

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESTADO DE MEXICO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
según acuerdo No. 8813-09

25
2ej-

LA NECESIDAD DE LA DEROGACION
DEL DELITO DE ADULTERIO

TESIS CON
VALOR DE CREDITO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA CONCEPCION VIQUEZ MONTOYA

NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO

MARZO 1992



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.

I N D I C E

LA NECESIDAD DE LA DEROGACION DEL DELITO DE ADULTERIO

pág.

INTRODUCCION..... I

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

| | |
|---------------------------------|----|
| I.- Grecia..... | 3 |
| II.- Roma..... | 5 |
| III.- Francia..... | II |
| IV .- España..... | 13 |
| V .- Los Aztecas..... | 14 |
| VI .- La Colonia..... | 19 |
| VII.- México Independiente..... | 22 |
| VIII.- Latinoamerica..... | 23 |

CAPITULO SEGUNDO

REGIMEN JURIDICO DEL ADULTERIO

| | |
|-----------------------------------|----|
| I.- Definición..... | 30 |
| II.- Elementos..... | 33 |
| III.- Objeto..... | 39 |
| IV .- Bien Jurídico Tutelado..... | 41 |

| | |
|--------------------------------------|----|
| V.- Nexo Causal..... | 42 |
| VI.- Cuerpo del Delito..... | 45 |
| VII.- Presuntas Responsabilidad..... | 47 |
| VIII.- Jurisprudencia..... | 50 |

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO PARTICULARIZADO DE SU COMPROBACION

| | |
|---|----|
| I.- Concepto de Domicilio Conyugal..... | 53 |
| II.- Concepto de Escándalo..... | 58 |
| III.- Su Comprobación | 60 |
| IV .- Problema que Presenta en la Legislación.. | 61 |
| V .- La Fundamentación de su Derogación..... | 65 |

| | |
|-------------------|----|
| CONCLUSIONES..... | 76 |
|-------------------|----|

| | |
|-------------------|----|
| BIBLIOGRAFIA..... | 78 |
|-------------------|----|

INTRODUCCION

Existen en la actualidad muchas razones para cuestionar el delito de adulterio que aparece en nuestro Código Penal. En efecto, una de las razones es el de la comprobación del mismo cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. Todos sabemos que el adulterio es un delito que por su naturaleza impide una clara y concreta demostración de su ejecución. En efecto, la mayor parte de los tratadistas tienen dificultades cuando se trata de comprobarlo. La ley trata de resolver éste escollo através del artículo 124 del Código de Procedimientos Penales vigente en el D.F. que concede al juez la facultad de perfeccionar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad para comprobar los elementos del tipo penal del adulterio, siendo en el domicilio conyugal y con escandalo.

Justifico mi inquietud de la derogación del tipo penal antes mencionado.

El adulterio al reglamentarse en 1932 tiene como finalidad dos objetivos uno de caracter social y el otro moral. El primero es el de mantener la unión familiar y la convivencia social de la colectividad, y el

segundo respetar los valores que trascienden al desenvolvimiento de la nación. Al establecer el legislador que el acto sexual fuera del matrimonio debería penalizarse tomando como base el realizarse en el hogar conyugal porque en, esa época las poblaciones o ciudades eran de escasos habitantes y por ello todos conocidos, y en la actualidad son conglomerados sociales cosmopolitas y que afortunadamente o para perjuicio de la familia sea perdido, todo valor por lo que los elementos del tipo son absolutos y de difícil comprobación a mayor abundamiento el elemento objetivo la realización del acto, sexual en el hogar conyugal, conlleva a comprobar el acto carnal en el instante de su realización ginecológico y andrológico, a falta e imposibilidad material, nos queda únicamente la confesional de los sujetos activos, reforzadas con otras pruebas. El otro elemento es el escandalo en el que debe comprobarse que ambos sujetos se ostenten como marido y mujer en publico, es decir que han estado realizando el acto sexual habitualmente.

ANTECEDENTES HISTORICOS EN GRECIA

" El primer pueblo de la antigüedad que se valió sistemáticamente de la tortura para castigar los delitos fué el griego. En efecto los griegos sistematizaron la institución de la tortura en el enjuiciamiento criminal, se aplicaba en primer término en los asuntos criminales de los esclavos y también en los casos de los delitos cometidos en el hogar, en los cuales los testigos eran solamente los miembros de la familia.

Asimismo se aplicó la tortura en todos los asuntos que tenían relación con dinero, si faltaba toda clase de pruebas. La forma de aplicación de la tortura era diversa. La más común era aplicar latigazos antes de ejecutar a un individuo condenado a muerte por un delito gravísimo.

Otras formas de la tortura eran: el tñapano, el fuego. En cuanto a este delito en Grecia se establecieron en la doctrina y la práctica antiguos indicios plenos y scripti plenos. Se consideraron como indicios plenos del adulterio: que un varón y la mujer de otro fueran sorprendidos "Practicando el coito adulterino natural y real" o que el varón fuese encontrado con la mujer de

otro en una alcoba, en actitud de estar pronto al coito y teniendo la bragueta desabrochada. Se consideraron también como indicios las cartas amorosas encontradas a la mujer o al varón indicados como adúlteros. Se estimaba como indicio semipleno que el varón y la mujer de otro hubieran sido vistos juntos y solos en un bosque o por caminos ocultos y que el varón hubiese abrazado, besado y tocado a la mujer, prodigándole tactos lascivos. Al adulterio como otros delitos similares, el pueblo Griego le aplicó los más severos castigos y torturas llegando incluso a penalizarlo con la muerte. Sin embargo en el derecho Griego pese a que la pena de muerte contaba con numerosos procedimientos que llegaban algunas de las veces a la crueldad, no se observa la rara atrocidad de que están saturados casi todos los procedimientos orientales. En Atenas, por ejemplo, la pena de muerte en el caso de adulterio, se ejecutaba por lo general rápida y directamente por el verdugo. Sin olvidar por eso que también se quemaba vivo al condenado, o era estrangulado o decapitado, precipitado desde lo alto de una roca, crucificado o envenenado.

Hubo partidarios en la institución de las penas infamantes

mantes en oposición a las penas corporales y se apoyaron en la autoridad de los filósofos griegos, especialmente en la de Aristoteles. Este reclamaba la pena infamante no sólo contra los adúlteros y las adúlteras, sino según la gravedad del hecho, lo que fué prohibido por la ley, si eran de estado libre. " (I)

ANTECEDENTES HISTORICOS EN ROMA

" El derecho romano no daba importancia a los desórdenes sexuales de los hombres; pero en cambio si era muy exigente en lo referente a la castidad de las mujeres. Moralmente, estaba obligada a no tener acceso carnal la mujer romana con nadie, antes de contraer nupcias, y después de éstas, sólo con su esposo. En cambio el varón no se encontraba sometido a ésta prescripción moral hasta determinado punto, por ejemplo: No debía causar ofensa a la honestidad de las doncellas, ni a las esposas de los demás varones.

El cumplimiento de ésta doble obligación moral correspondía a garantizar la honestidad de la mujer conforme al derecho penal doméstico tenían toda clase de facultades para sancionar a la mujer romana que faltara

(I) Thoth Thoth Laszlo, Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal, editado por Taller de Impresiones Oficiales de la República Argentina.

a la castidad. Pero en cambio al varón co-delincuente de tal delito sólo su tribunal doméstico era quien podía exigirle responsabilidad siempre y cuando estuviera bajo la potestad de su padre.

Hasta fines de la república, dejó el derecho público la punición de las mujeres a la represión doméstica. Decayó posteriormente el derecho doméstico, desapareciendo después por completo.

El procedimiento contra las vestales deshonestas no era otra cosa que la aplicación a las hijas de familia de la comunidad, del procedimiento que se seguía contra las hijas de familia deshonestas: Augusto lo sustituyó, por el procedimiento de adulterio y estupro, tutelado por el derecho público.

El objetivo de éste subtítulo es saber en que consistía el delito, además de saber como se realizaba y como se castigaba dicho delito entre los romanos." (2) Al respecto cabe clasificar en varias épocas del derecho romano para contestarnos las preguntas antes citadas.

A.) EPOCA PRIMITIVA

" En ésta etapa el marido no es objeto de pena si na

(2) Monnsen Teodoro, Derecho Penal Romano, editorial Porrúa págs. 11 a 16 , 1959.

ta a la esposa sorprendida en adulterio. La excusa absoluta no ampara a la mujer.

El Severo Caton en su oración sobre las dotes exalta la soberanía marital. El marido no es tanto un censor cuanto un juez, sus palabras se perpetúan a través de Aulo Gelo " (3)

B.) EPOCA IMPERIAL

" La ley Julia de adulterio, ésta ley contempla y consagra explícitamente la exclusión de responsabilidad, la cual entraña el concurso de cinco aspectos del autor, las víctimas y a la forma y el lugar:

- 1.- Es un derecho conferido no al esposo, si no al pater familia.
- 2.- Ha de matar conjuntamente a ambos delinquentes a la mujer y al co-participante.
- 3.- La mujer debía estar necesariamente sujeta a la potestad del pater familia.
- 4.- El pater familia ha de sorprenderlos in fraganti delito de adulterio .
- 5.- El delito debe ejecutarse en la propia casa del pater familia o la del yerno.

En relación al autor 1.- Es un derecho conferido al

pater familia. Sólo al padre de familia corresponde la facultad de matar a la hija sometida bajo su potestad, así no pueden matar, ni el marido, ni el padre de familia.

Papiniano justifica la exclusión del marido tanto porque la piedad inclina al padre al amparo de la hija, cuanto por poner freno al acaloramiento y a la impetuosidad del marido que se resuelve fácilmente" (4)

2.- " Derecho del marido para matar al adúltero. El marido carece de derecho para matar a la mujer. Sólo tiene facultad para matar al adúltero. Así mismo su derecho no tiene la latitud del pater familias, quien puede matar a cualquier adúltero. El derecho del marido alcanza al adulterio de baja condición.

