

870109

Universidad Autónoma de Guadalajara ³

Incorporada a la Universidad Nacional Autónoma de México. ^{2ej}

FACULTAD DE DERECHO



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

V. Ruiz
Ramón Raymundo Fierro Ruiz
" CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPROCEDENCIA
DEL ADULTERIO EN LA LEGISLACION
PENAL MEXICANA "

TESIS PROFESIONAL
que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
RAMON RAYMUNDO FIERRO RUIZ

Guadalajara, Jalisco.

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.

INDICE TEMATICO

INTRODUCCION.

CAPITULO I

CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTORICO-JURIDICOS DEL ADULTERIO.

1.1. Concepto de adulterio.	1
1.2. Antecedentes históricos.	4
1.2.1. Origen histórico del concepto adulterio.	4
1.2.2. Grecia.	6
1.2.3. Egipto.	8
1.2.4. Roma.	9
1.2.5. Israel.	12
1.2.6. La Edad Media.	13
1.2.7. España.	15
1.2.8. Francia.	17
1.2.9. México.	19
1.2.9.1. Epoca Precortesiana.	19
1.2.9.2. Epoca Independiente.	23
A).- Legislación penal de 1871.	23
B).- La Legislación penal de 1929.	26

CAPITULO II

EL ADULTERIO EN EL DERECHO MEXICANO VIGENTE.

2.1. La naturaleza jurídica del adulterio.	34
2.2. Tipo penal de adulterio.	48
2.3. Elementos del delito.	54

2.4. Pruebas.	64
2.4.1. Testimonial.	65
2.4.2. Instrumental.	67
2.4.3. Presuncional.	68
2.5. De los sujetos activos.	70
2.6. Consumación del delito.	74
2.7. Sanciones.	76

C A P I T U L O I I I

ADULTERIO CIVIL Y ADULTERIO PENAL.

3.1. Diferencias.	78
3.2. Efectos del adulterio como delito.	84
3.3. Efectos del adulterio como causal de divorcio.	86
3.3.1. Respecto de los cónyuges.	86
3.3.2. Respecto de los hijos.	88
3.3.3. Respecto de los bienes.	89

C A P I T U L O I V.

ADULTERIO PENAL Y OTROS TIPOS DE DELITOS.

4.1. Bigamia.	93
4.2. Concubinato.	97

C A P I T U L O V.

CONSIDERACIONES PSICOSEXOLOGICAS SOBRE EL ACTO DE ADULTERIO.

5.1. Clasificación del fenómeno.	102
5.2. Infidelidad psicopática.	104

5.3. Infidelidad compulsiva.	105
5.4. Causas motivadoras del adulterio.	106
C O N C L U S I O N E S .	112
B I B L I O G R A F I A .	116

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

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

El derecho como conjunto de normas que regulan la convivencia social, protege a los hombres en los ámbitos individual, familiar y social, a través de disposiciones que se fundan en la permanente naturaleza del ser humano, es la expresión de determinadas relaciones sociales que surgen y se modifican con el tiempo, atendiendo a las particularidades de cada nación en concreto.

De esas normas atrajo nuestro interés, para la elaboración del presente estudio profesional, las relativas al adulterio, - en torno al cual nos planteamos algunos cuestionamientos. Después de haber analizado un conjunto de obras jurídicas que abordan el tema, nos percatamos de que algunas tendencias doctrinales y legislativas se inclinan en favor de la no incriminación del adulterio, tal es el caso de Inglaterra, Rusia, Suecia, Finlandia, Uruguay, Cuba, Costa Rica y Colombia, entre otros; y - en lo que respecta a nuestra legislación, Estados como Veracruz, Puebla, Tlaxcala, Campeche, Oaxaca, Sinaloa y Baja California, - entre otros, han excluido al adulterio del catálogo de delitos.

Al respecto existen dos corrientes doctrinales a saber: -- a).- La que señala que el adulterio no debe sancionarse penalmente por ser tan sólo una infracción a un contrato de carácter civil como lo es el matrimonio. Argumenta también que en los países donde existe el divorcio, debe suprimirse el delito de adulterio, pues esa institución basta para sancionar civilmente la violación de la fidelidad conyugal; b).- Y la que expresa -

que el delito de adulterio debe subsistir y lo que es más, debe castigarse penalmente, debe ser punible, agregando que en los lugares donde existe el divorcio, el culpable debe divorciarse antes de cometer el adulterio.

desde luego, y sin perjuicio de lo que posteriormente exponamos y agreguemos al respecto, considerando la realidad mexicana, nos inclinamos por la primera de las dos doctrinas citadas.

La ley penal al establecer el delito de adulterio y su punibilidad, trata de proteger la fidelidad conyugal, solemnemente prometida al contraer matrimonio los pretendientes, sin embargo los legisladores y la comisión redactora del Código Penal de 1931, a pesar de las críticas justificadas de que ha sido objeto el adulterio en su estima como delito, hicieron valer la conveniencia de que siguiera subsistiendo con ese carácter, ya que eso implica poner un alto al desenfreno y relajamiento de las costumbres; en lo personal, considero que ésto fue producto de la influencia de valoraciones morales propias de esa época, pero aún a pesar de dicha circunstancia, se nota una tendencia latente hacia la desincriminación total del adulterio, al exigir el legislador sólo dos condiciones de comisión del mismo para que se justifique como tal, y por la suavidad cada vez mayor con que se trata de reprimirlo.

Refiriéndonos ya en concreto, al tema que dá origen a esta tesis, resulta importante formularnos un cuestionamiento: ¿ Debe o no considerase al adulterio como delito?; en atención-

al mismo, luego pasaré a formular la propuesta de que se elimine de todas las codificaciones penales de la República Mexicana.

Para lo cual, me es necesario analizar el concepto y antecedentes del adulterio, su naturaleza jurídica y elementos del tipo, así como las diferencias existentes entre adulterio civil y penal, sus causas y efectos, su relación con otro tipo de delitos y aspectos psico-sexuales del adulterio, con la finalidad de fundamentar la inconveniencia de su existencia como delito en la legislación penal mexicana.

Los resultados de nuestra investigación se encuentran plasmados en las conclusiones, apoyadas en las citas que a través del cuerpo del presente estudio, hemos señalado; finalizando con el apartado bibliográfico que corona esta tesis.

C A P I T U L O I

CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTORICO-JURIDICOS

DEL ADULTERIO

Con el afianzamiento del patriarcado en los diferentes pue**bl**os, se establecen sanciones muy severas para los adúlteros. - La pena de muerte ha sido la más violenta. En esos casos era ejecutada por lapidación, garrotes, fuego, horca: "Los Bramas - condenaban a las mujeres adúlteras a ser comidas por los perros" (Escriche;1896). También se concedió derecho al marido de matar a los adúlteros cuando los encontraba infraganti, pero no podía dejar vivo a alguno de ellos. Hubo con el tiempo, sanciones menos violentas para con los adúlteros, tales como el destierro y el pago de una pena pecuniaria. La mujer casada que cometía adulterio era recluida en un monasterio de dueñas, con la pérdida de la dote, arras y gananciales.

En el México actual, el adulterio es reglamentado por el Código Civil como causal de divorcio; y en materia penal como delito, señalando sanciones para cualquier cónyuge, sin distinción de sexo. "El concepto de adulterio desde el punto de vista genérico y ampliamente gramatical, encierra la idea de engaño, falsificación o alteración de una cosa, o ayuntamiento carnal ilegítimo, de hombre con mujer siendo uno de los dos casados". (Jiménez de Azúa;1970).

El Código Civil del Distrito Federal, no define la infidelidad conyugal, pero ésta se encuentra implícita en el artículo 267, fracción I, de dicho ordenamiento al establecer como causal de divorcio, "el adulterio debidamente probado, de uno de los cónyuges." De ello se colige que toda infidelidad conyugal, constituye adulterio civilmente contemplado y es -- por tanto causa de divorcio.

C A P I T U L O I .

1.1 CONCEPTO DE ADULTERIO.

ADULTERIO. El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra; o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una mujer con un hombre que no sea su marido", escribe Don Joaquín de Escriche (1896;pág.97). "Adulterio -continúa - el mismo autor- proviene del latín adulterium: Ayuntamiento carnal y legítimo de un hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados."

La Ley de las Siete Partidas establecía que "adulterio es-yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada o desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín,-alterius et thorus, que quieren tanto decir como ome que va o - fue al lecho de otro; por quanto la muger es contada por lecho-del marido con quien es ayuntada, e non el della." (Escriche; - 1896).

El origen etimológico ensayado en Las Partidas, nos permite resumir: Adulterio es la unión carnal ilegítima, habida entre un hombre y una mujer, siendo uno de ellos casado.

Es curioso advertir, que en la Ley de Las Partidas, señalaban como culpables de adulterio, únicamente a la mujer casada y a su amante, por cuanto, "dicha mujer pertenecía ya a un hombre distinto, al cual debía fidelidad absoluta, significando delito cometido en lecho ajeno por tal motivo". El adulterio del hombre sólo era considerado por su comisión en el hogar conyugal,- con escándalo o con la concubina.

En materia penal, la infidelidad conyugal, no es suficiente para configurar el delito de adulterio, pues requiere para que se actualice la conducta típica, el que se ejecute en el domicilio conyugal, con escándalo, como lo establecen el artículo 273 del Código Penal, lo que requiere para la adecuación de la conducta al tipo penal, que el adulterio sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo (Código Penal D.F.; 1931).

El adulterio como ilícito penal, tiende a desaparecer de la legislación mexicana, por sus características especiales de inicio de la acción penal, por querrela necesaria; por su escasa penalidad, hasta de dos años de privación de la libertad; y por el hecho de que el perdón del ofendido procede en cualquier momento del procedimiento y aún en la aplicación misma de la -- sentencia que declare la culpabilidad del adúltero.

A continuación se apuntan algunas de las definiciones que los expositores del tema han formulado en el curso de los tiempos:

Código de Hamurabi.- Bajo este ordenamiento, encontramos no la definición del adulterio, sino el concepto del mismo, considerándose como el quebrantamiento por mujer casada de sus deberes maritales, es decir, la infidelidad resultante del acceso carnal con persona ajena al vínculo del matrimonio.

Santo Tomás de Aquino. "Adulterium, sicut ipsum nomen sonat, est accessus ad alienum thorum; est còpula cum alterius coniuge". (El adulterio, indica su nombre es acceso al tálamo ajeno .

Foresta y Rével, con otros egregios juristas, coinciden en afirmar que el adulterio es "la violación de la fe conyugal corporalmente consumadas" (Carmona, pág.22), situando así la figura que me ocupa, ya que el concúbito venéreo, siendo elemento esencial, no es diferenciador de la misma frente a otros actos o figuras que le son afines.

Es verdad que en México la mayoría de nuestros códigos (penales o civiles) son omisos en lo que ha de entenderse por adulterios; en cambio, doctrinalmente se ha conceptualizado éste como "la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial". (De la Vega;1964,424).

De lo anteriormente expuesto concluimos que como elementos distintivos del acto de adulterio tenemos los siguientes:

- A).- La violación o el quebrantamiento de los deberes que el matrimonio impone en ambos cónyuges;
- B).- El acto carnal consistente en cópula; y
- C).- La consumación de dicho acto por casada o casado con persona distinta de su legítimo consorte.

1.2 ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.2.1 Origen del concepto de adulterio.

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

dos, políticamente establecidos.

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

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

El paterfamilias para poder heredar a sus hijos, necesitaba tener la certeza de que lo eran; originándose así la opresión femenina debido a su calidad de mujer, quien por el simple hecho de nacer hembra, fué declarada incapaz y sometida a los arbitrios de los varones pertenecientes a su familia, quienes ejercían potestad sobre ellas.

Para considerar ciertos los lazos de parentesco entre los miembros de la familia patriarcal, la sexualidad femenina quedó sujeta a la reproducción de la especie, siendo duramente castigada si daba uso distinto a su sexo. Así es como nace el concepto de adulterio y tal es el motivo por el que antaño se le daba castigo violento a los adúlteros, considerando como tal, sólo a la mujer que compartía lecho con hombre distinto de su marido, mientras que en el hombre, el adulterio no fue considerado un acto ni social ni jurídicamente inmoral.

La historia del sometimiento femenino, es la historia misma del patriarcado, no siendo tan brutal en todas las sociedades antiguas. En un principio, las mujeres tuvieron igual estimación que los hombres, pero poco a poco fueron quedando sometidas irremisiblemente, a la institución del patriarcado.

1.2.2. GRECIA.

En la sociedad de la Grecia de Homero, era mayormente repudiado el adulterio cometido por el marido, mientras que para los espartanos el adulterio era casi desconocido, debido a la gran libertad sexual, que gozaban los jóvenes antes de contraer

matrimonio. También se debía al hecho de que la familia era considerada en orden público y no privado, al grado que la soltería dera delito. La edad para contraer matrimonio entre ellos era para los hombres de 30 años, mientras que para las mujeres, de 20 años. Las mujeres gozaban de gran libertad sexual, igual que los hombres.

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

El matrimonio, en este pueblo fraccionado en numerosas "polis", es profunda y grandemente religioso y se dirige a perpetuar el culto a la familia.

En los estados griegos, el celibato que obstaculiza el culto mencionado, se cree casi un delito. La importancia del marido determina la posible asociación de otros hombres en la vida conyugal a efectos de obtener la sucesión, sin llevar esta actitud al adulterio. La descendencia así lograda es sin duda, legítima.

Excepción hecha de esta forma de adulterio, los actos de una greca, violatorios de las normas conyugales, sancionábanse con penas pecuniarias, infamantes de mutilación y de muerte. En Atenas el marido gozaba de un poder casi absoluto al perseguir el delito de adulterio, yendo del uxoricidio a la simple imposición de simple sanción consistente en el pago de cien dragmas.

En Lepreum, antigua ciudad de Héliide, se obligaba a la mujer infiel a sentarse en el mercado durante once días seguidos. En Atenas, la adúltera debía comparecer en público hartamente vestida y con adornos llamativos. Y no podía penetrar jamás en empleo alguno. Al culpable de cohabitar con mujer de otro, se le entregaba al escarnio del pueblo. En Cimé y en Pisidia se le paseaba en un asno. En otros lugares se le paseaba en un asno. En otros lugares se le maniataba y arrastraba en esa forma durante ocho días seguidos por las calles y las plazas de las polis.

