

321909

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

9
2ej



CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS
CLAVE UNAM 3219

"LA INEFICIENCIA JURIDICA DEL DELITO
DE ADULTERIO"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALBERTO GONZALEZ DE LA GARZA

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JUAN GUTIERREZ GUTIERREZ.

MEXICO, D. F.

1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

273840



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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 MI MAMA POR SER LA PERSONA MAS LINDA Y CARINOSA DEL MUNDO.
A MI PAPA POR SER EL MEJOR PADRE QUE DIOS PUDO DARMER.
A MAGOS POR SU SENCILLEZ Y APOYO DURANTE TODA MI VIDA.
A JUAN + POR SER TODO LO BUENO QUE PUEDE EXISTIR.
A MI TIA TITA Y A MI TIA EVA + POR ESTAR SIEMPRE CONMIGO.
A TIA CAROLA + POR SU CARINO.
A MIS ABUELITAS + POR SU AMOR.
A MI TIO MIGUEL POR SER TAN BUENO CONMIGO Y CON TODOS.
A MI MAESTRA RICO POR QUE LA QUIERO Y LA QUERRE SIEMPRE.
A HUMBERTO Y ADRIAN POR SU AMISTAD.
A CARLOS Y A VERONICA POR SUS ESTIMULOS Y NOBLEZA.
A TODOS MIS MAESTROS MIL GRACIAS.

I ANTECEDENTES HISTORICOS

	PAGINA
Introducción.-----	5
Breve semblanza general.-----	9
El adulterio en las culturas primitivas, los aztecas.	12
El antiguo Oriente.-----	32
Grecia.-----	38
Roma.-----	39
Los pueblos germanos.-----	51
El Derecho canónico.-----	56
Posterior evolución europea.-----	62
España.-----	68
Mexico epoca colonial.-----	84

II OTROS PUEBLOS

	PAGINA
La Civilización Occidental y el Derecho.-----	97
Los países nórdicos.-----	103
El círculo del Derecho germánico.-----	112
Los países del círculo latino.-----	119
Latinoamérica.-----	129
Los países anglosajones.-----	135
Los países exsocialistas.-----	146
Países próximos a la cultura occidental.-----	149

III EL ADULTERIO EN NUESTRA LEGISLACION CIVIL Y PENAL

Definiciones.-----	PAGINA 156
Opiniones de autores.-----	164
Comentarios.-----	169

IV CONCLUSIONES

Conclusiones.-----	176
Propuesta.-----	182
Bibliografia.-----	183

· INTRODUCCION.

El presente estudio tiene por objeto el análisis lógico jurídico de la figura de adulterio doloso consumado en el domicilio conyugal.

Se eligió este tema por considerarse que la regulación jurídico penal del adulterio carece de legitimación por no responder a la necesidad social que debe subyacer en toda creación legislativa que se lleva a cabo; además, por considerarse que pertenece, de forma exclusiva, a la esfera de la vida privada de los sujetos.

Cualquier adulterio es siempre un ilícito civil que, por violador del deber de fidelidad matrimonial, produce acción de divorcio (artículo 267 fracción I del Código Civil vigente en el Distrito Federal y sus concordantes en las Entidades Federativas). Pero para que el adulterio constituya delito, se requiere su realización en condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente (violación del domicilio conyugal, escándalo).

Por la dificultad de denotar el discutible objeto de la tutela penal, por la dificultad práctica de su comprobación en

los procesos, por la esterilidad de su represión y por la crisis actual del matrimonio la tendencia moderna es abolicionista del adulterio como delito, abandonando su ilicitud a las simples sanciones civiles.

Siguiendo una corriente modernista como lo han hecho ya en la República Mexicana los Estados que han adoptado el Código Penal denominado Defensa Social, entre ellos se encuentran los de Puebla, Veracruz, Zacatecas, Quintana Roo, Baja California y los que han elaborado su Código Familiar como los Estados de Hidalgo y Colima; en donde han eliminado de sus Códigos el adulterio como delito y otros países como lo son Uruguay, Cuba, Colombia, Costa Rica, refiriéndose a la América Latina y en Europa la antigua URSS, Dinamarca, Letonia, España etc., para justificar mi criterio que propongo sea aceptado, expondré durante el desarrollo de este tema un estudio jurídico comparativo entre las diferentes corrientes defensistas en pro de la existencia de dicho ilícito dentro de la ley penal, así como de aquellos que han pedido la abolición del mismo y que éste quede encuadrado únicamente dentro de las causales de Divorcio, de las cuales las legislaciones más modernas han tomado bases para excluirlo del catálogo penal.

Considero que el adulterio no debe ser una infracción penalmente punible, puesto que esto sería rebajar la noción del matrimonio, ya que la sanción penal reside sólo en la naturaleza

del vínculo, en la disolución del contrato, produciéndose el divorcio o la separación de cuerpos, tales son los dos verdaderos remedios cuando uno de los esposos falta de una manera grave a sus compromisos. Un juicio no remedia nada, produce escándalo, no corrige al culpable y si humilla al inocente y deja grave trauma a los hijos.

Se propone que en el Distrito Federal en donde se contempla el adulterio como delito, sea abrogado, por una parte, por que no se define su conducta en la Legislación Penal y por la otra por que, si se quiso proteger la infidelidad conyugal, el matrimonio es de orden privado y no debe de recaerle ninguna sanción del orden público por este concepto, ya que es bien sabido que la ley es ordenamiento de la razón y no de la voluntad del legislador.

El Derecho penal no es el último recurso para enfrentar la comisión de adulterios la primera y única vía debe ser la civil, que no es de naturaleza represiva, por lo tanto, debe de desaparecer del Código Penal.

Antes de iniciar el estudio histórico-penal de nuestro tema, es imprescindible hacer mención de la familia. La estructura de esta condiciona la concepción del tema a tratar.

En este sentido son de la máxima trascendencia dos concepciones de la familia, que, radicalmente distintas, se han dado en la historia.

Tenemos en primer lugar la concepción patriarcal de la familia que gira en torno a la figura del varón jefe de la misma. El rasgo clave es el poder de dicho jefe sobre los miembros y cosas de la familia. Todos le están subordinados y le pertenecen. Trataremos del nacimiento de esta estructura al estudiar los pueblos primitivos, y posteriormente veremos cómo el patriarcado va puliéndose, hasta alcanzar su pleno desarrollo y consagración jurídica en Roma.

En segundo lugar, con el Cristianismo, aparece aquella concepción familiar cuyo núcleo deja de serlo el poder del paterfamilias, para pasar al matrimonio; más concretamente a la relación amorosa y sexual entre los dos cónyuges. Volveremos sobre esto al tratar el Derecho canónico.

Lo que sí advertimos desde ahora, es la necesidad de distinguir entre el plano ideológico y el de las infraestructuras. A pesar del referido cambio en la concepción

del matrimonio, la estructura patriarcal pervive a nivel infraestructural, con más o menos fuerza, hasta nuestros días. Las causas son varias, pero todas ellas radican en el hecho de obedecer el patriarcado a unas bases económicas y sociológicas que el Cristianismo no logró alterar lo suficiente.

Podemos observar cómo donde conservó el patriarcado más virulencia fue en el Sur de Europa. Precisamente donde primero llegó el Cristianismo y su Derecho, pero también donde el Derecho romano y su institución familiar habían ejercido una más larga influencia.

En el Norte de Europa, donde la influencia romana fue menor, y el patriarcado fue menos extremo, entre otras por razones de organización económica (que veremos en su momento oportuno). Al tratar de los germanos, veremos la influencia del grado de tecnicismo de la organización económica de la familia. "hay una posición más igualitaria entre ambos cónyuges. Allí evidentemente se dio también la recepción del Derecho romano, pero tardíamente o a través del Derecho común, es decir, influido o mediatizado por el canónico" (1). Tres grandes tradiciones han dominado en Europa antes de unirse y de mezclarse entre sí: la tradición grecolatina, la tradición judaica y la tradición de los pueblos escandinavos y germanos. El cristianismo vendrá pronto a modificar y a unificar estas tres grandes corrientes.

(1) Evelyn Sullerot: La mujer, tema candente, p.19, Madrid, 1971.

No debe, por ello, extrañarnos que previvan infraestructuras ajenas o contrarias a la ideología cristiana, incluso en materias como el matrimonio, donde ésta ha sido aceptada a nivel de super estructura.

Con esta distinción ideológica y la nota de la pervivencia de la concepción patriarcal, en mente, pasaremos a ver el tratamiento jurídico penal del adulterio en la Historia.

Comenzaremos con los pueblos primitivos, que estudiaremos ampliamente, por cuanto en ellos encontraremos la primera razón de la incriminación del adulterio. Después trataremos las primeras civilizaciones, haciendo hincapié en Grecia e Israel, por su influencia en nuestra civilización occidental. La influencia de Israel la recibimos a través del Cristianismo y de la Biblia. La de Grecia nos llegó por medio de Roma. Allí se inició el modo de pensar de lo que sería la base de nuestra civilización. Roma será objeto de profundo estudio, por suponer la culminación del patriarcado. En los germanos veremos la influencia de la estructura económica en la familiar, y cómo la mujer está mejor considerada que en Roma. El Derecho canónico tiene para nosotros una gran importancia, por cuanto supone la plasmación jurídica del modelo que lentamente se va imponiendo en la familia occidental.

LAS CULTURAS PRIMITIVAS

Hay una falta de unanimidad en el campo científico internacional respecto al uso de los términos cultura, civilización y sociedad. "Al hablar de cultura me estoy refiriendo, como es costumbre entre los antropólogos actualmente, a las sociedades primitivas, en oposición a las civilizaciones de las sociedades más evolucionadas".(2)

LAS RELACIONES SEXUALES EXTRA-MATRIMONIALES EN LAS CULTURAS PRIMITIVAS.

"En los pueblos primitivos el adulterio, que sólo puede cometer la mujer, es una de las ofensas más graves. Generalmente se castiga con la muerte. Sin embargo, el mismo marido, capaz de matar a la mujer que le engaña con otro, está dispuesto a prestarla a un amigo, a regalarla e incluso a darla para que se la devuelvan preñada" (3). De este dato extraeremos más adelante las debidas consecuencias.

(2) Fernando Braudel. "Gramática de las civilizaciones", Las civilizaciones actuales, Madrid, 1973.

(3) Schiattarella: Ricerche di filosofia contemporanea, 1891. Evelyn Sullerot: op. cit., p. 21.

Primero vamos a constatar lo afirmado. Ello no resulta difícil, pues a diferencia de las primeras civilizaciones, ya desaparecidas, el primitivismo es un estadio cultural. Ello hace posible el encontrar aún en la actualidad numerosos pueblos que se encuentran en el mismo estado de primitivismo. Las actuales costumbres de éstos no deben diferir de las de aquéllos. Al menos, el hecho de coincidir dichas costumbres con las teorías que se mantienen sobre las de aquéllos, será un importante dato positivo. Tenemos además el valioso testimonio de antropólogos del siglo pasado. Ellos observaron a muchas de estas culturas antes de que sufrieran la influencia occidental. Las obras consultadas se basan fundamentalmente en datos proporcionados por dichos antropólogos.

Como expondremos más adelante, partimos de que precisamente la paulatina disolución de la organización totemística fue una de las causas que condujo al establecimiento del patriarcado. Las obras de Evelin Sullerot: *La mujer tema candente*, C. Lombroso y G. Ferrero: *Das Weib als Verbrecharin und Prostituirte*, Montealbano: "adulterio e fecondazione artificiale", en *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Jimenez de Azúa: "El adulterio" en *El criminalista* y Miguel de Carmona: *El adulterio en el Derecho civil, canónico, social, penal y procesal*.

Obras que nos son útiles por contener una numerosa relación de testimonios de etnólogos, antropólogos, exploradores y conquistadores, acerca de el adulterio en los pueblos primitivos.

Coincidiendo con lo afirmado, "los indígenas y los aborígenes australianos prestaban, alquilaban e incluso regalaban a sus esposas. En ocasiones la finalidad era que fueran devueltas preñadas. Ahora bien, si éstas se iban motu proprio con otro hombre, sin el consentimiento del marido, se estaban jugando el ser muertas a manos de éste. Lo mismo ocurría en Caledonia, solo que allí era un Consejo de Ancianos el encargado de imponer la pena. En otros lugares del globo, como entre los hotantotes africanos, encontramos idéntico proceder ante estas (infidelidades no autorizadas)" (4).

"Por lo que respecta a la pena, normalmente era la de muerte a manos del marido ofendido" (5). Esta podía ejecutarse de diversas formas. "Los indios modogs la destripaban, en Dahomey se la garrotaba" (6), "los aztecas preferían la lapidación" (7), y en algunos lugares de Oceanía todo el pueblo tomaba parte en el castigo.

(4) C. Lombroso y G. Ferrero: *Das Weib als Verbrecherin und Prostituirte*, pp.202 y 203, Hamburgo 1894.

(5) Lombroso y Ferrero: *op. cit.*, p.201.

(6) Lombroso y Ferrero: *op. cit.*, p. 203.

(7) Jiménez de Azúa: "El Adulterio", en *El Criminologista* t.X, p.178, Buenos Aires, 1952.

En algunos pueblos la penalidad era menor. Los achanti africanos, si bien en ocasiones la mataban, normalmente se conformaban con cortarle la nariz o venderla como esclava. Los pieles rojas sólo mataban a la adúltera cuando no llegaban a un acuerdo con el amante de esta. Entre los tibetanos, javaneses y dacayos, bastaba una simple multa pecuniaria. En otros pueblos se daban pocos casos de muerte de la adúltera. Entre los abisinios, que reconocían al marido el derecho a matar a la adúltera, debido a su mentalidad liberal; en Guatemala, se prefería solucionar el problema de modo amistoso, y a diferencia de otros pueblos, "En muchos pueblos se obligaba al marido a penar a la esposa. Incluso en Roma se derivaban consecuencias legales negativas para el esposo que no repudiara a su mujer adúltera, a partir de Augusto" (8). Groizard, a finales del siglo pasado, clamaba contra quien no obligaba a perseguir a la adúltera.

"No estaba mal visto el marido que perdonaba a su esposa adúltera los esquimales no parece que dieran demasiada importancia a la fidelidad conyugal" (9). Resumiendo, "podemos establecer como penas más frecuentes las siguientes: la pena capital (con o sin refinamiento), el castigo corporal (flagelación y/o mutilaciones), el extrañamiento"(10). y la sanción pecuniaria por el daño "económico" causado en la propiedad marital.

(8) Groizard: Código penal de 1870, Concordado y Comentado t. V, Salamanca, 1893 p. 17).

(9) Lombroso y Ferrero: op. cit., pp. 202 y 203.

(10) Miguel De Carmona: El adulterio en el Derecho Civil, canónico, social, penal y procesal, pp. 53-54, Editorial jurídica española, s/f (posterior a 1974).

"La pena alcanzaba normalmente al cómplice de la mujer, siendo además en algunas ocasiones el único castigado, como autor de lesión en propiedad ajena. En estos casos, la sanción llevaba aparejada frecuentemente la cesión de la mujer al amante, como ocurría entre los indígenas de la isla de Misol en Luag; Seranlat y Gorog, en Oceania; en algunas tribus tártaras; entre los negros de la costa del Oro, etc." (11) "Como reos de robo se mataba a ambos en el caribe, Perú y entre los guaranis, los pipitas del Salvador, a los churrúas, los cabilas, los iztas, los chalcanies y los araucanos también" (12). "Entre los fueguinos incluso se castigaba con mayor severidad al cómplice. En nueva Caledonia, si este estaba casado, se le castigaba permitiendo que todos los adultos de la tribu tomaran a su mujer" (13), "en algunas tribus de Guayanas y Venezuela se facultaba al marido para cohabitar con la esposa del amante de su mujer tantas veces como éste lo hizo con la del agraviado" (14).

NATURALEZA JURIDICA Y RATIO ESSENDI DEL ADULTERIO EN LAS CULTURAS PRIMITIVAS.

Lo antes visto, y el hecho de que el mismo marido capaz de matar a su mujer adúltera no tenga inconveniente en cederla,

-
- (11) De Carmona: op. cit. p. 47 punto 5º).
 - (12) Lombroso y Ferrero: op. cit., p. 202.
 - (13) Lombroso y Ferrero: op. cit., p: 203.
 - (14) De carmona: op. cit., p. 48, citando la obra de Historia de América, de Pi y Margall.

el hecho de que se castigue a los adúlteros como culpable de robo (El robo era uno de los delitos más graves entre los pueblos primitivos. Al adulterio, salvo contados casos, se le aplicaba la misma pena que al robo, por considerarse que era un robo.) , o el caso apuntado de reparación del daño por violación de la mujer del cómplice, con nuestro esquema mental la mujer del cómplice es perjudicada. Ellos lo veían bajo el esquema simple de , tú has violado mi propiedad, y por ello la tuya te será violada., nos llevan a apoyan la conclusión siguiente:"la mujer no era considerada como una persona, sino como una cosa mueble, propiedad del marido. El adulterio, por tanto es un atentado contra la propiedad marital.

Lo anterior tiene su explicación en el paso de matriarcado al patriarcado"(15). "Algunos autores dudan sobre la existencia de un matriarcado anterior al patriarcado." (16) Esto se realiza en un proceso en el que podemos ver tres momentos claves. En una primera fase tiene lugar un crecimiento de la autoridad del hombre en la familia. En la segunda se produce una paulatina disolución de la organización totemística de la tribu.El tercer momento lo supone la aparición y desarrollo del concepto de propiedad privada o individual. En ese tercer momento la mujer se convierte en propiedad del hombre, y por tanto la esposa del marido y los hijos del padre.

(15) Wundt: La psicología del populi, 1929, p. 142, citado por Montalbano (op. cit., p. 339).

(16) Evelyn Sullerot (op. cit.,p. 20),

.El alcance del concepto de propiedad, unido al de autoridad son, en definitiva, los que dan origen a esa especial situación de poder del jefe de la familia sobre sus miembros. En el caso de la mujer adúltera, ese poder se traduce generalmente en la facultad de matarla.

Por lo tanto, como dice Montalbano, si los actuales pueblos salvajes poseen unas leyes que, fundadas en ser la mujer propiedad del marido, castigan severamente el adulterio de ésta, y tales leyes son idénticas a las que tuvieron los pueblos hoy civilizados en sus orígenes históricos, no hay duda que el único significado originario del adulterio en sentido estricto o romanístico (el solo comisible por la mujer). Llama Montalbano (adulterio románico) al que sólo puede cometer la mujer casada. Supongo que ello se debe al hecho de ser en Roma donde alcanzó su plenitud jurídica bajo Augusto .," era el mismo en todos los pueblos; el de robo, el de daño a la propiedad marital. Por tanto, el único fundamento de la reprensión de dicho adulterio residía en la necesidad de tutelar la propiedad marital" (17).

Algunos autores afirman que la razón de la incriminación reside en la necesidad de perpetuar el sistema patriarcal, sirviéndose de la mujer para la reproducción. "El adulterio

(17) Montalbano: "Adulterio e fecondazione artificiale" en Studi in onore di Francesco Antolisei, p. 339., vol. II, Milano, 1965.

strictu sensu es el resultado de la situación de la mujer en la estructura patriarcal. Con las penas se protege la estructura globalmente considerada, independientemente de las razones o causas que originaron dicha estructura. No se debe de confundir la razón de la repreción penal, la tutela de la propiedad marital con las posibles y variadas razones que la hacen un derecho valioso y digno de ser protegido; menos aún, con las causas que hicieron que ese derecho fuese tal. El caballo era otra propiedad codiciada"(18), y se castigaba su robo. A nadie se le ha ocurrido decir que la razón de castigar dicha conducta reside en la necesidad de facilitar y garantizar un más cómodo trabajo o traslado. lo que se tutela es la propiedad de un bien, por el hecho de ser tal propiedad. Ya dijimos, siguiendo a Wundt, que la aparición del concepto de propiedad privada fue una de las causas que condujo a la aparición del patriarcado.

Así pues, podemos afirmar que en las culturas primitivas solo la mujer puede cometer adulterio, como también es considerada un objeto de procreación, el cual excluyendo a los esquimales, los cuales no daban mucha importancia a la fidelidad conyugal, sancionaban el adulterio con la muerte, penas pecuniarias o con la ley del talión. El delito de adulterio es equiparable al robo casi en todos los casos, también se duda de un matriarcado anterior al patriarcado.

(18) Lombroso y Ferrero: op. cit., p. 201.

EL DERECHO AZTECA.

Los Aztecas.

"La historia de las Américas registra la colonización y asentamiento de un gran continente episodio notable en la historia de la humanidad. Sin embargo, el asentamiento europeo en América, con toda su significación política moderna, no es sino una fase reciente de la historia del hombre en el continente americano. La colonización asiática del Nuevo Mundo, que precedió en muchos siglos a la infiltración europea, tiene su espléndido lugar propio en los anales del continente americano.

Esta inmigración de Asia produjo al indigena americano. Sin su desarrollo preliminar de los recursos del continente, es dudoso que la ocupación europea hubiera tenido el éxito que tuvo. Las grandes civilizaciones de los aztecas y de los incas desafiaron la imaginación europea y ofrecieron a sus conquistadores militares una vida brillante. La humilde destreza agrícola de las tribus de las riberas orientales de Norteamérica sostuvo a los exiliados religiosos hasta que pudieron vivir de la tierra y crear su propio tipo de comunidad. El indigena y su cultura pronto quedaron sepultados; pero fertilizaron un suelo que de otra manera nunca habria producido la pródiga cosecha de la civilización panamericana"(19).

(19) Gorge C. Vailant: La civilización azteca, versión española de Samuel Vasconcelos, Fondo de Cultura Económica, tercera edición en español, Tomo I. México D.F., 1960.

El choque más violento entre los indígenas y los europeos tuvo lugar en el Valle de México, a principios del verano de 1520, cuando Cortés y sus hombres llevaron a cabo la conquista de México y derrocaron la civilización azteca, la cultura indígena más adelantada de aquel tiempo. El éxito de Cortés fue el imán que atrajo hacia las Américas el férreo poderío de Europa. La piedra no pudo resistir al acero, pero no faltó valor para enfrentar al enemigo. La historia de los Aztecas es la base del nacimiento de la civilización indígena y muestra de su grandeza.

Los Aztecas fueron un cumulo numeroso de grupos indígenas independientes, que ocuparon una parte del centro de México. Su historia y sus costumbres sociales se conocen mejor que la de otros grupos por que su dominación tuvo para el mundo europeo una importancia mucho mayor. Los observadores españoles, de los rangos militar, sacerdotal y civil, escribieron minuciosos relatos de la historia azteca, y algunos autores indígenas pertenecientes a una generación posterior los enriquecieron con las tradiciones de los grupos, aun poco deformadas por el cristianismo. Unos cuantos documentos pictográficos, hechos antes de la conquista o copiados después, constituyen adiciones valiosas a los anales aztecas. Sin embargo, nuestros datos más importantes de la historia indígena provienen de la arqueología, rama de la investigación que reintegra la historia social por medio del estudio de las reliquias que sobreviven de las obras

humanas de las edades pasadas.

Es difícil decir si entre los aztecas el adulterio estaba muy extendido. El rigor extremo de la represión, la frecuencia de las referencias que se hacen en los textos a la ejecución de los culpables, parecen indicar que la sociedad se daba cuenta de que entrañaba un peligro grave, y que reaccionaba contra el con violencia. El adulterio suponía la muerte para los dos que lo cometían. Se les mataba aplastándoles la cabeza a pedradas, pero la mujer era previamente estrangulada. Ni siquiera los más altos dignatarios escapaban a este castigo. La Ley, por severa que pueda haber sido, exigía, sin embargo, que el crimen estuviera bien probado, el solo testimonio del marido era tenido por nulo, era necesario que otros testigos imparciales viniesen a confirmar sus afirmaciones, y el marido que mataba a su mujer, aun cuando la encontrara en delito flagrante, era castigado con la pena capital.

"Quizá el ejemplo más dramático y más célebre de adulterio en la historia del México antiguo nos lo proporciona también la familia real de Texcoco. El rey Netzahualpilli contaba entre sus esposas secundarias a una hija del emperador azteca Axayácatl, esta princesa, aunque era casi una niña, era tan astuta y diabólica que, temían y respetaban por la gravedad de su persona (Ixtilxóchit dicen que no tenía menos de dos mil servidores),

que comenzó a caer en mil flaquesas...

Llego al extremo de que, cualquier mancebo galán y gentil, hombre acomodado a su gusto y afición, daba orden en secreto de que aprovecharse de ella, y habiendo cumplido su deseo lo hacia matar, luego mandaba hacer una estatua de su figura o retrato, y después de muy bien adornada de ricas vestimentas, joyas de oro y pedreria, lo ponía en la sala donde ella asistía, fueron tantas las estatuas de los que así mató que cubria toda la sala a la redonda, el rey cuando la iba a visitar y le preguntaba por aquellas estatuas, le respondía que eran sus dioses, dándole credito el rey por ser como era la cultura mexicana muy religiosa de sus creencias.

Pero un incidente debia descubrir el secreto de la princesa azteca. En efecto, cometió la imprudencia de hacer un regalo a uno de sus amantes, aún vivo, consistente en una joya que su marido le habia regalado. Netzahualpilli, sospechando algo, se presentó una noche en la residencia de la joven. Las matronas y los servidores le dijeron que estaba reposando, pensando que el rey se regresaria como otras veces lo habia hecho, mas en la duda, entró en la cámara donde ella dormía y llegó a despertarla, y encontro una estatua que estaba echada en la cama con su figura. La princesa, durante ese tiempo, celebraba una fiesta con tres elegantes, de alto linaje.

Los cuatro fueron condenados a muerte y ejecutados junto con

un gran número de cómplices de adulterio y de los asesinatos, en presencia de una enorme multitud. Estos sucesos contribuyeron en gran medida, a dificultar las relaciones entre la dinastía de Texcoco y la familia imperial de México que, aunque disimulando su rencor, no perdonó al rey el castigo dado a la princesa azteca"(20).

