penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada " (51).

En general los autores aceptan el criterio de que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción entre la conducta o hecho y las normas del derecho.

Francisco Pavón Vasconcelos afirma que desde la antigüedad se ha considerado a la antijuridicidad como un concepto ne-

(50) Fernando Castellanos Tena. Ob. cit. Pag. 177.

(51) Citado por Fernando Castellanos Tena. Idem. Pag. 178.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

gativo que no aprueba la conducta o hecho del hombre frente al derecho.

Autores como Mezger e Ignacio Villalobos afirman que la antijuridicidad tiene un carácter objetivo, por cuanto ésta recae sobre la conducta o hecho en relación al orden jurídico establecido. Hablan de que tal carácter se da al ligar el acto con el Estado, no considerando como antijurídico, la conciencia del sujeto activo de que está violando un deber de hacer o abstenerse, ni tampoco en la voluntad del mismo de realizar el acto sino el deber de no violar las normas.

Por lo tanto carecen de importancia las características subjetivas del sujeto que comete el acto, ya sea un menor por ejemplo o un enajenado; el hecho es que el acto cometido es antijurídico ya que va en contra de las normas establecidas por el derecho, que imponen un deber de hacer o de abstenerse.

La doctrina distingue entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, presentándose aquella cuando hay una oposición a la ley del Estado.

Franz Von Liszt dice que " la acción es contraria al derecho, desde el punto de vista formal, en cuanto constituye una transgresión a la normal dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento

juridico " (52).

La antijuridicidad material se presenta cuando se afectan los intereses protegidos por la ley. Así Franz Von Liszt habla de que desde el punto de vista material éste existe cuando la acción resulta contraria a la sociedad.

Afirma Ignacio Villalobos que " una sociedad organizada jurídicamente o en un Estado, el antijurídico material o el contenido material de la antijuridicidad, consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o el solo atentado contra el orden instituido en los preceptos legales " (53)

Al respecto también dice que toda sociedad debe establecer sus leyes, normas y preceptos formalmente debido a que las normas naturales, culturales o morales no tienen coercibilidad, por lo que es necesario que el órgano legislativo cree y promulgue normas de carácter obligatorio y coercibles y con esto asegurar la coacción que garantice la obediencia y eficacia de los mismos.

Por todo lo anterior pensamos que cuando el Estado a través de los órganos respectivos establece formalmente, es decir plasma en este caso en el Código Penal un precepto

(52) Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pag. 295.

(53) Ignacio Villalobos. Ob. Cit. Pag. 247.

to o norma, la violación que haga el sujeto activo de ésta, implicará una antijuridicidad formal, debido a que se está actuando en contra de una disposición incluida en la legislación.

Podemos notar entonces que se puede ver a la antijuridicidad desde dos puntos de vista, el primero que es el formal, que consiste en la existencia de una conducta contraria a la norma y el segundo, que es el llamado material, que lo constituye la infracción, es decir la lesión o puesta en peligro que para los bienes jurídicos tutelados representa la conducta.

Por último cabe hacer notar que no existe antijuridicidad cuando un acto o hecho calificado por la ley como delito, se realiza bajo una causa de justificación, como sería el caso por ejemplo de quien matara a una persona en legítima defensa, pues aunque hay tipicidad, ya que la muerte de un hombre constituye el tipo y el delito el homicidio, la justificante legítima defensa, hace perder al hecho el carácter antijurídico y delictivo.

3.2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Puede darse el caso de que una conducta típica aparentemente se oponga al derecho, pero puede no ser antijurídica si al realizarse existe una causa de justificación.

Castellanos Tena define a las causas de justificación como " aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica " (54).

Las causas de justificación generalmente son agrupadas con otras causas que eliminan, anulan o impiden la configuración del delito. A todas estas causas en nuestra presente legislación se les suele llamar circunstancias excluyentes de responsabilidad, sin embargo en la doctrina se crea una denominación que a criterio de Castellanos Tena es mas correcta llamándola causas que excluyen la incriminación.

Entre las causas que excluyen la incriminación encontramos:

- 1) Ausencia de conducta.
- 2) Antipicidad.
- 3) Causas de Justificación.
- 4) Causas de inculpabilidad.
- 5) Causas de inimputabilidad.

Como las justificantes no deben de confundirse con otras excluyentes, Soler dice que las causas de justificación son aquellas que se refieren al hecho o acto y son impersonales.

(54) Fernando Castellanos Tena. Ob. Cit. Pág. 183.

Edmundo Mezger funda la existencia de las causas de justificación en dos aspectos:

- 1) En la ausencia de interés.
- 2) En función del interés preponderante.

Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que dado el doble carácter o aspecto de la antijuridicidad, ésta solo podrá ser eliminada por una disposición expresa del legislador.

" Puede ser que un acto típico en condiciones normales sería antijurídico, pero el Estado excluye la antijuridicidad cuando no existe el bien o interés jurídico que se pretende proteger o cuando presentándose éste se presenta - otro interés de mayor o menor jerarquía y no pudiendo salvar a los dos, protege al de mayor relevancia conforme a derecho. Un ejemplo del primer caso es la falta de consentimiento cuando en el tipo éste no se establece por darlo la ley por supuesto; sólo en un caso como éste se estará verdaderamente frente a una causa de justificación, como es el del enfermo al que se tiene que operar y éste se encuentra privado de sus facultades mentales y de su capacidad para poder dar su consentimiento, cuando también por alguna circunstancia no existe la posibilidad de que sus familiares responsables puedan dar su consentimiento y a pesar de esto se le practique la operación, basándose en la validez de un consentimiento presunto atribuido al

propio enfermo " (55).

Entre los ejemplos que podemos citar respecto al segundo caso, es decir cuando exista un interés preponderante, están el de la legítima defensa, el Estado de necesidad, el cumplimiento del deber, etc.

Así, también cosas podemos enumerar como causas de justificación las siguientes:

- 1) La legítima defensa.
- 2) El estado de necesidad.
- 3) El cumplimiento de un deber.
- 4) El ejercicio de un derecho.
- 5) La obediencia jerárquica.
- 6) El impedimento legítimo.

1) Legítima defensa: Francisco Pavón Vasconcelos define a la legítima defensa como " la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho " (56)

Cuello Calón dice al respecto que es " la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta median-

(55) CFR. Fernando Castellanos Tena. Ob. Cit. Pág. 188.

(56) Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pag. 309.

te un acto que lesione bienes jurídicos del agresor " (57)

Fernando Castellanos Tena dice que es: " la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección " (58).

Entre los elementos de la legítima defensa tenemos los siguientes:

- a) La existencia de una agresión.
- b) Un peligro de daño derivado de la agresión.
- c) Una defensa para repeler la agresión.

En primer término vemos que es necesaria la existencia de una agresión, la cual según Mezger consiste en la conducta de todo ser ya sea éste racional o irracional, que represente un peligro o amenaza a los bienes o intereses que son objeto de protección jurídica.

Tal agresión debe ser actual para que la repulsa sea considerada como causa de justificación, esto quiere decir que si se contesta una agresión después del momento en que ésta se verificó, no estaríamos en presencia de la figura de la legítima defensa sino frente a una venganza; así mis

(57) Francisco Pavón Vasconcelos Ob.Cit. Pág. 309.

(58) Idem. Pág. 192.

mo, si tenemos conocimiento de que se va a realizar un acto que importe un peligro o amenaza a los bienes protegidos y en lugar de prevenirla por medios legales esperamos a que se realice para repelerla, tampoco estaríamos frente a la causa de justificación de que se trata, ya que no era necesaria y pudo haberse prevenido.

Pero la ley además de exigir que la agresión sea actual, también le atribuye la característica de ser violenta, es decir que al realizarse ésta, haya un interés por parte del agresor en lesionar y una naturaleza antijurídica que por contradecir las normas da lugar a que la defensa del agredido sea legítima.

La agresión adquiere el carácter de calificada por la ley, al requerirse que ésta implique un peligro o daño inmediato.

El peligro o probabilidad del mismo debe recaer sobre una persona, sus bienes, su honor, ya fuese que se tratase de un sujeto específicamente agredido o de un tercero al que se le pretende defender.

Carrancá y Trujillo dice que el daño que se causa con la agresión no debe de ser fácilmente reparable por medios legales y en forma inmediata, en virtud de lo cual se llega a la conclusión de que la defensa o repulsa a tal agresión debe de ser necesaria y proporcionada, pues si no se cum-

pliera con estos requisitos la misma sería excesiva por in necesaria o desproporcionada.

Así, al presentarse necesariamente el hecho de defenderse, se exige para la existencia de esta causa de justificación el no haya existido en el momento otro medio para evitar - el mal que se pretendía causar con la agresión. La proporcionalidad está dirigida a establecer un justo equilibrio eliminando así la posibilidad del exceso.

Existen casos en que la legítima defensa no procede o no existe como en los siguientes casos:

a) Cuando la agresión no cumpla con las condiciones o requisitos señalados en la ley.

b) Cuando la agresión no dé origen a un peligro de daño inminente respecto de los bienes de tutela penal.

c) Cuando el agredido hubiera sido el causante de la agresión que sufre dando motivos para ella.

d) Cuando el agredido hubiera tenido conocimiento de la agresión antes de actualizarse y pudiendo haberla evitado por otros medios legales no lo hubiera hecho.

Por último hablaremos de las presunciones de la legítima defensa y del exceso en la misma.

Respecto a las primeras, se considera que se presentan los

requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando aquél que cause un daño a otra persona que por medio de la violencia o por otro medio hubiera intentado entrar sin derecho a su casa, a la de su familia, a sus dependencias, o a las de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender, o a un lugar donde el agredido tenga bienes propios o ajenos respecto de los cuales tenga la misma obligación y por último, cuando lo encontrara en alguno de estos lugares en tales circunstancias que le mostrarán la posibilidad de alguna agresión.

Por lo que toca al exceso en la legítima defensa, éste se presenta cuando el que sufre la agresión realiza una innecesaria intensificación en la defensa o cuando el injustamente agredido sobrepasa los límites de un comportamiento permitido por la ley poniéndose o entrando en el ámbito de lo antijurídico. Cuando hay exceso en la legítima defensa, el acto o la conducta se considera como un delito culposo.