Zaleuco, legislador de los locrios ordenó se le sacasen los ojos a la adúltera y a quien con ella hubiera copulado. Esta pena no fué admitida por todas las ciudades.

Según Thonissen, en los tiempos heróicos de Grecia, la pena correspondiente al adúltero era solamente la de muerte. Cuando éste lograba escapar, el marido agraviado estaba asistido -- del derecho a perseguir los bienes del culpable y aún proceder contra su familia, siguiendo las normas del derecho de venganza entonces imperante.

1.2.3. EGIPTO.

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

Según Paturel, hasta antes de sentirse la influencia semita en esta pueblo, ejemplo de cultura y de civismo, el matrimonio era monógamo y el adulterio un fenómeno extraño. Esto ulti-

mo se explica por la gran facilidad que en la obtención del divorcio se consignó en los contratos nupciales.

Sin embargo, las penas existentes para reprimir el mismo, eran crueles en extremo: Como antes dijimos, a la adúltera se le penaba con el corte de nariz y al varón con cien azotes si no empleaba la violencia, pues caso contrario la castración se imponía.

1.2.4. Roma.

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

La Ley Julia sienta las bases definitivas para la interpretación del adulterio y la severidad de sus sanciones, se declaró público este delito, diferenciándose tres clases de acusaciones: Iure mariti, parentum et extraneorum, pero Constantino abolió esta última facultad. La penalidad de la adúltera en Roma varió en el transcurso de los tiempos. Los más primitivos, el marido tenía el derecho de darle muerte. Durante la República, la pena fué sólo de destierro, pero al aumentar la corrupción se establecieron penas más severas. En la Lex Julia de adulteriis se castigó el adulterio con relegación. Constantino impuso la pena de muerte, pero Justiniano modificó esos castigos, ordenando que la adúltera fuera azotada y recluida en un monasterio de donde el marido podía sacarla a

los dos años, y de lo contrario, quedaba ahí como monja.

Al aparecer las leyes de Augusto, sobre el matrimonio y el adulterio, debido a la cantidad alarmante de divorcios y de solteros se creó el impuesto sobre solteros y leyes favorables a la gente casada.

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

La ley julia consideraba el adulterio de las mujeres casadas y de las concubinas; en cuanto a las uniones por esporádicas, las relaciones carnales las consideraban estupro.

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

un matrimonio romano plenamente legítimo" (1964;164).

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

Al respecto Mommsen señala " la acción de adulterio -- prescribe de la siguiente manera: En primer lugar todas las acciones derivadas de la ley julia prescriben por el transcurso de cinco años, contados desde el día de la comisión del delito. En segundo lugar, separados los cónyuges por causa de adulterio, la acción debe interponerse en un plazo de seis meses si la mujer es célibe y desde el día de la separación de los cónyuges si es casada. De estos seis meses, los dos primeros quedan reservados al marido anterior y al padre de la adúltera para ejercitar el derecho preferente de querrellarse"(1964;68).

Las penas establecidas a los culpables de adulterios fueron: relegación, repudio y merma del patrimonio; para las clases sociales inferiores las penas corporales fueron apli-

cadadas. La mujer adúltera no podía contraer matrimonio nuevamente.

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

Las causas legales para la disolución del matrimonio, - concedidas a los hombres: Adulterio probado de la mujer, atentado contra la vida del marido, trato de la mujer con hombres sin autorización del esposo y asistencia a actos públicos sin licencia. Para que la mujer pudiese pedir divorcio de su marido, debía atenerse a las causas de: Alta traición-oculta del marido, atentado contra su vida, intento de prostitución, falsa acusación de adulterio, concubinato ostensible del esposo y en hogar conyugal.

1.2.5. Israel.

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

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

samente a la mujer de comercio carnal premarital o la obligaba antes del desposorio.

Con la venida de Jesucristo ya en el Nuevo Testamento , - encontramos la elevación de la mujer a la misma calidad del - hombre: Evangelio de San Marcos "... y se acercaban los fariseos y le preguntaron para tentarle si era lícito al marido - repudiar a su mujer. El, respondiendo les dijo: ¿ qué os mandó Moisés? Ellos dijeron: Moisés permitió dar carta de divorcio y repudiarla. Jesús respondiendo les dijo: Por la dureza de su corazón os escribo este mandamiento, pero al principio de la creación varón y hembra los hizo Dios. Por ésto dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer. Los dos serán una sola carne, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre. En casa volvieron a preguntarle los discípulos de lo mismo y les dijo: Cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio con ella. Si la mujer repudia y se casa con otro, comete adulterio...." (Biblia latinoamericana 1972;82).

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

1.2.6. La Edad Media.

Al principio del mediévo, debido a la inexistencia de -

-14-

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

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

Como señala Buhler, en su tomo intitulado Vida y Cultura de la Edad Media, "es verdaderamente asombroso y figura entre las contradicciones de la edad media como, mientras de una parte se enlazaban y encarecían entre los deberes más importantes, la virtud de la castidad y fidelidad conyugal, de otra parte se contemplaba con cierta pasividad las infracciones de estos preceptos. Su frecuencia la señalan dos obispos al declarar en sínodo celebrado en Aquisgrán el año 862; "son pocos y hasta nos atreveríamos a decir ninguno, los hombres que van al matrimonio en estado de completa castidad"(1957;240).

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

El carácter patriarcal del cristianismo se acentúa en esta época, las mujeres tenían derechos limitados, la iglesia -- les ordenaba obediencia, paciencia y humildad para soportar -- las injusticias sociales. Las consideran sujetas a sus maridos, quienes eran sus dueños y señores con derecho a castigarlas.

1.2.7 ESPAÑA

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

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

Fuero Juzgo, libro III, título IV:

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

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

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

Con claridad se nota, ya en esta legislación el carácter sumiso de la posición femenina, respecto del hombre; ella no puede disolver el matrimonio, quedando sujeta al antojo de su marido; El que a su vez, la mayor pena que puede recibir es - de tipo pecuniario.

Fuero Real, libro IV, título VII, de los Adulterios:

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

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

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

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

El Fuero Real reglamenta con mayor precisión al adulterio subsistiendo el principio anterior y tradicional de que el cometido por mujer casada es sancionable, mientras que el del

hombre solo le sirva a la mujer como defensa; las penas pecunias son aplicadas, desaparece la pena de muerte como sanción - al adulterio.

Código de Las Siete Partidas, Partida 7, título 17.

" De los adulterios: Uno de los mayores errores que los -- ome pueden fazer es adulterio. Non se les levanta tan solo daño, más aun deshonra. Onde, pues que en el título anteceste fabla-- mos de los engaños, queremos qui decir en este de los adulterios, que se fazen engañosamente".

La Novísima Recopilación. Ley Segunda; 2a., título 28, libro 12,, dio facultad a los maridos para matar a los adúlteros sorprendidos infraganti, con tal que al mismo tiempo quitase la vida a los dos y no tan sólo a uno. Aparece castigado el hombre casado por tener concubina dentro de la casa conyugal o notoriamente -- fuera de ella.

1.2.8 FRANCIA.

Con el triunfo de la revolución francesa, el matrimonio secularizado sale del derecho canónico y pasa a formar parte del - Código Civil francés. El divorcio es reglamentado por primera -- vez en este país. "La ley de diciembre 20 de 1792 que instituye el divorcio, es una consecuencia de la libertad; los cónyuges - han sido libres para unirse, deben ser libres para separarse. Se ad mite el divorcio por mutuo consentimiento. Los contratantes pue-- den destruir por acuerdo el contrato formado por voluntad. Se ad mite el divorcio por voluntad unilateral de uno de los consortes,

incompatibilidad de caracteres, dispuesto a crear con su conducta la incompatibilidad que justifique la ruptura del vínculo matrimonial" (Mazeaud; 1959, 378).

Reglamentado de esta manera el divorcio, los franceses se dan a su desenfrenado uso, lo que provoca discusiones largas entre sus redactores, llegando al acuerdo de su subsistencia, pero originó una reglamentación más estricta a fin de frenar los abusos. Apareciendo entonces el divorcio-sanción, que tenía como base el abandono del domicilio conyugal o adulterio de su cónyuge. Subsistiendo el divorcio por mutuo consentimiento pero limitándose a una triple reiteración de la voluntad de los esposos, cada tres meses. La obligación de obtener el consentimiento, se hacía con la finalidad de aclarar la situación que guardarían los hijos del matrimonio solicitante, reapareciendo la separación de cuerpos para quienes no querían divorciarse.

En el Código Napoleónico, aparece como causal de divorcio el adulterio de la mujer y el del hombre, siendo en este último caso el cometido por él mismo en el hogar familiar.

La ley francesa del 8 de mayo de 1816, anula el divorcio y deja subsistente la separación de cuerpos. Pero los franceses, que ven en el matrimonio la existencia de un contrato libremente creado y por tanto posible de romperse por voluntad, se oponen a la citada ley, surgiendo el 27 de julio de 1884, la denominada ley Naquet, la cual concedía el divorcio necesario por las causales de adulterio y abandono del domicilio conyugal, no pudiendo ser obtenido por la sociedad francesa de nueva cuenta del divorcio por mutuo consentimiento. Posteriormente

te en la ley del 6 de junio de 1908, se vislumbra ya la aparición del divorcio voluntario, al establecer la obligatoriedad del tribunal de lo civil de convertir la separación de cuerpos en divorcio quedando restringida esta obligatoriedad por la ley del 2 de abril de 1941, la cual sentaba A) la disposición de un poder de apreciación respecto de la demanda presentada por el cónyuge culpable; B) queda prohibida la formulación de demanda durante los tres primeros años de celebrado el matrimonio; C) castigo para los agentes de negocios que inciten al negocio por mutuo consentimiento. Y por último por ordenanza el 12 de abril de 1945, se deja sin efecto la referida ley, restableciendo la obligación de los tribunales de pronunciar la conversión de separación de cuerpos en divorcio, incluso la presentada por el cónyuge culpable. Desaparece la prohibición de pedir divorcio durante los primeros tres años de matrimonio.

1.2.9. México. Epoca Precortesiana.

Los códigos civiles promulgados en México independiente, tienen como fuentes formales el derecho romano y la doctrina francesa. También quedan remembranzas de las viejas legislaciones españolas y el derecho prehispánico.

Miguel S. Macedo, citado por Jiménez de Azúa, ha enseñado que: "La influencia del rudimentario indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación, los mexicanos, aún el indio de raza pura, estamos totalmente desprendidos de toda idea jurídica propiamente indígena, es decir que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianas" (Jiménez de Azúa, pag. 704).

Sin embargo Carrancá y Trujillo reseña algunos datos sobre el derecho penal precortesiano al señalar que se dá por cierta la existencia de un llamado Código Penal de Netzahualcoyotl, para Texcoco, según él, el juez tenía amplias libertades para fijar las penas, entre las que se encontraban las de muerte y esclavitud, así como las de confiscación, destierro, suspensión, y destitución de empleos, y prisión o cárcel en el domicilio; - las penas para los adúlteros al parecer también fueron crueles ya que se les impuso pena de muerte por medio de la lapidación, aunque también se ejecutaba por estrangulación cuando eran sorprendidos infraganti delicto. Alba de Ixtlixóchitl señala que de las ordenanzas de Netzahualcóyotl se desprendía la severidad de la pena para el adulterio, ya que si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndolo él mismo, élla y el adúltero fuesen a pedreados en el tianguis. En este caso para la justificación era bastante la denuncia del marido, pero si éste no los aprehendía en el delito, sino que por sospecha los acusase a los jueces y se averiguase ser cierto debían morir ahorcados; por otra parte los aztecas castigaban con lapidación a los adúlteros, y si eran gentes "principales" ahogábanlos en la cárcel, pero era preciso que los tomaran juntos y había la necesidad de que hubiera testigos y confesión de los malhechores, el marido no podía hacerse justicia por su propia mano porque tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios y aunque la tomase con otro ya que los jueces son los que debían castigar (Carrancá y Trujillo;1982 pág.113).

En las sociedades existentes antes de la conquista españo-

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

León Portilla señala: "...acostumbraban a castigar a los adúlteros de la siguiente manera: Hecha la pesquisa y convencido alguno de adulterio, se juntaban los principales en la casa del señor y traído el adúltero atábanle a un palo, lo entregaban al marido de la mujer delincuente y si el la perdonaba era libre si no , lo mataban con una piedra grande en la cabeza. A la mujer, por satisfacción, bastaba la infamia que era grande y común. Por eso a las mujeres, los hombres las dejaban....." (1964;64).

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

Durante los primeros años de vida de México ya como nación independiente, no hubo codificación civil propia, seguía siendo de aplicación la recopilación de indias, con las modificaciones que se requerían a través de leyes y decretos, las cuales dieron por fin forma al primer código civil mexicano en 1870. Sin embargo en Oaxaca apareció en 1828 la primera legislación de la materia de origen mexicano considerada como la primera en Ibero

américa. El cual en su libro primero, título sexto, artículo 144; señala "que por divorcio debe entenderse solamente la - separación de marido y mujer en cuanto al lecho y habitación. El divorcio puede ser: perpetuo y temporal. El artículo 145, permite la solicitud de divorcio perpetuo, pudiendo efectuar la tanto el marido como la mujer. Conoce de los divorcios -- por adulterio exclusivamente el tribunal eclesiástico. El artículo 147 ordena que pone fin al divorcio por adulterio el perdón otorgado por el cónyuge inocente al culpable, no pudiendo solicitar el divorcio por el mismo adulterio, acaecido posteriormente al perdón, donde sirve de apoyo el adulterio perdonado. También pone fin a la acción de divorcio, --- cuando el demandado prueba la infidelidad del actor y del - que no ha mediado el perdón. En cuanto a la situación de los hijos, éstos quedaban bajo la custodia paterna, fuere demandado o actor en el juicio, sin embargo, el juez podía disponer lo contrario para el bienestar de los propios hijos. Las sanciones económicas que establecía la mencionada ley para - el cónyuge culpable de adulterio, eran la pérdida de las donaciones hechas antes del matrimonio. Las posteriores quedaban sin efecto. Los primeros códigos civiles mexicanos, comprendiendo entre ellos el de Oaxaca, no reconocen al divorcio como desvinculador del matrimonio, sino como la simple - separación de cuerpos de los cónyuges, pudiendo ser temporal o perpetua, según la causa en que se funde la solicitud, -- siendo la de adulterio, causal perpetua de divorcio.