"Se habla poco del divorcio en el México antiguo. El abandono del domicilio conyugal ya por parte de la mujer, ya por parte del marido, constituía una causa de disolución del matrimonio. Los tribunales podían autorizar a un hombre para repudiar a su mujer si probaba que era estéril o descuidaba de manera patente sus tareas del hogar. La mujer, por su parte podía quejarse de su marido y obtener una sentencia favorable si llegaba a convencer al tribunal, por ejemplo, de que la había golpeado, de que no suministraba lo necesario o de que había abandonado a sus hijos" (21).

En el derecho azteca, podemos observar lo que fué el desarrollo y la aplicación de las leyes, así como el estudio del Derecho. Siendo este un imperio que dominó a la mayor parte de los grupos de esta época, e impuso su influencia en las prácticas jurídicas, así como también alcanzó grandes logros en materia

(20) Gorge C. Vailant: La civilización azteca, versión española de Samuel Vasconcelos, Fondo de Cultura Económica, tercera edición en español, Tomo II p.186, México D.F., 1960.

(21) Gorge C. Vailant: op. cit., p. 188.

penal, sus sistemas eran escritos y en sus códigos se expresaban los delitos y las penas, demostraban severidad, distinguieron entre los delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de las penas y las excluyentes de responsabilidad.

Clasificaban a los delitos de la siguiente forma, a.- contra la moral pública, b.- contra el orden de la familia, c.- contra la libertad y seguridad de las personas, d.- contra la vida e integridad corporal de las personas.

"El Derecho azteca hace referencia sobre el sujeto que fuese un homicida, el cual pagaba con su vida el crimen que cometía, se hace mención sobre la pena aplicada al hombre que daba muerte a su mujer y al amante de ésta, en caso de que la encontrase en flagrante delito. Era regla del derecho, que nadie podía facultarse para hacerse justicia por sí mismo, por que esto equivaldría a usurpar las facultades del rey" (22). Una de las formas de homicidio que contemplaban los aztecas; era especialmente que entre los indígenas se ejercitaba el envenenamiento y una norma de penalidad para el homicidio, era cuando a los deudos del occiso se les otorgaba el derecho de perdonar al criminal o de castigarlo con la pérdida de la

(22) Hernandez Rodriguez Regulo: Derecho Azteca, Organización Política, Social, Económica y Jurídica de los Aztecas, I.S.N. S.A., p.124.

libertad, en provecho de los deudos, con la esclavitud del culpable. La venganza privada no era permitida en el Derecho azteca, en los últimos años del Imperio, sólo le era permitido al esposo punzar las orejas a la esposa adúltera y a su cómplice, pero no se le permitía matarlos. En Texcoco, el sorprender infraganti a los adúlteros aumentaba la pena, pues el culpable sorprendido en el acto era lapidado, si era sólo por queja, entonces solamente lo estrangulaban. Como es de observarse, en las leyes penales de los aztecas, se imponían los castigos con rigidez. Asimismo al adúltero que asesinaba al esposo legítimo recibía también la pena de muerte dándosele esta de una manera especial: se le rociaba al adúltero con agua y sal y se le quemaba vivo. En esta época se presentaron Doce Capítulos que tenían una semejanza con nuestra legislación vigente, respecto de los delitos penales."En su número 84, en relación con el artículo 17 Constitucional actual, establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Figura en lo que se refiere al homicidio y aplicación del concepto respecto al delito del homicidio por infidelidad conyugal. La forma de la aplicación de la pena de muerte, era lapidación a la mujer adúltera, públicamente en la plaza de la ciudad. Haremos referencia sobre la pena de muerte, en nuestra legislación actual, la cual no está prohibida en su totalidad, pues se hace cita en la Constitución en su artículo 22, que dice: que sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al

homicida con alevosia, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. El pueblo azteca practicaba la moral y consideraba como delitos todos los actos que consistían en una infracción a sus leyes penales, siendo el adulterio uno de ellos. Refiriéndose al marido ofendido en el Derecho azteca, la ofensa se castigaba con la aplicación de la pena de muerte, el número 189 de estas leyes nos dice que.- El que cometiera el delito de homicidio será castigado con la pena de muerte. Número 208.- El delito de adulterio puede ser cometido: I- Por la esposa principal con varón soltero o casado. II- Por la esposa secundaria con varón soltero o casado. III- Por varón cuando tenga relaciones sexuales, con la esposa de otro. Número 210.- El adulterio se castiga no obstante el perdón dado por el ofendido, aunque la pena seria menos rigurosa. Número 211.- Cuando la esposa adúltera y su cómplice fueran sorprendidos infraganti por el esposo ofendido serán llevados al tianguis donde se les aplicará la pena de muerte, aplastándoles la cabeza entre dos grandes piedras. Número 212.- Si los adúlteros no fueren sorprendidos infraganti, pero el marido tuviere sospechas que después resultaran ciertas, les será aplicada la pena de muerte por ahorcadura" (23). " Número 213.- Si la esposa adúltera mata al esposo ofendido, se castigará con la pena de muerte,

(23) Alba Carlos H.:Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, ediciones especiales del Instituto Interamericano Indigenista, México, D.F. 1949, p. 18.

ahorcándola, si el cómplice en adulterio es quien lo mata, se le aplicará la pena de muerte, quemándolo públicamente en la plaza. Número 214.- Si los adúlteros son miembros de la nobleza, se les aplicará garrote y muerte por cremación. Número 215.- En caso de que el adúltero se relacione con esposas reales, se le dará muerte por estrangulación y se impondrá la demolición de su casa. Número 216.- Para que se castigue el delito de adulterio no basta la acusación del cónyuge ofendido, sino que es necesario además que los culpables se encuentren confesos y que haya testigos. Número 217.- Se prohíbe al marido ofendido hacerse justicia por su propia mano, aunque haya sorprendido en flagrante delito de adulterio al cónyuge. Número 218.- El marido que mate a su esposa por haberle sorprendido en flagrante delito de adulterio sufrirá la pena de muerte. Número 219.- En caso de que la mate sólo por indicios o sospechas, sufrirá el mismo castigo. (24)

En la versión de Fernando de Alva e Ixtlixóchitl, Capítulo XXXVIII, estableció, que los adúlteros eran penalizados con la muerte, y que el varón moría asado vivo, y mientras se iba asando lo iban rociando con agua y sal. A la mujer la ahorcaban, si era de jerarquía, a los señores o caballeros, que habían adulterado, les castigaban con garrotazos y eran quemados.

Según Orozco y Berra; en la historia antigua y de la conquista

(24) Alba Carlos H.: op. cit., p. 20.

de México, en sus leyes, los indígenas la Nueva España, Anahuac o México, establecieron "que el padre que era hallado con una mujer casada secretamente, lo mataban con un garrote y era quemado además derribaban su casa, tomando todo lo que le pertenecía, y a sus encubridores que lo sabían y callaban, morían junto con él, no bastaba probanza para el adulterio, sino los tomaban juntos, su pena era que públicamente los apedrearán" (25).

En la obra histórica de Don Fernando de Alva e Ixtlixōchitl, editada por Cervero, en 1981, tomo I páginas 237 a 239 ésta lo siguiente; "si alguna mujer hacía adulterio a su marido, viéndolo el mismo marido, ella y el adúltero eran apedreados en el tianguis, y si el marido no los viese, sino que por oídas lo supiera, y este se fuese a quejar y averiguándolo fuese verdad, ella y el adúltero eran ahorcados" (26).

De la historia antigua de México, el licenciado Mariano Veyliade, nos dice que las leyes que nuevamente promulgó y que estableció el Emperador Netzahualcōyotl, para el mejor gobierno de sus pueblos, y fueron 35 manuscritos, de los cuales, la mayoría eran Leyes penales, en los que se estableció que; "la adúltera y el cómplice si fuesen sorprendidos por el marido en

(25) Hernández Rodríguez Regulo: op. cit., p. 139.

(26) Hernández Rodríguez Regulo: op. cit., p. 140.

el adulterio, deberían ser muertos apedreados, y para la justificación era suficiente la denuncia del marido, pero si este no los sorprendiese en el delito, sino que por sospechar los acusase a los jueces y si averiguase ser cierto, deberían morir ahorcados, y si el adúltero matase al marido, debería morir asado, en medio de la plaza rociado con agua y sal" (27). Por lo general, para este delito, se daba la pena de muerte.

La venganza privada, se observó en el caso particular de un hombre de Texcoco, que espío a su mujer y tres días después de hacerla creer que había partido, la halló con un hombre de sus templos, siendo ésta condenada a muerte, ya que la venganza privada no era aceptada por el derecho indígena. La muerte dada a los adúlteros, era de apedreamiento. Si había violenta sospecha, se les aprehendía y los hacían confesar dándoles tormento, después de confesar el delito, los condenaban a muerte.

Segun Kohler, "se dio la lapidación, como forma de pena de muerte, usada para el delito de adulterio" (28).

El adulterio solo tenía como referencia a la mujer y no al hombre, este régimen de desigualdad social de la mujer traduce la condición de inferioridad de la mujer en su situación para con el hombre.

(27) Hernández Rodríguez Regulo: op. cit., p. 117.

(28) Hernández Rodríguez Regulo: op. cit., p. 118.

El hombre ante la sociedad indigena , gozaba de mayor libertad en el orden sexual que la mujer. Hoy en día la ideología del Derecho ha cambiado mucho.

"En la historia, dentro de la sociedad de los aztecas, observaban a la alcahuetería de forma mal vista, y la penalidad que acreditaba ésta, era de ser enfrentado públicamente, quemándole los cabellos, para así producir las mofas y la humillación de sus semejantes. En la calumnia la penalidad era la del talión es decir el mismo castigo que hubiera tenido el hecho falsamente denunciado" (29).

Entre los aztecas encontramos suficientes referencias en sus textos, que nos hacen llegar a la conclusión de que el adulterio era penado con la muerte de los culpables, pero en este caso él marido ofendido no podía hacer justicia por propia mano, sino era mediante consentimiento del rey. El derecho azteca estaba muy desarrollado en el ámbito penal ya que diferenciaban entre los delitos dolosos y culposos, así como también encontramos las subdivisiones de: delitos contra la moral pública, contra el orden de la familia, contra la libertad y seguridad de las personas, contra la vida y la integridad corporal de las personas.

(29) Hernández Rodríguez Regulo: op. cit.

EL ANTIGUO ORIENTE

"Se trata de civilizaciones en un estado primario. En ellas aún no se diferencia entre lo religioso y lo jurídico. Las normas jurídicas de ese tiempo histórico, con la excepción del Código asirio de Hammurabi, se encuentran en libros sacrales; las normas están impregnadas de un carácter divino y religioso. Los delitos son considerados ofensas a los dioses y de ahí que las penas sean realmente atroces" (30).

"En esta época se desarrolla más la sociedad patriarcal. A medida que se va desarrollando el incipiente capitalismo, la mano de obra esclava se hace cargo de labores, en las que debería haber colaborado la mujer, ésta va perdiendo facultades, hasta acabar relegada a la casa familiar. Su capacidad de tener cosas en propiedad, sufre una disminución paralela" (31).

"CHINA, ASIRIA, FENICIA, INDIA, EGIPTO Y PERSIA.

En todos ellos se reconoce al marido el derecho de matar a la adúltera.

En China y Vietnam la penalidad era horrible, habiendo de

(30) Vid. Jiménez de Azúa: Tratado de derecho penal, t. I, 3a ed. Lozada, Buenos Aires.

(31) Sullerot: op. cit., p. 32.

pasar la adúltera por los Siete Infiernos. Claro que los chinos tienen costumbres sui generis; así Middendorf, citando a Heindl, dice que en la práctica se suavizaba la desmembración en mil trozos, o bien embriagando al delincuente con araca u opio, o sobornando los parientes al verdugo para que éste le diera primero el golpe de gracia y procediera después a la desmembración".(32)

"En la India, según se desprende de las leyes de Manú, se vio en el adulterio una ofensa a los dioses y una causa de la mezcla de razas. La mujer es devorada por los perros en la plaza pública y el co-reo, quemado. Esta penalidad era disminuida en su gravedad, según se fuera subiendo en la escala social, hasta llegar al grado de que a un brahman a lo más que puede ser castigado es a multa o a destierro" (33).

A la mujer adúltera y a su cómplice se le ahogaba en el imperio asirio antiguo y en el primer imperio babilónico (1730 a. C. a 1530 a. C.). A este último pertenece el código de Hammurabi, que en su ley 129 mandaba que en caso de flagrancia se ataran a ambos culpables y se les arrojara al río. La mujer tenía la posibilidad de justificarse mediante juramento, cuando no

(32) Sullerot: op. cit., p. 20.

(33) De Carmona: op. cit., p. 63 y ss.

había flagrancia, y podía volverse a casar sin incurrir en adulterio si el marido caía en la esclavitud o la abandonaba dejándola sin recursos.

"En el Imperio asirio nuevo o de Nínive (746 a. C. a 612 a. C.) y en Fenicia la adúltera era quemada viva, si bien en la primera parece ser que la mujer engañada podía pedir el divorcio y hacer ahogar en agua al marido infiel" (34).

"En Egipto al principio, la pena era la muerte para ambos adúlteros. Posteriormente se castigó a la mujer con mutilación de la nariz y al co-reo con 100 palos" (35).

En Persia, el Zend Avesta no menciona el adulterio. Lombroso y Ferrero creen que la adúltera era castigada a pesar de esto, pues "entre los actuales persas -la obra es de finales del siglo pasado- se ahoga a la mujer adúltera" (36).

(34) Giuseppe Montalbano: op. cit., p. 339.

(35) De Carmona: op. cit., p. 60.

(36) Lombroso y Ferrero: op. cit., p. 205.

ISRAEL

La familia israelita es un ejemplo clásico de patriarcado. Si bien el matrimonio es monogámico, el marido tiene derecho a tomar concubina si la esposa es estéril, debiendo además esta última ayudar a la primera en el alumbramiento. En el Antiguo Testamento como caso muy ilustrativo, tenemos el de Abraham y Sara.

"Los judíos ven en el adulterio una significación especial: idolatría, por que el matrimonio es un símbolo de la Alianza de Israel con Jehová; corrupción; degeneración de la familia y crimen contra la fe del matrimonio" (37).

Las leyes mosaicas castigaban muy severamente el comercio carnal con la mujer ajena, entendiéndose por esto no sólo a la casada, sino también la virgen desposada.

"El adulterio de la mujer casada se castiga con muerte por lapidación" (38). No sólo se recurría a lo que podríamos denominar pruebas evidentes (flagrancia, quedar encinta del otro, etc.), sino también a indicios, como contraer la esposa alguna enfermedad de transmisión sexual.

(37) "Adulterio", Enciclopedia Espasa-Calpe.

(38) Deuteronomio, 22, 22:

"Para determinar quién decía la verdad, se acudía a la famosa prueba de las aguas amargas, dicha prueba se realizaba ante el Sumo Sacerdote. La mujer acusada bebía un líquido amargo sobre el cual el sacerdote había lanzado una maldición. Según ésta, si era inocente no le pasaría nada; pero si era culpable, se le hincharía el cuerpo y contraerían las caderas." (39)

Si una joven casada tenía relaciones con otro hombre, había dos modos de proceder, si el hecho había ocurrido en la ciudad o fuera de ésta, en el campo. En el primer supuesto, estaba dispuesto que los dos adúlteros fueran conducidos a las puertas de la ciudad y "matados a pedradas; por haber deshonrado a la mujer de su prójimo" (40). En el segundo caso, sólo se mataba al hombre, "pues al ser sorprendida en el campo, la joven pudo gritar, sin que hubiera nadie que pudiera ir en su auxilio" (41).

Conocían también lo que podríamos llamar un adulterio previo al matrimonio, cuando el que tomaba una mujer en matrimonio se encontraba con que ésta no era virgen. Ante esta acusación había prueba en contra, a cargo de los padres de la chica. Se hacía mediante la aportación de una sábana. Esta sábana se colocaba como regla en el tálamo nupcial la noche de la consumación del matrimonio, de modo que fuera impregnada por

(39) Lombroso y Ferrero: op. cit., pp.203-204.

(40) Deuteronomio, 22, 24.

(41) Deuteronomio, 22, 25.

sangre al momento de la desfloración. Los padres de la chica la presentaban como prueba. Si la acusación era falsa, el marido quedaba condenado "a pagar una multa de cien siclos de plata al padre de la joven, por haber difamado a una virgen de Israel. Ella continuará siendo su mujer y no podrá repudiarla durante toda su vida" (42). Si por el contrario, la acusación era cierta, se la sacaba de la casa del padre y toda la ciudad la mataba a pedradas, "por haber cometido una infamia en Israel, deshonorando la casa de su padre" (43).

En el Eclesiástico 23, tenemos una mezcla de lo religioso con lo jurídico y de la consiguiente severidad de las penas. En 23,27 se dice que la mujer casada que tiene un hijo de otro primero: ha desobedecido la Ley del Altísimo; segundo: ha faltado contra su marido; tercero: se ha manchado con adulterio teniendo hijo de otro hombre. En este caso se investigaba la legitimidad de los hijos, matándose a los adulterinos (E. 23, 25). A continuación se invoca al señor con fin de prevención general: Y sabrán los que vengan después de ella que no hay nada mejor que el temor del Señor, nada más dulce que abrazar sus mandamientos (E. 23, 27).

A pesar de todo este rigorismo, parece que estos delitos se daban con bastante frecuencia. Esto es lo que se desprende del

(42) Deuteronomio, 22, 19.

(43) Deuteronomio, 22, 21.

hecho de dedicar el Antiguo Testamento, en los Proverbios, numerosos párrafos a intentar convencer a los jóvenes de no caer en estas tentaciones, Proverbios: 5,15-23; 6,24-35; 7,5-7; 23,27 y ss.

Podemos ver en el antiguo oriente que las normas jurídicas van intrínsecamente ligadas a las normas religiosas, aplicándose así las penas con mucha rigidez ya que el delito cometido es una ofensa a los dioses.

GRECIA

"En grecia, dada la forma de organización en polis independientes, tenemos varias legislaciones. Se dice que en general conocían de los adulterios los tribunales familiares y que no se mataba a la mujer. La pena de ésta consistiría en su propia vergüenza y en la tacha de infamia, obligándosela a llevar determinados vestidos que publicaban su condición de adúltera. Esto quedaba al arbitrio del marido, que podía perdonarla" (44).

"Segun las leyes atenienses de Solón, el marido podía dar muerte, en caso de flagrancia, al amante, o bien exigirle una fuerte indemnización. En caso de no flagrancia, se castigaba con

(44) Diego Diaz Santos: Los delitos contra la familia, Madrid, 1973, p.182.

la muerte si había mediado violencia; los griegos eran conscientes, prácticamente hablando, de la diferencia entre adulterio y violación de una mujer casada. Si se había consumado por medio de seducción, la pena era pecuniaria" (45).

"Se dice que en Esparta, la legislación de Licurgo no consideró el adulterio como delito. Este hecho lo atribuyen algunos a que la pureza de costumbres lo hacía inconcebible, pero la verdad, como afirmaba el historiador Plutarco, es que se debió a razones politicomilitares, que llevaron incluso a que el marido estéril o impotente encomendase a otro a fecundar a su propia mujer" (46).

ROMA

LA ESTRUCTURA FAMILIAR ROMANA Y EL STRATUS JURIDICO DE LA MUJER

En Roma, la familia patriarcal alcanza su pleno desarrollo. Nuestra actual sociedad conyugal, si bien con algunas pervivencias de patriarcalismo, se caracteriza por el reconocimiento de una igualdad teórica entre ambos cónyuges, con mutuos deberes de fidelidad. A diferencia de ésta, "la familia romana se basaba en el sometimiento de todos sus miembros

(45) Diego Diaz Santos; op. cit., p. 183.

(46) Ferrer Sama; op. cit., p. 423.

a una autoridad. Esta autoridad -manus,potestas- es la del pater familias. No era este, un padre de familia en el sentido actual, sino un auténtico soberano de la familia" (47).

Elio se traduce en que "la mujer romana libre está obligada moral y jurídicamente a no tener contacto sexual con nadie antes del matrimonio, y con ningún otro distinto de su marido después. Mientras tanto, al hombre se le pone sólo como límite el no ofender la honestidad de las doncellas o de las esposas de los demás" (48).

Consecuentemente con lo anterior, y al igual que en los demás pueblos de la época, el Derecho romano castiga sólo el adulterio de la mujer casada. Los hombres son penados sólo en cuanto coautores o cómplices de la adúltera. La mujer recibe el nombre de adúltera y el cómplice, el de adulter.

"Algunos autores dicen que había razones jurídico - formales para que la mujer no pudiera acusar al marido es el caso de tener

(47) Juan Iglesias: Derecho romano, 5a. ed. Barcelona, 1968, pp. 503 a 507.

(48) Teodoro Mommsen: El Derecho Penal romano, en trad. de F. Dorado, Madrid, s/f, página 160.

limitada su capacidad de actuar"(49). Sin embargo al igual que la sola perseguibilidad del adulterio de la mujer, esta limitación es efecto de la peculiar estructura familiar romana.

En primer lugar, el mismo Derecho romano conoce excepciones a la prohibición de actuar de las mujeres. Y ello nada menos que en el mismo texto que limita dicha capacidad de acusar: "no está permitido que una mujer acuse a nadie en juicio público, a no ser por castigar la muerte de sus ascendientes o descendientes, de su patrono, su patrona o del hijo e hija, nieto o nieta de estos" (50). La sujeción al manus familiar no evita, en definitiva, que el legislador conceda la posibilidad de actuar a las mujeres en los casos que estimara convenientes.

En segundo lugar, pueden perseguir el adulterio no solo el marido ofendido, sino también el padre de la adúltera. Si la causa de la impunidad del adulterio del marido fuera la incapacidad de acusar de la mujer.

(49) Vid. Groizard: Código penal de 1870, concordado y comentado, t. V, Salamanca, 1893, p. 20.

(50) Pomponius, ad Sabinum, Digesto, Libro 48, Tit. II, Ley 1ª., Traducción y versión castellana de D'Ors, Hernandez-Trejo, Fuenteseca, García-Garrido y Burillo, Ed. Aranzadi, t. 3º., Pamplona, 1975.

La no perseguibilidad del adulterio del marido reside, en la peculiar estructura de la familia romana.

El mal que se pretende evitar es, en mi opinión, doble: por un lado, "se intenta tutelar el poder que el pater familias tiene sobre la mujer, y por otro, evitar el nacimiento de una prole ilegítima.

En roma como veremos, el patriarcado ésta más acentuado que entre los germanos. Una de las causas es el incipiente capitalismo y total predominio de la propiedad privada. El hecho de la mano de obra esclava hizo innecesario el trabajo de las mujeres en Roma, a diferencia de lo que ocurrió en otros pueblos. Disminuida su labor en la comunidad, se le relega prácticamente y por primera vez, al unico papel de engendradora de hijos.

LA REGULACION JURIDICA DEL ADULTERIO.

Seguiremos su estudio en tres etapas :

la situación con anterioridad a la lex julia de adulteris

coercendis, la ley y la evolución posterior a la misma. La división obedece a la gran trascendencia de esta ley, que modifica sustancialmente el tratamiento del adulterio.

A. Con anterioridad a la mencionada ley, el adulterio era competencia de los tribunales domésticos o familiares, es decir, estaban fuera del Derecho público.

La actuación del marido era determinada por el hecho de ver o no a los adúlteros en flagrante delito.

"Si los veía in fraganti, podía matar a la mujer y vengarse en el adulter como mejor lo quisiera. Lo más frecuente era matarlo, mutilarlo o castrarlo. El padre de la adúltera tenía el mismo derecho que el marido. Parece ser, sin embargo, que la ley de las XII Tablas prohibía matar a sólo uno de los adúlteros" (51).

"Si no lo veía in fraganti, el marido ofendido tenía dos opciones; o bien convocaba al consilium o tribunal familiar, que normalmente declaraba el divorcio y una serie de sanciones

(51) Wilhem Rein: op. cit., p. 838.

familiares, o bien podía repudiar a la mujer. Esta última posibilidad estaba inicialmente prohibida, pero fue autorizada a finales del periodo republicano, en aquellos casos en los que el marido había tenido a la esposa en su manus"(52). Quien juzgaba al adúlter era su propio tribunal familiar. Lógicamente, cuando éste no estaba sometido a la patria potestad de un pater familias, se hacía imposible el juzgarlo. Según Mommsen, "el castigo de éste era la indefensión en que quedaba si era atacado por el marido ofendido, pues era muy raro que un adúlter agredido acusara a su atacante, y si lo hacía, no se le prestaba atención generalmente" (53).

B. "A finales de la República, cuando Cesar Augusto toma el poder como princeps senatus, la corrupción y disolución de costumbres habían alcanzado niveles increíbles. Los adulterios eran muy frecuentes y los matrimonios se desunían. La familia romana se resentía de todo esto y del riesgo de introducción de elementos extraños en su seno. Por primera vez en la Historia de Roma, el Estado se decide a intervenir en la regulación de las relaciones familiares, promulgándose bajo Augusto la conocida serie de leyes Julias, que afectan a la

(52) Wilhem Rein: op. cit., p. 837.

(53) Mommsen: op, cit., p. 160.

familia. Sobre el intento de Augusto de restablecer la deficiente moral en la familia, en el matrimonio y en la sociedad, así como las causas de la nombrada relajación de costumbres". (54) Con la intención de revalorizar el matrimonio, promulga en el año 736 de la fundación de Roma (18 a. C.) la lex Iulia de adulteriis coercendis. Refiriéndose a la nombrada legislación de Augusto, afirma que iba encaminada a levantar la moral y a luchar contra el celibato y la falta de prole, afirma que Augusto perseguía elevar la moral y apoyar sus leyes sobre matrimonio, soltería y sucesión, así como asegurar la confianza de los hombres en el matrimonio.

