

320809

A
2e



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO
PLANTEL TLALPAN

Escuela de Derecho
Con Estudios Incorporados a la Universidad
Nacional Autónoma de México

**ANALISIS JURIDICO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
EN EL TIPO PENAL DEL ADULTERIO
(DEL ARTICULO 273 DEL C. P. D. F.)**

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
MIGUEL ANGEL BARRANCO RIVERA

Asesor: Lic. Héctor Hernández Aguilar

México, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

A MIS PADRES:

**LIC. MIGUEL BARRANCO TELLEZ
SRA. ESTHELA RIVERA FERNANDEZ**

No existe nada, absolutamente nada en el mundo que pueda retribuir todos los cuidados y atenciones que esmeraron en mi crecimiento; y gracias a ellos soy: lo que he sido, lo que soy... y lo que seré mañana.

A LA MEMORIA DE MIS ABUELOS:

**BEATRIZ TELLEZ
MIGUEL RIVERA Y
ROMULO BARRANCO**

Como un firme recuerdo y testimonio de su existencia por esta vida.

A MIS HERMANAS:

**ELIZABETH, CAROLINA Y
SILVIA CALIFORNIA.**

A MI TIA:

LIC. ELOINA RIVERA FERNANDEZ

Quien ha sabido escucharme y comprender
mis inquietudes como hijo, como hombre y
como profesionista.

A MI FAMILIA:

A todos y cada una de las personas que la integran; sabedoras del cariño y respeto que profeso hacia ellas.

A LA SRA. MAGISTRADA:

MARGARITA MARIA GUERRA Y TEJADA

Quien depositó en mí, la confianza que la juventud anhela; quien me brindó la oportunidad de colaborar a su lado en la impartición de justicia, y quien sembró en mí, la vocación del estudio, honestidad y nobleza en el desempeño de mi profesión.

A LOS SEÑORES LICENCIADOS:

**ALEJANDRO JIMENEZ VILLARREAL
HECTOR HERNANDEZ AGUILAR
TOMAS DE JESUS CORTES
SAMPERIO**

Quienes con su apoyo incondicional y valiosa colaboración, hicieron posible la culminación de uno de mis más caros anhelos.

**A MIS AMIGOS, COMPAÑEROS Y
MAESTROS:**

Con quienes he compartido los momentos más felices de mi vida en toda y cada una de las etapas de mi formación profesional.

**" Cuando un hombre sabe lo que quiere y
hacia donde va, el mundo entero se
aparta para darle paso "**

T. Jefferson.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

CONCEPTO Y GENERALIDADES.

1.1. NOCION DE GARANTIAS INDIVIDUALES.....	2
1.2. IDEA SOBRE LA SEGURIDAD JURIDICA.....	7
1.3. CONCEPTO DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	9
1.3.1. Interpretación analógica y por mayoría de razón.....	11
1.4. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	13
1.5. GARANTIAS QUE CONTIENE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD...	20
1.6. CONCEPTO DE ADULTERIO.....	21

CAPITULO II

ASPECTOS HISTORICOS.

2.1. EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ADULTERIO EN ALGUNAS CULTURAS.....	27
2.1.1. Pueblos Primitivos.....	27
2.1.2. China y Lejano Oriente.....	27
2.1.3. Budismo.....	28
2.1.4. Islam.....	28
2.1.5. Babilonia.....	29
2.1.6. Egipto.....	29
2.1.7. Grecia.....	29
2.1.8. Judaísmo.....	30
2.1.9. Roma.....	30

2.1.10	España.....	31
2.2.	EL ADULTERIO EN EL DERECHO CANONICO.....	33
2.3.	EL ADULTERIO EN MEXICO.....	36
2.3.1.	Epoca Prehispánica.....	36
2.3.2.	Epoca Colonial.....	38
2.3.3.	Epoca Independiente.....	38
2.4.	LEGISLACION MEXICANA.....	39
2.4.1.	Código Penal de 1871.....	39
2.4.2.	Código Penal de 1929.....	40
2.4.3.	Código Penal de 1931.....	41

CAPITULO III

ASPECTOS ESPECIFICOS DEL TIPO DELICTIVO DEL ADULTERIO.

3.1.	PRESUPUESTO FACTICO.....	44
3.2.	REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.....	45
3.3.	CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA.....	46
3.4.	CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO.....	47
3.5.	TIPO Y TIPICIDAD.....	47
3.5.1.	Tipo.....	47
3.5.2.	Tipicidad.....	48
3.6.	CARACTERISTICAS DEL TIPO DE ADULTERIO.....	49
3.7.	ELEMENTOS DEL TIPO.....	49
3.7.1.	Elementos Objetivos.....	50
3.7.2.	Elementos Normativos.....	53
3.7.3.	Elementos Subjetivos.....	54
3.8.	MEDIOS DE EJECUCION.....	55
3.9.	ANTI JURICIDAD.....	56
3.10.	CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	57
3.11.	PERDON DEL OFENDIDO.....	61

3.12. TENTATIVA.....	62
3.13. IMPUTABILIDAD.....	63
3.14. CULPABILIDAD.....	64
3.15. FORMAS DE CULPABILIDAD.....	67
3.15.1. Dolo.....	67
3.15.2. Culpa.....	70
3.16. CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO.....	72

CAPITULO IV

INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO PENAL DEL ADULTERIO.

4.1. LA NEGACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS TIPOS ABIERTOS.....	74
4.2. LOS TIPOS ABIERTOS.....	76
4.2.1. Concepto.....	76
4.3. CONCRECION DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS TIPOS ABIERTOS.....	76
4.4. AUSENCIA DE DEFINICION EN EL DELITO DE ADULTERIO.....	78
4.5. ATIPICIDAD DEL DELITO DE ADULTERIO.....	81
4.6. INCORRECTA UBICACION DEL DELITO DE ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	86
4.6.1. Delitos Sexuales.....	86
4.6.2. Diferencia entre Cópula, Coito y Relación Sexual.....	89
4.6.3. Bien Jurídico Tutelado en los Delitos Sexuales.....	90
4.7. NUESTRO PUNTO DE VISTA.....	94

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

INTRODUCCION

La convivencia social, como necesidad natural del hombre, requiere para su pleno desarrollo la creación de un sistema normativo que delimite el ejercicio de su actuar y no se transgredan los derechos fundamentales de los mismos en la realización de las metas propias; es por ello que, para salvaguardar los intereses de los individuos y garantizar la paz social, surge la ficción jurídica del Estado, quien será el encargado de llevar a cabo tal encomienda.

Partiendo de lo anterior se dice que, la finalidad del Derecho Penal es la necesidad de protección de la sociedad, mediante la aplicación de penas o medidas de seguridad que marquen el límite de la libertad ciudadana; es por ello que, el Estado para poder sancionar una determinada conducta, primero debe recoger el evento antisocial, elevarlo a la categoría de bien jurídico y plasmarlo en la ley para luego cotejar el mundo fáctico del hecho y así al encuadrar éste perfectamente en la descripción típica poder sancionarlo.

De esta manera, surge como crisol de toda la pirámide jurídico-penal el Principio de Legalidad, es decir, el NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE; mismo que obliga a que todos los actos de quienes ejercen el poder público han de estar regidos por una legalidad y consecuentemente, la competencia para el ejercicio del *ius puniendi*, debe estar otorgada y delimitada previamente, señalándose específicamente las formalidades que se deben cumplir para dicho ejercicio. En otras palabras, ningún hecho puede ser calificado o considerado como delito, sin que una ley anterior lo haya contemplado como tal.

En contravención al Principio de Legalidad en materia penal, existen los llamados Tipos Abiertos, que adolecen de descripción típica y que en la mayoría de los casos corresponde al juzgador su complementación; con lo que no sólo decide, sino integra y legisla la figura típica.

En nuestro país, un caso tipo abierto lo representa la figura del Adulterio, prevista en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, en donde el tipo carece de descripción y por ende, resulta violatorio de la estructura de legalidad del marco jurídico penal mexicano.

De esta forma, el presente trabajo analiza en el Capítulo I el Principio de Legalidad NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE, haciendo referencia a los conceptos que fungen como directrices en nuestra doctrina jurídica, como lo son: garantía, seguridad jurídica, soberanía, etc., asimismo, se hablará de antecedentes históricos y demás garantías implícitas en el mismo, concluyendo en señalar las diversas conceptualizaciones que se expresan acerca del adulterio, en las distintas Entidades Federativas de nuestra República.

Por otra parte, en los Capítulos II y III establecen todo lo relacionado con el estudio del adulterio; exponiendo en el primero de los citados, la evolución histórica de su contemplación en algunas culturas, así como dentro de nuestra legislación penal; en tanto que en el Capítulo III señalaremos algunos aspectos jurídicos en torno a la figura delictiva del adulterio que actualmente sustenta nuestra legislación penal vigente.

Finalmente el Capítulo IV expone la fundamentación de nuestra postura, acerca de la inconstitucionalidad del delito de adulterio, comprendiéndose al mismo como un tipo abierto que vulnera inequívocamente el Principio de Legalidad (NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE), acogido por nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el párrafo tercero de su artículo 14, al carecer de una definición legal en cuanto a la conducta prohibitiva; por otro lado, se hablará acerca del bien jurídico tutelado que hace la ley acerca de los delitos sexuales, entre ellos, el del adulterio, para deducir de ahí su incorrecta clasificación que hace nuestro Código Penal, al considerarlo como un delito que atenta contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

Nosotros creemos, que la importancia que este tema representa para el universo penal de hoy en día, es tal, que sabemos que lo aquí planteado solamente es un esbozo

de lo que podría abordarse al respecto; sin embargo, nuestras inquietudes son tantas, que esperamos contribuir con estas breves reflexiones en torno al esquema de legalidad del marco jurídico penal mexicano.

CAPITULO I
CONCEPTO Y GENERALIDADES

1.1 NOCION DE GARANTIAS INDIVIDUALES:

El hombre, es un ser esencialmente sociable que no se puede concebir fuera de la convivencia con sus semejantes, de tal forma que podemos afirmar que, la vida en común y la convivencia humana, son sinónimos de relaciones sociales entre los miembros de una determinada sociedad.

"Ahora bien, para que sea posible el desarrollo de esa vida en común, es menester que la actividad de cada quien esté limitada en tal forma que su ejercicio no ocasione el caos y el desorden, cuya presencia destruye la convivencia. Esas limitaciones a la conducta particular de cada miembro de la comunidad, se traducen en la aparición de exigencias y obligaciones mutuas o recíprocas, cuya imposición no sólo es natural, sino necesaria, de ahí que el Derecho responde como el medio imprescindible de satisfacer esa necesidad de regulación".¹

El Derecho como conjunto de normas jurídicas, forzosamente, debe estar garantizado en cuanto a su imperatividad, por un poder superior a la voluntad de cada individuo. Ese poder del que hablamos radica en la comunidad misma, en el propio grupo social, pero es ejercido por entidades creadas posteriormente, como lo es el Estado.

No podemos dejar de mencionar una de las características fundamentales que tiene ese poder social, cuyo titular como lo hemos mencionado es el Estado; dicha característica es la de ser soberano. Entendiéndose por soberanía, según Jellinek,, como "aquella potestad suprema que no reconoce ningún otro poder superior a sí; es el poder supremo e independiente".²

De la anterior definición podemos ver dos características principales: en primer

¹ BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Porrúa. 1991. p. 155.

² JELLINEK. Teoría General del Estado. Facultad de Derecho de México. 1990. p. 637.

lugar, la consistente en la imposibilidad de que exista un poder superior a la soberanía dentro del Estado y en segundo, la de que exteriormente no depende de ninguna otra potestad.

Sin embargo, esta soberanía afirma el Maestro Burgoa, no es ilimitada, sino que está sujeta a restricciones, mismas que no provienen de una imposición, de un poder ajeno y extraño a ella, sino que obedecen a su propia naturaleza".³

Lo anterior significa que, si bien es cierto, que el pueblo es el depositario real del poder soberano y en ejercicio de éste ejerce su actividad suprema, lo realiza dentro de ciertos límites que él mismo crea y que se obliga a no transgredir, esto es, que se autolimita; asimismo, selecciona la manera de constituirse y el sistema de su funcionamiento, es decir, se autodetermina. Implicando ambos atributos la autoflimitación y autodeterminación, la negación misma de la arbitrariedad.

Cabe hacer mención, respecto a lo anterior, que nuestra Constitución consigna una serie de Garantías de las que gozarán todos los individuos que se encuentren en el territorio que conforman los Estados Unidos Mexicanos como establece el artículo 1º, pero dichas garantías Constitucionales sí se podrán suspender o restringirse sólo en determinados casos que señala el artículo 29 Constitucional, que serán: invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro acontecimiento que ponga en peligro y conflicto a la sociedad.

Esta suspensión de garantías, tiene por objeto facilitar las labores tendientes a restablecer la paz pública y solamente el Presidente de la República, de acuerdo con los secretarios de Estado que forman su gabinete y con aprobación del Congreso de la Unión, podrán suspenderlas, sea en todo el país o en lugar específico y por tiempo limitado.

³ BURGOA, Ignacio. Ob.Cit., p. 157.

Así las cosas, reiteramos que las facultades de autodeterminación y autolimitación, se encuentran implicadas en nuestro orden constitucional mexicano, esto es, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que al respecto de la autodeterminación el artículo 40 del citado ordenamiento legal establece lo siguiente: "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República Representativa, Democrática y Federal compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo que concierne a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta Ley".

Lo anterior nos señala cual ha sido la voluntad del pueblo de la manera de constituirse y el sistema de su funcionamiento, para satisfacer esa necesidad de regulación que requiere la convivencia social, sin que dicha elección se nos hubiese impuesto por un poder ajeno o externo.

Por otro lado, la facultad de autolimitación se encuentra prevista en el artículo primero Constitucional, que contiene el otorgamiento de garantías individuales que el pueblo hace a los habitantes del Estado Mexicano por medio de la Constitución y las cuales están clasificadas generalmente, en garantías concernientes a la libertad, a la igualdad, a la propiedad y a la seguridad, las que propiamente equivalen a la de legalidad.

Hemos hecho mención ya de la palabra garantías individuales, que con mejor denominación deben llamarse garantías del gobernado, toda vez que, tal acepción refiere a todo individuo o personas (físicas o morales) que se encuentren bajo la tutela o directrices de nuestro sistema jurídico mexicano, comprendiéndose asimismo, a los extranjeros que ingresen a territorio nacional, en tanto que el término garantía individual nos hace pensar que solamente las personas físicas (individual) son benefactoras de los derechos concedidos, haciéndose una exclusión a los que decidan agruparse en sociedad, así como a extranjeros; significado que en ningún momento fue el sentido de nuestros Legisladores, pero que gramaticalmente se presta a confusión, principalmente,

para aquellas personas no doctas en la materia, toda vez que, dichas garantías denotan, esencialmente, el principio de seguridad jurídica inherente a todo régimen democrático. Dicho principio de seguridad jurídica es el que implica la obligación ineludible de todas las autoridades del Estado de someter sus actos al Derecho, ya que de lo contrario, al no regularse estos actos, estimularía una forma de gobierno tendiente a la dictadura o la tiranía.

Siguiendo con esta idea, diremos que no es posible concebir en estos tiempos actuales, un sistema jurídico sin que exista la seguridad que entrañan las garantías en favor de todo gobernado, por lo que su institución es el elemento indispensable para implantar y mantener el orden jurídico de cualquier país.

Así las cosas, no omitimos en señalar que, el concepto de garantía ha tenido una diversidad de acepciones por la doctrina; pero la palabra garantía proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy amplia".⁴

Lo anterior nos proporciona el significado gramatical de lo que debe entenderse por garantía, pero no por ello deja de ser un material de referencia.

Al respecto Isidro Montiel y Duarte asevera lo siguiente: "... todo medio consignado en la Constitución para asegurar el goce de un derecho se le llama garantía".⁵

Con la anterior definición, el Maestro Montiel nos señala que, no solamente son garantías jurídicas el principio de legalidad, el de división de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, sino que, aquel concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del Derecho.

⁴ BURGOA, Ignacio. Ob. Cit., p. 161.

⁵ MONTIEL Y DUARTE, Isidro. Estudio Sobre Garantías Individuales. Edición de la Facultad de Derecho. 1976. p. 26.

Idea semejante emite Kelsen, quien identifica a las garantías de la Constitución como: "los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido".⁶

Consideramos que la anterior definición del famoso jurista, no se dirige hacia la definición específica de garantía que nos interesa, ya que no habla de las garantías del gobernado, sino de los medios o sistemas para asegurar la prevalencia de las normas jurídicas superiores sobre las de menor categoría.

Por otro lado, el Maestro Alfonso Noriega C., identifica a las garantías individuales con los llamados derechos del hombre, sosteniendo que estas garantías son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social que permita el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y su vocación social.⁷

En torno a lo que establece el citado autor, discrepamos con lo manifestado, ya que a nuestro juicio las garantías individuales no se consignan únicamente para el hombre o persona física, ni sólo protegen sus derechos, sino que se extienden a todo ente jurídico, distinto del ser humano en cuanto tal y la definición que proclama el Maestro Noriega deja fuera del concepto a aquellas garantías individuales que la Constitución implanta a las personas morales de diferente índole, que en substancia no son hombres, aunque estén formadas por ellos.

Una vez que hemos establecido algunos conceptos en torno a la acepción de lo que se entiende por garantía individual, pudimos apreciar las discrepancias que se

⁶ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, Cuarta Reimpresión. Editorial U.N.A.M. México. 1988.

⁷ NORIEGA, Alfonso. La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. U.N.A.M. 1967. p. 111

suscitan en cuanto a su definición; pero como nuestra finalidad no es hacer un análisis exhaustivo de las mismas, sino dar una idea general de su naturaleza que nos permita una mejor comprensión de nuestro tema, omitiremos profundizar más sobre ello y aceptaremos como definición la que nos proporciona el Maestro Burgoa, ya que consideramos es la más acertada, toda vez que en una forma concreta engloba su significado sin entrar en enfoques innecesarios; a saber, indica que, las garantías individuales son aquellos derechos imprescindibles de los que goza el gobernado frente al ejercicio del poder del Estado; en otras palabras, se traduce en una restricción oponible a la actividad del Estado por el ordenamiento jurídico.