2) Estado de necesidad: Francisco Pavón Vasconcelos lo define como " una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio " (59).

(59) Ob. Cit. Pág. 321.

Cuello Calón dice que es " el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona " (60).

Existen diferentes opiniones o teorías que fundamentan la justificante de estado de necesidad, entre las que encontramos la de Feuerbach, la cual establece su razón de ser en base a la coacción que ejerce el mal o peligro sobre la voluntad del hombre y justifica el mal causado diciendo -- que el autor ha cometido el ilícito obligado por la propia necesidad que representa una fuerza irresistible, por lo que al actuar no tuvo posibilidad de elegir sobre su conducta.

Fernando Castellanos Tena dice que la única justificación al estado de necesidad la podemos encontrar en el valor preponderante que dentro de la jerarquía de los bienes -- tiene el valor salvado en relación al sacrificado. De dicho Criterio surgen dos situaciones:

- a) El bien salvado representa mayor valor que el sacrificado.
- b) El bien salvado es de igual valor al lesionado.

(60) Citado por Fernando Castellanos Tena. Ob. Cit. Pág. 203.

Un ejemplo del primero podría ser cuando un hombre que no tiene ningún recurso para obtener ciertos medicamentos los roba de una farmacia para salvar la vida de un descendiente, objetivamente el bien que se quiere salvar mediante el robo de las medicinas es el de la vida que es de mayor valor que el bien sacrificado. En el segundo caso podemos mencionar como ejemplo al aborto terapéutico, en donde se tiene que escoger entre la vida de la madre y la del producto, en éste caso el bien que se pretende salvar es la vida en ambos casos, lo que representa un valor igual en la jerarquía de los bienes.

Podemos mencionar como casos específicos del estado de necesidad dos:

- a) El aborto terapéutico.
- b) El robo de fámélico.

Los elementos del estado de necesidad son los siguientes:

- a) La existencia de un peligro real, grave e inminente.
- b) Que el peligro recaiga sobre bienes jurídicos.
- c) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente.
- d) Que se lesione o destruya un bien protegido por el derecho.

e) Que no exista otro medio practicable y menos per--
judicial para superar el peligro.

3) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un dere--
cho.

Cuando se realiza un hecho o conducta tipificada en la ley, en este caso en el Código Penal, en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, pierden tales hechos o conductas su carácter de ilícitos o antifurídicos, evitando así la integración del delito y eliminando la responsabilidad penal.

Los deberes que al ser cumplidos no dan lugar a la exis--
tencia de antifuridicidad pueden originarse:

a) De una norma jurídica, " pues la exclusión de la antifuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley, expresión de valor genérico indiscutible y la cual no se refiere exclusivamente a los mandatos legales, cuya fuente de producción se identifica con el poder legislativo, pudiendo emanar de un reglamento o aún de una simple ordenanza. El empleo de la fuerza deriva directamente del deber impuesto por la ley a sus agentes " (61).

Como ejemplo de este caso podemos mencionar el artículo

(61) Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pag. 334.

180 del Código Penal que a la letra dice: " se aplicará de uno a dos años de prisión y multa de diez mil pesos: al que empleando la fuerza, el amago o la amenaza se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna de sus funciones ... ". Atendiendo a este supuesto, si un particular se opone o evita en alguna de sus funciones a la autoridad pública y ésta en defensa y cumplimiento de su deber causa algún tipo de lesión, se le excluirá de cualquier responsabilidad y su conducta no se considerará ilícita y antijurídica, en virtud de que fue realizada en el cumplimiento de un deber.

b) De una orden de la autoridad: en este caso la obligación del cumplimiento del deber no surge directamente de la ley, sino de una orden dictada por un funcionario superior u órgano superior con reconocimiento jurídico a quien tiene la obligación de obedecer ya que su orden se encuentra fundada conforme a derecho.

Así las cosas volvemos a hacer referencia al artículo 180 que en su último párrafo dice: al particular que " resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal ", tal mandato será llevado a cabo por los agentes de la autoridad, de tal forma que si ésta procede a una detención cumpliendo con la orden de aprehensión dictada por el juez, no se encuentra privando ilegalmente de su libertad al acusado, por lo que no está cometiendo un -

hecho antijurídico.

El ejercicio de un derecho como causa de justificación puede derivar:

a) Del reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho que se ejerce. Al respecto se presenta un problema consistente en si el ejercicio del derecho debe siempre estar sujeto a procedimientos legales o si se contempla en la justificación el empleo de vías de hecho o extrajurídicas. De acuerdo con la mayoría de los autores se rechaza la última posibilidad ya que dicen que aún descartada la violencia como medio en el ejercicio del derecho, éste debe ejecutarse por vías legales.

b) De la facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente y ésta requiere para ser considerada como tal, en primer lugar, que derive de una autoridad y que ésta actúe dentro de su competencia y en segundo lugar que la autorización reúna los requisitos de ley.

Dentro de estos casos pueden comprenderse a las lesiones y homicidios cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones causadas como consecuencia del ejercicio del derecho a - - corregir.

4) Obediencia jerárquica: En este caso la mayoría de

los autores analizan esta situación como una causa de inculpabilidad y no como una causa de justificación. Sin embargo los autores que si le dan este carácter, lo fundamentan en una situación concreta que es cuando la obligación del cumplimiento de la orden, con independencia del conocimiento de su ilicitud nace de la misma ley. Porte Petit - señala varias hipótesis en las que se presenta la obediencia jerárquica y de las que finalmente sólo una se considera como causa de justificación que es la siguiente:

" La orden es ilícita y conociendo o no su ilicitud, el inferior tiene obligación de cumplirla, es decir sin tener poder de inspección. En este caso se trata de una causa de justificación" (62) .

Los requisitos que conforme a la ley se requieren para conformarla son:

a) Que la orden no sea notoriamente delictuosa.

b) Que no se pruebe que el acusado conocía la ilicitud de la orden.

3) El impedimento legítimo: Se da cuando el sujeto - teniendo la obligación de realizar un acto, éste no lo realiza dando como consecuencia el que su omisión caiga dentro del supuesto del tipo penal.

(62) Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pag. 346.

El impedimento legítimo cuando deriva de la propia ley, se encuentra legitimado y por lo mismo la omisión no es anti-jurídica.

Fernando Castellanos Tena menciona que en este caso vuelve a surgir el problema del interés preponderante y dice que quien viola el deber de asistencia que debe prestar a una persona herida, por auxiliar a otra más grave, sacrifica el bien jurídico de la primera en beneficio de la segunda, no considerándose antijurídica su omisión.

Actualmente se distingue entre el impedimento legítimo y el insuperable, pero se afirma que sólo el primero constituye una verdadera causa de justificación, ya que se trata de un impedimento de derecho. En el segundo caso no se -- considera como causa de justificación sino como causa de ininputabilidad y es considerado como un impedimento de hecho, al darse a través de influencia de actos o circunstancias que no son de naturaleza propiamente jurídica o por -- integrarse como casos de ausencia de conducta e inculpabilidad.

3.3 LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO.

La antijuridicidad es una contradicción entre la conducta o hecho y las normas de derecho. De acuerdo con lo antes expuesto, existen dos tipos de antijuridicidad que son la formal y la material. De acuerdo con lo expresado por --

Franz Von Liszt, la conducta o hecho es contraria a derecho desde el punto de vista formal cuando ésta transgrede a la norma establecida en la ley, violando el mandato o prohibición establecida en la misma.

En relación al delito de adulterio cabe mencionarse que aún cuando no exista un artículo o norma que defina que es al adulterio, la antijuridicidad de la conducta adulterina es evidente en el sentido formal, en virtud de que existe en nuestro Código Penal en el artículo 273 una disposición prohibitiva respecto a la comisión de tal conducta, al sancionar su realización con una pena; de lo que se desprende conforme a la definición de antijuridicidad, que si se está sancionando y se contiene este precepto en el Código, es por que se está contemplando la existencia del adulterio y que el mismo es contrario a derecho y por lo tanto su comisión es de naturaleza antijurídica.

De lo anterior desprendemos que conforme al criterio expresado por Franz Von Liszt, si se presenta la antijuridicidad formal en el delito de adulterio. El hecho de que exista un artículo que sancione al adulterio legitima su existencia para el derecho y su antijuridicidad para el efecto del presente estudio; sin embargo no deja de ser grave el que no haya ninguna disposición que defina la conducta adulterina.

Ignacio Villalobos afirma que el material antijurídico

consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes o intereses jurídicamente protegidos o tan solo el atentado contra el orden jurídico.

En esta forma, en relación al adulterio vemos que la antijuridicidad material se presenta cuando al cometer el adulterio se lesionan los bienes jurídicos tutelados que como sabemos son la familia, la sociedad y el matrimonio como base de la primera.

Ahora en términos del artículo 273 del Código Penal de acuerdo con el último párrafo, para que el adulterio sea considerado como delito se requiere que sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo y de acuerdo con el artículo 275 además se necesita que en la ejecución del acto el adulterio quede consumado, así que para que el delito de adulterio sea considerado como un acto o hecho antijurídico, deben concurrir todos y cada uno de los elementos o requisitos antes señalados para que además tenga consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho penal.

3.4 CAUSAS DE JUSTIFICACION EN EL DELITO DE ADULTERIO.

En el delito de adulterio no cabe considerar que en algún caso puedan esgrimirse las causas de justificación antes señaladas, más sin embargo, en casos concretos puede suceder que el casado o el extraño a pesar de ser autores materiales de la relación carnal, no sean responsables, ya sea

por que exista ausencia de conducta criminal o por alguna causa de inculpabilidad, esta última será analizada en el capítulo correspondiente.

De esta forma, no será responsable del delito de adulterio por ausencia de conducta criminal, cuando el adúltero vence o anula la resistencia del otro al acto, a través de la fuerza física o violencia moral o cuando para llevar a cabo la cópula se aproveche del estado de indefensión del otro, es decir que el sujeto no será responsable cuando no intervenga su voluntad y consentimiento en el acto ilícito.

De lo anterior se desprende que para efectos del derecho, en estos dos casos solo será responsable el violentador adulterino y será juzgado por ambos delitos conforme a las reglas del concurso de delitos del artículo 18 del Código Penal.