"La aplicación de esta ley no se limitó sólo a los matrimonios de ius civile. Se extendió a los de ius gentium, incluso a los ajenos a éste. "Quedaban fuera de su ámbito, sólo los matrimonios entre siervos y esclavos (contubernium), en los cuales procede la acción de la lex Aquilia, y también la de injurias y la acción pretoria de corrupción de esclavo" (55).

(54) "Lex Iulia de adulteriis coercendis" y "de maritandis ordinibus" y la "lex Papia Poppaea". Wolfgang Kunkel: Historia del Derecho Romano, trad. al español de J. Miquel, Barcelona, 1966, p. 63.

(55) Papiniano, de adulteriis, Digesto, Libro 48, t. 5^o. ley 6^a.

Para conseguir una mayor represión de este delito, la lex Iulia lo declara público, diferenciando, tres clases de acusaciones, iure mariti, parentum et extraneum: Cualquier ciudadano podía acusar ante el pretor a los adúlteros, cuando ni el padre ni el marido hubieran intentado ejercitar su acción en un plazo de 60 días. Normalmente, de entre las acusaciones del padre y del marido, se le daba preferencia a las del marido, "pues hay que pensar que ha de mantener la acusación con más fundada ira, y dolor más profundo" (56).

Por otra parte, "la lex Iulia tiene una limitación a la venganza personal, tanto del padre como del marido. A este último le prohíbe matar a su mujer adúltera, incluso encontrándola en flagrante delito", (57) en cuyo caso debe repudiarla o cometerá lenocinio. La ley Julia sobre los adulterios establece el crimen por lenocinio al señalar una pena contra el marido que cobrara algo por el adulterio de su mujer, así como contra el que no repudiara a la mujer sorprendida en adulterio,

(56) Ulpiano, disputationes, Dig., L. 48, T. 50. L. 2,8. En ed. de Aranzadi, citada, tomo, III p. 681.

(57) Maggiore: Derecho Penal, t. IV, Bogotà, 1955.

y sólo podrá matar al adúltero si se trata de persona infamis, deshonesto o vil. "El padre puede matar a su hija si la encuentra en flagrante adulterio en su casa o del marido si ésta bajo su manus. El matrimonio podía ser con manum o sine manum. En el primero, por medio del convenio in manum, entraba la mujer a formar parte de la familia del marido, ya fuera filiae loco bajo la patria potestad de éste, o neptis loco, bajo la del sugro, en aquellos casos en los que su esposo estaba aún sometido a la patria potestad de su padre. En el segundo, su posición es la de sine manu conventione uxor, y continúa bajo la patria potestas de su padre. Sólo en este último caso, y con los demás requisitos vistos, podía el padre matarla. Tiene, además, que matar al adúltero (prope uno ictu et uno impetu) en el mismo acto" (58). La razón de prohibir al marido, matar a la mujer, y de permitirlo al padre, reside, según Rein, en la conciencia por el legislador romano del natural deseo de venganza que movería al marido ofendido. Al padre deben considerarlo dotado de mayor objetividad y cariño hacia la mujer, en estas situaciones. Su impulso iría dirigido a matar al adúltero más que a su hija. Dicho impulso quedaría contrarestando por la simultánea obligación de matar, a la hija.

(58) Iglesias: op. cit., páginas 512 y 522.

"La pena de la adúltera consistía en el destierro y confinación en una isla, en la prohibición de volver a casarse y obligación de llevar las ropas de una cortesana, perdía su calidad de madre, de mater familias, No podía testificar en juicios y perdía la mitad de la dote y un tercio de su patrimonio.

Al adúlter se le desterraba, confinándolo en una isla distinta a la de la adúltera. Perdía la mitad de sus bienes y, si era militar, no podía servir más"(59). Inicialmente la lex Iulia de adulteriis penaba con la aqua et ignis interdictio, en lugar de destierro y confinamiento. La modificación se produjo dada la finalidad perseguida por la nombrada interdictio, la finalidad de esta institución (aqua et ignis interdictio) era privar al fugitivo de cualquier ayuda, incluso de la procedente de sus parientes y amigos, para hacerle imposible la permanencia en territorio romano. En la época de las XII tablas Roma era pequeña y se podía ir fácilmente al extranjero. En tiempos de Augusto, la situación era otra.

C. Durante el Imperio se mantuvo la Lex Iulia con algunas modificaciones. "Constantino (324 a 337), influenciado por el cristianismo, consideró el adulterio más un atentado a la

(59) Wilhem Rein: op. cit., pp. 848 y 849.

sacralidad del vínculo conyugal que contra el Estado" (60). Consecuentemente, limita el ejercicio de la acción a los parientes próximos, "quos verus dolor ad accusationem impellet, excluyendo a los extraños. Al mismo tiempo establece la confiscación de los bienes y la muerte por espada como pena al adúltero, mientras mantiene para la mujer la de destierro y relegación" (61).

Algunos autores afirman que Constantino castigó también, influido por el Cristianismo, el adulterio del marido. Otros autores, como Rein, no mencionan en absoluto un hecho de tal trascendencia o lo niegan totalmente. En una nota a pie de página de la obra de Feuerbach, lehrbuch des in Deutschland gültigen peintichen Rechts, se afirma que si bien "Constantino acercó las leyes a la regulación cristiana, se mantuvo el punto de vista de considerar que sólo la mujer puede cometer adulterio. Berner, afirma que el Derecho romano penaba sólo el adulterio de la mujer y al cómplice. Es por primera vez el Derecho canónico el que incluye en el concepto de adulterio la infidelidad del marido" (62).

(60) Rein: op. cit., p. 851.

(61) Jiménez de Azúa: op. cit., p. 179. Cita latina: ley 3ª Cod. ad. leg. Iul. de adult.

(62) Feuerbach: lehrbuch des in Deutschland gültigen peintichen Rechts, 14ª ed. de Giessen, reimpressa en 1973 pp. 597-598. Berner: op. cit., p. 451.

"Valentiniano I, emperador de Occidente del 364 al 365, extendió la pena de muerte a la mujer. Maior, emperador de Oriente del 457 al 461, autorizó al marido que sorprendía in flagranti a los adúlteros, a matar a ambos.

Justiniano (527 a 565) excluyó la pena de muerte para la mujer, que era azotada y encerrada en un monasterio. Si a los dos años el marido no la perdonaba, entonces se le cortaba el pelo y quedaba encerrada de por vida en el monasterio. Para el adúlter mantuvo la pena de muerte, pero excluyó la de confiscación cuando tenía descendientes o ascendientes dentro del tercer grado. Si estaba casado, su mujer recibía otra vez la dote y la donatio propter nuptias o una cuarta parte del patrimonio del marido. Los demás cómplices, sobre todo los terceros, temeratores alienarum nuptiarum, siguieron conminados con la pena capital" (63).

Los griegos definen la diferencia entre adulterio y violación cosa que es muy importante dado la situación del delito y roma reconoce el deber mutuo de fidelidad, pero solo se castiga el adulterio de la mujer casada.

(63) Rein: op. cit., p. 852.

LOS PUEBLOS GERMANICOS

1.- EL ADULTERIO DE LA MUJER ENTRE LOS GERMANOS.

"Entre los antiguos germanos, el adulterio era uno de los peores crímenes. Según cuenta Tácito, existía la costumbre de hacer arrastrar a la mujer desnuda por las calles, azotándola hasta morir"(64). De aquí provienen las penas infamantes que se dieron en diferentes países del medievo de hacer correr desnudos por las calles a ambos adúlteros.

"Más adelante, se continuó reconociendo al marido, el derecho a matar a la cónyuge infiel y en caso de flagrancia, también al co-reo. Entre los longobardos no se requería la flagrancia para poder matar también al co-reo. Los demás germanos, en caso de no flagrancia, solían castigarlo con reducción a la esclavitud. El marido ofendido y sus parientes podían optar por penas más leves, siendo la más usual el reducir a la adúltera a la esclavitud, el expulsarla de la casa, privarla de sus bienes y/o mutilarles la nariz o las orejas"(65).

(64) Lombroso y Ferrero: op. cit., p. 205.

(65) Ferrer Sama: op. cit., p. 423.

2.- LA SITUACION DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD GERMANA.

Con todo, la mujer germana está mejor considerada que la romana. Aunque dista mucho de igualarse al hombre, desempeña un papel destacado en la vida familiar, incluso colectiva y comunal.

"Así las mujeres no estaban recluidas, y su niñez transcurre igual que la de los muchachos. Las mujeres finesas acompañan a sus maridos a la caza y las germanas incluso a la guerra, donde destacan por su papel de soporte moral a los guerreros, a los que incitan al combate y animan. Toman parte en algo tan reservado en otros pueblos a los hombres como son los consejos previos a las batallas, cuenta César cómo interrogados unos prisioneros germanos sobre la razón por la que no presentaban batalla, respondieron éstos que la causa era "una costumbre de los germanos, según la cual las madres de familia decidían por suertes y adivinaciones si convenía o no dar la batalla, y qué habían decidido que no era el momento. Participan activamente en las ceremonias religiosas, a veces en calidad de sacerdotisas. Entre los germanos es el marido el que entrega la dote, y ésta consiste en presentes cosas tales como caballos, bueyes para el arado y armas" (66).

(66) Sullerot: op. cit., p. 29.

3.- LAS INFIDELIDADES DEL MARIDO.

"Esta mejor concepción de la mujer se traduce también en lo relativo al adulterio. A la mujer se le castiga con muerte, pero no se alienta el adulterio del marido, que está mal visto. Si éste introduce a la amante en la familia, se le considera reo de adulterio. Ciertamente que la pena es sólo pecuniaria, pero es ya algo más de lo que hacían los romanos, para quienes el adulterio tenía sentido sólo si lo cometía la casada. Posteriormente, por influencia del Derecho canónico se concede entre los longobardos a la esposa ofendida el derecho de acudir al rey, el cual resolvería a su arbitrio. Los visigodos deciden que si el co-reo estaba casado, la adúltera debe de ponerse en manos de la esposa de éste, por considerar que es ella, y no el marido ofendido, el que sufre mayor perjuicio. Haciendo con ella lo que mejor le parezca "Si la mujer puede ser probada que hace adulterio con marido ajeno, sea metida en poder de la mujer daquel marido con quien fizo adulterio, que se venga della como quisiere". (112)

4.- CAUSAS SOCIOECONOMICAS DE ESTE MEJOR TRATO A LA MUJER.

La mejor concepción de la mujer germana, así como de la

(67) Montalbano: op. cit., p. 335.

(68) Fuero Juzgo: versión castellana del Liber Iudicorum o Lex Visigothorum (Ley 9ª., t. 4ª., Libro III)

escandinava, reside en el menor desarrollo del patriarcado en estos pueblos. Al no existir en el Norte de Europa las condiciones favorables de que gozaron los pueblos mediterráneos, el desarrollo del comercio, y en consecuencia del capitalismo. Por ello aquí la propiedad privada no es absoluta ni menos la única conocida. Junto a ella estaba la colectiva, que revestía igual o mayor importancia.

Otro factor importante en la mejor conceptualización de la mujer -fundamental, diría yo-, es la ausencia de mano de obra esclava, en las proporciones que tuvieron los romanos y griegos. Esto hace necesario el trabajo de la mujer, que de este modo no queda relegada a tener hijos en su casa. Según Sullerot, "la mayor parte de los bienes de producción estaban asegurados por la mujer. Así toda la industria textil, desde el esquila de las ovejas, el cultivo y enriamiento del cáñamo hasta la confección de los tejidos... Así una considerable parte de la alimentación, desde el aprovisionamiento de agua, esencialmente femenino, hasta las vendimias y el cultivo de hierbas y raíces (legumbres) y los cereales menores; desde la recogida de la aceituna hasta la cria de aves de corral, desde el molido de grano hasta la fabricación del pan y la cocina." (69).

(69) Evelyn Sullerot: op. cit., pp. 32 y 33.

Aparentemente, es mejor la vida de la romana, que no tiene que hacer las duras tareas de las germanas y escandinavas, pero mientras en Roma y Grecia se les consideraba poco más que (cosas), los germanos y escandinavos las respetaban por su trabajo.

De esto, y "del hecho de disminuir la influencia de la mujer germana (y anteriormente de la gala, que gozaba de parecida respetabilidad que la germana) a medida que el Derecho romano y su filosofía de la propiedad privada se va imponiendo en el Norte de Europa, Sullerot deduce y afirma que el colectivismo es un factor que coadyuva a la integración de la mujer en la sociedad, mientras que la propiedad privada tiende a relegarla" (70). Esto fue cierto en aquel momento histórico, pero es falso actualmente. No hay que confundir el patriarcado con sus elementos integrantes, aisladamente considerados, máxime cuando hoy asistimos a la incorporación de la mujer en la sociedad neocapitalista en plano de igualdad. Puede que algunos sistemas colectivistas se haya logrado antes, pero es dentro del sistema de libertades occidental donde la mujer, una vez alcanzando esa plena igualdad (que está en vías de conseguir donde aún hoy no la ha logrado), podrá realizarse como tal.

(70) Evelyn Sullerot: op. cit., pp. 33 y 34.

EL DERECHO CANONICO

1.- LA NUEVA CONCEPCION DEL MATRIMONIO.

Cristo estableció el matrimonio como centro de la familia y proclamó la igualdad de todos ante los ojos de Dios. Con ello se establece la base sobre la que se iniciará la lenta evolución y cambio de la familia patriarcal pura. Dignificando a la mujer en igualdad en el plano ideológico con el hombre, queda establecido los principios para considerar que existe entre ambos cónyuges un deber mutuo y recíproco de fidelidad conyugal, exigible en igual medida.

Esto no crea la desaparición total de la concepción patriarcal. Cuando el Cristianismo logra imponerse en el Imperio romano y en épocas posteriores, se acepta esa igualdad y que la mujer no es propiedad del marido, pero al mismo tiempo se plasma la idea de que la sociedad conyugal, como cualquier sociedad, necesita una cabeza rectora. Esa cabeza rectora no puede ser otra que el marido. Lógico, si observamos que lo venía siendo desde hace siglos y que, a pesar de lo que dijera la Santa Madre Iglesia, muchos hombres -eclesiásticos incluidos- seguían dudando

de la inteligencia de las mujeres. Alejandro Dumas hijo tiene otras ideas. Según él, la mujer es muy inteligente, y "digámoslo de una vez, en gloria de la mujer: el hombre, vencedor en apariencia, sale siempre vencido en esa lucha (que hay entre hombre y mujer). Y acude a la iglesia Católica en soporte de su afirmación, indicando cómo ha suprimido la iglesia, el casamiento de los curas. Añade que, los pastores del rebaño humano han sido los hombres que se han sustraído a lo femenino, o que se lo han subordinado por la alianza puramente espiritual. Son bastantes los hombres que comparten este punto de vista aún hoy en día. Con este esquema se mantendrá durante siglos alejada a la mujer de un cierto número de trabajos y funciones, que se reservan al hombre.

No obstante, hay que reafirmar el importantísimo paso que supuso el acabar con el concepto de la propiedad marital sobre la esposa y los hijos.

2.- ENJUICIAMIENTO MORAL DEL ADULTERIO EN EL CRISTIANISMO.

Dado el mutuo deber de fidelidad, pueden cometer el adulterio cualquiera de los cónyuges. Cristo lo enjuicia con una dureza mayor que la del antiguo testamento, pues prohíbe incluso el puro

deseo interior.

Al establecer la indisolubilidad del matrimonio por ser éste un simbolo de la unión de Cristo con la Iglesia. El texto escriturístico fundamental de donde se deduce necesariamente que el matrimonio es signo de la Unión de Cristo con la Iglesia es el comprendido en los versículos 22 a 23, del capítulo 5 de la Epistola de San Pablo a los efesios. Ahí éste no se limita a una simple comparación, sino que relaciona con el matrimonio la Unión de Cristo con la Iglesia, dando a éste carácter de principio de la "Sabiduría cristiana" que debe regular las relaciones conyugales.

Algunos autores entienden que la exigencia de moralidad debe ser mayor. Otros autores, sobre todo los partidarios del divorcio, venian precisamente en la indisolubilidad una excusa para incurrir en adulterio.

La predicación apostólica también enjuició muy duramente el adulterio

3.- REGULACION JURIDICA.

El Derecho Canónico fue el primero en extender el concepto de

adulterio al cometido por el marido. Se consideró un crimen muy grave por dos causas: el ataque que significaba al vínculo matrimonial y lo que de lujuria llevaba encima.

El Derecho canónico contempló el adulterio desde un doble punto de vista, como delito canónico y en sus repercusiones en la vida marital. A nosotros nos interesa básicamente el primer aspecto.

"Fue objeto de penalidad desde los primeros congresos particulares, pero no estaba recogido de modo especial en la legislación común. Sus fuentes se encontraban en el Derecho consuetudinario. El rigor contra los adúlteros era muy grande en la Iglesia primitiva, negándose la absolución incluso en la hora de la muerte, y posteriormente, negándose la comunión si era reincidente. Calixto III inició el camino de la clemencia decretando la absolución de los adúlteros que se arrepintiesen y confesasen en la hora de la muerte" (71).

Para el cristianismo en general el adulterio es una falta muy grave, por que atenta contra los principios básicos de la religión y repercute en la vida familiar con consecuencias muy graves.

(71) Ferrer Sama:op. cit., p.423.

"A partir de las Decretales de Gregorio IX o *liber Extravagantium*, se castigaba según el criterio del doble arbitrio, atendiendo a las circunstancias concurrentes" (72). "En el Derecho antiguo la pena solía ser de siete a diez (o hasta quince en el caso de los clérigos) años de penitencia. A los clérigos se les deponía de su oficio y encerraba en un monasterio; a los seglares, se les podía excomulgar; ello, además de la penitencia" (73).

"Por lo que se refiere a la realización material de la conducta, se exigía la unión sexual, no bastando otras actuaciones impúdicas" (74).

4.- EL NUEVO CONCEPTO DE ADULTERIO.

Como vimos, el concepto de adulterio en la familia patriarcal es el de yacimiento extraconyugal de mujer casada con varón distinto de su marido. En el Derecho canónico varía la concepción, pasando a ser adulterio la unión sexual de dos

(72) Ferrer Sama: op cit., p. 423.

(73) De Carmona. op. cit., p. 194, punto 1o. (cita causa X y XI del VI Conc. Orleans). p. 195, puntos 3o. y 4o., pp 197-198, punto 1o.

(74) Roberti. citado por Diego Diaz-Santos (op. cit., p. 185).

personas, de las cuales una al menos está casada. Según Montalbano, el elemento esencial del matrimonio cristiano es la mutua satisfacción sexual de ambos cónyuges, lo cual implica posesión sexual recíproca. Por lo tanto, continúa Montalbano la razón o fundamento de la represión del adulterio en el Derecho canónico y en la iglesia Católica es la necesidad de tutelar la nombrada posesión conyugal recíproca. En su apoyo cita a Pío XII: "(Gli sposi hanno diritto reciproco sui propri corpi) e Il contratto matrimoniale non dà agli sposi diritto al figlio. In vero, tale contratto ha per oggetto non il figlio, ma gli atti naturali (sessuali) che sono capaci di generare nova vita" (75). Se ha discutido mucho sobre la justificación del matrimonio. Fue visto inicialmente por la patrística -San Pablo- en el remedio de la lujuria. San Agustín encuentra legitimado el acto carnal por el fin de la procreación, a pesar de considerarlo un *actus malus per se*, por ir unido a la concupiscencia y *libido carnalis*. La Escolástica usa ambas razones -remedio de la concupiscencia y procreación- como legitimadores del matrimonio directos. Los decretistas y los decretalistas empiezan a realzar el fin de la procreación. Actualmente canonistas como Hervada y Victor De Reina entienden que hay un fin inmediato o próximo, que se resuelve en primer término; la cópula perfecta; y otro, fin último o mediato que informa y subordina al fin próximo: la procreación.

(75) Montalbano: "Adulterio e fecondazioni artificiale", en *Studi in onore de Francesco Antolisei*, vol. II, Milano 1965. p. 340.

POSTERIOR EVOLUCION EUROPEA

1.- EUROPA DURANTE EL MEDIEVO.

"A la caída del Imperio romano de Occidente, los germanos pasan a asentarse en estos territorios. Ellos se rigen por sus leyes, y los antiguos ciudadanos por las suyas. No obstante, la cultura romana va influyendo lentamente en los germanos, pues éstos, sabiéndola superior no dejan de admirarla. Existió un cierto antagonismo, sobre todo por parte de los romanos, que se sentían molestos por la presencia de los bárbaros. Teodorico el grande, que intentó acercar ambos pueblos, encontró numerosas dificultades, y su obra quedó parcialmente destruida por las posteriores intrigas de Justiniano"(76).

"Una de las consecuencias de la invasión y del simultáneo mantenimiento del Imperio de Oriente es la división de Europa en dos grandes bloques"(77). "Como culminación de la división física

(76) Felix Dahn : Ein Kampf um Rom, 1876. Ivar Lissner: Wir sind das Abendland, Wien 1966. p. 154 y ss.

(77) Fernando Braudel: Las civilizaciones actuales. Madrid, 1973, p. 272.

o geográfica, sobreviene la cultural, que llega al grado de .
afectar la religión, separándose la Iglesia ortodoxa de Roma. En
Occidente, si bien se intentó mantener y continuar la estructura
imperial por medio del Sacro Imperio Romano Germánico, la
realidad está configurada por una atomización política y la
ausencia de un poder temporal fuerte, con la breve interrupción
que en este esquema supuso Carlomagno. Lo que mantuvo y dio
cierta unidad al Occidente europeo durante el medievo fue la
existencia de una religión común. Fue el gran ideal de la Unidad
de la Cristianidad, así como la cultura latina y el latín como
lengua de los cultos" (78).

2.- EL DERECHO DURANTE EL MEDIEVO.

"El Derecho romano, desprovisto de sus fuentes, sufre un paro
en su desarrollo y un lógico anquilosamiento, hasta que comienzan
a aparecer tímidos estudios sobre el mismo en el siglo X " (79).
El redescubrimiento de los textos justineanos, Digesto
fundamentalmente, abandonados anteriormente por ser excesivamente

(78) Ivan Lissner: Wir sind das Abendland, Viena, 1966, pp.
147 y 148.

(79) Lalinde: Iniciación histórica al Derecho español,
Barcelona, 1970, p. 103.

técnicos cuando no habían técnicos, significa el comienzo del renacimiento del Derecho romano en el siglo XII. Pero, durante el anterior período de eclipse del Derecho romano, se había desarrollado, junto con el canónico, otro Derecho: el feudal. Este, de origen germánico e inspirado en una realidad política — el feudalismo — inimaginable para el Derecho romano, difería grandemente del último. Sin embargo, ni el Derecho feudal ni el canónico gozaban del carisma del romano, que además, se ve favorecido por los emperadores del Sacro Imperio, en cuanto éstos se sienten sucesores de los césares" (80).

"Favorecido por la unidad teórica del Imperio, se elabora un *ius commune* para este, en oposición al *ius proprium* de cada territorio. Para ello se parte de una síntesis de los dos Derechos antagónicos atemperada por el canónico. El Derecho feudal se originó de las costumbres establecidas en materia de feudos, principalmente derivadas del ordenamiento que el pueblo lombardo hizo arraigar en Italia. los emperadores y los juristas, al no poderlo ignorar, acaban interviniendo en él. Por ello, en cuanto compuesto, al menos parcialmente, de disposiciones imperiales, y estudiado conforme a la sistemática romana, es posible su agrupación con los Derechos romano y canónico" (81).

(80) Jesús Lalinde: op. cit., p. 104.

(81) Jesús Lalinde: op. cit., pp. 147 y 149.

3.- EL ADULTERIO DURANTE EL MEDIEVO.

Tanto el Derecho romano como el germánico habían sido creados para sociedades basadas en la familia patriarcal. El canónico había surgido del campo de lo ideal, y no de una realidad basada en una familia no patriarcal inexistente. No debe extrañarnos, dado el largo tiempo que necesitan las ideas para incidir en la realidad, que se continuase considerando adulterio únicamente el de la mujer casada, a pesar de reconocer "que segund el juyzio de santa iglesia non seria assi" (82).

4.- LA DIVISION IDEOLOGICA DE EUROPA A FINALES DEL MEDIEVO E INICIOS DE LA EDAD MODERNA Y EL ADULTERIO.

Como ya indicamos, la influencia romana fue menor en el Norte de Europa, y por ello la mujer estuvo mejor considerada. Es lógico que fuese ahí donde primero se aceptase la idea canónica de la igualdad de los cónyuges en la comisión del adulterio.

Así, mientras en el Sur de Europa se mantiene la tesis de que

(82) Partida VII, tit. 17^o., Ley 1^a.

sólo la mujer casada puede cometer adulterio, en el Norte se comienza a establecer la igual incriminación de ambos cónyuges. Mientras las leyes patrias mantenían la concepción romanística, el monarca promulgaba para sus otros súbditos, los alemanes, la *constitutio criminalis carolina* de 1532, en la cual se establece que tanto el marido como la mujer pueden cometer adulterio.

"Otro factor importante a tener en cuenta es la Reforma y la Contrarreforma, que acrecientan la división existente entre el norte y sur del Occidente europeo. Después de resultar, Europa occidental sufrirá, al final del Medievo (iniciado, como vimos, con una división) y comienzos de la Edad Moderna, otra profunda división, no del todo ajena a la influencia de la cultura romana, por cuanto que la línea que separa a la Europa protestante de la católica sigue sensiblemente la misma línea que el *limes romano*" (83).

Encontramos en el medievo antecedentes del derecho romano, del derecho germánico, del derecho feudal y del canónico de todos estos surge una modificación trascendental que es la igual incriminación del adulterio para ambos cónyuges.

(83) Fernando Braudel: op. cit., pp. 272 y 304-305.