3.- Pena al marido que mata a la mujer, sólo al padre de familia corresponde el derecho de matar a la mujer. Más éste delito no cae bajo el imperio de las penas severas del homicidio gobernado por la ley Cornelia." (5)

C.) EPOCA DE JUSTINIANO .

" Justiniano extiende el derecho acordado al marido de matar al co-autor del adulterio, en cuanto a la

(4) Digesto Papiniano, libro XLVIII editorial Porrúa 1967.

(5) Digesto Papiniano, libro XLVIII editorial Porrúa 1967.

causa, a la persona y al lugar. En cuanto a la causa, no es requisito indispensable la existencia del adúltero basta la sospecha. Es menester que el sospechado de ofender la castidad de la mujer haya sido sorprendido con ésta, tras de haber recibido tres advertencias por escrito, acreditado por el testimonio de tres varones fidedignos.

En cuanto a la persona, no distingue calidad, ni condición puede matar impunemente a cualquiera. En cuanto al lugar, debe de sorprender a ambos en la casa conyugal o en la casa de su esposa o en la del adúltero, o en las tabernas, o en los suburbios.

Podemos concluir que en Roma, a partir de Rómulo que dio derecho de muerte sobre la mujer infiel al marido al padre y a los parientes, tuvo el adulterio diversas etapas en su concepción y penalidad. En efecto, con Justiniano se reemplazo la pena capital por la del látigo y la reclusión de la mujer en monasterio. Posteriormente en la época de la república romana, el marido no tenia necesidad de ejercitar su acción por adulterio pues bastaba con que la repudiara quedando tan sólo pendiente el derecho a la dote.

Finalmente en la época de Augusto en el año 736 A.C. en Roma se expidió la ley Julia que estableció el procedimiento acusatorio, y que sólo al hombre le concedió el derecho de ejercitarlo.

En Roma en su principio, el adulterio era una figura únicamente respecto de la mujer, pero no del marido, ya que la esposa era *Alieni Tori Violatio*. En la república romana, el adulterio de mujer casada era un delito privado, puesto que la mujer contraía nupcias *In Manus* y por lo tanto pasaba a formar parte del patrimonio del esposo y su adulterio era, en consecuencia, un robo al esposo y por lo tanto, competencia del tribunal doméstico.

Sin embargo Augusto por la ley Julia de adulterio lo elevó a la categoría de crimen público con pena de relegación y repudio.

Más tarde Constantino decretó la pena de muerte, después se suavizaron las penas y así bajo Justiniano, se decreto pena de muerte para el co-partícipe y azotes y reclusión en monasterio si el marido perdonaba, tenía además la obligación de tomar hábitos." (6)

(6) Digesto Papiniano, libro XLVIII titulo VI. editorial Porrúa, pág. 88, 1967.

ANTECEDENTES HISTORICOS EN FRANCIA

" Los antecedentes de derecho Penal Frances son el de recho Romano, el derecho Germanico y el Canonico que entre otras cosas en el siglo XVI dividia los hechos punibles en tres clases:

1.- En crímenes de Lesa Majestad humana, que bajo el régimen feudal se confundían con el crimen de Felonia, es decir cuando se faltaba gravemente a los deberes nacidos del contrato feudal.

2.- Los crímenes de Lesa Majestad divina, como la blasfemia, el ateísmo, la herejía, el cisma, el sacrilegio, la magia y el sortilegio.

3.- Los crímenes contra los particulares, esto es, aquellos que interesaban a la sociedad y que la herían en uno de sus miembros, como la muerte, el robo la falsedad y el adulterio.

La nomenclatura de las penas se dividía, en el antiguo derecho Frances, en penas afflictivas, infamantes o no infamantes; en penas simplemente infamantes de derecho y en penas simplemente infamantes de hecho; y por último, en penas pecuniarias.

Las primeras eran generalmente aplicadas con tal seve-

ridad y con tal lujo de crueldad, que su exageración llegó a la barbarie; como se observa en la manera de aplicar la pena de muerte en las mutilaciones, en la marca por el fuego, en los azotes y en la pena de cortar o arrancar la lengua; en consecuencia, el fundamento de éste sistema Penal, se encuentra en la pena de muerte y en las mutilaciones corporales, frecuentemente prodigadas. Por otra parte la desigualdad de las penas, su arbitrariedad y la creación de delitos imaginarios, nos llevan a reconocer en aquella época, determinado aspecto de barbarie, según se ha expresado antes, puesto que el círculo de lo que se llamaba ley penal, se extendía fuera de las relaciones; por otra parte, pasando sobre el dominio de la conciencia, dejaba al ciudadano sin amparo y sin garantías contra los excesos de la más cruel y sangrienta represión. Cabe aquí imaginar la penalidad aplicada a los adúlteros es decir, a la comisión del delito de adultario por lo tanto, en ésta etapa histórica del Derecho Penal Frances, se castigaba con crueldad a los sujetos que cometían adultario." (7)

(7) Rodriguez Ricardo, Derecho Penal, editado por la Secretaría de fomento, pág. 142. 1962.

ANTECEDENTES HISTORICOS EN ESPAÑA

" En España en el siglo XV existió como antecedente legislativo histórico sobre el adulterio el Fuero Real que se hallaba dividido en cuatro libros siendo el cuarto el dedicado a la legislación criminal.

En el se castigaban severamente los delitos religiosos. Entre ellos, en el adulterio, era el marido árbitro de la suerte de su mujer; pero no podía matar a un cómplice y dejar vivo al otro.

Se observa una evidente crueldad en la aplicación de la pena para el caso del adulterio. El Fuero Real fué posterior al Fuero Juzgo y fué más benigno en la aplicación de las penas.

Existe otro antecedente como son las Leyes de Partida que contiene 34 títulos y 363 leyes donde está contenida la legislación Penal de esa época, dentro de ésta legislación se señala el adulterio como delitos contra la honra. Contiene además los siguientes delitos; las acusaciones, las traiciones, las lides, las infamias y falsedades, los homicidios, las fuerzas o violencias, los delitos contra la castidad, los agoreros o adivinos, los herejes, los suicidas y los blasfemos."(8)

(8) Rodriguez Ricardo, Derecho Penal, editado por la Secretaría de Fomento, pág. 81, 1962

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS AZTECAS

* En lo referente a ésta época vamos a estudiar el derecho Precortesiano o derecho Precolonial, es decir el que existió antes de la llegada de los españoles a nuestro territorio. Este derecho era múltiple en su forma debido principalmente a que existían numerosos pueblos o tribus de diversas costumbres aunque más o menos parecidas, en el inmenso territorio que vino a formar más tarde las provincias de la Nueva España y actualmente la República Mexicana.

Principalmente nos interesamos por el derecho Azteca, esto no significa que otros derechos de otros pueblos como por ejemplo el Maya no tengan importancia, pero si consideramos que el derecho de los Mexicanos es el más importante y principalmente el Derecho Penal entre los habitantes del Anahuac.

Debe considerarse que las leyes de los vencedores sobre los vencidos. fué la de desconocer por completo las instituciones jurídicas de los vencidos sin embargo hasta las Leyes de Indias reconocen ciertos vestigios del derecho Precolombino a pesar de todo lo anterior según algunos estudiosos se cree que en Texco-

co y se da por verdadero, que en el reinado de Nezahualcoyotl, éste monarca promulgó varias leyes que hoy son conocidas o llamadas Leyes de Nezahualcoyotl, y se interpreta que según él, tenían los jueces amplia libertad para fijar las penas sobre todo cuando no estaban determinadas por la ley. Entre las penas encontramos principalmente las equivalentes a la muerte y esclavitud, confiscación de bienes, destierro, suspensión o destitución de empleo, y hasta la prisión en la cárcel o en la habitación del delincuente* (9)

Nos dice el mismo autor que la distinción entre delitos intencionales y culposos fué también conocida, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud el culposo.

Una excluyente, cuando menos atenuante sería: La embriaguez completa.

" Por otra parte otro notable autor expresa: No era permitida la venganza privada ni aún la adúltera sorprendida in fraganti, podía ser muerta a pesar de que por el adulterio había pena capital no se permitía intervenir en el derecho del estado para casti-

(9) Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Segunda edición pág. 77, 1967.

gar. " (10)

" Sin embargo en algunos otros estados como Michoacán, estaba permitido al esposo dividir las orejas a la adúltera y su cómplice; y en Texcoco según la legislación de Nezahualcoyotl, era más aparente el elemento de venganza, pues el castigo era mayor:

Lapidación, cuando el esposo sorprendía in fraganti al culpable, aplicándole en otros casos la estrangulación. El perdón del ofendido era algunas veces motivo de atenuación de la pena, como sucedía en el adulterio y en el asesinato. En algunos estados el castigo quedaba en manos del ofendido, por cuanto le estaba concedida la ejecución de la pena.

Las ochenta leyes de Nezahualcoyotl, daban las disposiciones que correspondían a los asuntos de cada uno de los cuatro consejos supremos establecidos en Texcoco. Transcribimos las ordenanzas de Nezahualcoyotl por don Fernando de Alva Ixtlixochitl las siguientes:

Ordenanzas de Nezahualcoyotl.

1.- La primera, si alguna mujer hacía adulterio a su marido viéndolo el mismo marido, ella y el adúltero fueren apedreados en el "Tianguis" y si el mari-

(10) Kohler, El Derecho de los Aztecas, editorial Porrúa, pág. 57, 1959.

do no lo viere, si no que por oídos lo supiere, se fuese a quejar, y averiguándolo ser verdad, ella y el adúltero fuesen ahorcados.

2.- La adúltera y el cómplice si fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados, y para la justificación fuese bastante la denuncia del marido; pero si éste no los aprehendiese en el delito, sino que por sospechas los acusare a los jueces, y si averiguase ser cierto, muriesen ahorcados; y si el adúltero matare al marido ofendido muriese asado en medio de la plaza y rociado con agua y sal.

3.- Al adúltero si le cogían el marido de la mujer en adulterio con ella morían ambos apedreados; y si era por indicios o sospechas del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad estaba, aunque no los acusare el marido sino por la nota y el mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a quienes servían de terceros o terceras.