3.5 EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE ADULTERIO.

Respecto al bien jurídico protegido en el delito de adulterio vemos que los autores de derecho penal sostienen que el objeto de tutela penal son la familia como objeto principal y el matrimonio. Al respecto se expondrá la teoría - que se maneja pero nosotros creemos que en realidad el bien que se pretende proteger no es competencia ni objeto de tutela del derecho penal y al respecto expondremos nuestra opinión.

Mariano Jiménez Huerta dice " el delito de adulterio tiene por objeto tutelar la familia en cuanto grupúsculo social específico integrador de la sociedad o colectividad. Empero como los intereses jurídicos que a la familia tienen por titular son diversos, dado que dichos intereses presentan aspectos distintos a causa de la complejidad de la institución familiar legalmente constituida, preciso es concretizar específicamente la faceta o ángulo del grupo familiar que se tutela en dicho delito " (63).

El presupuesto para la existencia de algunos delitos como lo son el adulterio y la bigamia entre otros, es que haya de antemano un matrimonio legalmente establecido. De lo anterior se desprende que su existencia solo tiene ra-

(63) Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Editorial Porrúa. México 1985. Pag. 20.

zon desear cuando haya de por medio un contrato matrimonial, que es una condición necesaria para que se pueda integrar el delito.

Francisco González de la Vega dice que " el adulterio debe reprimirse penalmente porque quebranta la fidelidad conyugal, estimándose que ésta es el bien jurídico lesionado por la infracción y por consecuencia también la familia " (64).

Una de las principales causas por las que el derecho penal protege a la familia, que es el interés o bien jurídico protegido por el delito de adulterio, son las consecuencias que causa en el hogar la existencia de este delito.

Entonces, podemos ver que el bien jurídico protegido es la familia, pero por otro lado también igualmente lo es la sociedad, esto se basa en el criterio de que la familia es la base de la sociedad y ésta última resulta lesionada con la comisión del adulterio, ya que como se dijo antes atenta contra sus principios y valores de convivencia y mas -- cuando es realizado en el domicilio conyugal o con escándalo, que son las circunstancias establecidas por el Código Penal.

Pensamos que la razón por la que el legislador creó el artículo 273 está basado en principios o valores de naturaleza

(64) Francisco González de la Vega. Derecho Penal Mexicano Editorial Porrúa. México 1985 Pag. 435.

za moral y social, por que el criterio en términos generales es que el domicilio conyugal no debe ser objeto de -- delitos como éste y que para estos efectos es inviolable, ya que es el lugar en donde conviven los hijos y el cónyuge inocente, además de que acarrea consigo la comisión de dicho delito un mal ejemplo no sólo para los hijos y el cónyuge, sino para toda la sociedad y el cual propicia como resultado la desadaptación de todos los miembros tanto del hogar como de la sociedad dando origen a una comisión de delitos, como en un momento dado sería la asociación delictuosa, el consumo y distribución de drogas y el homicidio.

Como se desprende de lo anterior, lo que importa al contemplarse y sancionarse el delito de adulterio es que no sean lesionados los intereses jurídicos protegidos y es un hecho que con el elemento escándalo en el adulterio se perturba aún más que con adulterio simple el orden social, - así como el honor y la estabilidad psicológica y emocional tanto del cónyuge ofendido como de los hijos.

Es importante hacer notar que a nuestro parecer el artículo 273 del Código Penal es incompleto, puesto que no considera todas las formas o circunstancias en que se puede dar el adulterio, limitándolo solo a dos, que como ya se dijo son que se realice en el domicilio conyugal o con escándalo y no contempla la existencia de la relación o ayunta--

miento carnal de los adúlteros fuera del domicilio conyugal y sin escándalo. Por lo anterior pensamos que lo que se tomó en cuenta para sancionar el adulterio fue el que éste se realizara en forma injuriosa, lo que es limitativo respecto al delito como tal.

Sobre lo anterior pienso que se debieron de considerar todas las situaciones en que se puede realizar el delito de adulterio y no solo limitarse a los dos casos ya señalados, pues de esta forma no se castiga al delito de adulterio como tal sino a un delito sexual injurioso. De aquí se desprende que cualquier relación sexual realizada por una persona casada sin presentarse las dos situaciones establecidas por el Código Penal no sería delito de adulterio, lo que en sí representa dejar a la familia sin protección.

Si nos manifestáramos por la teoría general, pensaríamos que para los efectos antes mencionados, hubiera sido importante modificar el artículo 273, adicionando la punibilidad del adulterio realizado en cualquier otra forma que no fuera de las contempladas en la legislación actual, ya que de esta forma se corregiría la omisión y como consecuencia la tutela penal extendería su protección a toda la familia en cualquier caso en que se realizara este delito.

Pero como expresamos anteriormente, nosotros no estamos de acuerdo en este punto con la doctrina, al menos en el caso

del derecho penal, ya que consideramos en primer término que la fidelidad conyugal no compete al ámbito del derecho penal y por tanto si no es de su competencia no puede ser protegido ni el bien jurídico ni el lesionado por lo menos en esta materia, mas si lo puede ser en el derecho privado, y específicamente en el derecho civil.

Al respecto Francisco González de la Vega nos dice: "En nuestra opinión, es indudable que en materia civil, se establece entre los cónyuges el mutuo deber de fidelidad sexual, puesto que su incumplimiento consistente en cualquier acto carnal adulterino, es siempre productor de las acciones y sanciones privadas tales como el divorcio y - - otras a las que ya nos hemos referido" (65).

De acuerdo con lo anterior, nosotros pensamos que en nuestra legislación la fidelidad conyugal en materia penal no constituye objeto de tutela penal y por lo tanto no se - - justifica la pena que en virtud de ésta se pretende aplicar.

Por lo que toca a la familia, si lo que se pretende proteger es la unidad y estabilidad de la misma, consideramos en primer lugar que no corresponde esta función al derecho penal puesto que para eso existe una rama del derecho llamada derecho de familia que de eso se encarga. En segun-

(65) Ob. Cit. Pág. 436.

do lugar, la protección que actualmente en los términos de la legislación penal se da a la familia es bastante cuestionable, ya que la acción que se ejerce con este fin no extingue el estado de adulterio en que se encuentra uno de los cónyuges ni el de lesión en que está el ofendido y por lo tanto no soluciona las situaciones y consecuencias que del adulterio se derivan.

Referente a lo antes mencionado respecto al bien jurídico tutelado, Langle nos dice:

"Cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar, sino de una manera nominal y ficticia. En segundo lugar, 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" (66)

El adulterio ataca a la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser consideradas y tratadas dentro del derecho privado.

(66) Citado por Francisco González de la Vega. Ob. Cit. Pág. 436.

CAPITULO CUARTO

CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO

4.1 DE LA IMPUTABILIDAD.

En este capítulo estudiaremos a la imputabilidad como un elemento necesario para que exista el delito. Así las cosas podemos decir que la imputabilidad es la capacidad que tiene el sujeto para reconocer y realizar actos que saben ser ilícitos y que por lo tanto traen consigo consecuencias penales, lo que significa que tenga la capacidad de realizar un acto entendiéndolo y queriéndolo.

La imputabilidad es la capacidad de conocer o entender y querer conocer que la conducta que se está realizando es ilícita o delictiva y aceptar al resultado de esa conducta.

Fernando Castellanos Tena expresa " para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de determinarse en función de lo que conoce; luego la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad ". (67).

Así vemos que Castellanos Tena no considera a la imputabilidad como un elemento autónomo del delito.

Raúl Carrancá y Trujillo sostiene que " es imputable a todo aquél que posee al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la

(67) Ob, cit. Pág. 217.

ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad más adelante manifiesta que mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal " (68).

Otro autor que considera a la imputabilidad no como elemento del delito, sino como presupuesto de la culpabilidad, es el maestro Ignacio Villalobos. La imputabilidad es la capacidad de obrar con discernimiento y por tanto, ajustarse a las normas jurídicas o apartarse de ellas.

Para terminar, podemos afirmar que la idea más aceptada de imputabilidad es la que nos da Mayor al definirla diciendo que es " la posibilidad, condicionada por la salud y madurez espirituales del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento " (69).

De todo lo anterior concluimos que la imputabilidad es el elemento psicológico del delito de adulterio que consiste como ya dijimos en conocer y querer; es decir, en el caso del adulterio, para el casado infiel representa la voluntad y conocimiento de que ejecuta el acceso carnal con una persona diferente de su cónyuge y para el co-adul

(68) Raúl Carranca y Trujillo. Ob. Cit. Pág. 415

(69) Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pág. 366

ter consiste en la voluntad y conocimiento de que está efectuando tal acto con una persona unida en matrimonio con otra.

4.2 DE LA INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad supone según Francisco Pavón Vasconcelos la ausencia de capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito de la conducta o hecho que está realizando. La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.

Para determinar las causas de inimputabilidad se toman en cuenta tres factores fundamentales que son: el biológico, el psicológico y el mixto. Así, en el primer caso el sujeto es inimputable como consecuencia de un elemento biológico, en el segundo por el estado psicológico del sujeto por anormalidad como sería el caso de perturbación de la conciencia y en el último caso como su nombre lo dice, se excluye la imputabilidad en base a los dos criterios anteriores.

Entre las causas de inimputabilidad podemos señalar los siguientes: El estado de inconsciencia (permanente o transitoria), el trastorno mental transitorio por empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas enervantes o embriagantes o por un estado tóxico infeccioso, por un - - trastorno mental involuntario de carácter patológico y

transitorio, miedo grave y sordo-mudez. Sin embargo, actualmente se tratan igualmente las incapacidades originadas en causas distintas como son la ceguera, el sueño, la sugestión hipnótica, el sonambulismo, etc.

" De acuerdo con lo expresado por Sergio García Ramírez, la inimputabilidad se aplica en el caso de quienes no - - puedan comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión (incapacidad de querer)" . (70)

4.3 LA CULPABILIDAD.

" Jiménez de Azúa considera a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamenta la reprochabilidad personal de una conducta antijurídica" (71).

"Porte Petit dice que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que vincula al sujeto con el resultado de la conducta realizada. Para Castellanos Tena la culpabilidad es el nexo que liga al sujeto con su acto." (72).

Podemos definir a la culpabilidad como un juicio de reproche o desaprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.

(70) Ofr. Fernando Castellanos Tena. Ob.Cit. Pág. 225.