5.- INGLATERRA, UN CASO ESPECIAL.

Mención aparte merece Inglaterra. Abandonada por las legiones romanas en el siglo V, fue invadida por los pictos escoceses y los escotos irlandeses, y posteriormente por los anglos y los sajones. Estos dos últimos eran germanos e impusieron su influencia. La romana quedó postergada de tal forma, que hoy se conoce a los ingleses por su peculiar sistema de common law, único en Europa. Siguiendo la tradición germana, castigaban inicialmente sólo a la mujer. "El rey Edmundo le aplicaba a la adúltera la misma pena que al asesino. El rey Canuto el Grande, rey danés sucesor de Edmundo II, que inauguró el dominio escandinavo en Inglaterra y se convirtió al catolicismo en el año 1019, penaba a la adúltera cortándole las orejas y la nariz" (84).

Pasa Inglaterra por varias vicisitudes más, incluida la invasión normanda. No podemos decir exactamente en qué momento, pero lo cierto es que cuando Cromwell alcanzó el poder en 1650, el adulterio hacía tiempo que no era delito en Inglaterra, entendiéndose de él los Tribunales eclesiásticos. Con ello

(84) Lombroso y Ferrero : op. cit., p. 340.

corresponde a los ingleses el haber sido los primeros en desincriminar el delito de adulterio. Esta desincriminación ha continuado hasta nuestros días, salvo los diez años republicanos bajo Cronwell. "Este, llevado por su puritanismo, llegó a castigar el adulterio de cualquiera de los cónyuges con pena de muerte" (85). "Desde 1660 el adulterio ha sido considerado como injuria civil" (86).

ESPAÑA

1.- LOS PUEBLOS PRIMITIVOS.

"Se dice que tuvieron un Derecho penal público, donde las penas eran impuestas por el poder político, y una concepción objetiva del delito. El cuadro delictivo no era muy amplio; homicidios (delitos contra las personas), delitos contra la propiedad y, adulterio" (87).

(85) Foster y Freed: "Les intractions contre la famille et les mœurs en droit des Etats Unis d'America", en la Revue Internationale Droit Penal, 1964, pp. 690 y 691; Radzinowick: History of English Criminal Law, vol. II Londres, 1956, p. 3.

(86) Cuello Calón: Derecho penal español, Parte Especial, t. II, Barcelona, 1957, p. 584.

(87) Lalinde: op. cit., p. 103.

2.- LOS VISIGODOS.

A.- En el Derecho penal visigodo predomina, según Lalinde, "el elemento romano. Se deduce del hecho de encontrarnos con un Derecho penal que, a diferencia del germánico, es público y mantiene una concepción subjetiva del delito, si bien considera desigualmente al delincuente, en base a su procedencia social Hemos de indicar, sin embargo, que hacia finales de su reinado se observa un cierto atraso en la sanción, al admitirse como pena la puesta en servidumbre. Esta tiende más a satisfacer al ofendido que a la comunidad" (88).

Galo opina, por su parte, "que bajo ese Derecho penal visigodo romanizado oficial, existía otro germano vivido. Se basa en la aparición, durante los inicios de la Reconquista de características germánicas en los Fueros. Lalinde lo rebate afirmando que esto puede explicarse sin necesidad de acudir a una

(88) Lalinde: op. cit., p. 103.

supuesta afloración de un Derecho germano subyacente. La explicación la hallaríamos en la ausencia de un poder público central y fuerte, y en la falta de desarrollo de una autoridad judicial. Ello deja libre la tendencia primitivista de toda sociedad hacia la satisfacción individual de las ofensas.

"Sin embargo, las objeciones de Galo Sánchez deben tenerse, al menos parcialmente, en cuenta, incluso en la época de máxima ius-publicidad del Derecho penal visigodo, se entrega y coloca a la adúltera en poder del ofendido y su familia. Esto, y la ya nombrada noción de la culpabilidad, ajena a los germanos" (89), nos lleva a la conclusión de que el Derecho penal visigodo es el resultado de una mezcla de elementos romanos y germánicos. Habría tomado del romano su concepción de Derecho penal público y la teoría de la culpabilidad, sin que ello supusiera la anulación de instituciones germanas arraigadas.

B.—"El concepto de adulterio está limitado al cometido por la mujer. El concepto jurídico del mismo no es muy técnico, por

(89) Jiménez de Asúa: op. cit., p. 704.

cuanto abarca incluso al incesto del que se acuesta con la esposa de su padre o con la que es de su linaje. Incurren también en adulterio la mujer meramente desposada y el marido ilícito de ésta" (90).

3.- LA RECONQUISTA.

A.- se produce en sus inicios una gran dispersión normativa, a causa de la falta de un poder político central y fuerte, así como una privatización del Derecho penal y un nuevo auge de la concepción objetiva del delito. Esta última obedece a la ausencia de una autoridad judicial capaz de enjuiciar la culpabilidad, como consecuencia del susodicho vacío de poder político.

(90) Lalinde: op. cit. tit. 810.

"Posteriormente, a medida que se van estableciendo poderes políticos fuertes en la península, se comienza a limitar el ejercicio de la venganza privada, se vuelve paulatinamente al concepto subjetivo del delito y, finalmente, se llega de nuevo a un Derecho penal público" (91).

B.- En lucha contra la dispersión y el caos legislativo, destaca la figura de Alfonso X. Aunque los textos legales fueron más, destacaremos los tres de más trascendencia, estudiando su inspiración, orígenes y la finalidad perseguida. Son el Fuero Juzgo, las Siete Partidas y el Fuero Real.

"El Fuero Juzgo es la versión castellana -el rey llegó incluso a hacer una gallega- del Liber iudicorum de los visigodos. Basándose en que muchas de las zonas dominadas por los musulmanes habían mantenido éstos para los cristianos en vigor el liber, intenta el rey uniformar con el Fuero Juzgo el Derecho de las nuevas zonas reconquistadas" (92).

"Por lo que respecta a las viejas zonas del Reino, pretende lograr dicha uniformidad en base a un sincretismo castellano-visigodo-leonés romanizado, aceptable para leoneses y

(91) Lalinde: op. cit., p. 212, títulos 833, 837 y 838.

(92) Lalinde: op. cit., p.124, tit. 164.

castellanos. Así aparece el Fuero Real, en el que se combinan los principios del Liber Iudicorum y los de la Extremadura castellana, acudiendo al Derecho común en los aspectos menos comprometidos" (93).

Finalmente, "reconociendo la superioridad técnica del Derecho común, también da a luz una obra en la que se recoge plenamente: las Siete Partidas. Sin Embargo, este Derecho, cuyo origen doctrinal y carácter supranacional ya vimos, no se adecuaba a la realidad del Reino. Por ello no tiene vigencia en la práctica jurídica, y su labor se limita al campo doctrinal. En este lograría una fecunda tarea, que culmina con su efectiva vigencia como Derecho supletorio en el orden de prelación de fuentes del Ordenamiento de Alcalá (1348), refrendado posteriormente por las leyes de Toro (1505), la Nueva (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Las partidas, a través de la influencia que ejerció desde el campo doctrinal, ayudó positivamente al proceso de iuspublicación del Derecho penal y a la recepción del Derecho común en los siglos XIV y XV" (94).

C.- En el Fuero Juzgo se deja a la adúltera y al co-reo a la

(93) Lalinde: op. cit., p. 124, tit. 164.

(94) Lalinde: op. cit., p. 130, tit. 173.

venganza del marido, que puede matar a ambos. Sin embargo, no puede perdonar a la mujer."A los maridos que conocen la infidelidad y, apesar de ello, no la persiguen, los llama - sandios - , y da derecho para que la acusen a los hijos, y a falta de éstos, o si son pequeños o por amor no denuncian a la madre, a los - parientes mas propinquos del marido - . Y si éstos, por cualquier causa, no acusaran, - pues que lo el rey supiere, él deve establecer quien faga este negocio (la acusación y prueba del adulterio), é deve aver el quinto de las cosas de la mujer a queste que fiziere a queste negocio por su trabajo - "(95). La acción revestia, pues, un carácter publico, si bien condicionado al no ejercicio por quienes primeramente estaban obligados a ello. Según Groizard, esto se explica por la influencia de la Iglesia y de su severa doctrina respecto a unos delitos, que así configurados, iban contra la pública honestidad.

En el fuero Real "la adúltera casada y el co-reo son puestos en manos del ofendido, que puede matar a ambos, pero no a uno solo.

(95) Fuero Juzgo, L. III, tit. 4^o., Ley 1^a y 13^a.

Se queda con las pertenencias de éstos, salvo que tuviesen hijos legítimos. En el caso de mujer desposada que hace adulterio o se casa con otro, se pone también en poder del ofendido, pero éste no puede matarlos. Se queda, eso sí, con sus bienes, salvo que tuvieran hijos legítimos. La acción era también pública, pero si el marido no la quiere acusar, ni quiere que otro la acuse, - ninguno no sea recibido por acusador en tal fecho como este -. Ahora bien, no quiere ello decir que se vea bien el perdonar; al marido que sepa del adulterio de su mujer y no lo denuncie, se le ordena que no la tenga - a su mesa ni en su lecho -, y al que lo fiziere, no le puede después acusar ni haber nada de sus bienes" (96). La ley hace, como vemos, por las mismas causas que en el fuero juzgo, todo lo contrario a perdonar a la mujer.

En las partidas se siguen las líneas marcadas por el Derecho justineano. Se castiga sólo el adulterio de la mujer. La pena para la adúltera es la reclusión en monasterio y los azotes. Pierde "la dote, é las arras que le fueron dadas por razón del casamiento, é deven ser del marido" (97). El marido puede perdonarla en el plazo de dos años, en cuyo caso le son devueltas

(96) Fuero Real, L. IV, tit. 7^o. Ley 1^a, 2^a, 3^a.
(97) Partida VII, tit. 17^o., Ley 15^a.

la dote , arras y demás cosas comunes. El correo es condenado a muerte, si es culpable. La acción corresponde al marido, "pero si el marido fuese tan negligente que non lo quisiesse acusar ... entonces a podria acusar el padre, é si el padre non lo quisiesse fazer, püedenia acusar uno de los parientes sobredichos (hermanos y tios) della; más los otros del pueblo non lo pueden fazer" (97).

Más importante que la regulaci3n juridica del adulterio, son las razones alegadas para justificar la discriminaci3n entre las infidelidades de ambos c3nyuges. Estas reflejan el sentido de la epoca y nos proporcionan, indirectamente, la ratio incriminationis de los otros dos cuerpos legales. Justificando el desigual trato, máxime teniendo en cuenta que "-segund el juyzio de santa iglesia non seria assi - dice que el adulterio de la mujer deshonra al marido, mientras no ocurre igual al contrario. Ademàs, - del adulterio della puede venir al marido gran daño. Ca si se empreñase de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fixo extraño heredero en uno de sus fijos; lo que non avernia à la muger del adulterio que el marido fizise con otra-" (98). Por lo tanto, " -guisada cosa es, que el marido

(97) Partida VII, tit. 17o. Ley 2a.

(98) Partida VII, tit. 17o. Ley 1a.

aya esta mayoría-" (99).

Vemos que los tres textos legales dan el derecho a la acción a más personas que al marido, único que en la actualidad está legitimado para accionar en estos delitos. Según Groizard, ello se debe a la mayor moralidad social de aquella época, y critica a la sociedad de la suya, en la cual lo que importaba al marido no era tanto el adulterio de su mujer, en caso de darse, como el que pudieran enterarse los demás.

Vistos estos textos, podemos afirmar, siguiendo a Ferrer Sama y a Groizard, que hay dos tendencias o espíritus en la legislación de dicha época. Una de origen puramente nacional, de ascendencia visigoda (germana, para Ferrer), y la otra importada, la del Derecho romano. La que realmente configuraba la vida jurídica era la primera, pero la segunda, desde su posición doctrinal, incluyó a lo largo del tiempo, de modo que acabó aceptándose el perdón del marido ofendido.

(99) Partida VII, tit. 17º. Ley 1ª.

4.- EVOLUCION HASTA LA CODIFICACION.

El Derecho posterior no altera este panorama. "Las leyes recopiladas siguen dando preferencia al Fuero Juzgo y Real en lo relativo al modo de pensar, poniéndose a los adúlteros en manos del marido ofendido, para que haga con ellos lo que quieran" (100). La Novísima Recopilación reproduce textualmente (actualizando el lenguaje) la Ley 1ª. del título 7º. libro IV del Fuero Real en su Ley 1ª. del título 28º. de su Libro VI: "Si la muger casada ficiera adulterio, ella y el adulterador ambos sean en poder del marido, y faga de ellos lo que quisiere, y de cuanto han, así que no pueda matar al uno y dexar al otro ; pero si hijos derechos hobieren ambos, ó el uno dellos, hereden sus bienes: y si por ventura la muger no fue en culpa, y fuere forzada no hah pena" (101).

(100) Groizard: op. cit., p. 22.

(101) Jiménez de Asúa: Adulterio, en tomo X de El Criminalista Buenos Aires, 1952 p. 184.

En la Nueva Recopilación se redujo ya la legitimación para acusar al marido ofendido, que además queda obligado a acusar a los dos estando vivos o a ninguno.

En la Ley 1^a. del Título 26 Libro XII de la Novísima Recopilación encontramos incriminado el amancebamiento del marido, que es castigado con pérdida del (quinto de sus bienes hasta en cantidad de diez mil maravedis). No es que las conductas fueran antes impunes, pues la fórmula legal de la Novísima Recopilación es reproducción textual de una Ley dada por Don Juan I en Briviesca en 1387. Por lo tanto, al menos desde esa fecha, estaba incriminado el amancebamiento del marido. Asimismo Hay otra disposición de Enrique III de 1400: "...y asimismo sean la mitad de los bienes para la Cámara, del hombre que tuviere mujer a ley y bendición de la Santa Madre Iglesia y toma manceba y vive con ella juntamente en una casa y no en casa con su mujer" (102).

"Diez años después, en 1815, y probablemente por influencia del

(102) Barriobero y Herrán: Los delitos sexuales en las viejas leyes españolas, Madrid, 1930, pp. 46 a 47.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Código penal francés de 1810, se decreta en el 22 de febrero el castigo de la vida licenciosa de los cónyuges y de los públicos amancebamientos de personas solteras; este precepto se reitera en 1818" (103).

A principios del siglo pasado, según Barriobero, la justicia amonestaba sigilosamente a los amancebados cuando al menos uno estaba casado, para que volviesen al buen camino. No bastando este suave medio, se destinaba el hombre al servicio de las armas, y a la mujer, a reclusión. Pero los jueces no podían proceder sino a instancia de parte o en caso de escándalo.

6.- DESDE LA CODIFICACION HASTA NUESTROS DIAS.

El Código de 1822 refleja el peso de la tradición. Su artículo 683 permite que sea el marido quien, dentro de un límite máximo de diez años, fije la pena de prisión de su mujer. La pena del co-reo es la misma, a la que se suma la de destierro del pueblo mientras viva el marido, salvo que éste autorizara otra cosa. La aparente abolición de la muerte a manos del marido no es tan

(103) Silva Melero: "Amancebamiento", Nueva Enciclopedia Jurídica, t. II, p.76, Barcelona, 1950.

real, por que la pena que se fija para el uxoricidio honoris causa es realmente ridicula.

"Sin embargo, se recoge el amancebamiento del marido, si bien en una forma un tanto indirecta: se establece en el articulo 684 tres supuestos -adulterio consentido, abandono de familia y amancebamiento- en los que el marido no puede acusar a la mujer de adulterio; a continuacion el articulo 685 dispone que en los dos ultimos supuestos podia la mujer acusar al marido.

El amancebamiento consistia en la tenencia de manceba en la casa conyugal -el amancebamiento de la domestica-.

En cualquier caso, la pena de amancebamiento es minima comparada con la del adulterio de la mujer; de dos a ocho meses de arresto.

El Codigo de 1848 modifica esencialmente el planteamiento de estos delitos. Limita la amplia facultad de penar del marido e incrimina de modo directo el amancebamiento del mismo, cuyo concepto extiende a la tenencia de manceba fuera de la casa conyugal, si mediara escandalo. Las definiciones tipicas de ambos delitos son ademàs las mismas que estàn vigentes en la actualidad, salvando ligeras modificaciones en la del amancebamiento: "El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escandalo (o notoriamente fuera de

ella, en el código actual), será castigado..." (art. 353). Al amancebamiento, configurado como delito verdadero, se le aplican las mismas disposiciones generales del adulterio, que son idénticas a las que recoge el actual Código en sus artículos 450 y 451, salvo la del antiguo artículo 352, hoy suprimida, que hacía referencia a la ejecutoria en causa de divorcio.

En el Código de 1850 sólo se modifica la numeración del articulado. Los artículos 349 a 353 pasan a ser los artículos 358 a 362.

La pena en ambos Códigos es de prisión -cuatro a seis años- para el adulterio de la mujer y prisión correccional -siete meses a tres años- para el amancebamiento.

El código de 1870 vuelve a modificar la numeración del articulado y la penalidad de las conductas, acercándolas, pero sin igualarlas. La pena del adulterio sufre una disminución en su margen mínimo, que de cuatro años pasa a dos años, cuatro meses y un día. en el amancebamiento, si bien se rebaja en un mes el límite inferior, se eleva a cuatro años y dos meses el superior.

El Código de 1928 supone una línea con la ruptura seguida por los anteriores. Si bien se mantiene el dualismo adulterio-amancebamiento, se iguala la pena para ambos, fijándose en de uno a tres años de prisión, y se atenúa considerablemente -multa de

1,000 a 2,000 pesetas- si los cónyuges estaban legalmente separados. El co-reo y la manceba reciben la misma pena y se autoriza al cónyuge agraviado a entablar querrela contra los cómplices del delito.

Al advenimiento de la República volvió a entrar en vigor el Código de 1870. El anteproyecto para su reforma preveía igualar las penas y reducirlas, pero en los debates parlamentarios se suprimió por completo estos delitos. La razón alegada era la necesidad de concordar el Código penal con la Ley de divorcios, que había declarado el adulterio ilícito civil y causa de disolución del vínculo matrimonial.

Tras la derogación de la ley de divorcios por el Estado Nacional, vuelven a incriminarse adulterio y amancebamiento en la Ley del 11 de mayo de 1942, pues de lo contrario quedarían sin castigo. Esta ley recoge en un artículo único la regulación del Código de 1870, con las siguientes modificaciones: suprime, lógicamente, la relación a la ejecutoria en causa de divorcio; señala igual pena para ambos delitos -prisión menor-; y se olvida el párrafo "aunque después se declare nulo el matrimonio del actual artículo 449" (104).

(104) Quintano Ripolles: Comentarios al Código penal, Madrid, 1966, p. 821 y ss.

EPOCA COLONIAL EN MEXICO.

"Epoca colonial. Los conquistadores españoles llegaron sin mujeres, y en épocas posteriores la inmigración femenina no pasó del 10%. La formación de uniones mixtas y la presencia de las costumbres familiares indígenas originaron diversos problemas. Las autoridades civiles y la Iglesia no podían transigir con las uniones polígamas, de modo que legitimaron a la primera mujer con quien se hubiera consumado la unión; pero los indígenas, con el propósito de quedarse con la favorita, fingían no recordar la primacía, en cuyo caso la decisión pasaba a los ancianos del pueblo. Este matrimonio se consagraba y a las demás mujeres se les dotaba para que atendieran sus propias necesidades y las de sus hijos. Las uniones incestuosas antiguas, entre hermanos o parientes cercanos, llegaron a tolerarse y aun a ratificarse canónicamente. Las penas por bigamia o por falta de consentimiento de la mujer eran leves. El abandono del hogar, tratábase de españoles o indios, se remediaba con un mandato del virrey que obligaba al desertor a volver al lado de su mujer y darle el sostén económico necesario. En apariencia, el sistema colonial contribuyó a cimentar una familia monógama y firme" (105).

(105) Enciclopedia de México, tomo III, p.1260, Méx. 1977.

pero, en realidad, otros factores la perturbaban. Uno de ellos era "el servicio personal de los indios y los trabajos forzosos lejos del hogar. Tales separaciones del marido y la mujer durante gran parte del año tenían efectos disolventes. Cuando, por queja de la mujer, había órdenes de que el marido volviese a su lado, los patrones procuraban ocultar a sus trabajadores" (106).

2.- IMPORTANCIA DEL MATRIMONIO.

"Es frecuente que los tratadistas digan que "el matrimonio, modo único constitutivo de la sociedad conyugal, es a la vez, y por ello base fundamental de la familia, modo normal de constitución de la misma, puesto que de él se originan, a través de la generación seguida del hecho del nacimiento, la relación paterno-filial legítima así como la relación paternal"(107).

(106) Chávez Asencio Manuel F.: La familia en el Derecho, relaciones jurídicas conyugales, segunda edición, editorial Porrúa, S.A. México 1970.

(107) Castán Tobeñas José : Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V. Derecho de familia, pag. 97. Reus, S.A., Madrid, 1976.

Sin embargo, en el Derecho mexicano se ha modificado este punto de vista. A partir de la Ley Sobre Relaciones Familiares se sustenta el criterio de que la familia también esta fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que originan filiación tanto matrimonial como extramatrimonial, lo que ha hecho que el maestro Rojina Villegas exprese: "Por lo tanto, el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de paternidad, de la maternidad y de la patria potestad, ya que tanto los hijos naturales como los legítimos resultan equiparados a efecto de reconocerles en el Código vigente los mismos derechos y someterlos a la patria potestad de sus progenitoras"(108). No estoy de acuerdo con lo expuesto, pues el matrimonio sigue siendo el "supuesto jurídico", y si las relaciones jurídicas derivadas de la filiación se regulan independientemente de que los hijos nascan dentro o fuera del matrimonio, es en atención a los deberes que se originan también de la filiación, lo que no excluye que el matrimonio sea el modo moral y legal de constituir una familia y, por lo tanto, un supuesto jurídico para las relaciones filiales.

(108) Rojina Villegas Rafael: Derecho de Familia, tomo I, pág. 238. Antigua Librería Robredo, México, 1959.

En la regulación jurídica del parentesco, de los alimentos del nombre, del domicilio, de los derechos y obligaciones de los hijos, del sistema hereditario en la sucesión legítima, de la patria potestad y de la tutela, no vuelve a partir nuestra ley de la distinción entre hijos naturales y legítimos, sino que equipara para todos los efectos legales en las distintas situaciones mencionadas a esa clase de descendientes.

No obstante lo anterior, estimo que tal situación no significa minar las bases de la sociedad ni del estado moderno, menos fomentar uniones libres o concubinato, pues el matrimonio sigue siendo la base primordial y fundamental de la familia. Tan es así, que la regulación del matrimonio es extensa y en cambio en relación al concubinato sólo se observan artículos aislados. El legislador no puede desconocer que en nuestra patria existe una gran cantidad de uniones naturales o extramatrimoniales, dentro de ellas el concubinato, que es necesario tomar en cuenta en alguna forma para la protección a los menores y a las madres.

Partiendo pues de la importancia del matrimonio, debemos asentar que el matrimonio, comporta un hecho social, que consiste en que varón y mujer viven como cónyuges. Sin embargo este hecho social en sí mismo considerado, no es propiamente el matrimonio, se requiere un vínculo jurídico, de donde se deriva una nueva

forma de vida con sus propias relaciones jurídicas en cuya virtud son marido y mujer.

Nos interesa fundamentalmente en esta parte del estudio conocer la relación jurídica del matrimonio, determinar su naturaleza, qué es lo que lo constituye, cuándo se entiende celebrado para poder derivar una serie de conclusiones en relación a los efectos jurídicos del matrimonio, sus deberes derechos y obligaciones.

Es necesario detectar la esencia jurídica del matrimonio, sin separarlo de la realidad social; no son factores desvinculados la realidad social y lo jurídico, son dos elementos que nos harán entender lo que es el matrimonio.

El matrimonio, estimo, es una institución natural. Como creyente acepto que es de origen divino, que es una institución creada a través de la acción de Dios, que crea al ser humano bisexuado, y que pone en la naturaleza humana todos los elementos para la unión de sexos.

La persona humana tiene una estructura determinada. Cada hombre esta constituido naturalmente en varón (estructura viril)

o mujer (estructura femenina); existe una mutua y natural atracción entre varón y mujer; como consecuencia de lo anterior, la tendencia o impulso natural a unirse en matrimonio. Hay una inclinación natural al matrimonio que está impresa en el ser humano y abarca todo el hombre en su parte material y racional.

Fundamentalmente, de acuerdo con lo visto, el matrimonio se refiere a dos que constituyen una pareja y, por lo tanto, es interesante poder observar lo que a través del tiempo há sucedido a la pareja humana.

El estudio sobre el matrimonio y la familia debe referirse muy especialmente a la pareja humana. Esta constituye el matrimonio que es la base de la familia. Al estudiarla y observar el papel del hombre y el de la mujer, podremos sacar conclusiones importantes sobre el matrimonio y la familia, porque estas instituciones guardan relación estrecha con el rol del hombre y la mujer. No es igual la familia en donde la mujer no cuenta, que aquella en la que se le aprecia, se le busca y se le toma en cuenta. Hoy en día se puede apreciar diferencias entre las familias según el papel o rol que desempeñen el hombre y la mujer. A través de la historia podemos referirnos a la pareja humana para explicarnos muchos fenómenos del matrimonio y la familia.

Se desconoce cuándo apareció la pareja como primer núcleo

familiar. Debemos tomar en cuenta que la unión del varón y la mujer en el acto amoroso responde a un instinto natural que no significa necesariamente la institución de la pareja"(182). La institución de la pareja humana, como matrimonio se debe, quizás, a reglas de convivencia que aparecieron en sociedades más avanzadas, dentro de un contexto social que requería la permanencia de la pareja. El bien de los hijos constituye una necesidad que reglamenta y que fue seguida por normas sexuales en la vida de la comunidad, las que, junto con otras, constituyeron reglas de convivencia sociales a través de las cuales se pudo promover la convivencia y evitar la rivalidad y agresividad, atemperando los egoísmos individuales.