1.2 IDEA SOBRE LA SEGURIDAD JURIDICA:

En las relaciones que se suscitan entre gobernante como representante del Estado y gobernados, se suceden múltiples actos que son imputables a los primeros y tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos, ya que el Estado al desplegar su actividad de imperio en una conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta el ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto; por lo que dentro de un Sistema en el que impera el Derecho, esa afectación debe obedecer a determinados principios previos, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del Derecho.

En otras palabras, se habla de seguridad jurídica en el momento en que el Estado para poder ejercer su actividad coercitiva, necesariamente lo debe de realizar cumpliendo con todos los requisitos previos que la ley le establezca, ya que de lo contrario los actos emanados de dicho ejercicio carecerían de validez jurídica; es por ello que dichos requisitos representan una seguridad a los gobernados en el goce de sus derechos.

A mayor abundamiento y para que establezcamos una definición doctrinal respecto a lo que se entiende por garantía de seguridad jurídica, citaremos al eminente jurista

mexicano Ignacio Burgoa, quien en la especie, manifiesta lo siguiente: "...el conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica".⁸

Con lo anterior se dispone que, si a una persona se le pretende privar de su libertad, supongamos que como consecuencia de la comisión de un hecho presumiblemente delictivo, se le debe de oír en defensa, esto es, recabar su dicho acerca de los acontecimientos que se le imputan; cumpliendo con ello, los requisitos o condiciones exigidos por el procedimiento, ya que de lo contrario el acto de autoridad traducido en privar de la libertad sería contrario a Derecho y representaría una transgresión a las garantías de los ciudadanos. Es el cumplimiento de aquellos requisitos o condiciones que debe de acatar la autoridad, lo que nos proporciona una seguridad jurídica para no ser sujetos completamente vulnerables al ejercicio del poder estatal.

El artículo 14 de nuestra Constitución reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, a tal punto que, a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobernado encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho. Asimismo, en la historia de nuestro Derecho Constitucional, el artículo 14 ha implicado la materia de muy interesantes polémicas entabladas por los juristas más destacados.

El artículo 14 Constitucional es un precepto complejo, es decir, en él se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son: la de irretroactividad legal (párrafo primero), la de audiencia (párrafo segundo), la de legalidad en materia judicial civil y judicial administrativa (párrafo cuarto) y la de legalidad en materia judicial penal (párrafo tercero), siendo esta última materia de nuestro presente estudio.

⁸ BURGOA Orihuela, Ignacio. Op. Cit., p. 569.

1.3 CONCEPTO DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

El principio de legalidad comprende, como lo hemos señalado, una garantía de seguridad jurídica, la cual está concebida en los siguientes términos:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

Dicha garantía tiene como campo de vigencia la materia procesal penal e implica el tradicional principio NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE. Este postulado establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas. A virtud de él, por consiguiente, un hecho cualquiera que no esté reputado por la ley en su sentido material como delito, no será delictuoso, o sea, susceptible de engendrar una penalidad para el que lo comete.

Podemos observar que en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, dicho principio de legalidad en la estimación delictiva de un hecho humano, no se contiene expresa y directamente. Sin embargo, por inferencia jurídica a través de la interpretación del concepto legal de "delito", podemos considerarlo involucrado en la mencionada disposición constitucional.

En efecto, de acuerdo con el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal, que tiene el carácter de ordenamiento federal para los delitos de este orden, delito es: "todo acto u omisión que sancionan las leyes penales". Por ende, para que un hecho constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquella, el acto o la omisión no tiene carácter delictivo.

Siguiendo con el artículo 14 Constitucional, éste en su tercer párrafo nos remite a

través del término "delito", al concepto legal de hecho delictivo contenido en el artículo 7° del Código Penal, así como a los ordenamientos penales de índole local, según el caso. En consecuencia, para que un hecho determinado sea considerado como delito y como motivo de una aplicación de una pena a la luz de dicho precepto de la Constitución, es necesario que exista una ley para que le atribuya una penalidad correspondiente. Se violará, entonces, el mencionado artículo de la ley Suprema en su tercer párrafo, cuando se pretenda aplicar una sanción penal a un hecho que no esté legalmente considerado como delito en los términos del artículo 7° del ordenamiento penal sustantivo o de los códigos penales de los Estados.

Por otra parte, queremos apuntar que el principio de legalidad en materia penal, no sólo ostenta el aspecto indicado en cuanto a la concepción delictiva de un hecho, sino que se refiere también a las penas. De conformidad con este postulado bajo este segundo carácter, está prohibida la aplicación de una sanción penal si no existe alguna disposición legal que expresamente la imponga por la comisión de un hecho determinado. En otras palabras, para todo delito la ley debe expresamente señalar la penalidad correspondiente, principio que se encuentra consagrado en el multicitado párrafo tercero del artículo 14 Constitucional. Por ende, también se infringirá este precepto, cuando se aplique a una persona una pena que no se atribuya por la ley directa y expresamente a un delito determinado.

Así las cosas, puede suceder que un hecho esté catalogado o tipificado por una disposición legal como delito; no obstante ello, si dicha disposición legal no consigna la pena que ha de imponerse a su autor, la autoridad correspondiente no puede aplicar ninguna sanción penal, ya que, mediante dicha aplicación, se infringirá el mencionado precepto Constitucional.

Este es el sentido en que debe tomarse el adverbio "exactamente", empleado en la disposición Constitucional que comentamos, es decir, como indicativo de la expresa correspondencia fijada por una disposición legal entre un hecho delictivo y una

determinada penalidad.

Al respecto Di Mauro manifiesta lo siguiente: "en cuanto a las penas, el principio de legalidad implica, no sólo que nadie podrá ser castigado sin haber cometido un delito previsto por la ley, sino también que no podrá ser castigado sino con aquellas penas establecidas por la ley, en calidad, cantidad y duración".⁹

A su vez, siguiendo el mismo criterio, el Maestro Jiménez de Asúa señala: "Para que la pena produzca su función de coaccionar psíquicamente, han de hallarse definidos el delito y la pena en la ley, ya que para producir una amenaza efecto intimidante, el amenazado tiene que saber por qué se le conmina y con qué se le coacciona".¹⁰

Las anteriores afirmaciones nos permiten deducir que, toda persona tiene el amplio derecho de hacer o realizar lo que no perjudique a otra, así como nadie estará obligado a realizar lo que no estuviere legalmente ordenado y consecuentemente, impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe.

1.3.1 Interpretación analógica y por mayoría de razón:

Hemos hecho mención ya, que para asegurar la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal, el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional prohíbe la imposición de penalidad por analogía y por mayoría de razón.

Ahora bien, ¿qué podemos entender por imposición analógica de una pena?. Lo anterior se traduce en la circunstancia de que ésta se hace extensiva a aquellos casos concretos que no están en la ley previstos, pero que presentan con las hipótesis expresamente reguladas cierta similitud. Esta no debe de ser absoluta, puesto que si así fuese, la ley que normara los actos, hechos, relaciones o situaciones respectivas, no se aplicaría analógicamente, sino de manera exacta.

⁹ DI MAURO, G.B. Nulum Crimen, Nulla Poena Sine Lege. En Revista Penal, Vol. III. Fascs. 4-5. Nápoles 1925.

¹⁰ JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Sexta Edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1973. p. 97.

La semejanza que debe de haber entre un caso expresamente regulado por una norma jurídica y otro u otros que no estén previstos en ésta, es de índole relativa; esto es, que la similitud entre dos casos reales debe existir en cuanto a ciertas y determinadas modalidades comunes a ambos; causa, efecto, formalidad, capacidad de los sujetos, etc. Por ende, la aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos sobre casos reales que no están previstos en ella, pero que guardan con las hipótesis expresamente reguladas no una semejanza absoluta, sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes.

Así las cosas, podemos decir que la imposición analógica o por analogía de una pena implica la aplicación, también por analogía, de una ley que contenga una determinada sanción penal a un hecho que no está expresamente castigado por ésta y que ofrece semejanza substancial, pero discrepancia en cuanto a los accidentes naturales con el delito legalmente penado; pero dicha imposición y aplicación analógica constituye una oposición flagrante al principio de NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE, involucrado en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional.

En efecto, según tal postulado, no se debe aplicar ninguna pena que no esté expresamente decretada por una ley para un determinado delito. Pues bien, la aplicación por analogía de una sanción penal supone la ausencia de una disposición legal exactamente aplicable al hecho de que se trate, por lo que habría que recurrir a una norma que, imponiendo cierta penalidad a un delito que presente semejanza bajo cualquier aspecto esencial con el mencionado hecho, pudiera hacerse extensiva a éste. Entonces, la pena que se pretendiese imponer al hecho no penado en la ley, no tendría una existencia legal previa, por lo que se violaría el aludido principio.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación por mayoría de razón, diremos lo siguiente: si un determinado hecho abstracto considerado legalmente como delito está penado con una cierta sanción, obedeciendo su tipificación y su penalidad a factores sociales, económicos, de peligrosidad, etc., y si la realización de otro hecho diverso se

presenta o se traduce con mayor gravedad, intensidad o trascendencia de tales factores, a éste segundo hecho se le podría señalar, por una parte, la estimación delictiva prevista en la norma, y por la otra, la penalidad correspondiente, lo cual equivaldría a lo que se entiende por una aplicación normativa por mayoría de razón.

Consecuentemente, al prohibir el citado artículo 14 Constitucional en su tercer párrafo la imposición de penas por mayoría de razón, impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisocialidad, etc. que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto, asegurándose mediante tal prohibición la efectividad del principio NULLA CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE.

1.4 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

El principio de legalidad, como postulado fundamental del Derecho Penal moderno, constituye una de las garantías que derivan del Estado liberal burgués, surgido tras el arrumbamiento del absolutismo. Algunos autores nos señalan que dicho principio de legalidad es hijo de la ilustración, en donde se encuentra su fundamento político, que se materializa con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa. Por eso, inicialmente, es garantía del ciudadano frente al Estado. En este sentido, originalmente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición a la carga de arbitrariedades y abusos penales.

El principio de legalidad para satisfacer la reivindicación que pretendía lograr, había de actuar en diversos frentes; por ello se habla de las diversas garantías contenidas en el mismo. Estas pueden señalarse en dos grandes grupos: garantías legales que comprenden a las leyes penales (que deben ser claras, precisas, escritas, estrictas e irretroactivas) y garantías formales o procesales, referidas tanto a la determinación de los órganos en quien residía la potestad de dictar leyes como a la precisión de los órganos encargados de aplicarlas. Finalmente, el principio de legalidad

habría de gobernar la ejecución de las penas.

Es evidente que, el principio de legalidad no se mantuvo a lo largo del tiempo con el mismo sentido que tenía cuando fue primitivamente formulado. Ante todo, es preciso subrayar que las exigencias que entonces quiso satisfacer, no son las mismas que en la actualidad, así dicho principio propugnaba el Estado de Derecho que, retrospectivamente, se presenta como Estado liberal de Derecho. Ello significa en lo que afecta al problema penal, que la concepción inicial del principio de legalidad no estaba destinada exactamente a resolver el problema penal en los planteamientos actuales.

Por otro lado, diremos que el principio de legalidad no se introduce con la misma rapidez en los sistemas penales positivos, entre otras cosas, porque entraña la idea de codificación del derecho, que tiene lugar ante todo en la Francia Napoleónica. Por eso no debemos confundir la formulación teórica del principio con su incorporación efectiva al Derecho Positivo, que queda vinculada a las circunstancias políticas de cada país.

Así las cosas, la expresión NULLA CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, puede decirse que de tantas veces oída, la frase misma ha pasado a formar parte de nuestra propia manera de ser y de pensar; dicha expresión, a pesar de su enunciación latina, no es de origen romano como pudiera creerse, sino de acuñación bastante más reciente y corresponde a la consagración de los ideales del hombre para lograr cierta seguridad ante el poder del Estado.

En Inglaterra aparece el principio de legalidad en la Magna Charta, otorgada por el Rey Juan sin Tierra el 19 de junio de 1215, en su artículo 39. De Inglaterra, por medio de los emigrantes de ese país, pasa el principio de legalidad a Norteamérica, donde fue consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre de Filadelfia en el año de 1774.

Por primera vez en la Europa continental, encontramos el principio de legalidad en "La Josephina Austriaca" de 1787, que luego es adoptado por la Revolución Francesa, diciéndose en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto del año 1789, que "La Ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada"; siendo ya acogido por las Constituciones y Códigos Penales franceses, así como también por el Código Penal bávaro de 1813 debido a FEUERBACH, que ejerció una influencia en los países germanos, igualable a la del francés de 1810 en otros países.

Después se encuentran estas garantías en todos los códigos penales clásicos y en la actualidad, con la excepción de Dinamarca y países que siguen su sistema, es acogido en las leyes de todos los Estado en los que prevalece el principio de la justicia sobre el de la fuerza y han codificado el Derecho Penal.

Por otro lado, en la doctrina nace la idea de la legalidad de los delitos y de las penas, como reacción al excesivo arbitrio otorgado a los jueces y a los indudables abusos por éstos cometidos al usar el indicado arbitrio que fue necesario concederles, como consecuencia de encontrarse aún en vigor leyes que, por todos los conceptos, eran inadecuadas para satisfacer las necesidades de la época en que regían.

Pero eso, en la teoría de la prevención general donde verdaderamente encuentra su origen y fundamento, y, así, primero Alonso De Castro y posteriormente Anselmo Von Feuerbach, partiendo de esta teoría fundada en la coacción psicológica, sientan un principio de legalidad que encuentra su formulación actual en el segundo de los autores citados, según el cual: "Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible.

Cabe hacer mención que con la Escuela positiva que introduce en el campo del Derecho Penal las doctrinas antropológicas, sociológicas y biológicas, sufre el principio de legalidad el primer ataque, ya que, si lo que ha de ser tenido en cuenta es la peligrosidad del delincuente, como dice Bettiol, se produce un alejamiento de la regla "NULLUM CRIMEN SINE LEGE", porque tanto el legislador como el juez no pueden mantenerse vinculados por los esquemas de acción, sino que deben considerar la personalidad del sujeto, que es de más difícil tipificación. ¹¹

En el mismo sentido se muestra Mario Carrara, cuando afirma que, la analogía que presupone el repudio de la idea de legalidad, conduce a la investigación de la personalidad del acusado, a su estudio antropológico y a la intervención de la biología en el campo jurídico, a lo que corresponde una considerable resistencia de la ciencia jurídica de la represión penal. ¹²

Otro criterio sostienen Garófalo y Florette, quienes se oponen a las garantías penales por considerar que son una garantía del delincuente, por entender, el segundo de los citados, que no se puede hablar de los derechos individuales con relación al delincuente, sino solamente refiriéndose al hombre honrado y más radicalmente, el primero de los autores al afirmar que el individuo no puede hacer valer sus derechos cuando su conservación pondría en peligro la del organismo social. ¹³

Por el contrario, Gripligni sostiene que el principio de legalidad no sólo es admisible en la doctrina de la Escuela Positiva, sino que en ésta adquiere una importancia verdaderamente grande y excepcional. Así, es de advertir que la defectuosidad psíquica, causa del delito, no consiste en tener impulsos criminales -que todo hombre normal y en condiciones normales puede tener-, sino que consiste en tenerlos con tal intensidad que no pueden ser contenidos por los poderes de resistencia,

¹¹ BURGOA Orihuela, Ignacio. Ob. Cit. p.613.

¹² CARRARA, S., Mario. La Antropología Criminal en la Analogía del Derecho Penal. Novena Edición. Editorial Archivo de Antropología Criminal. Nápoles, 1934.

¹³ GAROFALO. El Poder Social y la Escuela Criminal Positiva. En Revista Penal. Vol. I, Fasc. 2. Nápoles, 1933.

ni siquiera por la amenaza de la pena. En consecuencia, es evidente la necesidad de la existencia de la amenaza penal en el momento de la resolución criminal, porque sin ella la psiquis no se revela como defectuosa, es decir, no existe culpabilidad en sentido psicológico. ¹⁴

El principio de legalidad sufre un segundo ataque con la aparición del llamado Derecho Penal autoritario, y así, primero en Rusia y después en Alemania, con la admisión de la analogía se destierra la regla "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE".

En Rusia, según Giocchbarg, el Derecho es un opio aún más venenoso y perturbador que la religión. Anosow, considera la analogía como parte integral del Código Penal soviético y en el proyecto Krylenko de 1930 al desaparecer la parte esencial, deja de ser necesaria la analogía. ¹⁵

En Alemania, dice Henkel que en el Estado nacional socialista lo que importa es que ningún delito quede sin pena, debiendo ser expiado conforme al sano sentimiento popular y, por tanto, no es necesario el principio NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE. ¹⁶

Fue con el triunfo de las potencias aliadas en la Segunda Guerra Mundial, cuando se produce un afianzamiento del principio de legalidad y, así, en Alemania, mientras en el campo legislativo se vuelve al establecimiento de las garantías penales, en la doctrina se produce una viva reacción favorable a las mismas, que ardorosamente son defendidas por la inmensa mayoría de los autores germanos. Pero este afianzamiento se ve ensombrecido por las disposiciones referentes a los llamados criminales de guerra (principalmente, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nurember del 8 de

¹⁴ GRIPIGNI, Bases para un Nuevo Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo I. Fasc. II. Madrid, 1947.

¹⁵ BURGOA Orihuela, Ignacio, Ob. Cit. p.493.

¹⁶ HENKEL, Hans, Teoría del Estado, octava Edición. Editorial Textos Universitarios, México, 1969, p. 111.

agosto de 1945), en las que al establecerse disposiciones "ex post facto" se viola flagrantemente el dogma jurídico penal de la legalidad de los delitos y de las penas.

Por otro lado, la cuestión referente a la naturaleza jurídica o política del principio de legalidad de los delitos y las penas, ha sido muy discutida, dada su extraordinaria importancia; pues si admitimos la segunda de las posiciones indicadas, su vigencia dependerá del sistema político imperante. Pero si aceptamos la primera, reconociendo que su existencia obedece a la satisfacción de una necesidad de tipo jurídico y tiene un fundamento de esta naturaleza, entonces adquirirá la permanencia que se carácter requiere. Examinaremos estas posiciones:

a) POLITICA.- La creencia de que el origen del principio de legalidad se encuentra en la Revolución Francesa, el haber sido rechazado por los derechos autoritarios de Rusia y Alemania, juntamente con el suponer una garantía del individuo frente al Estado, ha conducido a muchos autores como Antolisei y Martín Vélez, a afirmar que el principio de legalidad tiene un carácter eminentemente político.