4.- Los adúlteros que mataban al marido, el varón moría asado vivo y mientras se iba asando lo iban

rociando con agua y sal hasta que allí perecía; a la mujer la ahorcaban, y si eran señoras o caballeros los que hacían adulterio, después de haberles dado garrote, les quemaban los cuerpos, que era su modo de sepultar. " (II)

En fin todo lo antes citado son antecedentes del delito de adulterio entre el pueblo Azteca o Mexica.

Cabe solo finalmente transcribir otros aspectos legislativos del pueblo Azteca sobre el delito de adulterio.

* De la recopilación de Leyes de los Indios de la Nueva España, Anahuac o México por Fray Andres de Alcobiz (fecha en Valladolid a 10 del mes de septiembre de 1543 se tomaron las leyes siguientes:)

A.- No bastaba la probanza del adulterio, si no los tomaban juntos y la pena era que públicamente los apedreaban.

B.- Apedreaban a las que habían cometido adulterio a sus maridos, juntamente con él que con ella había pecado.

C.- A ninguna mujer ni hombre castigaban por

(II) Recopilación de Leyes de los Indios de la Nueva España Fray Andrés de Alcobiz. editorial Porrúa, 1543.

éste pecado de adulterio si solo el marido de ella acusaba, sino que había de haber testigos y confesión de los malechores y si éstos malechores eran principales, ahogabánlos en la carcel.

D.- Tenían pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios, y aunque la tomase con otro sino que los jueces lo habían de castigar.* (I2)

ANTECEDENTES EN LA COLONIA

* Después de la guerra de conquista, el delito de adulterio en la época Colonial. Se implantó en forma total el derecho Español, es decir se transplantaron todas las instituciones jurídicas Españolas a nuestro suelo patrio. Por tal motivo, durante toda la época de dominación y aún durante los primeros años del México Independiente, rigieron las leyes de la madre patria en nuestro territorio y en la forma que se legisló y castigó en la metrópoli se sancionó en la colonia.

En todas las antiguas Leyes Españolas hallamos que el delito de adulterio cometido por la mujer era severamente castigado, los ordenamientos jurídicos penales que tuvieron vigencia durante la

(I2) Recopilación de Leyes de los Indios de la Nueva España, Fray Andrés de Alcobiz, editorial Porrúa, 1543.

colonia fueron los siguientes:

- 1.- Las Partidas, ley primera titulo XVIII
- 2.- El Fuero Real, ley primera titulo VII partida 7
- 3.- El Fuero Juzgo
- 4.- El Ordenamiento de Alcalá
- 5.- La Ordenanza Real de fines del siglo XV
- 6.- Las Leyes 80 y 81 de Toro de los primeros años del siglo XVI
- 7.- Las Leyes de Indias de principios de siglo XVI hasta fines del siglo XVII
- 8.- La Novísima Recopilación ley primera titulo XXVIII libro VI del siglo XIX

Tante en los códigos como en las Leyes de Partidas y en todos los ordenamientos legales, encontramos en lo referente al delito de adulterio, lo que se puede resumir de la siguiente manera:

- 1.- El adulterio sólo era punible en la mujer casada y varón adulterino. Al hombre casado no se le podía acusar por faltar a la fidelidad conyugal, es decir, por yacer con mujer extraña a su matrimonio.
- 2.- Por regla general los ordenamientos jurídicos

cos más antiguos, fijaban al adulterio la pena de muerte, más tarde en los textos posteriores como el ordenamiento de Alcalá se castigaba la entrega de la mujer adúltera en compañía de su co-delincuente al marido para que hiciera con ellos lo que deseara, como única condición o requisito el homicidio de ambos, como lo establecía la Septima Partida era darle azotes a la mujer en la vía pública, encerrarla en un monasterio, perdiendo las dotes y las arras que le hubiesen sido dadas al contraer matrimonio; cuando se trataba de adulterio doble generalmente la adúltera era entregada a la mujer del marido con quien lleva a cabo el adulterio, para que ella se vengara como quisiera.

3.- Solamente era perseguido el delito por medio de querrela del marido ofendido y en raras excepciones podían presentar la acusación en contra de los adúlteros; el padre, el hermano o en ultimo caso los tíos; pero jamás admitían los jueces querrelas por personas extrañas." (13)

Este era el panorama sobre el delito de adulterio durante la época Colonial en la Nueva España.

(13) La Novisima Recopilación, Ley Primera Titulo XXVIII, libro VI, editorial Porrúa, 1542.

ANTECEDENTES EN MEXICO INDEPENDIENTE

" En el Código Mexicano de 1871, TITULO SEXTO DENOMINADO, DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS, LA MORAL PUBLICA, O LAS BUENAS COSTUMBRES, se agrupan los delitos siguientes:

- 1.- Delitos contra el estado civil de las personas
- 2.- Delitos de ultraje a la moral pública y a las buenas costumbres
- 3.- Atentado contra el pudor, estupro, violación
- 4.- Rapto
- 5.- Corrupción de menores
- 6.- Adulterio
- 7.- Bigamia y otros matrimonios ilegales
- 8.- Provocación de un delito, apología de éste o de algún vicio.

En el artículo 816 del ordenamiento antes mencionado se establecía al delito de adulterio de la siguiente manera:

La pena del adulterio, cometida por una mujer era severamente castigada y penalizada." (14)

(14) Código Mexicano de 1871, título cuarto denominado Delitos Contra el Orden de las Familias, la Moral pública o las Buenas Costumbres, editorial Porrúa.

ANTECEDENTES HISTORICOS EN LATINOAMERICA

CHILE

" El artículo 375, inciso segundo del Código Penal Chileno define el adulterio de la mujer casada de la siguiente manera; Cometten adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. La definición anterior es idéntica a la del Código Penal Español. Este delito supone necesariamente, en consecuencia, la participación material de dos personas de distinto sexo. Esta dos personas no son siempre necesariamente responsables del delito como co-autores pueden ser responsables ambos, puede ser responsable uno sólo de ellos, (cualquiera) o puede no ser responsable ninguno.

Todo dependerá del elemento de culpabilidad; si tiene o no conocimiento de la existencia del vínculo matrimonial, dentro de los sujetos activos, el varón no necesita reunir ninguno en especial, la mujer en cambio, debe estar casada, o sea unida con otro varón por un matrimonio no disuelto a la época de la comisión del delito.

No es elemento que influya en la culpabilidad del delito el hecho de que el matrimonio en cuestión sea vá lido o nulo. De modo que si el matrimonio, a la época de la comisión del delito, no se encontraba, disuelto por la muerte real o presunta o no había ya sido declarado nulo por sentencia judicial ejecutoriada, el delito subsiste pese a la posterior declaración de nulidad. Sin embargo, si con posterioridad a la comisión del adulterio se declara la muerte presunta del cónyuge de la mujer y se fija como fecha de disolución del matrimonio una anterior a la comisión del hecho, no habrá adulterio.

La Ley Penal Chilena considera al adulterio como un delito que ofende el derecho exclusivo del otro cónyuge a la realización de los actos aptos para la procreación. La realización de otros actos, aún de significación libidínosa, podrá ofender el honor del marido, las buenas costumbres, etc. pero no el derecho en cuestión, especialmente si se trata de actos anti-naturales, respecto de los cuales el marido no tiene ningún derecho de realización. En consecuencia, una de las razones que se ha tenido en vista para la increi-

minación del adulterio de la mujer ha sido la posibilidad de introducción de "Prole" ilegítima al matrimonio, peligro que sólo puede provenir de la realización de la cópula normal con un tercero extraño; El adulterio de la mujer es instantáneo; se consuma con cada acto de yacimiento. Es delito formal, pero cabe en él la tentativa, presentada por los actos que en forma directa, inmediata e inequívoca tienden a la cópula.

El artículo 380 señala que; Aunque una sentencia civil ejecutoriada da lugar al divorcio por adulterio de la mujer, ella no surtirá efecto en materia penal, sino que será necesario un nuevo juicio, ésta vez criminal, para establecer la existencia del delito y determinar su penalidad. Por contrario, si la sentencia civil ha sido "Absolutoria", es decir, si ha tenido por no probado el adulterio de la mujer, ella surte sus efectos plenamente en lo penal; NO es posible intentar un nuevo juicio criminal para obtener sanción de la mujer adúltera.

El artículo 381 del Código Penal Chileno define el adulterio de varón casado de la siguiente manera: El marido que tuviera Manceba dentro de la casa con -

yugal o fuera de ella con escándalo cometera **adulterio** señalando una doble sanción; la pena que el mismo artículo impone y la pérdida del derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante su amancebamiento.

Esta figura supone la participación material de dos personas: El marido y la **manceba**. Si la participación de ésta última es culpable, esto es, dolosa, se le considera **co-partícipe** del delito, aunque recibe una penalidad distinta y separada: La pena de destierro.

Como se ve, la obligación de fidelidad conyugal no recibe idéntica tutela penal por lo que toca al marido que a la mujer. Por tal razón y dada la tipicidad de ésta figura en la legislación, se llama también "**A-mancebamiento**" más bien que adulterio.

Las circunstancias en que el amancebamiento se torna punible son dos: Cuando la manceba se tiene dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo.

Además de la pena del delito, el marido pierde el derecho de acusar a su mujer por los adulterios cometidos durante el amancebamiento de aquel. Esta regla no existe con respecto a la mujer **adúltera**, lo que se

explica por el hecho de que el adulterio de la mujer es un delito instantáneo, lo que impide la posibilidad de que un amancebamiento del marido (permanente) pueda ocurrir durante un adulterio de la mujer (acto sexual instantáneo), otras normas aplicables al mismo delito por el Código Chileno.

Los artículos 376, 377, 378, 379, establecen las demás normas aplicables tanto al adulterio de la mujer como al del marido (amancebamiento) que se refieren en general:

1.- El adulterio es un delito de acción privada que corresponde exclusivamente al cónyuge inocente y debe dirigirse sobre ambos culpables y si uno de ellos fallece durante el procedimiento podrá proseguirse contra el sobreviviente.