Para Pilar de Yzaguirre y Fernando Sancho, autores del estudio La Pareja Humana, "el autocontrol derivado de las reglas de convivencia trajo consigo una capacidad de amor no sólo madre-hijo igualmente presente en los animales, sino también el amor entre mujer-varón y entre miembros del mismo sexo, que facilitó la forma cada vez mayor de grupos familiares"(109). Según Kathleen Gough sin este auto control inicial que se manifiesta en la prohibición del incesto y en la generosidad y orden moral de la vida familiar primitiva, la civilización no hubiera sido posible.

(109) Pilar de Yzaguirre y Fernando Sancho: La Pareja Humana, La Familia de Hoy, pág. 30. U.N.E.D., Madrid, 1976.

Aun cuando se dice no tener respuesta para determinar si la pareja como conyugal es tan antigua como la humanidad, estimo que con los adelantos antropológicos que se aceptan hoy día, la familia monógama, es decir la pareja hombre-mujer, ha existido siempre en el mundo junto con la poligamia y otras formas normativas de grupos. Podríamos considerar que la pareja humana, tipo conyugal, es tan antigua como la humanidad misma.

La palabra Adulterio es la forma castellana de la voz latina ADULTERIUM, cuyo verbo "adulterare" se refiere en forma genérica a la acción de adulterio y sólo de manera figurada, aunque sea la que definitivamente se impuso, significa "viciar, falsificar algunas cosas" sin embargo, para Morín en su repertorio consideró que el origen de esta palabra es justamente el de corromper, mezclar.

Para nuestro lenguaje vale tanto como ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados, sin embargo, no hay que entender este principio como violación del lecho donde normalmente yacen los cónyuges, Farinaccio, concibió este delito como profanación del lecho conyugal, de estos elementos extrajo Carlos Tejedor, el concepto que estampó en su proyecto y que viene a ser la violación de la fe conyugal cometido corporalmente y a sabiendas, así pues podemos decir que los elementos que se desprenden del concepto antes mencionado, el adulterio se considera como delito, por ir

contra la unidad y santidad del hogar, contra los deberes conyugales y contra la base de la familia, y aun el de exclusividad de las relaciones sexuales.

En su significado general o común, que corresponde al Derecho Civil, el adulterio es la violación de la fidelidad conyugal que ambos cónyuges recíprocamente deben observar, consistentes en el ayuntamiento sexual realizado entre personas casadas de uno o otro sexo con otra ajena al vínculo matrimonial, dicha infidelidad conyugal viene a ser un ilícito civil, que trae como consecuencia el ejercicio de acciones o la aplicación de sanciones privadas, no integrando necesariamente un ilícito del orden penal que traiga como consecuencia la aplicación de medidas represivas, de esta manera nuestro Derecho Civil establece con claridad que el adulterio ejecutado por el esposo o la esposa, cualesquiera que sean las circunstancias en que este acto se ejecute, las acciones derivadas pueden ser ejercitadas por el cónyuge ofendido, artículo 267 fracción I del Código Civil del Distrito Federal.

La noción general o civil de adulterio no corresponde en sus extremos al concepto de delito, en el caso a estudio, ya que no es de orden contractual y éste se considera erróneamente tutelador del orden familiar, dejando en todo caso el artículo 273 del Código penal vigente del Distrito Federal, que

textualmente dice: "Se aplicara 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", o sus concordantes en las Entidades Federativas, en donde se contempla sin definición propia lo que por adulterio debe entenderse, estableciéndose únicamente las condiciones para que exista dicho ilícito como son domicilio conyugal o con escándalo.

El Derecho Canónico no establece condena estricta para los adúlteros basado en que Jesucristo elevó el matrimonio a Sacramento y aun fundándolo en la monogamia perdonó entre el asombro e indignación de sus enemigos a la mujer adúltera cuando dijo "el que este libre de pecado que arroje la primera piedra"; apareciendo en el Canon 1,129 del Codex cuatro requisitos del orden moral o relación entre los cónyuges; también encontramos antecedentes entre los pueblos aborígenes de América la existencia del adulterio y su forma de pena como era la lapidación entre los Aztecas, en Venezuela y Colombia con la muerte, durante la conquista de México el fuero real, el fuero Juzgó, las partidas y la novísima recopilación, también establecieron el delito de adulterio, sin embargo, en el Código Penal de 1871 estima como delito todo adulterio de la mujer casada, en cambio las esposas sólo podían quejarse en tres casos, cuando su marido lo cometía en el domicilio conyugal, con concubina o con escándalo. En 1929 el Código penal incluyó el

adulterio en el título de los delitos contra la familia, sin establecer distinciones contra el sexo de los culpables casados, durante este tiempo el estado de Chiapas, aplicó en su territorio estas legislaciones y fue hasta el año de 1938 que promulgó su primer Código, el que abrogó el uno de diciembre de 1984 eliminando este ilícito.

Cualquier adulterio es siempre un ilícito civil que por violador del deber de fidelidad matrimonial, produce acción de divorcio (artículo 267 fracción I del Código Civil vigente en el Distrito Federal y sus concordantes en las Entidades Federativas). Pero para que el adulterio constituya delito, se requiere su realización en condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente (violación del domicilio conyugal, escándalo).

Por la dificultad de denotar el discutible objeto de la tutela penal, por la dificultad práctica de su comprobación en los procesos, por la esterilidad de su represión y por la crisis actual del matrimonio, abandonando su ilicitud a las simples sanciones civiles.

A este respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene establecido en Jurisprudencia definida lo siguiente: "ADULTERIO PRUEBA DEL.- Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva.- Quinta Epoca: Tomo XXXI, Pág. 251.-

Tomo XXXV. Pág. 1252.- Tomo XLII. Pág. 3117.- Tomo LII. Pág. 905".

Siguiendo una corriente modernista como lo han hecho ya en la república Mexicana los Estados que han adoptado el Código Penal denominado Defensa Social, entre ellos se encuentran los de Puebla, Veracruz, Zacatecas, Quintana Roo, Baja California y los que han elaborado su Código familiar como los Estados de Hidalgo y Colima; en donde han eliminado de sus Códigos el adulterio como delito y otros países como lo son Uruguay, Cuba Colombia, Costa Rica, refiriéndose a la América Latina y en Europa, La ex Rusia Soviética, Dinamarca, Letonia, España, etc..

Es importante mencionar, que no estamos de acuerdo con el adjetivo que se les da por autores e historiadores a los antiguos pobladores de México, que es el de indios, toda vez que a mi parecer el correcto sería el de naturales u originarios, ya que los antiguos colonizadores y conquistadores creyeron llegar a las indias es claro que no, por lo cual es erróneo este adjetivo.

OTROS PUEBLOS

LA CIVILIZACION OCCIDENTAL Y EL DERECHO.

1.- Occidente, los diversos grupos de Derechos y sus orígenes; Europa.

A.- "Como el no limitar el estudio del Derecho comparado siguiendo algún criterio, extendería demasiado este trabajo, hemos creído oportuno el circunscribirnos a aquel área de naciones que guardan una cierta afinidad con la nuestra. Es por ello que centraremos nuestra atención en los Derechos de la llamada civilización occidental"(110). René David dice "que las características de la misma son el cristianismo en lo religioso, el capitalismo en lo económico y el liberalismo en lo político, y que éstas condicionan el Derecho de ella emanado" (111).

B.- Comúnmente se viene dividiendo el Derecho de Occidente en dos grandes bloques, por razones técnicas;"el sistema francés o

(110) René David :tratado de Derecho civil comparado, ed. española, Madrid, 1953.

(111) Castán : Derecho Civil español común y formal, Tomo I vol. 1^o, 10^a ed., Madrid 1962, p. 116.

continental, con predominio de las leyes escritas, y el sistema anglosajón o angloamericano, de creación jurídica jurisprudencial y casuística (common law), complementado por leyes escritas o (statutes)" (112).

Este esquema no es suficiente. Las familias del Derecho occidental conocen aún otra distinción. Para mejor entender el carácter de cada una de ellas, y por lo tanto poder comprender las diversas soluciones que se le dan al adulterio, debemos estudiar el desarrollo occidental que llevó a la formación de diversos sistemas occidentales de Derecho.

C.-"La civilización occidental abarca el área cultural europea del Oeste. Es aquella que, tras la partición del Imperio romano y la desaparición del de Occidente, continuó mirando hacia Roma, a diferencia del área Este, que tenía su foco en Constantinopla, o Bizancio" (113).

"Tras la desaparición del Imperio Romano de Occidente, la Iglesia asumió su labor y se incorporó a las (estructuras mundiales) del mismo. Sobrepassó a las sociedades y Estados, el latín era la lengua común al conjunto y la Cristianidad lo que

(112) Castán :op. cit., p. 120.

(113) Fernand Braudel: op. cit., p. 272.

confería uniformidad durante la Edad Media a aquel conglomerado político. La Iglesia se comprometió, en definitiva, frente a todos los problemas políticos y sociales de la época" (114). "Durante este período se incorporan nuevos territorios a Occidente, gracias a la labor de los germanos convertidos al Cristianismo. Las fronteras de Occidente dejan atrás el Rin y el Danubio, y se extienden hasta Polonia y Hungría, abarcando finalmente a los países escandinavos" (115).

Sin embargo, el contacto con lo temporal llevó a una serie de abusos y desórdenes en la Iglesia. "A finales del medievo la reacción en contra era genérica. Pero, mientras los países de la vieja Europa romana, arraigados a sus antiguas tradiciones religiosas, permanecieron apegados a Roma, las nuevas zonas consumaron la segunda gran ruptura, rechazando la religión católica. Así no nos ha de extrañar que la línea que separa a los protestantes de los católicos siga aproximadamente las antiguas fronteras, limes, romanas" (116). No pretendemos decir que este hecho originase en el Norte de Europa una nueva mentalidad, sino que la ruptura se debió a que existía una mentalidad distinta.

(114) Ivan Lissner: *Wir sind das Abendland*, Wien, 1966, p.147.

(115) Fernand Braudel: *op. cit.*, p. 274.

(116) Fernand Braudel: *op. cit.*, p. 272 y 304-305.

Evidentemente, la división religiosa contribuye a plasmar ese carácter que ya existía.

D.- INGLATERRA fue un caso aparte. Los romanos dominaron, con dificultades, una parte de la misma (la cuenca del Talisman), pero abandonaron el territorio bastante antes de la caída del Imperio de Occidente. Sufrió Inglaterra las invasiones sucesivas de los pictos escoceses, de los escotos irlandeses, de los anglos y sajones germanos, de los daneses, de los vikingos y de los normandos. La herencia jurídica romana desapareció casi por completo, y surgió un Derecho con una técnica propia peculiar, distinta a la del resto de los sistemas occidentales.

2.- LA EUROPA ORIENTAL.

A.- "El signo más significativo de la separación entre el Occidente y el Oriente de Europa fue la separación de la Iglesia Ortodoxa en el siglo IX, que imprimiría un carácter peculiar a dicha área oriental" (117). "La Iglesia Ortodoxa está situada dentro de un Imperio fuerte y sólido, que la subordina y limita su función a lo estrictamente espiritual, marginándola de la

(117) Braudel: op., cit. p. 272.

labor y peligros de una expansión temporal. Del resultado de esto, la Iglesia Ortodoxa es casi indiferente en materia política" (118).

B.- El hecho de que varias naciones que venían perteneciendo al área occidental y que se encontraban subyugadas por el representante máximo oriental, la ex U.R.S.S., nos obliga a tener en cuenta, aunque sea brevemente, los Derechos del ex bloque socialista. "La ex U.R.S.S. si bien no es occidental, pertenece al grupo de civilizaciones europeas, tanto geográfica como culturalmente, si bien reconociendo su ascendencia ortodoxa y asiática, nacida de unas fusiones y mezclas particulares. El marxismo, que le ha imprimido carácter, la ha acercado más al resto de Europa, pues es un producto típicamente europeo" (119), nacido precisamente en antítesis a los mencionados pilares de Occidente.

3.- LOS SISTEMAS JURIDICOS A TRATAR.

A.- Derechos del círculo escandinavo: Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia e Islandia.

(118) Braudel: op. cit., p. 462 y 463.

(119) Braudel: op. cit., p. 495.

B.- Derechos del círculo germano: Alemania Occidental, Suiza, Austria y Países Bajos.

C.- Derechos del círculo latino: Francia, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Mónaco, Italia, Latinoamérica y Grecia.

D.- Derechos del círculo anglosajón: Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, y Estados Unidos.

E.- Derechos del bloque exsocialista: ex U.R.S.S. Polonia y Rumania.

F.- Finalmente, también veremos los Derechos de otros países, que si bien no son esencialmente occidentales, están imbuidos e influidos en gran manera por Occidente: Turquía, Japón, Corea del Sur, Filipinas e Israel.

LOS PAISES NORDICOS.

1.- DINAMARCA.

A.- "A comienzos del siglo XIX estaba en vigor un Código general, la *-Danske Lov-*, promulgada en 1683 por Cristian V, rey de Noruega y Dinamarca. La materia jurídico-penal estaba contenida en el libro VI de dicho Código. A pesar de que el mismo sufrió una numerosa serie de modificaciones de detalle, fue necesario esperar a la aparición de las ordenanzas penales sistemáticas de 1840 y 1841 para poder emprender una tentativa de refundición" (120). "En 1859 se encarga a una comisión elaborar un proyecto, que culmina en el Código penal de 1866. Este Código sería a su vez sustituido por el de 1930, cuyas labores preparatorias se remontan a un anteproyecto de 1923. Este Código, que entró en vigor en 1933, es el actualmente vigente" (121).

B.- "Ya el Código de 1866 mostraba una tendencia liberal en lo relativo a las conductas que afectaban a lo religioso y a las

(120) Les Codes Pénaux Européens, Tomo I, del Centre français de droit comparé, Paris s/f., la introducción al Código danés.

(121) Franz Marcus: "Das Strafrecht Dänemarks", tomo I de Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, editado por Mezger-Schöncke-Jescheck, Berlin, 1955.

buenas costumbres, dejando de punir algunas que lo estaban en el Derecho anterior. Respecto al adulterio, se suavizan las penas. Decía así : El que fuere declarado culpable de adulterio, será castigado con la pena de prisión, o, si la cohabitación entre los esposos hubiere cesado o hubiere, por otra parte, circunstancias atenuantes, con multa. No se procederá de oficio sino en virtud de demanda del cónyuge ultrajado. La incriminación era idéntica para ambos cónyuges, no es necesaria la querrela, y, como haría sólo el Código de 1928 de entre los españoles, se reducía la pena si estaba interrumpida la vida en común al tiempo del adulterio.

El Código de 1930, progresando en la línea vista en su predecesor, deja de incriminar el adulterio, las relaciones sexuales con animales y las homosexuales.

C.- Al hablar de Dinamarca hay que mencionar a Groenlandia. Esta, de acuerdo con la constitución danesa del 5 de mayo de 1953, pasó a ser parte integrante de Dinamarca, la cual promulgó el 5 de marzo de 1954 el Código penal danés para Groenlandia, en vigor desde el 15 de junio del mismo año"(122). Los esquimales se habían venido rigiendo hasta entonses en materia penal por

(122) Franz Marcus: op. cit., p.76 y ss.

costumbres. "El Código, si bien tuvo lógicamente en cuenta al danés, difiere en aspectos importantes, por cuanto se tuvieron en cuenta de un modo especial las costumbres y condiciones de la isla" (123). Sin embargo, no resultó tarea fácil el determinar dichas costumbres, dadas las grandes extenciones y el relativo aislamiento de la población indígena. Estos factores contribuyen, por otra parte, al tremendo desarrollo de la solidaridad y de la mutua ayuda, así como a una peculiar concepción de la hospitalidad que hace tener a los esquimales una peculiar moralidad y sentido de la honestidad pública"(124). "El camino que siguió el legislador danés para salvar esta cuestión fue el regularla según el modelo danés, añadiendo que no serían perseguibles esas conductas, cuando de acuerdo con la concepción moral tradicional indígena, las mismas no eran lo suficiente graves como para justificar su persecución" (125).

(123) Gran enciclopedia Larousse: 1975, reimprección de la de 1969, Tomo V, "Groenlandia" .

(124) Lombroso y Ferrero: op. cit., p. 245.

(125) Franz Marcus: op. cit., p. 360.

2.- ISLANDIA.

A.- "El primer Código penal de Islandia se promulgo en el año de 1869, inspirado en el danés de 1866, siendo en 1940 sustituido por el del 12 de febrero del mismo año vigente actualmente, que seguía al danés de 1930, si bien teniendo en cuenta lo autóctono" (126).

B.- Al igual que el Código danés de 1930, el islandés de 1940 no incriminaba el adulterio.

3.- NORUEGA.

A.- Noruega y Dinamarca formaban una Unión hasta 1814, bajo un mismo rey, que desde 1661 gobernaba sólo en ambos reinos. Su Derecho penal se hallaba en el libro VI de un Código de tipo general, la "Norske Lov" de 1687, hermano gemelo de la "Danske lov" de 1683. Ambos siguieron prácticamente las mismas vicisitudes hasta la separación de 1814. En esta fecha, Noruega pasa a alinearse con Suecia, alianza que se mantendrá hasta 1905, pero sin que se diese ningún fenómeno colegislativo, como con

(126) Les codes pénaux européens, T. II, Paris s/f., p. 819.

Dinamarca. "La Constitución de 1814 mandò hacer un nuevo Còdigo general que sustituyerà al de 1687, pero de éste sòlo sale a la luz la parte penal, y ello en 1842. Este cuerpo denota una fuerte influencia germànica, y fue sustituido, tras varias modificaciones, por el Còdigo penal del 22 de junio de 1902, en vigor desde el 1º de enero de 1905. Modificado en varias leyes, es el que rige actualmente" (127).

~
B.- "El Còdigo de 1842 incriminaba el adulterio de la mujer y del marido. Otro tanto el Còdigo de 1902, si bien una de las leyes que lo modificò suprimiò este delito en el año de 1927" (128).

SUECIA.

A.-"Està en vigor desde el 1º de enero de 1965 el Còdigo penal de 1962, que vino a sustituir al anterior de 1864, que se basaba

(127) J. Andenaes: "Das norwegische Strafrecht", en Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Tomo IV, Berlin, 1962, pagina 269 y ss.

(128) Maria Dolores Fernández Rodríguez : "politica criminal del adulterio" , en III jornadas de profesores de Derecho penal, Santiago de Compostela, 1975, p. 153, n. 47.

ampliamente en la ley de 1734" (129). El Código sufrió en 1976 una modificación que afectó a los delitos sexuales.

B.-"Hasta 1779 se podía condenar a muerte a los adúlteros, si ambos estaban casados. El Código de 1864 puso una gran aminoración de la pena" (129). El capítulo 17 se dedica al adulterio. Tiene como peculiaridad el distinguir uno o ambos casados. Si sólo está casado uno, se castiga sólo a éste (y no al co-reo) a prisión de seis meses o a multa, que si están casados ambos, la pena es de prisión de seis meses a dos años. La regulación de la acción penal merece transcribirse: El adulterio no podrá ser perseguido por el ministerio público, a menos que el cónyuge inocente no le haya denunciado, o no haya intentado una acción de divorcio por causa de adulterio, o que él no esté legalmente obligado a pagar una pensión al niño nacido del adulterio, o que la persecución de la infracción no sea de aquellas de la competencia del ministerio público. Si dos individuos, uno y otro casados, cometen adulterio el uno con el otro, podrán ser perseguidos los dos, aunque la acción de divorcio no esté intentada sino por uno de los dos cónyuges inocentes" (130). A diferencia del Derecho alemán, no se

(129) Rodríguez Devesa: Derecho penal Español, Parte General, Madrid, 1974, p. 242.

(130) Gerard Simson, en cita de Ploscowe, en el informe general a la sección 2ª del 9º Congreso Internacional de Derecho Penal, La Haya, 1964.

exige la producción del divorcio, sino que basta se haya interpuesto la acción de divorcio.

"Una ley del 21 de mayo de 1937 suprimió el adulterio como delito, pasando éste a ser competencia de los Tribunales civiles en casos de divorcio" (131).

C.- "En Suecia se ha estimado que la Ley penal es un instrumento de defensa social y que, por lo tanto, salvo que exista una razón poderosa, el Estado no debe intervenir en la esfera íntima del individuo" (132). "Desde este punto de vista entienden que el Derecho anterior, que se ocupaba de los delitos contra la moralidad, estaba intentando regular de un modo ambicioso en demasía el comportamiento humano en la esfera sexual. Sus disposiciones penales se dirigían a pecadores, y su propósito era salvaguardar la decencia y la moral" (133). Pero, según ellos, "el legislador no tiene el deber de reprimir conductas ética y teológicamente reprobables. Estas conductas caen fuera del mínimo que corresponde al Derecho penal, pues la misión de éste se reduce a defender la seguridad

(131) Ploscowe: op. cit., p. 223.

(132) Simson: Preparatory Papers, Section 2, Ninth International Congress of Penal Law, La Haya, 1964.

(133) Lars-Göran Engstrom: "New Penal Provisions on Sexual Offenses Proposed in Sweden", en núm. 118 (abril 1976) de Current Sweden, publicación del Swedish Institute.

social. El Derecho penal debe centrarse en reprimir las consecuencias nuisables flagrantes, y ello es lo que cada vez hace más el Derecho sueco" (134). Los valores éticos son, de acuerdo con esta concepción, competencia exclusiva de la Iglesia.

Si de este modo se ha defendido el respeto a la libertad individual en la esfera privada en el supuesto de adulterio, en el cual hay uno o dos perjudicados (según estén uno o ambos adúlteros casados), ¿qué no será cuando se trate de conductas cuyas consecuencias afecten sólo a quienes voluntariamente tomen parte en ellas? La reforma de 1976 dice: no es punible el incesto cometido por personas mayores de 18 años; la edad para consentir en tener relaciones carnales, es decir, para que no haya delito de estupro, es de 14 años (antes era de 15). La desincriminación de las conductas homosexuales entre adultos, así como de las relaciones sexuales con animales, es bastante anterior.

Según Engstrom, "la abolición de las penas por delitos como adulterio, sodomia y relaciones homosexuales entre adultos que lo desean, no ha conducido a una infravaloración de aquellos valores

(134) Beristain : Informe al 9º congreso internacional de Derecho Penal de La Haya, 1964.

que eran la base subyacente de dichas penas" (135).

Finlandia.

A.- "El Código penal vigente en Finlandia es el del 19 de diciembre de 1889. Fue votado por el Parlamento y promulgado por el Zar de Rusia como Gran Duque de Finlandia. Este Código, modificado en 1938 y 1939, denota influencia del Código penal sueco de 1864 y del prusiano de 1851" (136).

B.- Distingua en cuanto al adulterio dos supuestos, según estuviesen casados sólo uno o ambos adúlteros, tal como hacia el Código sueco. Aunque la Ley del 23 de septiembre de 1948 desincriminó el adulterio en sí, el capítulo 19 contempla lo que denomina -conductas adulterinas-. Se trata de dos supuestos, si bien el segundo comprende otros dos:

"Bigamia: la gravedad de la pena es distinta, según estén casados uno o ambos bigamos.

Compromiso de matrimonio realizado por persona casada: la pena es inferior a la de bigamia, penándose al otro sujeto o co-rea

(135) Engstrom: op. cit. p.56.

(136) Rodríguez Devesa: op. cit., p.242.

más levemente aún. En el caso de que supiera que el otro estaba casado o hubiera estado comprometido en matrimonio con el, la pena aumentaba. Si mediando dicho compromiso de matrimonio tiene lugar un yacimiento, entonces se le castiga como bigamos, según estuviesen uno o ambos casados" (137).

A la vista de esto, podemos afirmar que el delito de adulterio subsiste parcialmente en Finlandia, con una cualificación muy específica: comete adulterio la persona casada que se compromete en matrimonio y tiene relaciones sexuales con una persona distinta a su cónyuge.

EL CIRCULO DEL DERECHO GERMANICO.

1.- LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA.

A.- "Alemania surge como estado unitario en 1871, tras la derrota francesa y la coronación el 18 de enero, Guillermo I como Kaiser del Reich en Versalles. En los diversos Estados alemanes habían regido distintos Códigos siendo de destacar el bávaro de

(137) Brynolf Honkasalo: "Das finnische Strafrecht", en Das asulandische Strafrecht der Gegenwart, Tomo II, Berlin, 1957, p. 96.

1813 y el prusiano de 1851, ambos inspirados en el francés de 1810. Basado en el Código penal prusiano, aparece el 31 de mayo de 1870 el Código penal para la Confederación de los Estados de Alemania del Norte, que entró en vigor el 1º de enero de 1871. Tras la victoria Alemana y la creación del Reich, pasa a ser el 15 de mayo del mismo año el Código penal del Reich, sin más modificaciones que las que impuso la nueva forma de Estado. El 1º de enero de 1872 se extiende a los Estados confederados de Baviera, Württemberg y Baden. Este Código penal de 1871 sufrió varias modificaciones. En 1954 se crea una Gran Comisión de Derecho Penal, para estudiar la reforma del Código. Esta Comisión edita un proyecto de reforma de la parte general en 1958, al que le sigue en 1960 un proyecto completo, que es modificado en 1962"(138). "Este proyecto es criticado por la doctrina, aparece ya en 1966 un proyecto alternativo de Código penal. El proyecto gubernamental no consigue ser aprobado en su totalidad, y entonces se recurre a la modificación del Código por medio de leyes de reforma. Destacan entre éstas las 5 Leyes para la Reforma del Código penal y la Ley de introducción al Código penal, de 2-3-1974. Con ello, la versión del Código de 1871 que entra en vigor el 1-1-1975 tiene innovaciones y diferencias esenciales con la anterior"(139).