(71) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos Ob. Cit. Pág. 353.

(72) CFR. Fernando Castellanos Tena, Ob. Cit. Pág/ 234/

Dos son las principales doctrinas o teorías sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: la psicologista, que la fundamenta en el hecho psicológico causal del resultado. Para esta teoría, la culpabilidad consiste en la posición subjetiva del sujeto en relación al hecho realizado, lo cual requiere de una valoración normativa.

La culpabilidad se da cuando se comprueba la oposición que existe entre la valoración o conocimiento de lo que se debe hacer o no hacer y el desvalor creado por la conducta realizada, o sea que el sujeto activo esté consciente de la ilicitud del acto que está realizando.

" La segunda corriente es la normativista que ubica a la culpabilidad como al juicio de reproche de una motivación del sujeto, como la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber." (73).

Sabemos que en la antijuridicidad hay una realización entre la acción y la norma. En la culpabilidad la realización existe entre el sujeto y la acción.

La culpabilidad reviste dos formas fundamentales que son:

- 1) El dolo: que existe cuando el sujeto dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en

(73) Ibidem pág. 236

la ley como delito, es decir cuando se ha querido el resultado del hecho realizado.

Jiménez de Azúa dice que "dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica" (74).

Para Fernando Castellanos Tena el dolo consiste en llevar a cabo una conducta consciente y voluntariamente, la cual está dirigida a producir un resultado típico y antijurídico.

2) La culpa: La culpa se va a presentar cuando al ser realizada la conducta por el sujeto activo, éste lo haga sin que intervenga su intención o su voluntad y cuando no la haya realizado con el cuidado necesario. Esto trae como consecuencia que el resultado de tal conducta sea dañoso o típico y penado por la ley, lo que significa que la culpa se presenta cuando no hay por parte del sujeto activo la voluntad de crear un resultado típico, ya que si ésta existiera no estaríamos frente a un caso de culpa sino

(74) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Ob.cit. Pág.

no de dolo. En otras palabras, existe culpa cuando el - - cuando el hecho o la conducta y su resultado no se han querido, pero se causaron por im-prudencia o negligencia.

Francisco Pavón Vasconcelos define a la culpa como "el resultado típico y antijurídico no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntaria y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres" (75).

4.4 LA INculpABILIDAD

La inculpabilidad constituye el aspecto negativo de la culpabilidad. Encontramos entre las causas de inculpabilidad aquellas que atacan el elemento intelectual o el volitivo o ambos, a los cuales hemos hecho referencia al hablar de culpabilidad.

Para algunos tratadistas las causas de inculpabilidad son el error y la coacción sobre la voluntad, entendiendo que sólo el error de hecho puede ser eximente siempre y cuando el sujeto actúe antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, ya que si es verdad que existe el error accidental éste no puede considerarse nunca como eximente.

(75) Ibidem. Pág. 397

El artículo 15 del Código Penal, señala como excluyente de responsabilidad la ignorancia culpable. Igualmente considera excluyente de responsabilidad al miedo grave o al temor fundado irresistible de un mal inminentemente grave en la persona del contraventor, siempre y cuando exista una coacción sobre la voluntad irresistible de tal manera que se destruya uno de los elementos de la culpabilidad.

Como en todos los delitos sexuales, los cuales tienen por objeto realizar el hecho ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El adulterio debidamente tipificado necesariamente tendrá que ser doloso y el dolo se encuentra, en el caso de los dos ejecutores, en la consciente realización de la cópula que viola las normas matrimoniales y familiares.

Existen casos concretos en que uno de los autores materiales del delito no sea responsable penalmente por una causa de inculpabilidad, que existe cuando el copartícipe del adúltero desconozca el vínculo matrimonial de su co-adúlter o cuando hubiese tenido cópula con persona distinta de su cónyuge creyéndose viudo, por haber recibido noticias falsas que en apariencia parecían dignas de fe y que le hicieron creer la muerte de su cónyuge.

CAPITULO QUINTO

PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO Y LA TENTATIVA

5.1. LA PUNIBILIDAD

El hecho o acto típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, es decir debe ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso.

Francisco Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social " (76).

Según la opinión del maestro Fernando Castellanos Tena la punibilidad es: " a) merecimiento de penas; b) conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y c) aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley " (77).

" Una conducta humana para ser delictiva, ha de estar conminada con la amenaza de la pena, es decir, ésta ha de ser la consecuencia de aquella, legal y necesariamente . . . La ley sin penas es campana sin badajo. " (78).

(76) Ob. Cit. Pág. 421.

(77) Ob. Cit. Pág. 273

(78) Raúl Carrancá y Trujillo. Ob. Cit. Pág. 408

Sostiene Antonio Moreno de P. que "la pena es el elemento integral del delito que por su conminación es el medio de proteger la norma independientemente de que se aplique o no la pena" (79).

Nosotros pensamos que la punibilidad se puede definir como la pena a que se hace acreedora una persona como consecuencia de haber realizado una conducta o hecho típico, antijurídico y culpable.

Como ha sucedido con otros elementos del delito, en la punibilidad también se han dividido las opiniones al considerar a aquél como un elemento autónomo o no del delito.

El delito suele ser definido como la conducta o hecho típico, antijurídico y culpable. Sin embargo existen autores como Cuello Calón y Jiménez de Azúa que agregan delito además a la punibilidad, cosa con la que no nos encontramos de acuerdo.

" El merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento, ... la punibilidad es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena.. (80)

(79) Antonio Moreno de P. Ob. Cit. Pág. 36.

(80) Fernando Castellanos Tena. Ob. Cit. Pág. 130

dice Fernando Castellanos Tena.

Sin embargo hay autores que afirman lo contrario como es el caso de Porte Petit y Francisco Pavón Vasconcelos, quienes fundan el criterio de que la punibilidad es elemento esencial del delito en el artículo 7 del Código Penal, ya que éste define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Así Pavón Vasconcelos afirma que la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se vuelve un precepto declarativo sin obligatoriedad y eficiencia alguna.

Estamos de acuerdo en que la norma o precepto legal que establece un delito, requiere de una sanción para garantizar la coercibilidad y eficacia del mismo. Sin embargo esto no quiere decir que la pena o más bien la punibilidad sea un elemento esencial del delito, ya que este último es una conducta realizada que se encuentra establecida como delito al estar tipificada y ser contraria a derecho y culpable en los términos del artículo 8 del Código Penal. La pena o el establecimiento de las penas se da -- como consecuencia de la realización del acto cuando cumple con las características antes señaladas. Además cabe mencionar que cuando no se cumple con las condiciones objetivas de punibilidad o cuando existen excusas absolutorias, se suspende la posibilidad de que la conducta sea punible por lo que en base a esto último podemos afirmar que la

punibilidad no es un elemento esencial ya que no siempre se presenta al cometerse un delito y que se le debe considerar como una consecuencia de la comisión del mismo.

Podemos agregar que al establecerse formalmente el delito y describir la conducta en el tipo, se está diciendo que es lo que se prohíbe hacer por considerarse en ambos casos contrario a derecho y es esto lo que se considera o conoce como delito. Una vez establecido el delito hace falta algún medio para obligar a cumplir el precepto, esto en virtud de las consecuencias que traería en todos los ámbitos su incumplimiento, surgiendo entonces la necesidad de establecer de las penas para evitar éste último y asegurar la eficacia del orden jurídico, por lo que considero a la punibilidad como un elemento independiente del delito. Como un ejemplo de lo anterior está el caso del artículo 367 del Código Penal que establece en que consiste el delito de robo y en forma independiente se establecen las sanciones en el artículo 370.

Así las cosas, Fernando Castellanos Tena dice: "la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo" (81).

(81) Ob., Cít. Pág. 131

Para terminar con este aspecto de la punibilidad diremos que un acto es punible por que es delito, pero no es delito por ser punible.

5.2. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

La ausencia de punibilidad o aspecto negativo de la punibilidad está formado por aquellas causas, que dejando el carácter delictuoso de la conducta, no permiten la aplicación de la pena correspondiente.

Las causas a que hemos hecho referencia son las llamadas excusas absolutorias y que dan origen a la inexistencia del delito respecto al sujeto que lo cometió.

Jiménez de Azúa las define diciendo que son " causas de impunidad o excusas absolutorias las que hacen que a un acto típico antijurídico, imputable a un autor y culpable, - no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública" (82).

Fernando Castellanos Tena dice que son "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena" (83).

(82) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pag. 427.

(83) Ob. Cit. Pag. 277.

5.3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En nuestro sistema jurídico encontramos las siguientes excusas absolutorias:

1) Excusa por razones de mínima temibilidad:

El artículo 375 del Código Penal establece que si el valor de lo robado no excede a diez veces el salario mínimo establecido para el Distrito Federal y es restituido por el sujeto activo espontáneamente y si además éste paga los daños y perjuicios antes de que la autoridad tome conocimiento del hecho y el robo no se ejecuta con violencia, no se impondrá sanción alguna.

Como puede observarse la poca cuantía del ilícito, la restitución espontánea, o bien decir el arrepentimiento del sujeto y las circunstancias de comisión del delito indican mínima temibilidad del sujeto activo.

2) Excusa en aborto imprudencial o en embarazo resultado de violación:

El Código Penal en su artículo 333 establece la impunidad en el caso de aborto causado por imprudencia de la mujer o cuando el embarazo sea consecuencia de una violación.

En el primer caso se estima que existe mínima o ninguna temibilidad y que la mujer sufre las consecuencias de su propio descuido e imprudencia, la segunda hipótesis la ex-

plican los tratadistas en función de que no debe imponerse a la mujer una maternidad dudosa u odiosa que le recuerde el hecho de la violación. Aquí se señala una razón de no exigibilidad de otra conducta.

3) Otras excusas:

Fernando Castellanos Tena, señala como otras excusas por no exigibilidad de otra conducta: la contenida en la fracción II del artículo 280 del Código Penal referente a la no imposición de sanción a determinados familiares de un responsable de homicidio si ocultan, destruyen o inhuman el cadáver de la víctima sin la autorización correspondiente; otra es la señalada en el artículo 151 del mismo Código respecto a la excusa en favor de ciertos familiares de un detenido, procesado o sentenciado cuando faciliten la evasión de éste sin utilizar violencia en las personas o fuerza en las cosas; otra mas la establecida en la fracción IV del artículo 247 del mismo ordenamiento legal, en relación con la falsa declaración del acusado.