La ley sobre relaciones familiares de 1917, establece la desvinculación del matrimonio, por divorcio, quedando los

cónyuges libres para contraer uno de nuevo.

Epoca Independiente.

A).- Legislación Penal de 1871. Actualmente se ha cuestionado sobre la índole punible del adulterio, dicho cuestionamiento dista mucho de ser reciente; por lo que se refiere de Martínez de Castro, encontramos que en la exposición de motivos, al referirse al adulterio, lo ubica dentro del delito contra la moral y la buenas costumbres, concediéndosele acción criminal a la mujer contra el marido al mismo tiempo que se le restringía y limitaba a determinados puestos, basando su argumentación sobre el daño que con su conducta podía causar la mujer es decir, sus consecuencias. Para mayor abundamiento el citado jurista señala: "Respecto del 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, porque 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 razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte y la reputación de ésta no se empaña por la falta de su marido: La mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos, introduciendo herederos a su familia y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera del matrimonio. Asimismo algunos códigos admiten al acusado de adulterio la excepción de que su cónyuge ha cometido el mismo delito, pero se desechó esta idea porque si bien es justo sea una de las causas que dé lugar a la acción civil del divorcio, no lo

es que sirva de excusa de otro adulterio, ya porque los delitos no deban compensarse por la imposición de la pena, ya también porque admitir tal excepción es lo mismo que autorizar a los conyuges que se han faltado a la fidelidad conyugal para que sigan cometiendo adulterio sin temor alguno, puesto -- que los dos pueden alegar la excepción antes indicada"(1871;-84).

Los anteriores pensamientos y argumentos encuentran apoyo en los señalamientos de la legislación española en la cual también la acción criminal en contra del hombre por adulterio es sumamente limitada, ya que sostienen que las consecuencias del hecho son mayores para el caso del adulterio cometido por la mujer.

Dicha codificación en su libro tercero , título VI, denominado, "delito contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres" en su artículo 816 señala:

- I.- Con dos años de prisión y multa de segunda clase el cometido por mujer casada con hombre libre, y el ejecutado en la casa conyugal y el hombre casado con mujer libre;
- II.- Con un año de prisión al ejecutado fuera de la casa conyugal por hombre casado con mujer libre;
- III.- Con dos años de prisión al cometido por mujer casada con hombre casado. Pero éste - último se le impondrá un año de prisión si ejecutara el adulterio fuera del domicilio

conyugal e ignorando que la mujer fuera casada. Para que procediese la aplicación de las penas expresadas en las fracciones primera y segunda, a los de estado libre que concurran a la comisión del hecho, es necesario que al ejecutar delito hayan tenido conocimiento del estado civil de sus cónyuges.

Así también, el artículo 821 del mismo ordenamiento legal que se analiza, limita la acción criminal para la mujer en contra del hombre, al disponer que la acusación de aquella, en caso de adulterio, procede en los casos siguientes:

- 1.- Cuando su cónyuge lo cometa en el domicilio conyugal; -
- 2.- Cuando lo cometa fuera de él o con una concubina; y 3.

cuando el adulterio cause escándalo, cualquiera que sea la adúltera y el lugar en el que se cometa el delito.

De lo anterior se infiere que el citado numeral, impone límites injustos a la mujer ofendida, al disponer que no basta con tener una sola relación sexual con mujer distinta fuera del domicilio conyugal, sino que se requiere continuidad y permanencia en la misma para reputar delictiva la conducta del marido, pues la prevée en la fracción segunda del artículo in comento, que la relación sexual ilícita no debe ser con otra, sino con la concubina y esta ca

tegoría si alcanza con una relación más o menos permanente, en cambio para la mujer con una sola relación sexual bastaba para considerarla sujeto activo del delito.

B).- Legislación Penal de 1929.

Este código ya no incluye el adulterio en el capítulo de los delitos contra el orden de la familia, la moral pública o las buenas costumbres como lo hacía el código de -- Martínez de Castro, sino que lo incluye dentro de los delitos cometidos contra la familia; cambiando el fin de la represión penal que no es ya la moral, sino el seno familiar, la fé conyugal que recíprocamente se deben los cónyuges; -- siendo este cuerpo de leyes el primero en equiparar el delito de adulterio cometido tanto por el hombre como por la mujer sin hacer distinción alguna.

El prestigiado maestro Eusebio Gómez en su obra Tratado de Derecho Penal tomo III, refiriéndose a dicha equiparación señala: " La violación de ese derecho es reprobable tanto frente a la moral como frente a la ley jurídica; y es adulterio, lo mismo si la infidelidad se comete por la mujer en desprecio de los derechos maritales, como si se comete por el marido por el desprecio a la mujer".

Por otra parte consideraba como agravante el hecho de ser casados ambos adúlteros, el de tener hijos o el de ocultar su estado de casados con la persona con quien cometían el adulterio (artículo 897); siendo la idea fundamental de los legisladores el de considerar como objeto de la tutela-

penal del delito de adulterio, la fé conyugal y el respeto recíproco que se deben los cónyuges.

28

C A P I T U L O I I

EL ADULTERIO EN EL DERECHO MEXICANO VIGENTE

C A P I T U L O I I

EL ADULTERIO EN EL DERECHO MEXICANO VIGENTE.

Antes de iniciar nuestro estudio en el derecho positivo - vigente sobre el adulterio, con antelación señalamos la necesidad de analizar en primer término la naturaleza jurídica del de lito. El destacado maestro Constancio Bernaldo de Quiroz en su obra de Derecho Penal, parte general, destaca que al delito se le debe mostrar como un ente jurídico, y las definiciones dice- el citado jurista- han de tener carácter formal, más aun de for mas no ambiguas, curvas, sino cristalinas en la que los planos, las aristas y los vértices estén perfectamente definidos. (pág.26. o.cit.).

Como antes dijimos, en el presente capítulo estudiaremos - el adulterio en la legislación vigente, haciendo referencia a - la naturaleza jurídica del delito debido a su importancia.

En la ciencia del derecho, los doctos de la materia siem-- pre se han preocupado por encontrar una definición del delito, - una noción general, común a todas las especies jurídicas, es de cir, la definición del delito en toda su universalidad. Así -- pues, con la idea de encontrar una definición del mismo confor- me a su naturaleza universal, encontramos que las Siete Parti-- das la siguiente definición: "Son los malos fechos que fazen a placer de la una parte e a daño e deshonra de la otra": De la - anterior definición, podemos decir que es vaga e imprecisa en sus términos, porque si bien es cierto que así es el delito, -- así también son otras muchas malas acciones, simplemente moles-

tas o vejatorias que ni en el pasado, ni en el presente unen - las leyes, ya que solo se definían el género próximo más no la diferencia específica, la característica decisiva que aisla la especie del delito, del conjunto genérico de las malas acciones. Posteriormente existen adelantos en el derecho penal y es en el Código de tres de Brumario del año IV en 1795 donde se define el delito como: "...Lo que prohíbe o no hacer lo que -- mandan las leyes que tienen por objeto el mantenimiento del orden social y la conservación de la paz pública". De la anterior definición aparece un gran adelanto puesto que como innovación aparecen las formas de acción y de omisión y la referencia a la infracción de la ley jurídica, no la de la ley moral como asentaba en Las Siete Partidas; también aparecen algunas características de gran importancia, como son la tipicidad, legalidad, imputabilidad y culpabilidad, que se dan en forma táctica, siendo en 1822 el Código Español el que da un nuevo paso en el sentido de comprender los dos rasgos anotados con anterioridad, al señalarnos dicho ordenamiento: "Comete delito el que libre, voluntariamente y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo una pena".

Esta definición contiene nuevos elementos como son el subjetivo y el psicológico, noción del delito algo similar a la que actualmente conocemos conforme a la moderna teoría jurídica del delito.

La doctrina jurídica alemana de la cual se inspiran los insignes maestros Carrancá y Trujillo y Sebastián Soler, definen el delito "como la acción típica, antijurídica, imputable-

imputable y culpable, sancionado bajo una pena, según las condiciones objetivas de punibilidad".(1982;222).

La acción o la omisión debe tener "figura de delito", o - empleando la terminología jurídica debe haber tipicidad; debe de existir un encuadramiento perfecto de lo concreto a la conducta prevista en abstracto; si este tipo, si esta figura, si este molde previo falta, no puede haber delito, recuérdese el principio o máxima del Derecho Penal que dice:"Nullum crimen sine previa lege", no importa que la acción u omisión se parezca más o menos a otra catalogada por la ley como delito.

La palabra delito se deriva del verbo latino "delinquere" que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse - del sendero señalado por la ley; por otra parte cabe señalar - que la definición del delito con validez universal no ha sido - posible porque las costumbres y necesidades de cada pueblo en sus distintas épocas, son diferentes, pero aun así se han hecho esfuerzos para la creación de dicho término, así tenemos - que el máximo expositor de la Escuela Clásica define al delito como "La Infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso,"(Carrancá y Trujillo;1982;pag.221).

Para Carrara el delito es un ente jurídico porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación del derecho - y llama delito a la infracción de la ley del Estado porque el acto se convierte en delito solamente cuando choca contra ella, en cambio la noción sociológica del delito de los positivistas encabezada por Rafael Garófalo, define al delito natural --

"como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media indispensable para la adaptación - del individuo a la colectividad";(O.cit;1982;221); para Garófalo el delito es un hecho natural, ya que para que exista una noción sociológica del delito, ésta es inducida de la naturaleza, y por lo mismo el delito es un hecho natural.

Algunos autores de gran renombre como Cuello Calón definen al delito diciendo "que es la acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible";(1982;221); por su parte, el maestro Jiménez de Azúa dice que el delito "es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometidas a una sanción penal". (Ob.cit;1982;223). De todo lo anterior, podemos observar que ha existido una gran problemática para la creación de una definición universal-tipo, debidas como antes dijimos, a las distintas necesidades y culturas de cada pueblo en particular; pero dejemos ésto por ahora y bástenos decir que los elementos esenciales del delito son: Una acción, tipicidad, culpabilidad y punibilidad; el maestro Fernando Castellanos Tena señala las cuatro primeras, más no así el último, que a nuestra consideración sí es elemento esencial del delito. En efecto, el citado autor señala que la punibilidad es el merecimiento de una pena, pero que la primera no alcanza la categoría de elemento esencial del delito porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento y sigue manifestando Castellanos Tena que una acción u omisión humana de sujeto imputable es sancionada -

cuando se le califica como delito, pero que no es delictuoso - porque se le sanciona penalmente; disentimos rotundamente de - tal criterio porque sencillamente la norma penal se integra me diante el precepto y la sanción y estamos de acuerdo con Pavón Vasconcelos al manifestar que la punibilidad es elemento esen- cial del delito, ya que de otra manera, la norma sin sanción - deja de ser coercitiva y se convierte en precepto declarativo - sin eficacia alguna."(Lineamientos de Derecho Penal; pag.122--- 123).

Habida cuenta de las aserciones hechas con anterioridad, - habremos de dedicar nuestro estudio al Derecho mexicano vigen- te y debemos de decir una vez más que el adulterio es una de - las figuras delictivas que han provocado discusiones doctrina- les y las más profundas divergencias legislativas en lo histó- rico y en el Derecho Comparado, vulnerando bienes de tan diver- sa dimensión como son el vínculo matrimonial y su carácter sa- cramental en lo religioso, y la honestidad como valor abstra^o to; se comprende por ello que unas veces se haya optado por re ferir la incriminación al fuero familiar, como ocurrió en las - antiguas fuentes romanas y germanas, y otras veces a la morali- dad, buenas costumbres y honestidad como es el caso de las di- versas legislaciones contemporáneas en nuestro Derecho Patrio; así el Código Penal para el Distrito Federal en su libro II, - título XV denominado delitos sexuales, en el capítulo IV y ba jo el artículo 273, expresamente se prevé: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por - seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio

conyugal o con escándalo". En términos parecidos se contempla esta figura delictiva en la casi mayoría de las entidades de nuestro país, con la diferencia en cuanto a la generalidad pero principalmente ubicando a la citada figura en distintos capítulos por lo que a denominación se refiere, así que el Código Penal para el Estado de México lo ubica en el título II en los delitos contra la colectividad y dentro del subtítulo V - en los delitos contra el orden de las familias; el Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua, lo ubica dentro de -- las infracciones sexuales antisociales, y así también bajo diferentes clasificaciones en otros Estados y de la República; a nuestra consideración tales criterios tan divergentes se deben a que doctrinalmente y aún los legisladores no se ponen de acuerdo sobre cuál sería o debería ser el bien jurídico -- que se pretende proteger con el adulterio como delito, en otras palabras, no existe un criterio uniforme sobre el objeto de la tutela penal del adulterio; punto que trataremos más adelante.

De las transcripciones de los anteriores preceptos se -- desprende que no existe definición legal alguna de adulterio, si nos hacen saber en que consiste la conducta del adulterio -- sino que sólo se limita a señalar condiciones objetivas de punibilidad, es decir, cómo debe realizarse una conducta que no describe, para que sea punible, sólo cabe anotar por el momento que el adulterio como ilícito, no se encuentra totalmente -- definido en la gran mayoría de las legislaciones.

2.1. La Naturaleza Jurídica del Adulterio.

Con antelación dejamos dicho que abordaríamos el tema - que hoy pretendemos iniciar, y por su importancia es ahora - cuando nos ocupamos del mismo, anteriormente hemos dicho también que es ahora en la actualidad cuando más agudamente se ha cuestionado sobre la índole punible del adulterio, y algunos autores se manifiestan en pro a que la figura en estudio siga en las escenas criminales, y otros más, pugnan con férreos y certeros criterios para hacer que desaparezca el adulterio de la lista de los hechos delictuosos y gira todo ello en razón del objeto de protección jurídica en el adulterio, o en otras palabras ¿cuál es el objeto de la tutela penal de este delito? ¿qué es lo que se protege con el adulterio?, éstas son las preguntas que habremos de contestar puesto que con éllas estaremos en condiciones de saber cuál es el bien jurídico tutelado por el adulterio.

