

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN,
ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

19
29

**ESTUDIO DEL DELITO DE ADULTERIO PARA
REFORMAR SUS DISPOSICIONES NORMATIVAS**

**TESIS QUE PRESENTA:
JOSE JUAN GOMEZ AYALA
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

ASESOR DE TESIS: LIC. SAMUEL ALVAREZ GARCIA



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

D E D I C A T O R I A S

A MIS PADRES:

**DAVID GOMEZ CEDILLO (+)
MA. CONCEPCION AYALA PEÑA.**

A MIS HERMANOS.

A MI ABUELA.

A MIS PROFESORES.

A MI NOVIA:

BLANCA E. MENDOZA SALINAS.

P R O L O G O

PROLOGO

La razón de este trabajo titulado **Estudio del Delito de Adulterio para reformar sus disposiciones normativas**, tiene su origen en las diversas críticas que se le han hecho a dicho delito, las cuales en su mayoría inciden en la necesidad de derogarlo del Código Penal y sólo regirlo por el Código Civil. De este modo la inquietud que me impulso a realizar este trabajo, se motiva por los casos que se presentan en la vida cotidiana y en los cuales las personas que sufren el engaño quedan en una situación en la cual no les es posible sancionarlo por medio de las autoridades, la acción realizada por su cónyuge que viene a perjudicar el núcleo familiar que es la base de la sociedad.

Así considero que el delito de adulterio previsto por la Ley Penal es de vital relevancia porque debe tutelar los bienes jurídicos de la familia que protege y ayuda a conservar, preservar y contribuye con los cónyuges a cumplir con sus obligaciones y respetar los derechos que contrajeron en virtud del contrato de matrimonio.

Ahora bien, podría mencionar diversas ideas por las que se motiva la realización de este trabajo, pero considero que es relevante que el culpable o culpables de adulterio deben ser sancionados con todo el rigor de la Ley por no acatar las normas a las cuales se comprometieron a respetar por medio

del contrato de matrimonio, así mismo otorgar a los cónyuges inocentes mayores facilidades para poder sancionar a los adúlteros, que vienen siempre a causar un daño al núcleo familiar.

INTRODUCCION

INTRODUCCION

En las disposiciones normativas del delito de adulterio, siempre se ha requerido la realización o consumación de la cópula para poder ser castigada esta conducta, además se exige que esta conducta sea realizada en el domicilio conyugal o de manera escandalosa, pues de no ser así no se presenta la figura delictiva; luego entonces al presentarse esta conducta en otros términos se debe considerar estos hechos como lícitos, por no concurrir con los elementos o características que establece el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal.

Asimismo este artículo no tiene contemplado el tipo penal, esto es la descripción de la conducta por la cual se debe de entender el adulterio, para castigar el hecho: pero se ha entendido por el lenguaje común y doctrinal como las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, siendo uno de ellos casado, pero no así la ley lo establece, sino que así se ha entendido.

El artículo 274 del ordenamiento citado, nos dice que la querrela del cónyuge inocente cuando se presente no sólo procederá uno sólo de los culpables sino contra los dos. En este caso debe tener importancia el conocimiento del estado civil de la persona con quien se tiene relaciones sexuales para poder castigar al copartícipe o codeincente de los hechos adulterinos pues cabe la circunstancia de que se oculte el estado civil de alguno de los cónyuges para cometer la desvergüenza de realizar o tener relaciones extramatrimoniales.

Sólo se castigará el adulterio consumado, que así lo dispone el artículo 275 del Código citado. con esta situación al exigir la realización de la cópula para poder castigar esta conducta, es de pensar que si no las hubo, pero tienen contactos sexuales, entonces por el hecho de no presentar cópula no se penaliza la conducta delictiva. que es tener relaciones sexuales con persona distinta a su cónyuge.

Ahora bien estas disposiciones han sufrido varias críticas por la misma situación antes descrita, que es que su alcance no tiene una gran relevancia para poder sancionar las conductas adulterinas, por lo que limita a las autoridades para poder conocer o aplicar el castigo que con severidad debe otorgar al cónyuge activo y en su caso a la copartícipe que sabe el estado civil de la persona.

Se ha dicho que por estas circunstancias el delito de adulterio debe despenalizarse y solo ser contemplado el adulterio por el Código Civil como causal de divorcio, pero a este respecto debe entenderse que si la conducta al despenalizarse se abriría una puerta al desenfreno y a la no protección de la familia, ya que al estar establecida de cierta manera esta conducta no se cumple, ahora de no estar se desataría un desorden social, pues sólo tendría sanciones civiles.

El Código penal al amenazar las conductas delictivas en cierto modo conduce a un orden social, por lo cual el delito de adulterio debe de establecerlo con mayor relevancia por ser éste enemigo principal del matrimonio que es la formación de las familias y estas de nuestra sociedad. De

este modo, definir el delito de adulterio ayudaría a la mejor comprensión y a interpretar esta conducta con mayor claridad y aplicar estas normas a cualquier situación que se presente esas características.

Las modalidades de este delito limitan el castigo, por lo que de agregar o integrar otro elemento que ayude a expandir el campo para comprender más ampliamente este delito de adulterio; esto a su vez ayudará a conservar los principios del matrimonio, así como las buenas costumbres de las familias y de la sociedad.

No solo castigar el adulterio consumado es proteger a la integración familiar, sino que debería castigarse toda conducta que vaya en contra de los objetivos que con motivo de un matrimonio se fijan los cónyuges.

Considerando que el delito de adulterio, al no encontrarse definido en sus disposiciones normativas, se entiende que no hay tipo penal y por consiguiente no existiría tipicidad, esto es, que no se encuadraría la conducta al tipo penal: aunque se dice que exigir la definición, equivaldría a obligar al legislador a definir otros términos del Código puntivo, pero estos no son para integrar la conducta al tipo, sino que son términos adheridos a la definición de los delitos: aún así, que se conozca lexicográficamente en el medio jurídico la connotación de la palabra adulterio, otra cosa es lo que debemos de entender jurídicamente por ella, para los efectos penales dentro del Código.

De la misma forma se puede decir que sólo existen dos modalidades,

por las que se sanciona el delito de adulterio, que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo. Esto de cierta manera determina o delimita la sanción del delito de adulterio; quedando otras posibilidades restringidas para su penalización, por lo que consideramos necesario ampliar sus modalidades en base a la ofensa o engaño que sufre el cónyuge inocente. Así mismo consideramos que al interpretar a contrario sensu estas dos modalidades ya mencionadas, se consideraría como lícita la conducta realizada.

Al considerar el artículo 274 del Código punitivo, en cuanto a la querrela, que dice, que se procedera contra los dos que cometan el adulterio; por lo que consideramos que sólo debe proceder contra el cónyuge o cónyuges adúlteros y no contra la otra parte coadyuvante del ilícito penal, en el caso de persona soltera; en virtud de que sufre el mismo engaño que el cónyuge inocente, al no saber ésta el estado civil del cónyuge activo del ilícito. Pero se podría considerar el factor tiempo, toda vez que pasado un lapso de " X " meses, ya se prevé o se observa un amasiato o concubinato ilícito, en donde se considera a ambos partícipes activos como culpables. Pero en caso de ocultar el cónyuge activo su estado civil, sólo es culpable éste.

Ahora bien, es posible considerar la tentativa del delito de adulterio, que consistiría en un acto próximo a la consumación de la cópula; por llevar implícito ya la desvergüenza y el engaño, y no, respetar los bienes jurídicos del matrimonio. Y sólo castigar el consumado implica el detalle exacto de los hechos, y solicitar el elemento material de la conducta, que podría equivaler a exigir este elemento al delito de amenazas.

Esta situación constituye un retraso importante para asegurar o proteger a la familia, dado el avance que se ha tenido en la sociedad debido a las nuevas ideas y realidades que se crean con la evolución social. Pues si estas ideas van en perjuicio de la familia y de cierto modo contra la sociedad empujarían a ésta a un desorden social; pues todo cónyuge haría lo que le viniera en gana. Todo esto debido a la gran magnitud de nuestra sociedad.

Luego entonces, el Derecho penal tiene la obligación y la responsabilidad de coaccionar a los ciudadanos para que prevalezcan un orden social y humano, que debe darse por las normas establecidas y a las buenas costumbres que nuestra sociedad a implantado, pues de cierto modo podemos decir que la moral no se ha perdido sino que la sociedad la ha cambiado, pero siempre hasta un sentido que no dañe o lesione a las familias que integran nuestra comunidad. Y al coadyuvar el Derecho penal con el Derecho civil es de manera importante para hacer respetar los derechos y obligaciones que contraen los cónyuges al celebrar el matrimonio civil.

La metodología de información en este trabajo es histórico y documental por la importancia que se tenía a este delito de adulterio y como era sancionado en aquellas culturas y asimismo por las grandes controversias por las que a pasado y tiene el adulterio hasta nuestra época contemporánea. En cuanto a la metodología de fondo se utiliza el método analítico por ser necesario comprender cada una de las partes de las disposiciones de este delito; asimismo el método dialéctico, éste por la situación de las polémicas y críticas que ha tenido el adulterio y el método Deductivo por considerar relevante lo que debemos de entender por los conceptos de nuestro Derecho.

Así podemos decir, que dentro de nuestro primer punto es importante tratar como era regulado el adulterio en los tiempos antiguos, y que en forma general a este delito de adulterio se castigaba con la muerte a los culpables de adulterio, que conforme fueron evolucionando las sociedades fue disminuyendo la pena hasta llegar sólo a encierros en monasterios y castigados corporales al copartícipe. Esto debido a las creencias que tenían las culturas y el respeto a sus dioses, y que posteriormente vieron con sabiduría la gran relevancia que tenía para ellos el matrimonio.

Como segundo punto, veremos un estudio de lo que debemos de entender por nuestra ley penal, la cual sólo ella sanciona las conductas delictivas; de esta manera vemos lo que debemos de considerar como conducta, tipo, tipicidad y al mismo delito. Como tercer punto consideramos relevante hacer un estudio jurídico-penal del delito de adulterio, en el cual vemos que no hay una descripción de la conducta, asimismo vemos la posibilidad de que se de pauta a la despenalización del adulterio y prevorto sólo por la ley civil; pero reflexionamos al considerar diversos bienes jurídicos que se integran en la familia y los cuales tienen o deben tener importancia para ser tutelados por la ley penal.

Como cuarto punto y último, vemos con gran importancia el análisis jurídico de las disposiciones del adulterio, que tienen ciertas limitantes para sancionar este delito de adulterio. Pero así también consideramos que si la ley penal es la única en castigar los delitos, debe entonces comprender una descripción de adulterio, el cual debemos de entender jurídicamente y no como se conoce en el lenguaje común o doctrinal; asimismo debe ampliar sus mo-

dalidades. También debe castigar sólo al cónyuge activo, y por excepción a la coparticipe y debe castigar no sólo el consumado, sino también todo acto libidinoso o que implique una relación sexual con persona distinta a la cónyuge.

Así pues, podemos decir que el Código penal debe reformarse y no despenalizarse, por ser necesario que la ley penal tutele este delito tan grave y enemigo principal del matrimonio, y que va en perjuicio de las familias y al desintegrar alguna de ellas habría una descompensación en la sociedad; por no existir una educación en toda su plenitud para con los hijos.