2.- Esta acción tiene un plazo de prescripción breve, que es un año contado desde que el ofendido tuvo conocimiento del delito.

3.- Por último de acuerdo al artículo 379 del Código Penal Chileno establece que el marido ofendido o cónyuge en cualquier momento podrá suspender el procedimiento, en éste caso estamos viendo el perdón

del ofendido. Los efectos de la suspensión o remisión se extendera al complice del delito de adulterio;(15)

ARGENTINA

El artículo 118 del Código Penal Argentino señala:

"Seran reprimidos con prisión de un mes a un año:

- a.- La mujer que cometiere adulterio
- b.- El co-delincuente de la mujer
- c.- El marido cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal
- d.- La manceba del marido

Según lo dispuesto en el artículo 73 de la misma legislación es un "delito de acción privada" y conforme a lo dicho en el artículo 69 del mismo código, se extingue, como todos los delitos de ésta índole, por perdón de la parte ofendida.

En el artículo 74 del código antes citado, se establece una condición objetiva de punibilidad, además de fijar los efectos del consentimiento y de una causa extintiva, ya que señala que "La acción por delito de adulterio corresponde unicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pe-

(15) Barcos Jarpa Ernesto, Derecho Internacional Público, editorial, Jurídico de Chile, 1955.

ro no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio"

Asimismo establece el artículo que la sentencia en el juicio de divorcio no producirá efecto alguno en el juicio criminal.

El cónyuge que ha cometido el adulterio o lo ha perdonado, no tiene derecho de iniciar la acción.

La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace la ejecución de la pena." (16)

FRANCIA

" En los artículo 336y 337 del Código Penal Frances, el adulterio sólo se comete por la mujer;el marido es el único que puede denunciarlo,y el mismo,si "toma de nuevo a su mujer" hace cesar la condena.

El complice de la mujer será castigado con la misma pena que ella,y las únicas pruebas que pueden admitirse contra el acusado de complicidad,son:

- 1.- El delito flagrante
- 2.- Cartas
- 3.- Correspondencia comprometedora
- 4.- Papeles escritos por el." (17)

(16) Código Penal Argentino,1990,editorial Jurídico de Argentina.

(17) Código Penal Frances,1991 editorial de Francia.

CAPITULO SEGUNDO

REGIMEN JURIDICO DEL ADULTERIO

1.- Definición

" La expresión adulterio deriva del latín adulterium que significa "ayuntamiento carnal ilegítimo" de hombre con mujer siendo uno de ellos o los dos casados o 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." (18)

Se considera que nuestras leyes no han definido al adulterio, el libro segundo título decimoquinto capítulo cuarto del Código Penal y que se refiere dicho título a los delitos sexuales, en su artículo 273 establece al delito de adulterio de la siguiente manera: " 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." (19)

En consecuencia en materia Penal el adulterio es: " El ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados, cometido en el domicilio conyugal o bien con escándalo."

(18) Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, 1973, editorial Porrúa

(19) Código Penal, artc.273, editorial Porrúa, 1990

En términos generales el adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno o otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial.

* Es conveniente ver la etimología de la palabra adulterio; se dice que es un término castellano muy semejante en las demás lenguas romances, deriva inmediatamente de la voz latina, "ADULTERIUM", sobre cuyo origen y sentido los diversos tratadistas no han hallado comunión. Por lo anterior, desde el punto de vista filológico, la locución latina "ADULTERIUM" procede de "ADULTER" que significa "AD" hacia y "ALTER" otro; Cerca de otro, en comunicación con otro." (20)

" Filosófica y Jurídicamente la palabra adulterio proviene de " ADULTERIUS THORUM IRE, VEL ACCEDERE" que referido al Español se traduce en " OCUPACION DEL TALAMO AJENO."

En relación a la definición del delito en cuestión cabe expresar que los pueblos más antiguos lo establecían en sus leyes.

E incluso Santo Tomás de Aquino lo expresa en su obra,

(20) Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana, editorial Porrúa, pág. 123-156, 1990

"ADULTERIUM, SICUT IPSUM NOMEN SONAT, EST ACCESUS AD ALIENUM THORUM, EST COPULA CUM ALTERIUS CONIUGE (El adulterio, como indica su nombre es acceso al tálamo ajeno.)" (21)

" Por su parte Foresta y Revel notables juristas afirman con afinidad que el adulterio es la violación de la fé conyugal corporalmente consumada" (22)

De las definiciones antes expresadas se deriva la existencia de:

- 1.- Una violación o transgresión de los deberes conyugales
- 2.- Un acto carnal (cópula)
- 3.- La consumación del acto del casado o casada con persona distinta de su legítimo cónyuge.

Por lo tanto, el adulterio debe considerarse como:

" Un acto carnal que viola la fé conyugal realizado por persona de sexo masculino o femenino casados, con persona distinta de esos matrimonios ."

(21) Summa Theológica 11 Quest 154. artc. 8 editorial, Juridica Española.

(22) Carmona El Adulterio. editorial, Juridica Española 1965.

II.- ELEMENTOS

Para algunos autores los elementos del delito son: I.- La acción de adulterio

2.- Ayuntamiento carnal en el domicilio conyugal, o con escándalo.

El primero se refiere al ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados, o bien, yacimiento de mujer casada con varón que no es su cónyuge.

El segundo elemento es que el ayuntamiento carnal debe producirse en el domicilio conyugal o bien con escándalo.

De tal forma que el primer elemento trae consigo que es presupuesto imprescindible del delito de adulterio que algunos de los autores, por lo menos, al momento de cometerlo este casado en matrimonio legítimo no disuelto por la muerte del otro conyuge o por el divorcio y que no hubiere sido anulado. Dicha relación debe derivar precisamente del contrato civil matrimonio.

Es necesario hacer mención ya que se presta a un mal entendido que se excluye el matrimonio eclesiástico o de simple amancebamiento. Esto por el caso de que a ve-

ces. los concubinos se dan el tratamiento de esposos sin embargo, sabemos que la propia ley constitucional establece el matrimonio civil y su comprobación es a través de los actos del registro civil. Quedando su reglamentación en relación a su comprobación al propio ambito del Derecho Civil.

"En relación al primer elemento debe pensarse que la acción material del delito de adulterio debe consistir en el acceso carnal adulterino y debe partir de mujer casada y hombre libre y hombre casado y mujer libre; o bien hombre y mujer casados en diferentes matrimonios. En éste último caso se estaría ante un delito de adulterio doble.

Los autores o protagonistas del acto carnal ilícito. El sujeto pasivo u ofendido es el cónyuge bur lado. En el adulterio doble resultan afectados los dos cónyuges inocentes pudiendo cada uno iniciar la acción penal mediante la querrela del ofendido .

El segundo elemento lo constituye la parte del Código Penal que refiere del delito de adulterio haberse cometido en el domicilio conyugal o realizarse con escandalo." (23)

(23) Gonzalez de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, editorial Porrúa, pág. 435. 1968.

" En relación al concepto de domicilio conyugal nuestro Código Civil no establece ni define a dicho domicilio.

El Código Penal tampoco determina cual es el domicilio conyugal. Debemos considerar por lo tanto, desde un punto de vista real y lógico que el domicilio conyugal de interpretarse como aquel que constituye la casa, vivienda o cuarto destinados para la convivencia permanente o transitoria de los cónyuges.

Así mismo debe entenderse como domicilio conyugal no sólo la casa donde habitualmente viven los dos cónyuges, sino también cualquier otra casa que por caso fortuito o transitoriamente usen dicho matrimonio para vivir.

Forma parte del segundo elemento el hecho de que el adulterio se haya realizado ? con escandalo"

Francisco Gonzalez de la Vega expresa al respecto. El caracter escandaloso del adulterio consiste en el desenfreno o desvergüenza de los amoríos que, por su publicidad, constituyen ofensa contra la moral media y, especialmente, contra el cónyuge inocente, dado el entredicho en que queda ante los demás" (24)

(24) Código Civil, para el D.F. editorial Porrúa, 1990

Por nuestra parte, interpretamos la expresión "con escándalo" como aquella publicidad ante los que rodean al matrimonio afectado por el adulterio de uno de los cónyuges, que causa daño moral a la pareja y a los hijos, sobre todo, si pensamos en que nuestra sociedad es muy dada a mostrar escarnio y desprecio al cónyuge lastimado por ese hecho. Aunque la idea antes expresada, comienza a tener efectos negativos, pues, solamente en los núcleos, de la provincia mexicana es donde realmente el hecho delictuoso del adulterio causa graves daños morales del afectado en la sociedad que lo rodea.

En general en el delito de adulterio el escándalo es un elemento de índole normativa que en los procesos, el juzgador debe apreciar tomando en cuenta las circunstancias y antecedentes personales de los adúlteros en relación principal con el ofendido, las modalidades de su conducta externa y el ambiente social en que manifiesten sus relaciones adulterinas a efecto de valorar éstos datos y determinar si son constitutivos de publicidad afrentosa.

El tercer y último elemento en el delito de adulterio es el dolo, elemento psicológico que es la con

ciencia de ejecutar la cópula que viola las normas del matrimonio. Pero además dicho elemento psicológico es el de conscientemente por parte del casado causante de la infidelidad de que ejecuta el acto carnal con persona que no sea su cónyuge y, en relación al co-participa la voluntad y conocimiento de que efectúa el acto adulterino con persona ligada en matrimonio.

En relación al elemento psicológico debe pensarse que habrá también en algunos casos ausencia de conducta criminal o bien inculpabilidad. En el primer caso podrá darse una violación adulterina es decir, cuando se vence o anula su resistencia al acto por una fuerza física exterior (violencia física) por causas de miedo, temor y para evitar otros daños (violencia moral) al respecto hay disposiciones legales para éstos, aplicándose las penas de violación etc.

Formando parte de este último elemento están los siguientes supuestos:

1.- No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido y cuando el ofendido formule su querrela contra uno sólo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como

delicuentes. Esto lo establece el artículo 274 del Código Penal para el Distrito Federal y el único titular de la querrela es el cónyuge ofendido.