Francisco Pavón Vasconcelos establece la existencia de excusas absolutorias de tres diferentes clases que se pueden agrupar en la siguiente forma:

"1) En razón del arrepentimiento y de la misma peligrosidad: artículo 139 (deposición de armas por el rebelde) y 375 (robo cuyo valor no exceda de veinticinco

pesos).

2) En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor: artículo 333, primera parte -- (aborto por imprudencia de la propia mujer embarazada) y 349 (injurias recíprocas).

3) En razón de la conservación de las relaciones familiares: artículo 377, 385, y 390 (robo, abuso de confianza y fraude cometido por ascendientes contra sus descendientes o por estos contra aquellos).” (B4).

Como podemos ver, en nuestra actual legislación penal no se encuentra incluida ninguna excusa que absuelva, es decir que justifique el que la pena no sea impuesta a los culpables de adulterio, como específicamente sucede en los casos antes señalados, en donde previamente se establecer las condiciones en que tales delitos no serán castigados.

5.4. LA PUNIBILIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO.

Dentro del estudio de la punibilidad encontramos la existencia de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad.

(B4) Ob. Cit. Pag. 433 y 434.

Fernando Castellanos Tena las define como "aquellas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación" (85).

Las condiciones objetivas constituyen un requisito, una circunstancia, un dato, que debe darse para que opere la punibilidad, pero sin que sea elemento del delito.

Algunos autores establecen una corriente doctrinal muy difundida que señala que la condición de punibilidad es un acontecimiento futuro e incierto, cuya realización es necesaria para la integración jurídica del delito.

La mayoría de los autores de derecho penal consideran que se debe tratar de un acontecimiento totalmente independiente de la actividad culpable, sin ningún nexo de causalidad con éste.

Cuando existen condiciones objetivas de punibilidad, es necesario considerar que se debe tratar de un acontecimiento no sólo futuro e incierto, sino también extrínseco o ajeno al hecho que constituye el delito.

Por lo regular para que se considere a un acto o hecho como delictivo es suficiente que sea típico, antijurídico y culpable. Algunos delitos como ya dijimos exigen determinadas condiciones para su punibilidad, las cuales han

(85) Ob. Cit. Pág. 276.

llegado a ser confundidas con los requisitos de procedibilidad como sería el caso de la querrela en los llamados delitos privados como es el del delito de adulterio.

Nosotros podemos definir a las condiciones objetivas de punibilidad como: aquellas circunstancias ajenas o exteriores al delito e independientes de la voluntad del sujeto.

Así las cosas en el caso del delito de adulterio contemplado en el artículo 273 del Código Penal, se señalan dos elementos que en principio podría pensarse que por estar supeditada la punibilidad del adulterio a la existencia y realización de ellos, se consideren como condiciones objetivas de punibilidad. Sin embargo no es así si no que son elementos del tipo del delito de adulterio y consisten en que el mismo sea realizado en el domicilio conyugal o con escándalo.

En primer término conforme a todo lo anteriormente señalado estos dos elementos o requisitos constituyen al delito de adulterio en materia penal, ya que el adulterio simple sin que se presenten ambas circunstancias no representa ningún delito de adulterio en materia penal, pues el adulterio simple sin que se presenten ambas circunstancias no representa ningún delito; es decir ninguna responsabilidad, ni ilícito penal alguno. Además, los elementos de que hablamos no son ajenos al delito sino que son necesaa-

rios e imprescindibles para la configuración del mismo, al contrario de las condiciones objetivas de punibilidad que como ya dijimos deben ser totalmente ajenas al delito mismo.

Pero además, también podemos añadir que tales elementos tampoco son ajenos a la voluntad de los sujetos activos, por lo que desde este punto de vista tampoco cumplen con las características de las condiciones objetivas de punibilidad.

Al respecto podemos decir que un ejemplo de una condición objetiva de punibilidad, es la previa declaración judicial de quiebra, para poder proceder por el delito de quiebra fraudulenta; o como sucede en los delitos fiscales, en los cuales se requiere una declaración de la Hacienda Pública respecto a la existencia de un perjuicio fiscal para poder proceder por ejemplo por el delito de fraude.

Relativo al adulterio, podemos decir que tomando como base los ejemplos anteriores, no encontramos ninguna condición objetiva a que esté sujeta la punibilidad del delito; podría ser el caso de la existencia de dicha condición, si para proceder penalmente contra los adúlteros y sancionar el delito se requiriera previamente de una sentencia de divorcio por la causal de adulterio como sucedía en la legislación alemana que en su Código Penal párrafo 172 hoy derogado, requería para la punibilidad del adulterio en

materia penal que primero se hubiese dictado sentencia de divorcio contra el cónyuge culpable. Lo mismo sucedió antes en la legislación Francesa, pero es el caso que en nuestra legislación el delito de adulterio es autónomo y por lo tanto se regula, sanciona y tiene diferentes consecuencias que las que tiene el adulterio en el ámbito civil. De lo anterior se concluye que el delito de adulterio no entra dentro de los pocos delitos cuya penalidad se encuentra condicionada por alguna condición objetiva de punibilidad.

Entrando al análisis de los artículos contenidos en el -- Código Penal relativos al delito de adulterio y en lo que toca a la punibilidad del mismo comenzaremos señalando que el artículo 274 establece:

" No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido, pero cuando éste formule su queja contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes ".

Esto se entiende en el caso de que los adúlteros vivan, -- estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la -- justicia del país, pero cuando no es así sólo se podrá proceder contra el responsable que se encuentre en estas circunstancias.

En este artículo encontramos que el delito de adulterio se

persigue única y exclusivamente por querrela de la parte ofendida, solamente el cónyuge ofendido es el que puede formular la demanda o acusación, a diferencia de algunas antiguas legislaciones en donde se permitía que dicha acusación fuera hecha por el padre o por parientes en línea directa de la mujer adúltera y más aún en algunas otras se permitió que extraños denunciarán el adulterio.

Por lo que toca a la última parte del artículo 274, habla de que se sancionará también a los que aparezcan como code lincuentes.

Existe el término que designa a los culpables de adulterio y que es " adúlteros " y en el artículo 274 se abarca dentro de éste término a ambos sujetos activos; el que estando casado tiene relaciones con persona ajena a su cónyuge y el que sostiene relaciones con una persona a sabiendas de que es casado.

El mismo artículo habla de sancionar además de a los adúlteros a los code lincuentes. Así las cosas considero importante establecer el concepto de code lincuencia y el de code lincuente antes de abundar en lo referente a los code lincuentes en este delito.

Rafael de Pina define a la code lincuencia como: " el fenómeno delictivo que se presenta cuando una infracción

penal es cometida con el concurso de varios sujetos " --
(86).

Igualmente define al codelincuente como: " La persona que
comete un delito en unión de otra u otras " (87).

Pudimos notar que es sinónimo de codelincuente el término
coautor que es definido por Rafael de Pina como: " La per-
sona que en unión de otra u otras comete una infracción
penal " (88).

Entrando ya al análisis del artículo 274 que habla de los
codelincuentes en el delito de adulterio, creemos impor-
tante determinar a quienes debemos considerar como tales
conforme a la ley y al respecto se establece en el artícu-
lo 13 del Código Penal lo siguiente:

" Son responsables del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización.

II.- Los que lo realicen por sí.

III.- Los que lo realicen conjuntamente.

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

(86) Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara. Diccionario
de Derecho. Edit. Porrúa. México 1988. Pág. 155.

(87) Idem.

(88) Idem.

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

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

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

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado.

De lo anterior podemos deducir que si los culpables de adulterio son los que llevan a cabo la relación carnal ilícita, o sea los sujetos activos o delincuentes, los que auxilien en los términos de la fracción I, que se refiere al simple acuerdo o preparación para su realización, a su elaboración mental o a los actos preparatorios para la comisión del adulterio; de la fracción V, que contempla lo que anteriormente era materia de la fracción II, esto es, inducir o compeler; y por último de la fracción VI que consiste en la prestación de ayuda o auxilio a otra persona para la comisión del delito.

Considero importante señalar que existe una diferencia entre codelincuente y el cómplice o encubridor. Jiménez Huerta nos dice que los últimos se encuentran regulados en

otro apartado del Código, ya que se considera un delito autónomo al encubrimiento y que en los términos del artículo 400 del Código Penal dice:

" Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito, sin haber participado en éste, adquiera, reciba y oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito.

III.- Oculte al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe.

IV.- Requerido por las autoridades no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

V.- No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obli

gación de afrontar el riesgo, en cuyo caso, se estará a lo previsto en este artículo o en otras - normas aplicables ".

De lo antes mencionado podemos concluir que en el caso del delito de adulterio podrían verse dentro del supuesto del artículo 400 los que actúen en los términos de las fracciones II y V del mismo.

Por último cabe señalar que el Código Penal establece que se procederá contra los dos adúlteros y los que aparezcan como delincuentes; resulta a mi criterio que salvo casos excepcionales, no puede ser posible que para cometer el adulterio, exista una tercera persona que pueda intervenir en la comisión de éste ya sea como coautor o code delincuente, puesto que en la mayoría de los casos para la comisión de este delito los sujetos activos procurarán la mayor discreción y silencio posible, debido a que el que este hecho fuera del conocimiento de otro u otros sería perjudicial en todos los aspectos para los adúlteros.

El artículo 275 establece que solo podrá ser castigado el adulterio consumado. Lo anterior quiere decir que este delito no admite grados y rompe con la disposición o regla contenida en el artículo 12 del Código Penal; esto se debe a que se considera que los actos preparatorios y los antecedentes de la relación carnal adulterina son generalmente equívocos y su persecución solo daría lugar a injusticias

y errores.

Es verdad que el artículo 275 establece que solo se castigará el adulterio consumado, pero también es verdad que no se esclarece cuando es que el delito queda consumado; es decir no se establece que se debe entender por consumado.

Al respecto considero que es importante que tanto en la creación de los artículos que determinan los delitos como en la redacción, de los mismos se considere y plasme específica y concretamente lo que se pretende regular; en el caso del adulterio no se da la situación antes mencionada, ya que se omite determinar que es lo que se debe entender por " consumado " y esto entre otras cosas propicia la dificultad en su comprobación y por lo tanto en la punibilidad del delito.