Pero si analizamos detenidamente la cuestión, primeramente veremos que el principio de legalidad no nació con la Revolución Francesa, pues, como dejamos dicho al examinar su evolución legislativa y doctrina, ya había anteriormente sido acogido por el Derecho positivo y defendido con argumentos estrictamente jurídicos, y, en segundo lugar, si bien es cierto que el principio de legalidad fue rechazado en Alemania y Rusia, es de tener en cuenta que un país democrático como Dinamarca tampoco lo admite, mientras que Italia lo mantuvo durante el régimen fascista.

b) JURIDICA: La naturaleza eminentemente jurídica del principio de legalidad, ha sido brillantemente defendida, entre otros, por los siguientes autores:

Feuerbach, cuya doctrina ya hemos expuesto, fundamenta el "ius puniendi" en la coacción psicológica que el Estado ejerce sobre el individuo. Esta coacción se ejercita

en dos etapas: en la primera, se dirige a todos los individuos como posibles delincuentes, advirtiéndoles cuales son los hechos prohibidos y sancionados; en la segunda, hace aplicación de la pena a los que hayan desobedecido la anterior advertencia, y, por tanto, incurrido en la pena señalada. Esta aplicación de la pena encuentra su fundamento en la anterior advertencia estatal indicando lo prohibido y lo permitido.

Al respecto Carnelutti estima necesario "determinar claramente al ciudadano los actos que debe abstenerse de ejecutar... porque sin esta determinación, la amenaza de la pena puede ser excesiva o vana; el ciudadano puede tener miedo de hacer aquello que no está prohibido o viceversa".¹⁷

Para Goldsmidt, el legislador por medio de la pena expresa el valor que atribuye a la aprobación de la acción que prohíbe. "La cuantía de la pena conminada valoriza el bien jurídico protegido por el señalamiento de la pena. Por eso el valor del bien jurídico lesionado o puesto en estado de peligro, dolosa o culposamente, es un factor decisivo para la gravedad de la culpabilidad".¹⁸

Mezger manifiesta que el principio de legalidad de los delitos y de las penas, "es el fundamento legal único que soporta nuestra conciencia jurídica".¹⁹

De cuanto hemos dejado expuesto se deduce, lógicamente, la naturaleza eminentemente jurídica del principio 'NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE', lo que permite que pueda o haya podido estar en vigor en países de concepciones políticas totalmente opuestas.

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Estado, Sexta Edición, Editorial E.J.E.A. Buenos Aires, 1971, p. 116.

¹⁸ GOLDSMIDT, Metodología Jurídico Penal, Editorial Reus, S.A. Madrid, 1935, p. 14.

¹⁹ MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Traducido y Anotado por Rodríguez Muñoz, Editorial Reus, S.A. Madrid, 1935, p.137.

1.5 GARANTIAS QUE CONTIENE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

Son éstas derivaciones del axioma básico, según el cual la actividad punitiva debe de tener apoyo pleno, claro y completo en la ley, en todas las dimensiones de esa actividad. De ahí nacen:

a) La garantía criminal: según la cual, para que un hecho sea delictivo es necesario que una ley previa lo haya precisamente descrito como tal. De ello deriva la prohibición de extender el carácter de delito a comportamientos "análogos" o "parecidos", pero que no estén taxativamente formulados como típicos. En un segundo plano de consecuencias, esa ley anterior lo ha de ser en sentido formal, es decir, escrita y debidamente promulgada. Otro efecto de la garantía criminal es, lógicamente, la prohibición de la retroactividad de leyes penales perjudiciales para el reo, pues entonces el fundamento de su castigo no se encontraría en una ley previa; ya que como se ha puesto de relieve, la aplicación (retroactiva) de la ley penal a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, implica la imposición de castigos en base a postulados morales o políticos que no se habfan traducido a ley positiva en el momento de comisión del hecho y en consecuencia, estaríamos materialmente ante supuestos de intervención penal sin legitimación y cobertura legal.

b) La garantía penal: que implica la prohibición de imponer penas que no hayan sido previstas con anterioridad para aquella clase de delito y eso tanto, en lo que concierne a la naturaleza o clase de pena, como en lo referente a su duración.

c) La garantía de ejecución: que exige que el cumplimiento de la pena se verifique en el modo exactamente previsto por la ley.

d) La garantía jurisdiccional: que es tal vez la que más se ha reivindicado en la reciente historia y significa que las sentencias condenatorias (y obviamente las absolutorias) no pueden ser dictadas más que por Tribunales competentes previamente

establecidos y tras cumplir los requisitos y garantías del proceso.

1.6 CONCEPTO DE ADULTERIO:

Comenzaremos por decir que la palabra Adulterio proviene de: "ad alter thorum", que significa yacer ilícitamente en lecho ajeno o como menciona algún tratadista, es la relación sexual establecida entre personas de distinto sexo cuando alguna de ellas, al menos, se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio.²⁰

Para el Maestro González de la Vega, el adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial, en otras palabras y en su significado general, el adulterio es, la relación coito-carnal normal o anormal completo o incompleto de persona casada con persona que no lo sea, pero de diferente sexo".²¹

Como más adelante apuntaremos, en el Código Penal Mexicano de 1871, se estimaba como delito todo adulterio de la mujer casada, en cambio ésta sólo podía quejarse en tres casos:

1. Cuando se cometiera en el domicilio conyugal;
2. Cuando se cometiera con concubina; y
3. Cuando se cometiera con escándalo.

En otro sentido diremos que en nuestro Código Penal vigente, no se encuentra aún definido el delito de adulterio, sino que únicamente se limita la infracción a los casos específicos a que se refiere el artículo 273, esto es:

²⁰ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, S.A. México 1990. p.662.

²¹ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. México, 1990. p. 431.

1. En el domicilio conyugal;
2. Con escándalo.

Asimismo, en la República Mexicana al igual que en el resto del mundo, existen dos corrientes en el sentido de atribuirle consecuencias penales al adulterio o no, y parece ser que en México al igual que en varios países, la tendencia es por despenalizar el mismo, apoyándose en teorías que más adelante serán comentadas.

La mayoría de los Códigos Penales de nuestro país sancionan la comisión del adulterio, considerándosele a éste como una infidelidad de índole sexual; es importante destacar el término de "Índole sexual", ya que gramaticalmente infidelidad significa: "Falta de fidelidad, deslealtad", esto es, que infidelidad es la negación de la fidelidad y ésta se entiende como: "calidad de fiel.- observancia de la fe que alguien le debe a otro".

Por consiguiente, infidelidad debe considerarse como el incumplimiento de lo prometido a otra persona; ahora bien, atendiendo a esta significación gramatical, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por los cónyuges se puede entender como una infidelidad, por ello es importante que se destaque que el delito de adulterio se comete en relación a una falta de fidelidad de índole sexual, debido a que la gran mayoría de las culturas históricas que lo contemplan, lo relacionan como actos sexuales y no como actos de falta de ayuda mutua, cohabitación, etc.

Como ya se hizo mención, existen Estados en nuestra República Mexicana para los cuales esta clase de conducta carece de tipificación y entre ellos podemos mencionar a Tlaxcala, Michoacán, Puebla, Veracruz y Yucatán.

En sentido opuesto, existen otros Estados en los cuales sí existe una penalización al respecto; sin embargo, únicamente se limitan a sancionarlo sin proponer para ello una correcta definición del mismo, acarreado con ello una violación

de garantía al no efectuar una definición exacta del delito y por consiguiente una ausencia del tipo.

Como ejemplo de esta incorrecta penalización del adulterio, que acarrea una violación al principio de legalidad, mencionamos el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, que establece lo siguiente:

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

Al igual que el Código Penal para el Distrito Federal, los Estados de Colima, Coahuila, Chiapas, Guerrero, Hidalgo, Sinaloa, San Luis Potosí y Morelos, consideran al adulterio como un delito, pero no proporcionan definición alguna del mismo.

Sin embargo, existen entidades federativas que tipifican correctamente al delito y definen lo que para ellos significa, cumpliendo así, con el principio universal NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, aunque no siempre se encuentra correctamente ubicado dicho delito. Como ejemplo de estos tipos podemos mencionar los siguientes:

El Código Penal del Estado de Aguascalientes, en su Título Décimo Tercero, relativo a los delitos contra la familia, capítulo segundo, en el artículo 249, tipifica al adulterio en los siguientes términos:

“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 y siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo”.

El Código Penal del Estado de Chihuahua, en su Título Quinto denominado

Infracciones Antisociales contra la salud, en su artículo 257 tipifica al adulterio en los siguientes términos:

"Se aplicará reclusión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella tenga cópula, sabiendo que es casada, siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo".

El Código Penal para el Estado de México, en su Título Segundo, relativo a los delitos contra la colectividad, Subtítulo Quinto, Delitos contra la Familia, en su Capítulo Sexto, artículo 228 tipifica al adulterio en los siguientes términos:

"Se impondrá de tres días a tres años de prisión y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que en el domicilio conyugal o con escándalo, tenga cópula con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga sabiendo que es casada".

Al respecto, el Código Penal del Estado de Guanajuato, en su Título Cuarto, relativo a los delitos contra el honor, en el Capítulo Cuarto, artículo 262 tipifica al adulterio de la forma siguiente:

"Adulterio es la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge, si se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal.

A los culpables de adulterio se les impondrá hasta dos años de prisión y multa de cien a mil pesos".

A su vez el Código Penal para el Estado de Tabasco, en su Título Décimo Tercero relativo a los delitos sexuales, en el Capítulo Quinto, artículo 264 tipifica al adulterio como sigue:

"Se entiende por adulterio, el trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido o de hombre casado con mujer que no sea su esposa. Para considerar comprobado el adulterio, no se necesita que lo sea el acto carnal mismo, sino que otras circunstancias comprobadas lo haga suponer fundadamente".

Por otro lado el Código Penal para el Estado de Oaxaca, en Título Décimo Segundo relativo a los delitos sexuales, en el Capítulo Cuarto, artículo 256, tipifica al adulterio en los siguientes términos:

"A los que están casados civilmente y sostengan relaciones sexuales con otra persona distinta a su cónyuge, en el domicilio conyugal o con escándalo, se le sancionará con prisión de dos a seis años".

El Código Penal del Estado de Jalisco, en su Título Décimo Segundo relativo a los delitos contra el orden de la familia, en el Capítulo Sexto, artículo 182, tipifica al adulterio en la forma siguiente:

"Se impondrán de quince días a dos años de prisión al hombre o mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, bien sea en el domicilio conyugal o causando escándalo, sabiendo que una de ellas o las dos están casadas con otra u otras personas. Este delito se sancionará por querrela del ofendido, pero el perdón del último beneficiará a ambos responsables, siempre que se otorgue hasta antes de dictar sentencia".

CAPITULO II

ASPECTOS HISTORICOS

2.1 EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ADULTERIO EN ALGUNAS CULTURAS:

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

2.1.1 Pueblos Primitivos:

Así como ha resultado problemático determinar con exactitud cómo se constituyeron los matrimonios en las sociedades primitivas, ha resultado igualmente difícil el determinar cómo era regulado el adulterio en dichas comunidades; pero es muy posible que a partir del momento en que se dieron las uniones monogámicas en las que a la mujer se le consideraba como una posesión más de su marido, que al adulterio se le concibiera esencialmente, como un menoscabo en los derechos de propiedad; la mujer encontrada culpable y su cómplice eran castigados proporcionalmente con diversas penas, que iban desde la mutilación hasta la muerte.

Asimismo, es comprensible que a los maridos no les fuese impuesto castigo alguno por cometer adulterio con mujer soltera, toda vez que su esposa no era sino un simple objeto susceptible de apropiación como cualquier otro; existen antecedentes de que entre los Nuers del Sudán Meridional se practicaban ciertos ritos en beneficio del esposo, para prevenir las enfermedades que pudiera acarrearle el adulterio de su esposa.²²

2.1.2 China y Lejano Oriente:

La corriente confusiana es la que mayor influencia tiene en China y el Lejano Oriente, regulando muy severamente las normas que regían las relaciones entre los sexos; en estas culturas al adulterio se le consideraba como una causa de divorcio

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

entre muchas otras, como la exigencia de la castidad obligatoria en la mujer para contraer matrimonio.

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

2.1.3 Budismo:

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

2.1.4 Islam:

Los árabes tienen el término Zina para designar tanto al adulterio como a la fornicación; el Corán establece que las mujeres que cometen estos delitos, bajo el dicho de dos testigos, sean confinadas por el resto de sus vidas o hasta que Dios disponga lo que ha de ser de ellas. En 24,2 se señala la pena de cien bastonazos a los culpables de fornicación, la tradición habla mucho de los castigos que se han de imponer a los adúlteros y fornicarios, uno de ellos afirma que las solteras recibirán cien azotes y serán desterradas durante un año y las casadas después de los azotes, serán

lapidadas hasta la muerte. Para probar la existencia del adulterio o la fornicación, se requería del testimonio de personas honestas que hubiesen presenciado el hecho, o bien, la confesión misma de los culpables.

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

2.1.5 Babilonia:

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

2.1.6 Egipto:

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

2.1.7 Grecia:

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

una cantidad de dinero; sin embargo, el adulterio del varón no era castigado a menos de que dañara los derechos de otra familia. ²³

2.1.8 Judaísmo:

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

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

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

En el Derecho Sabínico, se abolió la práctica de la ordalía y únicamente se estableció que la mujer adúltera podía ser repudiada por su marido, perdiendo con ello todo derecho sobre la dote y se establecía que el ofensor quedaba maldito. ²⁴

2.1.9 Roma:

Los romanos hacían una clara distinción entre el "stuprum" (desorden sexual del marido con mujeres solteras) y "adulterium" (trato carnal de la esposa con cualquier otro hombre distinto de su marido o del marido con una mujer casada). Durante la época de la República si la esposa de un varón cometía adulterio, éste estaba autorizado para darle muerte. Es durante el Imperio cuando el derecho reconoció, en la Lex Julia, que el adulterio era un delito público y que correspondía a cualquier persona su acusación,

²³ WERNER, Jaeger. Los ideales de la Cultura Griega, F.C.E. México, 1978. p.315-316.

²⁴ GARCIA Cordero, Omar. Biblia Comentada, Texto Nacar Colunga, B.A.C. Vol. II. Madrid, 1962. p. 7.

imponiéndose como sanción a la mujer adúltera, la pérdida de la mitad de la dote y un tercio de sus propiedades; asimismo, su cómplice era despojado de la mitad de sus propiedades, además de prohibírsele a la adúltera contraer nuevo matrimonio. En esta ley, el padre de la mujer estaba autorizado a dar muerte a la adúltera y a su cómplice si los sorprendía en el acto, no siendo extensiva esta autorización al marido, incluso si se presentaban las mismas circunstancias mencionadas. Esta ley fue enmendada por Constantino, introduciendo la pena de muerte para los adúlteros, confirmando dicha sanción Justiniano y añadiendo el confinamiento de por vida de la mujer adúltera en un monasterio de monjas, a menos que fuese perdonada por su marido. ²⁵

2.1.10 España:

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

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

El Doctor González Blanco nos manifiesta que en estas leyes (visigodas), se regulaba sólo el adulterio cometido por la mujer casada y se concedía acción al marido para perseguirlo, facultándolo para dar muerte a los culpables cuando eran sorprendidos en la comisión del delito. ²⁶

Otras normas importantes fueron las llamadas del Fuero Real, que contenían una

²⁵ FLORES Margadan, Guillermo. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica. Esfinge, México. 1975. p. 98.

²⁶ GONZALEZ Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina en el Derecho Positivo Mexicano. Porrúa, S.A. México, 1974. p. 191-192.

regulación completa del delito de adulterio, en las que se sancionaba el adulterio cometido con mujer casada, sin descartar el del marido; la acción para perseguirlo se concedía al marido, siempre y cuando él no lo hubiere cometido a su vez. Cabe destacar la moralidad de esta ley, al conceder al marido el castigo del adulterio de la esposa, siempre y cuando él no lo hubiere cometido.

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

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

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

En las leyes del Toro se determinaba que si el marido ofendido daba muerte a los adúlteros por propia autoridad, al sorprenderlos in flagranti, perdía el derecho a la dote y a los bienes de aquél a quien matase, pero si lo hacía porque la justicia los ponía a su disposición, se le eximía de la pena. 27

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

27 *Idem*, p. 194.

En el Derecho Civil Floral de Cataluña, se observa que la mujer casada y probada de adulterio, pasaba al poder del marido con todas las cosas que tuviere; en tanto que en Aragón, la mujer por adulterio probado, perdía la dote y la cantidad de bienes que el marido le entregaba por garantía de la dote, sin que pudiera nunca reclamarla; y la viuda por vivir en amancebamiento público perdía todos sus derechos conexos al estado de viudez. En Navarra la esposa que cometía adulterio perdía las arras, las cuales pasaban a los hijos, así como sus demás bienes en caso de abandonar al marido y marcharse con otro hombre. 28

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

2.2 EL ADULTERIO EN EL DERECHO CANONICO:

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

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

1. La procreación y educación de la prole es el fin del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la consupicencia es un fin secundario.
2. La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, las cuales

28 OLIVER RODRIGUEZ, Francisco. *Enciclopedia Jurídica Española*. Seix Editor, Madrid, 1956. p. 279-280.

en el matrimonio cristiano obtienen una firmeza por razón del sacramento.²⁹

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

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

Al respecto San Pío V en su catecismo, nos dice que los unidos en matrimonio lo están de tal forma, que ambos se encuentran supeditados a sus potestades, ya que ninguno tiene jurisdicción y dominio de su cuerpo, sino que, recíprocamente están aprisionados entre sí como un cierto lazo de servidumbre, de tal forma que, el marido debe acomodarse a la voluntad de la mujer y ésta a la voluntad y disposición del marido; por lo que si alguno de ellos dividiera su cuerpo al dominio ajeno, debiéndole fidelidad a quien está vinculado, es sobre manera injusta y traicionera.³⁰

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

29 DE AQUINO, Santo Tomás. Suma Teológica, Vol. XV. B.A.C. Ed. Católica, Madrid, 1956. p. 279-280.

30 GARCIA Cordero, Omar. Ob. Cit., p. 12.

casado con mujer que no sea la suya".