Empecemos pues a ir al fondo del problema planteado; a este respecto, Soler opina que existe imposibilidad de precisarse objeto en el adulterio, por su complejidad y por su vinculación con intereses y principios complejos como son -- dice el citado autor- los del matrimonio, la garantía de la pureza de los hijos, la integridad de la familia, la honestidad y aun el de exclusividad en las relaciones sexuales. Por otra parte y bajo la tendencia de que desaparezca la figura- del adulterio de los elencos criminales, Filangieri ha dicho en alguna ocasión que es y ha sido inútil castigar el adulterio porque nada vale la pena frente a la opinión pública que

ridiculiza al marido, pero en cambio otros autores como Carrara, señalan como argumentación para la incriminación del adulterio, el quebrantamiento del deber de la fidelidad conyugal y otros-- aun más invocan como motivos de represión penal, el asegurar co mo dice Soler, la certidumbre de los hijos y evitar la disolu-- ción de la familia.

En páginas anteriores se ha dejado anotado claramente que-- en lo referente al objeto de la tutela penal del adulterio exis ten criterios divergentes tanto en la doctrina como en las legisl aciones locales y élllo debido es a que no se han puesto de a-- cuerdo a dejar establecido el bien jurídico como se protege, -- tan es así y tan sólo para darnos una idea de tal confusión, re señamos que en nuestras legislaciones sustantivo-penales, el delito en estudio aparece bajo distintos títulos; vrg. en los Có-- digos de Colima, Jalisco, Morelos, Tabasco, Sonora, Tamaulipas, Durango, Guerrero, Chihuahua y San Luis Potosí se prevee bajo - el título de delitos sexuales, y otros como los del Estado de - México, Aguascalientes e Hidalgo lo asientan bajo la denomina-- ción de los delitos contra la familia.

Tema de discusión es y ha sido precisar si el adulterio - por su naturaleza debe ser regulado por el Derecho Penal.

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

En la antigüedad, el adulterio de la mujer fue sancionado-- severamente, al considerársele un acto de agresión contra el hono r de su esposo, dándose incluso mayor valor al honor que a la

vida. Sin embargo, tal valoración es resultante del afianzamiento patriarcal y de sus fundamentos: La propiedad privada y la herencia de la misma. Esta es la razón por la que el adulterio-femenino fue jurídicamente considerado grave; Al castigársele se pretendía evitar la posible introducción de un hijo ilegítimo en la familia del esposo, legítimamente constituida. Lógicamente, suponer que los hombres tuvieran hijos nacidos fuera de su familia ya que éstos no heredaban el haber familiar, ni sus tradiciones; por tanto, no conflictuaban a la familia, si bienpodían recibir legados, no así dignidades. Mientras que el hijo concebido por mujer casada, por causa de adulterio, llegaba a formar parte de la familia, ante la imposible prueba de filiación, heredaba igual que un hijo legítimo. De ahí parte la apropiación dela mujer por parte del hombre, y de ahí, la sanción penal. Siendo justificada jurídicamente la pena de muerte de los adúlteros (la esposa y su amante), para lavar el honor patriarcal, elevándose a la calidad de bien jurídico el citado honor.

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

El adulterio fue siempre castigado cuando lo cometía una mujer, pero para que el hombre fuese sujeto de sanción, requería cometerlo con mujer casada, estando en concubinato o con manceba, cuando éstos casos ocasionaran grave afrenta para la esposa.

Antes de la aparición del Imperio Romano, el divorcio por repudio ya era conocido, siendo el adulterio una de sus causas más graves, principalmente el femenino, apareciendo por tanto, la sanción civil.

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

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

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

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

González de la Vega continúa diciéndonos que "Carrara manij

fiesta: Que la fidelidad conyugal incontrovertiblemente constituye un deber jurídico porque a él corresponde el derecho, en otro cónyuge, a exigir su observancia. La violación de este derecho, reprobable por la Ley moral y la jurídica, es el adulterio, tanto cuando la infidelidad se comete por la mujer en perjuicio del derecho marital, como cuando se comete por el marido en ofensa de su consorte. De esta verdad jurídica extraen algunos, la consecuencia de que debe elevarse a la categoría de delito tanto el adulterio del marido como el de la mujer y que ambos son merecedores de igual represión penal, aun cuando generalmente los publicistas y los legisladores disienten en tal parecer considerando el adulterio de la mujer como delito gravísimo y no admitiendo la punibilidad del marido"(15)(1958;426).

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

En opinión de González de la Vega, el delito de adulterio debe seguir considerado en la legislación penal: "Nos parece indu-

dable que, por lo menos los adulterios cometidos en forma de grave ultraje contra el ofendido alteran o comprometen la paz y tranquilidad de la familia matrimonial. Por eso nos parece plausible la cautelosa actitud del legislador mexicano que, limitadamente contempla como delito la injuriosa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio invadiendo la residencia matrimonial o con la grave publicidad que entraña el escándalo. Más que un delito sexual propiamente dicho, el adulterio es delito de injuria, en su lato sentido, siendo el vínculo del menosprecio la despectiva actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge burlado". Argüelles reconoce que "El delito de adulterio debería sancionarse en casos muy especiales y sólo en razón de la injuria que se causa al cónyuge inocente". Ceniceros acepta la anterior interpretación e indica: "Propiamente, más que el adulterio, lo que se pune es la desvergüenza de los adúlteros" (16)(1958;425).

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

Beccaria señaló la improcedencia de incluir el adulterio en el catálogo de los hechos punibles por responder a sentimientos, pasiones, impulsos biológicos irresistibles y tan fatales como la Ley de la gravedad y por la dificultad que ofrece su prueba (González Blanco;1974;199).

Tissot al referirse a esta cuestión expresa: "El adulterio es un simple atentado a la moral. No es delito por ser violación de una promesa.

El perjuicio por sí mismo sólo es un atentado a la moral. El deber conyugal, no ha sido objeto de una ley, aunque la incapacidad absoluta haya sido considerada algunas veces motivo de divorcio. No es la violación de la promesa lo que se castiga, son las consecuencias dañosas derivadas de ella: Introducción de hijos extraños. En el adulterio no se castiga el derecho en sí, el perjuicio es sólo un atentado a la moral";(ob.--cit;1974;199).

Pessina señala: "Si hay una materia en donde un arcano y misterioso poder superior a nuestra libertad manifiesta toda su terrible eficacia, es la vida afectiva. Recorre todos los estratos de la naturaleza humana, desde los pensamientos más puros de la inteligencia hasta las efusiones de los sentimientos. El predominio del pathos en la vida sexual, llega a tal punto de superabundancia, que la exigua parte dejada a la libre voluntad confina con la falta de responsabilidad jurídica en el más alto sentido de la palabra; así los hechos relativos a la misma son más necesidad por predestinación que fruto de libre elección. El amor no puede ser materia de precepto jurídico. El buen sentimiento dicta la fidelidad, como observancia de las más graves. ¿Qué marido, ni qué esposa pueden aceptar cariño por deber, por espíritu de sacrificio o por puro acatamiento de la ley penal? ¿Qué valor puede tener en tales circunstancias una caricia, ni la vida en comun?".(ob.cit;1974;199).

Langle Rubio, por su parte, citado por González de la Vega, señala que "Reprimir el adulterio por entender que quebranta la fidelidad conyugal, equivaldría a castigar la infracción

de los deberes morales más que jurídicos; pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fué un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge un derecho de exigir su observancia, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito... A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que sólo afectan a si mismo... Luego no puede servir de base el delito de la inmoderación lujuriosa de los culpables... ¿Sería la honestidad del marido inocente la que sufra ultraje? Apenas tiene sentido la pregunta... Imposible alegar que es un ultraje al honor porque es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable... Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia.- Observemos, en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar, sino de una manera nominal, ficticia... En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la familia, debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello, las legislaciones lo declaran delito privado" (1958; 425).

Diego Vicente Tejera, en su monografía sobre el adulterio, indica: "La familia propiamente dicha es la que crea dos seres degexo contrario unidos por el amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si no estaba de antemano destruída, porque produce abandono por parte de uno de esa entidad, o la desatención de sus obligaciones, perjudicándose gravemente los produg

tos del matrimonio...Pero lo que afecta a este grupo tan necesario para la vida ¿debe considerarse como producto de afectos sociales? Ciertamente no... Todos los actos de las familias son de orden privado...¿Por qué pues, cuando se comete un acto que no es más que una violación de un pacto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho Penal?¿No hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que crea un adulterio? Ciertamente sí; está el divorcio; está la pérdida de gananciales, de los dotales, están las indemnizaciones y muchas más, incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del Derecho Privado general" - (González de la Vega;1958;425).

Don Mariano Jiménez Huerta señala: "El adulterio debe ser únicamente causal de divorcio. Su signo antijurídico no puede rebasar este ámbito. Es atentatorio contra la dignidad y la libertad humana el servir en nuestro tiempo de base a una condena penal" (1958;32).

González Blanco manifiesta: "El problema de la incriminación del adulterio se rige en su contenido y efectos por el derecho privado. No vemos razón para continuar concediéndole relevancia en materia penal. Salvo si la conducta humana ocasiona un daño mayor al previsto por la norma. Para borrar el adulterio del catálogo de los delitos, será necesario prevenir y reprimir en su caso, el daño al estado civil. La supresión del adulterio deberá ir acompañada de la creación de una figura --

del delito contra el estado civil. Así lo hizo el proyecto argentino, suprimió y aceptó la suposición de filiación legítima hecha por mujer casada en favor de un hijo adulterino" (1978;-205).

Algunos autores se refieren a la falta de amor como causa de adulterio, debiéndose regular con medidas más adecuadas del derecho privado, al ser violación de un deber privado; El divorcio es la sanción; no justifica la penal incriminación.

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

La familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica dentro del matrimonio legalmente constituido, único reconocido por la legislación mexicana, cuya conformación monogámica es creadora del deber jurídico de exclusividad sexual recíproca entre los cónyuges, siendo su consecuencia natural la perpetuación de la especie. Al sobrevenir la conducta a dúltera de alguno de los cónyuges, puede provocar desestabilidad y ruptura del acto matrimonial, habida la concepción tradicional de ofensa implicativa de apropiación sexual, cuyo término común es conocido como infidelidad conyugal.

Por tanto, se deduce que los posibles bienes protegidos con la sanción al adulterio son: El amor; la fidelidad; el deber de exclusividad sexual. Incluyendo el honor y la sociedad; ésta última se encuentra protegida sólo de una manera mediata, como se desprende del análisis que hacemos más adelante. Ve-

mos cada uno de ellos enseguida:

Amor. Es una actitud afectiva del hombre, de carácter subjetivo y no puede ser impuesto normativamente. No hay ley que nos obligue a amar a las personas. Por tanto carece de consideración jurídica, y no puede ser tutelado por el Derecho.

Fidelidad conyugal: Entendemos por fidelidad: La observancia de respeto y lealtad que uno debe al otro, y por infidelidad: Falta de fidelidad, o deslealtad. Este concepto subjetivo, implica fé, confianza; el Derecho no puede tutelar aspectos intelectuales. Aunque este aspecto contiene valor cultural, requiere de una materialización y ésta con el adulterio se presenta al violarse el débito conyugal, no la confianza.

Honor: Jiménez de Asúa dice: "Imposible alegar que es el adulterio un ultraje contra el honor, porque es absurdo e injusto proclamar que padece menoscabo la honra del marido o de la mujer engañado por la conducta del cónyuge infiel" (1974;--205). Diego Vicente Tejera Jr. sostiene: "Es verdad que hay franca agresión contra el derecho de fidelidad y que ésta agresión es ilegítima, porque no la autoriza ningún precepto legal, ni las conveniencias sociales..., pero los actos de otra persona no pueden jamás, sin contar con la voluntad del agente pasivo, quitarle su honor" (González de la Vega;1974;51).

El honor requiere de consideraciones subjetivas; se refiere a la estimación que una persona tiene de sí misma; al mismo tiempo, también se refiere a un aspecto cultural que la sociedad considera como elemental para la convivencia pacífica de -

todos los elementos que la conforman. El honor pues, es un bien que el derecho protege contra las agresiones injustas; sin embargo, con la conducta adúltera no consideramos que sea agredido, pues consideramos, igual que Tejera Jr., que los actos de otra persona no pueden jamás, sin contar con la voluntad del agente pasivo, quitarle su honor. Y lógicamente en el adulterio el cónyuge inocente jamás consentirá la conducta desleal; por tanto, no puede afectar su honra la comisión de la figura en estudio.

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

La sociedad. Esta encuentra repercusión en su seno, cuando se comenten ilícitos, todo tipo de violación jurídica de alguna manera la afectan, algunos en menor, otros en mayor grado, por tanto, regula las relaciones sociales a través de un sistema de organización jurídico adecuado, creador de normas, cuya aplicación general son de carácter coercitivo.

El grado de gravedad de dichas violaciones depende de su repercusión en la misma sociedad, de su posible sanción y de los sujetos afectados. Con el adulterio encontramos que los

afectados directamente son el cónyuge inocente y la familia - de ambos; por tanto, han sido creados los instrumentos jurídicos necesarios para la sanción debida, a fin de reparar en algo el daño causado por el citado adulterio. Siendo, por tanto, objeto de tutela de manera inmediata, la familia y solamente - de manera mediata es protegida la sociedad.

En cuanto a las garantías sexuales, protegidas por la legislación penal, dentro del capítulo de los Delitos Sexuales, - se excluyen en lo relativo la comisión del adulterio, porque es te presume la existencia de voluntad por parte del casado, el ayuntamiento sexual ilícito; siendo dos los elementos consti-- tutivos del adulterio general: el estado de casado y la volun-- tad en la relación sexual con tercero ajeno al vínculo matrimo-- nial.

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

En cuanto a su ámbito de aplicación, pueden considerarse - los bienes jurídicos que se protegen con la sanción: La fami-- lia y el débito conyugal de exclusividad sexual recíproca. Y - la sociedad de manera sólo mediata.

La sanción, en materia civil, es, el divorcio, que desvin-- cula el matrimonio y que garantiza los derechos económicos de la familia; en materia penal, la constituye la privación de la libertad y la pérdida de derechos civiles al declarado culpa-- ble. Por tanto, ni la familia se beneficia con la condena ni -

se desvincula el matrimonio. Por lo tanto, la sociedad no encuentra reparación alguna, porque la familia, su grupo más importante, queda desprotegida.

2.2. Tipo Penal de Adulterio.

Concepto.-

González de la Vega dice: El adulterio " Es la relación carnal coito normal completo o incompleto, de un casado con persona que no sea su cónyuge realizado en condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente, domicilio conyugal o con escándalo" (1974;421).