2.- En el adulterio doble que se realiza con escándalo, son ofendidos los cónyuges inocentes y cada uno puede querrellarse independiente.

3.- En el adulterio, la acción penal desaparece cuando existe consentimiento del ofendido de acuerdo con el artículo 93 del Código Penal.

4.- El perdón del ofendido es un acto judicial a extrajudicial posterior al delito que extingue la acción penal. Por medio de él, el ofendido hace remisión tácita o expresa del agravio, y a través de su voluntad no se inicia el procedimiento o bien se termina para el caso que ya se haya iniciado (artículo 276 del Código Penal)* (25)

5.- Si en el adulterio doble resultan ofendidos los dos cónyuges de los culpables, el consentimiento perdón o desistimiento de uno de ellos no priva al otro de la persecución del delito.

6.- La muerte del ofendido extingue la acción penal cuando ocurre antes de la presentación de la querrela.

(25) Código Penal, artículo, 276, editorial Porrúa, 1990

III.- OBJETO

" En la doctrina se distingue entre objeto jurídico y objeto material, por el primero entendemos el bien jurídico tutelado a través de la ley Penal mediante la amenaza de sanción; puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir éste su esencia" (26)

De tal forma que tratándose del delito de adulterio el objeto jurídico lo constituye la fidelidad conyugal. En éste sentido, cabe aseverar que el objeto en el caso del adulterio presenta varios aspectos, siendo los principales:

1.- Que el adulterio se cometa en el domicilio conyugal.

2.- Y que el adulterio produzca escándalo al realizarse.

Por otra parte es necesario aclarar que es distinto el objeto de acción sinónimo del objeto material del delito y objeto de la protección jurídica en éste último caso sabemos que el objeto es la fidelidad conyugal. También podría argumentarse que en éste caso, siendo el delito la violación de derechos subjetivos, encuadra la

(26) Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal, pág. 162, editorial Porrúa, 1969

fidelidad conyugal como derecho subjetivo violado. Si sumamos al derecho subjetivo el interés, concepto de algunos tratadistas que utilizaron para fundamentar la violación de derechos subjetivos, encontramos más completo dicho concepto.

Sin embargo un autor de la materia expresa:

" Reducir todo a un mero interés es tan erróneo como exigir que el bien esté al específico y concreto servicio del titular.

La fórmula de Von Litz determina bien claro que se trata de un interés jurídicamente protegido. Si aceptamos la teoría subjetiva es obvio que, como Binding dijo, resultaría un sarcasmo afirmar que la vida es un bien para el enfermo aquejado de un mal incurable y acerbadamente doloroso. Los que no aceptamos la eutanasia no justificamos el homicidio piadoso, aunque patrocinemos la facultad de perdonar a quien caritativamente da la muerte, tenemos que rechazar esa extremada tesis subjetiva" (27)

Por nuestra parte concluimos que el objeto jurídico del delito de adulterio lo constituye primordialmente la fé o fidelidad conyugal que deben guardarse

(27) Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal, pág. 157, editorial Porrúa, 1962.

los esposos.

De tal suerte que al quebrantarse dicha fé se ésta atacando a la instauración propia de la familia, con todas sus derivaciones tanto en el aspecto material, como en el psicológico o moral, que a la larga desintegraría el núcleo familiar mexicano.

IV.- BIEN JURIDICO TUTELADO

Según algunos autores el adulterio es un delito de injuria en amplio sentido, toda vez que los autores con su acto menosprecian al cónyuge afectado o burlado. Al respecto se afirma que sólo en los casos en que se cause injuria manifiesta el cónyuge ofendido debería castigarse el adulterio. Esto significa que más que el propio delito lo que se castiga es la desvergüenza de los adúlteros. Por nuestra parte, consideramos que aunque en un principio, éste delito era catalogado por su forma infamante de producirse en una sociedad que catalogaba de acuerdo a una moral de la época, actualmente el hecho en la mayoría de los casos no produce los mismos resultados que en la actualidad.

Esto no significa que nuestra actual sociedad haya descendido desde el punto de vista de los valores morales, simplemente dicha sociedad lo acepta muchas veces, como una debilidad humana que no debe enclaustrarse en una legislación Penal, que debe dirigirse más que nada, a los delitos propiamente dichos.

Expresa un autor " Que el objeto de la tutela penal en éste delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el conyuge inocente" (28)

Sin embargo consideramos que el bien jurídico tutelado, actualmente atraviesa por una crisis.

En efecto, la grave afrenta contra el cónyuge inocente no opera en las grandes ciudades como en las provincias de la población del país. Siendo éste, así unido a otros aspectos como el de la consumación del delito, queda en entredicho la prueba para dicho ilícito.

V.- NEXO CAUSAL

En general debemos aceptar que el hecho se integra con la conducta, el resultado y un nexo de causa -

(28) Gonzalez de la Vega Francisco, Derecho Penal Mexicano, editorial porrua México, 1968.

lidad entre la primera y el segundo y la ausencia de cualquiera de dichos elementos impide el nacimiento del hecho por lo cual es necesario el nexos causal para poder atribuir un resultado a la conducta de un hombre. Si partimos de las anteriores premisas; en el caso del delito de adulterio, es preciso que se den las relaciones de causalidad a los que hemos hecho referencia.

Si decimos que el adulterio penal es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados cometido en el domicilio conyugal o bien con escándalo.

Deben existir los siguientes supuestos:

- 1.- Que haya relación sexual
- 2.- Que sea realizada por hombre y mujer
- 3.- Que deben ser casados uno de ellos o ambos independientemente
- 4.- Que sea realizada la relación sexual en el domicilio conyugal de cualquiera de ellos
- 5.- Que al realizarse el acto se haga con escándalo.

Por lo tanto, debemos considerar que:

- 1.- El adulterio implica para su denuncia la presunta comprobación de la relación sexual.
- 2.- Que se demuestre con las actas del registro Civil la relación de matrimonio que tienen con el cónyuge afectado.
- 3.- Y que el acto al realizarse en el domicilio conyugal causó escándalo.

En primer término debe expresarse que el código Penal del Distrito Federal en su artículo 275 establece: "Sólo se castigará el adulterio consumado" (29) Sin muchos comentarios consideramos que el delito de adulterio es de difícil comprobación si no, que imposible.

Hasta la fecha jamás se ha podido comprobar el ayuntamiento carnal para poder iniciar la querrela del cónyuge supuestamente ofendido, por lo que la relación entre la conducta y el resultado no se da en el delito de adulterio, tan es así; que el legislador ha tenido que acudir a otros medios para poder demostrar la comisión del delito, pero no como lo establece el Código Penal. En efecto el Código de Procedimientos Penales establece un artículo 124 por medio del cual se

(29) Código Penal del Distrito Federal, artículo 275,
editorial, Porrúa. 1990

faculta al juez para emplear todos los medios necesarios para la comprobación del cuerpo del delito.

VI.- CUERPO DEL DELITO

En primer término debemos partir del ayuntamiento carnal, como supuesto del delito. En este caso debe haberse realizado el acto carnal para comenzar por constituir el cuerpo del delito. Al respecto nuestra jurisprudencia acepta la prueba indiciaria o presuncional. Al efecto se establece: que para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva.

Otro elemento para configurar el cuerpo del delito es indispensable, para la comprobación del cuerpo del delito de adulterio, que el hombre o mujer casados, responsables de adulterio, estén unidos por medio del contrato Civil de matrimonio, no disuelto ni declarado nulo, por medio del acta del registro Civil respectiva. El adulterio se comete generalmente en circunstancias secretas en las cuales se evita la vista pública, pa -

ra el caso de configurar el cuerpo del delito, la demostración procesal del acto sexual es difícil, si embargo, puede establecerse el cuerpo del delito indirectamente a través de pruebas de indicios, testigos correspondencia amorosa etc.

Además, cuando se le sorprende en situaciones determinadas que revelen la comisión del delito, como cuando están en la misma casa o en ropas íntimas en una misma alcoba, o bien cuando se han introducido sin explicación alguna en un hotel u otro lugar apropiado para efectuar el hecho adulterino.

Por otra parte algunos autores como Pincherli que cita el maestro Demetrio Pallares expresa:

"Cuando se sabe que la mujer está con un hombre, encerrada en una pieza, y se oye el chasquido de un beso; cuando el hombre huye al acercarse una persona y la mujer es sorprendida en actitud indecente o medio vestida, serán pruebas suficientes del adulterio y el juez no tendrá, la necesidad de la prueba física" (30)

De la opinión anterior se concluye que el cuerpo del delito se integra también por los indicios que el juzgador se allegue a fin de poder determinar

(30) Sodi Pallares Demetrio, Derecho Penal, editorial, Porrúa, 1968.

a través de dichas pruebas, la comisión del delito de adulterio.

VII.- PRESUNTA RESPONSABILIDAD

Como todos los delitos que tienen por objeto el desahogo fílicito de lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo se encuentra para los dos transgresores en que están conscientes de efectuar una cópula que transgrede las normas matrimoniales.

El elemento mental o psicológico en la comisión del delito de adulterio precisa para el casado infiel la voluntad y conocimiento de que ejecuta el ayuntamiento carnal con persona que no sea su cónyuge, por su parte el co-partícipe: La voluntad y el conocimiento de que ésta efectuando con una persona ligada en matrimonio, sabemos que la intencionalidad criminal se presume legalmente según el artículo 9 del Código Penal, pero admite pruebas en contrario.

Se afirma que el adulterio consiste en un acto sexual de dos personas y por ende se supone que son culpables del acto adulterino, sin embargo, ocurre en

casos concretos que el casado o extraño, aunque sean autores materiales del acto sexual, no son responsables en los casos siguientes:

- 1.- Por ausencia de conducta criminal
- 2.- Por una causa de inculpabilidad

En el primer caso, no es responsable el que sufre por ejemplo: Violación adulterina, es decir, cuando se vence o anula su resistencia al acto por una fuerza física exterior, es decir, por violencia física o por miedo o temor y para evitar otros daños, en este caso, violencia moral, o bien cuando se aprovecha para el acto sexual su estado de indefensión.