I N D I C E

INDICE

Prólogo	VI
Introducción	IX

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL ADULTERIO

A) Las culturas primitivas	2
1.- Las relaciones sexuales extramatrimoniales	2
2.- Naturaleza jurídica del adulterio	4
B) El antiguo oriente	5
1.- Generalidades	5
2.- China, Asiria, Fenicia, India, Egipto y Persia	6
3.- Israel	7
C) Grecia	9
D) Roma	9
1.- Estructura familiar	9
2.- Regulación jurídica del adulterio	10
E) El Pueblo Germano	14
1.- El adulterio de la mujer	14
2.- Infidelidades del marido	15
F) Derecho Canónico	16
1.- La nueva concepción del matrimonio	16
2.- Enjuiciamiento moral del adulterio	16
3.- Regulación jurídica	16

4.- El nuevo concepto de adulterio	17
G) Evolución en la edad media	17
1.- El adulterio durante el medievo	17
2.- División Ideológica de Europa a finales del medievo e inicios de la edad moderna y el adulterio	18
H) Francia	18
I) Portugal	19
J) Italia	20
K) España	21
1.- Pueblos primitivos	21
2.- Invasores	21
3.- Visigodos	21
4.- La Reconquista	22
5.- La Codificación	24
L) México	27
1.- Epoca Precortesiana	27
a) Aztecas	27
b) Mayas	29
c) Zapotecos	30
d) Tarascos	31
2.- La Colonia	32
3.- La Codificación Penal	32
CAPITULO SEGUNDO CONCEPTOS GENERALES	
A) Norma y ley	39

1.- Norma	39
2.- Ley	40
B) El Derecho Penal	41
1.- Características del Derecho Penal	42
2.- Derecho Penal objeto y subjetivo	42
3.- Fuentes del Derecho Penal	43
C) La Ley y Norma Penal	46
D) Interpretación de la Ley penal	47
1.- Considerando a los sujetos que la realizan	47
2.- Por los medios o métodos empleados	48
3.- Por sus resultados	48
D) El Delito	49
F) Conducta	52
G) Tipo y Tipicidad	54
1.- ¿ Qué es el tipo ?	54
2.- ¿ Qué es la tipicidad ?	56
3.- Elementos del tipo	57
CAPITULO TERCERO	
ESTUDIO JURIDICO-PENAL DEL ADULTERIO	
A) Adulterio	60
1.- Concepto	60
2.- Sujetos	64
3.- Conducta típica	65
4.- Bien jurídico tutelado	67
5.- Delito plurisubjetivo	69

6.- Modalidades típicas	69
7.- La Querrela	74
8.- Adulterio consumado es el único punible	75
B) Cuestiones comunes	76
1.- El Matrimonio	76
a) Concubinato	77
2.- Consentimiento	78
3.- Perdón	78

CAPITULO CUARTO

ANALISIS JURIDICOS DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL ADULTERIO

A) Consideraciones	81
1.- Domicilio conyugal y escándalo	86
2.- Querrela	94
B) Cuestiones Relativas	98
1.- El artículo 310 del Código Penal	98
2.- Concubinato	99
3.- Actos libidinosos	100
4.- Lugar Indeterminado	100
Conclusiones	XXII
Bibliografía	XXVI
Ordenamientos Jurídicos consultados	XXX
Otras publicaciones consultadas	XXXII

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DEL ADULTERIO

**CAPITULO I
ANTECEDENTES DEL ADULTERIO**

A) LAS CULTURAS PRIMITIVAS.

1.- Las Relaciones Sexuales extramatrimoniales.

"En los pueblos primitivos el adulterio, que sólo puede cometer la mujer, es una de las ofensas más graves, que generalmente se castigaba 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". (1)

"Los indios o aborígenes australianos prestaban, alquilaban e incluso regalaban a sus esposas; en ocasiones la finalidad era que les fueran de vueltas preñadas. Ahora bien si éstas se iban motu proprio con otro hombre, sin el consentimiento de su marido, se estaban jugando el ser muertas a manos de éste. Lo mismo ocurría en calendonía, sólo que allí era un consejo de ancianos el encargado de imponer la pena. En otros lugares del globo, como entre los hotentones africanos, encontramos idénticos proceder ante estas infidelidades no autorizadas". (2)

"La pena era la de muerte a manos de marido ofendido; ésta podía ejecutarse de diversas formas. Los indios modogs la destripaban, en Dahomey se le garrotaba y en algunos lugares de Ocenía todo el pueblo tomaba parte en el castigo". (3)

(1) Machado Carrillo. Mario J. El Adulterio en el derecho Penal Pasado, Presente y Futuro, Editorial Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977, pág. 18-19.

(2) Id.

(3) Ibid. pag. 20.

"En algunos pueblos la penalidad era menor. Los achanti africanos, si bien en ocasiones la mataban, normalmente se conformaban con cortar la nariz o venderla como esclava. Los pieles rojas sólo mataban a la adúltera cuando no llegaban a un acuerdo con el amante de ésta. Entre los tibetanos, japoneses y decayos 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 deseo liberal; en Guatemala, se prefería solucionar el problema de modo amistoso y a diferencia de otros pueblos, no estaba mal visto el marido que perdonaba a su esposa adúltera. Los esquimales no parece que dieran demasiada importancia a la fidelidad conyugal. Resumiendo podemos establecer como penas más frecuentes las siguientes: la pena capital (con o sin placer), el castigo corporal (maltratar y/o mutilaciones), extrañamiento (equivale a la muerte en los clanes) y la sación pecuniaria por el daño económico causado en la propiedad marital". (4)

"La pena alcanzaba normalmente al cómplice de la mujer, siendo además en algunas ocasiones el único castigado, como autor de lesión en propiedad ajena. Como reos de todo se mataba a ambos en el Caribe, Perú y entre los guaraníes, los pipinas del Salvador, los charrúas, los cabllas, los iztas, los chalcaníes y los araucanos. Entre los fueguinos incluso se castigaba con mayor severidad al cómplice. En nueva caledonia, si éste estaba casado, se le castigaba permitiendo que todos los adultos de la tribu tomasen a su mujer y 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". (5)

(4) *Ibid.* pág. 20.

(5) *Ibid.* pág. 20-21.

2.- Naturaleza Jurídica del Adulterio.

"El hecho de que el mismo marido capaz de matar a su mujer adúltera no tenga inconveniente en cederla, el hecho de que se castigue a las adúlteras como reos de robo, o el caso apuntado de resarcimiento de daño por violación de la mujer del co-reo, nos lleva a deducir; 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". (6)

"Según Wundt, lo anterior tiene su explicación en el paso del matriarcado al patriarcado. En un proceso que podemos ver en 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; y el tercer momento lo supone la aparición y desarrollo del concepto de propiedad privada o individual. En este tercer momento la mujer se convierte en propiedad del hombre, y por tanto, la esposa del marido y los hijos del padre. El potenciamiento 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 ser mujer adúltera, ese poder se traduce en la facultad de matarla". (7)

"Por lo tanto, como dice Montalbano, si los actuales pueblos salvajes poseen unas leyes que fundadas en ser la mujer propiedad del marido, castigaban 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 sólo co-

(6) *Ibid.* pag. 21.

(7) *Ibid.* pag. 21.

misible por la mujer), era el mismo en todos los pueblos: el robo, el de daño a la propiedad marital. Por tanto, el único fundamento de la represión del adulterio residía en la necesidad de tutelar la propiedad marital". (8)

"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 en sentido estricto 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 confundir la razón de la represión 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;...." (9)

B) EL ANTIGUO ORIENTE.

1.- Generalidades.

"Se trata de civilizaciones en un estado primario; en ellos 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 sacrosantos; 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". (10)

"En esta época se desarrolla más la sociedad patriarcal. A medida que se

(8) *Ibid.* pag. 22.

(9) *Ibid.* pag. 22.

(10) *Ibid.* pag. 22.

va desarrollándose el incipiente capitalismo. La mujer no colabora en mano de obra, va perdiendo facultades hasta quedar relegada a la casa familiar. Su capacidad de tener cosas en propiedad sufre una disminución paralela". (11)

2.- China, Asiria, Fenicia, India, Egipto y Persia.

"En todos ellos se reconoce al marido el derecho de matar a la adúltera". (12)

"En China y Vietnam la penalidad era horrible, habiendo de pasar la adúltera por los siete infiernos". (13)

"En la India, según se desprende de las Leyes de Manú, se vio en el adulterio una afrenta 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, quemando. 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 destierro". (14)

"A la mujer adúltera y a su cómplice se les ahogaba en agua 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 le arrojara al río. La mujer tenía la posibilidad de justificarse mediante juramento, cuando no había flagrancia, y podía volverse a casar sin incurrir en adulterio si el marido caía en la esclavitud o la abandonaba dejándola sin recursos". (15)

(11) Ibid. pag. 23.

(12) Ibid. pag. 23.

(13) Ibid. pag. 23.

(14) Ibid. pag. 23.

(15) Ibid. pag. 23.

"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 el agua al marido infiel; estos delitos se daban con bastante frecuencia". (16)

"En Egipto, al principio, la pena era la de muerte para ambos adúlteros. Posteriormente se castigó a la mujer con mutilación de la nariz y al co-reo con cien palos". (17)

"En persia, el Zend-Avesta no menciona el adulterio. Lombroso y Ferri creen que la adúltera era castigada a pesar de esto, pues entre los actuales persas ahoga a la mujer adúltera". (18)

"En el Derecho Hebraico cometía adulterio la mujer infiel a su marido; es decir, que no era delincuente el hombre que rompía la fe conyugal. El rigor era tan grande que se presumía por el simple hecho de que la mujer estuviera sola con otro hombre por breve tiempo. La pena originaria fué la de lapidación. Esta forma ejecutar la pena de muerte se completa luego, entre los hebreos, con otras más como la horca y el fuego". (19)

3.- 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".

(16) *Ibid.* pag. 23.

(17) *Ibid.* pag. 24.

(18) *Ibid.* pag. 24.

(19) Enciclopedia Jurídica OMEBA, pag. 531.

miento". (20)

"Los Judíos ven en el adulterio una significación cuádruple: Idolatría, por cuanto el matrimonio es un símbolo de la Alianza de Israel con Jehová; corrupción; degeneración de la familia y crimen contra la fe del matrimonio". (21)

"El adulterio de la mujer casada se castigaba con muerte por lapidación. No sólo se acudía a lo que podríamos denominar pruebas evidentes (flagrancia, que dar en cinta de otro, etc.), sino también a indicios, como tener la esposa blonorrea. Si el marido acusaba a su esposa de adulterio por tener blonorrea, ésta se podía defender alegando que se la había contagiado su esposo. Para determinar quien decía la verdad, se acudía a la famosa prueba de las aguas amargas". (22)

"Si una joven virgen desposada con un hombre yacía con otro, había dos modos de proceder, según el hecho donde hubiéra acaecido, 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; la joven por no haber pedido socorro en la ciudad y el hombre por haber deshonrado a la mujer de su prójimo. En el segundo caso, sólo se mataba al hombre, pues al ser sorprendida en el campo, la mujer pudo gritar, sin que hubiera nadie que pudiera ir en su auxilio". (23)

También conocían del adulterio previo al matrimonio, cuando el que tomaba una mujer en matrimonio se encontraba con que ésta no era virgen. Si la acusa-

(20) Machado Carrillo, Mario J. Op. Cit. pag. 24.