(138) Guillermo Oncken : Historia Universal, Tomo 42, Barcelona 1921, pp. 368, 372 y 373.
(139) Juan del Rosal: op. cit., p. 374.

"Otra peculiaridad del modelo alemán, es la posibilidad, admitida a partir del año de 1950, de que el cónyuge lesionado pudiese dirigir la querrela contra sólo uno de los adúlteros" (140), cosa que estimamos criticable, por prestarse al chantaje de terceros, actuando el cónyuge adúltero en combinación con el supuestamente inocente.

2.-AUSTRIA.

A.-"El Código penal austriaco del 27 de mayo de 1852, vigente hasta el 1º de enero de 1975, tenía sus orígenes en una Ley penal de 1803, de la que Feuerbach dijera que materializaba las ideas penales más exquisitas y perfectas. El Código sufrió una reforma en 1947, pero dada su antigüedad, se hacía necesaria una revisión más profunda. Por ello, y paralelamente a Alemania e influenciados por la doctrina de ese país, se dio comienzo a la reforma, que dio a luz una Ley de Reforma del Derecho Penal en 1971 y culminó, llegando más lejos que los alemanes, en un Código Penal nuevo, el 23 de enero de 1974, entrando en vigor el 1º de enero de 1975.

La Ley de reforma de 1971 fue aprobada a iniciativa del

(140) Koffka: op. cit., p. 147.

partido gubernamental, socialista, con fuerte oposición. El preámbulo a la Ley contiene las largas y lógicas consideraciones de un gobierno que esperaba una dura oposición. En él se dice que el Código penal debe limitarse a punir aquellas conductas que afecten gravemente la convivencia en la sociedad, y que por ello pueda reconocer cualquiera que son merecedoras de castigo. Es un claro ejemplo de la influencia que en la reforma austriaca ejerció la doctrina alemana, y en este caso concreto Jescheck.

En el Código de 23-1-1974 se atenúan las penas y, siguiendo las modernas concepciones político-criminales, fundamentalmente alemanas, se desincriminan numerosas conductas. El adulterio se mantiene incriminado" (141).

(141) Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2ª ed., Berlin, 1972, p. 1 y 2, citado por Pallin.

3.- SUIZA.

A.- "Suiza es un país donde coexisten tres nacionalidades distintas. Si bien es cierto que desde el 1º de enero de 1942 está vigente un único Código Penal, el del 29 de diciembre de 1937, con anterioridad al mismo cada Cantón tenía su propia legislación penal. Estas no sólo eran de fechas muy variadas, sino que fueron influidas en desigual medida por los Derechos extranjeros. Ello nos hace proceder a una clasificación previa de los Códigos,"(142) que haremos siguiendo a Mittermaier:

1.- Hay un Código que es de influencia francesa pura y, curiosamente, el único que no incriminaba el adulterio: el de Ginebra de 1874.

2.- Códigos realizados sobre base francesa, pero con modificaciones de fondo que obedecen a influencia alemana; el de Vaud de 1841 y los de Valois de 1858 y Berna de 1865, que se

(142) Mittermaier: op. cit., pp. 42-43.

inspiran en el primero, así como los de Friburgo de 1868 y Neuchatel de 1891, que se alejan más del Derecho francés.

3.- Códigos que se basan en el Código penal alemán de 1871; los de Basilea de 1872 y Solohurt de 1885.

4.- El Código penal de Tesino, basado inicialmente en el Derecho francés, quedó tan influenciado en su reforma de 1873 por las ideas alemanas y las italianas de Carrara, que apenas, si quedaron restos del Derecho penal francés. El origen francés y la posterior influencia de Carrara condujeron a que este Código fuera el único de entre los suizos del siglo XX que mantuviera en su texto la dualidad adulterio-amancebamiento, cosa que sociológicamente podemos explicar si nos damos cuenta que Tesino es el único de los Cantones suizos de neta mayoría italiana.

5.- Todos los demás Códigos forman un grupo germano que ha sufrido la influencia de las legislaciones alemanas y austriacas del siglo XIX.

4.- HOLANDA.

A.- El primer Código penal de los países Bajos, promulgado en 1809 por Luis Napoleón, sólo estuvo vigente dos años, pues fue sustituido por el francés de 1810, al incorporarse los el Imperio francés. Tras la restauración de los Orange en 1813, se mantuvo vigente el Código francés, con ligeras modificaciones. Los holandeses intentaron dar una legislación penal propia a los Países Bajos, sobre la base del Código de 1809, pero se encontraron con la fuerte resistencia de los belgas, que preferían mantener el Código de 1810. "Sólo tras la secesión de Bélgica en 1830 se pudieron emprender los trabajos que habrían de culminar en el Código Penal del 3 de marzo de 1881. Este está vigente desde el 1º de septiembre de 1886, habiendo sufrido varias modificaciones en su larga existencia" (143).

B.- El Código de 1881 le dedicaba al adulterio el artículo 241, encuadrado dentro del título sobre los delitos contra las buenas costumbres. Castigaba por igual a ambos cónyuges y a sus co-reos con pena de seis meses o más. Si bien no establecía una condición de perseguibilidad (Verfolgungsvoraussetzung) al modo

(143) " Les Codex pénaux Européens ", Tomo III, Paris, 1958, p. 1373.

del art. 172 alemán, si establecía una auténtica condición objetiva de punibilidad al exigir en su segundo párrafo que a la querrela debía seguir en el plazo de tres meses una demanda de divorcio o de separación de cuerpos, basada en el adulterio, disponiendo asimismo en su quinto párrafo que no se daría curso a la querrela en tanto no se declarara dicho divorcio o separación. La querrela podía retirarse mientras no se iniciara el examen del caso en la Audiencia.

LOS PAISES DEL CIRCULO LATINO.

1.- FRANCIA.

A.- El Primer Código Penal vigente en Francia fue el revolucionario de 1791, que recogía las ideas de los penalistas ilustrados, pero contenía un gran número de imperfecciones técnicas. Fue sustituido por el Código napoleónico del 12 de

febrero de 1810, promulgado el 22 del mismo mes. Este, con numerosas modificaciones, es el que está actualmente vigente.

B.— Si bien el Código penal de 1791 desconocía el adulterio, el de 1810 lo incluye dentro de los atentados contra la moral, en sus artículos 336 a 339. Es el primer Código que incrimina el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido, modelo que, como veremos, haría furia en los países latinos. Incrimina como venia haciendo el Derecho histórico, la mera infidelidad sexual de la mujer, y haciéndose una tímida concesión a la esposa ofendida, como diría Groizard, "si el marido tenía la concubina en la casa conyugal, en tal excepcional caso, podía ser considerado y tratado como reo de adulterio" (144). Ello no quiere decir que la pena fuera la misma. Esta es de mera multa para el amancebado y de privación de la libertad para la adúltera.

El modelo francés no describe en qué consiste el adulterio ni menciona el amancebamiento fuera de la casa conyugal, si bien la jurisprudencia ha extendido el concepto de lo que es "casa conyugal". Otro supuesto en que la jurisprudencia ha interpretado extendiendo el ámbito de aplicación de la ley es en

(144) Groizard: op. cit., p. 23.

lo referente a la manceba, a la que castiga, a pesar de no mencionarla para nada en el artículo"(145), a diferencia de lo que sucede con el *correat adulterae*, cuya pena es superior a la de la adúltera misma. Otra diferencia reside en no exigir la querrela para ejercitar la acción, bastando una mera denuncia.

Conoce el perdón del ofendido tras la condena, que sin embargo no afecta al tercero. Como condición de perseguibilidad sólo menciona que no haya cometido el marido ofendido amancebamiento.

Por lo tanto, el consentimiento del marido no excluye en principio la posibilidad de actuar.

2.- BELGICA.

A.- "Tras independizarse de los países Bajos en 1830, Bélgica continuó con el Código francés de 1810. Este fue modificado en 1841 en algunos puntos de acuerdo con la Ley francesa de 1832" (146). Este fue sustituido el 15 de octubre de 1867 por el Código del 8 de junio del mismo año, también de ascendencia francesa.

(145) Mittermaier: op. cit., p. 29.

(146) Mittermaier: op. cit., p. 30.

Este Código, habiendo sufrido varias modificaciones, se encuentra en vigor actualmente.

B.- "El Código de 1967 inserta el capítulo dedicado al adulterio y la bigamia dentro del título relativo a los crímenes y delitos contra la familia y contra la moralidad pública. El Código, que en algunos puntos desarrolló el Derecho francés del Código de 1810, varió parcialmente la redacción de los artículos 387 a 390, relativos al adulterio. Pero en lo relativo al contenido, éste viene a ser el mismo, con algunas pequeñas diferencias. Entre éstas podemos citar que se eleva la pena del marido, si bien se mantiene por debajo de la de la adúltera; la manceba, no castigada expresamente en la ley, queda en la práctica belga sin castigo, y el adulterio o amancebamiento del cónyuge ofendido no es obstáculo para la persecución del delito del otro cónyuge" (147).

(147) Mittermaier: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderen Teil, Tomo IV, Berlin 1906, p. 30.

3.- LUXEMBURGO.

A.-"Tras la caída del Imperio napoleónico Luxemburgo se separa de Francia, si bien conserva el Código Penal de esta, en el que introduce numerosas modificaciones y cuyo rigor atenúa. Este es sustituido por uno propio del 18 de junio de 1879, de influencia belga, y modificado posteriormente de acuerdo con las experiencias belgas, francesas y holandesas"(148). Es el que está actualmente vigente.

B.- El Código de 1879 recogía el capítulo dedicado al adulterio, los artículos del 387 al 390, en el título relativo a los crímenes y delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública. Los artículos que recogen al adulterio no sólo eran copias exactas de los del Código belga, sino que, como ya habrá notado el observador, llevan la misma numeración: del 387 al 390.

4.- PORTUGAL.

A.- "En Portugal está vigente la nueva versión del 16 de septiembre de 1886 del Código de 1852, en la que se recogió las

(148) Codes Pénaux Européens, Tomo III, Paris, 1958, p. 1119.

modificaciones de fondo de la Ley de Reforma del Derecho Penal de 1884. El Código de 1852 se inspiró en el Código francés de 1810, en el español de 1848 y en el brasileño de 1830. Fue la culminación de unos intentos de codificación cuyos orígenes pueden remontarse al proyecto de 1789 de Freire, pasando por las comisiones de 1823 y 1836. Con anterioridad al mismo estaban en vigor las Ordenaciones, las últimas de las cuales, conocidas como - las filipinas - eran del siglo XVI, si bien es cierto que hacia finales del siglo XVIII se habían aminorado las penas por influencia de las ideas de Beccaria, y más tarde, en 1821, por el advenimiento del liberalismo" (149). El Código de 1886 ha sufrido varias modificaciones a lo largo de su dilatado periodo de vigencia.

Inicialmente se distinguía entre el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido, pero la Lei do divórcio, Decreto de 3-11-1910 modificó esto. En su artículo 61 disponía: El adulterio del marido o de la mujer no será penalmente punible más que durante la vida en común de los esposos. Se castigará de acuerdo con las disposiciones de los artículos 401 al 404 del Código Penal, con las siguientes modificaciones: El adulterio del marido será considerado de las mismas características y gravedad que el de la mujer.

(243) Belezza dos Santos, en la introducción a Das Portugisische Strafgesetzbuch, editado por la Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1962, p. 1.

5.- MONACO.

A.- Al recuperar Mónaco su independencia tras la caída de Napoleón, se encargó en 1815 a una comisión que adaptase el vigente Código Penal francés de 1810 a las condiciones del país. El Código reformado fue promulgado ese mismo año, modificado en 1817, y fue sustituido el 1º de enero de 1875 por una versión reformada de él mismo, de 1874. Estuvo vigente hasta que el 1º de enero de 1968 entró en vigor el actual Código del 28 de septiembre de 1967. Este último fue modificado por la ley del 6 de julio de 1970.

B.- "El Código de 1874 incriminaba separadamente el adulterio de la mujer y el amancebamiento del hombre en sus artículos 336 y 337, dentro de la sección dedicada a los atentados a las buenas costumbres. Ambos fueron afectados por una orden del 6 de junio de 1906, relativa a los delitos contra las buenas costumbres. Si bien continuó penándose al amancebamiento más levemente que a la adúltera, la pena era para ambos de multa, de 30,000 a 750,000 francos a la adúltera y de 15,000 a 300,000 francos al amancebado. El cómplice de la mujer recibía la misma pena, mientras que la manceba no era, según el modelo francés, mencionada.

El Código de 1967 no sólo igualó las penas para ambos cónyuges

y co-reos, sino que castigò por igual el adulterio de cualquiera de los esposos" (150).

6.- ITALIA.

A.- "Victor Manuel II fue coronado rey de Italia en 1861, pero la unidad nacional no se logró hasta la toma de Roma en 1871. En Derecho Penal, la unidad se logró con la promulgación del Código Penal de Zanardelli, en 1889. Este se basaba ampliamente en el Código penal toscano de 1853, en el que la influencia francesa no fue tan descarada como en los primeros códigos españoles y en el portugués entre otros.

La lucha de escuelas, que tuvo su inicio en Italia, llevó a la redacción de un nuevo Código, el famoso Código Rocco, del 19 de octubre de 1930, que representa un compromiso en esa lucha. En vigor desde el 1º de julio de 1931, ha sufrido varias modificaciones, pero sigue vigente, a pesar del cambio de régimen de 1945"(151).

B.- El Código Penal de 1889, a pesar de diferenciar como el

(150) Diego Diaz Santos: Los delitos contra la familia, Madrid, 1973, pp. 219 y 220.

(151) Juan del Rosal: Tratado de Derecho Penal Español, tomo I, Madrid, 1968, páginas 370 y 371.

francés entre adulterio de la mujer y amancebamiento del marido, mantenía una postura más progresista. Así se castiga al marido también cuando tuviera a la manceba fuera de la casa conyugal, si fuera de modo notorio. Su pena es la misma que la de la mujer adúltera. Se castiga expresamente a la concubina, si bien con menor pena, y al *correus adulterae* por igual que a la mujer y al amancebado, pero sin que se limiten los medios de prueba contra el mismo. Asimismo se prevé una reducción de pena en caso de que los cónyuges vivieran separados legalmente o la adúltera hubiera sido abandonada por el marido. Otra innovación es la imposibilidad de interponer querrela el cónyuge que a su vez hubiera cometido en los cinco años anteriores adulterio o amancebamiento, o que hubiera sido el culpable de que se dictara una separación de cuerpos. Por otro lado, al igual que el francés, no describe la conducta adulterina.

7.- GRECIA.

A.- Grecia proclamó su independencia en 1822, siéndole reconocida, tras la derrota turca, en el Tratado de Adrianópolis de 1829 por Turquía. Ya en 1824 se había promulgado una Antología Criminal ampliamente basada en el Código Penal francés. Por ello, y dada su situación mediterránea, aunque no podamos considerar a Grecia como un país latino, lo incluimos dentro de este grupo.

Dicha antología Criminal sufre varias modificaciones antes de ser sustituida por el primer Código Penal griego en 1834. Este también sufrió sus modificaciones, si bien llegado un momento, se estimó que ello no era ya la solución adecuada, y se acometió en el período entre las dos guerras mundiales la tarea que culminaría, tras la interrupción que significó la Segunda Guerra Mundial, en un Código Penal de nueva creación, el del 17 de agosto de 1950. Este entró en vigor el 1º de enero de 1951.

B.-"El Código de 1834, siguiendo el modelo francés, distinguía entre el adulterio de la mujer y el amancebamiento del hombre, en su artículo 285. El Código de 1950, basándose en la obligación de mutua fidelidad de los cónyuges"(152), consagró la igualdad de tratamiento del marido y de la esposa. Su artículo 357 regula el adulterio del siguiente modo:

1.- El cónyuge culpable de adulterio y su cómplice son castigados con pena de prisión de un año o más. La persecución no tendrá lugar más que por querrela del cónyuge ofendido.

2.- El tribunal podrá, apreciando las circunstancias, eximir de la pena, cuando al momento del hecho había cesado la vida conyugal.

(152) Diego Diaz-Santos: op. cit., p. 219.

3.- No se castigará el adulterio, si fue tolerado por el otro cónyuge.

8.- LATINOAMERICA: I CODIGOS DE INSPIRACION ESPAÑOLA.

A.- Este grupo ve, con pocas variantes, el adulterio y el amancebamiento según el esquema español, tomado principalmente del Código de 1848-1850. Siguiendo a Jiménez de Azúa, "citaremos entre los de este grupo a los Códigos de Chile de 1874, reformado en 1954 (arts. 375-381); de Nicaragua de 1891 (arts. 417-425); de El Salvador de 1904 (arts. 338-391); de Honduras de 1906 (arts. 431-435); de Paraguay de 1910 reformado en 1941 (arts. 295-299) y de Guatemala de 1936 reformado en 1949 (arts. 325-329) " (153).

B.- A modo de ejemplo de este grupo, analizaremos el Código de Chile, para estudiar las pequeñas diferencias que puedan haber con el español. El de Chile intentó en concreto desarrollar y

(153) Jiménez de Azúa: "El adulterio" , en El Criminalista, Buena Aires, 1962, p. 189.

completar la regulación del español. Su artículo 375 es idéntico al español actual 449 (art.448 en el Código de 1870), salvo en la pena, que es de reclusión menor en cualquiera de sus grados. El artículo 376 es el actual 450 español, si bien modifica algo la redacción del segundo párrafo, añadiendo ... pero en el caso de haber fallecido uno de ellos, o de fallecer después de iniciado el juicio, podrá el ofendido entablarla o continuarla contra el sobreviviente, y suprimiendo el párrafo ...y nunca si hubiere consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de ellos . Los artículos 377 y 378 hacen referencia a los plazos de prescripción de la acción y a que no se podrá entablar acción de adulterio en caso de divorcio perpetuo, por los actos ejecutados mientras éste subsista. El artículo 379 recoge con distinta redacción el contenido del actual art. 451 del Código español: el marido podrá, en cualquier tiempo, suspender el procedimiento o remitir la pena impuesta a su consorte, volviendo a unirse con ella, extendiéndose al cómplice los efectos de la suspensión o remisión.

9.- LATINOAMERICA: II OTROS CODIGOS QUE DISTINGUEN ADULTERIO Y AMANCEBAMIENTO.

A.- Tenemos en primer lugar los de Haiti de 1835 (arts. 284-287) y el de la República Dominicana de 1884 (arts. 336-339), que se mantienen fieles al modelo de su antigua metrópoli: el Código

francés de 1810. En segundo lugar, el Código venezolano de 1926, reformado en 1964, de influencia italiana, y el argentino de 1921, reformado en 1968, que recibe varias influencias y tiene un modelo propio y único en el mundo como resultado.

B.- El Código vigente en Venezuela es la versión reformada del 22 de junio de 1964 del Código del 6 de julio de 1926. La reforma no afectó al adulterio, cuyo artículo conserva incluso la misma numeración (396 al 401). Jiménez de Asúa consideraba a este Código como perteneciente al grupo de influencia española en lo específico del adulterio. Esto difícilmente puede admitirse, pues de entrada nos llama la atención el que no use, a diferencia del Código Penal venezolano de 1873, el vocablo (yacer), y hable asimismo de la (concubina), en lugar de la (manceba). Su artículo 396 no describe ninguna conducta, sino que señala que (la mujer adúltera será castigada con prisión de seis meses a tres años). Dice Chiossone "que el modelo es italiano" (154) y dice bien, pues con variantes en cuanto a las penas, los artículos 396 al 401 son traducciones literales de los artículos 353 al 358 del Código Penal italiano de 1889. Aquí nos limitaremos a señalar las variantes en cuanto a las penas: la pena para la adúltera y su co-reo es de seis meses a tres años,

(154) Tulio Chiossone: Manual de Derecho Penal Venezolano, Caracas, 1972, p. 630.

en vez de la detención de tres a treinta meses del Código italiano; la del amancebado es de tres a dieciocho meses, en vez de tres a treinta meses, como en el Código Zanardelli; la pena de la manceba es de prisión de tres meses a un año, mientras que el Código italiano no fijaba límite inferior, como tampoco lo fijaba para los supuestos de punibilidad reducida del artículo 355 (398 venezolano), que el venezolano fija en 15 días.

Según Chiossone, "en el caso de la adúltera y de su co-reo, se trata de coautores, pues ambos tienen la misma pena, mientras que entre el amancebado y la manceba, al ser la punibilidad de ésta menor, lo que hay es complicidad" (155).

C.- El Código Penal argentino del 30 de septiembre de 1921, reformado parcialmente el 1º de abril de 1968, recoge el adulterio y el amancebamiento en un artículo único, el 118:

Serán reprimidos con prisión de un mes a un año:

1.- La mujer que comete adulterio.

2.- El codeficiente de la mujer.

(155) Tulio Chiossone: op. cit., p. 630.

3.- El marido, cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal.

4.- La manceba del marido.

"Los demás artículos que hacen referencia al adulterio están en otra parte del Código. El artículo 69 admite el perdón del ofendido. Según el art. 73 es un delito de acción privada. En el 74 se establece: a) la necesidad de que sobrevenga el divorcio a causa del adulterio (influencia alemana); b) que la querrela debe dirigirse contra ambos culpables, si vivieren, y la imposibilidad de actuar si el cónyuge ofendido hubiera consentido o perdonado el adulterio (influencia española); c) que la muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena (influencia latina)" (156).

(156) Jiménez de Asúa: op. cit., p. 189.

10.- LATINOAMERICA: III PAISES QUE CASTIGAN POR IGUAL EL
ADULTERIO DE AMBOS CONYUGES.

A.- pertenecen a este grupo los Códigos de Peru de 1924 (arts. 212-213), el de Brasil de 1969 (art. 264), el de Puerto Rico de 1974 (art. 269) y el nuestro, el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero comun, y para toda la República en materia de fuero Federal, que por decreto del 2 de enero de 1931, ha tenido a bien expedirse (arts. 273-276), y del cual hablaremos mas ampliamente un poco mas adelante.

11.- LATINOAMERICA: IV PAISES QUE NO INCRIMINAN EL ADULTERIO.

Son Uruguay (Código penal de 1933), Cuba (Código de defensa social de 1936 reformado), Colombia (Código penal de 1936) y Costa Rica (Código penal de 1970).

LOS PAISES ANGLOSAJONES.

1.- EL REINO UNIDO DE LA GRAN BRETAÑA.

A.- "El Derecho inglés, tanto penal como privado, tiene dos fuentes básicas: una tradicional y no escrita, la common law, y otra, legislativa y escrita, la statutory law. La primera procede de las costumbres y usos de las comunidades anglosajonas, cuyos principios de Derecho se aplicaban en los antiguos tribunales comunales. La jurisprudencia fue desarrollando a éstos sobre la base de los precedentes judiciales y su interpretación, dando lugar al common law "(157). "La statutory law está formada por leyes o actas pasadas por el parlamento. En materia Penal son pocas, y mayormente se centran en problemas procesales y penitenciarios, más que en cuestiones de Derecho penal material" (158). Si bien Escocia presenta algunas diferencias en la concreta regulación de algunas instituciones penales, dado

(157) M. Cherif Bassiouni: The Sources and Limits of Criminal Law in the United States, en Revue Internationale de Droit Pénal, 1957, p. 313.

(158) Juan del Rosal: Tratado de Derecho Penal español, Parte General, vol. I, Madrid, 1968, pp. 382-383.

que tanto ella como Irlanda del Norte y Gales han dependido largo tiempo en lo referente al statutory law del Parlamento de Londres, dichas diferencias afectan principalmente al common law, y no en materia de adulterio, por lo que nos limitaremos a ver el tema referido básicamente a Inglaterra.

B.- Al tratar de Inglaterra en la parte histórica ya vimos cómo este país fue el primero en desincriminar el adulterio. "El common law limitó el concepto de adulterio al cometido por la mujer, para contemplarlo como una (injuria civil) , si bien se concedió al marido una acción para ir vi et armis contra el adúlterador" (159).

"Fueron los Tribunales eclesiásticos los que entendieron de los adulterios, hasta el advenimiento de Cromwell en 1649. Este, llevado de su exacerbado puritanismo, incriminó el adulterio en 1650, convirtiéndolo en delito capital, castigado con muerte, y privando a los tribunales eclesiásticos de su jurisdicción"(160). "Estos la recuperaron en 1660, tras la restauración monárquica si bien los tribunales de common law conservaron la jurisdicción

(159) Henry H. Foster jr. y J. Freed: "les infractions contre la famille et les moeurs en droit des Etats-Unis d'America", en Revue Internationale de Droit Pénal, 1964.

(160) Radzinowick: History of English Criminal law, vol. II, Londres, 1956, pp. 3 y 4.

civil en materia de acciones por daños e intereses lesionados" (161).

"A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX hubo un movimiento que intentó extender el campo de acción del Derecho Penal. Respecto al adulterio, se defendió su incriminación, llegándose a presentar propuestas en este sentido en el parlamento. Para ello se atacó duramente la teoría que concebía al adulterio como una mera cuestión moral, en la que no debía inmiscuirse la Ley penal. Se afirmó en contra que cuando la inmoralidad llega al extremo de alterar el orden cívico de la sociedad, en cualquier Estado moderno se hacía necesaria la intervención del poder público a través del Derecho penal, a pesar de todos los esfuerzos, los proyectos incriminadores del adulterio que se presentaron al Parlamento fueron derrotados" (162).

2.- IRLANDA.

"Cuando Irlanda logra su independencia en 1921, su Derecho

(161) Foster y Freed: op. cit., p.45

(162) Radzinowick: History of English Criminal Law, vol. III, Londres, 1956, cap. 80;

vigente era el mismo del Reino Unido. Lógicamente ha continuado dentro del marco del common law, que le es tan propio como al resto de las islas Británicas. Por ello el adulterio no es un delito en Irlanda. algunas voces han expresado la conveniencia de la incriminación, sin mayor trascendencia, alegando que un ataque a una institución social tan básica como la familia no debía quedar sin castigo" (163).