" La exclusión de responsabilidad, únicamente favorece al que no ha actuado voluntariamente, el violentador adulterino será responsable en forma de concurso formal tanto de la violación como en su caso del adulterio.

Todo lo antes expuesto lo encontramos fundamentado por los artículos 15 fracción I, IV, 265, 266, y 58 del Código Penal vigente en el Distrito Federal." (31)

Por otra parte, por una causa de inculpabilidad, tampoco responderá del delito de adulterio, a -

(31) Código Penal, para el D.F. art. 15 fracc. I, IV, 265 266 y 58. editorial Porrúa, 1991.

que el que obre bajo una causa de inculpabilidad de su conducta, como el caso en que el co-participe del acto adulterino ignore el vinculo matrimonial de su amante o bien, cuando el casado autor del adulterio lo realice por error de hecho ejemplo: Cuando sin conocer a su cónyuge haya celebrado matrimonio mediante poder y sostenga relación carnal con un extraño suplantador. O también cuando cometa el acto creyéndose viudo; que por no ticias falsas pero en experiencia digna de fé, por lo cual pensó que su cónyuge estaba muerto.

También cuando el co-participe se introduzca en el lechi conyugal por la noche y haciéndose pasar por el esposo engañe a la persona cónyuge.

En todos los anteriores casos quedan protegidos por la excluyente de responsabilidad, consistente en ejecutar un hecho que no es delictuoso sino circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar. Según el artículo 15 , fracción VI del Código Penal aplicable en el Distrito Federal.

Sin embargo, la presunta responsabilidad en el delito de adulterio es muy difícil de establecer, por la naturaleza de la acción consumativa del deli -

to, el yacimiento o ayuntamiento carnal que se realiza en la soledad, misterio y sin testigos, impide obtenerse prueba directa u objetiva que lo demuestre en el procedimiento penal.

" Por lo anterior el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal en su artículo 124 faculta al juez para utilizar cualquier medio de investigación que estime necesarios, mientras no sean contrarios a la ley y la moral, para comprobar el cuerpo del delito.

La mayoría de los jueces conceden valor a la prueba indiciaria para establecer la presunta responsabilidad de los inculcados.

De esta forma se podría fincar responsabilidad a un cónyuge que estando en un cuarto cerrado, lo esté con un hombre distinto al marido, y al sorprenderlos basta que huya o bien ella esté medio vestida para fincar dicha responsabilidad." (32)

VIII.- JURISPRUDENCIA

En relación a la comprobación del cuerpo del delito para determinar la presunta responsabilidad en

(32) Código de Procedimientos Penales del D.F. art. 124 editorial Porrúa, 1990.

el delito de adulterio.

La Tesis Jurisprudencial 269 publicada en el apéndice al tomo LXIV semanario **Judicial** de la Federación establece: "Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva."

Por otra parte, la Tesis número II, página 45 del apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia formada con los fallos de 1917 a 1965, segunda parte primera sala establece que: Para que se puedan comprobar las relaciones sexuales como elemento primordial constitutivo del delito de adulterio, bastara con la prueba presuntiva, esta jurisprudencia definida acepta la prueba indiciaria o presuncional.

Es preciso expresar que la jurisprudencia antes mencionada no es tomada en cuenta en la mayoría de las veces para dictar los fallos en los procesos criminales para el delito de adulterio y se sigue insistiendo en la práctica judicial en la obtención de una prueba directa u objetiva para la demostración procesal del fornicio adulterino.

Ya se ha visto y mencionado en éste trabajo que con ex
cepción de los casos de sorpresa flagrante o de confe -
sión de los responsables, es casi imposible comprobar
el acto de adulterio es decir: El ayuntamiento carnal
ilegitimo.

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO PARTICULARIZADO DE SU COMPROBACION

I.- Concepto de domicilio conyugal

" Las Leyes de Partidas consideraban el domicilio como el lugar en que uno se haya aveuñdado y establecido, con su mujer, sus hijos; con su familia y la mayor parte de sus bienes muebles, es decir, el domicilio era considerado desde el punto de vista de la familia" (33)

Poco tiempo después, éste concepto de domicilio sufre una transformación; esto es, cuando surgieron los derechos y las obligaciones que tenían que cumplirse ya no directamente para con la familia, sino para con terceros; entonces es cuando sufre la transformación a que antes nos referimos, tomando un sentido más amplio, constituyendo así lo que se llamó cuasi domicilio; tomando los comentadores de aquellas épocas como domicilio, el familiar, llamado por algunos domicilio real; y el cuasi-domicilio; tomado como domicilio convencional; porque éste está determinado por relaciones extrañas a la familia.

* En nuestro Código Civil vigente no encontramos

(33) Leyes de Partidas, Ley primera titulo XVII partida 7 editorial Porrúa.

una idea clara de domicilio;pués en algunos casos to -
 ma como domicilio,el familiar,es decir,la materialidad
 de la casa,de la morada que se habita;pero en muchos
 otros casos claramente nos está dando la idea de que
 lo que debe entenderse por domicilio es la ciudad,o
 población en que uno se encuentra;llenando los requi -
 sitos que la misma ley exige.

La Ley Civil establece en su artículo 29;El domicilio
 de una persona física es el lugar donde reside con el
 propósito de establecerse en él;a falta de éste,el lu
 gar en que tiene el principal asiento de sus negocios;
 y a falta de uno o otro,el lugar en que se halle" (34)
 De acuerdo con la primera parte de éste artículo,ve -
 mos que el legislador designa,a la ciudad,población.
 En que uno se encuentra,como domicilio,ya que no pu -
 do haber considerado al decir que el domicilio de una
 persona física es el lugar donde reside con el propo -
 sito de establecerse en el.

Al respecto el artículo 29 del Código Civil para el
 Distrito Federal establece que: " Se presume el pro -
 pósito de establecerse en un lugar,cuando se reside
 por más de seis meses en él" (35)

(34) Código Civil,editorial Porrúa,1990.pág.48 para
 el D.F.

(35) Código Civil,para el D.F. editorial Porrúa,1990

Así pues, no creemos que nuestra ley considere que uno tiene el propósito de establecerse en una casa determinada sino que el propósito de establecerse en un lugar es refiriéndose a la ciudad, población, no importa el punto cualquiera en que se encuentre situada la casa, porque bien puede ser que uno se cambie de casa antes de haber vivido seis meses en ella, a otra que se encuentre dentro de la misma ciudad o población en que se halle la casa que se deja; y entonces nos preguntamos ¿Que acaso por haberse cambiado de una casa a otra antes de que se cumpliera los seis meses de habitarla, se considera sin domicilio a esa persona? luego entonces llegamos a la conclusión de que el lugar a que se refiere nuestra ley es la ciudad o población donde uno debe tener el propósito de establecerse, y no la casa en sí.

Del breve análisis que hemos hecho de los artículos antes citados concluimos de que son dos las ideas del legislador:

La primera de tomar como domicilio de una persona física, la ciudad o población.

La segunda debe considerar como domicilio la casa en

sí, la morada en que se habita. De ésta observación surge el problema que aquí planteamos, pues en nuestro concepto tiene gran importancia desde el punto de vista Penal.

De acuerdo al artículo 273 del Código Penal que establece: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta de seis años, a los culpables del adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo" de donde se desprende que para sancionar tal acto delictuoso, es necesario tener una idea clara de lo que debe entenderse por domicilio conyugal cosa que no encontramos ni en el Código Civil ni en el Código Penal.

Pues como puede verse del estudio que hemos venido haciendo, nuestro Código Civil, habla del domicilio en general de las personas físicas, pero no dice nada con respecto al domicilio conyugal; ésta laguna de nuestra nueva legislación ha dado lugar a serios problemas, uno de ellos es el siguiente: Un matrimonio se encuentra accidentalmente, en una ciudad "X" ocupando una "casa" o un "cuarto" de un hotel, y estando en éstas condiciones se cometa el adulterio en la propia casa o

cuarto conyugal, ¿que acaso la sanción penal no caerá sobre el culpable de éste hecho delictuoso, por no tener seis meses de residencia en esa habitación ? Esto es, tomando como domicilio conyugal la materialidad de la casa. Ahora tomándolo en el sentido de que el domicilio es la ciudad o población en que uno reside; tampoco podría sancionar nuestra ley Penal éste hecho delictuoso, porque, el espíritu del legislador es el que para considerar a una persona domiciliada en un lugar, tiene que residir en él más de seis meses, y como, el adulterio se cometería en una ciudad o población, en un cuarto o en una casa, donde no se ha residido por más de seis meses, no se considerará ese lugar, cualquiera que sea la idea que el legislador nos ha querido dar, como domicilio conyugal. De donde resulta que, el adulterio cometido en esas condiciones quedaría impune por no ser lo suficientemente clara nuestra ley a éste respecto.

Por otro lado, ni siquiera por antecedente podemos saber cual es el domicilio conyugal, ya que el Código Civil de 1884, expresa en su artículo 32 "El domicilio de la mujer casada, si no ésta legalmente separada de

su marido, es el de este" concepto también sujeto a problemas de interpretación.

Por lo tanto debemos considerar que el domicilio conyugal nace con el matrimonio, desde que la pareja se une por ese concepto tienen un domicilio conyugal independientemente, de cualquier otro ya sea legal o de origen, no importa el tiempo que tenga de habitar o residir en un lugar.

El domicilio conyugal lo constituye la casa, materialidad de la morada y no la ciudad o población, es decir la casa en que el matrimonio tiene habitual o accidentalmente su morada.

II.- CONCEPTO DE ESCANDALO

Al concepto de escándalo debe dársele una interpretación gramatical para que con ella, podamos acudir a la interpretación de la ley positiva.