(21) Id.

(22) Ibid. pag. 25.

(23) Ibid. pag. 25.

ción del marido era falsa, se le condenaba a pagar una multa de 100 siclos de plata al padre de la joven, por haber difamado a una virgen de Israel. Si por el contrario, la acusación era cierta, se le sacaba de la casa del padre y toda la ciudad lo mataba a pedradas, por cometer infamia en Israel y haber deshonrado la casa de su padre.

C) GRACIA

"Dada la forma de organización en polis independientes, tenemos varias legislaciones. En general conocían de los adulterios los tribunales familiares y que no se mataba a la mujer. La pena de ésta consistía en su propia vergüenza y en la tacha de infamia, obligándose a llevar determinados vestidos que publicaban su condición de adúltera; esto quedaba al arbitrio del marido, que podía perdonarla". (24)

"Según 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 la muerte si había mediado violencia; los griegos eran conscientes, fácticamente hablando, de la diferencia entre adulterio y violación de una mujer casada; si se había consumado por medio de seducción, la pena era pecuniaria". (25)

D) ROMA.

1.- Estructura Familiar.

La familia patriarcal alcanza su pleno desarrollo; se basaba en el sometimiento de todos sus miembros a una autoridad, ésta manus potestas, es la del pater fa-

(24) *Ibid.* pag. 26.

(25) *Ibid.* pag. 26.

millas, éste no era un padre de familia en el sentido actual, sino un autentico soberano de la familia.

Esto 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, al hombre se le pone sólo como límite el no ofender la honestidad de las doncellas o de las esposas de los demás.

Por lo que, el Derecho Romano castiga sólo el adulterio de la mujer casada; los hombres son penados sólo en cuanto cómplices o co-reos de la adúltera, la mujer recibe el nombre de adúltera y el co-reo el de adúlter.

El Derecho Romano conoce excepciones como la prohibición de acclonar a las mujeres, esto es, que la mujer no podía acusar a su marido; esto se prevé en su mismo texto que limita su 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 o hija, nieto o nieta de éstos". (26)

Pueden perseguir el adulterio no sólo el marido ofendido, sino también el padre de la adúltera. esto para el caso de adulterio del marido; por la incapacidad de acusar la mujer al marido.

2.- Regulación Jurídica del Adulterio.

"Seguiremos en su estudio, la división en tres etapas de Wilhem Rein; la situación con anterioridad a la Ley Julia de Adulteris Coercendis, la Ley y la Evolución posterior a la misma. La división obedece a la gran trascendencia de esta

(26) Ibid. pag. 27.

cita de esta Ley, que modifica sustancialmente el tratamiento del adulterio". (27)

"Con anterioridad a la mencionada ley, el adulterio era competencia de los tribunales domésticos o familiares, es decir, estaban fuera de la órbita del Derecho Público". (28)

La actuación del marido venía determinada por el hecho de agarrar o no a los adúlteros en flagrante ilícito.

Si los agarraba in flagranti, podía matar a la mujer y vengarse en el adúlter como mejor le pareciera. Lo más frecuente era matarlo, mutilarlo o castrarlo; el padre de la adúltera tenía el mismo derecho que el marido. La Ley de las doce Tablas prohibía matar a sólo a uno de los adúlteros.

"Si no los agarraba Infraganti, el marido ofendido tenía dos opciones: o bien convocada al consilium o tribunal familiar, que normalmente declaraba el divorcio y una serie de sanciones familiares, o bien podía repudiar a la mujer. Esta última posibilidad estaba inicialmente prohibida, pero fue autorizada a finales del período Republicano, en aquellos casos en los que el marido había tenido a la esposa en su manos. 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. 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 general-

(27) *Ibid.*, pag. 28.

(28) *Ibid.*, pag. 28-29.

mente caso". (29)

"A finales de la República, cuando César Augusto toma el poder, la corrupción y disolución de costumbres habían alcanzado una elevación increíble. 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 familia. Con la intención de revalorizar el matrimonio, garantizando al hombre por medio de fuertes penas que no va a devenir en cornudo y divorciado al poco de haberse casado, promulgada en el año 736 de la fundación de Roma (18 a.C.) la Lex Iulia de Adulteriis Coercendis".

(30)

"La aplicación de esta Ley no se limitó sólo a los matrimonios de los civiles. Se extendió no sólo a los de los gentium, sino incluso a los ajenos a éste. Quedaban fuera de su ámbito, sólo los matrimonios entre siervos y esclavos". (31)

"Para conseguir una mayor represión de este delito, la Lex Julia lo declaró público. Cualquiera cuidadoso podía acusar ante el pretor (magistrado) a los adulteros, cuando ni el padre, ni el marido hubieran intentado ejercitar su acción en un plazo de 60 días. Entre las acusaciones del padre y del marido, se le daba preferencia a la del segundo, pues hay que pensar que ha de mantener la acusación con más fundada ira y dolor más profundo, salvo que el primero alegara la infamia

(29) Ibid. pag. 29

(30) Ibid. pag. 29

(31) Ibid. pag. 29

o el acuerdo del marido con la adúltera". (32)

"Por otra parte, la Lex Iulia supone una limitación a la venganza personal, tanto del padre como del marido; a éste último le prohíbe matar a su mujer adúltera, incluso encontrándola en flagrante delito, en cuyo caso debe repudiarla o cometería encubrimiento y sólo podrá matar al adúlter si se trataba de persona infamada, deshonesto o violador. El padre puede matar a su hija si la encuentra en flagrante adulterio en su casa o en la del marido, además tiene que matar al adúlter en el mismo acto. La razón de prohibir al marido, matar a la mujer, mientras se le permite en parte al padre, reside, en la venganza natural que movería al marido; al considerar al padre dotado de mayor objetividad y cariño hacia la mujer, el impulso de éste iría dirigido a matar al adúlter más que a su hija, pero dicho impulso quedaría contrarrestado por la simultánea obligación de matar, de realizarlo, también a la hija debe realizarlo". (33)

"La pena de la adúltera consistía en el destierro y expatriación en una isla, en la prohibición de volver a casarse y obligación de llevar las ropas de una cortesana (perdía su calidad de matrona de mater familias). No podía testificar en juicios y perdía la mitad de la dote y un tercio de su patrimonio". (34)

Al adúlter se le desterraba, expatriándolo en una isla distinta a la de la adúltera. Perdía la mitad de sus bienes y si era militar no podía servir más .

(32) *Ibid.* pag. 30

(33) *Ibid.* pag. 30

(34) *Ibid.* pag. 31

"Durante el Imperio se mantuvo la Lex Iulia con algunas modificaciones, - Constantino (324 a 337), ingerido por el Cristianismo , consideró el adulterio más un atentado a la sacralidad del vínculo conyugal que contra el Estado. Por lo que, limita el ejercicio de la acción a los parientes próximos, excluyendo a los extraños. Al mismo tiempo establece la confiscación de los bienes y la muerte por espada - como pena del adúltero, y mantiene para la mujer la de destierro y expatriación". (35)

"Valentiniano I, emperador de occidente de 364 al 375, extendió la pena de muerte a la mujer. Major, emperador de oriente del 457 al 461, autorizó al marido que sorprendía in flagranti a los adúlteros, a matar a ambos". (36)

"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 rapaba el pelo y quedaba encerrada de por vida en el monasterio. Para el adúlter mantuvo la muerte, pero excluyó la de confiscación cuando tenía descendientes o ascendientes en el tercer grado. Si estaba casado, su mujer recibía devuelta la dote y una cuarta parte del patrimonio del marido. Los demás - dolocuentes, sobre todos los terceros, siguieron conminados con la pena capital". (37)

E) EL PUEBLO GERMANO.

1.- El Adulterio de la Mujer.

"El adulterio era uno de los peores crímenes; según cuenta Tácito, existía la costumbre de hacer arrastrar a la mujer desnuda por las calles, azotán-

(35) Ibid. pag. 31

(36) Ibid. pag. 32

(37) Ibid. pag. 32

dola hasta morir. De aquí proviene las penas infamantes que se le dieron en diferentes países del medioevo de hacer correr desnudos por las calles a ambos adúlteros". (38)

"Se continuó reconociendo al marido el derecho a matar a la cónyuge infiel y en caso de flagranza, también al co-reo. Entre los longobardos no se requería la flagranza, el marido ofendido y sus parientes podían optar por penas más leves, siendo lo 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". (39)

2.- Infidelidades del Marido.

"A la mujer se le castiga con muerte, pero no se allenta el adulterio del marido, que está mal visto. Si éste introduce a la amante en la familia, se le considera reo de adulterio; cierto que la pena es sólo pecuniaria, pero es algo que ya hacían los romanos". (40)

"Por influencia del Derecho Canónico, se conoce entre los longobardos a la esposa ofendida el derecho de acudir al rey, el cual resolvería a su arbitrio. Por esa época los visigodos deciden que si el co-reo estaban casado, la adúltera debe ponerse en manos de la esposa de éste, por considerar que es ella y no el marido ofendido, quien sufre mayor perjuicio, pudiendo hacer con ella lo que mejor le parezca". (41)

(38) *Ibid.* pag. 32

(39) *Ibid.* pag. 32

(40) *Ibid.* pag. 33

(41) *Ibid.* pag. 34

F) DERECHO CANONICO.

1.- La Nueva Concepción del Matrimonio.

"Cristo estableció el matrimonio como centro de la familia y proclamó la igualdad de todos antes los ojos de Dios. Dignificada la mujer e igualada en el plano ideológico al hombre, quedan establecidas las bases para considerar que existe entre ambos cónyuges un deber mutuo y recíproco de fidelidad conyugal, exigible en igual medida a ambos. Esto no supone la desaparición total de la concepción patriarcal. Cuando el cristianismo logra imponer en el Imperio romano y en épocas posteriores, se aceptan esta 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, siendo éste el marido". (42)

2.- Enjuiciamiento Moral del Adulterio.

"Dado el mutuo deber de fidelidad, pueden cometer el adulterio cualquiera de los cónyuges; pues prohíbe incluso el mero deseo interno. Al establecerse la indisolubilidad del matrimonio por se éste un símbolo de la unión de Cristo con la Iglesia, se ha dado pie, a que la exigencia de moralidad debe ser mayor". (43)

3.- Regulación Jurídica.

"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 significa al vínculo matrimonial y lo que de lujuria llevaba encima. Se contempló desde un doble punto de vista, como delito canónico y en sus repercusiones en la vida marital". (44)

(42) *Ibid.*, pag. 35

(43) *Ibid.*, pag. 36

(44) *Ibid.*, pag. 37

"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 negándoseles la comunión si eran obstinados en el pecado. 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. En el Derecho antiguo la pena solía ser de siete a doce o hasta quince años de penitencia; a los clérigos se les destituía de su oficio y encerraba en un monasterio; a los seglares, se les podía excomulgar, olo, además de la penitencia. Por lo que se refiere a la realización material de la conducta, se exigía la unión sexual, no bastando otras actuaciones impúdicas". (45)

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 veía la concepción, pasando a ser adulterio la unión sexual de dos personas, de las cuales una al menos está casada. El elemento esencial del matrimonio cristiano es la mutua satisfacción sexual de ambos cónyuges, lo cual implica posesión sexual recíproca. Por lo tanto, la razón o fundamento de la represión del adulterio en el Derecho Canónico y en la Iglesia católica es la necesidad de tutelar la posesión conyugal recíproca de ambos". (46)

G) EVOLUCION EN LA EDAD MEDIA.