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

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

Caso contrario sostiene Tertuliano, al manifestar que aún en la hora de la muerte debe ser negada la absolución a los adúlteros, calificando de abuso de poder sacerdotal a los obispos que perdonasen el pecado de adulterio.

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

Pero el Papa Calixto III atenuó tal rigor, perdonando los delitos de adulterio y fornicación a los que hubiesen cumplido con su penitencia.³¹

En cuanto al adulterio, la Enciclopedia Jurídica Española comenta que aquél es el más grave de las causas de divorcio, pero no se podía conseguir el divorcio por el adulterio de su cónyuge el que hubiese sido reo del mismo delito; asimismo, quedaba

³¹ CABRERO, Marcelino. Comentario al Código de Derecho Canónico, Vol. II, B.A.C. Madrid, 1963, p. 45.

sin efecto la sentencia de divorcio dictada en favor del cónyuge inocente, si éste, después de obtenida cometía adulterio.

2.3 EL ADULTERIO EN MEXICO:

2.3.1 Epoca Prehispánica:

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

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

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

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

Los aztecas y zapotecas, si contemplaban el castigo de dar muerte a la mujer adúltera y a su amante, dicha sanción podía ser ejecutada por el marido ofendido, quien podía elegir no matar al hombre que cometió adulterio con su mujer y en su defecto,

podía cortarle la boca, la nariz y las orejas. Cabe destacar que en la cultura azteca, específicamente, el derecho de matar únicamente le correspondía al rey, así pues, si una persona se tomase justicia por propia mano matando a los responsables de adulterio, incluso tratándose del cónyuge ofendido, éste a su vez era muerto.

Los tarascos también castigaban con la pena de muerte a los responsables de adulterio y si éste había sido cometido con alguna de las esposas del rey, no solamente era muerto el adúltero, sino también toda su familia y sus propiedades pasaban a ser propiedad del mismo rey.

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

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

Don Fernando de Alba señala que en las leyes de Netzahualcoyotl, se estipulaba que si la mujer adúltera y su cómplice eran aprehendidos en el acto de realizarlo por el marido, ambos morían lapidados; pero si éste no los sorprendiere en el momento, sino que por sospecha los acusare a los jueces y se averiguara su veracidad, entonces ambos morían ahorcados.

De todo lo anterior, podemos afirmar hasta cierto punto que, las culturas

precortesianas seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, entre ellos el adulterio, en el que se estipulaban penas muy crueles y desiguales.

2.3.2 Epoca Colonial:

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

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

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

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

2.3.3 Epoca Independiente:

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

Natural era que, una vez nacido el Estado nuevo como consecuencia de la Independencia, se interesara legislar en materia Constitucional y administrativa principalmente; reglamentándose entre otras cosas, la portación de armas, uso de bebidas alcohólicas, la vagancia y mendicidad, organización policial, etc.; y tocando este punto diremos que para prevenir la delincuencia en general, se legisló en 1822.

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

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

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

2.4 LEGISLACION MEXICANA:

2.4.1 Código Penal de 1871:

El Código Penal Mexicano de 1871 estimaba como delito todo adulterio de la mujer casada; en cambio, la esposa sólo podía acusar a su marido en tres casos: cuando su marido lo cometiese en el domicilio conyugal, cuando lo cometiese con concubina o cuando lo realizara con escándalo (artículos 816 y 821). Al respecto el

32 VILLA Rodríguez, Dolores. Historia y Teoría Jurídica del Adulterio, Revista Criminalia No. 12, México, 1964, p. 702-704.

Licenciado Martínez de Castro explicaba los motivos de esta reglamentación, argumentando que, respecto al adulterio nos habíamos desviado de la legislación vigente, al conceder a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que 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 en el caso del adulterio de la mujer, el hombre queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de ésta y en el caso del adulterio del marido la reputación de la mujer no se empaña por la falta de éste, así como también la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia y esto no sucede con el marido adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio.³³

2.4.2 Código Penal de 1929:

El Código Penal de 1929, con todo acierto, incluyó el delito de adulterio en el título de los "Delitos contra la Familia", el cual comprendía en este rubro los delitos contra el estado civil de las personas, abandono de hogar, adulterio, bigamia y otros matrimonios ilegales; y en el caso específico en su reglamentación, sin distinciones en cuanto al sexo de los casados culpables, declaró: "El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo" (artículo 891).³⁴

Ahora bien, comparando los datos históricos y las reglamentaciones contemporáneas del delito, podemos observar diversas tendencias respecto al mismo. Por una parte, las diferencias anteriormente existentes entre el adulterio de la mujer y el de su marido, sean en cuanto a la incriminación, sean en cuanto a la penalidad, van desapareciendo o atenuándose. Por otra parte, los castigos, antes severos, van disminuyendo; y por último, existía ya cierta tendencia para suprimir la sanción penal del adulterio, manteniendo y reforzando las sanciones civiles, tales como la del divorcio en contra del cónyuge que ha cometido el adulterio y la de daños y perjuicios contra él

³³ GONZALEZ DELA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Porrúa, S.A. México, 1990. p. 433.

³⁴ Idem. p. 434.

y su cómplice.

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

2.4.3 Código Penal de 1931:

Al elaborarse el proyecto del Código Penal de 1931, la mayoría de la comisión votó porque se suprimiera el adulterio del catálogo de los delitos, contra la opinión de Luis Garrido y José Angel Ceniceros, que reconociendo las acerbas y en ocasiones justificadas críticas que se han hecho para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron que se debía seguir incluyendo en los Códigos Penales, porque tal inclusión representaba, por lo menos, un valladar que se opone al desenfreno y al relajamiento de las costumbres, porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora. Al aprobarse, promulgarse y publicarse el Código, se conservó como delito al adulterio; sin embargo, debemos hacer notar que dicha conservación de los casos muy ultrajantes del adulterio, ha resultado inútil, pues la justicia penal prácticamente no ha dictado sentencias condenatorias.³⁵

Actualmente, nuestro Código Penal vigente, contempla el delito de adulterio en su artículo 273 de la siguiente forma: "se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo", y por otro lado, el artículo 275 establece que "sólo se castigará el adulterio consumado".³⁶

³⁵ Idem, p. 438.

³⁶ Código Penal para el Distrito Federal, en Penal Práctica. Ed. Andrade, S.A. México, 1993. p. 10.

De los anteriores artículos transcritos, podemos advertir de inmediato que el Código se abstiene de esclarecernos qué se entiende desde el punto de vista típico por "adulterio" y cuándo el delito queda "consumado". Sigue, al respecto, nuestro Código vigente, las bases típicas seguidas por los Códigos de Francia -antes de la desaparición del delito por la Ley de Reformas del Divorcio de 11 de julio de 1975-, Italia -cuyo artículo 559 de su Código Penal se limitaba a decir "la mujer adúltera será castigada... y que con la misma pena será castigado el correo de la adúltera", hasta que la Corte Constitucional por sentencia número 120 del 16 de diciembre de 1968 declara su ilegitimidad-, Suiza, "el cónyuge que haya cometido adulterio y su cómplice serán...castigados..." y Alemania, -antes de la desaparición del párrafo 172 del Código Penal de 1871 por la Primera Ley de Reforma del Código Penal de junio de 1969-, en los que también se omitía describir típicamente la conducta delictiva del delito de adulterio.³⁷

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

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

³⁷ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. *Ob. Cit.* p. 438.

CAPITULO III
ASPECTOS ESPECIFICOS DEL TIPO
DELICTIVO DEL ADULTERIO

3.1 PRESUPUESTO FACTICO:

El presupuesto del delito de adulterio está constituido por la existencia del vínculo matrimonial, cuando menos respecto de uno de los sujetos, ya que tal situación se deduce de los artículos 274 y 276 del Código Penal para el Distrito Federal al preceptuar el primero de ellos, lo siguiente:

"No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido..."

En tanto que el artículo 276 manifiesta:

"Cuando el ofendido perdone a su cónyuge cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia..."

De ahí que, al hablarnos de "cónyuge" dichos artículos, se desprende la necesidad de la existencia del vínculo matrimonial, cuando menos en uno de los sujetos del delito, toda vez que, dicha calidad de "cónyuge" sólo se adquiere o se otorga, a todas aquellas personas que se encuentren unidas en matrimonio; lo anterior se corrobora de la lectura de los artículos comprendidos en el Título Quinto capítulo segundo del Código Civil para el Distrito Federal relacionados con el matrimonio.

Por otro lado, cabe apuntar que de no existir el vínculo matrimonial como presupuesto fáctico, se llegaría a la conclusión de sancionar igualmente a las personas que se encontraran viviendo en concubinato y tuvieran relaciones sexuales con persona ajena de su concubina o concubino; situación que nuestra legislación penal mexicana no contempla, por lo que la acción tñpida del delito consiste en un acto de adulterio, lo que quiere decir en lo concerniente a su significado, que el acceso carnal debe ser realizado por o con persona casada, sea cual fuere su sexo y persona extraña al vínculo matrimonial legítmo. Excluyendo por lo tanto, al matrimonio canónico y al

concubinato aunque los concubinos se den trato de esposos.

Así las cosas, se concluye que, los ayuntamientos se deben realizar entre hombre casado y mujer libre; mujer casada y hombre libre o entre hombre y mujer casados, comprendiéndose asimismo, los ayuntamientos efectuados entre hombre casado y hombre soltero y mujer casada con mujer soltera, toda vez que, en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en ningún momento se limita a exigir la condición de determinado sexo para calificar como adulterio las relaciones extramaritales.

3.2 REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD:

El artículo 274 del Código Penal para el Distrito Federal establece lo siguiente:

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

Esto se entiende en el caso de que los dos adúlteros vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país, pero cuando no sea así, se procederá contra el responsable que se encuentre en esas condiciones.

Al respecto el Maestro González de la Vega menciona que, el único titular de la querrela en relación al delito de adulterio, es el cónyuge ofendido, toda vez que como se ha visto, al violarse la fidelidad conyugal y realizarse este delito con las premisas establecidas en la ley, esto es, la violación del domicilio conyugal o con escándalo, se afecta el interés de la familia y de los hijos, por las consecuencias que puede traer consigo la aparición de dicho ilícito; como pueden ser la introducción de hijos ajenos a la familia o el cumplimiento de las obligaciones que surgan como consecuencia de la celebración del matrimonio.

En el caso de que el adulterio sea doble y realizado con escándalo, son ofendidos los dos cónyuges inocentes, dado el carácter afrentoso de la infracción; en consecuencia, cada uno tiene la facultad de querellarse sin que el perdón o desistimiento de uno de los ofendidos evite al otro continuar con la persecución del procedimiento respectivo.

Así las cosas, en el delito de adulterio, la acción penal desaparece y se extingue la pena, en el momento que ha mediado o se ha comprobado el consentimiento del ofendido, o sea, otorgado el perdón respectivo.

3.3 CLASIFICACION EN ORDEN A LA CONDUCTA:

El adulterio es un delito de acción, esto es, se comete mediante una actividad positiva; no nos podemos ni siquiera imaginar que se pudiera ejecutar por un no hacer o por omisión, ya que como hicimos mención en el capítulo primero, el significado gramatical de adulterio (no especificado en el C.P.D.F.) es el de "vacer ilícitamente en lecho ajeno" es decir, tener relaciones sexuales fuera de matrimonio, implicando con ello una conducta positiva, traducida en la necesidad de ejecutar movimientos corpóreos por los sujetos para que dichas relaciones sexuales se lleven a cabo, resultando así el delito de adulterio, inminentemente activo.

Se habla de que el adulterio es un delito bilateral o plurisubjetivo, ya que para su realización se requiere la concurrencia de dos conductas; dos sujetos que serían calificados como sujetos activos, toda vez, que ambos deberán realizar actos positivos como resultado de su mutuo consentimiento para llevar a cabo la relación sexual, ya que de lo contrario, si existiera la ausencia del consentimiento para la ejecución de la conducta por parte de uno de los sujetos, estaríamos en presencia de un delito unisubjetivo y consecuentemente, de un delito diverso al adulterio. Por otro lado, la calidad del sujeto pasivo corresponde a la persona que sufre el daño o menoscabo a consecuencia de la conducta realizada, en este caso, sería el cónyuge o cónyuges

ofendidos los que tomarían tal calidad.

3.4 CLASIFICACION EN ORDEN AL RESULTADO:

a) Formal: Ya que para su configuración no exige la producción de un resultado; el tipo se limita a describir la conducta del actor y los medios por los cuales ha de lograrse, pero no hace alusión a ningún resultado, toda vez, que si al verificarse la realización de la conjunción carnal y si concurren las respectivas circunstancias objetivas de punibilidad, como lo son en este caso que dichas relaciones extramaritales se cometan en el "domicilio conyugal" o con "escándalo", se consuma el delito.

b) De lesión: Se dice que el delito de adulterio es de lesión, porque al consumarse su realización causa un daño efectivo en el interés jurídicamente tutelado.

c) Instantáneo: Se habla de instantáneo, porque tan pronto de que se han realizado sus elementos constitutivos del tipo (en el caso de la consumación carnal), se viola la norma; agotándose su consumación en el mismo momento en que se han realizado aquéllos.³⁸

3.5 TIPO Y TIPICIDAD:

3.5.1 Tipo:

El tipo se define como, la descripción de una conducta hecha por el Estado y las normas penales a la cual se le asignan determinadas consecuencias previstas en la ley. En ocasiones en el tipo se encuentran contenidos todos los elementos del delito, por lo que es correcto hablar de descripción delictiva, pero en otras, sólo se describe la conducta; en estos casos no podemos indicar con propiedad que es la descripción del delito, sino de una parte de la misma. Según nuestra legislación penal vigente,

³⁸ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal. Parte General. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992. p. 235.

establece que el tipo penal del delito de adulterio, se encuentra consagrado en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal en los siguientes términos:

"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".

3.5.2 Tipicidad:

La tipicidad debe entenderse como el encuadramiento de una conducta al tipo penal descrito en la ley con anterioridad; el encajamiento del comportamiento dentro de la descripción hecha por la ley. La tipicidad, lo mismo que el tipo, es un elemento esencial del delito, sin la cual no puede existir el delito.

Cabe señalar que no debemos confundir lo que representa el tipo con tipicidad, toda vez que el primero, como se ha mencionado, es la descripción de una conducta que hace el Estado en las normas penales y a la cual le atribuye ciertas consecuencias jurídicas, en tanto que la tipicidad, llega a ser el encuadramiento concreto dentro del tipo y si aquél no se acopla perfectamente dentro de ésta, no hay delito.³⁹

La conducta típica en el delito de adulterio, según sostienen algunos autores y que retoma nuestra legislación punitiva, se integra por la consumación carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando uno o ambos unidos por vínculo matrimonial con tercero; esa conducta deberá realizarse con los modos de comisión establecidos por el mismo artículo 273 del ordenamiento legal citado, a saber:

- a) De lugar: Esto es, su realización en el domicilio conyugal.
- b) De modo: O sea, la verificación del hecho fuera del domicilio conyugal, pero con escándalo; lo que se tratará más adelante.

³⁹ FORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos en la Parte General de Derecho Penal. Sexta Edición.

3.6 CARACTERISTICAS DEL TIPO DE ADULTERIO:

De acuerdo con el tipo, el delito de adulterio es:

- a) Normal: Ya que no contiene elementos normativos, ni subjetivos, toda vez que presenta únicamente referencias en cuanto a los medios de comisión del ilícito (domicilio conyugal o con escándalo).
- b) De formulación casuística: Porque en el tipo se engloban las formas posibles de realización del delito, esto es, de acuerdo con lo establecido por el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal.
- c) Es autónomo e independiente: Porque no depende de otro delito su nacimiento o gestación, sino que tiene vida por sí solo.
- d) Alternativamente formado: Ya que se prevén dos hipótesis comisivas del delito en la descripción del tipo, como ha quedado descrito anteriormente (consumado en el domicilio conyugal o con escándalo).

3.7 ELEMENTOS DEL TIPO:

Algunos autores han considerado que los elementos del tipo penal del delito de adulterio, establecidos en el artículo 273 del C. F. D. F. , se encuentran poco claros, así como la existencia de la laguna descriptiva del artículo 275 del mismo ordenamiento jurídico, sin embargo, en este punto se expondrán los elementos que pueden tipificar al delito de acuerdo a la aportación que establecen varios doctrinarios del Derecho Criminal.

Al respecto, la Licenciada Marcela Martínez Roaro nos proporciona una breve introducción de los elementos del tipo penal en el delito de adulterio, a saber los siguientes:

- a) Objeto Jurídico: Fidelidad conyugal.
- b) Objeto Material: Sujetos activos.
- c) Sujetos Activos: Propio y común y plurisubjetivo y pasivo personal con calidad personal y unisubjetivo.
- d) Elemento Normativo
Jurídico: Matrimonio Civil.
- e) Referencia espacial: Domicilio conyugal.
- f) Medio: Escándalo.

3.7.1. Elementos Objetivos.

La naturaleza del acto sexual que constituye el adulterio, dependerá del criterio que se adopte sobre el objeto jurídico protegido por el mismo. Si lo que se tutela es la honestidad, la fe conyugal o la integridad matrimonial, cual acto de tipo erótico será suficiente para configurar el delito; si la protección legal recae sobre la seguridad de la descendencia, se exigirá la cópula normal y la "seminatio intra vas".⁴⁰

El Maestro Carrancá y Trujillo manifiesta que el Objeto Jurídico del delito del adulterio, es la "fidelidad sexual prometida por virtud del matrimonio y la moral pública".⁴¹

Por otro lado, Mariano Jiménez Huerta asienta que: "La objetividad jurídica de este delito es, por tanto, el deber jurídico de fidelidad que para cada uno de los cónyuges surge del contrato matrimonial, siempre y cuando la lesión de dicho deber fuere realizado en el lugar y circunstancias y con la perfección ejecutiva señaladas anteriormente (en el domicilio conyugal o con escándalo y el adulterio consumado). Dijérase que el adulterio realizado en los demás casos, esto es, sin que en el hecho concurren las circunstancias anteriormente subrayadas, si bien lesiona el interés o bien jurídico de fidelidad que para el cónyuge surge del contrato matrimonial, la lesión de

⁴⁰ MARTÍNEZ ROARO, Marcos. *Delitos Sexuales*. 3a. Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1985. p. 267.