Existen algunas interpretaciones doctrinales que dicen que por consumado se debe entender la cópula normal, es decir el ayuntamiento carnal entre los delincuentes; al respecto pensamos que es poco práctico este concepto, ya que es difícil poder encontrar a los adúlteros en el momento del ayuntamiento carnal o actos posteriores a él. Igualmente pensamos acerca de la consumación del adulterio o de la presunción de la misma por otros actos como sería el caso de las cartas, llamadas telefónicas y otros que sean de naturaleza sexual pero que no concluyan en la cópula o ayuntamiento carnal.

Al respecto Mariano Jiménez Huerta dice: " No hay duda que el delito queda consumado por la cópula normal " (89).

Estamos de acuerdo con el maestro Jiménez Huerta, en cuanto a que el delito se puede consumir a través de la cópula normal; sin embargo el mismo autor sustenta el criterio en el que se afirma que no necesariamente tiene que quedar restringida tal consumación a este tipo de actos, sino que ésta también puede darse por cópula anormal, ya que tales actos también implican una ofensa al cónyuge ofendido, así como una violación del deber de fidelidad que atenta contra el orden matrimonial y como consecuencia también representa un atentado contra la familia y los valores y principios de la sociedad.

"Limitar la consumación del delito a que hace referencia el artículo 275 a la realización de la cópula normal, es desconocer la realidad de otros actos materiales de igual signo y densidad antijurídica" (90).

En cuanto a este último punto también nos encontramos de acuerdo con Jiménez Huerta, ya que pensamos que debe incluirse dentro del concepto de "consumación", la cópula

(89) Ob. Cit. Pág. 29

(90) Idem.

anormal, entendiendo por esta la cópula que existe entre personas del mismo sexo, así como las cópulas incompletas en ambos casos. Referente a este criterio diferimos de la opinión de Carrara, quien considera que estos últimos no deben tomarse en cuenta para determinar la existencia y consumación del adulterio y que no constituyen adulterio de ninguna manera.

De acuerdo con lo anterior, como ya lo hemos señalado, estamos de acuerdo en que la consumación del adulterio no se puede restringir a la cópula normal, debido a que como mencionamos antes existen otras circunstancias no contempladas y otros actos además de la cópula normal, pero de ningún modo deben considerarse como medios consumatorios del delito, los besos, caricias, cartas, etc., ya que estos sólo implican la tentativa del delito, debido a que por la forma en que se realizan y lo que implican en sí mismos -- los consideramos como actos preparatorios o antecedentes de la fornicación adulterina y el aceptarlos como elementos consumatorios del delito, traería como consecuencia el que se diera lugar a situaciones equívocas, errores e injusticias.

Lo anterior no quita que tales actos distintos de la cópula normal y anormal si causen repercusiones negativas tanto en el cónyuge ofendido como en la familia, ya que su comisión causa consecuencias de la misma naturaleza aunque

no con la misma intensidad que el adulterio cometido por cópula normal o anormal y que para efectos de la penalización del delito de adulterio en nuestra legislación carecen de practicidad y de actualidad conforme a la realidad que hoy por hoy se vive.

Nosotros pensamos que para resolver la cuestión de la infidelidad y las consecuencias que se plantean con la comisión del adulterio así como para proteger a la familia y las instituciones que ésta implica o de las que es origen, basta con acudir a la figura del divorcio.

Ahora como ya hemos dicho, se considera que el adulterio para efectos del derecho penal queda consumado al realizar la cópula normal; al respecto considero que es necesario especificar en que consiste la acción de cópula normal y anormal, y de la cual Francisco González de la Vega nos dice:

" La acción de copular comprende a los ayuntamientos sexuales normales de varón a mujer precisamente por la vía vaginal así como y a los anormales, sean estos homosexuales -- masculinos o sean de varón a mujer, pero en bases no apropiadas para la fornicación natural " (91).

En nuestra legislación se ha omitido considerar cualquier otro acto que no sea la cópula normal para la consumación

(91) Francisco González de la Vega. Ob. Cit. Pág. 385.

del delito de adulterio y así lo ratifica el maestro Francisco González de la Vega al decir:

" Se excluyen cualesquiera otras obscenidades, por íntimas que sean y los actos de homosexualismos por que nunca han correspondido a los conceptos general, civil o penal del adulterio " (92).

Como ya hemos señalado, consideramos que el adulterio se consuma por la cópula normal, pero nuestra legislación nada más la considera para efectos del adulterio cuando ésta se da entre un hombre y una mujer sea cual fuere de los dos el que se hubiera casado; a nuestro parecer, el delito también se consuma cuando la cópula se realiza entre miembros del mismo sexo, por lo cual en este punto diferimos de la opinión de Francisco González de la Vega, ya que el no considerar este aspecto o situación es estar negando y desconociendo una realidad, por que si se considera que lo que se pretende proteger es el orden matrimonial y por ende el familiar, hay que considerar que se atenta igual tra éstos si la infidelidad es con una mujer que con un hombre y que se dan las mismas repercusiones en la estabilidad y orden familiar o aún más graves cuando el adulterio sea cometido entre homosexuales, por lo que debe considerarse consumado un adulterio en los dos casos.

(92) Ibidem. Pág. 440.

Como ya se dijo, el adulterio estará consumado cuando entre los adúlteros se haya realizado la realización carnal mediante la cópula normal; respecto a la comprobación de esta última, es decir la relación sexual, la Suprema Corte de Justicia ha determinado:

" Para la comprobación de las realizaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva " (93).

Jiménez Huerta señala que las relaciones sexuales o conjunción carnal como él la llama, no siempre podrá ser probada físicamente, es decir en forma tomista, esto es que se descubra a los adúlteros durante o después de la cópula, sino que también podrá ser comprobable, dice, mediante la confesión, cartas o retratos.

Esto de algún modo está ligado a algunos puntos que ya hemos tratado, en el sentido de que con la confesión definitivamente es comprobable la relación carnal entre los adúlteros, más no consideramos que suceda así con las cartas y retratos, ya que desde nuestro punto de vista con estos últimos solo se presume o se prueba la existencia de una relación interpersonal y afectiva entre los delincuentes y la realización de actos materiales adulterinos distintos del ayuntamiento carnal, los que implican una ofensa al

(93) Apéndice 1917/85, Primera Sala.

conyuge inocente y un atentado contra el orden matrimonial y familiar. Tales actos tienen las mismas repercusiones o consecuencias que el adulterio donde existe la relación carnal; mas sin embargo pensamos que tales medios de prueba (cartas y retratos) no comprueban la relación carnal.

De este modo Francisco González de la Vega nos dice:

" La demostración procesal del fónico es difícil, pudiendo sin embargo establecerse indirectamente mediante pruebas de indicios, testimonios, correspondencia amorosa, revelaciones a terceros, etc., de las que pueda con certidumbre inferirse una unión sexual " (94).

De lo anterior podrá inferirse que existe una relación adulterina aunque no se pueda probar la presencia de relaciones sexuales entre los delincuentes.

Volviendo a retomar el análisis del artículo 275 podemos decir que el adulterio es un delito instantáneo, porque se consuma en el momento mismo del acceso carnal; puede llegar a ser un delito continuo cuando entre los mismos autores se prolonga en forma más o menos permanente un estado de relaciones sexuales; es decir la reiteración más o menos persistente de ayuntamientos carnales adulterinos entre las mismas personas.

(94) Ob. Cit. Pág. 440

Pasemos al análisis del artículo 276 que dice:

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

Este artículo constituye una excepción sobre la obligatoriedad y cumplimiento de la cosa juzgada, ya que a pesar de ser obligatorio el cumplimiento de la sentencia el perdón del ofendido impide la ejecución de la misma; esto debido a que el artículo 276 dice que no producirá efecto -- alguno si se ha dictado.

Al respecto Francisco González de la Vega dice:

" Adviertase que el perdón en el adulterio por excepción no solo es extintor de la acción penal, sino también de las penas; esto último repugna a la tradición jurídica, ya que la sentencia punitiva se anula ante una especie de indulto por gracia en manos de particulares " (95).

Según el maestro Antonio Moreno P., es el único caso en que se presenta esta situación en la ley, ya que se -- anula la cosa juzgada y sus efectos y ni siquiera el -- mismo indulto destituye los efectos de la cosa juzgada.

Puede darse el caso de que el adulterio sea doble, y sien-

(95) Ibidem. Pág. 446.

do así existen por lo tanto dos cónyuges ofendidos, quienes pueden querellarse simultáneamente por el adulterio cometido por sus respectivos cónyuges; en este caso el perdón o desistimiento de uno de los ofendidos no priva al otro de que se siga con la persecución del delito.

De todo lo anterior podemos resumir diciendo primero que el delito de adulterio solo podrá ser punible en los términos de nuestro Código Penal cuando sea realizado en el domicilio conyugal o con escándalo y segundo cuando quede consumado.

Por otro lado, nunca será sancionado sólo uno de los adúlteros según lo establecido por el artículo 274, ya que la acción penal será ejercida contra ambos y la pena será aplicada a los dos, salvo cuando se presenten los casos en que para uno de los actores no se pueda imputar responsabilidad penal por ausencia de conducta criminal o por alguna causa de inculpabilidad, así como también cuando uno de los adúlteros se hubiese sustraído de la acción de la justicia por medio de la huida, ocultación u otra acción semejante y por último procede el ejercicio de la acción penal contra uno sólo de los adúlteros cuando el cónyuge ofendido no hubiera podido identificar al coadulter de su cónyuge por causa de la oscuridad, de su rápida huida o de la violencia o astucia de él o su amante para evitar la identificación.

En lo referente a la pena establecida en el artículo 273 que a la letra dice:

"Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de los derechos civiles hasta por seis años..."

Considero que es poco práctico y fuera de la realidad, ya que la sanción es demasiado leve, debido a que de acuerdo con la regla general, cuando la pena no exceda de cinco años el reo podrá salir en libertad por lo que pensamos que en este caso la pena no cumple con el fin para el cual fue creada, ya que en realidad no cumple con la finalidad de castigar o reprimir al delincuente y con su coercibilidad para garantizar el que la población cumpla con la disposición de no realizar tal conducta antijurídica.