1.- El Adulterio durante el Medievo.

"Tanto el Derecho Romano como el germánico habían sido creados para so-

(45) *Ibid.* pag. 37

(46) *Ibid.* pag. 37- 38

ciudades 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". (47)

2.- División Ideológica de Europa a finales del Medievo e incisos de la Edad Moderna y el Adulterio.

"La influencia romana fue menor en el norte de Europa y por ello la mujer estuvo mejor considerada; es lógico que fuera ahí donde primero se acepta 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 sólo la mujer casada puede cometer adulterio, en el norte se comienza a establecer la igual incriminación de ambos cónyuges". (48)

H) FRANCIA.

"El primer Código penal 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 de 12 de Febrero de 1810, promulgado el 22 del mismo mes, éste con numerosas modificaciones, es el que está actualmente vigente". (49)

"El Código penal de 1791 desconocía el adulterio, el de 1810 lo incluye dentro de los atentados contra la moral. Es el primer Código que incrimina el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido, modelo que, haría furia

(47) *Ibid.*, pag. 39

(48) *Ibid.*, pag. 39 - 40

(49) *Ibid.*, pag. 96

en los países latinos. Incrimina, como venía haciéndolo el Derecho histórico, la mera infidelidad sexual de la mujer y haciéndose una tímida concesión a la esposa ofendida: si el marido tenía la concubina en la casa cónyugal, podía ser considerado y tratado como reo de adulterio, la pena es de mora multa para el amancebado y de privación de libertad para la adúltera". (50)

"El modelo francés no describe en que consiste el adulterio ni menciona el amancebamiento fuera de la casa cónyugal. La Jurisprudencia ha interpretado extendiendo el ámbito de aplicación de la ley, en lo referente a la manceba, a la que castigaba a pesar de no mencionarse para nada en el articulado. No exige 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, el consentimiento del marido no excluye en principio la posibilidad de accionar". (51)

1) PORTUGAL

"El Código de 1886 ha sufrido varias modificaciones a lo largo de su dilatado período de vigencia. Este recoge el adulterio en los artículos 401 a 404 en la sección tercera del mismo nombre del capítulo que trata de los crímenes contra las buenas costumbres. Inicialmente se distinguía entre el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido, pero la Ley de Divorcio, en su artículo 61 disponía que: el adulterio del marido o de la mujer no será penalmente punible más que durante la vida en común de los esposos; la pena es de ocho años de prisión. El adulterio del marido será considerado de las mismas característi-

(50) *Ibid.* pag. 97

(51) *Ibid.* pag. 97-98

ticas y gravedad que el de la mujer". (52)

J) ITALIA.

"Victor Manuel II fue coronado rey de Italia, en 1861, pero 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. La lucha de escuelas, que tuvo su inicio en Italia, llevó a la redacción de un nuevo Código, el famoso Código Rocco de 19 de Octubre de 1930, en Vigor desde el 1 de Julio de 1931". (53)

"El Código de 1889, a pesar de diferenciar como el francés, entre el 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 manera notoria. Su pena es la misma que la mujer adúltera. Se castiga expresamente a la concubina, si bien con menor pena, y el co-reo adúltero por igual que a la mujer y al amancebado, pero sin que se limiten los medios de prueba contra el mismo; la pena ora de tres a treinta meses detenido. 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. 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 culpable de que se dictara una separación de cuerpos. Este Código no describe la conducta adulterina. Al faltar las conductas núcleo, se declararon ilegítimos el resto de los artículos concernientes a estos delitos". (54)

(52) Ibid. pag. 99-100

(53) Ibid. pag. 102

(54) Ibid. pag. 102 y 104

K) ESPAÑA

1.- Pueblos Primitivos.

"Parece 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 la propiedad y adulterio". (55)

2.- Invasores.

"Los árabes castigaban de antiguo muy severamente este delito, que sólo cometía de los cónyuges la mujer, la pena era la decapitación a manos del marido o del padre de la mujer. Entre los beduinos se asimilaba el adulterio al asesinato, y los padres del co-reo estaban obligados, al mismo tiempo que moría la adúltera, a matar a su hijo. Tras Mahoma se modificó la pena de la adúltera, que recibían cien azotes y era condenada a cárcel perpetua. Posteriormente, por influencia israelita, volvió a instaurarse la pena de muerte para la adúltera". (56)

3.- Visigodos.

"En la época de máxima influencia pública del Derecho penal visigodos, se entrega y coloca a la adúltera en poder del ofendido y su familia; este Derecho es 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". (57)

"El concepto de adulterio está limitado al cometido por la mujer. El con-

(55) *Ibid.* pag. 41

(56) *Ibid.* pag. 41-42

(57) *Ibid.* pag. 42

cepto jurídico del mismo no es muy técnico, por 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 desposada y el marido ilícito de ésta" (58)

4.- La Reconquista.

"Se produce en sus inicios una gran dispersión normativa, a causa de la falta de un poder político central fuerte, así como una privatización del Derecho penal y un nuevo auge de la concepción objetiva del delito. 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 se llega de nuevo a un Derecho penal público". (59)

"En lucha contra la dispersión y el caos legislativos, destaca la figura de Alfonso X; destacando tres textos de los más trascendentales, estudiando su inspiración, orígenes y la finalidad perseguida; y que son: el Fuero Juzgo, las Siete Partidas y el Fuero Real". (60)

"En el Fuero Juzgo se deja a la adúltera y al co-reo a la venganza del marido, que puede matar a ambos; sin embargo no puede perdonar a la mujer. A los maridos que conocen la infidelidad y a pesar de ello no la persiguen los llaman sandios (tontos), 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 más propios del marido. Y si éstos por cualquier causa no acusaren, el rey establece quien conozca de éste negocio. La acción revestía, pues, un carácter público, si bien con-

(58) *Ibid.* pag. 43

(59) *Ibid.* pag. 43

(60) *Ibid.* pag. 43

dicionado al no ejercicio por quienes primeramente estan obligados a ello". (61)

"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 sólo; se queda con las pertenencias de éstos, salvo que tuviesen hijos legítimos. En caso de mujer desposada que hace adulterio o se casa con otro, se ponen también en poder del ofendido, pero éste no puede matarlos; se queda con sus bienes, salvo que tuvieran hijos legítimos. La acción era también pública. Ahora bien, no se ve bien que el marido perdona; el marido que sepa del adulterio de su mujer y no lo denuncie, se le ordena que no la tenga en su casa ni en su lecho, y al que lo hiciera, no la puede después acusar ni saber nada de sus bienes". (62)

"En las Partidas se siguen las líneas marcadas por el Derecho Justiniano. Se castiga sólo el adulterio de la mujer; la pena para la adúltera es la de reclusión en un monasterio y los azotes. Pierde la dote y las arras que le fueron dadas por razón del casamiento y deben ser del marido. El marido puede perdonarla en el plazo de dos años, en cuyo caso le son devueltas la dote, arras y demás cosas comunes: el co-reo es condenado a muerte, si es culpable. La acción corresponde al marido, pero si el marido fuese tan negligente que no quisiera acusarla, entonces podría acusar al padre, y el padre no quisiera hacerlo, pueden acusar uno de los parientes de ella (hermanos y tíos); más los otros del pueblo no lo pueden hacer". (63)

"Justificando el desigual trato, se aduce que el adulterio de la mujer deshonoraba al marido, mientras no ocurre lo igual al contrario; además del adul-

(61) *Ibid.* pag. 44

(62) *Ibid.* pag. 45

(63) *Ibid.* pag. 45

terlo de ella puede venir al marido gran daño. Estos tres textos dan el derecho a la acción a más personas que al marido, único que en la actualidad está legitimado para accionar en estos delitos, esto se debe a la mayor moralidad social de aquella época; en la cual lo que importaba al marido no era tanto el adulterio de su mujer, sino el que pudieran enterarse los demás". (64)

"Las leyes recopiladas siguen dando preferencia al Fuero Juzgo y Real en la relativo al modo de penar, poniéndose a los adúlteros en manos del marido ofendido, para que haga con ellos lo que quiera. 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 28 de su libro VI: Si la mujer casada hiciera adulterio, ella y el adúlterador ambos sean en poder del marido, y haga de ellos lo que quisiera, y de cuanto han, así que no puede matar al uno y dejar al otro; pero si hubieren hijos ambos, ó el uno de ellos, hereden sus bienes tienen primero derecho. Y si por ventura la mujer no tuvo culpa, y fuere forzada, no hay pena". (65)

En la nueva Recopilación se redujo ya la legitimación para acusar el marido ofendido, que además queda obligado a acusar a los dos.

5.- La Codificación.

"El Código de 1822 refleja el paso 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 consintiera otra cosa. Sin embargo, se recoge el amancebamiento del marido, si-

(64) *Ibid.* pag. 46

(65) *Ibid.* pag. 46 - 47

bien en una forma indirecta, se establecen en el artículo 684 tres supuestos: adulterio consentido, abandono de familia y amancebamiento; en los que el marido no puede acusar a la mujer de adulterio; a continuación el artículo 685 dispone que los dos últimos supuestos podía la mujer acusar al marido". (66)

"El amancebamiento consistía en la tenencia de manceba en la casa conyugal. En cualquier caso, la pena del amancebamiento es mínima comparada con la de adulterio de la mujer, de dos a ocho meses de arresto. El Código de 1848, 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 escándalo. El Código de 1850 sólo modifica la numeración del articulado. La pena en ambos Códigos es de prisión menor: cuatro a seis años, para el adulterio de la mujer y prisión correccional, siete meses a tres años para el amancebamiento". (67)

"El Código de 1870 vuelve a modificar la numeración del articulado y la penalidad de las conductas, acercandolas 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". (68)

"El Código de 1928 supone una ruptura con la línea 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 1000 a 2000 pesetas; si los cónyuges estaban legalmente sepa-

(66) *Ibid.* pag. 48

(67) *Ibid.* pag. 48

(68) *Ibid.* pag. 48

rados. El co-reo y la manceba reciben la misma pena y se autoriza al cónyuge agraviado a entablar querrela contra los cómplices del delito". (69)

"El advenimiento de la República volvió a entrar en vigor el Código de 1870, se suprime por completo estos delitos. La razón alegada era la necesidad de concordar el Código penal con la Ley de divorcios, que había declarado al adulterio ilícito civil y causa de disolución del vínculo matrimonial". (70)

"La derogación de la Ley de divorcios por el Estado Nacional, vuelven a incriminarse adulterio y amancebamiento en la Ley de 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 referencia a la ejecutoria en causa de divorcio; señala igual pena para ambos delitos que es de prisión menor; y se olvida el párrafo: aunque despues se declare nulo el matrimonio". (71)

"El Código de 1944 añade el párrafo olvidado y desdobra el artículo único en los cuatro actualmento; y así hasta nuestros días". (72)

"El concubinato Itallano tiene las características del amancebamiento español, y el concubinato español tiene lugar entre personas no atadas por vínculos maritales a otras; por lo que traduciremos el término Itallano concubina por el de manceba". (73)

(69) *Ibid.* pag. 48-49

(70) *Ibid.* pag. 49

(71) *Ibid.* pag. 49

(72) *Ibid.* pag. 49

(73) *Ibid.* pag. 103

L) MEXICO.