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

Carrancá y Trujillo explica: "La comparación legislativa, nacional y extranjera, enseña que no hay concepto unitario jurídico de adulterio" (Código Penal anotado; 1991;677).

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

ADULTERIO, DELITO DE LEGISLACION DE CHIAPAS.- Aún cuando el Artículo 275 del Código Penal con el sistema de otros, no lo define, - la etimología indica que consiste en la violación de la fé conyugal consumada corporalmente -- con los tres requisitos clásicos:

Unión sexual, matrimonio de uno o ambos prevenidos y dolo o voluntad de la persona casada. Si por la naturaleza del delito casi nunca se puede probar el acto del mismo, la doctrina, la jurisprudencia y la ley admiten que - bastan antecedentes concomitantes y consecuentes como reunión en recinto cerrado, sorpresa en ropas menores y actitud de estar uno en brazos del otro para establecer la presunción incontrovertible de la ejecución del tipo - delictual.

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

El adulterio carece de definición legal, lo cual ha provocado discusiones entre los concededores del derecho.

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

"En el capítulo de los delitos sexuales se requiere una serie de modificaciones técnicas. El Código en vigor omite definir el adulterio.

La ausencia de definición de este delito, interpretada por los psicoanalistas como acto fallido y para algunos otros sin trascendencia alguna, olvidan que dentro de un sistema liberal y constitucionalista, no hay tipicidad sin ley, los tipos se ha dicho: Son como islotes incomunicados en holocausto del principio de reserva, proclamados por la constitución y el principio de la legalidad". (1952;261).

Carrancá y Trujillo sostienen " que aunque se conozca el léxico gráficamente la connotación de la palabra adulterio, es distinto lo que jurídicamente deba entenderse por ella a los efectos penales". (1991;676).

Para Jiménez y Azúa, "el tipo ejerce su trascendental papel de garantía, destaca en toda su importancia en la descripción, abstenerse de ella nos parece sobre manera condenable"(1970;19).

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

no proporciona la definición de adulterio, uno de los elementos del tipo respectivo. Tampoco define lo que debe entenderse por cópula en el estupro, ni vida en el homicidio. En estas últimas infracciones, como en otras, la ley usa un nombre diverso al de uno de los elementos constituyos del tipo y en el adulterio no según se ha expresado" (comisión revisora, 1912;189).

Atento al anterior criterio a continuación insertamos criterio de la H. Suprema Corte de Justicia que concuerda con lo señalado anteriormente:

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

Amparo directo 3948/59, Alicia Valtiérrez Lugo. Octubre 10. de 1959. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Lic. Fernando Castellanos Tena. 1a. Sala. Informe 1959 pag.45.

Observándose que la Suprema Corte de Justicia ha seguido - el sentido gramatical del adulterio como tipo penal, el cual -- tiene como elementos necesariamente la infidelidad en el domicilio conyugal o con escándalo. Es por lo que, para acreditar su corporeidad debe comprobarse la existencia de relaciones extra-matrimoniales de uno de los cónyuges, y que dicha conducta se - lleve a cabo, con escándalo o en el domicilio conyugal, aun cuando por la naturaleza propia del delito su comprobación es difficil, pero se contempla dentro de la doctrina que éste puede deducirse a través de circunstancias determinadas que no dejen dudas al respecto.

En el Semanario Judicial de la Federación encontramos: "Es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia, - han establecido de modo firme que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada". (tomo 82, pag. 3636).

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

Al respecto Cuello Calón señala "se entiende por bien jurídico todo aquello de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas o colectivas. El bien jurídico es el objetivo de protección penal y al mismo -- tiempo de objeto de ataque delictivo, ya tienda este a destruirlo, menoscabarlo, o simplemente ponerlo en peligro". (1953; 257).

Ante la existencia de una sentencia declarativa de culpabilidad para el sujeto penalmente responsable de la comisión del-

delito de adulterio, ésta trae como consecuencia la privación de la libertad del sujeto activo. Sin embargo dicha sentencia no produce efecto alguno con respecto de la familia ni del matrimonio. La precitada resolución, no llega a disolver el vínculo matrimonial. Por lo tanto consideramos que la familia no es el bien jurídico tutelado, como señalamos anteriormente.

Por otra parte la libertad sexual tampoco puede considerarse como el bien protegido o que se pretende proteger ya que la misma se pierde al momento de la celebración del matrimonio civil al ser inherente al mismo la exclusividad sexual recíproca como consecuencia jurídica.

Al mismo tiempo, como ya lo hemos afirmado, la sociedad en sentido material, no encuentra violación a su estructura, pues el adulterio penal no conlleva al rompimiento del vínculo matrimonial, aunque de hecho provoque la desintegración familiar.

El adulterio es considerado delito privado, toda vez que para que se dé el inicio de la acción penal se requiere de querrela, por parte del ofendido quedando la sociedad en segundo término. Al considerarse al cónyuge inocente objeto material del delito, recaen sobre el mismo las calidades de ofendido y víctima, siendo excluidos por tal motivo la familia y la sociedad.

Sin embargo, como se establece en la tesis jurisprudencial número 3948/59 sustentada por la primera sala de la H. Suprema Corte de Justicia, la designación del tipo de adulterio, se refiere a uno de sus elementos: La infidelidad conyugal, pero para que constituya delito, requiere que su ejecución sea realizada con una, de dos modalidades: En el domicilio conyugal o con escán

Existe por tanto gran diferencia entre el adulterio como -
causal de divorcio y el adulterio penal, toda vez que el prime-
ro requiere la violación al deber conyugal recíproco para que -
se integre, y por lo cual protege de esta manera a la familia;-
y en el segundo caso no toda deslealtad sexual conyugal es cons-
titutiva de delito, se requiere para su constitución que se den
determinadas circunstancias.

El problema relativo a la falta de definición de la figura
delictiva que conocemos como adulterio, pudiera considerarse i-
rrelevante ya que su connotación es cultural y por tanto conoci-
da de la generalidad; por lo que la tipicidad del mismo se en-
cuentra descrita de manera clara y que viene a ser la violación
del deber de exclusividad sexual cometido en el domicilio conyu-
gal o con escándalo.

Si entendemos por derecho positivo aquel que dicta el le-
gislador en un tiempo y lugar determinado, es comprensible que-
exista el adulterio como delito, al haber sido contemplado en -
el Código Penal para el Distrito Federal, de 1931; por lo tanto
consideramos que las doctrinas empeñadas en señalar la atipici-
dad del adulterio, son incongruentes, ya que si entendemos por
tipo, la descripción que hace el Estado de una conducta en los
preceptos penales, éste se integra con el adulterio cometido en
el domicilio conyugal o con escándalo.

2.3. Elementos del delito.

La conducta típica del adulterio se integra con la conjun-
ción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o am-
bos unidos por vínculo matrimonial con tercero, pero para que -

dicha conjunción sea calificada de delictiva, debe realizarse, con los modos de comisión o de lugar establecidos por el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal y sus correlativos en los diferentes Estados de la República, es decir en el domicilio conyugal o con escándalo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido:

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

Amparo directo 9741/65, Antonio Hernández Hdez., Sept. 28 de 1966, unanimidad cinco votos, ponente: Lic. Agustín Mercado Alarcón. 1a. Sala. - 6a. época. vol. CXI, sda. parte, pag. 17.

De lo anterior se desprende que los elementos que configuran el delito de adulterio son:

- A).- Un acto de adulterio;
- B).- Que el acto se cometa en condiciones de grave afrenta:
 - a).- En el domicilio conyugal, o
 - b).- Con escándalo.
- C).- Elemento psicológico o nexa causal.

A).- La ley se limita a usar la palabra "adulterio", sin -- darle una definición específica, por lo cual , hemos de remitirnos a su significado común: acceso carnal o coito entre una persona casada, sea cual fuere su sexo y una persona ajena a su -- vínculo matrimonial; consiguientemente, de lo anterior se advierte, que por lo menos uno de los sujetos activos sea casado y que además el ayuntamiento sexual se lleve a cabo con persona ajena al matrimonio.

Siendo , condición indispensable, que por lo menos uno de los adúlteros, esté unido en matrimonio legítimo, no disuelto, - ni tampoco anulado.

De este primer elemento advertimos también que lo que hace al acto sexual, este puede realizarse entre mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; y hombre y mujer casados en distintos matrimonios, caso en el cuál se daría lo que algunos - autores denominan "adulterio doble".

A propósito del acto sexual, los tratadistas nos dicen que - existen tres corrientes, a saber:

a).- La que exige que sea cópula normal o coito, descartando los actos contra natura. El autor Alberto González Blanco en su obra "Delitos Sexuales", al referirse a los actos contra natura, los estima como graves injurias al marido y literalmente señala: "...para la consumación de este delito, se exige cierta --mente la cópula propiamente dicha, realizada en su forma natural. Los besos, las caricias obscenas, y hasta los actos contranatural no constituyen adulterio.... juzgo que en estos actos torpes, con razón, puede verse una atrozísima injuria contra el marido, por el envilecimiento tal vez mayor en que cae la mujer; pues aquél tiene derecho a que ésta conserve íntegra su propia dignidad. -- Por más que produzca repugnancia al declarar la impunidad -- del hecho, aún a solicitud del marido sin embargo no me atrevería a hacer caer este hecho, estrictamente hablando, bajo la denominación de adulterio que en él podría haber, aplicando rigurosamente los principios, una verdadera y propia violación del derecho del marido." (1959;296).

b).- La que considera que es necesario que el ayuntamiento carnal se haya agotado fisiológicamente por la seminatio intravas o eyaculación, a condición de que ésta sea en vaso normal.-- Mancini en desacuerdo con esta postura, argumenta que en ella se dejan de considerar aquellos casos en los que se observan precauciones anticonceptivas y los ejecutados por estériles.

c).- La que estima que no es necesaria la eyaculación, sino simplemente el acoplamiento de los órganos genitales, criterio-- al que se suman algunos autores, entre ellos, Ferrer, quien expresa: "La conducta en el delito de adulterio viene determinada-- por el contacto de los órganos genitales, con la intención de -- consumir el acto carnal, siendo imposible independizar los ac --

tos realmente ejecutados, del elemento intencional que los precide.- Por su parte Moreno sostiene: "No es preciso que el acto alcance su perfección fisiológica" (González Blanco;1974;216).

En relación a lo anterior, hemos de decir que la integridad del matrimonio y el deber de fidelidad conyugal se quebranta con cualquier tipo de relación sexual adulterina.

Si analizamos el acto de adulterio, requerimos precisar que los sujetos activos del ilícito son los protagonistas del acto carnal ilícito; en tanto que el sujeto pasivo u ofendido lo es el cónyuge burlado.

La ley penal castiga el adulterio solo cuando es consumado, de tal suerte que no se configura la tentativa al estimarse que los actos preparatorios o los antecedentes de la cópula adulterina son por lo común equívocos y su persecución se prestaría a errores e injusticias.

B).- El segundo de los elementos necesarios para la existencia del delito de adulterio es que se cometa:

a).- En el domicilio conyugal, cuyo significado no se precisa en las legislaciones penales que incluyen al adulterio como delito, por lo cual su concepto debe fijarse con criterio realista y no en el concepto técnico del derecho civil, de tal forma que para los efectos del adulterio penal, por domicilio conyugal habremos de entender el lugar en donde habitan, en forma permanente o transitoria, los esposos unidos en matrimonio civil.

Tradicionalmente se ha considerado de mayor gravedad el adul-

terio cometido en el domicilio conyugal, por ser éste, el habitat natural de la mujer, siendo que puede introducir al -- amante en el domicilio conyugal con mayor facilidad que el -- hombre; provocando con esa reprochable conducta ofensas al -- marido y a la familia, representando un pésimo ejemplo para-- la prole, pero cuando el esposo introduce a su amante al hogar conyugal, viola también gravemente el derecho de su consorte-- por ser aquél el ámbito de dirección femenino.

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

b).- Adulterio con escándalo.- El tratadista Francesco Carrara, con la agudeza que lo caracterizó, escribió en su -- importante trabajo "Programa de Derecho Criminal": "La locu-- ción escándalo es demasiado ambigua y muchos la utilizan sin captar su realidad. Intentemos fijarlas es una murmuración -- que nace y corre en torno a un hecho. Es una ofensa al senti-- do moral de un gran número de ciudadanos, No es posible admi-- trir el nacimiento del escándalo de la maldad de los chismosos y de las comadres que inficionan el ambiente, con sus difama-- ciones soterradas en la máscara de la hipocresía. El escándalo entendido de este modo sería un instrumento arbitrado por-- la ley para placer de los viles y malévolos". (1959;451).

Para la Real Academia de la Lengua, escándalo es la a -- cción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro y, en su acepción mas precisa, consiste en el desen--

freno, la desvergüenza o el mal ejemplo.- Al respecto González de la Vega dice: "...el escándalo es la publicidad de un acto que ofende la moral media social siendo su carácter privativo y específico dicha ofensiva notoriedad. El carácter - escandaloso del adulterio consiste en el desenfreno o desvergüenza en los amoríos ilícitos 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" (1983;440).

La legislación penal mexicana no define el término escándalo, ello ha dado pie para que haya sido interpretado a - través de diversas tesis jurisprudenciales, las que me permito insertar a continuación:

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

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

ADULTERIO, DELITO DE. ESCANDALO- EN LA LEGISLACION DEL DISTRITO - Y TERRITORIOS FEDERALES. El escán

dalo, como elemento del delito, debe apreciarse por el juzgador tomando en cuenta las circunstancias personales de los adúlteros en relación con el ofendido, las modalidades de su conducta externa y el ambiente social en que se manifiesten sus relaciones adulterinas, a fin de valorar tales datos y determinar si implican una publicidad afrentosa para el cónyuge ofendido. Como en el caso, según las declaraciones de los acusados, las relaciones sexuales no se realizaron en el pueblo de San Juan, Estado de México, donde el matrimonio tenía su domicilio sino en esta ciudad de México. Se estima, que no haber tenido lugar en el domicilio social del ofendido. No pudieron redundar en una publicidad afrentosa para él.

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

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

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

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

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

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

Amparo Directo 9741/1965. Antonio Hernán dez. 5 votos. Sexta Epoca. Volumen CXI.- Segunda Parte, pág.17.
1a. Sala, Apéndice 1917 - 1975
Sexta Epoca, pág. 37 Jurisprudencia II.