3.- AUSTRALIA.

"Australia se encuentra también dentro del ámbito del common law, si bien en ella el statutory law en materia penal es mucho más importante que en la antigua metrópoli. así los Estados de Queensland, Western Australia y Tasmania tienen Códigos penales, pero éstos han utilizado como materia el common law, mientras que los de New South Wales, Victoria y South Victoria son en realidad auténticas (Leyes de consolidación) del common law. En los demás Estados la situación es más parecida a la inglesa" (164). Por ello en Australia el adulterio no es tampoco delito en ninguno de sus Estados.

(163) Dublin Review CCXXX, 1956.

(164) Barbara Huber, en "Australia" en Quellen und Schrifttum des Strafrechts, editado por Jescheck y Löffler, Tomo II. Lieferung: Australien und Nordamerika, München, 1973.

4.- CANADA.

A.- "Perteneiente a la esfera del common law, el Derecho penal canadiense presenta una diferencia importante respecto al inglés. Canadá cuenta con un Código Penal y ha consagrado legislativamente el principio de legalidad.

De acuerdo con la British North America Act de 1867, la competencia legislativa en materia penal material y procesal está en manos del Parlamento Federal. A los cuerpos legislativos provinciales se les deja sólo la organización de los tribunales, si bien tiene la facultad de proteger por medio de sanciones penales aquellas leyes que promulguen dentro del marco de su competencia. El Parlamento aprobò en 1892 un Código penal basado en el U.K. Draft Code, que entrò en vigor el 1º de julio del año siguiente. Este Código sufrio una revisión a fondo entre 1952 y 1954, y entrò en vigor el 1º de abril de 1955. El Código incluye Derecho penal y procesal, y respecto a su parte especial, implantò el principio de legalidad, al establecer que nadie podria ser acusado de un delito que no hubiera sido declarado previamente como tal por el Parlamento"(165).Ahora bien, en lo

(165)-A. J. MacLeod, cap. V. (Criminal Legislation), en Crime And His Treatment In Canada, editado por W. T. Mc. Grath, Toronto, 1965.

relativo a lo que podríamos llamar la parte general, dejó vigente al common law en cuanto no se opusiera a lo legislado por el parlamento.

5.- LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

A.- "En los Estados Unidos hay cincuenta y dos sistemas legales: los de sus 50 Estados miembros, el del Distrito de Columbia y el Federal. Cada uno de éstos ha elaborado su propio Derecho criminal, consistente en delitos de common law, de statutory law o de una combinación de ambos"(166)."La evolución del common law inglés a través de la variada jurisprudencia y precedentes judiciales ha provocado incertidumbre y ambigüedades en la legislación norteamericana, acrecentadas por el hecho de tener algunos Estados miembros a su vez otras subdivisiones territoriales con poderes legislativos, cuyos Códigos y

(166) M. Ch. Bassiouni: op. cit., p. 313.

ordenanzas municipales frecuentemente incorporan normas penales" (167), por ello, en numerosos Estados se ha recurrido a hacer codificaciones. Los códigos resultantes no son, sin embargo, el equivalente de los europeos, como consecuencia de que en su mayoría lo que hacen es el recoger el common law penal, incluyendo tanto lo material como lo procesal. Llegados a este punto se hace necesario mencionar al Model Penal Code de 4 de mayo de 1962. La finalidad del mismo es el ofrecer a los sistemas de los diversos Estados un modelo de Código que les sirva para actualizar su Derecho penal en la medida que lo deseen. Si bien su grado técnico es mucho más elevado que el de los otros Códigos americanos, sigue apartándose de nuestro concepto de Código penal. Contiene no sólo Derecho penal material, con sus partes generales y especial, incluidas medidas de seguridad, sino que abarca el Derecho penitenciario y métodos de ejecutar las penas. Su desarrollo duró diez años, y estuvo a cargo de una asociación privada, el American Law Institute. Varios son ya los Estados que han promulgado o modificado sus Códigos de acuerdo con las líneas marcadas en el Model Penal Code.

El Model Penal Code consta de cuatro partes:

- I.- Cuestiones Generales (Parte General del Derecho y algunas cuestiones sobre tribunales y modo de determinar criminológicamente la pena).
- II.- Concepto de los hechos delictivos (Parte especial, pero sin fijar la cuantía de las penas;).
- III.- Métodos de tratamiento y medidas (correctoras)
- IV.- Organización de los centros de readaptación.

(167) M. Ch. Bassiouni: op. cit., p. 301.

Según Bassiouni, las fuentes primarias de Derecho Penal Quedarian del siguiente modo: 1º La Constitución de los EE. UU.; 2º Los delitos de common law, tal como fueron recibidos de la common law inglesa y desarrollados por las judicaturas de los diversos Estados; 3º Los delitos estatutarios federales, y 4º Los delitos estatutarios estatales.

La cuestión en torno a la clasificación de los hechos delictivos, según su gravedad, tampoco es clara. Podríamos distinguir entre las criminal offenses o crimes (delitos en sentido amplio), y las Violations, petty offenses o non-criminal offenses (contravenciones o faltas). La diferencia esencial entre los dos grupos es que para el primero las penas son de muerte o privativas de la libertad, mientras que para el segundo son de multa o pérdida de diversos derechos. A su vez, las criminal offenses se dividen en treason (traición, contenida en la constitución), felony o crime (crimen o delito grave) y misdemeanor (delito menos grave). Mientras que la felony se castiga con muerte reclusión en una prisión estatal o en la penitenciaria federal, el misdemeanor se penaría con encierro en una cárcel (jail). Las felonies pueden ser, según su gravedad, de 1º, 2º, o 3º grados.

B.- Las colonias inglesas de las que se originaron los Estados

Unidos de América tuvieron como primeros colonos a los puritanos, a aquellos que habrían de convertir en 1650 el adulterio en un delito capital en la misma Inglaterra. Así no debe extrañarnos que en las colonias incriminaran no ya el adulterio, sino incluso la mera relación sexual entre solteros. "Los puritanos de la colonia de Massachusetts castigaron el adulterio con pena de muerte, si bien posteriormente la redujeron a flagelación pública, picota (poste) y obligación de llevar la letra (A) en la ropa (claro aspecto infamante); en Connecticut la letra (A) se le marcaba a los adúlteros con un hierro candente en la frente y en Pennsylvania la pena era de prisión; en las demás colonias la pena era más leve, consistiendo generalmente en multas monetarias o en tabaco, aplicándose la flagelación en caso de impago" (167).

"En los Estados Unidos el adulterio fue considerado un delito sexual sobre todo desde el punto de vista criminológico. Se consideraba delito sexual todo aquel cuya fuerza motivadora fuera

(167) Ploscowe: Sex and Law (1962), citado por Foster y Freed, en "Les infractions contre la famille et les mœurs en droit des Etats-UNits d'America", en Revue Internationale de Droit Penal, 1864, p. 693.

el logro de algún tipo de satisfacción sexual" (168). "En esta línea Thompson clasificó el adulterio dentro de los (illegal intercoursés) (coitos ilegales). La ilicitud de éstos podía venir del método empleado en su logro (violación, rapto, seducción y prostitución) o del estado de uno o ambos sujetos (incesto, fornicación y adulterio)" (169). "Desde un punto de vista más técnico, últimamente se ha visto como delito contra la familia.

En algunos delitos hay un estatuto federal aplicable, pero éste no es el caso del adulterio, que es materia de la legislación de cada Estado. Las posturas de éstos al respecto podemos dividir las en cuatro: 1º Estados que no castigan el adulterio. 2º Estados que castigan por igual el adulterio del marido y de la mujer. 3º Estados que castigan el adulterio por una parte y el amancebamiento por otra, y 4º Estados que sólo castigan al adulterio de la mujer y en su caso al co-reo.

De acuerdo con American Law Institute, en 1955 eran 18 los Estados que castigaban la mera relación sexual entre solteros (fornication). 11 la desconocían y el resto exigía unas

(168) Benjamin Karpman: The Sexual Offender and his Offenses, New York, 1954, página 5.

(169) Geo N. Thompson (Cal. Report, 1950, citado por Karpman, ob. cit., p. 87.

características tales como continuidad, publicidad o notoriedad, que la asemejan al concubinato. De intervenir una o dos personas casadas (adulterio), los Estados que punían el hecho eran 30. Sin embargo," Foster y Freed, nueve años mas tarde, afirmaban que todos los Estados, a excepción de cinco, punían el adulterio en algunas de las formas antes citadas. En algunos Estados se perseguía a instancia de parte, pero en la mayoría era un delito público.

Desde entonces a nuestros días se ha producido en los Estados Unidos una considerable evolución en la moral y costumbres sexuales. Ello ha llevado un alejamiento de aquella mentalidad puritana que aún en los años cincuentas hacía encarcelar a matrimonios por haber tenido relaciones sexuales antinaturales. El modelo Penal Code, cuya influencia ya mencionamos, no incluye dentro de su catálogo de delitos el adulterio, pero esta exclusión no se debió al mencionado cambio de costumbres, pues el Code, como producto científico, se adelantó a éste. Los trabajos preparatorios del mismo no consideraban al adulterio un delito.

En cualquier caso, y aunque aún figure como delito en un buen

número de Estados, el número de adulterios perseguidos es actualmente muy reducido.

LOS PAISES EXSOCIALISTAS.

1.- GENERALIDADES.

El Derecho en los países exsocialistas fue en general bastante liberal respecto a las conductas que se relacionan con lo sexual, siempre y cuando no afectaran a las bases ideológicas del socialismo, pues, según Dolensky, "sus legislaciones se centraban en reprimir los delitos que ponen en peligro o dañan aquellas relaciones que deben salvaguardarse en interés de la clase trabajadora" (170). La razón básica incriminativa es, por lo tanto de defensa social.

Con esta doctrina, no nos extraña que de todos los países ex socialistas, sólo uno, Rumania, el único latino de ellos, castigara penalmente el adulterio.

(170) Dolensky: 9th International Congress of Penal Law, Preparatory Papers Section 2, The Hage, 1964.

En la 9ª Conferencia Internacional de Derecho Penal de la Haya, en 1964, uno de los Representantes socialistas, Nenov, expresó la postura global socialista en torno al adulterio, y más específicamente, a la distinción entre adulterio y amancebamiento, con las siguientes palabras: "el exigir responsabilidad criminal por éste, es una expresión de la desigualdad de la mujer en la familia y de un cierto anacronismo. En las legislaciones socialistas estos actos han perdido su significación penal, si bien, en consideración a la trascendencia de la culpabilidad moral, se ha mantenido la relevancia del adulterio como una posible causa de divorcio" (171).

2.- LA EX U.R.S.S. Y POLONIA.

A.- El primer Código Penal de la Rusia Soviética fue el de 1922, e incriminaba el adulterio. Tras una larga serie de vicisitudes y cambios para reajustar la legislación penal de los Estados miembros, que se iniciaron ya en el mismo 1922 con la creación del Estado Federal se publicó para Rusia el Código penal de 27 de octubre de 1960, en vigor desde el 1º de enero de 1969. Por lo que respecta al adulterio, dejó de considerarse delito en 1927.

(171) Nenov: 9ªth International Congress of Penal Law, Preparatory papers Section 2, The Hage, 1964.

B.- Polonia, al renacer como Estado tras la Primera Guerra Mundial, se encontró con tres Códigos Penales vigentes en su territorio: el alemán, el austriaco y el ruso zarista, que incriminaban el adulterio. Estos tres fueron sustituidos por el Código polaco de 1932, fruto de varios años de trabajo. Este Código, a diferencia de los otros, no incriminaba el adulterio, y estuvo vigente hasta ser sustituido por el del 19 de abril de 1969, que tampoco lo incriminaba.

3.- RUMANIA.

A.-"El primer Código Penal rumano fue el del 30 de octubre de 1864, inspirado directamente en el francés de 1810 y con influencias del prusiano de 1851. Tras la primera Guerra Mundial se incorporan territorios a Rumania, en los cuales rigen otras leyes penales"(172). "La unificación llega con el Código del 17 de marzo de 1936, en el cual si bien se inspira en el de 1864,

(172) Les Codes penaux européens del Código de 1968. en el tomo IV, Paris, 1971.

plasma la tradición del Derecho liberal. Sufre una modificación en 1938, volviendo a entrar en vigor en 1948 la versión de 1936, si bien con algunas modificaciones derivadas del nuevo carácter de República popular. Tras varias modificaciones es sustituido el 1º de enero de 1969 por el Código del 21 de septiembre de 1968.

B.- El adulterio ha sido un delito siempre en Rumania. Fue el único país socialista que lo incriminaba. Ello se explica en parte por el hecho de ser Rumania el único país latino tras el telón de acero" (173).

PAISES PRÓXIMOS A LA CULTURA OCCIDENTAL.

1.- TURQUÍA.

A.-"Tras la victoria de Mustafá Kemal, Turquía adopta en 1922 las estructuras modernas sustituyendo el Sultanado por una República Nacional. Se inicia la renovación del Derecho Penal, que culmina en el Código penal del 1º de marzo de 1926" (174). "En

(173) Les Codes pénaux européens, Tomo IV. p.2098.

(174) Les Codes pénaux européens, Tomo V, Paris 1971, p. 2107.

vigor desde el 19 de julio del mismo año, es en el fondo el Código penal italiano de 1889, el que, si bien contiene numerosas disposiciones de la Ley Penal de 1858 del Sultanato. Esta se había inspirado en el Código penal francés de 1810" (175).

B.- El Código de 1926 dedica al adulterio los artículos del 440 al 444, que forman el capítulo Del adulterio , situado dentro del título dedicado a los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia.

Las penas, que actualmente son las mismas para todos los autores, eran desiguales originalmente, habiendo sido ello modificado posteriormente.

2.- ISRAEL.

A.-"Israel, aunque nace como estado el 14 de mayo de 1948, se rige por la Criminal Code Ordinance Nr 74 de 1936, promulgada por la entonces potencia administradora de palestina, la Gran Bretaña. El Parlamento israelita ha introducido varias modificaciones" (176).

(175) Nanci Sensoy y Osmar Yolun, en la introducción a Das Türkische Strafgesetzbuch von 1-3-1926, editado por De Gruyter & Co., Berlín, 1955.

(176) Criminal Code Amendements Laws.

B.- Ya vimos que los ingleses desincriminaron el adulterio hace varios siglos. "La Criminal Code Ordinance no lo incriminaba tampoco. Los israelitas modernos, que consideraban la incriminación de este delito poco menos que reminiscencias atávicas de épocas medievales, en las que se mesclava la religión con el Derecho, no lo han vuelto a incriminar" (177).

3.- COREA DEL SUR.

A.- "El actual Código Penal coreano del 18 de septiembre de 1953, en vigor desde el 3 de octubre del mismo año, el primer Código penal autóctono de Corea. Los 40 años precedentes había estado vigente el Derecho Penal positivo japonés. La última modificación del Código data de 1975.

B.- El adulterio está recogido en el artículo 241 y está sistemáticamente encuadrado entre los delitos contra las buenas costumbres. Se castiga con presidio de hasta dos años tanto al marido como a la mujer adúltera, así como a sus co-reos. Sólo puede perseguirse a querrela del cónyuge ofendido, que no puede interponerla si consintió o perdonó el adulterio" (178).

(177) Intervención del delegado israelí Cohn en 9th International Congress of Penal Law, Proceedings 2nd Section. The Hage, 1964.

(178) Paul K. Ryu: Das Koreanische Strafgesetzbuch, editado por De Gruyter & Co., Berlin, 1968.

4.- EL JAPON.

A.- "Desde el año 646 hasta 1881 se legislaba en el japon teniendo como modelo las Leyes chinas. En 1881 cambia la situación con la publicación de una Ley penal material y otra procesal, obras del francés Boissonde, basadas en el Código penal francés de 1810, que entraron en vigor al año siguiente. Fue la 1ª vez que en ese país se aplicaron conceptos jurídicos europeos. Esta Ley fue sustituida por el Código penal del 25 de abril de 1907, basado en ella, y que entrò en vigor el 1º de octubre de 1908. Este continuò vigente hasta nuestros días, si bien ha sufrido varias reformas en 1941, 1947, 1953, 1954 y la última en 1968.

B.- El Código de 1907 castigaba sólo y únicamente el adulterio de la mujer, en su art. 183. No describía la conducta, limitándose a señalar una pena de hasta dos años de prisión y que se trataba de un delito privado, si bien el marido no podía interponer la querrela cuando había consentido el adulterio" (179).

"Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, se creò una

(179) " Das Japanische Strafrecht " , de Kinsaku Saito, en Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Tomo I, Berlin, 1955, p. 213 y ss.

comisión en el Ministerio de Justicia, encargada de elaborar un proyecto de Código penal nuevo. la parte general apareció en 1931 y la especial en 1940, pero no llegaron a aprobarse, disolviéndose poco después la mencionada comisión. El art. 324 incriminaba al hombre casado, pero no por su mero adulterio, sino cuando reunía unas determinadas condiciones: Cuando un marido mantiene relaciones sexuales ilícitas con una mujer, y deja abandonada a su esposa o la trata tan mal, que ésta no puede ya vivir más junto a su marido, o si la ofende gravemente, se le castigara con prisión de hasta dos años.

El Código sufrió una reforma el 26 de octubre de 1947 que, entre otras cosas, supuso la derogación del art. 183. Esta reforma entró en vigor el 26 de noviembre del mismo año, fecha pues de la desincriminación del adulterio en el Japón. Fue esta una cuestión muy debatida. Se centró en torno a si el adulterio era una cuestión estrictamente familiar, en la que el Estado no debía intervenir por ser esfera privada, o si por el contrario el Estado estaba obligado a defender a la familia contra la violenta corrupción y brutal injerencia del exterior" (180).

(180) Byuchi Hirano: 9th International Congress of Penal Law, Proceedings Section 2, The Hage, 1964, p. 158, e Idem, Preparatory Papers Section 2.

5.- FILIPINAS.

A.- "Está en vigor desde el 1º de enero de 1932 la versión revisada del 8 de diciembre de 1930 del anterior Código Penal, que era a su vez una versión modificada del Código Penal español de 1870. Esta estuvo vigente desde el 14 de julio de 1887, es decir, desde antes de la independencia" (181).

B.- El Código Penal de 1930, a pesar de basarse en el español, no tiene ninguna edición en lengua castellana. Ello no impide para que la redacción del artículo 333, que incrimina el adulterio de la mujer, sea una traducción del artículo 449 del Código español. Señala una pena de prisión correccional en grado medio o mayor, es decir, de 4 a 6 años, si bien especifica que se rebajará en un grado "si la persona culpable había sido abandonada por el cónyuge ofendido sin justificación (art. 333, p. 3º). A su vez, la fórmula descriptiva del amancebamiento equivale a la del Código español de 1870, si bien se añade un tercer supuesto en el que se castiga al marido; éste es castigado cuando cohabite con la manceba, aunque no medie escándalo. Aun así su pena es inferior: prisión correccional en grado mínimo o medio, es decir, de dos a cuatro años. A la concubina o manceba se le castiga con mero destierro, como en el antiguo Código español.

(181) Zonz UK Tjong: "philippinen", en Quellen und Schrifttum des Strafrechts, Band II 2, Lieferung, Munchen, 1976. Última modificación: 200664.

TEXTO LEGAL.

El adulterio está previsto en el Libro II, título decimoquinto, capítulo IV, del Código Penal para el Distrito Federal, Denominado: Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.

En el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal, se lee: 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.

El artículo 275 del Código Penal para el Distrito Federal, indica: Sólo se castigará el adulterio consumado.

COMBINACIONES LEGALES CONTENIDAS EN EL ARTICULO 273 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

- 1.- Comisión dolosa de adulterio en el domicilio conyugal por mujer casada y hombre libre.
- 2.- Comisión dolosa de adulterio en el domicilio conyugal por hombre casado y mujer libre.
- 3.- Comisión dolosa de adulterio en el domicilio conyugal por hombre y mujer casados con persona diversa.

4.- Comisión dolosa de adulterio con escándalo por mujer casada y hombre libre.

5.- Comisión dolosa de adulterio con escándalo por hombre casado y mujer libre.

6.- Comisión dolosa de adulterio con escándalo por hombre y mujer casados con persona diversa.

7.- Comisión culposa de adulterio en el domicilio conyugal por mujer casada y hombre libre.

8.- Comisión culposa de adulterio en el domicilio conyugal por hombre casado y mujer libre.

9.- Comisión culposa de adulterio en el domicilio conyugal por hombre y mujer casados con persona diversa.

10.- Comisión culposa de adulterio con escándalo por mujer casada y hombre libre.

11.- Comisión culposa de adulterio con escándalo por hombre casado y mujer libre.

12.- Comisión culposa de adulterio con escándalo por hombre y mujer casados con persona diversa.

El adulterio, en virtud del artículo 275 del Código Penal para el Distrito Federal, sólo es punible cuando es consumado, por lo que no se incluyen las hipótesis de tentativa.

Las hipótesis dolosa y culposa sólo se dan por consumación. Se hace una aclaración; se toma en cuenta la culpa, en virtud de que el legislador la consagra en una regla general en la parte general del Código Penal (artículo 8, fracción II; artículo 9, párrafo segundo, del Código Penal para el Distrito Federal) y, por lo tanto, puede aplicarse normativamente hablando, al adulterio. A este tipo de consideraciones, con independencia de su cuestionamiento, conduce esa regla general. En este análisis se considera la hipótesis culposa aplicable a quien, sin saberlo, comete adulterio con una persona casada, ignorando, precisamente, el vínculo matrimonial de ésta. Aclarando, puede saber que está prohibido penalmente cometer adulterio, lo que desconoce; se enfatiza en esto, es el vínculo matrimonial de la otra persona (calidad específica exigida exclusivamente sólo en uno de los dos sujetos activos de esta figura legal). Este desconocimiento puede ser superable o insuperable, dando lugar, en el caso concreto, a la culpa o inclusive al caso fortuito respectivamente.

DEBER JURIDICO PENAL.

En teoría general es: "la prohibición o el mandato categorico

contenido en el tipo"(182). El deber juridico penal tiene su origen en la realidad social; su frente ha sido una convicción cultural que via proceso legislativo, se ha convertido en elemento del tipo legal; un elemento valorativo.

En el adulterio: Está contenido en la expresión -culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal-, prohibición dirigida al cónyuge y a un tercero de cometer dolosamente adulterio en el domicilio conyugal.

Al enunciarse como prohibición es un deber juridico de abstenerse, y como mandato es un deber juridico de actuar.

Prohibición y mandato se bicondicionan. Así, cuando se prohíbe la comisión del adulterio, se ordena abstenerse de su realización.

En la figura de estudio ocurre que no se describe la conducta típica, por lo que simplemente se ha enunciado el deber juridico penal en la forma expresada.

(182) Camacho Brindis Ma. Cruz, Islas Olga y Ramirez Elpidio: Lógica del tipo En el Derecho Penal, Ed. Juridica Mexicana, México, 1970, p. 36.

El deber jurídico es importante, pues su función es dar a conocer el bien que se tutela, la conducta vedada y a quienes va dirigida la norma. Es un elemento importante en virtud del principio de legalidad, pues sólo lo que esté estrictamente prohibido en el tipo legal podrá sancionarse. Sin embargo, la función que cumple el deber jurídico penal en todos los tipos legales, se ve anulada en el adulterio, ya que es imposible saber en qué consiste la conducta si el legislador no lo ha descrito.

Por otra parte, si el deber jurídico representa la valoración de la colectividad acerca de un interés social, cómo saber de qué manera se ofende si no se sabe en qué consiste la conducta que lesiona ese interés.

El deber jurídico es una valoración legal que el legislador ha hecho del adulterio que se constituye en el objeto valorado.

Obliga únicamente a los sujetos individuales que integran el conjunto sujeto activo, sujetos que tienen la exigencia ante sí de abstenerse de cometer dolosamente adulterio en el domicilio conyugal, con el fin de que se conserve el bien jurídico que el legislador, de acuerdo a su muy particular punto de vista, considera protegerse.

Por último, este elemento valorativo de adulterio está en contradicción con la función que todo tipo legal, a través del deber jurídico, debe reflejar, pues no expresa el desvalorar de una conducta antisocial.

BIEN JURIDICO.

En teoría general: "es el concreto interés individual o colectivo, de orden social protegido en el tipo legal" (183).

El bien jurídico debe ser un reconocimiento que hace el legislador de intereses sociales. De tal forma que el interés individual o colectivo preexiste a la norma y es, vía proceso legislativo, como se convierte en un bien tutelado penalmente.

El bien jurídico en el adulterio no preexiste al proceso legislativo, ausencia que lo convierte en una norma arbitraria, pues se trata de un interés que rebasa los límites de la protección penal.

(183) Islas de González Mariscal Olga: Análisis lógico de los delitos contra la vida, México, Editorial Trillas, 1991, p. 32.

GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICION DEL DELITO. La palabra delito deriva del verbo latino -delinquere-, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica, esencial. Como el delito esta intimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de tales dificultades, es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinantes de sus atributos esenciales.

CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO. La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter sustancial; a continuación nos ocuparemos de algunas de ellas.

NOCION JURIDICO FORMAL. Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena por la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, el delito se

caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

El artículo 7º de nuestro Código Penal en su primer párrafo establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

NOCION JURIDICO SUSTANCIAL. Las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; para Cuello Calón es la acción humana antijurídica típica, culpable y punible. Por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".

Desde el punto de vista puramente formal y de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales.

OPINIONES DE AUTORES SOBRE EL ADULTERIO.