1.- Epoca Precorteciana.

a) Los Aztecas.

"El Derecho penal precorteciano fué rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección en las leyes, es decir, el máximo de evolución moral de acuerdo con una cultura valorativa. El Derecho penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable enlace político. El sistema penal era casi rígido". (74)

"Kohler alude a tres condiciones que nos parecen importantes: la moral, la concepción de la vida y la política; ellas conforman el aspecto exterior e interior del Derecho punitivo". (75)

La ley azteca era brutal; de hecho, desde la infancia el individuo seguía una conducta social correcta, el que violaba la Ley sufría serias consecuencias.

"A los adúlteros se les penaba con muerte de la siguiente manera: se les apedreaba y echaba fuera de la ciudad a los perros y auras". (76)

"En las Ordenanzas de Netzahualcoyotl, reproducidas por don Fernando de Alva Ixtlilochitli, la pena para los adúlteros es la lapidación". (77)

"Nos dice Carranca y Trujillo de la Recopilación de Leyes de los Indios de

[74] Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penitenciario, Tercera Edición, Editorial Porrúa. México, D.F., 1986, pag. 12

[75] *Ibid.* pag. 13

[76] *Ibid.* pag. 16

[77] *Ibid.* pag. 17

la Nueva España Anáhuac o México, por Fray Andres de Alcóbiz (fecha en Valladolid, 10 de Septiembre de 1543); de ella sobre sale la pena de muerte para el que matara a su mujer por sospechas o indicios, y aunque la tomase con otro. De las leyes tlaxcaltecas y del Código penal de Netzahualcoyotl para Texcoco, nos dice que la pena de muerte se aplica: al que matara a la mujer propia aunque la sorprenda en adulterio y para los adúlteros. La ejecución de la muerte era rica en procedimientos: ahorcadura, lapidación, decapitación o descuartizamiento". (78)

"El que juzgaba y ejecutaba sentencias era el emperador azteca (Colhuatecuttil, tlatocul o hueitlatoni)". (79)

"En la Ley 15 de Netzahualcoyotl, imponía pena de muerte para los homosexuales; el activo empujado y al pasivo se le extraía sus entrañas por el ano". (80)

"La Ley 41 de Netzahualcoyotl, analizada por Kohler, establecía la pena de muerte por incineración en vida cuando los sacerdotes tuvieran relaciones sexuales contra natura". (81)

"Al violador de una ramera no se le aplicaba ningún castigo por no ser delito (según Juan Bautista Pomar, en su Relación de Texcoco)". (82)

"A la privación de la vida de la mujer propia, aunque se le sorprenda en adulterio, la pena era la de muerte, al igual que el acceso carnal a la mujer, -

(78) Ibid. pag.18

(79) Ibid. pag. 19

(80) Ibid. pag. 19

(81) Ibid. pag. 20

(82) Ibid. pag. 21

cuando conste que ella ha violado la fe conyugal". (83)

"El delito de adulterio (no se reputab tal, el comercio del marido con una soltera); se castigaba con lapidación o quebrantamiento de la cabeza entre dos lozas; en Ichcatlan, a la mujer acusada se le descuartizaba y se dividían los pedasos entre los testigos; en Ixtepec, la infidelidad de la mujer se castigaba por el mismo marido, con autorización de los jueces, que en público le cortaba la nariz y las orejas". (84)

b) Los Mayas.

"La civilización maya presenta perfiles muy diferentes de la azteca. Más sencillez, sentido de la vida más refinada. En suma, una delicadeza connotural que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes de la -- historia. Es lógico que tales atributos se reflejen en su Derecho penal. Escribe Carranca y Trujillo; el adúltero era entregado al ofendido quien podía perdonarlo o bien matarlo y en cuanto a la mujer su vergüenza e infamia se consideraban penas suficientes". (85)

"La administración de justicia estaba a cargo del batab (cacique); en forma directa y oral, sencilla y pronta, éste recibía e investigaba las quejas y resolvía acerca de ellos de inmediato, verbalmente también y sin apelación".

(86)

"El adulterio era objeto de la más cruda sanción; atado de pies y manos a un poste el varón adúltero era puesto a disposición del marido ofendido, -

(83) *Ibid.* pag. 22

(84) *Ibid.* pag. 29

(85) *Ibid.* pag. 33

(86) *Ibid.* pag. 35

quien podía perdonarlo o bien, allí mismo y en el acto, quitarle la vida, a cuyo efecto le dejaba caer una pesada piedra desde lo alto, en la cabeza, haciéndole saltar los sesos. Por contra, la mujer adúltera sólo era objeto de infamia y de repudio por parte del marido". (87)

"El delito de adulterio en los mayas, se castigaba con lapidación al adúltero varón, si el ofendido no perdonaba (dejar caer una pesada piedra sobre la cabeza, desde lo alto). En cuanto a la mujer nada más su vergüenza e infamia. O bien lapidación, tanto al hombre como a la mujer. O bien muerte por flechazos, en el hombre. O bien arrastramiento de la mujer, por parte del esposo, y abandono en sitio lejano para que se la devoraran las fieras. O bien como remate de la venganza privada, matrimonio del marido engañado con la mujer del ofensor. O bien extracción de las tripas por el ombligo a ambas adúlteras". (88)

c) Los Zapotecos.

"La delincuencia era mínima entre los zapotecos. El delito que se castigaba con mayor severidad era el adulterio. La mujer sorprendida en adulterio era condenada a muerte, si el marido ofendido lo solicitaba; pero si éste perdonaba a la mujer ya no podía volver a juntarse con la culpable, a la que el Estado castigaba con crueles y notables mutilaciones". (89)

"Por su parte, el cómplice de la adúltera era multado con severidad y obligado a trabajar para el sostenimiento de los hijos, en el supuesto caso de que los hubiera como fruto de la unión delictuosa". (90)

(87) *Ibid.* pag. 35

(88) *Ibid.* pag. 41

(89) *Ibid.* pag. 44

(90) *Ibid.* pag. 44

"El cómplice de la adúltera, que entre los mayas y aztecas podía sufrir la pena de muerte, entre los zapotecos sólo era multado y obligado a sostener a sus posibles hijos habidos por el adulterio. En cambio, los zapotecos estaban facultados para condenar a muerte a la mujer, igual que los aztecas; pero los mayas, a la probable muerte añadían una pena menos severa, es decir la vergüenza e infamia de la mujer". (91)

d) Los Tarascos.

"Tenemos muy pocos datos sobre las instituciones legales y la administración de justicia entre los tarascos primitivos. No obstante, la Relación de Michoacán, dice que durante el -ehuataconcuaro-, en el vigésimo día de las fiestas, el sacerdote mayor interrogaba a los acusados que se encontraban en las cárceles esperando el día, y en seguida dictaba su sentencia. Si se trataba de personas que habían delinquido por primera vez y el delito era leve, el castigo consistía en una amonestación pública, después de la cual quedaban libres, pero los reincidentes volvían a al cárcel; y si se trataba de un delito grave como el homicidio, el adulterio el robo o la desobediencia a los mandatos del rey, entonces la pena era la de muerte, que se ejecutaba públicamente. Parece que la pena de muerte se ejecutaba privando de la vida a palos a los delincuentes, y una vez muertos, se quemaban sus cadáveres". (92)

"Los tarascos eran monógamos, pero los reyes y los nobles eran polígamos, algunos llegaron a tener un verdadero harem. Las ceremonias indígenas de matrimonio, tienen como característica primordial que eran frecuentes los largos discursos de carácter moralista". (93)

(91) *Ibid.*, pag. 45

(92) Mendieta y Nuñez, Lucio. Los Tarascos. Editorial UNAM, México, D.F. 1940, p.9

(93) *Ibid.*, pag. XLIX

2.- La Colonia.

La colonia fué una espada con una cruz en la empuñadura; por un lado hirió y mató, por otro evangelizó. En suma representó el transplante de las Instituciones jurídicas españolas a territorio americano.

"Por lo que no hay que olvidar que en las colonias regia supletoriamente todo el Derecho de Castilla. Es así como tuvieron aplicación el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. De tan rico venero sólo ésta última y las Partidas fueron las que más frecuentemente se aplicaron". (94)

Para la penalización o castigo del adulterio, se seguían y/o imponían las Leyes de Castilla; de las cuales se habló anteriormente, en el inciso K), correspondiente a España.

"Consecuentemente, las Leyes de Indias en su título VIII denominado - De los delitos y penas, y su aplicación-, en su ley IV nos dice: -que en el delito de adulterio se guardan las leyes sin diferencia entre españolas y mestizas". (95)

En fácil percibir que tal grupo de leyes durante la Colonia, tanto de las principales como de las supletorias, surgió un Derecho muy irregular y confuso. Carranca y Trujillo, nos dice: " salvo las leyes aisladas, perentorias, la complicada trama jurídica colonial no fue deshecha sino hasta el Código de 1871 ". (96)

3.- La Codificación Penal.

En El Código Penal de 1871 o Código Martínez de Castro, se afiló, como su

(94) Carranca y Rivas, Raul. Op. Cit., pag. 141

(95) Ibd. pag. 134

(96) Ibd. pag. 142

modelo, a las tendencias de la escuela clásica; que estuvo vigente hasta 1872. En su exposición de motivos, en el libro tercero - De los delitos en particular, en su título denominado Delitos contra la moral y las buenas costumbres, nos dice: "Respecto del adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente concedido a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos intensidad que a éste, porque si no se puede negar que, moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, no son por cierto iguales las consecuencias; pues aquel queda infamado, con razón ó sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de ésta no se ompeña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su haber a sus hijos legítimos, introduciendo herederos extraños en la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio". (87)

Este Código de 1871, publicado el 7 de Diciembre de 1871, comenzado a regir el 1.º de Abril de 1872; dentro del título sexto - Delitos contra el orden de las familias, la moral, o las buenas costumbres-, en su capítulo VI denominado Adulterio, dispone en su artículo 816, el adulterio será castigado con las penas siguientes: I. Con dos años de prisión y multa de segunda clase el cometido por la mujer casada con hombre libre, y el ejecutado en la casa conyugal por hombre casado con mujer libre; II. Con un año de prisión el ejecutado fuera de la casa conyugal por hombre casado con mujer libre; III. Con dos años de prisión el cometido por mujer casada con hombre casado; pero a éste último se le impondrá un año de prisión si ejecutare el adulterio fuera de su domicilio conyugal e ignorando que la mujer era casada. Además de estas penas quedarán los adúlteros suspensos por

(87) Leyes Penales Mexicanas, pag. 364

veis años en el derecho de ser tutores, artículo 817.