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

ADULTERIO. ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE. El elemento escándalo, se produce cuando la acción o la acepción, ésta - en su acepción lata es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca, -- por la gravedad de los hechos cometidos u na reacción que afecta los sentimientos - de las personas víctimas del delito, y a la vez, la de reprobación de los mismos, - como consecuencia de los comentarios y -- juicios que se emiten y transmiten en tor no del acto o de las palabras dichas.

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

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

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

Amparo Directo 398/65 Fidelia Rodríguez - Esqueda. Unanimidad de 4 votos. Volumen - CII. Segunda Parte, pág.11.

Amparo Directo 3979/61. Juan Cadena Garcés 5 votos. Volumen CXII. Segunda Parte, pág. 11.

Semanario Judicial de la Federación Sexta Época. Volumen CXIV. Segunda Parte. Diciembre 1966. 1a. Sala, pág. 41.

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

C).-El tercer elemento es el psicológico o nexo causal, es decir, que en la infracción adulterina se requiere para el caso infiel, la voluntariedad y el conocimiento de que se ejecuta el acceso carnal con persona que no sea su cónyuge, y para el copartícipe, 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.

Una vez que señalamos los elementos esenciales del delito de adulterio, debemos de apuntar que este delito es de difícil comprobación, ya que normalmente las relaciones sexuales se llevan a cabo en forma por demás discretas, y a continuación trata

remos de explicar algunos de los medios empleados comúnmente dentro de nuestro sistema legal, para acreditar su existencia.

2.4. Pruebas.

Para que el juzgador pueda resolver un litigio, es necesario el esclarecimiento de los extremos: La perpetración del delito, las circunstancias de su realización, la participación -- del imputado, aspectos relevantes de la personalidad del infractor. Debe entonces analizar los múltiples factores que intervienen en su ejecución para apoyar una sentencia condenatoria.

Las partes en el juicio penal, son:

- A).- El Ministerio Público
- B).- El acusado o presunto responsable.

El primero, actor en el juicio, y en el cual recae la exclusividad en el ejercicio de la acción penal. Puede recibir ayuda de parte del ofendido, mismo que coadyuva allegando elementos probatorios a la causa con la finalidad de acreditar la responsabilidad de quien aparece como sujeto activo en la comisión del delito que se le imputa; y el segundo, es decir, el acusado es el sujeto activo, quien debe presentar elementos probatorios para desvirtuar la acusación efectuada en su contra.

Se entiende por prueba la actividad de las partes y del tribunal encaminada a proporcionar al juez la convicción de verdad.

Debido a la naturaleza del adulterio, cuya comisión es clandestina, la demostración en el proceso es difícil, salvo casos de sorpresa flagrante o confesión de sus autores; por lo cual, las relaciones ilícitas se acreditan por diversos medios probato

rios que conlleven al juzgador a tener la certeza de que el delito se cometió.

A diferencia del procedimiento civil, en materia penal el juez tiene la facultad y el deber de realizar todo tipo de investigaciones, que lo lleven a concluir la certeza de un hecho, pudiendo exigir a las partes les sean presentados un mayor número de elementos, a fin de fallar justamente, debido a que la sanción en el adulterio es privativa de la libertad.

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

Existen diferentes tipos de pruebas, a saber: La testimonial, instrumental pública o privada, la presuncional, la confesional - misma, entre otras.

2.4.1. Testimonial.

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

La declaración del testigo se refiere al delito y sus circunstancias, sus antecedentes o consecuencias, al imputado, a la víctima y al daño causado.

El artículo 191 del Código de Procedimientos Penales, define al testigo: "Toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, --

siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el juez estime necesario su examen. El valor probatorio de su testimonio se aquilatará en la sentencia". (C.P.P., D.F.).

Debido a que los actos adulterinos son conductas de realización oculta, es difícil que existan testigos de tal hecho, por lo cual no puede suministrar datos sobre las relaciones sexuales en sí, porque no las han presenciado directamente; la presunción por la conducta que manifiestan los sujetos; escuchan palabras amorosas, pudieran verlos entrar en un hotel, su trato público es especial, se observan cambios en la persona en sí y diversos signos que aparezcan según el caso concreto.

Cuando la comisión del adulterio es en el domicilio conyugal, los testigos idóneos serán personas de confianza allegados al matrimonio, empleados domésticos, parientes, amigos; es difícil darle valor probatorio al testimonio de personas extrañas ya que no tienen fácil acceso al domicilio. Cuando exista parentesco entre el testigo y el acusado, no tiene aquél la obligación de declarar y si lo hace, se hará constar dicha circunstancia en el proceso.

La declaración de los testigos debe estar administrada con otros elementos de prueba, para que pueda tener valor jurídico, sin embargo, crea una presunción de culpabilidad del acusado. Generalmente los testigos, parientes del ofendido, son quienes se percatan con mayor facilidad de la conducta delictiva, debiendo ser tomados en cuenta sus testimonios.

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

2.4.2. Instrumental.

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

En el adulterio, las cartas, recados, fotografías, películas o cualquier otro documento, llegan a constituir un indicio-fuerte, cuando de ellos consta fehacientemente las relaciones sexuales ilícitas. Esto no significa que quede debidamente comprobado el delito, e incluso se desprenda que la infidelidad conyugal fue cometida en el domicilio de los esposos o bien de una manera escandalosa.

La prueba instrumental puede ser privada o pública. El artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal expresa: " Son documentos privados, los valores, pagarés, libros de cuenta, cartas y demás escritos firmados o for

mados por las partes o de su orden y no estén autorizados por --
escribano o funcionario competente".

La documental pública se refiere a aquellos escritos en --
que interviene un funcionario que tenga fe pública. En este ca-
so, el acta de nacimiento de algún hijo, puede llegar a ser com
probatoria del adulterio, pero por sí sola, no prueba su comi--
sión delictiva.

2.4.3. Presuncional.

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

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

Debe tenerse en cuenta por tanto lo dispuesto por el artí-
culo 261 del Código Procesal: "Los jueces y tribunales, según -
la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace na-
tural, más o menos necesario existente entre la verdad conocida
y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las pre
sunciones, hasta poder considerar su conjunto como prueba plena".

El hecho de sorprender a una persona (hombre o mujer), en-
ropa interior dentro del domicilio conyugal (ajeno); la publici

dad de las relaciones ilícitas; la convivencia de los adúlteros bajo un mismo techo, en el habitat social del cónyuge inocente, hacen presumir la existencia de relaciones sexuales. Y el juez-atendiendo a las circunstancias, particulares en cada caso concreto podía tener la convicción de que el delito se ha comprobado, de lo contrario deberá desechar la acusación, por improcedente.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia, ha establecido:

ADULTERIO. PRUEBA DEL. - Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva.

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

Cuando los hechos hacen presumir en forma vehemente la existencia del delito, basta la sola presunción para que quede demostrado el ilícito. Es suficiente la comprobación de la existencia de relaciones sexuales; por cualquier medio, cuando éstas se realicen en el domicilio conyugal; la sorpresa en el lecho nupcial, la escasez de ropa, la publicidad a las relaciones que constituyan escándalo. Al mismo tiempo que se acredite existencia de matrimonio y legalmente constituido de uno de los sujetos activos.

2.5. De los Sujetos Activos

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

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

"De acuerdo con nuestro Código Penal, encontramos que seco nocen como causas de inimputabilidad, los estados mentales a-- normales, porque implican ausencia de voluntad o dolo; las cua- les se encuentran previstas en el artículo 68. Asimismo la edad del soltero menor de dieciocho años según el artículo 119" (Gon- zález Blanco, 1974;223). Recuérdese lo establecido por el artí- culo 119 del Código Penal: "Los menores de 18 años que cometan- infracciones a las leyes penales, serán internados por el tiem-

po que sea necesario para su corrección educativa".

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

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

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

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

Don Francisco González de la Vega señala: "Como todos los delitos cuyo objeto es el desahogo ilícito de la lubricidad, el adulterio no admite jurídicamente su comisión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos protagonistas, en la conciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la infracción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conocimiento de ejecutar el acceso carnal con persona distinta a su cónyuge. Para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto en el artículo IX del Có-

digo Penal, pero admite prueba en contrario" (1982;223).

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

Cuando a la realización del acto adulterino le falta alguno de los elementos mencionados, conocimiento y voluntad, no habrá conducta dolosa, por tanto el sujeto no es culpable del delito, aunque éste se cometa. Tal es el caso del empleo de la fuerza física o moral, dándose como resultado violación adulterina, encontrándonos entonces ante la excluyente de responsabilidad prevista por la fracción I del artículo XV del Código Punitivo: Obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible. Es el caso previsto por el artículo 265 del ordenamiento penal citado: "Al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de 6 a 8 años".

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

putables todos los resultados delictivos acarreados en un solo acto.

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

"La exclusión de responsabilidad únicamente favorece al que no ha actuado voluntariamente, el violentador adulterino será responsable en forma de concurso formal, tanto de la violación como en su caso, del adulterio, en los términos del artículo 58, porque con un solo hecho ejecutado en un solo acto, la cópula, ha violado varias disposiciones legales; deberán aplicársele las penas de la violación, por ser éste el delito mayor, las que podrán aumentarse hasta una mitad más del máximo de su duración"(González de la Vega, 1958;432).

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

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

El artículo 274 del referido ordenamiento penal establece:

No se podrá proceder contra los adúlteros, sino a petición del - cónyuge ofendido. Si éste formula su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan - como codelincuentes.

El artículo 13 del mismo Código Penal establece como partícipes a quienes presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución. Mariano Jiménez Huerta, menciona a Groizard: "La criada que hace de centinela desde el balcón para evitar la llegada del marido, a fin de que no sorprenda lo que en su alcoba pasa"(1958;31).

2.6 Consumación del delito

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

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

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

cesco;1959;295).

A esta opinión de Carrara, se puede oponer el hecho de la ejecución de actos de precaución anticonceptivas, donde la eyaculación no se realice dentro de la vagina, pudiendo haber existido penetración como antes apuntamos; pues como observa - Alberto González Blanco: "Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual, la que implica - necesariamente una actividad viril, normal o anormal, pues sin ésta no puede con propiedad decirse, que ha habido copulativa-conjunción carnal. Fisiológicamente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura, como en los normales. No hay duda, el delito queda consumado por cópula normal; pero no es - exacto, como Carrara creía, que de su consumación queden excluídos los actos libidinosos contra natura, así como las cópulas - incompletas, ésto es, en grado de frustración que por cualquier- causa implica la "seminatio intra vas". También sin estos actos se realiza la relación carnal, la conducta típica del adulterio y se lesionan bienes jurídicos familiares, tutelados en dicho-adulterio" (1974;147).

Al señalar la precitada codificación penal que sólo se castigará el adulterio consumado, debe considerarse como momento - de la consumación del delito, cuando ha habido conjunción se- - xual, puesto que ésta implica conducta y elementos objetivos. - Mientras que la penetración y la eyaculación, son conocidos úni- camente por los activos, jamás podrá conocer tal hecho el cónyuge inocente, como tampoco debe interesar su ausencia al Derecho y aún suponiendo que el bien jurídico tutelado fuera la fideli-

dad conyugal y no la exclusividad sexual conyugal, el delito de adulterio encontraría ya su consumación plena en la simple unión de los sexos.

2.7 Sanciones

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

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

Al ser perseguible el delito en estudio sólo a petición de parte, perdón del ofendido, en cualquier tiempo, deja sin efecto la acción persecutoria en cualquier fase del procedimiento. Alcanzando efectos aun mayores cuando el perdón sea expresado después de dictada la sentencia condenatoria.

El artículo 276 establece: 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.

77

C A P I T U L O I I I

A D U L T E R I O C I V I L Y A D U L T E R I O P E N A L

C A P I T U L O I I I

ADULTERIO CIVIL Y ADULTERIO PENAL

3.1. Diferencias.

Los cónyuges deben cumplir con los fines matrimoniales, - para ello requieren observar el débito conyugal de exclusividad sexual de manera continua, su violación origina la causal prevista por la fracción I del artículo 267, de divorcio necesario, en materia civil.

"Artículo 267.- Son causas de divorcio...

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

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

DIVORCIO. ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio causal de divorcio y el delito del mismo nombre sancionado por la Ley Penal. Si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa a su consorte, el delito de adulterio requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo. La simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste solo puede -

subsistir, para el legislador, median-
te una vida en común, basada en la fi-
delidad de los esposos.

Amparo Directo 5151/1955. Regino Fer-
nández Ocaña. Marzo 7 de 1956. Mayo--
ría de 3 votos. Quinta Epoca. Tomo --
CXII; pág. 809.

Tesis que se ha sentado precedente.

Encontramos pues, dos diferencias substanciales; una en -
cuanto a la conformación del ilícito, el cual, mientras para -
el Código Civil, toda violación al deber de exclusividad se--
xual es causal de divorcio; para el Código Penal, dicha viola-
ción no siempre es típica, sólo es procedente cuando las rela-
ciones sexuales ilícitas son cometidas en el domicilio conyugal
o con escándalo. Y otra en cuanto a la sanción. Aquél sanciona
con el divorcio, desvinculando el matrimonio y asegurando los-
derechos familiares subsistentes. Este no modifica la situa---
ción jurídica de la familia ni del matrimonio: La sanción es -
privativa de libertad y derechos civiles.

La inactividad del ejercicio de la acción de divorcio pro-
duce su caducidad. Mientras que en el no ejercicio de la ac--
ción penal en el delito de adulterio, se presenta la prescrip-
ción. Caducidad: Es la extinción de la acción por el transcur-
so del tiempo marcado en la Ley. No se interrumpe ni suspende-
por acto u omisión. Es condición para el ejercicio de la ac--
ción y debe estudiarse de oficio.

La jurisprudencia ha establecido:

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

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

Cuando el adulterio es considerado como causal de divorcio, la ley fija como término para el ejercicio de la acción de divorcio, seis meses a partir de la fecha que se tuvo conocimiento del acto. Quiere decir que, una vez transcurrido el término señalado, el juzgador debe desechar la demanda -- por haber sido presentada extemporáneamente; pero solamente se aplica cuando el hecho de adulterio fue realizado una vez o en forma ocasional. Cuando por la naturaleza de las relaciones adúlteras, sean de tracto sucesivo, la caducidad no opera mientras subsistan dichas relaciones, empezando a correr el término de seis meses, a partir de la fecha en que dejó de existir la conducta de adulterio.