⁴¹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Ob. Cit.* p. 681.

dicho bien jurídico no ofende los ideales valorativos de la colectividad, pues el orden público establecido en las leyes no resulta ultrajado".⁴²

González de la Vega estima que: "El objeto de la tutela penal en este delito, radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adulterinos realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente (escándalo o violación del domicilio conyugal). Es pues, primordialmente, el adulterio delito de incontinencia sexual contra el orden familiar matrimonial".⁴³

Tomando en consideración que cuando en España aún se encontraba contemplado en su Código Penal, se establecía el adulterio cometido por la mujer y el amancebamiento cometido por el marido, Machado nos menciona que el Bien Jurídico protegido en cuanto al cometido por la mujer serían dos: "El derecho a la exclusividad sexual y la honra, ambos del marido. La fidelidad supone la existencia de un matrimonio, de un status jurídico, en sentido amplio; de éste nace el deber de la mujer y el derecho del marido a la exclusividad sexual; en cuanto al adulterio cometido por el marido atenta el status jurídico matrimonial de su mujer".⁴⁴

En relación al Objeto Material, que como anteriormente mencionamos, son: El sujeto activo y pasivo; diremos que se trata de una figura de bilateralidad no estricta, es decir, uno de los sujetos de la relación puede obrar inculposamente, no se precisa pues, la concurrencia culpable de los sujetos para que se de la figura. Dichos sujetos activos son dos:

- A) Sujeto Activo Primario; y
- B) Sujeto Activo Secundario.

⁴² JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 3a. Edít. Porrúa, S.A. T. V. México, 1985. p. 19.

⁴³ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. Cit. p. 439.

⁴⁴ MACHADO, José Mario. Ob. Cit. p. 56 y 68.

El primero de los mencionados, es aquel que reúne una cualificación que viene a ser presupuesto de la conducta; el que se encuentra unido civilmente en matrimonio, en tanto que no exista sentencia que lo declare nulo y el secundario, es común o indiferente, exigiendo un requisito de carácter negativo, que no sea cónyuge del sujeto primario, es decir, que sea extraño al vínculo matrimonial.

Así también, se refiere el "doble adulterio" y es el caso en que ambos sujetos activos son casados, porque se entiende que serán primarios como secundarios, dos pasivos diferentes, derivado todo del mismo contexto de acción.

En cuanto a los sujetos que intervienen, Jiménez Huerta precisa: "el delito de adulterio reviste, a prima facie, naturaleza plurisubjetiva, ello es provisorio y está condicionado siempre a las reglas que norman la culpabilidad jurídico-penal y por semejantes razones entendemos que la plurisubjetividad tampoco existe cuando la mujer casada es víctima de una violación, pues la plurisubjetividad en el delito de adulterio existe conceptivamente el conocimiento y el consentimiento de ambos protagonistas, de sus actos que van dirigidos a un antijurídico encuentro. Sirve esto de ejemplo para demostrar que la típica plurisubjetividad, puede también entrar en función monosubjetivamente, esto es, en relación a un solo sujeto".⁴⁵

Carranca y Trujillo afirma que: "Sujeto activo: el hombre o la mujer a condición de que estén legalmente unidos por vínculo matrimonial a otra persona. Pasivos: el cónyuge inocente y la comunidad social".⁴⁶

En otras palabras, nos menciona González de la Vega que: "autores materiales o sujetos activos del delito son los protagonistas del acto carnal ilícito. Sujeto pasivo u ofendido es el cónyuge burlado; en el adulterio doble resultan ofendidos los dos cónyuges inocentes, teniendo cada uno, en su caso, el derecho de querellarse".⁴⁷

⁴⁵ JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 30.

⁴⁶ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Ob. Cit. p. 681.

⁴⁷ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. Cit. p. 441.

3.7.2. Elementos Normativos.

Primeramente debemos recordar que los elementos normativos son aquellos que requieren una valoración por parte del intérprete o Juez que ha de aplicar la ley, esta valoración puede proceder de distintas esferas y tener por base algo radicado tanto en el mundo físico como en el mundo psíquico y que en el delito en estudio lo encontramos de la siguiente forma:

Para la posible ejecución de la acción típica del delito de adulterio, debe precisarse, conceptualmente, la previa realidad de un presupuesto fáctico: la existencia de un matrimonio que produzca efectos legales, esto es, de un matrimonio civil, único que tiene valor jurídico en nuestro ordenamiento.

Al respecto el Maestro Mariano Jiménez Huerta expresa: "Grave cuestión se presenta, empero, cuando el matrimonio civilmente celebrado y formalmente existente al realizarse los actos adulterinos, es posteriormente declarado nulo por algunas de las causas a que se hace mención en el artículo 235 del Código Civil en juicio seguido ante los Tribunales competentes. Creemos por una parte, que dicho juicio civil produce de inmediato, la suspensión de la averiguación o juicio penal con fundamento en el artículo 109 del Código Punitivo, mismo que dispone que, cuando para deducir una acción penal sea necesario que antes se termine un juicio diverso civil o criminal, no comenzará a correr la prescripción, sino hasta que en el juicio previo se haya pronunciado sentencia irrevocable y por otra, que es imposible que se dicte sentencia en el proceso penal por estar pendiente de celebración la existencia del presupuesto fáctico que sirve de base a la configuración del hecho típico; la existencia en el instante de cometerse la conducta delictiva de un matrimonio con efectos civiles. Si el matrimonio es declarado civilmente nulo, falta el presupuesto típico que sirve de sustento al delito de que se trata. Otra solución conduciría a consecuencias ante la plenitud del ordenamiento jurídico".⁴⁸

⁴⁸ JIMENEZ HUERTA, Mariano. Ob. Cit. p. 24.

Así las cosas, es presupuesto imprescindible del delito de adulterio que por lo menos uno de los protagonistas, en el momento del acto, esté unido en matrimonio legítimo, no disuelto por la muerte del otro cónyuge o por el divorcio y que fuere sido anulado.

3.7.3. Elementos Subjetivos.

Los elementos subjetivos del tipo son aquellos que pertenecen al mundo psíquico del agente o de un tercero, por ejemplo, el ánimo de lucrar.

En el artículo 273 del Código Penal no se establece, expresamente, el elemento subjetivo del tipo del delito que dificulta en la práctica su comprobación en los procesos, por lo que el intérprete o juzgador se ve en la tarea de formarse un criterio en cuanto al ánimo del sujeto activo al efectuar el ilícito.

Francisco González de la Vega nos manifiesta que: "Como todos los delitos que tienen por objeto 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 consciente 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 que ejecuta el acto carnal con persona que no sea cónyuge y para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efectúa con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presupone legalmente, según lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal, pero admite prueba en contrario".⁴⁹

El adulterio consiste en una actividad sexual, por lo que se supone que ambos partícipes son culpables, sin embargo, puede suceder que el casado o extraño a pesar de ser autores materiales del fornicio, no sean responsables, sea por ausencia de conducta criminal o por causa de inculpabilidad, es decir, por vencimiento de la fuerza

⁴⁹ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Ob. Cit. p. 445.

física exterior o no se ha actuado voluntariamente.

En la actualidad se consideran sujetos pasivos, como lo hemos manifestado con antelación, al cónyuge o cónyuges inocentes, esto es, tanto al esposo como a la esposa ofendidos en las condiciones previstas por la ley; ya que son las personas directas que sufren el agravio como resultado de la conducta adulterina.

Bueno es recordar que los sujetos activos del delito de adulterio, pueden ser el hombre y la mujer, a condición de que se encuentren unidos en matrimonio civil no disuelto en el momento de verificarse el hecho delictivo, el cual debe realizarse con sujeto ajeno a ese vínculo y consecuentemente encontrarse como sujetos pasivos el hombre y la mujer de diferente matrimonio (adulterio doble).

3.8 MEDIOS DE EJECUCION:

Como se recordará, al hacer la clasificación del delito de adulterio atendiendo al tipo, se expresó que es de forma casuística porque en él se engloban las formas posibles de su realización, esto es, en el domicilio conyugal o con escándalo, a saber:

a) Domicilio conyugal: Al respecto nuestros legisladores de 1931 fueron omisos al no precisar el concepto de domicilio, en cambio en el Código Penal de 1871 se determinaba en su artículo 882, que por domicilio conyugal debía entenderse la casa que el marido tuviera para su habitación, equiparándolo también a la casa habitada sólo por la mujer; en tanto que en el Código Penal de 1929 en su artículo 892, menciona que el domicilio conyugal es: "la casa en la cual el matrimonio tuviere habitualmente su morada".

Al respecto Alberto González Blanco manifiesta en relación al domicilio conyugal, criterio que nosotros apoyamos, "que debe entenderse por el mismo aquél que los cónyuges establezcan para su convivencia sin importar su carácter de permanente o

transitorio";⁵⁰ o como señala el Maestro Rafael de Pina: "domicilio conyugal es el domicilio común de los cónyuges".⁵¹

b) Escándalo: Por escándalo debemos entender la ejecución de los actos adúlteros, en tales condiciones de publicidad y notoriedad que causen ofensas al cónyuge inocente, a la familia y a la sociedad; como será el caso de observar que los adúlteros frecuenten a familiares o grupo de amistades que normalmente tengan trato social con él o los cónyuges inocentes.

3.9 ANTIJURICIDAD:

Generalmente se dice que para considerar una conducta como hecho punible, es necesario que ésta sea contraria a Derecho, esto es, que sea antijurídica.

Eugenio Cuello Calón le atribuye a la antijuricidad un carácter eminentemente objetivo, puesto que propone un juicio sobre la oposición que existe entre la conducta humana y la ley penal; dicho juicio sólo contempla la acción, excluyendo cualquier valoración objetiva. Es de advertirse que el juicio de antijuricidad recae sobre la conducta en su fase externa al hecho u omisión que la constituyen, sin atender a los procesos psicológicos que la originaron, lo cual atañe a la culpabilidad; pero aún reconociéndole esta característica de objetividad, se observa que algunos hechos requieren determinada actitud psicológica del agente, dirigida a un fin específico. Una misma conducta exterior puede ser perfectamente lícita o antijurídica, según la intención del sujeto al ejecutarla.⁵²

Como ejemplo de lo anteriormente expuesto, señalamos lo contenido en el artículo 348 de nuestro Código Penal que establece lo siguiente: "...una injuria es toda

⁵⁰ GONZALEZ Blanco, Alberto. Ob. Cit., p. 219.

⁵¹ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989. p. 197.

⁵² CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editora Nacional. México, 1976. p. 309.

expresión proferida o toda acción ejecutada para manifestar desprecio a otro o con el fin de hacerle una ofensa".

De lo anterior se deduce que una misma expresión puede ser conforme a derecho o antijurídica, según el ánimo del que la emite. Nótese como en estos delitos la antijuridicidad comprende no únicamente los elementos objetivos del delito, sino también ciertas intenciones que deben concurrir con la conducta para la conformación del hecho delictivo.

Carlos Bindig descubrió que el delito no es contrario a la ley, sino que es un acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal; en efecto, ¿qué es lo que se hace cuando el adulterio es cometido en domicilio conyugal o con escándalo?, ajustarse a lo previsto en el artículo 273 de nuestro ordenamiento punitivo.⁵³

3.10 CAUSAS DE JUSTIFICACION:

Una conducta típica puede no ser antijurídica por encontrarse protegida por una causa de exclusión del delito; las causas de exclusión también llamadas causas de licitud, son condiciones que impiden que una conducta adquiera carácter antijurídico. Es interesante subrayar que las causas de exclusión no eliminan la antijuridicidad de un comportamiento, ya que eso equivaldría a decir que un acto es primero antijurídico y después lícito; no, las causas de exclusión tienen como función hacer justo un hecho típico.

Como causas de exclusión del delito nuestro Código Penal establece en su artículo 15 lo siguiente:

Artículo 15: El delito se excluye cuando:

⁵³ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Ob. Cit.* p. 113.

- a) El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- b) Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate;
- c) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado siempre que se llenen los siguientes requisitos: Que el bien jurídico sea disponible; que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio;
- d) Legítima defensa;
- e) El estado de necesidad;
- f) Impedimento legítimo;
- g) Cumplimiento de un deber;
- h) Ejercicio de un derecho.

a) El primero de los incisos que establece el citado artículo, se refiere a la ausencia de la voluntad, es decir, que el sujeto activo del delito no tiene el ánimo de delinquir, no obstante se llegue a realizar el hecho antisocial.

b) El segundo de los apartados se encuentra íntimamente ligado con los conceptos del Tipo y la Tipicidad; como hemos hecho mención con antelación, el Tipo se define como aquella descripción de una conducta hecha por el Estado y las normas penales, a la cual se le asignan determinadas consecuencias previstas en la ley; en tanto la Tipicidad, es el encuadramiento de una conducta al Tipo Penal descrito en la ley, es decir, el encajamiento del comportamiento dentro de la descripción hecha por la ley; de ahí que al faltar alguno de los elementos que configuren el tipo penal, no se podría dar uno de los elementos esenciales del delito, que es la Tipicidad (no habría adecuación típica) y consecuentemente, no existiría el delito.

c) Con respecto a la existencia del consentimiento de la persona titular del bien jurídico afectado, diremos que hay un mutuo acuerdo previo a la conducta, es decir, la persona titular del bien manifiesta su voluntad de aceptación en cuanto a la conducta

realizada por el sujeto activo, por lo que está consciente del resultado logrado por dicha conducta y lo acepta; lo anterior, se limita solamente cuando la persona titular del bien jurídico no tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, es decir, no se encuentre autorizada por la ley para dar dicho consentimiento y cuando dicho consentimiento sea obtenido por medio de la coacción; estar viciado; así las cosas, al no haber un agravio a la persona titular del bien jurídico, dado que la misma lo ha aceptado, no resulta reprimible la comisión del hecho antisocial.

d) Legítima defensa: Como legítima defensa debemos entender el rechazo de una agresión actual, violenta y sin derecho, que realiza la persona que sufre el ataque a un tercero contra el agresor, sin excederse del mínimo necesario para su protección; en la doctrina, la defensa para ser legítima requiere la presencia de ciertos requisitos como lo son: 1) Una agresión contra intereses jurídicamente protegidos pertenecientes a la persona que repele tal agresión o a otra persona de la cual tenga la misma obligación de defender; 2) Dicha agresión debe ser actual o inminente, esto es, una agresión presente que se sufra en ese momento o próxima a ocurrir; 3) La agresión debe ser ilegítima, sin derecho, antijurídica. Lo anterior encierra la idea de que una defensa contra actos de autoridad no es legítima; 4) La defensa ha de ser necesaria, esto significa que no exista otra forma de impedir el mal.

En relación con lo anterior, podemos fácilmente concebir una agresión actual, violenta y sin derecho contra una persona y también imaginar su repulso, pero no así, que la persona que repele la agresión tenga que cometer adulterio con la esposa o esposo de su agresor; en este caso, más bien se podría hablar de que uno de los cónyuges al sorprender al otro realizando adulterio, de muerte o lesione a uno o a ambos sujetos; con lo que estaríamos en el caso de una atenuante de penalidad en cuanto a la defensa del honor del cónyuge inocente y no en una legítima defensa que de como resultado la comisión del adulterio.

A mayor abundamiento, cabe señalar lo establecido por nuestro Código punitivo en

su artículo 310 que prevé lo siguiente:

"Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesione a cualquiera de los dos culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge".

e) Estado de necesidad: Se presenta como una situación de peligro real, actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos y que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona. ⁵⁴

Atentos a los conceptos vertidos acerca del estado de necesidad, estamos posibilitados para deducir que en el delito de adulterio no puede justificarse el estado de necesidad.

f) Impedimento legítimo: Tampoco es posible concebir un adulterio justificado por impedimento legítimo, debido a que en la especie se requiere de una conducta omisiva por parte de los autores y en el adulterio como se ha dicho con antelación, es atendido a la conducta un delito de acción.

g) Cumplimiento de un deber: De la misma manera, es imposible pensar que los sujetos activos ejecuten el adulterio en cumplimiento de un deber consignado en la ley, de acuerdo por lo estipulado en la fracción V del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

h) Ejercicio de un derecho: En el delito de adulterio, el ejercicio de un derecho no puede operar como justificante en materia penal cometido en las condiciones establecidas por la ley, o sea, en el domicilio conyugal o con escándalo.

⁵⁴ CUELLO Calón, Eugenio. Ob. Cit., p.309.

3.11 PERDON DEL OFENDIDO:

La querrela es un medio de hacer del conocimiento de la autoridad un hecho presumiblemente delictivo, para que por desearlo así, el ofendido persiga a su autor y es natural que la querrela exige la manifestación de la queja; por otra parte, si en los delitos de querrela necesaria cabe el perdón del ofendido, éste puede ser manifestado expresamente o tácito.

El perdón jurídico, expone Manuel Rivera Silva, es la manifestación expresa de la voluntad, en virtud de la cual se hace patente el propósito del ofendido de que no se castigue al infractor. ⁵⁵

Analizar las formas en que aparece el perdón, es una cuestión controvertida, pues si bien es cierto, que en determinadas resoluciones se admite el perdón tácito, deducido de una actitud pasiva de condescendencia o tolerancia del agraviado, en otras se señala que el perdón tiene que ser expreso y terminante y no se puede deducir de modo indirecto, ni tampoco se puede presumir de modo alguno o bien el perdón ha de ser expreso, inequívoco y manifiesto.

De lo anterior se desprende que el análisis correcto de la fracción II del artículo 93 del Código Penal para el Distrito Federal, lleva la afirmativa de que el perdón sólo opera cuando se ha iniciado un procedimiento penal, máxime si se considera que el consentimiento es un perdón tácito o expreso llevado a cabo antes de que se inicie el procedimiento.

Así las cosas, conveniente es señalar que en el consentimiento no se muere la acción procesal penal debido a que ésta ni siquiera ha nacido, toda vez que el consentimiento se debe entender como previo a la intervención del Ministerio Público.

⁵⁵ RIVERA Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980. p. 126.