En su artículo 819, nos dice que son circunstancias agravantes de cuarta clase: I. Tener hijos el adúltero o la adúltera: II. Ocultar su estado el adúltero a la adúltera casados, a la persona con quien cometen el adulterio. En el 820, no se puede proceder criminalmente contra los adúlteros sino a petición del cónyugo ofendido. La mujer sólo podrá quejarse de adulterio en tres casos: primero, cuando su marido lo comete en el domicilio conyugal; segundo, cuando lo cometen fuera de él con una concubina; tercero, cuando el adulterio cause escándalo, sea quien fuere la adúltera y el lugar en que el delito se cometa, artículo 821. De este modo, en su artículo 822 nos señala, que domicilio conyugal se entiende como la casa o casas que el marido tiene para su habitación. En el 823, señala, que aunque el ofendido proceda contra uno sólo de los adúlteros, se procedera siempre contra los dos y sus cómplices. Y el adulterio sólo se castiga cuando ha sido consumado, artículo 824.

También cesaran el procedimiento y sus efectos, cuando el ofendido perdona a su conyuge y cuando el quejoso muera, artículo 825 y 827. Si el hombre fuere casado también, se le castigará en los casos del artículo 821.

Como es de verse, no existe una definición del tipo legal, de ésta manera podemos decir que no existe de cierto modo en el planteamiento de las disposiciones que nos rigen actualmente.

"El Código de 1871, perdura vigente hasta cuando la renovación espiritual producida por lo que se conoce como Revolución Mexicana, con la inducción a nuevos fracasos sociales y económicos, ha revisado hasta sus cimientos el viejo edificio, la venerable fortaleza que era este Código de 1871, haciendo

nacer los Códigos de 1929 y 1931". (98)

El Código penal de 1929, modifica el numeral de las disposiciones del delito de adulterio y disminuye su articulado, pero en el fondo nos indica sustancialmente lo mismo. Este Código se publica el 2 de Septiembre de 1929 y comienza a regir a partir del 15 del mismo mes y año; el cual abroga al Código 1871, y dispone en su libro -De los delitos legales-, de su título decimocuarto -De los delitos contra la familia-, en su capítulo III denominado -De Adulterio-, dispone lo siguiente: artículo 891, el adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo. Sólo se procede por queja del ofendido, artículo 893.

Nos da una definición del domicilio conyugal que se extiende como la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada, artículo 892. Sólo se sanciona el adulterio consumado, artículo 894. La sanción a los adúlteros es de dos años de desasimilación y suspensión hasta seis años del derecho de ser tutores o curadores, artículo 895. Nos indica las circunstancias agravantes, que nos menciona el código de 1871, adicionando una, que es: ser casados ambos adúlteros, artículo 897. De esta manera nos indica el perdón del ofendido.

Ahora bien, en la exposición de motivos del Código Penal de 1931, en cuanto a la Orientación de la Nueva Legislación Penal, nos dice: "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y razonable". (99)

(98) Carranca y rivas. Op. Cit., pag. 142

(99) Leyes Penales Mexicanas. Op. Cit., pag. 305

"La formula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres". (100)

"El delito es un hecho principalmente contingente. Sus causas son múltiples; es una resultante de fuerzas antisociales". (101)

"La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la vergüenza privada; etc.; pero fundamentalmente, por necesidad de conservación del orden social". (102)

"El ejercicio de la acción penal es un servicio público y de seguridad, y de orden". (103)

El Código penal de 1931, abroga el Código de 1929, así como todas las leyes que se opongán a al presente, del mismo modo al de 1871; y se publica el día 13 de Agosto de 1931 y comienza a regir el día 17 de Septiembre del mismo año. En la cual dispone en su libro segundo del título decimoquinto Delitos Sexuales, en su capítulo IV denominado Adulterio, en su artículo 273 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.

Este Código disminuye el articulado y modifica la numeración de las disposiciones de este delito de adulterio.

{100} Id.

{101} Id.

{102} Id.

{103} Id.

Es de notarse que este Código, como el de 1929, no hacen referencia a una definición del tipo legal. El Código de 1931, es el que se encuentra vigente en el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal. Y en relación, al delito de adulterio, no se ha reformado, ni modificado en sus disposiciones plasmadas desde que entro en vigor este Código de 1931. Por lo que el estudio de estas disposiciones se observaran más adelante, toda vez que es motivo del presente trabajo.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTOS GENERALES

CAPITULO II
CONCEPTOS GENERALES

A) NORMA Y LEY

1.- Norma.

Se entiende en dos sentidos, el primero en sentido amplio que se aplica a toda conducta de comportamiento obligatorio o no; y el segundo en estricto sentido que corresponde a la que impone deberes o confiere derechos.

Ahora bien, la norma jurídica tiene cuatro elementos fundamentales que exponeremos a continuación, de manera breve:

- a) Bilateral: Porque a la vez que otorga derechos impone obligaciones.
- b) Exterior: A nuestro Derecho sólo le interesa la conducta externa del hombre.
- c) Heterónoma: La norma es dada por un sujeto distinto al destinatario de ella, esto es, que el Estado es quién nos implanta las normas que van a regir al
- d) Coercible: Porque la norma debe cumplirse forzosamente, toda vez, que si el individuo no la acata, el Estado interviene para que se haga cumplir. Esta norma se realiza independientemente del agrado o rechazo del destinatario, para que la acate.

Por lo que una norma establece un deber condicionado, cuando hace depender la existencia de la realización de ciertos supuestos. Entonces un supuesto normativo es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento del deber estatuido por la norma, por lo que el Estado entra en acción.

"Leon Petrasizky nos dice, que los preceptos del Derecho son normas impero-atributivas, ya que impone deberes y correlativamente conceden facultades

des". (104)

Las normas jurídicas encierran siempre una o varias hipótesis, cuya realización da nacimiento a las obligaciones y los derechos que las mismas normas imponen y otorgan a los individuos, que integran a una población o sociedad.

"Según Kelsen, una estructura lógica se puede resumir así: en determinadas circunstancias, un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta; si no la observa, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar al infractor una sanción". (105)

2.- Ley.

Entendiendo por ésta, al conjunto de normas dictadas por el poder legislativo, de carácter general, abstracto y obligatorio sancionada por el Estado.

Se dice de carácter general, porque es para todas las personas que se encuentran dentro de nuestro territorio Nacional, que al cometer algún supuesto previsto dentro de la Ley, se le sancionara conforme a la norma establecida en la Ley.

Es de carácter abstracto, porque la ley esta encaminada a resolver situaciones que pueden presentarse sin poder determinar su número y momento en que hayan de ocurrir o presentarse.

Decimos de carácter obligatorio, porque compromete a los destinatarios de la ley a cumplirla, independientemente de la aceptación o rechazo de dicha

(104) García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Cuadragésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1992, pag. 16

(105) Ibid. pag. 169.

ley.

A la Ley la constituyen dos elementos fundamentales que son: el supuesto o hipótesis normativa y la disposición; en la primera se entiende que es la prevista por la norma establecida dentro de una Ley, de cuya realización depende que se aplique o no lo establecido por la misma; y en el segundo elemento, es la consecuencia que debe sobrevenir en los casos en que llegue a hacerse realidad el contenido de la hipótesis normativa; es decir, se le aplique una sanción o pena, respectivamente el caso previsto en el supuesto.

B) EL DERECHO PENAL.

"Castellanos Tena Fernando, nos define al Derecho Penal de la siguiente manera: es la rama del Derecho Público Interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social". (106)

"Pavon Vasconcelos, nos dice, que Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público Interno que define los delitos y señala las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social". (107)

Por lo antes mencionado, podemos decir, que el Derecho Penal encuentra su justificación en la finalidad del Estado que tiende a preservar el orden social. La necesidad de salvaguardar bienes o valores de carácter social y pro-

(106) Castellanos Tena, Fernando. Lineamiento Elementales de Derecho Real, Decimosexta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1981, pag. 19.

(107) Pavon Vasconcelos, Francisco. Derecho penal Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1990, pag. 17.

teger elevados intereses personales. Estos valores que custodia competen directamente a la sociedad, por lo que su quebranto no sólo afecta en forma personal al ofendido, sino que también a la comunidad. Por lo cual, describe a los diversos ilícitos y sanciona a los mismos, para protección de los individuos, bienes o valores de la sociedad.

1.- Características del Derecho Penal.

Es de orden público, porque el Estado con su exclusividad y ejercitando su poder soberano, establece los diversos tipos delictivos y determina las relativas penas aplicables a los delincuentes.

Se dice, finalista y valorativo, porque la comunidad en general exige el respeto de fundamentales bienes para garantizar la supervivencia y la vida en sociedad.

Es externo, porque el Derecho Penal es regulador externo, esto es, que sanciona el acto o conducta externa del hombre.

Diremos que es constitutivo y sancionador, porque al establecer sus diversos tipos delictivos, no sólo crea en forma autónoma y soberana la especiales ilícitudes, sino además sanciona las violaciones a las mismas.

2.- Derecho Penal Objetivo y Subjetivo.

El Derecho Penal Objetivo, es el conjunto de normas jurídicas que definen los delitos y determinan las penas y medidas de seguridad, es decir, es la cantidad de disposiciones jurídicas dictadas por el Estado y que constan en el cuerpo legal punitivo.

El Derecho Penal Subjetivo, es la facultad que el Estado tiene de imponer penas; es el derecho de castigar (Ius puniendi). El Estado; que es soberano le corresponde la función punitiva, por eso fija las sanciones en sus leyes y las aplica.

Más que un derecho de castigar o facultad, es un atributo o cualidad del poder soberano del Estado, el castigar o sancionar un ilícito penal.

3.- Fuentes del Derecho Penal.

"Castellanos Tena, nos dice, que en el campo del Derecho Penal sólo es fuente de mismo, directa, inmediata y principal, la Ley". (108)

De esta manera, nos dice, Francisco Pavon, "que la ley constituye la única fuente de conocimiento del Derecho Penal, ella es su exclusiva forma de expresión". (109)

Beccaria en su obra, nos dice, "... Que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social... Esto es que si todo miembro particular se haya ligado a la sociedad, ésta también con cada uno de ellos por un contrato, que de su naturaleza obliga a las dos partes ...; ... esto significa, que el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número... ". (110)

Por lo que, podemos decir, que en la doctrina en forma unánime se conside-

(108) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pag. 77

(109) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pag. 74

(110) Marquiez de Beccaria, Cesar Bonesana. Tratado de los Delitos y de las Penas Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985, pag. 12 y 13.

ra a la ley como única fuente directa e indirecta del Derecho Penal.

En Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14, párrafo tercero, nos dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Esto se deriva de la frase "Nullum Sine Lego Nulla Poena Sine Lego", que significa, que ninguna acción o conducta será considerada como delito, ni se aplicará pena alguna, si previamente no ha sido establecida en la ley.

Entonces, el hecho considerado delictivo debe estar descrito claramente en una norma jurídica; la conducta realizada se acreditará delictuosa al encuadrar exactamente a la descrita en la norma. La aplicación de la pena tendrá sólo su apoyo en la propia ley, por lo que no podrá imponerse sanción alguna que no esté previamente establecida en la disposición legal y referida al delito de que se trate.

Por otro lado, la costumbre, la doctrina, los principios generales del derecho, no se les concede valor alguno como fuentes del Derecho Penal.

En cuanto a la Jurisprudencia, podemos decir, que se constituye por el conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los tribunales, esto es, que es el conjunto de normas de carácter obligatorio, establecidas en las decisiones de los tribunales, bajo las condiciones que la ley establece.