Gramaticalmente el "Diccionario Larousse Ilustrado nos da la siguiente definición: Acción que ofende a la moral; indignación provocada por una mala acción." (36)

Por su parte la academia de la lengua nos define al

(36) Diccionario Larousse Ilustrado, 1991 editorial

escándalo como: "La acción o palabra que da motivos a que otros juzguen mal del prójimo" " Alboroto, tumulto, aombro, admiración." etc.

Como vemos, el concepto escándalo es bastante elástico y su contenido lo es más aún. Ahora bien, nuestro Código Penal vigente, ¿que significación da al "escándalo" ?

He aquí un problema que, para resolverse, necesita que sean tomadas en cuenta varias circunstancias, tales como la de lugar, época, costumbres, y de este modo poder lograr, una significación más o menos aproximada de lo que es escándalo, ya que lo que hoy nos parece escandaloso mañana pueda no serlo, y lo que antes era considerado como escandaloso, puede hoy no serlo.

Ahora bien, colocándonos en un punto de vista intermedio, no radical opinaremos que el escándalo, tal como lo concibieron los legisladores del Código Penal de 1931, consiste en la conducta sospechosa de una persona o en la publicidad con que un hecho ilegal se realice.

Surge entonces la cuestión de quien es el indicado para calificar si hay o no escándalo, cuando que este concepto es tan abstracto, elástico y mutable.

Como anteriormente afirmábamos, es el juez el indicado para resolver, según su discreción, y tomando en cuenta las circunstancias de lugar, tiempo, costumbre, si hubo o no escándalo, y por consiguiente si el delito es punible o no.

III.- SU COMPROBACION

Con excepción de sorprender en flagrante delito el caso de adulterio o bien por la propia confesión de los autores, la acción consumativa del mismo es decir, el acto carnal, generalmente es realizado en forma tan discreta que es difícil su comprobación.

Sin embargo, como antes lo indicamos existen las pruebas indiciarias y presuncionales, además de que se le concede al juez la acción amplia para emplear los medios de investigación que estime condicentes, aún cuando no sean los definidos y detallados por la ley como prueba que no repruebe la misma ley, para comprobar el cuerpo del delito.

" El artículo 261 del Código de Procedimientos Pena - les concede valor probatorio pleno a la prueba indi -

ciaria o de presunciones, cuando produzcan el enlace natural y necesario entre la verdad conocida y la que se busca" (37)

IV.- PROBLEMA QUE SE PRESENTA EN LA LEGISLACION

De acuerdo al artículo 273 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales establece:

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

Por lo anterior podemos decir que el delito de adulterio no está definido por lo que es necesario que se incluya en la codificación una definición del adulterio.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte Fallos de 1965, considera como domicilio conyugal, la casa o casas que el marido tiene para vivir, de tal manera que si por ejemplo: El esposo lleva al lugar o casa donde vivió con su esposa y si ésta se encuentra separada de él y ya no vive ahí, en virtud de esa separación, pero no por consecuencia de un mandato judicial, no se puede

(37) Código de Procedimientos Penales, artc. 261 editorial, Porrúa, 1990

decir que dicha casa no es el domicilio conyugal; además no se puede alegar que el acusado no cometió adulterio en virtud de que su mujer no vivía con el por causa de la separación, ya que como se ha dicho antes, el domicilio conyugal es la casa o casas que el marido tiene para su habitación. Ahora bien, en el caso de que se cometa el delito fuera del domicilio conyugal, pero con escándalo, se presenta el problema de precisar en que consiste el escándalo a que se refiere nuestra ley. El escándalo es toda acción o palabra que determine a uno a obrar mal o a pensar mal del otro. Este debe ser provocado por los mismos adúlteros, de tal manera que la jurisprudencia ha considerado que no existe escándalo, cuando otras personas se enteren de la acción de adulterio, por razón de su trabajo, de su parentesco, o de sus relaciones íntimas con los culpables es decir, para que exista éste escándalo es necesario que haya una grave publicidad del estado adulterino que los propios adúlteros provocan, por la exhibición cínica de sus amorfios.

La Jurisprudencia establece que si; el esposo o la esposa del cónyuge infiel, se da cuenta de la

acción adulterina que se está cometiendo, y ésta la da a conocer a la prensa, la cual la publica, aún cuando cantidad de personas se den cuenta por élla de ésa acción, no se considera que exista escándalo, puesto la única persona que se enteró de ésta acción fué el propio cónyuge ofendido y no fué provocada por los adulteros.

Viendo éstas condiciones, a fin de que se pueda comprobar el adulterio existe el problema de poder aportar la prueba directa del acto, ya que requiere para la consumación del mismo, la soledad y ausencia de testigos.

Por otra parte existe notoriamente la imposibilidad de la prueba. De acuerdo al artículo 275 del Código Penal del Distrito Federal "Solo se castigara el adulterio consumado."

La comprobación del yacimiento adulterino es sumamente difícil y pudiera hasta afirmarse como imposible, salvo casos de sorpresa "infraganti" o confesión de los acusados. Científicamente existe una posibilidad casi absoluta de probar la relación sexual completa, debido a que, las huellas del ayuntamiento desaparecen

después de realizado el acto; tal como ha sido demostrado mediante experimentos efectuados en laboratorios químicos; que aseguran que la vida del zoospermo es efímera y dura breves instantes; lo cual ha llegado a comprobarse en la práctica a través de los exámenes médico-legistas.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que la disposición del artículo 275 del Código Penal, resulta absurda y repugnante dentro de la moral, la razón y el propio derecho y puede asegurarse que sólo un marido sin escrúpulos, un cínico, o desvergonzado sería capaz de trasladar al personal judicial, a un notario o a testigos a presenciarse, confirmar o comprobar el acto sexual adulterino, cometido por su propia esposa, en el que indiscutiblemente tendría que emplear el acecho por sí o por persona ajena e incluso la premeditación para lograr sus fines poco honestos.

"En relación al domicilio cónyugal a pesar que el Código Penal no lo define, el propósito del legislador fué, más que castigar un delito, punir la actitud injuriosa o indecorosa de uno de los consortes, al introducir al co-partícipe, al domicilio matrimonial." (38)

(38) Gonzalez de la Vega Francisco, Derecho Penal, pág. 177, editorial Porrúa, 1967

En relación al escándalo, se requiere que las relaciones adulterinas de uno de los cónyuges sean notorias, merezcan el repudio de la opinión común de las personas, ya sea porque se exhiben juntos públicamente dando muestras de ese amor prohibido o que se introduzcan ambos amantes en lugares que por "impropios", con su permanencia en ellos, den pábulo a la murmuración y mal decir de la gentes.

V.- LA FUNDAMENTACION DE SU DEROGACION

Nos concretamos a señalar la penalidad y a establecer dos condiciones objetivas de punibilidad y que se refieren a que el ilícito se cometa en el domicilio cónyugal y con escándalo. Por lo anterior debemos considerar que tal delito no debe existir en la legislación Penal, ya que su penalidad implica una violación al principio *Nullum Crimen Sine Lege*, consignado en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución General de la República. Partiendo del anterior principio "No hay delito sin tipicidad", es decir, que la conducta delictiva debe estar perfectamente descrita en el Código Penal para que pueda integrarse el delito de

adulterio.

" Además la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha afirmado que no está configurado el tipo de delito de adulterio en varias de sus ejecutorias. Y en todo caso dicha corte justifica que aunque el Código Penal no define el delito de adulterio, agrega que. La doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada." (39)

Por nuestra parte, nos preguntamos que validez tiene la jurisprudencia cuando define el tipo de un delito si la Constitución General de la República dispone en el párrafo tercero del artículo 14 "que en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate". Es decir, que validez tiene la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando define un delito frente a la exacta aplicación de la ley en materia Penal. Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentara jurisprudencia para decidir un tipo de delito de

(39) Página 3636, tomo 82 Semanario Judicial de la Federación, editorial Porrúa, 1968.

terminado, no tendría ninguna validez por no estar investida de la facultad legislativa y por expresa prohibición del párrafo III del artículo 14 de la Constitución General de la República al disponer la exacta aplicación de la ley en materia penal.

Además el artículo 275 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales dispone que: "Sólo se castigará el adulterio consumado", por lo tanto, no puede darse la tentativa en éste delito. A nuestro parecer, el adulterio no debe de ser objeto de regulación del Derecho Penal, o sea, que no debe considerarse como un ilícito penal, que debe dejarse al Derecho Civil su tratamiento.

Por lo que se refiere a su comprobación que es una problemática para los abogados, todos sabemos que es casi imposible su comprobación aunque puede haber confesión de alguna de las partes o bien ante un hecho "infraganti".

Por otra parte, debe derogarse, porque el propio Código Penal al sancionar el delito de adulterio da requisitos muy fáciles de evitar, pues sólo basta que los amantes no exhiban sus relaciones o que no

ejecuten sus relaciones o que no ejecuten sus actos adúlteros en el domicilio conyugal, para que no constituya un ilícito penal.

Por lo anterior, consideramos que al no tener tipificado en el Código Penal respectivo, se viola el principio "Nullum Crimen Lege" y la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia Penal, consagrada en el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución General de la República.

Si por otra parte el Código Penal en el artículo 273 expresa: "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 y con escándalo....."

De lo anterior se desprende que no existe definición legal alguna de adulterio, ni nos hacen saber en que consiste la conducta del adulterio, sino que dicho precepto se limita a señalar condiciones objetivas de punibilidad.

Por lo tanto los elementos que componen la existencia del adulterio que son a saber:

- 1.- Un acto de adulterio

2.- Que el adulterio se cometa en el domicilio cónyugal y con escándalo

3.- Elemento psicológico o nexa causal.

1.- UN ACTO DE ADULTERIO

La acción o conducta en éste delito, es un acto de adulterio, pero como hemos dicho antes que la ley no le da ninguna connotación específica a la palabra adulterio. El acto de adulterio es el acceso carnal entre una persona casada, sea cual fuere su nexa y una persona extraña a su liga o unión matrimonial.

La conducta típica del adulterio se integra con la conjunción entre hombre y mujer, estando uno o ambos unidos por vínculo matrimonial con tercero, pero para que dicha conjunción sea calificada de delictiva, debe de realizarse con los modos de comisión o de lugar establecidos por el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, en el domicilio cónyugal o con escándalo.