Como en todos los delitos que requieren como requisito de procedibilidad la querrela necesaria, en el adulterio la acción penal desaparece, cuando ha mediado el consentimiento del ofendido; por ejemplo, el adulterio es expreso cuando el marido induce o faculta a su mujer para el ejercicio de la prostitución o se transforma en lenón de la misma o intencionalmente favorece su entrega a un tercero. Es tácito cuando consciente tolera o se lucra con el adulterio de que ha tenido conocimiento; en tanto no se puede interpretar como consentimiento el adulterio recíproco, desechándose por completa esta idea, ya que si bien es justo que el adulterio sea una de las causas que de lugar a la acción civil de divorcio, no lo es, que sirva de excusa a otro adulterio.

Igualmente, el perdón extingue la acción penal, ya que éste es un acto judicial o extrajudicial, posterior al delito, por el que el ofendido hace remisión expresa de que no se continúe y concluya el procedimiento penal; en cuanto al delito que nos ocupa, el perdón del ofendido, por excepción, no sólo es extintor de la acción penal, sino también de las penas.

Por otro lado y como se ha hecho mención con antelación, el adulterio cuando sea doble, resultan ofendidos los dos cónyuges de los adúlteros, por lo que el perdón o desistimiento de uno de ellos no priva al otro de la pretensión de seguir con el procedimiento punitivo.

3.12 TENTATIVA:

Indiscutiblemente la materia que estamos tratando es bastante delicada, por lo que se requiere la más atenta consideración, sobre todo si tomamos en cuenta la distinción entre actos de preparación y actos de ejecución, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 275 del Código Penal comentado, el que dispone: "Sólo se castigará el delito de adulterio consumado".

Así que en el caso que nos ocupa, no es punible la tentativa, por lo que no tiene

importancia el arrepentimiento o desistimiento de los sujetos activos del delito, aunque hayan realizado ciertos actos preparatorios a la consumación del mismo, si éste no se consumó en las circunstancias mencionadas en la ley punitiva, sea por acuerdo, desistimiento o causa ajena que impida su realización, como puede ser el caso que motive la separación de los sujetos activos.

3.13 IMPUTABILIDAD:

“La imputabilidad es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción”, según lo manifestado por el Maestro Fernando Castellanos Tena.⁵⁶

Para Cuello Calón es “el elemento más importante de la culpabilidad; se refiere a un modo de ser de la gente; a un estado espiritual del mismo y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales (salud y madurez), exigidas por la ley para responder por los hechos cometidos, es decir, para hacer culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable”; así define la imputabilidad Castellanos Tena, como la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal.⁵⁷

Cabe hacer mención que en nuestro Derecho Penal, un individuo no es sujeto de Derecho Penal hasta que haya cumplido la mayoría de edad, que es de dieciocho años; pero la imputabilidad no sólo depende de la edad mínima, sino también es necesario que la gente observe un mínimo de salud mental, requisitos que deben tenerse al momento de la realización del delito, ya que de lo contrario, se presentaría la inimputabilidad.

Al respecto, el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, establece en su fracción VII a la inimputabilidad como causa de exclusión del delito, la cual se presentará cuando: “Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la

⁵⁶ CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. p. 223.

⁵⁷ CUELLO Calón, Eugenio. Ob. Cit. p. 359.

capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Quando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuída, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código".

Al respecto el artículo 69 bis manifiesta con relación a lo anterior, lo siguiente: "Si la capacidad del autor de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuída por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 (tratamiento en internamiento o en libertad) o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".

3.14 CULPABILIDAD:

Una conducta para que pueda ser considerada como delictuosa no sólo debe de ser típica y antijurídica, sino además culposa; pero para que a un sujeto pueda reprochársele la comisión de un determinado hecho, resulta imprescindible que sea imputable; de aquí la afirmación de considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad. La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito, sin el que no es posible concebir su existencia.

En amplio sentido, la culpabilidad ha sido estimada por Jiménez de Asúa como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de una conducta

antijurídica". 58

Al respecto, en un sentido estricto, Welsel manifiesta que: "la culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en acto culpable". 59

Por su parte, Cuello Calón afirma que, una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor, puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. 60

Para el Maestro Castellanos Tena, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. 61

El Profesor Ignacio Villalobos, estima que "la culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo; desprecio que se manifiesta por la franca oposición en el dolo o indirectamente, por la indolencia y desatención, nacidos del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa. 62

Tratando de estructurar el concepto de la culpabilidad, la doctrina penal se debate principalmente en dos posiciones: la psicológica y la normativa.

a) Teoría psicológica: para ésta corriente una conducta es culpable cuando ante el hecho antijurídico y su autor, existe una relación psicológica que hace posible el surgimiento de las consecuencias para ese hecho en la ley.

58 JIMENEZ DE ASUA, Luis. Ob. Cit., p.379.

59 WELSEN, Hans. Derecho Penal, Parte General, Palma Editor. Buenos Aires, 1956. p. 149.

60 CUELLO Calón, Eugenio. Ob. Cit., p.357.

61 CASTELLANOS Tena, Fernando. Ob. Cit., p.232.

62 VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1975. p. 283.

La culpabilidad, pues, reside en la relación subjetiva entre la conducta delictuosa y el autor; la culpabilidad para esta corriente debe buscarse en la actitud guardada por el individuo frente al hecho ilícito.

b) Teoría normativa: al igual que la teoría psicológica, la teoría normativa presupone para su estructura de la culpabilidad, la existencia de una conducta o hecho antijurídico.

La culpabilidad, precisa Welsen, agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuridicidad es la relación entre la acción y el orden jurídico que establece divergencia objetiva entre uno y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica a pesar del haber podido omitirla.⁶³

Castellanos Tena escribe: "el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reprochable actitud, una conducta es culpable si a un sujeto capaz que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada; la esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para dirigirse conforme al deber."⁶⁴

Jiménez de Asúa manifiesta que, "es preciso reconocer que la culpabilidad es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto anterior; deducimos que la doctrina normativista en ningún momento se opone a la psicológica, sino que lo único que hace es ampliarla".⁶⁵

⁶³ WELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 145.

⁶⁴ CASTELLANOS Tena, Francisco. Ob. Cit., p. 234.

⁶⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Ob. Cit., p. 365.

3.15 FORMAS DE CULPABILIDAD:

Tradicionalmente, se han aceptado como formas de culpabilidad al dolo y a la culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo) o por un olvido de las precauciones exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla; en la culpa, consciente o con previsión, se ejecuta en el acto con la esperanza de que no ocurra el resultado; en la inconsciente o sin precisión, no se prevé un resultado previsible; existe también descuido por los intereses de los demás.

Tanto en la forma dolosa como en la culposa, el comportamiento del sujeto se traduce en desprecio por el orden jurídico; se dice que el acto será doloso en la medida del resultado deseado y culposo en la del resultado obtenido.

3.15.1 Dolo:

El dolo, principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito, pues en la elaboración de su concepto unos apoyan el elemento psicológico en la voluntad, mientras otros lo hacen en la representación; en tanto en el elemento ético se pretende fundamentar el conocimiento de la tipicidad del hecho o de su antijuridicidad o bien en la conciencia del quebrantamiento del deber, lo cual viene a poner de relieve la existencia de diversas teorías en la formulación de su concepto.

Entre las teorías más antiguas, es la que considera al dolo como la voluntad de violar la ley; para esta corriente un acto es doloso, si con su ejecución el agente tendió su voluntad a la transgresión de la ley.

No podemos aprobar la anterior idea, porque ello equivaldría a aceptar que los hombres delinquen por el puro placer de violar la ley y que no es otro el móvil de la delincuencia.

Por otra parte, Carrara sostuvo la teoría de la voluntad; según ésta el dolo es la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley; es de advertirse que en el pensamiento del citado autor, el dolo no es precisamente la voluntad dirigida a infringir la ley, sino en realizar el acto violador de la misma; por otra parte, el autor del delito debe saber que el hecho por él realizado es contrario a la ley, pues sin este conocimiento no es posible que exista el dolo. ⁶⁶

Una tercera postura es la denominada teoría de la representación, que contempla el dolo en el conocimiento y previsión del resultado.

Pensamos como el Maestro Cuello Calón que, "en el dolo no puede existir sólo la voluntad o la representación aisladamente, sino que es menester la concurrencia de ambas, pues de lo contrario, no es posible hablar con propiedad de dolo. ⁶⁷

Expresa una vez más el citado autor, que el dolo se define como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley prevé como delito.

Para nosotros, el dolo es la realización voluntaria de un hecho que la ley considera como delito; en el dolo se requiere la voluntad en el acto y la voluntad en el resultado o la previsión de éste, sin que se desee directamente, pero sin que tal representación obligue al agente a actuar de otra manera.

Por otro lado señalaremos que el dolo se encuentra constituido para su configuración de dos elementos esenciales, a saber:

66 CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis. Bogotá. 1957. p. 112.

67 CUELLO CALON, Eugenio. Ob. Cit. p.371.

a) Elemento volitivo: Consistente, precisamente, en la voluntad de ejecutar la conducta y la producción del resultado; lo anterior significa que el querer debe dirigirse en primer término a la realización del acto u omisión y enseguida a la producción del resultado. En este caso, puede el resultado no desearse, pero el sujeto sabe o prevé la posibilidad de que con su actuar se realice y esto no le impide cejar en su ejecución, aceptándolo en su totalidad.

b) Elemento Intelectual: Se encuentra constituido por la conciencia de que se viola el deber, de que el acto o la omisión son contrarios a Derecho. Hay quienes inclusive llegan a afirmar que debe tenerse conciencia de la tipicidad del acto, esta aseveración interpretada extensivamente llevó a muchos a afirmar que sólo el versado en asuntos jurídicos era apto para obrar con dolo; nosotros somos del parecer que no es preciso que el individuo conozca con precisión científica que su acto está sancionado por el Derecho, basta que el sujeto tenga, como manifiesta Jiménez de Asúa "conciencia de que viola el deber".⁶⁸

Otro punto importante que no soslayamos en mencionar, es el relacionado a las clases de dolo mencionadas por la doctrina; así se habla del dolo directo, indirecto, simplemente directo, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificativo, etc., ocupándonos en señalar las de una mayor importancia práctica.

En cuanto al dolo directo, mencionaremos que, es aquel en el que el sujeto se representa en el resultado fatalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer en el resultado.

El dolo eventual, existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias; hay voluntariedad en la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de

⁶⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Ob. Cit. p.360 y 362.

querer, se menosprecia en última instancia lo que equivale a aceptarlo.

El dolo simplemente directo, se presenta cuando el sujeto se propone un fin y sabe, ciertamente, que se producirían otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acaecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

En cuanto al dolo indeterminado, se presenta si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

El dolo eventual existe cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial.

3.15.2 Culpa:

Como ya se ha señalado, la culpa es, en unión con el dolo, una de las formas que puede revestir la culpabilidad; existe culpa cuando voluntariamente se realiza una conducta sin que la voluntad del sujeto tienda a la producción de un resultado típico, que a pesar de ser previsible y evitable, surge como consecuencia de no observar las precauciones legalmente exigidas. Como elementos de la culpa podemos señalar: una actuación voluntaria por parte del autor; que dicha situación se lleve a cabo en forma imprudente; la producción de un resultado típico; una relación de causalidad entre la imprudente conducta del agente y el resultado obtenido.

A saber, la doctrina señala dos clases de culpa principalmente: culpa con representación y culpa sin representación.

a) Culpa con representación: En ella el autor realiza una conducta voluntaria pensando en la posibilidad de que se produzca una figura típica, pero no sólo no la desea, sino que abriga la esperanza de que no se llegue a producir, o sea, hay intención

en la conducta, pero no en el resultado.

b) **Culpa sin representación:** En este caso, al autor ni siquiera le ha pasado por la mente que con su voluntario actuar puede provocarse un resultado tipificado penalmente, no obstante que es previsible.

De los anteriores conceptos, podemos advertir que, mientras en el primero de los citados el sujeto se representa en su mente el resultado, en la segunda, no existe tal representación; ejemplo de éste último, lo es, la persona que lanza por los aires a un niño para recibirlo en sus brazos, sin pensar que puede caérsele y lesionarse e incluso provocarle la muerte.

Al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, ubica al Dolo y a la Culpa en su fracción III del artículo 122, que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 122: El Ministerio Público, acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes: Fracción III: La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así las cosas, la ley establece que para proceder penalmente en contra de una persona autora de un ilícito, necesariamente, se deberán acreditar los elementos del tipo penal del delito que se trate, así como la probable responsabilidad del sujeto, además, de los elementos que la misma ley establezca entre los que se encuentran la realización dolosa o culposa de la conducta, esto es, si el autor de dicho ilícito tenía la intención de delinquir; se habla que una persona obra dolosamente cuando conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley y obra culposamente el que produce

el resultado típico que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

3.16 CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ADULTERIO:

De las dos formas de culpabilidad que hemos estudiado, es de gran interés indagar cuál de ellas se puede presentar en el adulterio. Es indudable que en el delito en comento pueda cometerse mediante dolo, es decir, que la voluntad del agente tienda directamente a la realización de un delito cometido en el domicilio conyugal o con escándalo; por lo que la voluntad del sujeto debe dirigirse a la consumación del adulterio en el domicilio conyugal o con escándalo.

En cuanto a la culpa, cabe preguntarse si una persona puede ejecutar un acto imprudentemente y del cual resulte un adulterio; no cabe en nuestra imaginación un delito de adulterio culposo, por lo que la única forma de culpabilidad que admite el delito, es el dolo.

CAPITULO IV
INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO
PENAL DEL ADULTERIO

4.1 LA NEGACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS TIPOS ABIERTOS:

La única forma existente para negar la validez del Principio de Legalidad, consiste en la negación misma del valor supremo del hombre y su libertad al poder público del Estado; con ello el Derecho Penal se vuelve autoritario, bajo una nueva fórmula: el interés general del Estado es la suprema ley; de esta manera, como dice el Maestro Vela Treviño, que lo antes conquistado tras centurias de lucha tenaz, se ve prontamente perdido porque ya no existe seguridad alguna para la convivencia, puesto que el área de lo que es penalmente sancionado carece de linderos y entran en juego valores tan sutiles como son "el sano sentimiento del pueblo", "la conciencia revolucionaria" o los "actos contra-revolucionarios", como posibles fuentes de creación de los tipos penales.⁶⁹

En esas condiciones, ya no hay principio de legalidad o validez del dogma 'NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE', sino que el juez crea los tipos y el hombre queda inerte ante el poder absoluto del Estado.

Por otra parte, se ha dicho con razón, que la desaparición del Principio de Legalidad es consecuencia misma del régimen político de ciertos Estados y que, cuando caben en la connotación de totalitarios, como ocurrió con la Alemania Nazi y la Rusia Soviética, cimentan su autoridad en la fuerza, utilizando como medio más idóneo al Derecho Penal desbordado. Bajo pretensión de legalismo los individuos que integran al Estado totalitario, sufren ataques a sus valores esenciales, como la vida y la libertad, sin más límite que el criterio que el juez pueda tener acerca de los fundamentos filosóficos del Estado. No hay validez de la existencia de la ley previa y de su aplicación estricta y el delito es, en esas condiciones, lo que el detentador del poder quiera que sea.

Ya ha recordado Noriega que la humanidad oscila entre dos polos, como son la

⁶⁹ VELA Treviño, Sergio. El Principio de Legalidad y los Tipos Abiertos. En Criminología. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año XLIV, No. 4-6. abril-junio. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978. p. 13-14.

dictadura y la libertad; cuando toca al péndulo acercarse al primer polo se niega la existencia de la libertad, utilizando en algunos casos argumentos supuestamente filosóficos como los de la escuela de Kiel y en otras frases de Lenin o de Mussolini, diciendo el primero de ellos, que la libertad es un mito burgués, en tanto que el segundo manifiesta, que la libertad es cadáver putrefacto, todo para llegar a la idéntica conclusión: todo por el Estado, nada fuera del Estado y nada contra el Estado.

Nosotros no estamos frente a un Estado totalitario, en el que el hombre haya perdido su significación. La época destructiva del Principio de Legalidad prácticamente concluyó para el mundo occidental; pero tenemos ahora que aparece una nueva concepción del delito, un nuevo sistema para entender dogmáticamente al Derecho Penal y entre los muchos aspectos que toca, se refiere a uno, los llamados "Tipos Abiertos" que representan, creemos nosotros, el más sutil y por lo tanto, peligroso embate contra el Principio de Legalidad, aún cuando no alcancemos a captar sus implicaciones.

Con relación a lo anterior, Welzel afirma que solamente lo que está previsto en un tipo de la ley penal, puede ser sancionado con una pena; con ello no solamente se prohíbe toda creación de tipos del derecho consuetudinario, sino que se dispone también, que toda interpretación de la ley está comprendida dentro de los límites del tipo penal, quedando, entonces, prohibida la implicación del tipo a través de la analogía.⁷⁰

Acorde con el Principio de Legalidad señala Zaffaroni lo siguiente: "...los esfuerzos del Legislador para acuñar todos los tipos en perfección, siempre son insuficientes, lo que lo obliga a dejar en manos del juez la cerrazón del tipo, proporcionándole sólo las pautas o referencias generales. Esto se presenta aún en los casos de que acepte y se haya adoptado el principio de Legalidad".⁷¹

⁷⁰ WELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 119.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del Delito, Editorial EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1977. p. 121.

4.2 LOS TIPOS ABIERTOS:

4.2.1 Concepto:

Como definición reciente se ha dado o se ha sostenido que los tipos abiertos, o bien, también denominados necesitados de complementación, son aquellos en los que la ley describe sólo parte de las características de la conducta prohibida, reenviando al juez el cometido de completar las restantes.

Con lo anterior podemos deducir, que se está ampliando la esfera de la antijuridicidad; se está yendo más allá de lo valorado por el Legislador; significando con ello una sensible limitación del Principio de Legalidad.

González Ferrer explica que: "...en los tipos abiertos la ley describe tan sólo una parte de los caracteres del hecho, limitando sensiblemente el Principio de legalidad mediante elementos normativos y cláusulas penales, cuya determinación queda confiada a la valoración que realice el juzgador".⁷²

4.3 CONCRECIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LOS TIPOS ABIERTOS:

Surge de inmediato la cuestión relativa a la concreción de la antijuridicidad de los llamados tipos abiertos, es decir, aquellos que como hemos señalado, la doctrina define como la concepción y estructura de eventos antisociales, en los cuales la descripción típica, así como el juicio de la antijuridicidad y la integración de determinados elementos, quedan a criterio del juzgador penal.