De acuerdo con lo anterior, se podría pensar que lo que hace falta es elevar la penalidad, pero desde nuestro punto de vista ni siquiera es acertado el considerar al adulterio como delito penal, ya que para resolver la problemática personal y la de la familia que el adulterio crea, basta con que se ejercite la acción de divorcio, que termina definitivamente con el conflicto y las repercusiones que implica el adulterio, más no así con la denuncia penal.

Además, el hecho de ejercitar la acción penal por adulterio, sólo traería como consecuencia el que se aplicara la pena si se le logra comprobar el mismo al adúltero o adúl

tera, pero el matrimonio seguiría existiendo y el conflicto entre los cónyuges también. Para terminar con estas situaciones y con el adulterio y sus consecuencias sería necesario además el ejercitar la acción civil por medio de una demanda para disolver el vínculo matrimonial.

Por otro lado atendiendo a la parte final del artículo 273 infine, vemos que el legislador considera que en materia penal por que se configure el delito de adulterio, exige que este se realice en el domicilio conyugal o con escándalo, situaciones que son difíciles de reprender, ya que los adúlteros evitaran realizar el acto ilícito bajo estas circunstancias debido al riesgo que representan para ellos, - pero además cabría preguntarse: ¿ Qué es lo que sucede con las relaciones ilícitas que se llevan a cabo fuera del hogar conyugal o sin escándalo? Por la anterior interrogante pensamos que el legislador se contradijo al decir lo -- que se pretendía proteger o cual era el objeto de tutela penal, al permitir o tolerar conductas sexuales fuera del matrimonio distintas de las contempladas.

Debido a todo lo anterior, se desprende que no es factible la represión del delito de adulterio, y que las repercusiones morales y sociales que rodean al ejercicio de la - - - acción penal no son deseables por nadie.

Pensamos que en una institución como el matrimonio en donde los cónyuges se unen por su voluntad y en donde la per-

manencia o supervivencia del mismo depende exclusivamente de ellos en todos los aspectos, es ridículo pensar en que uno demande penalmente por adulterio al otro si lo más conveniente de acuerdo a lo expresado es que en última instancia lo arreglen por la vía civil al no haber voluntad de uno de ellos para continuar con el matrimonio. Además si vemos cuales son los resultados después de que se ha denunciado y ejercitado la acción penal, se ha seguido proceso y que se ha dictado sentencia nos podemos dar cuenta que no se ha modificado de ningún modo la realidad y que el delito persiste, que las repercusiones del mismo -- continúan vigentes y con el agravante de que por sí mismo, el proceso por el delito representa un problema psicológico y emocional que hay que agregar a los que ya existían.

Ahora bien, se dice que la causa por la que se considera al adulterio un delito y por la que se persigue, es proteger a la familia. Si vemos prácticamente esta situación, podemos notar que no es así; en primer lugar por que cuando un cónyuge denuncia al otro por adulterio, piensa en sus propios intereses, y en su dignidad y en su apariencia tanto frente al otro cónyuge como a los que le rodean y no en la familia ni como núcleo ni como la institución que es. En segundo lugar, que el solo hecho de llevar a cabo un proceso de esta naturaleza afecta más en todos los aspectos a la familia, que el delito mismo. Así vemos que existen otras causas señaladas por diferentes juristas

como es el caso de Langle que dice:

" No 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, debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello las legislaciones lo declaran delito privado " (96).

Diego Vicente Tejera dice: "La familia propiamente dicha es la que crean dos seres de sexo contrario unidos por amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si es que no estaba de antemano desruída, porque produce el abandono por parte de uno de esa entidad..., pero lo que afecta a este grupo debe considerarse como productor de efectos sociales? Ciertamente no. Todos los actos de las familias son de orden privado. ¿ No hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que crea un adulterio? Ciertamente si. Está el divorcio, la pérdida de las ganancias, de la tutela de los menores, de la patria potestad y muchas más, incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en mucho a las instituciones privadas de la familia, pero

(96) Citado por Francisco González de la Vega. Ob. Cit. Pág. 436.

todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del derecho privado." (97)

En el caso del adulterio, podría ser exigida su represión penal solo cuando sugiera la responsabilidad penal en el caso concreto.

" Esta solo surge cuando dicho incumplimiento estuviere tipificado en el Código Penal y debidamente penalizado en los casos y circunstancias estatuidos en la descripción típica" (98).

Esto quiere decir que el incumplimiento del contrato matrimonial y por lo tanto del deber de fidelidad en materia penal solo podría originar responsabilidad penal si dicho incumplimiento se encontrara tipificado en el Código Penal Sin embargo, en el artículo 273 del Código Penal, no se encuentra descrita la conducta típica, o sea en que consiste adulterio y tampoco no se hace referencia en el mismo al al incumplimiento del deber de fidelidad en el caso del matrimonio ni se alude al estado de casados de los sujetos, puesto que tampoco se determinan quienes son éstos. Atendiendo ahora al artículo 130 de la Constitución que establece que el matrimonio es un contrato civil y al artículo 156 fracción V del Código Civil que dice: "son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio..." podemos --

(97) Ibidem. Pág. 437.

(98) Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Pág. 23.

ver que si se origina alguna reponsabilidad ésta solo es de naturaleza civil y por lo tanto solo incumbe a la esfera del derecho privado.

Nosotros pensamos que por todo lo anterior el adulterio no es competencia del derecho penal y que por lo tanto no le incumbe a éste reprimirlo, puesto que la solución a esta acción concierne a los cónyuges ejercitando la acción civil de divorcio, tomando como base el verdadero estado de la relación y de la voluntad de permanecer o no unidos en matrimonio, haciéndose acreedor el cónyuge adúltero a las sanciones civiles que el divorcio por esta causal le trae como consecuencia.

Mariano Jiménez Huerta nos dice: "En las legislaciones en que el adulterio conforma un tipo delictivo, se pretende en primer término tutelar el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges" (99).

Podríamos pensar que en efecto así fuera, que el objetivo que se pretende proteger o tutelar en primer término fuera la relación surgida entre los cónyuges en virtud del contrato matrimonial y por lo tanto el deber de fidelidad que se desprende de él; sin embargo esto no puede suceder así, ya que esta área corresponde al derecho privado y específicamente al derecho civil y por lo tanto para el caso de incumplimiento o violación del contrato matrimonial, no (99) Ibidem. Pags. 20 y 21.

habría otra solución que no fuera a la de aplicar las reglas generales para el caso de incumplimiento de contratos. En este caso específico se daría por terminado el contrato, cuando por medio del divorcio ejercitado por él o los cónyuges a través de la causal de adulterio se disuelve el matrimonio junto con todos los derechos y obligaciones que implica.

González de la Vega afirma que: "El adulterio es la violación de la fidelidad conyugal que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno y otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial" (100).

Podemos decir que esta infidelidad carnal siempre va a constituir un ilícito civil, que trae como consecuencia el que se puedan ejercer y aplicar acciones y sanciones privadas, pero de ningún modo pensamos que ésta represente un ilícito penal productor de medidas represivas.

En relación con esto González de la Vega afirma que es un ilícito en nuestra opinión exclusivamente civil, cualquier adulterio realizado por el marido o la esposa, cualesquiera que sean las circunstancias bajo las que se realice el acto adulterino y no como limitativamente y fuera de toda realidad lo considera el derecho penal solo en dos casos

(100) Ob. Cit. Pág. 432.

específicos.

Se desprende de todo lo antes dicho que el fin que se persigue en materia penal al reprimir el adulterio, no se puede lograr debido a circunstancias de naturaleza moral, social o jurídicas.

Los motivos que llevan a las personas a la comisión del -- adulterio son diferentes, entre las que encontramos: la -- insatisfacción sexual, problemas conyugales, problemas, económicos, la ausencia de educación en todos los aspectos, etc.

En la mayoría de los casos el cónyuge ofendido, prefiere -- no ejercer la acción penal y lo que se procede a hacer en última instancia es tramitar el divorcio. Esto podemos decir se debe a que el ofendido prefiere no someterse a las situaciones incómodas que violan exageradamente la intimidad de su vida privada debido a la naturaleza del procedimiento penal y por otro lado también evita la demanda penal para no tener la difusión del hecho, etc.

Además es evidente que el hecho de ejercitar la acción penal y el que se sancione el adulterio, no lograría terminar con la inestabilidad familiar que éste origina, ni con la que crea en el matrimonio. Tampoco la sanción impuesta lograría borrar las consecuencias que trajo para el cónyuge y

los hijos la comisión del mismo y mucho menos que las cosas volvieran a la normalidad, en el matrimonio cosa que por medio de la vía civil sería más fácil de lograr.

Por último por lo que toca al aspecto negativo de la punibilidad o impunidad en el delito de adulterio, sólo se presentará en casos específicos y determinados como:

- 1) El perdón del cónyuge ofendido.
- 2) Cuando exista ausencia de conducta criminal en uno de los sujetos activos.
- 3) Cuando uno de los sujetos activos esté frente a una causa de inculpabilidad.
- 4) Cuando muera el cónyuge ofendido antes de la presentación de la querrela.
- 5) El divorcio anterior a la querrela anula la acción penal, pues el ofendido ya no es cónyuge.

3.5. LA TENTATIVA.

El artículo 275 del Código Penal expresa que solo se castigará el adulterio consumado; esta regla derogatoria de la tentativa del delito contenido en el artículo 12 del mismo Código, se debe a que se considera que los actos preparatorios o los antecedentes al ayuntamiento carnal o cópula - adulterinos, son generalmente equívocos y su persecución

se prestaría a errores e injusticias." (101).

Pienso que debe entenderse que solo el acto adulterino que se hubiese realizado es punible, mas esto no quiere decir que su realización se limite al ayuntamiento carnal, que implique la cópula, sea completa normal o anormal sino que tratándose de cópula el acto se considere consumado con la simple penetración viril y en el caso de los actos homosexuales y lésbicos como adulterinos, bastará el simple -- contacto genital para considerar consumado el delito. -- Cualquier acto previo a la realización de la relación sexual, en tanto no se está en los términos ya mencionados, no son objeto de sanción penal por lo que respecta al delito de adulterio.