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

Prueba indirecta.- En materia de divorcio por adulterio,

la jurisprudencia ha establecido la prueba indirecta para la demostración de las relaciones sexuales. La prueba directa es casi imposible de aportar al juzgador, porque requiere el momento mismo del acceso carnal. No admite actos anteriores o posteriores a su realización. La prueba indirecta sirve para demostrar la verdad de un hecho conocido, por medio de otros con los que tiene íntima relación. No se admite, en ningún caso, la prueba presuncional para demostrar la infidelidad de uno de los cónyuges y decretar la disolución del vínculo conyugal. El legislador no admite la disolución de un matrimonio basado en una presunción, porque el matrimonio es de orden público y la sociedad está interesada en su mantenimiento. En consecuencia, el adulterio invocado, causa de divorcio, debe estar plenamente probado y la acción ejercida en forma oportuna.

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

Perdón del Cónyuge inocente.- El perdón expreso o tácito extingue la acción de divorcio por adulterio, la reconci-

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

DIVORCIO. EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- El delito de adulterio requiere para su integración, circunstancias especiales- no necesarias para considerarlo causa de divorcio. Si en el proceso penal se absuelve al reo, no implica no tener -- por comprobada la causa de divorcio, -- fundada en el adulterio aun cuando los hechos que conoció el juez civil sean - los mismos conocidos por el juez penal.

La absolución en el proceso no acredita por sí sola la inexistencia del hecho - imputado, dicha absolución puede deberse a causas diferentes. Es menester co- nocer los términos de la sentencia dic- tada por el proceso penal para poder de- terminar la razón por la que se decretó la absolución.

Amparo Directo 5262/58. Enrique López - Escobar. Junio 11 de 1959. Unanimidad -

de 4 votos. Ponente: Lic. José Castro Estrada. 3a. Sala. Informe 1959, pág. 54.

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

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

Mientras que en la figura de adulterio penal, el bien jurídico tutelado desaparece; con la sanción no se obliga a reparar el daño cometido, pues éste por su propia naturaleza es irreparable. La sanción penal priva de la libertad y de derechos civiles al declarado culpable, pero no garantiza para nada la situación jurídica de la familia, ni del matrimonio.

3.2 Efectos del Adulterio como Delito

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

Al tener conocimiento de la conducta desleal de su con-

sorte, el ofendido tiene dos posibilidades: a).- Querrellarse - contra la conducta infiel, incrementando por tanto la magnitud del daño y B).- No iniciar el procedimiento y seguir soportando la conducta ilícita de su consorte, las que de cualquier manera conducirán a la desintegración familiar.

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

Cuando ambos adúlteros son casados con terceros, se integra el llamado adulterio doble, siendo dos familias las afectadas. Cuando el delito se comete en el domicilio conyugal, el procedimiento penal se sigue por este delito, siendo el ofendido el cónyuge del domicilio donde tuvo lugar dicho ilícito.

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

La publicidad que implica la conducta adúltera del cónyuge culpable; la dificultad de establecer con claridad el bien jurídico tutelado por la sanción penal; la ofensa recibida por

el cónyuge inocente y la familia debido a los comentarios y murmuraciones; los desajustes emocionales provocados por los mismos comentarios, debido a la publicidad hacen considerar que son más graves que el hecho mismo del adulterio; pasándose por encima el daño que pueda causarse a la sociedad, hacen concluir que el adulterio debe desaparecer del catálogo de los delitos porque el derecho penal toma en cuenta intereses sociales y no situaciones que importen intereses de carácter puramente particular.

3.3 Efectos del Adulterio como Causal de Divorcio

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

3.3.1. Respecto de los cónyuges.

El primer efecto es el de recobrar la capacidad para celebrar nuevo matrimonio, como lo establece el artículo 266 del Código Civil: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro". Así mismo el artículo 289 de la codificación antes invocada señala: "En virtud del divorcio los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio". Asimismo aparece la primera limitación; el cónyuge culpable no podrá volverse a casar sino después de dos años, contados desde que se decretó el divorcio. Una limi

tación lógica, es la que queda establecida por artículo 158: - "La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o divorcio puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación". Tal limitación se relaciona con la filiación. La presunción de la paternidad es un hecho, la maternidad es siempre conocida, la paternidad se presume. El artículo 334 establece las presunciones de la paternidad, para los casos de que la mujer quede viuda, divorciada o su matrimonio haya sido declarado nulo.

El adulterio, debidamente probado en juicio establece un impedimento para la celebración de nuevo matrimonio civil, entre quienes hayan sido declarados culpables del adulterio, causantes del divorcio.

Por lo que respecta a los alimentos, el artículo 288 establece: "En los casos de divorcio, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, condenará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Este derecho disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito".

La deuda alimenticia entre consortes, forma parte del deber asumido por el marido y la mujer de contribuir al sostenimiento de la familia. Según las posibilidades de cada uno de ellos, la

ayuda mutua representa uno de los fines primordiales del matrimonio que se manifiesta en una distribución justa entre los cónyuges, de las cargas del hogar. Se exime del cumplimiento de este deber, al cónyuge que se inculpa, no se encuentra en situación económica de cumplir por su imposibilidad para trabajar y por carecer de bienes propios. Se manifiesta la ayuda mutua por que el otro cónyuge soporta íntegramente la carga de suministrar alimentos a su consorte, el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos de ambos.

3.3.2. Respecto de los hijos

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

El artículo 283, establece: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la

custodia y cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas -- del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a éllo, en su caso, o designar tutor".

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

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

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

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

3.3.3.- Respecto de los Bienes.

Cuando por divorcio se disuelve el vínculo matrimonial, -- los efectos jurídicos respecto de los bienes son los siguientes:

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

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

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

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

"Las donaciones antenupticiales, son revocables y se entienden revocadas por el adulterio o el abandono injustifica

do del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando - el donante fuere el otro cónyuge". Artículo 228 del mismo-- Código. Opera de esta manera, la renovación de las donaciones antenupciales, por ministerio de ley.

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

C A P I T U L O I V**ADULTERIO PENAL Y OTROS TIPOS DE ADULTERIO**

C A P I T U L O I V .

ADULTERIO PENAL Y OTROS TIPOS DE DELITOS.

4.1. Bigamia

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

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

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

Es delito formal, ya que se integra por la celebración de matrimonio posterior, sin que el anterior haya quedado disuelto, ya sea por divorcio, nulidad o muerte. Para su comisión se requiere la intención, no admite culpa, por parte del casado. Cuando el segundo consorte desconoce el estado civil de casado, del bigamo, opera la excluyente de responsabilidad. En este caso el sujeto pasivo del delito lo es el cónyuge, titular de los intereses jurídicos de índole familiar proceden-

te del matrimonio civil lesionado. Cuando el cónyuge del segundo matrimonio ignora el vínculo matrimonial anterior, también se le considera sujeto pasivo.

"La bigamia es delito de lesión, doloso e instantáneo, se consuma por el hecho mismo de contraer distinto matrimonio, -- firmando el acta respectiva que lo registra fehacientemente. -- No importa si el matrimonio queda roto o no se consuma por el acceso carnal. El dolo consiste en que el agente tenga conciencia y voluntad de contraer matrimonio legal sabiendo que su matrimonio anterior no ha sido disuelto"(Carrancá y Trujillo, nota 906).

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

El artículo 156 del Código Civil señala: " Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:... fracción X. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquélla con --- quien se pretenda contraer es un impedimento no dispensable.

El impedimento, dirigido a la protección del orden monogámico de la familia y del matrimonio mismo contraído ante la -- ley entre un hombre y una mujer. Es de los considerados dirimientes. Produce la nulidad absoluta del subsiguiente matrimonio. La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 248 del Código Civil, debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las personas citadas, la deducirá el Ministerio Público. No

contiene el precepto un término de prescripción para demandar la nulidad. En consecuencia, la acción se concede a todo interesado e imperativamente determina la ley que será deducida por el Ministerio Público si las personas que enumera el mencionado artículo no la hacen valer. Al no señalarse un término de prescripción para intentar la nulidad, se caracteriza en la ley como imprescriptible. Por último, es evidente que no cabe en el caso de convalidación, por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas, ya que en ningún caso podría aceptarse la validez -- del segundo vínculo a pesar de que el conocimiento del primero se ratificara, y por el contrario se incurriría en nuevo acto ilícito.

Cuando por la naturaleza misma del matrimonio se consuma -- por acceso carnal, se establece causa de divorcio por adulterio, -- e incluso, cuando por establecimiento del domicilio, del matrimonio nulo, éste se ubica cerca del entendido como domicilio conyugal, puede quedar integrado el tipo de adulterio penal, al respecto existe la siguiente tesis jurisprudencial:

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

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

Las relaciones sexuales entre los cónyuges del segundo matrimonio estando subsistente un vínculo conyugal con persona -- distinta, son calificadas de concubinato, al concederles el derecho mexicano ciertos efectos, éstos únicamente pueden operar en favor de los hijos, toda vez que el vínculo matrimonial subsistente anula los posibles derechos derivados de esta figura -- conocida por nuestra ley. Para que el concubinato sea reconocido con toda eficacia, se requiere que los concubinos se encuentren libres de matrimonio o de otro concubinato.

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

4.2. Concubinato.

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 no reglamentaron -- el concubinato. Aparece tímidamente regulado en el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928, pero-

como es una figura que adquiere fuerza cada vez mayor, se ha visto la necesidad de ampliar cada vez más su esfera jurídica.

"El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio. La actitud asumida por el derecho en relación con el concubinato, ha consistido en regularlo jurídicamente para conocer una unión de grado inferior. Ya en el derecho romano encontramos en un principio esta tendencia. En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil vigente tiende a dar efectos al concubinato entre las partes y no solo para beneficiar a los hijos. Independientemente de las disposiciones que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación, se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión legítima del concubinato si vivió con ésta como si fuere su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y el no haya tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permite a la concubina, cumpliendo las condiciones antes citadas, exigir una pensión alimenticia dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario" (Rojina Villegas).

La exposición de motivos de nuestro Código Civil señala: -- "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia: El concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían. El legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales. En el proyecto se reconoce a esta figura, la producción de algunos-

efectos jurídicos, ya bien de los hijos, ya en favor de la concubina que al mismo tiempo es madre y ha vivido por mucho tiempo con el jefe familiar. Estos efectos se producen cuando ninguno de los concubinos es casado. Se quiso rendir homenaje al matrimonio, única forma legal y moral de constituir la familia. Y si se trata del concubinato es por encontrarse muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".

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

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

"Junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato. Entendiendo por tal, la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines del matrimonio"(De Pina, -1980;33).

El estado permanente de vida en común entre el hombre y la mujer, y encontrarse libres de matrimonio civil, son los elementos que integran el concubinato; las uniones transitorias no son consideradas por el derecho, la duración debe ser de por lo menos cinco años, o si hay hijos en cualquier tiempo, para considera

rarse concubinato. La cohabitación debe ser permanente. El concubinato es una situación de hecho susceptible de ser probada por cualquier medio.

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

Amparo Directo 825/68. Francisco -- García K. Julio 20 de 1969. 5 votos Ponente: Lic. Enrique Martínez Ulloa. Semanario Judicial de la Federación Séptima Época. Volumen VI, pág. 39.

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

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

C A P I T U L O V

CONSIDERACIONES PSICOSEXOLOGICAS SOBRE EL ACTO DE ADULTERIO

C A P I T U L O V.

CONSIDERACIONES PSICOSEXOLOGICAS SOBRE EL ACTO DE ADULTERIO.-

La infidelidad conyugal, problema que requiere de una amplísima discusión y comprensión, ya analizado desde la óptica jurídica, sociológica o psicológica, revela la existencia de tendencias instintivas sexuales, tanto en la mujer como en el hombre, difíciles de controlar y mucho más de reprimir.

Sin importar épocas, la infidelidad conyugal se ha manifestado, con ininterrumpida constancia, a pesar de ser perseguida, considerada delito y curiosamente, reprobada por la so ciedad.

"La verdad es que en virtud de haber nacido con el instin to de ser entera y totalmente libres y no con el de ser fie-- lesa un solo compañero de relaciones carnales "... todos so-- mos potencialmente susceptibles de dar rienda suelta en un momento dado, a nuestros impulsos e inclinaciones poligámicas", (F.S. Caprio. Infidelidad Conyugal.1963;pag.1)pero verdad es también que la fidelidad ha sido impuesta en y por la socie dad contemporánea como un deber matrimonial, por lo que debe-- concluirse que ajuélla (la fidelidad) es, en una muy grande - extensión, cuestión de autodisciplina.

El adulterio aun se considera, lamentablemente sobre la base exclusiva de su aspecto moral, entendida ésta como la -- ciencia o doctrina de las acciones humanas en orden a su bon-

dad o malicia, pero se olvida (o se quiere olvidar) tratarlo como un problema de desviación de la conducta. La Psiquiatría moderna enseña que la infidelidad, en no pocos casos, es un "síntoma-expresión" de una neurosis básica yacente o, mejor dicho, subyacente, oculta, y que para comprender esa neurosis en los términos o expresiones de su realidad, es indispensable que -- los prejuicios morales queden en suspenso.

Hay determinados impulsos y deseos en todos nosotros, sin excepción, -impulsos morbosos- que tienen que ser disciplinados necesariamente por nuestra fuerza de voluntad, por esa fuerza que Sigmund Freud llamó "Super Ego" y que otros denominan conciencia. A este respecto, creo que si conociéramos un sistema de represión de las inclinaciones honradas y las más elementales nociones de sexología, la tarea auto-disciplinaria sería facilitada enormemente; dado que las causas de infidelidad compulsiva (de que más adelante me ocupo) surgirían ante nosotros mismos como son: pretextos y nada más que éso.

5.1. CLASIFICACION DEL FENOMENO. El y la cónyuge infieles pueden ser clasificados en dos categorías principales: Los que actúan al borde de un terreno psicopático y que son enteramente indiferentes a toda consideración de índole moral, porque padecen de alguna lesión profunda y de perversión en su personalidad; y los que acuden a relaciones sexuales extra-conyugales porque tienen sobre sí un conflicto interno muy intenso que no son capaces de resolver porque desconocen o temen los medios

y recursos de que pueden servirse para lograr su solución.