Lo anterior choca con toda la concepción filosófica fundada en el Principio de Legalidad, es contraria a lo esencial en cuanto a nuestras normas de Derecho vigente, ya que el juez de conformidad con el artículo 1º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, tiene solamente la facultad de determinar declarativamente la

⁷² González Ferrer, Elías. Tipo e Injusto. Editorial Temis. Panamá. 1979. p. 17.

existencia o inexistencia del delito; pero de ninguna manera se precisa en alguna norma jurídica, apoyo para la supuesta facultad de crear la antijuridicidad, que para estos efectos, es la nota más característica de la licitud penal.

En base a lo anterior, Welzel manifiesta que en los tipos legales abiertos o necesitados de complementación, en los que falta un cuadro rector material para la complementación del tipo, la antijuridicidad deberá ser determinada por un juicio de valor autónomo del juez, lo que provoca una gran incertidumbre acerca de lo que está prohibido.⁷³

Así las cosas, al existir vaguedades e imprecisiones en los textos legislativos, no hay eficiencia plena del Principio de Legalidad, originando con ello que los elementos normativos explicitados por el legislador se dejen abandonados a la deficiencia jurisprudencial; por lo que al dejar esta tarea a la jurisprudencia se está propiciando que el juzgador cree el Derecho, lo que viola desde luego, el Principio de Legalidad, por tratarse de términos que pueden interpretarse multivocamente, esto es, en diversos sentidos.

En ese orden de ideas, queremos afirmar, indiscutiblemente, que el Principio de Legalidad se apoya y descansa en la definición precisa del evento punible, o sea, en la completa descripción del tipo penal y que corroborando lo manifestado, De la Barrera Solórzano abunda lo siguiente: "...los textos legislativos no tienen porque ser foriori vagos e imprecisos. Un tipo abierto es un pseudotipo. Tarea básica y trascendental de los teóricos del Derecho Penal, es la de proporcionar al legislador un campo de conocimientos que le permitan a este último, cumplir su tarea óptimamente, elaborando textos legales que cumplan con todos sus cometidos, entre ellos, el de la plena eficacia del Principio de Legalidad".⁷⁴

⁷³ WELSEN, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Editorial Ariel. Barcelona. 1969. p. 59-60.

⁷⁴ DE LA BARRERA Solórzano, Luis. El Principio de Legalidad y Mandato de Certeza, en *Criminalia Academia Mexicana de Ciencias Penales*. Año LV, No. 1-12. enero-diciembre. Editorial Porrúa, S.A. México. 1988. p. 332.

4.4 AUSENCIA DE DEFINICION EN EL DELITO DE ADULTERIO:

Partiremos describiendo la conceptualización que nuestro Código Penal para el Distrito Federal hace acerca del adulterio en su artículo 273, que es la siguiente:

"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".

Como podemos advertir, en nuestra ley penal vigente se establece como delito al adulterio, pero sin que exista una definición del tipo, esto es, de la conducta prohibitiva; de igual forma las legislaciones de 1871 y 1929 omitieron tal definición y las razones que se han aducido para la no descripción de la conducta típica son variadas.

Al respecto hubo un anteproyecto de reformas al Código Penal y en lo tocante al tema del adulterio, la comisión revisora expuso: "...no creo necesario definir el delito de adulterio, como no lo ha sido definir otros muchos elementos constitutivos que están en la conciencia de todo el mundo. Nadie ignora qué es el adulterio y menos aún, quienes lo cometen".

En este orden de ideas, el legislador mexicano en una clara violación al Principio de Legalidad, no ha reparado en describir cuál es la conducta típica del delito en cuestión, dejando en consecuencia que sea el propio juzgador el que formalice la concepción y estructura de esta clase de evento antisocial y mismo que al conocer de la causa no sólo configurará la descripción típica, sino que realizará el juicio de la antijuricidad y la integración de los elementos que a su criterio conformen el cuerpo del delito en cuestión.

Por otro lado, no han sido aisladas las voces que con frecuencia se han levantado

para argumentar que en cuanto al delito de adulterio, tanto en la legislación del Distrito Federal como las correlativas a ella, al respecto, jamás puede configurarse el delito por ausencia de tipo, pues al consistir éste en la descripción de un comportamiento delictuoso formulado por el legislador, si no existe tipo, consiguientemente, no habrá tipicidad.

Se invoca en refuerzo de lo anterior y como se ha establecido ya, el argumento de que en el adulterio en los términos del artículo 273 del Código vigente, falta la descripción que debe ser hecho por el legislador, ya que en el precepto relativo no se indica lo que es el adulterio.

En sentido contrario, se han argumentado diversas posiciones que la propia jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha recogido, en el sentido de que en el adulterio no hay ausencia de tipo, sino que éste está perfectamente configurado al interior de la propia norma penal.

Como hemos hecho referencia con antelación, con la elaboración del Código Penal en su proyecto de 1931, se suscitaban controversias acerca de la desaparición del adulterio como tipo delictivo, pero finalmente se argumentó que: "...reconociendo las acerbas y en ocasiones justificadas críticas hechas para excluir el adulterio de los ámbitos del Derecho punitivo, juzgamos necesario seguir incluyendo el delito en los Códigos Penales, ya que tal inclusión representa, por lo menos, un valladar que se opone al desenfreno y relajamiento de las costumbres, porque la ley penal aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora", con lo anterior quedó, pues, considerado el adulterio como delito.

Por su parte el Maestro Porte Petit, argumenta que la penalidad en el adulterio implica una violación al principio NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, consignado en el artículo 14 Constitucional, por encontrarnos frente a una hipótesis de

ausencia de tipo. ⁷⁵

Además, afirma el citado autor, que en el Capítulo de los delitos sexuales se requiere una serie de modificaciones técnicas, entre ellas la omisión de definir el adulterio. La ausencia de la misma, 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.

A su vez Carrancá y Trujillo considera que el artículo 273 del Código Penal, configura un tipo anormal, diciendo: "Aunque se conozca lexicográficamente la connotación de la palabra adulterio, otra cosa es lo que jurídicamente debe entenderse por ella a los efectos penales. El artículo comentado no lo dice... por ello el artículo 273 configura un tipo anormal".⁷⁶

Por otra parte Jiménez de Asúa manifiesta que si se recuerda que el tipo penal ejerce un trascendental papel de garantía, destacará en toda su importancia lo necesario que es la descripción; abstenernos de ella nos parece sobremana condenable.⁷⁷

Cabe destacar que existe una corriente doctrinal que considera que el tipo de adulterio está perfectamente configurado; entre estos autores figura el Maestro Castellanos Tena, quien menciona que no pocos especialistas y muchos defensores han pretendido demostrar que no se puede integrar de acuerdo con la legislación del Distrito Federal, el delito de adulterio por falta de tipo, por no definir la ley el adulterio; pero tal criterio, a su juicio, es desacertado por no ser verdad la falta de tipo descriptivo, ya

⁷⁵ PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Ob. Cit., p. 112.

⁷⁶ CARRANZA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANZA Y RIVAS, Raúl. Ob. Cit., p. 662.

⁷⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Ob. Cit., p. 94.

que el tipo penal se integra con un adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo.

4.5 ATIPICIDAD DEL DELITO DE ADULTERIO:

Como ya quedó dicho en el Capítulo Tercero del presente estudio, el tipo es la descripción exacta que la ley realiza con respecto a las acciones u omisiones que constituyen delito, estableciendo así la materia de la prohibición.

El tipo, como supuesto de la punibilidad, desempeña un papel trascendental en la estructura del delito y su ausencia entraña violación de garantías individuales, en especial viola el Principio de Legalidad contemplado en el artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, se ha señalado que de la simple lectura del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, se desprende que, para el delito de adulterio la ley no proporciona descripción, ni definición alguna del mismo y únicamente señala sus modalidades y establece la penalidad que se le asocia; por lo que, si el juzgador impone una pena a una persona que él considera ha cometido adulterio, sin que la ley proporcione una definición que nos diga en qué consiste éste, estaría violando lo establecido por el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, mismo que contempla como se ha venido reiterando, el Principio de Legalidad conocido universalmente como NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE.

Por otra parte, si el juzgador, debido a la ausencia de descripción en la ley recurre a la jurisprudencia para poder determinar en qué consiste éste, de igual manera estaría violando el Principio de Legalidad, consagrado en nuestro máximo órgano jurídico en los siguientes términos:

*En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple

analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata...”

Así las cosas, si un juez impone una pena a una persona que considera responsable de la comisión del delito de adulterio, supliendo la deficiencia que existe en la ley, con la descripción que realiza una tesis jurisprudencial, no estaría dando cabal cumplimiento a esta garantía, ya que la jurisprudencia en ningún momento constituye una ley; de ahí que este mismo argumento es aplicable cuando el juzgador suple la deficiencia de la ley apoyándose en lo que establece la doctrina sobre el adulterio.

Ya hemos hecho mención que en nuestra doctrina se ha sustentado un fuerte debate sobre la ausencia o no de definición del delito de adulterio; existiendo una corriente que afirma que dicha ausencia viola el Principio de legalidad consagrado en nuestra Carta Magna, ya que el citado artículo 273 en ningún momento establece cuál es la acción prohibida por la ley; al contrario de esta corriente existe otra que señala que el delito de adulterio se consuma, precisamente, con un adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo y que el único error radica en que el legislador confundió el todo con una de sus partes, pero sostiene que esto carece de importancia.

Por nuestra parte, nos adherimos a la corriente que sostiene el hecho de que el multicitado artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, constituye una violación innegablemente al Principio de Legalidad consagrado por nuestra Constitución Política y siendo ésta la máxima ley de obediencia, ninguna otra ley subordinada a la misma podrá ir en contravención a lo preceptuado por ella.

Ahora bien, con respecto a la ausencia de descripción del delito de adulterio, mencionaremos algunos criterios sustentados por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

***ADULTERIO.- El Código Penal del Distrito Federal no define este delito,**

pero es evidente que por él debe entenderse la infracción que implica un ataque a la institución del matrimonio, por medio de la conjunción carnal de un casado con una persona extraña, llevada a cabo en el domicilio conyugal o con escándalo; pero para que se llene el primer requisito, debe entenderse que existe el adulterio cuando hay relación sexual normalizada entre los responsables, como si estuvieran ligados por vínculo de matrimonio o hicieran vida de amancebamiento; pues es evidente que en todo ayuntamiento sexual o en términos generales, que no toda infidelidad conyugal pueda constituir la noción que castiga la ley. En cuanto al adulterio que se comete en el domicilio, debe tenerse en cuenta que las nociones jurídicas del domicilio que da el Derecho Civil, no son aplicables estrictamente en el orden penal; pues por domicilio conyugal debe entenderse el lugar donde viven o conviven los cónyuges, sea de una manera transitoria, temporal o definitiva, puesto que el legislador lo que castiga es el adulterio grave constituido por el hecho de que el consorte culpable introduzca desvergonzadamente a su amante adulterino al hogar donde vive y convive con el cónyuge inocente. Es pues, la violación de la fidelidad al recinto del hogar conyugal, lo que constituye la extrema injuria que sanciona la ley. Para considerar que el adulterio se ha cometido con escándalo, en ausencia de toda norma jurídica que precise lo que es el escándalo, es lógico entender que éste consiste en la grave publicidad del estado adulterino que hacen los propios adúlteros, por la exhibición clínica de sus amoríos, pero no se entenderá que existe escándalo cuando por otras personas se enteren, por razón de su trabajo, de su parentesco o de sus relaciones íntimas con los culpables; así, las sirvientas de un hotel o casa de citas, se enteraron de un adulterio, la circunstancia de que estas personas sean necesarias para el servicio de la casa, viene a demostrar que no hubo una grave publicidad del estado adulterino, pues la ley requiere un conocimiento público más o menos acentuado. Tampoco constituye escándalo el hecho de que el cónyuge inocente ponga en conocimiento de las

autoridades correspondientes los actos criminosos, para la persecución de los responsables, aunque por esto el hecho adquiriera publicidad periodística u otra equivalente, pues entonces el escándalo no es imputable directamente a los protagonistas; la ley requiere que el escándalo provenga o sea motivado por los mismos adúlteros.

Quinta Epoca, Tomo LXXV, 26 de febrero de 1943. 4 votos. Villamil Cicero, Carlos. Página 4805.

La anterior tesis jurisprudencial reconoce que el Código Penal para el Distrito Federal no define al delito de adulterio, lo que desde luego, ya entraña una violación al artículo 14 Constitucional; sin embargo, aunado a lo anterior esta misma tesis al establecer "pero es evidente que por él debe entenderse", está imponiendo una mayoría de razón, ya que señala como evidente lo que para un determinado grupo de personas es el adulterio, y esta evidencia, es contraria a lo estipulado por el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, ya que, como se ha reiterado, establece que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata; asimismo, la tesis a comentario reconoce que nuestro legislador tampoco proporcionó definición alguna sobre lo que debe entenderse por escándalo.

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

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

Sexta Epoca, Tomo XXVIII, página 10, amparo directo 3948/59. Alicia Baltierrez Lugo. 10 de octubre de 1959. 5 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

La tesis que antecede también admite que la ley no define al delito de adulterio, pero argumenta que eso carece de importancia, ya que la ley tampoco define lo que es la vida en el homicidio o la cópula en el estupro; lo que esta tesis no tomó en consideración es que, si bien es cierto que, la ley no define estos términos, también lo es que la vida tiene un valor universal, ya que es concebida como tal en cualquier parte del mundo y con respecto a la cópula, para llegar a su concepción se podía haber recurrido a la medicina forense para que nos precisara el término exacto (actualmente el Código Penal para el Distrito Federal define en qué consiste la cópula), sin embargo, para el caso del adulterio, encontramos que el mismo ha sido concebido de distintas maneras en el tiempo y en el espacio, incluso entre los Estados que integran la República Mexicana, por lo que este tipo de conductas carecen de una concepción universal.

Esta ausencia de descripción, nos parece en extremo reprochable y su definición no puede ser dejada a la concepción gramatical que de él se tenga, ya que si así fuera, las calificativas de los delitos contra la vida y la integridad corporal se deberían de entender de distintas maneras de las que establece la ley.

"ADULTERIO, QUE SE ENTIENDE POR. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).- El artículo 246 del Código Penal vigente del Estado de Jalisco, prevé que se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis, a los culpables de adulterio cometido en la casa conyugal o con escándalo; ahora bien, el delito de adulterio consiste, según la doctrina, en el comercio o ayuntamiento carnal entre hombre y mujer, siendo cualquiera de los dos casados con otra persona, con violación de la fe conyugal".

Quinta Epoca, Tomo LXV. página 1098, Martínez de Pérez, Consuelo. 25 de julio de 1940. Unanimidad de cinco votos.

De esta tesis también se desprende la violación al Principio de Legalidad, ya que al establecer la misma, que es lo que debe entenderse por adulterio, basándose no en la ley, sino en lo que la doctrina marca, entraña una violación al artículo 14 Constitucional, toda vez que, en ningún momento el citado precepto legal estatuye que las penas se impondrán, por deficiencia de la ley, en lo preceptuado por la doctrina.

En síntesis, podemos concluir que, el delito de adulterio previsto en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, en ningún momento define en qué consiste éste y por consiguiente carece de tipo, lo que genera una atipicidad del mismo, violatoria de garantías individuales; en otras palabras, no podemos hablar de un encuadramiento de la conducta a una descripción inexistente y menos aún establecerse una penalidad.

4.6 INCORRECTA UBICACION DEL ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL:

4.6.1 Delitos Sexuales:

Como ya se hizo mención, el delito de adulterio se encuentra ubicado en el Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Décimo quinto, relativo

a los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual; por lo tanto, el ilícito a comento, en nuestra legislación es considerado como un delito de índole sexual, al igual que los de hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro, violación e incesto; ésto a pesar de que las reformas al Código Penal de fecha 22 de enero de 1991, cambiaron la denominación del título de "delitos sexuales" al nombre que actualmente lleva y que apuntamos anteriormente.

Asimismo, también se ha hecho mención de que nuestra legislación concibe al delito como la acción u omisión que sancionan las leyes penales; ahora bien, en lo que atañe a la comisión de los supuestos previstos en el Título Décimo quinto, ésta únicamente puede ser llevada a cabo mediante acciones del sujeto o sujetos activos, y no por la omisión de alguno de ellos.

Por otro lado, creemos conveniente explicar que significado tiene el adjetivo "sexuales", en atención a que los delitos previstos en el Título Décimo quinto son de orden sexual.

Sexual: Significa perteneciente o relativo al sexo.

Sexo: Significa condición orgánica que distingue a ciertos individuos de una especie animal o vegetal, respecto a otros de la misma especie con relación a su forma de intervenir en los procesos reproductivos.

Es oportuno apuntar que, los seres humanos en razón de su sexo se clasifican en masculino y femenino, distinguiéndose entre sí en función de los órganos genitales que integran su aparato reproductor; sin embargo, éste no se reduce exclusivamente a dichos órganos, ya que su función va desde despertar la libido hasta la reproducción de la especie.

Así las cosas, el objeto jurídico de los delitos contemplados en el Título respectivo, no se refieren exclusivamente a la función sexual y reproductora, sino

también a la libre determinación de las personas de elegir las circunstancias de tiempo, modo y lugar para la realización de estas funciones, así como la seguridad en el correcto desarrollo de las mismas; sin embargo, no todo los delitos previstos en este título tienden a salvaguardar estos bienes, sino que protegen otros distintos y por consiguiente, se encuentran incorrectamente ubicados.

Para que un delito pueda ser clasificado como sexual, es necesario que concurren dos requisitos indispensables, a saber:

a) **Manifestación de la voluntad de orden sexual:** Esto se refiere a que la acción del autor tiene que estar encaminada a realizar el supuesto de las normas jurídicas, referidas exclusivamente a conductas sexuales, ya que una misma conducta puede constituir el medio para la comisión de dos delitos distintos y lo que va a distinguir una de otra, es precisamente, la intención del sujeto activo.

b) **La acción del autor tiene que lesionar un bien sexual de la víctima.** Este se refiere a que el resultado material, como consecuencia de la manifestación de la voluntad, debe consistir en un daño o en un peligro de daño concreto de un bien jurídico tutelado de índole sexual.