Al respecto existe el criterio de la Suprema Corte de Justicia, en donde se establece que el delito de adulterio no admite tentativa y lo expresa de la siguiente forma:

" El artículo 784 del Código Penal del Estado de Tamaulipas castiga el adulterio consumado, salvo el caso en que su conducta constituyere otro delito, que se reprimirá con la pena señalada a éste. Consiguientemente tal infracción penal no admite grados y solo se sanciona al consumarse y si no se justifica la consumación del acto carnal constitu-

(101) Francisco González de la Vega. Ob. Cit. Pág. 440.

tivo del delito, el auto de formal prisión dictado en contra del acusado, es una violación de garantías " (102).

(102) Tesis relacionada, de la Suprema Corte de Justicia Apéndice 1917/85. Primera Sala. Pag. 36 Legislación del Estado de Tamaulipas.

C O N C L U S I O N E S

1.- Del examen realizado acerca del adulterio en la historia, podemos darnos cuenta que tanto en las llamadas culturas primitivas, como en las civilizaciones con legislaciones más avanzadas como el derecho romano y el derecho precortesiano, el adulterio fue reprimido con extrema crueldad, aplicándose en la mayoría de los casos la pena de muerte, aunque también solían aplicar penas como la mutilación, el castigo corporal, el destierro, el confinamiento, etc. En contraste existen otros pueblos que no son la mayoría, como el maya y el guatemalteco, que castigaban en el caso del primero sólo con el repudio y en el del segundo ni siquiera existía una sanción para el adulterio. Por lo que toca al derecho hispánico, sólo sabemos que fue regulado por las partidas. Posteriormente surgen los Códigos Penales de 1871, 1929 y 1931; de estos el Código de 1871 es la primera legislación que otorga a la mujer el derecho de ejercitar la acción penal contra el adúltero aunque no fuera en las mismas condiciones en que se le otorgaba al hombre; en cuanto al Código de 1929 es el antecedente inmediato del Código de 1931 y en este se iguala al hombre y a la mujer tanto para denuncia del delito y su procedencia como para su represión y sanción; y por último el Código de 1931 que sigue vigente en la actualidad.

2.- El delito de adulterio se encuentra regulado por el Título decimoquinto relativo a los delitos sexuales, de los artículos 273 al 276 del Código Penal. Respecto a la regulación penal del artículo 273 concluyo lo siguiente:

a) En el artículo 273 no se encuentra descrita la conducta típica que constituye al delito de adulterio, es decir, no se define en que consiste el delito, por lo que tal precepto viola el principio de legalidad establecido en el artículo 14 constitucional, ya que el artículo citado no contiene la descripción exacta de la conducta que se prohíbe y el precepto constitucional prohíbe a su vez aplicar una pena que no esté establecida por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Es decir que el artículo 273 viola el principio esencial de: " Nullum crimen, nulla poena sine lege."

b) Del análisis que se realizó al artículo referido se concluyó que debido a la ausencia de una descripción típica adecuada no existe una determinación formal de los sujetos activos y pasivos del delito, siendo estos elementos esenciales del tipo.

c) En el apartado relativo al núcleo del delito de adulterio se menciona que este se encuentra formado de dos elementos: la acción adulterina y que esta sea realizada en el domicilio conyugal o con escándalo; respecto a la primera se dice que ésta implica dos requisitos: que por lo me-

nos uno de los autores esté unido en matrimonio legal y el segundo que la relación sexual se realice con persona ajena al vínculo. Por lo que toca a este último punto pensamos que a las posibilidades contempladas por la doctrina y la jurisprudencia debe agregarse una posibilidad más que es la de que se contemple o agregue el caso del adulterio cometido entre sexos iguales, ya que tiene las mismas implicaciones y consecuencias que el cometido entre personas de distinto sexo.

d) Considero que en el caso del delito contemplado en el artículo 273, nos encontramos frente a una laguna técnico-jurídica, y ^{no} ante un caso de ausencia de tipo.

3.- Encuentro que resulta cuestionable la verdad, realidad y certeza de la protección que el derecho penal pretende dar al bien jurídico protegido, así como de la existencia de un verdadero objeto de tutela penal por lo que a este delito se refiere, por lo que afirmamos que la solución y represión del adulterio debe limitarse al ámbito del derecho civil, ejercitando la acción de divorcio, con las sanciones que para el adúltero implica el divorcio por esta causal.

4.- Concluyo que el adulterio se consuma por la cópula normal, es decir el ayuntamiento carnal entre los adúlteros; más también sucede esto por medio de la cópula anormal, -

cuando el acto adulterino es realizado entre personas del mismo sexo.

5.- La confesión de los sujetos activos definitivamente es un medio para comprobar la existencia y consumación del adulterio, más no sucede así con las cartas, retratos, llamadas telefónicas, besos, caricias, etc., que sólo representarían pruebas para establecer presunciones que podrían prestarse a equívocos o a basarse en actos preparatorios - que no pueden ser tomados en cuenta para estos efectos, ya que sólo implican la tentativa, la cual no es punible; y de no ser mediante confesión consideramos muy difícil de probar el delito consumado que para efectos del derecho penal es el punible; hay que tomar en cuenta que en un momento dado los medios de que se vale el cónyuge inocente - para conseguir las pruebas que constaten la consumación -- del ilícito pueden ser de baja condición, trayendo consecuencias al matrimonio y a la familia trae el seguir procedimientos de esta clase además de la humillación y ridículo que representa para las dos partes. Por todo lo anterior nos manifestamos por la eliminación de la incriminación del adulterio en el Código Penal, es decir por su dificultad para probarlo.

6.- El artículo 276 constituye una excepción a la obligatoriedad y cumplimiento de la cosa juzgada y sus efectos, al poder el cónyuge ofendido con su perdón suspender el -

procedimiento si no se ha dictado sentencia y si esta ya se ha dictado y el otorga el perdón la sentencia no surtirá efectos.

7.- La represión del adulterio en el Derecho Penal Mexicano no ha cambiado, pues desde que se incluyó en el catálogo de delitos su penalidad ha sido la misma y que consiste en hasta dos años de prisión y privación de los derechos civiles hasta por seis años.

8.- La penalidad que se da al delito de adulterio es demasiado leve, por lo tanto poco práctica y fuera de la realidad jurídica y social, por lo que pensamos que la pena en este caso específico no cumple con el objeto para el cual fue creada, ya que esta se resume en una pena pecuniaria en la realidad y no corporal como se pretende, no representa un mal o castigo para el delincuente por la conducta ilícita que se supone realizó, y por que no cumple con el carácter de coercibilidad que debe tener para garantizar la verdadera obediencia y eficacia del precepto. Por lo tanto concluimos que debe dejarse su solución a las acciones y sanciones civiles que para este delito existen y pensamos son suficientes para limitar y evitar la comisión del adulterio.

9.- Encuentro cuestionable el que se apoye la punibilidad del adulterio en que este atenta contra la fidelidad conyugal y el orden familiar, debido a que considero que es

tos no son competentes del derecho penal y que en la mayoría de los casos ya no existe el orden matrimonial y familiar cuando hay un adulterio. Estos aún pueden recuperarse si no se ejercita la acción penal debido a las repercusiones que en todos los ámbitos ésta representa, por lo tanto no corresponde al ámbito del derecho penal el reprender este delito.

10.- Debido a la falta de una descripción típica adecuada de la acción de adulterio, así como de la existencia de un verdadero objeto de tutela penal, de la esterilidad de la punibilidad del adulterio y por que pienso que para resolver la situación personal y familiar que surge como consecuencia de la comisión del adulterio, basta que se ejercite la acción civil de divorcio para disolver el matrimonio y se castigue el adulterio. Por todo esto considero que la solución y castigo del mismo debe dejarse a las acciones y sanciones civiles que para este caso existen.

11.- Finalmente me declaro en favor de la postura abolicionista que existe respecto al adulterio, en cuanto a considerarlo dentro del catálogo de delitos contemplados en el Código Penal.

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

- 1.- ALMEIDA, Sara. Hombres y mujeres: Por que la infidelidad?. 1983. Editorial Universo, S.A., México, D.F. MEXICO.
- 2.- CARRANCA y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano. 1980 Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 3.- CARRARA Francesco. Programa de derecho criminal. Parte especial. Volumen III. Editorial Temis. S.A. Bogota
- 4.- CASTELLANOS Tena Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. 1984. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. MEXICO.
- 5.- GESSNER Volkmar. Los conflictos sociales y la administración de justicia en México. 1986. Editado por la U.N.A.M. México, D.F. MEXICO.
- 6.- GOMEZ Eusebio. Tratado de derecho penal. 1939. Editorial Compañía Argentina de Editores, S.A. Buenos Aires ARGENTINA.
- 7.- GONZALEZ de la Vega Francisco. Derecho penal mexicano. 1985. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 8.- HALL, Jerome. Delito, derecho y sociedad: Causas sociológicas del delito. 1974. Ediciones de Palma. Buenos Aires. ARGENTINA.

- 9.- JIMENEZ Huerta Mariano. Derecho penal mexicano. 1985. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 10.- JIMENEZ Huerta Mariano. La tipicidad. 1955. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 11.- MACHADO Carrillo Mario J. El adulterio en el derecho penal. 1977. Editado por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Valencia. ESPAÑA.
- 12.- MARGADANT S. Guillermo F. Introducción a la historia del derecho mexicano. 1986. Editorial Esfinge, S.A. México, S.A. MEXICO.
- 13.- MICHAEL, Andree. Sociología de la familia y el matrimonio. 1974. Ediciones Península, S.A. Barcelona ESPAÑA.
- 14.- MORENO, Antonio de P. Curso de derecho penal mexicano 1986. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 15.- OSORIO y Nieto Cesar Augusto. Síntesis de derecho penal. 1984. Editorial Trillas, S.A. de C.V. México, D.F. MEXICO.
- 16.- OSORIO y Nieto Cesar Augusto. La averiguación previa. 1989. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.
- 17.- PAVON Vasconcelos Francisco. Manual de derecho penal mexicano. 1984. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.

18.- PINA Rafael de. Diccionario de derecho. 1988. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.

19.- VILLALOBOS Ignacio. Derecho penal mexicano. 1960. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.

20.- Código Penal para el Distrito Federal. 1990. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. MEXICO.

21.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. 1985. Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F. MEXICO.