"Jiménez Huerta, al analizar esta figura la ubica en la tutela penal de la familia, pues ésta se trata de un grupo social que integra a la colectividad y cuya base se sustenta en un vínculo matrimonial de naturaleza civil. De allí que, en las legislaciones en que se considera delito, es precisamente ese vínculo el que se quiere tutelar; se pretende en primer término, tutelar el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges, y , en segundo lugar, los intereses o bienes jurídicos que para cada uno de ellos nace en virtud de el matrimonio y que perduran mientras éste no se extinga por muerte o divorcio. De la misma manera , señala el mencionado autor, se trata de una conducta matizada de antijuridicidad, lo cual no es motivo suficiente para derivar de allí su penalización. Además, no en todos los casos podrá sancionarse penalmente, sino solo cuando concurren determinadas condiciones, como su realización en el domicilio conyugal o con escándalo y sólo en forma consumada" (184).

Por lo tanto, para Jiménez Huerta lo que se tutela es: " el deber jurídico de fidelidad que para cada uno de los cónyuges surge del

(184) Jimenez Huerta Mariano: Derecho Penal Mexicano. La tutela penal de la familia, sociedad, nación, administración pública, derecho internacional y humanidad, tomo V, México, Porrúa, 1983, p. 23.

contrato matrimonial, siempre y cuando la lesi3n de dicho deber fuere realizado en el lugar o circunstancias y con la perfecci3n ejecutiva"(185).

Carranc3 y Trujillo y Carranc3 y Rivas, por su parte, indican: "Objeto jur3dico del delito lo es la fidelidad sexual prometida por virtud del matrimonio, y la moral p3blica"(186).

Por su parte, Gonz3lez de la Vega se3ala la dificultad de definir el objeto de la tutela penal e indica: "cualquier adulterio es siempre un ilicito civil que, por violador del deber de fidelidad matrimonial, produce acci3n de divorcio. Pero para que el adulterio constituya delito, se requiere su realizaci3n en condiciones de grave afrenta para el c3nyuge inocente, violaci3n del domicilio conyugal, esc3ndalo"(187).

Gonz3lez Blanco reflexiona sobre la integridad del matrimonio y el aspecto social, y asi indica: "El objeto protegido en el adulterio es la integridad de el matrimonio. Es una conducta que no se elimina de los delitos por seguir respetando la creencia de tipo religioso prevaliente en nuestro medio social respecto al adulterio"(188).

(185) Jim3nez Huerta Mariano: op. cit., p.23.

(186) Carranc3 y Trujillo, Carranca y Rivas: C3digo Penal anotado, Mexico, Porr3a, 1982, p. 346.

(187) Gonz3lez de la Vega Francisco: El C3digo Penal comentado, Mexico, Porr3a, 1982, p. 346.

(188) Citado por Martinez Roaro Marcela en su obra, Delitos Sexuales, M3xico, Porr3a, 1985, p. 268.

Agrega que el objeto jurídico protegido en el delito depende de la naturaleza del acto sexual. Si lo que se tutela es la honestidad, la fe conyugal o la integridad matrimonial, cualquier acto de tipo erótico será suficiente para configurar el delito, y , además, indica que: "si la protección legal recae sobre la seguridad de la decencia, se exigirá la cópula normal y la *seminatio intra vas*" (189).

Por su parte, Sebastian Soler atiende a que la incriminación penal refleja los cambios operados en una sociedad en el acontecer del tiempo, y así indica: "el adulterio es un hecho que no forma una categoría separada de los demás hechos y, en consecuencia, puede pasar por periodos de punibilidad o de impunidad, conforme con las valoraciones de la época" (190).

La moral está también presente en este tipo de consideraciones, y así Antonio de p. Moreno señala: "el objeto que la ley protege en el adulterio es la moral sexual familiar y el orden familiar" (191). Argumenta que es la ofensa al cónyuge inocente, porque se falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, que es la base fundamental del matrimonio que es el sentimiento de compañerismo y de mutuo auxilio entre los esposos que se debilita o desaparece como consecuencia del adulterio.

(189) Martínez Roaro Marcela: op. cit., p. 269.

(190) Martínez Roaro Marcela: op. cit., p. 270.

(191) Martínez Roaro Marcela: op. cit., p. 270.

"Con el adulterio se conculcan los derechos de la familia y se trastorna el orden y moralidad que deben reinar en ella, no solamente cuando lo comete la mujer, que es cuando cobra mayor fuerza el argumento, sino cuando lo comete el marido"(192).

Langle, por su parte, cuestiona que a nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por lo que él llama "inmoralidades", que sólo afectan a sí mismo por que es imposible alegar que se trata de un ultraje al honor, por que es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje la honrra de una persona inocente por la conducta de otra culpable, como tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia: "observemos en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonia y el amor familiar sino de una manera nominal, ficticia"(193).

Diego Vicente Tejera expresa su posición en contra de la regulaci6n del adulterio y se pregunta por qué cuando se comete un acto que no es mas que la viloci6n de un pacto que ataca a la familia se lleva el asunto al Derecho Penal. Y parece destacar la funci6n de última ratio que debe cumplir el Derecho Penal, cuando también se pregunta si no hay bastantes sanciones civiles para

(192) Martínez Roaro Marcela: op. cit., p. 270.

(193) Citado por González de la Vega Francisco en su obra, Derecho Penal Mexicano, México, Porrúa, 1982, p. 429.

castigar y evitar el estado de desilución que crea un adulterio. Y contesta en los siguientes términos: "Ciertamente que sí: está el divorcio, está la pérdida de gananciales, de los dotales, están las indemnizaciones y muchas más, incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben de ser tratadas dentro del derecho privado general" (194).

Sin duda que, con opiniones como esta, podemos afirmar que la regulación del adulterio responda al ámbito de la prevención no penal; en concreto, a las normas del derecho civil.

Por su parte, Marcela Martínez Roaro expresa que no hay objeto alguno que se esté protegiendo mediante el adulterio, y el artículo 273 sólo sanciona la forma en que éste se realiza, o sea, en el domicilio conyugal o con escándalo, y cuando no es así ni se ocupa de él, pues no hay ofensa: "Interpretando dicho precepto a contrario sensu, el adulterio realizado en cualquier forma que no sea ninguna de las dos señaladas en el artículo 273 del Código Penal no es ilícito y, por tanto, tampoco afecta la moral, la tranquilidad, la unidad, la fidelidad matrimonial, ni ofende al cónyuge" (195).

(194) Martínez Roaro Marcela: op. cit., p. 272.

(195) Martínez Roaro Marcela: op. cit., p. 273.

COMENTARIOS.

Considero que el adulterio no debe ser una infracción penalmente punible, puesto que esto sería rebajar la noción del matrimonio, ya que la sanción penal reside sólo en la naturaleza del vínculo, en la disolución del contrato, produciéndose el divorcio o la separación de cuerpos, tales son los dos verdaderos remedios cuando uno de los esposos falta de una manera grave a sus compromisos. Un juicio no remedia nada, produce escándalo, no corrige al culpable y si humilla al inocente y deja grave trauma a los hijos.

Siendo hoy cuando más se cuestiona sobre la existencia del delito de adulterio, la polémica está muy lejos de ser nueva, ya Filangiere dijo: Que no era útil castigar el adulterio, porque nada vale la pena frente a la opinión pública que ridiculiza al cónyuge, agregando si el matrimonio es un contrato y la autoridad civil no hace más inscribir un acto que interesa a las partes y también a terceros, así como no mediaron intereses materiales en el acto del matrimonio, no tendría la sociedad que ocuparse de la unión del hombre con la mujer, quedando esto abandonado totalmente a sus sentimientos. Por lo tanto este contrato incluye aun en forma subjetiva una manera de fidelidad conyugal perteneciente exclusivamente al orden moral, escapando así a la

repreción o violencia, por lo tanto esta promesa se refiere únicamente a ellos, puesto que no ha sido hecho sino en vista de su respectiva fidelidad. Por lo consiguiente la falta a semejante promesa no produce lesión de derecho material o convencional al resto de la sociedad, en cuanto a que pueda quejarse de infidelidad. La correcta solución para satisfacer al cónyuge que ha sido víctima de dicha infidelidad es el "divorcio" criterio éste, que ha sido totalmente corroborado por la opinión de Pessina, con considerar que mantener el adulterio en el cuadro de los delitos no debe ser basándose en que la pasión amorosa no puede ni debe ser objeto de regulación jurídica, por el contrario existen autores que asumen una actitud defensista para que el delito de adulterio permanezca incluido en el Código Penal, manifestando que debe tutelarse el bien jurídico apelando a la honestidad, la fidelidad y al buen orden familiar matrimonial. Entre los defensistas mencionados con anterioridad encontramos al eminente Penalista don Francisco González de la Vega. Quien argumenta que el adulterio cometido es forma de grave ultraje contra el ofendido, ya que altera o compromete la paz y tranquilidad de la familia matrimonial, razón por la cual le parece plausible la cautelosa actitud del legislador mexicano, esto es refiriéndose al Código Penal de 1929 que tiene aplicación en el Distrito Federal, criterio éste que aplicó la Legislación Penal Chiapaneca en el Código de 1938 y que eliminó en el actual Código Penal que entró en vigor el uno de diciembre de 1984, ya que ambas Legislaciones contemplan como delito la

injuriosa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio invadiendo la residencia matrimonial o con la grave publicidad que entraña escándalo, considerándola más que un delito del orden sexual propiamente dicho como un delito de injuria en su lato sentido siendo el vínculo el cónyuge burlado.

En resumen se estima que el objeto de la tutela penal radica en el interés de asegurar el orden matrimonial.

Al criterio anterior podemos agregar, que el jurisconsulto don Alberto González Blanco, considera que el objeto de la tutela penal en el adulterio radica esencialmente en el interés de asegurar la integridad del matrimonio.

Resulta apodíctico que el adulterio como delito del orden penal no tutela ni se asegura el orden matrimonial, por lo siguiente. Primero.- Cuando en un matrimonio se da el adulterio ya no existe el orden, la armonía, y el orden familiar, sino como una manera nominal, aparente, ficticia, es más, se convierte el matrimonio en un convencionalismo social. Segundo.- Si el adulterio perturba el orden familiar se considera que ocasiona un daño a la sociedad, el que viene a ser de carácter público, y contra de ello nuestra legislación lo declara como delito privado, ahora bien, el orden de la familia queda destruido por el desamor, previa condición para el adulterio y para estas consecuencias de la falta de afecto y de respeto es mal recurso

la pena, de ahí que es lógico y jurídico abrogar el adulterio como delito y quede únicamente subsistente en el Código Civil como causa de divorcio que venga a disolver este vínculo que se obtuvo mediante el matrimonio.

Este criterio sustentado, se encuentra robustecido por la opinión compartida que tienen los jurisconsultos Jiménez de Azúa, Langle, Rubio, Oneca y Don Diego Vicente Trejo, quienes consideran en esencia, que la familia la crean dos seres de sexo contrario unidos por el amor.- Pues el adulterio cometido por uno de los cónyuges o ambos destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si no es que ya está de antemano destruida, porque produce abandono de parte de uno de esa entidad o bien la desatención de las obligaciones, perjudicándose en todo caso los productos del matrimonio, concluyendo que todos los actos de la familia son de orden privado y cabe preguntar, ¿Por qué cuando se comete un acto que no es más que la violación de un pacto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho Penal?. ¿Qué no hay sanción civil para castigar y evitar la disolución que crea un adulterio?. Ciertamente que sí: Está el Divorcio, la pérdida de la patria potestad, etc., de ahí que el adulterio va en contra fundamental de la Institución Privada de la familia y por ende todas las consecuencias que trae consigo son privadas y deben ser tratadas únicamente dentro del Derecho Privado en general, a mayor abundamiento cabe citar que en todo caso los adúlteros reciben una sanción moral, pues será el cónyuge

culpable quien sufra todas las consecuencias del mismo.

Tratando de reforzar mi argumento señalo que el adulterio como delito penal no puede tutelar la honestidad y el desamor, asi como tampoco la fidelidad que se deben los cónyuges por lo siguiente:

A.- Es indiscutible que pudiere tutelar la honestidad imponiendo una pena a los adúlteros pues la lujuria de los culpables solamente lesionaria a éstos en su propia honestidad ya que no hiera la del cónyuge inocente, ni mucho menos la honestidad pública, pues el hecho de que nuestra legislación establezca que este es un delito de los que sólo se persigue a petición del ofendido, artículo 274 del Código Penal del Distrito Federal y sus concordantes de las Entidades Federativas que lo contemplan, por otra parte, si la honestidad fuere el Quid Quid en la infracción que nos ocupa, sería más grave que la mujer adúltera sostuviese relaciones con otra y que el hombre tuviere amancebamiento con otro, por la gravísima corrupción que esto supone, sin embargo, veremos que estas relaciones sexuales no constituyen adulterio, pues al respecto nuestra Legislación nada dice, así como la Jurisprudencia, aun cuando en la Doctrina se trata de dar aplicación a un elemento que debe de existir como requisito en el adulterio, la cópula por vasos idóneos, esto es, que sólo puede efectuarse esa relación entre hombre y mujer.

B.- La fidelidad en el matrimonio tal como se debe entender y que nuestra legislación tutela, no es un hecho resultante de mutuo cariño y del deber, que deben observar los cónyuges que es por el contrario una exigencia del celo dominante, no existiendo deber reciproco, sino injusta prepotencia, por lo consiguiente, si tratamos de justificar el adulterio como delito y que éste va en contra del honor del cónyuge ofendido nos parece ridículamente absurdo.

Ahora bien. si el Legislador al incluir el adulterio en el Capítulo de los delitos sexuales, esto lo hizo incuestionablemente, tratando por su naturaleza jurídica de proteger la libertad sexual, es decir, que tanto el hombre como la mujer puedan gozar de esa facultad tutelada por la ley para poder realizar dichos actos cuando a su voluntad le parezca, pero sin lesionar la libertad de una u otra, actitud proteccionista que ha sido un acierto porque a nadie puede obligársele a tener relaciones sexuales, si no es con su pleno consentimiento y que este consentimiento no haya sido obtenido por alguno de los medios ilícitos a que se refieren los diversos preceptos a este capítulo, pero cabe preguntar ¿Qué es lo que se persiguió al haber incluido el delito de adulterio dentro de este Capítulo? indudablemente es la represión de las relaciones sexuales cometidas por el hombre o mujer casada con persona ajena al matrimonio, lo que nos parece un absurdo, pues se entiende que al tener relaciones sexuales el adúltero o los adúlteros la hacen en

virtud de su propia voluntad, es decir, de un consentimiento mutuo y por lo tanto están gozando de esa libertad al efectuar este acto, si esto es así. ¿Por qué se incluyó entonces? Pues se desprende que si dicho capítulo tutela la libertad sexual, es contradictorio así mismo, por que casualmente está sancionada esa libertad y considerándolo como delito, error en que nuestros legisladores incurrieron, pero que no es el caso criticar en este acto, sino que lo que se trata es demostrar que el adulterio como delito del orden penal debe desaparecer por arcaico de otras épocas ya superadas.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Así pues, podemos afirmar que en las culturas primitivas solo la mujer puede cometer adulterio, como también es considerada un objeto de procreación, el cual excluyendo a los esquimales los cuales no daban mucha importancia a la fidelidad conyugal, se sancionaba el adulterio con la muerte, penas pecuniarias o con la ley del talión. El delito de adulterio es equiparable al robo casi en todos los casos, también se duda de un matriarcado anterior al patriarcado.

SEGUNDA.- Entre los aztecas encontramos suficientes referencias en sus textos, que nos hacen llegar a la conclusión de que el adulterio era penado con la muerte de los culpables, pero en este caso él marido ofendido no podía hacer justicia por propia mano, sino era mediante consentimiento del rey. El derecho azteca estaba muy desarrollado en el ámbito penal ya que diferenciaban entre los delitos dolosos y culposos, así como también encontramos las subdivisiones de : delitos contra la moral pública, contra el orden de la familia, contra la libertad y seguridad de las personas, contra la vida y la integridad corporal de las personas.

TERCERA.- Podemos ver en el antiguo oriente que las normas jurídicas van intrinsecamente ligadas a las normas religiosas, aplicándose así las penas con mucha rigidez ya que el delito cometido es una ofensa a los dioses.

CUARTA.- Los griegos definen la diferencia entre adulterio y violación cosa que es muy importante dado la situación del delito y roma reconoce el deber mutuo de fidelidad, pero solo se castiga el adulterio de la mujer casada.

QUINTA.- Para el cristianismo en general el adulterio es una falta muy grave, por que atenta contra los principios básicos de la religión y repercute en la vida familiar con consecuencias muy serias.

SEXTA.- Encontramos en el medievo antecedentes del derecho romano, del derecho germánico, del derecho feudal y del canonico de todos estos surge una modificación trasdental que es la igual incriminación del adulterio para ambos cónyuges.

SEPTIMA.- Incriminación y realidad vivida.

En primer lugar, hemos de indicar que la tónica general de aquellos países en los que se incrimina el adulterio, es el reducidísimo número de casos que llegan a los tribunales.

OCTAVA.- Los modelos que existen.

Hemos visto cómo básicamente existen tres modelos bien diferenciados: el latino, el germano o nórdico y el de la no incriminación. Los demás suelen ser tipos intermedios entre los dos primeros o algunos desaparecidos, como el escandinavo. Hagamos unas breves consideraciones acerca de éstos.

NOVENA.- El modelo latino.

Vimos la importancia del Código francés en el mismo, así como la extensión que del concepto de amancebamiento realizó el Derecho italiano. España lo exportó a latinoamérica, donde Argentina amplió aún más el concepto de amancebamiento, al eliminar todos los requisitos de lugar o escándalo que se exigían para su punición. Filipinas fue otra de las naciones que amplió el concepto penal de amancebamiento, sin ir tan lejos como Argentina, al penar al amancebado cuando cohabitara con la manceba, sin necesidad de escándalo o notoriedad.

Los países que tienen este modelo en sus Códigos, muestran tendencia a sustituirlo por el de igual trato a las infidelidades de ambos cónyuges, camino que inició Portugal en 1910 y siguieron posteriormente Colombia, Grecia en 1950, México en 1931 y Mónaco en 1968.

DECIMA.- El modelo nórdico.

Dentro de éste está el germánico, que dentro de un igual trato de los cónyuges, supedita la persecución de los mismos al divorcio o separación del matrimonio por causas del adulterio. Como diferencia de éste, por no exigir dicho divorcio, está un modelo que podríamos llamar escandinavo, si no hubiera desaparecido éste ya en Escandinavia, y no proceder de ahí en los países que, como Grecia, Mónaco, Rumania, etc., aún lo tienen en vigor. Es en este grupo donde se aprecia una marcada tendencia a desincriminar el adulterio.

DECIMA PRIMERA.- La no incriminación.

Iniciada por Inglaterra y seguida posteriormente por los escandinavos y los socialistas, ha ido ganando más adeptos en el norte de Europa, y parece ser la solución a la que en un futuro más próximo o más lejano irán llegando a diversos Derechos penales nacionales, salvo una imprevisible inversión en la moral social.

DECIMA SEGUNDA.- El ser humano y su entorno social.

Al finalizar estos capitulos nos damos cuenta de la influencia que tiene la situación geografica con el hombre, su historia, sus costumbres, su religión, su rol social y vemos que todo esto repercute directamente en sus normas juridicas. No podemos dejar de pensar que el hombre mismo ha evolucionado, ha crecido, asi como también sus leyes y su derecho el cual tiene que acoplarse y amoldarse a una realidad social para un tiempo determinado para que sea eficaz. Los distintos modelos que vimos son un claro ejemplo de la evolución del derecho, todos estos tienen una misma finalidad, que es el bien común. Los valores que se les da a algunos principios como son los morales varían según el grupo social, pero esto no quiere decir que no se deva de unificar un criterio, para determinado grupo, en determinado momento de su historia ya que esto motiva el desarrollo y la evolución misma del derecho.

DECIMA TERCERA.- El adulterio no debe de ser una infracción penalmente punible, la solución es el divorcio o la separación de cuerpos.

DECIMA CUARTA.- Se estima que el objeto de la tutela penal radica en el interés de asegurar el orden matrimonial pero resulta ineficaz.

DECIMA QUINTA.- El adulterio como delito penal no puede tutelar la honestidad y el desamor, así como tampoco la fidelidad que se deben los cónyuges, por que la lujuria de los culpables solamente lesiona a éstos en su propia honestidad ya que no hiera la del conyuge inocente, ni mucho menos la honestidad pública.

DECIMA SEXTA.- la fidelidad en el matrimonio tal como se debe entender y que nuestra legislación tutela, no es un hecho resultante de mutuo cariño y del deber, que deben observar los cónyuges que es por el contrario una exigencia del celo dominante, no existiendo deber reciproco, sino injusta prepotencia, por lo consiguiente, si tratamos de justificar el adulterio como delito y que éste va en contra del honor del cónyuge ofendido nos parece absurdo.

P R O P U E S T A

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, TITULO DECIMOQUINTO
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL NORMAL DESARROLLO PSICOSEXUAL.

CAPITULO IV

ADULTERIO

ART. 273 .- SE APLICARA PRISION HASTA DE DOS AÑOS Y PRIVACION DE
DERECHOS CIVILES HASTA POR SEIS AÑOS, A LOS CULPABLES DE
ADULTERIO COMETIDO EN EL DOMICILIO CONYUGAL O CON ESCANDALO.

Se propone que en el Distrito Federal en donde se contempla el ADULTERIO como delito, sea abrogado, por una parte, por que no se define su tipo en la Legislación Penal y por la otra por que, si se quiso proteger la infidelidad conyugal, el matrimonio es de orden privado y no debe recaerle ninguna sanción del orden público por este concepto, ya que es bien sabido que la Ley es ordenamiento de la razón y no de la voluntad del legislador .

BIBLIOGRAFIA

ALBA CARLOS H: Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, ediciones especiales del Instituto Interamericano Indigenista, Mexico, D.f., 1949.

BARRIOBERO Y HERRAN: Los delitos sexuales en las viejas leyes españolas. Madrid, 1930.

BERNER: Lehrbuch des Strafrechts, 18a ed., leipzig, 1898.

BINDING: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonder Teil, Leipzig, 1902.

BRAUDEL: Las civilizaciones actuales, Madrid, 1973.

CAMACHO BRINDIS MA.CRUIZ, ISLAS OLGA Y RAMIREZ EPIDIO: Logica del tipo en el Derecho Penal, ed. Juridica Mexicana, México, 1970.

CARRANCA Y TRUJILLO, CARRANCA Y RIVAS: Código Penal anotado, México, Porrúa, 1982.

CASTAN TOBERAS: Derecho Civil Español Común y Foral, tomo V, Derecho de familia, Madrid, 1976.

CESAR: Comentari Belli Gallici.

CUELLO CALON: Derecho Penal español, t. II, vol. 2o., 14a ed., Barcelona, 1975.

CHAVEZ ASENCIO MANUEL F.: La familia en el Derecho, relaciones juridicas conyugales, 2a ed., Porrúa, S.A., Mexico, 1990.

DEL ROSAL: Tratado de derecho penal español, Parte General, vol. I, Madrid, 1968.

DIEGO DIAZ SANTOS: Los delitos contra la familia, Madrid, 1973.

DIGESTO DE JUSTINIANO: Versión castellana editada por Aranzadi, t. III, Pamplona, 1975.

ENCICLOPEDIA DE MEXICO: tomo III., 1977.

FERRER SAMA: "Adulterio", en nueva enciclopedia juridica, Barcelona 1950, t. II.

FEQUERBACH: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen petntlichen Rechts. Guissen, 1847.

GEORGE C. VAILANT: La civilización azteca, versión española de Samuel Vasconcelos, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., en español t. I y II Mex. D.F., 1960.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO: El Código Penal comentado, México, Porrúa, 1982.

GROIZARD: El Código Penal de 1870, concordado y comentado, t. V. Salamanca 1893.

HERNANDEZ RODRIGUEZ REGULO: Derecho Azteca, organización Política, Social, Económica y Jurídica de los aztecas, I.S.N. S.A., s/f.

IGLESIAS: Derecho Romano, 5ª ed., Barcelona 1968.

ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL OLGA: Análisis lógico de los delitos contra la vida, México, Editorial Trillas, 1991.

JIMENEZ DE AZUA: "El adulterio", en El Criminalista, t. X Buenos Aires, 1952. Tratado de Derecho Penal, I, 3ª ed., Buenos Aires., t. IV, Buenos Aires 1961.

JIMENEZ HUERTA MARIANO: Derecho Penal Mexicano. La tutela penal de la familia, sociedad, nación, administración pública, derecho internacional y humanidad, tomo v, México, Porrúa, 1983.

KUNKEL: Historia del Derecho Romano, Madrid, 1966.

LALINDE: Iniciación histórica al Derecho español, Barcelona 1970.

LISSNER: Wir sind das Abendland, Wien, 1966.

LOMBROSO Y FERRERO: Das Weib als Verbrecherin und Prostituirte, Hamburgo 1894.

MAGGIORE: Derecho Penal, t. IV, Bogotá, 1955.

MARCUS: "Das Strafrecht Dänemarks", en Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, editada por Mezger, Schöncke y Jeschek.

MARTINEZ ROARO MARCELA: Delitos sexuales, México, Porrúa, 1985.

MOMMSEN: El Derecho Penal Romano, Madrid s/f.

MONTALBAND: "Adulterio e fecondazione artificiale", en Studi in onore di Francesco Antolisei, vol, II, Milano, 1965.

PILAR DE IZAGUIRRE: La pareja humana, la familia de hoy, Madrid, 1976.

QUINTANO RIPOLLES: Comentarios al Código Penal, Madrid, 1966.
Curso de Derecho Penal, t. II Parte Especial, Madrid, 1963.

REIN: Das Kriminalrecht der Römer, Leipzig, 1844.

ROJINA VILLEGAS: Derecho de familia, tomo I, Mexico, 1959.

SILVA MELERO: "Amancebamiento", en Nueva Enciclopedia Jurídica,
t. II, Barcelona, 1950.

SULLEROT: La mujer, tema candente, Madrid, 1971.

LEGISLACION CONSULTADA

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México,
1997.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México,
1997.