De los requisitos anteriores se desprende que, no basta una manifestación de voluntad de orden sexual para calificar a un delito como tal, sino que es menester el que se lesione un bien sexual del sujeto pasivo, ya que si este calificativo se le diera a los delitos que se cometen mediante la hipótesis del primer requisito, la necrofilia prevista en el artículo 281 del Código Penal, también tendría que ser calificada como un delito sexual.

Conforme al criterio anterior son delitos sexuales:

- a) Hostigamiento sexual;
- b) Abuso sexual;

- c) Estupro;
- d) Violación.

Ya que estos delitos lesionan la libertad, seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual de las víctimas; en tanto que los delitos de Incesto y Adulterio, son delitos que lesionan el orden familiar.

4.6.2 Diferencia entre Cópula, Coito y Relación Sexual:

El título Décimo quinto del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, utiliza los términos cópula, relación sexual y acto sexual, por lo que consideramos necesario explicar en qué consiste cada uno de los términos referidos:

Con respecto a la cópula, diremos que se entiende como el acoplamiento anatómico entre un hombre y una mujer o entre un hombre y otro hombre, mediante la penetración del miembro viril en orificio anal, vaginal u oral; ahora bien, esta cópula puede ser subclasificada en cópula normal (stricto sensu) o anormal (lato sensu), denominándose a la primera de ellas como un coito, el cual consiste en la penetración del miembro viril en orificio vaginal y en cuanto a la segunda de las mencionadas, ésta recibe el nombre de cópula lato sensu, debido a que la penetración a que se refiere puede ser hecho en vía idónea o no.

Asimismo, encontramos dentro de las conductas sexuales a las relaciones sexuales, las cuales consisten en la realización de cualquier acto tendiente a obtener una satisfacción sexual, integrándose no sólo con la realización del coito o cópula, sino en general con cualquier tipo de conducta que satisfaga un deseo sexual; en esta relación es menester la voluntad de dos personas para poder ser llevada a cabo.

Dentro de estas conductas sexuales plurisubjetivas, así como las unisubjetivas, a cualquier acto que tienda a obtener la satisfacción de los apetitos sexuales, se le va a

denominar como un acto sexual y en el caso de los supuestos previstos en los artículos 260 y 261 del Título Décimo quinto del Código Penal, se requiere que estos actos sean sin el propósito de llegar a la cópula (esto es, que se den tocamientos, caricias, besos, etc.).

De esta clasificación se distinguen la cópula, el coito y el acto sexual de la relación sexual, en función de que los primeros son deseos sexuales, los cuales pueden ser impuestos incluso por la violencia y para el caso de las relaciones sexuales, éstas en todo momento requieren del acuerdo de voluntades de los protagonistas, ya que a nadie se le puede imponer una relación sexual en contra de su voluntad, es por ello, que los tipos penales del delito de violación y abuso sexual, en ningún momento hablan de relación sexual, como lo hace el del incesto.

Por consiguiente, nosotros consideramos que la manifestación de voluntad de orden sexual idónea para la comisión del delito de adulterio, debería de ser la relación sexual, ya que de esta manera también podrían constituir adulterio las relaciones homosexuales del cónyuge infiel, siendo o partiendo de la base que el bien jurídico protegido sería el orden familiar.

4.6.3 Bien Jurídico Tutelado en los Delitos Sexuales:

La descripción de las acciones u omisiones que nuestra legislación considera como delito, reciben el nombre de tipos penales; a estos tipos se les asocia una punibilidad que no forma parte de los elementos del delito, ya que ésta es la consecuencia jurídica que genera la realización del supuesto jurídico en el mundo fáctico; por consiguiente, el tipo penal es un elemento del delito, el cual constituye el supuesto de la punibilidad.

El bien jurídico tutelado es el objeto de protección de las normas de derecho, es por ello, que dicho bien jurídico tutelado se le denomina también objeto jurídico, bien jurídico, fin jurídico o interés jurídicamente protegido.

Los tipos penales, la punibilidad que se les asocia y el derecho penal, únicamente tienen justificación de existir cuando tal existencia es con el propósito de proteger bienes de interés individual, colectivo o estatal, que el legislador considera necesario tutelar, atendiendo a la realidad social del pueblo y de su idiosincracia; por tal motivo, cuando el Estado crea tipos penales a los cuales les asocia una punibilidad, pero que éstos carecen de bien jurídico a proteger, se crea un Derecho Penal que no respeta los derechos humanos; es antidemocrático y no guarda un equilibrio con los intereses de la sociedad.

Ahora bien, para poder hacer una distinción plena de los bienes jurídicos tutelados por la ley, respecto a los delitos previstos en el Título Décimo quinto del Código Penal para el Distrito Federal pasaremos a mencionarlos, siendo así los siguientes:

a) Para el caso del hostigamiento sexual, la manifestación de la voluntad del autor es de orden sexual y el tipo la permite abierta a cualquiera que sea idónea para asediar constantemente a otra persona con fines lascivos; consecuentemente, el bien jurídico protegido por este delito es un bien sexual de la víctima, referido al normal desarrollo psicosexual.

b) Para el caso del abuso sexual, la manifestación de voluntad del sujeto activo debe ser de orden sexual y el tipo permite que ésta sea cualquiera, para ejecutar un acto sexual en una persona u obligarla a ejecutarlo; así, el bien jurídico tutelado en estos delitos consiste en la libertad y seguridad sexual de la víctima, en cuanto a su decisión de permitir o no estos actos en su cuerpo o de ejecutarlos en el cuerpo de otra persona; en el caso de abuso sexual en contra de menores de doce años o de quien no tenga capacidad de comprender los mismos, así como de quienes no puedan resistirlos, el objeto jurídico protegido lo es, la seguridad de un correcto desarrollo sexual en esas personas.

c) En relación al estupro, la manifestación de voluntad del sujeto activo debe

ser de orden sexual tendiente a realizar cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho; este tipo no permite una manifestación de voluntad abierta, ya que establece que el consentimiento debe ser obtenido mediante el engaño; en cuanto al bien jurídico protegido, éste parece ser, que es la seguridad de un correcto desarrollo sexual en los menores de edad; sin embargo, es de hacerse notar el hecho de que el Código Civil considera aptos para realizar la cópula a la mujer de catorce años y el varón de dieciséis, motivo por el cual resulta cuestionable el que el Código Penal, en este delito, considere tanto al varón como a la mujer incapaces de manifestar una voluntad válida para la realización de la cópula.

d) Por lo que hace al delito de violación, el tipo penal establece que la manifestación de voluntad del autor, debe de ser de orden sexual, estableciendo el uso de la violencia física o moral para realizar la cópula; en cuanto al bien jurídico protegido, éste es la libertad sexual de la víctima de copular con quien desee y no ser obligada, ni material ni moralmente a realizarla con quien no desee hacerlo.

e) Para el caso del incesto, la manifestación de voluntad de los coautores debe de ser de orden sexual, sin embargo, en este supuesto no se reúnen los requisitos señalados con antelación para ser considerado como un delito sexual, debido a que con la acción de los autores, en ningún momento se lesiona la libertad, ni el normal desarrollo psicosexual de la víctima; aunado a que el tipo, al establecer el término "relaciones sexuales" presupone la existencia de un acuerdo en la realización de la cópula o cualquier otro acto sexual que impide la lesión de algún bien sexual; por consiguiente, el bien jurídico protegido en este delito dista mucho de ser de orden sexual, ya que consiste en la protección que el Estado hace al orden familiar.

Por las razones expuestas se deduce que el delito de incesto se encuentra incorrectamente ubicado en el Título de referencia, con lo cual debería de ser reubicado, en caso de ser necesaria su tipificación, en algún título que regulara los delitos cometidos en contra de la familia.

f) Para el caso del adulterio, se dice que el bien jurídico protegido lo es la fidelidad conyugal, opinión con la que estamos en desacuerdo, en atención a que el artículo 273 de nuestro Código punitivo al establecer como requisito para la comisión del delito de adulterio, que éste sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, nos hace suponer que no es la fidelidad conyugal el bien que el legislador protegió, ya que ésta debe de ser observada en cualquier lugar y circunstancia y no únicamente en las condiciones que establece el supuesto; por lo que el objeto jurídico de este delito lo es el honor del cónyuge inocente, debido a que si una persona comete adulterio fuera del domicilio conyugal y con discreción, esta conducta no se encuentra tipificada.

Ahora bien, si se va a sostener el criterio en torno a que el objeto jurídico es este delito lo es la fidelidad conyugal, es necesario que se deroguen las modalidades descritas de lugar y modo, para que efectivamente sea ese el bien protegido por la ley.

Con independencia de si el objeto jurídico en este delito lo es la fidelidad conyugal o el honor del cónyuge ofendido, lo cierto es que ninguno de estos dos son sexuales y por consiguiente, a este delito tampoco se le puede considerar de ese orden, en atención a que faltaría la lesión a un bien sexual de la víctima, debido a que ésta nunca lo sufre.

Por las anteriores consideraciones, al igual que el delito de incesto, se desprende que el delito de adulterio se encuentra incorrectamente ubicado en el Código Penal, ya que si se considera que el bien jurídico protegido lo es el honor del cónyuge inocente, debería reubicarse en el título relativo al de "Delitos contra el Honor", como correctamente lo hace el Código Penal del Estado de Guanajuato; y si por otro lado, se considera que el bien jurídico protegido lo es la fidelidad conyugal, entonces debería ubicarse en algún título relativo al orden matrimonial o familiar, como correctamente lo establecen los Estados de Aguascalientes, México y Jalisco.

4.7 NUESTRO PUNTO DE VISTA:

Respecto a la ausencia de definición de la conducta del adulterio, creemos que es completamente anticonstitucional, toda vez que, adolece del requisito de legalidad que toda norma penal, por mandato Constitucional, debe contener; vulnerando con ello el principio de legalidad (NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE); pues no basta que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretenda subsanar tal ausencia de legalidad de tal disposición legal y dicte resolución en el sentido de precisar forma y términos en que se integra este tipo penal; pues el propio Organismo Jurisdiccional, aunque sea Supremo, no puede tomar el papel de legislador y pretender por vía de idoneidad de un pronunciamiento jurisprudencial, legitimar lo violatorio de la garantía de legalidad y así concluir que la integración del adulterio como tipo penal y sus elementos definitorios, se da a través de la infidelidad conyugal en el domicilio conyugal o con escándalo, pues reiteramos, al hacer eso nuestro más alto Tribunal en busca de la legitimidad de la dogmática jurídico penal, pasó por alto el triángulo jurídico que sostiene al principio NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como se estuvo mencionando en el presente estudio, el delito de adulterio previsto en el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, carece de descripción alguna, esto es, no se precisa por el legislador cual es la conducta que el sujeto deberá de abstenerse en su realización, para no ser objeto de castigo; cosa que al carecer dicha figura delictiva de tipo penal, su penalización es indubitablemente violatoria de garantías, al violar tal situación el Principio de Legalidad previsto en el artículo 14, párrafo tercero de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que: "...en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..."

SEGUNDA.- No existe una concordancia absoluta en los Códigos Penales de las diferentes Entidades Federativas que integran nuestra República Mexicana, en relación al delito de adulterio, toda vez que existen algunos Estados que no le atribuyen consecuencias penales a los actos adulterinos y por otro lado, los Estados que sí contemplan la figura delictiva tratando de hacer una definición del mismo, no son acordes entre sí, por lo que da origen a las polémicas doctrinales señaladas.

TERCERA: El delito de adulterio al carecer de definición legal, esto es, no describir la ley la conducta prohibitiva, requiere de la complementación en orden a la antijuridicidad, y esto al ser una función del juzgador hará que se pierdan los linderos entre lo lícito e ilícito, con un franco menoscabo a la garantía de legalidad; todo lo hará el juez, lo mismo integrar el tipo que dotarlo del contenido necesario de antijuridicidad; y esto, obviamente altera en forma sustancial las bases de sustentación de nuestro sistema jurídico penal; toda vez que, de esa forma se estarán concentrando en una sola persona, tanto la facultad legislativa como la facultad judicial,

ya que el juez al tener que detallar o construir la conducta delictiva, estará realizando funciones legislativas y será al mismo tiempo aplicador del propio dispositivo por él construido; llegándose con esto al máximo peligro en orden a la garantía de legalidad, puesto que si la conducta no está previamente descrita por la ley, sino que va a ser motivo de posterior determinación para la declaración, tanto para la tipicidad como para la antijuridicidad, el dogma sustentado de todo nuestro sistema penal quedará drásticamente eliminado.

CUARTA.- Como se mencionó en el presente estudio, el bien jurídico tutelado por la ley en el delito de adulterio lo es el honor del cónyuge ofendido, esto en atención a que el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal establece como requisito para su consumación, que sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, por lo que si ninguna de estas circunstancias se verifica, la conducta no puede constituir el delito a comento.

Por otro lado, si lo que se pretende es que sea el bien jurídico tutelado la fidelidad conyugal o el orden matrimonial, es necesario que se excluyan los requisitos del domicilio conyugal y del escándalo, debido a que el orden matrimonial se ve afectado con o sin estos requisitos y la fidelidad conyugal debe de ser observada en cualquier circunstancia y no únicamente en las condiciones establecidas.

QUINTA.- Para poder dar cabal cumplimiento al Principio de Legalidad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, proponemos la modificación del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 273: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona que estando casada civilmente o en legal concubinato, tenga relación sexual con persona distinta, sabiendo ésta la existencia de dicho vínculo".

De esta forma, el artículo 273 del Código citado, daría cabal cumplimiento al Principio de Legalidad y el bien jurídico tutelado lo sería el orden matrimonial; la punibilidad que se le asociaría estaría apegada a derecho y el tipo propuesto sancionaría la realización del adulterio cometido por personas del mismo sexo.

SIXTA.- Como el bien jurídico tutelado en el tipo propuesto con antelación lo es el orden matrimonial, se propone que el delito de adulterio se excluya del título relativo a los delitos que atentan contra la libertad y normal desarrollo psicosexual de las personas, para ser reubicado en el título relativo a los delitos que atenten contra el orden matrimonial y el honor, contemplando así a los delitos de "Adulterio, Incesto y el de Bigamia".

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- BURGOA Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décimo Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
- CABRERO, Marcelino. Comentario al Código de Derecho Canónico. Vol. II. Editorial B.A.C. Madrid, 1963.
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis. Bogotá, 1957.
- CARRARA S, Mario. La Antropología Criminal en la Analogía del Derecho Penal. Editorial Archivo de Antropología Criminal. Nápoles, 1934.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Décimo segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.
- CARNELUTTI, Francesco. Teoría General del Estado. Editorial E.J.E.A. Buenos aires, 1971.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Trigésima segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Nacional. México, 1976.
- DE AQUINO, Santo Tomás. Suma Teológica. Vol. XV. Editorial B.A.C. Católica. Madrid, 1956.
- DE LA BARRERA Solórzano, Luis. Principio de Legalidad y Mandato de Certeza, en Criminalfa Academia Mexicana de Ciencias Penales, Año LV. No. 1-12. Enero-diciembre. Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.

DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

DI MAURO, G.B. Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege. en Revista Penal, Vol. III. Fasc. 4-5. Nápoles.

FLORES MARGADAN, Guillermo. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica. Séptima Edición. Editorial Esfinge, México. 1975.

GARCIA Cordero, Omar. Biblia Comentada. Texto Nacar, Editorial Colunga B.A.C. Vol. II, Madrid, 1962.

GAROFALO. El Poder Social y la Escuela Criminal Positiva. en Revista Penal. Vol. I. Fasc. 2. Nápoles, 1933.

GOLDSMIDT. Metodología Jurídico Penal. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1935.

GONZALEZ Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Décimoquinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1990.

GONZALEZ Ferrer, Elías. Tipo e Injusto. Editorial Temis, Panamá, 1979.

GRIPIGNI. Bases para un Nuevo Derecho Penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo I. Fasc. II. Madrid, 1947.

HENKEL, Hans. Teoría del Estado. Octava Edición. Editorial Textos Universitarios. México, 1989.

- JELLINEK H. Teoría General del Estado. Edición de la Facultad de Derecho de México. México. 1989.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Sexta Edición. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1973.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. Tomo V. México, 1985.
- KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Cuarta Reimpresión. Editorial UNAM. México. 1988.
- MARTINEZ ROARO, Marcela. Delitos Sexuales. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1985.
- MACHADO, José Mario. El Adulterio en el Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Valencia, 1977.
- MEZGER H. Tratado de Derecho Penal. Traducido y anotado por Rodríguez Muñoz, Editorial Reus, S.A. Madrid, 1935.
- MONTIEL Acosta, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales. Décima Edición. Editorial de la Facultad de Derecho de México. México, 1976.
- NORIEGA, Alfonso. La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. Novena Edición. Editorial UNAM. México, 1967.
- OLIVER Rodríguez, Francisco. Enciclopedia Jurídica Española. Sexta Edición. Editorial Reus. Barcelona, 1979.

- PAVON Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1991.
- PORTE PETIT Candaudap, Celestino. Apuntamientos a la Parte General de Derecho Penal. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1980.
- RIVERA Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- VILLA RODRIGUEZ, Dolores. Historia y Teoría Jurídica del Adulterio. en Revista de Criminología No. 12. México. 1964.
- VELA TREVIÑO, Sergio. El Principio de legalidad y los Tipos Abiertos. en Criminología Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año XLIV. No. 4-6. abril-junio. Editorial Porrúa, S.A. México. 1988.
- WELSEN, Hans. Derecho Penal. Parte General. Palma Editor. Buenos Aires. 1956.
- WELSEN, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Editorial Ariel. Barcelona, 1969.
- WERNER, Jaeger. Los Ideales de la Cultura Griega. Editorial F.C.E. México, 1978.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría del Delito. Editorial EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 1973.

LEGISLACION:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Leyes y Códigos de México.

Novigésima Quinta Edición.

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1993.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Cuadragésima Sexta Edición.

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1993.

Código Civil para el Distrito Federal.

Editorial Sista, S.A.

México, 1993.

Código Penal para el Distrito Federal.

Cuadragésima Novena Edición.

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1993.

Código Penal comentado.

González de la Vega, Francisco.

Novena Edición.

Editorial Porrúa, S.A.

México, 1989.