La Jurisprudencia consiste en valorar jurídicamente el esclarecimiento que se hace de la ley mediante la aplicación de los métodos de Interpretación.

Nuestra Ley de Amparo en su artículo 192, nos dice: "Que la Jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales".

"Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros. si se trata del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de las Salas".

Y las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia, cuando hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada Tribunal Colegado, artículo 193, último párrafo de la ley anteriormente mencionada.

Però a este respecto nos dice Castellanos Tena: "Que la jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del Derecho Penal; a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor; que vienen a ser la Ley misma". (111)

Porte Petit, nos dice: "Que la jurisprudencia no es ley en sentido estricto, sino constituye la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia desde el punto de vista gramatical, lógico e histórico". (112)

(111) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pag. 79.

(112) Porte Petit Candauap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, t.1, Editorial Porrúa, México, D.F., 1960, pag. 117.

Como ya mencionamos anteriormente, la jurisprudencia sólo esclarece a la ley, por medio de la interpretación de la misma. Luego entonces, diremos que en materia Penal no puede aplicarse pena alguna sin establecerla la propia ley, es requisito indispensable la existencia de un precepto penal que describa el delito y señale su sanción.

De acuerdo a lo antes mencionado, podemos decir, que no puede ser punible un hecho si no lo ha previsto la ley, es decir, que se encuentre debidamente descrita o definido el ilícito penal, que deben ser establecidos por el Estado, a través de los legisladores, toda vez que éstos son los representantes de la sociedad, en la cual se encuentran inmersos los individuos. De esto modo decimos, que no es posible que por medio de una jurisprudencia se establezca una definición o se describa una norma penal, en virtud de que proviene del poder judicial (jueces o ministros), y éste tiene el atributo de castigar conforme a las normas jurídicas, ya establecidas en nuestra ley penal o Código punitivo y no la de legislar; porque no es el representante de la sociedad, como ya se mencionó anteriormente.

C) LA LEY Y NORMA PENAL.

En el lenguaje jurídico normalmente se emplean los términos ley penal y norma penal con idéntico significado.

Por lo que podemos decir, que el Código penal no prohíbe expresamente la comisión de un crimen o un delito: no dice que los hombres no deben cometer crímenes o delitos, sino amenaza y se limita a definir los diversos crímenes y delitos, y a indicar las penas que son la consecuencia. De lo cual resulta que la norma jurídica no sólo debe definir la conducta, sino también determi-

na la sanción, por lo que la norma es la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción.

Así podemos decir, que la ley es el conjunto de normas jurídicas que describen y sancionan un hecho o conducta ilícita, siendo esto producto de un estado social que reclama su protección; en tanto que la norma penal es la que establece la existencia de una conducta ilícita, a la cual se le sanciona conforme a lo prescrito en la norma, esto es que dicha conducta se encuadra a la norma que se encuentra prescrita dentro de la ley, siendo ésta norma de estricto sentido, en virtud de que si un sujeto no la acata, el Estado interviene para hacerla cumplir.

D) INTERPRETACION DE LA LEY PENAL.

Se conocen por la doctrina varias clases de interpretación, atendiendo o considerando: a los sujetos que la realizan; a los medios o métodos empleados y por sus resultados; los cuales describiremos brevemente a continuación.

1.- Considerando a los sujetos que la realizan la interpretación puede ser: auténtica, doctrinal y judicial.

a) Auténtica.- Es aquella que realiza el propio legislador en el mismo texto legal o mediante disposiciones legales dictadas con posterioridad, estos es. que el legislador explica el contenido de un determinado precepto fijando el sentido y significación de algunos conceptos utilizados.

b) Doctrinal.- Es aquella que realizan los juristas y especialistas en la materia, emitiendo opiniones fundadas, razonadas y dirigidas a descubrir el espíritu de la Ley, con la finalidad de orientar y guiar en la cabal comprensión y facilitando la aplicación de la ley.

c) Judicial.- Es aquella que efectúan directamente los jueces al seleccionar la ley aplicable al caso concreto; está considerada a la interpretación auténtica, doctrinal y su propio criterio.

2.- Por los medios o métodos empleados, la interpretación puede ser: gramatical y lógica.

a) Gramatical.- Se busca la voluntad de la ley en la significación de las palabras empleadas o técnico-jurídico de los términos contenidos en la norma establecida.

b) Lógica o Teleológica.- Es aquella que procura desentrañar el espíritu de la ley, mediante la observancia de diversos elementos como exposición de motivos, discusiones parlamentarias, diario de debates, documentos históricos, etc.

3.- Por sus resultados, ésta interpretación se clasifica en: declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

a) Declarativa.- Es aquella en que las palabras usadas en el texto, significan exactamente lo que su entendimiento literal, es decir, que la ley dice precisamente lo mismo que expresan las palabras empleadas en sus normas.

b) Extensiva.- Cuando las palabras empleadas en el precepto nos dicen menos que la voluntad de la ley, esto es, que se descubre que más amplio el ámbito de la disposición prevista.

c) Restrictiva.- Es aquella que reduce el alcance del precepto legal por considerar que la letra tiene un significado menor del que aparenta la norma.

d) Progresiva.- Es aquella que procura ajustar el texto legal a las nuevas realidades sociales, políticas y económicas; conformandola o adecuarla a las necesidades imperantes de un grupo social. es decir la sociedad.

Por otra parte, la analogía consiste en aplicar al caso concreto no previsto en la ley, una disposición que tiene con aquel afinidades o semejanzas. Nuestro Derecho Penal repudia la analogía, esto en base o fundamento en el artículo 14 Constitucional, ya descrito anteriormente.

Ahora bien, Interpretación analógica se admite en nuestro Derecho penal, en virtud de que estriba o consiste en aclarar la voluntad de la norma, al encuadrar situaciones que se encuentran dentro de la ley, pero que no se entienden expresamente.

Debemos considerar, que las diversas clases de Interpretación nos sirven para esclarecer el significado de las palabras contenidas en las diversas definiciones previstas en nuestro Código punitivo. Por lo cual, no es posible que una Interpretación pueda darnos una descripción o definición de un ilícito penal.

Nos dice, Cortez Ibarra: "Que el principio de estricta legalidad que rige en el derecho Penal, no implica la negación de la labor Interpretativa de sus preceptos. Interpretar la ley significa entenderla, comprenderla en su sentido y significación, haciéndola susceptible de aplicarla al caso concreto". (113)

E) EL DELITO.

Castellanos Tena nos dice, "Que la palabra delito deriva del verbo latino Delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley". (114)

(113) Cortez Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal. Tercera Edición, Editorial Cardenas, Editor y Distribuidor, México, D.F., 1987, pag. 58 y 59

(114) Castellanos Tena, Fernando. Op. pag. 125

De éste modo, sigue diciendo: "Que el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época". (115)

Nos da a entender, que el delito debe adecuarse a las nuevas reglas que se van implantando en cada sociedad, debido al desarrollo de la misma, con motivo del transcurso del tiempo, por la cual se van estableciendo en cada comunidad, para su seguridad y protección.

Ahora bien, haremos mención de las definiciones de delito establecidas por los siguientes autores:

Francisco Carrara, nos dice, que el delito: "Es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (116)

Al respecto Rafael Garófalo, define al delito como: "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". (117)

Para Jiménez de Asúa el delito: "Es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (118)

Cuello Calón, dice que delito es: "La acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena". (119)

(115) Id.

(116) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pag.125

(117) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pag.126

(118) Citado por Cortez Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., pag.123

(119) Citado por Cortez Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., pag.123

El delito para Porte Petit; "Es una conducta típica, impute, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad punible". (120)

Mezger, nos define al delito como: "La acción típicamente, antijurídico y culpable". (121)

Al analizar las cuatro últimas definiciones del delito, y siguiendo el sistema de Jiménez de Asúa, diremos que los elementos positivos y sus factores negativos del delito son:

POSITIVOS

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuricidad
- Imputabilidad
- Culpabilidad
- Condiciones Objetivas
- Punibilidad

NEGATIVOS

- Ausencia de Conducta
- Atipicidad
- Causas de Justificación
- Inimputabilidad
- Inculpabilidad
- Falta de Condición Objetiva
- Excusas Absolutorias.

Ahora bien, la definición que nos da nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 7o, que nos dice, que Delito: "Es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". A primera Instancia nos remite a una conducta, tipicidad, antijuricidad y a una punibilidad.

Por lo tanto, podemos decir que el acto u omisión, corresponde a la conducta positiva o negativa, la cual debe estar descrita por una norma penal

(120) Citado por Cortez Ibarra, Miguel Angel. Op. Cit., pag. 124

(121) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pag. 129

que será el tipo, y al encuadrar esta conducta con la norma se origina la tipicidad, que al encontrarse ésta en la ley penal va en contra de misma originándose la antijuricidad, por lo que el Estado debe sancionar el ilícito penal dándose por ésto la punibilidad; los últimos cuatro elementos recaen en la última parte de la definición que dice que sancionan las leyes penales. En relación con los demás elementos del delito son de un estudio más profundo del mismo, y para efectos de éste trabajo el anterior análisis es bastante para el estudio del cual se hablara más adelante.

F) CONDUCTA.

La conducta dentro del Derecho Penal, se considera un elemento esencial, ya que estructura al delito y ayuda a los demás elementos para integrar al mismo.

La conducta es una actividad voluntaria o una inactividad voluntaria que produce un resultado con violación a una norma.

"El concepto de conducta, es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (122)

"Para Renieri, por conducta debe entenderse al modo en que se comporta el hombre dando expresión a su voluntad; por ello puede decirse que es la manifestación en el mundo exterior mediante el movimiento o inercia corporea del sujeto". (123)

"Antolisei, dice que la conducta del hombre es la manifestada a través de

(122) *Ibid.*, pag. 149

(123) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pag. 186

un hecho exterior". (124)

Podemos decir, que la conducta es un comportamiento voluntario activo u omiso; y de esta manera señalaremos dos elementos fundamentales de la misma, que son:

- 1.- Un elemento psíquico o interno; y
- 2.- Un elemento material o externo.

En el primero, diremos que todo comportamiento humano incluye una consciente dirección intencionada, es decir el que actúa debe siempre querer algo; y el que omite no quiere algo. Esto es que toda acción lleva consigo un carácter final.

Y en el segundo, es que la conducta para que forme su integración completa, debe de reflejarse en hechos externos, esto es un hacer o un no hacer algo. Es decir, que son los movimientos visibles que van desde la palabra pronunciada hasta la emisión de complejos actos.

Ahora bien, la conducta puede presentar las siguientes formas que son: acción, omisión y comisión por omisión. La primera se integra mediante una actividad voluntaria; la segunda y tercera se forma por una inactividad, y que se diferencian en que la omisión viola un deber jurídico de obrar y la comisión por omisión viola dos deberes jurídicos el de obrar y el de abstenerse.

El sujeto de la conducta es el hombre, porque él es el único sujeto activo posible de las infracciones penales, esto por virtud, de que el hombre es el único capaz de tener voluntad.

(124) Citado por Pavon Vasconcelos. Francisco. Op. Cit. pag. 186.