La naturaleza del acto sexual propio del adulterio lo analizamos desde el punto de vista de su existencia y esencia.

Desde el punto de vista de su existencia, se plantea

el problema de que si se configurará el adulterio en los casos en que no haya posibilidad de engendrar, como cuando sucede con la mujer que cohabita con un niño o anciano.

Tratándose del yacimiento con un impuber, la generalidad de los autores se inclinan por la negativa, clasificando dicho acto como corrupción de menores, opinión con la cual no concordamos, puesto que el adulterio como delito no requiere de la posibilidad de procreación ni mucho menos de ésta última, en igual forma opinan Gonzalez Blanco, Mansini y Cuello Calón, manifestando dichos autores que en ese caso media una infracción a los deberes conyugales, y por lo que se refiere a la conjunción sexual de la mujer con anciano, los autores se inclinan por la afirmativa.

Por lo que se refiere a la esencia del acto sexual existen algunos criterios, de los cuales los más importantes son:

a.- " El que exige la cópula normal, y por lo tanto descarta los actos libidinosos y contra natura, al respecto, Carrara citado por el maestro Alberto Gonzalez Blanco en su obra Delitos Sexuales, al referirse

a los actos contra natura los estima como simples injurias al marido." (40)

b.- El que exige la Seminatio Intra Vas, es decir, la introducción del órgano genital masculino en un conducto femenino, Garraud y Luccini siguen este criterio, pero a condición de que la Seminatio Intra Vas sea por el conducto normal; Manzini objeta esta postura, pues en su concepto se dejaría de considerar aquellos casos en los que se observan precauciones anticoncepcionales y en los ejecutados con esteriles.

c.- "El que estima no ser necesario la Seminatio Intra Vas, sino simplemente la unión de los órganos genitales, a éste criterio se adhieren algunos autores como Ferrer, el que expresa que en el delito de adulterio la conducta viene determinada por el contacto de los órganos genitales con la intención de consumir el acto sexual, siendo imposible independizar los actos realmente ejecutados del elemento intencional que los preside, y Moreno al sostener que no es necesario que el acto alcance la perfección psicológica." (41)

2.- QUE EL ADULTERIO SE COMETA EN EL DOMICILIO CONYU-

(40) Gonzalez Blanco Alberto, Delitos Sexuales cuarta edición, pág. 216, editorial Porrúa, 1972.

(41) Gonzalez Blanco Alberto, Delitos Sexuales, editorial Porrúa, 1972

GAL Y CON ESCANDALO

a.- La legislación actual fué omisa al no precisar el concepto aludido, originándose interpretaciones contradictorias pero en la legislación de 1871 en su artículo 822 se asentaba que por domicilio cónyugal debía entenderse la casa o casas que el marido tuviera para su habitación y equiparó a éste la casa habitada sólo por la mujer, en cambio, en el Código Penal de 1929 el domicilio cónyugal era la casa en la cual el matrimonio tuviera habitualmente su morada; al primero de éstos Códigos puede objetarse haber desatendido el hecho de que en la casa convivieran los dos cónyuges, y al segundo de los citados, el error de exigir el requisito de habitualidad, como si el ultraje no pudiera infringirse también en residencia transitoria; así pues y toda vez que la legislación vigente ha suprimido la expresión de domicilio cónyugal, éste debe fijarse como un criterio realista por lo que debe considerarse como; La casa, vivienda o cuarto destinados para la convivencia permanente o transitoria de los cónyuges, domicilio cónyugal es, pues, no sólo el hogar o residencia habitual del matrimonio sino cualquiera casa o ha

bitación que accidental o transitoriamente ocupen para vivir los casados.

b.- Otra de las condiciones objetivas de punibilidad y que conforma parte del segundo elemento del delito, es que el adulterio se cometa con escándalo; también a ésta palabra no se le da ninguna connotación específica pero se puede decir que por el concepto de escándalo debe entenderse la ejecución de actos adúlterinos en condiciones tales de publicidad que causen ofensa no sólo a la sociedad, sino también al ofendido; es pues el escándalo, la publicidad de un acto que ofende a la moral y en particular al ofendido, dicho carácter escandaloso consistente en el desenfreno, la desvergüenza con que se conducen los adúlteros ostentando cínica y publicamente sus amoríos a los den a entender claramente con su conducta de desenfreno.

3.- ELEMENTO PSICOLOGICO O NEXO CAUSAL

Es decir, en la infracción adúlterina se requiere para el casado infiel, la voluntariedad y el conocimiento de que se ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge, y para el co-participante, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en

matrimonio, ya que en caso contrario, es decir, si no existe el nexo causal o dicho en otros términos, si uno de los sujetos desconoce el vínculo matrimonial por inculpable ignorancia, no es responsable del delito de adulterio, sencillamente no comete tal delito, cometiéndolo sólo la persona que efectivamente conocía del vínculo matrimonial existente.

En cuanto a su probanza, el delito de adulterio es difícil de probar. Además de que el Código Penal no describe tal conducta y ya que normalmente las relaciones sexuales se llevan a cabo en forma discreta, en lugares íntimos, lugares que quedan fuera de ojos indiscretos, es pues sumamente difícil la prueba de este delito o hecho delictuoso y como únicos medios de prueba tenemos la "Sorpresa In Fraganti" así como la confesión de los adúlteros, cosa difícil de lograr en un proceso, sea la primera o la segunda de las señaladas.

Como podemos observar a través del estudio que hemos realizado y de los antecedentes que han llegado a nosotros consideramos que es necesario suprimir el delito de adulterio del Código Penal para el

Distrito Federal, ya que no existe materialmente posibilidad de su comprobación, pues en los casos que hemos analizado es requisito indispensable que se debe demostrar la cópula y ello con lleva a la flagrancia del acto sexual para la comprobación de los elementos del tipo penal.

Encontramos varias anomalías en su clasificación como delito, la estructura del tipo penal no está debidamente clarificada, por lo que se refiere a la esencia del acto sexual no está bien definido dentro del mismo Código, ya que no establece con exactitud lo que se debe de entender por domicilio cónyugal así como también encontramos que tampoco se nos da una definición exacta de lo que se debe entender por escándalo.

Consideramos que en casi todos los casos la relación sexual es voluntaria en ambas partes, representando con esta actitud un grave problema para poder demostrar su comprobación.

Si atendemos a las características que debe reunir dicho delito es más difícil toda vía su comprobación.

CONCLUSIONES

- 1.- Nuestra legislación Penal, en relación con el delito de adulterio, muestra grandes fallas que pueden remediarse para evitar que se cometan injusticias en la administración de la justicia, y sobre todo en ésta clase de delito; ya que puede disolver toda una familia una mala administración de justicia

- 2.- Nuestro Código no nos señala con exactitud lo que se debe de entender por domicilio conyugal, lo cual es sumamente necesario.

- 3.- La definición de adulterio no se encuentra en nuestros Códigos Penales, la cual debería de incluirse a fin de hacer más completa la legislación.

- 4.- No existe en nuestros Códigos de Procedimientos, una manera o forma de poder comprobar ésta clase de delitos, lo cual es necesario pues las pruebas Directas serían casi imposibles de encontrarlas; por lo tanto se deben de incluir en nuestra legislación las pruebas indirectas para ésta clase de

delitos.

- 5.- Suprimir el delito de adulterio en la clasificación del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

- 6.- Que las sanciones de adulterio (por ahora) sean únicamente las fijadas por el Código Civil o menos estrictas, atendiendo a las causas del acto adulterino; a las circunstancias que influyeron en su realización; e a la evaluación del derecho que, tiende a la eliminación del castigo y pugna por la readaptación del infractor.

- 7.- Que se tome en cuenta para la suspensión de éste delito el factor importantísimo; hijos, sobre los que recaen los efectos infamantes de un juicio, ya sea Civil o Penal; especialmente cuando se trata de la condena y su ejecución en el delito de adulterio.

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

- 1.- CARRANCA TRUJILLO, Raúl. CODIGO PENAL ANOTADO. Décima tercera edición México editorial Porrúa, 1962, 365 páginas.
- 2.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO. catorceava edición revisada. 1982, 285 páginas.
- 3.- CUELLO CALON. PENALOGIA. BARCELONA 1985, reimpresión. 1974 editorial BOSCH, 1974, 700 páginas.
- 4.- CUELLO CALON. DERECHO POSITIVO PENAL. Primer tomo dieciseisava edición BARCELONA editorial BOSCH, 1972, 463 páginas.
- 5.- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, séptima edición. 1981, 275 páginas.
- 6.- GONZALEZ BLANCO, alberto. DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EL DERECHO POSITIVO, cuarta edición México editorial Porrúa.
- 7.- GONZALEZ DE LA VEGA. DERECHO PENAL MEXICANO LOS DELITOS, quinceava edición México editorial Porrúa. 1972, 469 páginas.
- 8.- GONZALEZ DE LA VEGA. DELITOS SEXUALES. octava edición México editorial Porrúa. 1968, 253 páginas.
- 9.- COLIN SANCHEZ, guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, primer tomo editorial Porrúa 1969

183 páginas.

- 10.- GONZALEZ DE LA VEGA,francisco.CODIGO PENAL COMEN-
TADO primera edición,editorial Porrúa 1968,253 pá-
ginas.
- 11.- JIMENEZ HUERTA,mariano.DERECHO PENAL MEXICANO pri-
mer tomo méxico editorial Porrúa 1969,283 páginas
- 12.- MORENO,antonio.CURSO DE DERECHO PENAL MEXICANO se-
gundo tomo méxico editorial Porrúa 1968,253 pági-
nas.
- 13.- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL,olga.ANALISIS LOGICO DE
DELITOS segunda edición méxico,editorial Trillas
1985,285 páginas.
- 14.- WILLALOBOS,ignacio.DERECHO PENAL MEXICANO.primer
tomo méxico,editorial Porrúa,1969,283 páginas.