5.2. INFIDELIDAD PSICOPATICA. "Los cónyuges que indefectiblemente se sienten inclinados hacia la infidelidad, son personas que ya con antelación al matrimonio estaban destinadas a la promiscuidad sexual. Eran infieles pre-maritales latentes que, en cuanto tuvieron contactos carnales, dejáronse llevar por el impulso incontenible, irrefrenable, de nuevas relaciones y sensaciones que generalmente nunca terminan".(F.S.Carprio.Op.cit.pág.125) Durante su infancia y especialmente en la adolescencia, vivieron la desdicha del "hogar neurótico" manifestando muy poco a ningún interés por las cosas constructivas de la existencia, para acabar por centrar sus apetencias en el aspecto exclusivamente erótico de la misma. Todos sus impulsos tienden hacia la mera satisfacción sexual.

El adulterio en este específico tipo no es sino "...una-- de las múltiples manifestaciones posibles de una personalidad destruída y discordante en su base por efecto de la actuación negativa de las fuerzas psíquicas mismas que lenta pero seguramente desunen y destruyen esa personalidad. No hay posibilidad de reacción ni de recuperación, porque al ser disociada la personalidad se pierden las fuerzas volitivas."(A.L.Rutledge.Psicoanálisis. Rev.37 Asoc.Inglesa de Asesores Conyugales. Londres,1953,pág.44).

Pues bien, si como queda escrito la voluntad se extingue, desaparece, los actos de adulterio ejecutados por los consortes de esta categoría se producen, necesariamente en ausencia

del elemento delictuoso culpabilidad que "...genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y preservarlo.." (Ignacio Villalobos.D.Penal Mexicano,1960;pág.272).

En efecto, si la culpabilidad implica la oposición del sujeto al Derecho, débese buscar ese elemento en la capacidad subjetiva de determinación y ejecución a fin de que"...pueda decirse que..el yo el hombre como tal o la persona, ha sido la causa no solo material, externa y aparente del acto delictuoso ..sino a la vez su causa humana, psicológica por haberlo querido o consentido directa o indirectamente, con inteligencia del acto y voluntariedad en la ejecución.(Ignacio Villalobos.Op.--cit.pág.272). De ahí la consideración dogmática de la culpabilidad como el nexo, la liga entre el acto y el sujeto. De ahí, que este elemento de la fórmula de Mezger definitoria del delito en general se califique motivo o razón de que el acto anti-jurídico sea subjetivamente reprochable.

La consecuencia obtenida, además de mostrar lo equívoco de considerar la infidelidad sexual como exclusivamente derivada de un caos moral, lleva a concluir que el adulterio psicopático constituye un impulso incontrolable hacia una línea de --conducta viciosa que requiere forzosamente un estudio psicológico analítico muy profundo, detenido y minucioso.

5.3. INFIDELIDAD COMPULSIVA. Quienes acuden a relaciones carnales extramatrimoniales porque tienen sobre sí un conflicto in--

terno muy intenso, son personas que, por desconocer o temer los medios y recursos de que pueden disponer para lograr su solución tratan de escapar del mismo por una vía simplista -- que en verdad nada resuelve.

5.4. CAUSAS DE LA MISMA.

Las causas que impulsan al o a la cónyuge de este tipo al adulterio, son tan diferentes como múltiples.

a).- La ejaculatio proecox o eyaculación prematura, sín toma casi indudable de una neurosis de ansiedad y una de las formas atenuadas de impotencia, influye de manera decisiva en la mente del hombre falto de instrucción sexual a grado tal que por temor a sentirse inadecuado en toda la extensión de ese fenómeno, se sumerge ciegamente en una serie no interrumpida de relaciones carnales extra-conyugales que por supuesto, dicho sea de paso, en nada lo benefician. Estas experiencias llevan a nuevos obstáculos y renovadas decepciones y frustraciones.

b).- La falta de cooperación de la consorte en determinadas técnicas copulativas, sea por inocencia, ignorancia, repugnancia o por cualquier otro motivo, puede conducir al esposo a la búsqueda de contactos sexuales exentos de inhibiciones con objeto de alcanzar lo "non plus ultra" del placer. Naturalmente, la infidelidad en este caso es una forma ingenua de tratar el problema, pero la prefiere incuestionablemente a la debida.

c).- La frigidez de la esposa (figura sexológica muchísimo más común de lo que generalmente se cree) es una causa similar a la citada en el inciso anterior. Por tanto, lo dicho en relación a ella puede aplicarse a ésta sin grandes variantes.

d).- La excesiva sujeción del hombre a sus deberes, de cualquier categoría y clase, lo impulsa, en no pocos casos, a buscar desesperada y decididamente la liberación de los mismos, pero principalmente la liberación del de fidelidad. "Convencido" de la monotonía que circunda su vida, trata de matizarla.- La cópula extra matrimonial "resolverá" el problema. Por supuesto nada logrará con este pueril recurso, porque sus intentos de huida, fruto de una prolongada frustración, no tienen cimientos firmes.

a').- La incapacidad del marido traducida en impotencia incipiente o ya desarrollada es para la cónyuge de la categoría que ahora me ocupa, una de las causas más comunes de adulterio. La insatisfacción sexual resultante de los deficientes o nulos contactos habidos con su esposo, desarrollan en ella síntomas psicossomáticos que la "obligan" a acudir a la infidelidad carnal para preservar su salud, su equilibrio. Está convencida de que el derecho al concubito venéreo allende el matrimonio le asiste plenamente.

Todas las causas arriba mencionadas, por separadas y según el caso, influyen determinadamente para justificar el actuar adúltero de quienes consideran verse obligados a adoptar esta conducta social y jurídicamente estigmatizada.

No obstante el tremendo peso social que cae sobre los hombros de los adúlteros, parece imposible que por decreto o repudio se puedan extirpar de la sociedad los deseos sexuales extramatrimoniales que niegan a la monogamia.

Sin embargo, existe un camino a seguir que puede evitar en ocasiones el adulterio, este es, el divorcio.

b').- La indiferencia sexual del consorte opera en forma semejante a la del fenómeno de impotencia. La sistemática apatía libidinosa del hombre, priva a la esposa de la satisfacción emocional y psíquica que implica el coito entre seres que se aman. Ella sentirá morir de hambre sexual y, quizás por inhibirse de tomar la iniciativa o de enseñar al compañero una técnica adecuada, acabará por arrojarse a la infidelidad carnal.

c').- La frigidez en una esposa puede ser causa también de adulterio, cuando hace aparecer ante sí ese fenómeno como una consecuencia del rutinario o pobre proceder sexual de su marido. No encontrando placer ni siquiera excitación en el coito, cree con firmeza que la deficiencia radica en él y no en ella. Deberá probarse pues que su deducción es cierta.

d').- El tratamiento grosero, rudo, ignorante o agresivo de un esposo para su consorte, constituye una premisa más de infidelidad carnal. Desalentada y desencantada en su matrimonio por los extremos tan repugnantes que toca el marido; acorralada que se siente en una vida carente de atractivos, llega al adulterio buscando un refugio. Anhela encontrar

atenciones, amabilidad, alegría y comprensión.

e').- Como motivo postrero de adulterio aparece la prolongada o peligrosa enfermedad de uno de los cónyuges que impide por sí misma el concúbito venéreo. Esta circunstancia, en no pocos casos, lanza al consorte sano a la infidelidad en una huida que se tiene por urgente y necesaria. La obligada abstinencia de la carne se adjetiva injusta e intolerable; por tanto, es necesario y urgente acabar con la misma.

Disciplinarse en las actuales condiciones de deficiente conocimiento sobre el sexo y los valores, es una labor harto difícil pero es necesario aceptar a la vez que lo arduo de esa empresa no disculpa la infidelidad matrimonial. Si la impotencia se apodera de un hombre, si la mujer no coopera en la ejecución placentera del coito, si la misma es frígida, si el cónyuge es sexualmente indiferente, o grosero y agresivo si en fin, alguno de los consortes padece de una enfermedad prolongada o incurable impeditiva del acercamiento carnal débese recurrir con franqueza a un tratamiento psicoterapéutico o a un juicio de divorcio antes que sumergirse en relaciones carnales extramaritales que, aun cuando sean totalmente placenteras, hacen nacer en el infiel un profundo complejo de culpa.

Por todo lo expuesto hasta aquí me veo obligado a preguntar: Si el adulterio se comete saltando las reglas de moral y de control que sobre sí se hayan fijado ésto es, con "inteligencia del acto y voluntariedad en la ejecución", ¿ es justo aplicar medidas coercitivas de carácter penal? Indudablemente no.-

Siguiendo a Ignacio Villalobos. (Op.cit.pág.509) la pena ha de ser justa "...porque no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos, a las familias (las cursivas son mias) y a la sociedad ofendidos por el delito.." Sentado lo anterior, cuestiono:¿ La privación de libertad para el o la consorte infieles implica realmente la satisfacción de las familias de ellos mismos? ¿ Implica siquiera la satisfacción del esposo que-rellante? No me parece. Por el contrario, considero que la aplicación de una pena corporal podría conducir a la total desunión entre el o la cónyuge culpable y sus hijos y a profundas amarguras tanto en éstos como en el cónyuge inocente mismo.

111

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

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

Luego de las consideraciones anteriormente señaladas y de los argumentos vertidos a lo largo del presente estudio, paso a continuación a hacer las siguientes reflexiones finales:

El adulterio femenino siempre fue considerado delito y sancionado en algunos casos con la muerte; el varón solo fue reo de muerte cuando cometía el hecho con mujer casada y teniendo conocimiento de su estado matrimonial; luego fueron atenuándose paulatinamente las sanciones, hasta quedar como pena privativa de libertad y pérdida de los derechos civiles, en materia penal, y como causal de divorcio en materia civil. En la legislación mexicana hubo avances muy lentos en cuanto al grado de sanción penal del adulterio femenino y masculino, hasta que el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer. En el Código Penal de 1931, quedó establecida la igualdad jurídica de la mujer y del hombre, considerándose a ambos, posibles sujetos activos de adulterio.

Por otra parte, en materia familiar se establece claramente el bien jurídico que se tutela, sin embargo, en materia penal no, pues no se considera el quebrantamiento al deber de exclusividad sexual o fidelidad conyugal, sino únicamente con dos modalidades: En el domicilio conyugal o con escándalo, y al aplicarse una sanción privativa de libertad y de derechos civiles, no influye para nada en la situación jurídica de la

familia, ni del matrimonio, por lo que, no quedan a salvo los derechos familiares y sí pueden quedar mayormente dañados.

Por lo tanto, consideramos que:

1.- El adulterio es reprobable en todos los casos, desde un punto de vista moral.

2.- Socialmente considerado, el adulterio debe desaparecer como delito:

A).- Por la situación social y real que guardan las relaciones estables de pareja en amplios sectores del pueblo mexicano, en el que destaca una gran cantidad de uniones libres .

B).- Porque en la gran mayoría de los casos, el cónyuge inocente se abstiene de querellarse, ya porque se reconcilió con su pareja, ya para evitar el verse envuelto en situaciones de tipo legal que en ocasiones le resultan humillantes.

C).- Porque por más severas que sean las penas, que no es el caso de nuestro país, no se repara el daño causado con la aplicación de pena privativa de libertad y sí por el contrario, se lesionan los intereses familiares de los hijos. Habida cuenta que la pena no tiene efecto preventivo, puesto que una vez perdido el afecto o el respeto hacia el cónyuge, el sujeto activo no se detiene a reflexionar en la posibilidad de que se le castigue por su conducta adulterina.

D).- Porque el escándalo que produce la socialización y publicidad morbosa de un proceso por adulterio, afecta mayormente

a los hijos y a las personas vinculadas familiar o afectivamente con los cónyuges, lo cual a la larga, ocasiona un daño más grave que el mismo hecho adulterino.

E).- Porque si el bien jurídico tutelado por la ley penal, es la fidelidad conyugal, no es lógico, ni mucho menos justo, -- que únicamente se sancione penalmente el adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, omitiéndose punirlo en los demás casos, en los que igualmente se viola la fidelidad conyugal.

F).- Porque el adulterio, penalmente considerado, es de difícil comprobación ya que el hecho en sí escapa casi siempre a la demostración material.

G).- Porque siendo el matrimonio un contrato civil que crea y transmite obligaciones para obtener el cumplimiento de las mismas, debe recurrirse a los medios legales que el Derecho Civil establece para los acreedores de los derechos correlativos. Debiéndose considerar el adulterio, a juicio del suscrito, únicamente como causal de divorcio, sancionando al cónyuge culpable con la disolución del vínculo matrimonial, el pago de las pensiones alimenticias y de los daños y perjuicios, así como con la pérdida de los gananciales y donaciones acumuladas durante el matrimonio, con la finalidad de garantizar los derechos familiares y evitar que se vean lesionados por las circunstancias que anteriormente hemos señalado.

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

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

L E G I S L A C I O N .

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

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

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

Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

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

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

Código Penal para el Distrito Federal, México, 1931.

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

J U R I S P R U D E N C I A .

Semanario Judicial de la Federación.

D O C T R I N A .

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

Caprio, Frank S. Infidelidad Conyugal. Editorial Constancia, - México, 1965.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. 2a. ed., México, Antigua Librería Robredo, México, 1982.

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

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de De--

Catalina, Severo. La Mujer, 3a. ed., Madrid, Espasa, Calpe, 1968.

Conte, Ricardo. Derecho Civil Mexicano, De las Personas, - Tomo I, México, Editorial La Vasconia, 1919.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, 9a. - ed., México, Editorial Nacional, 1953.

De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, Porrúa, 1980.

De P. Moreno, Antonio. Cuerso de Derecho Penal Mexicano. - Parte Especial, Tomo I. México, Porrúa, 1968.

Escriche, Joaquín de. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia., París, Librería Legarmier, 1896.

González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, 4a. ed., México, Porrúa 1979.

González de la Vega, Francisco Derecho Penal Mexicano: Los Delitos. 10a. ed., México, Porrúa. 1970.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo V. - México, Porrúa, 1980.

León Mazeaud, Henri y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen IV, Tr. de Luis Alcalá Zamora - y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América, 1959.

León Portilla, Miguel et al. Historia Documental de México-Tomo, I México, UNAM, 1964.

Porte Petit C., Celestino. Problemas Penales de México: Necesidad de la Reforma Penal Mexicana Mexico, Jus. 1952.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I 19a. ed. México, Porrúa, 1983.

Varios Autores. La Biblia Latinoamericana, 6a. ed., Madrid - Ediciones Paulinas, 1972.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1960.