Así podemos decir, que la conducta jurídico-penal, es que no toda conducta es delictiva, sino sólo aquella que encuadra exactamente a la descrita en la ley penal. Pero, claro es que también es necesaria la presencia de los demás elementos ya citados.

El sujeto activo de la conducta, es la persona física individual como única capaz de realizarla, pero también existen los co-participes del ilícito penal.

El sujeto pasivo de la conducta u ofendido, es la persona que sufre o resiente la efectación de la conducta delictuosa; pero también lo es el bien u objeto jurídico protegido.

G) TIPO Y TIPICIDAD.

Nuestro Derecho Penal justifica su propio fin en tutelar bienes de cuya conservación depende de la vida social, por lo que sus preceptos consignan conductas reputadas como dañosas y amenaza su realización con penalidades. Luego entonces, este Derecho, describe en sus disposiciones, aquellas conductas declaradas como delictuosas.

1.- ¿Qué es el tipo?

Existe una gran diversidad de definiciones a éste respecto, pero sólo mencionaremos unos cuantos, que son.

Mozger, dice que tipo es: "En el propio sentido jurídico penal, significa mas bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal". (125)

(125) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pag. 270

Para Jiménez de Asúa, el tipo es: "La abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se catáloga en la ley como delito". (126)

El tipo dice Ignacio Villalobos es: "La descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo". (127)

"Jiménez Huerta concibe el tipo como el injusto recogido y descrito en la ley penal". (128)

"El tipo legal, es la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal". (129)

Castellanos Tena, nos dice, a este respecto que tipo: "Es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales". (130)

Por lo tanto, diremos que tipo es la definición o descripción que crea el Estado por medio del poder legislativo, la cual va a regular una conducta y, a esta definición va acompañada de una sanción o penalidad, en el caso de que se presente aquella conducta que viole la norma establecida. Esto es que el tipo es una definición que amenaza una conducta y que en ella lleva una sanción, que se considera por el Estado como delictiva.

(126) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pag. 271.

(127) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pag. 271.

(128) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pag. 271.

(129) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pag. 271.

(130) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. pag. 165.

2.- ¿Qué es la tipicidad?

Respecto a ésta Interrogante nos dice Castellanos Tena, que tipicidad: "Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto". (131)

Para Porte Petit, la tipicidad: "Es la adecuación de la conducta al tipo". (132)

Viendo estos dos conceptos de tipicidad, podemos decir, que ésta se presenta cuando la conducta descrita por la norma penal, es realizada por algún sujeto, al cual le recaerá la sanción establecida por la misma. Esto es, que se integra la conducta con la definición prevista en la norma penal, la cual es sancionada por el Estado con una pena.

Observando las definiciones de tipo y tipicidad, podemos decir que son dos conceptos diferentes; entendiendo por tipo a la figura abstracta e hipotética que se encuentra en la norma penal, en la cual se manifiesta la descripción de una conducta o un hecho y sus condiciones. Esto es, que en la ley penal se encuentra una definición, la cual nos va a indicar la forma en como se puede presentar una conducta o hecho, considerado por el Estado como un ilícito, que debe ser sancionado con una penalidad.

Y entenderemos por tipicidad a la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo. La conducta es tipicidad cuando se encuadra a la prevista por la norma; para que se conforme la tipicidad es necesario que se agote la conducta en concreto a la descrita por la norma establecida en la ley penal. Esto es, que la conducta realizada por algún sujeto debe encontrarse en el conte-

(131) Id.

(132) Citado por Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. pag. 166.

nido de una norma penal, para que pueda ser sancionada dicha conducta delictiva; esto en base al artículo 14 párrafo tercero de la Constitución Mexicana, que a la letra dice: "En los Juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

3.- Elementos del Tipo.

Los elementos del tipo nos dan a conocer la descripción típica o el tipo legal; los cuales son: sujeto, modalidades de la conducta, objeto material, elementos objetivos, normativos y subjetivos.

a) Sujeto.- Es aquella persona física individual que realiza la acción delictuosa o críminosa. En este elemento podemos incluir las formas "el que, "a la", "al que" haga esto o lo otro; que usa nuestro legislador en las diversas figuras delictivas.

Pero debemos decir, que en la comisión de un delito pueden intervenir dos ó más sujetos, aplicándose en estos casos las reglas de la participación delictuosa.

b) Modalidades de la conducta.- En el tipo penal se hace referencia frecuentemente a las circunstancias de carácter especial, esto es, a los medios de ejecución (tiempo y lugar, medios de comisión), o que se dirija a otro hecho punible.

c) Objeto Material.- Es aquella persona o cosa sobre las cuales la acción o conducta ilícita se realiza, es decir, el sujeto o bienes que se lesionan o dañan con un hecho delictivo.

d) Elementos Objetivos.- Es aquello de ser susceptible de ser apreciado por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal.

e) Elemento Normativo.- Este sólo se capta mediante un proceso de entendimiento, que nos conduce a la valoración del especial concepto.

f) Elemento Subjetivo.- Es cuando la conducta del autor cobra importancia típica, es decir, cuando está encaminada a un determinado fin.

Por otra parte, diremos que no hay tipicidad, cuando no hay un encuadramiento o adecuación de la conducta a la descrita por la norma o porque no la hay en la ley punitiva, esto se le llama Atipicidad.

A esto respecto nos dice Castellanos Tena: "Que en toda atipicidad hay falta de tipo". (133)

Pavon Vasconcelos, nos dice que: "Ausencia de tipo es la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho". (134)

De esta manera, nos dice que: "Atipicidad es la ausencia de adecuación típica". (135)

(133) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. pag. 173

(134) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. pag. 280

(135) Id.

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO JURIDICO-PENAL

DEL

ADULTERIO

CAPITULO III

ESTUDIO JURIDICO-PENAL DEL ADULTERIO.

A) ADULTERIO.

1.- Concepto.

"La palabra adulterio es la forma castellana de la voz latina adulterium, cuyo verbo adulterare significa violar, falsificar alguna cosa. En cambio, Morin, en su Repertoire, cree que su origen es justamente el de corromper, mezclar". (136)

"En nuestro lenguaje usual vale tanto como ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados". (137)

El concepto de adulterio, nos dice Jiménez Huerta, que: "desde el punto de vista genérico y gramatical encierra al idea de engaño, falsificación o alteración en peor de alguna cosa o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos casados". (138)

Cardona Arizmendi, nos dice, que adulterio: "es la cópula de persona casada, con otra del sexo contrario que no sea su cónyuge". (139)

Se considera adulterio como: "el ayuntamiento carnal voluntario entre una persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge". (140)

González Blanco, define al adulterio como: "la conjugación carnal voluntaria

(136) Enciclopedia Jurídica OMEBA. pag. 531

(137) Id.

(138) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, t.V, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985, pag. 19.

(139) Cardona Arizmendi, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial Cardenas, Editor y Distribuidor, México, D.F., 1976, pag. 193.

(140) Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas, Ediciones Mayo, México, D.F., 1981, pag. 52.

entre hombre y mujer, estando uno de ellos o ambos unidos por vínculo matrimonial, con un tercero". (141)

Define Carranca Trujillo al adúltero como: " el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados". (142)

Para P. Moreno: "es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados, cometido en el domicilio conyugal o bien con escándalo". (143)

De esta manera podríamos citar a diferentes autores que dan conceptos de adúltero, así como definiciones del mismo, pero es el caso de que tienen similitud en sus ideas, respecto del adúltero; asimismo diremos que todas esas ideas son de carácter doctrinal, y abundar en ello sería aplicar sólo la doctrina.

El hecho de no abundar en la doctrina, es en virtud de que ésta, con el debido respeto que se merece, por la ayuda que nos brinda para el conocimiento del Derecho, no se debe considerar a la o las definiciones doctrinales del ilícito penal de adúltero, para describir el delito, sino que para ésto se encuentra nuestro Código puntivo.

Ahora bien; al hablar de la Jurisprudencia, nos dice la número 671: Divorcio, adúltero como causal de.

Para la comprobación del adúltero como causal de divorcio, la prueba

(141) González Blanco, Albero. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1969, pag. 214.

(142) Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca Rivas, Raúl. Código Penal Anotado, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1980, pag. 549.

(143) De P. Moreno, Antonio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, D. F., 1968, pag. 263.

directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable.

Quinta época: tomo CII, pag. 695. Sexta época, cuarta parte: Volumen XIV, pag. 9. Vol. XXX, pag. 120. Vol. XXXIII, pag. 69. Vol. LII, pag. 10. La cual se publicó, con el número 207, en el Apéndice 1917-1985, Novena parte, pag. 324.

En una de sus tesis relacionadas, que es: Adulterio como causal de.

Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial, porque éste sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos.

Quinta época: tomo CXXVII, pag. 809.

Dentro de los anales de Jurisprudencia encontramos los siguientes datos:

Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia establecida, los elementos constitutivos del adulterio son: la cópula o ayuntamiento carnal de hombre y mujer siendo uno de ellos o los dos casados con persona distinta; para que sea punible se requiere que se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.

Anales de Jurisprudencia, tomo V, pag. 524.

El adulterio consiste en el acto de que una persona casada viole la fidelidad conyugal.

Anales de Jurisprudencia, tomo IV, pag. 441.

En cuanto al concepto, definición o descripción legal del ilícito penal de adulterio en el Distrito Federal no encontramos ninguno a este respecto, sino tan sólo encontramos lo que nos dice la Ley punitiva para el Distrito Federal en su título decimoquinto, capítulo IV denominado Adulterio, en su artículo 273, dico: Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

En el Derecho Civil es ilícito todo adulterio ejecutado por el marido o la esposa, cualesquiera que sean las circunstancias en que se realice, ya que sin distinción, produce las siguientes acciones y sanciones privadas que puede ejercitar el cónyuge ofendido: el divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses, contados desde que tuvo conocimiento de la infidelidad; el cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones; pierde sus derechos que tuviere a alimentos y todo lo que se le hubiere prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable reponderará de ellos como autor de un hecho ilícito y causa de nulidad, en su caso, el adulterio que se presente entre los que pretenden contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado, artículos 267 fracción I, 269, 278, 283, 285, 286, 288, 156 fracción V, 235, 243 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esta noción general o civil de adulterio no corresponde en todos sus ex-

tremos al concepto del delito que lleva ese nombre.

Considerando el artículo 273 de nuestro Código Penal, éste sólo nos da ha conocer la sanción, la culpabilidad, los elementos o modalidades de lugar y el nombre del ilícito; más no así, nos dá una descripción o definición de adulterio, por lo que debemos de entender legalmente por éste delito, plasmado en nuestro Código punitivo.

2.- Los Sujetos.

Por lo que se refiere a los sujetos, podemos decir, que se trata de una figura bilateral no estricta, esto es, que uno de los sujetos de la relación puede obrar inculposamente, no se precisa la concurrencia culpable de los sujetos para que se de la figura.

Los sujetos activos son: un primario y un secundario.

En cuanto al primero, es necesario que reúna una calificación o supuesto que viene a ser presupuesto de la conducta, es decir, el que se encuentra unido en matrimonio civil, sin importar el grado de validez del vínculo civil, sino simple y llanamente que surta efectos, como puede presentarse el caso de un matrimonio que se encuentra afectado de una nulidad relativa, el cual sigue existiendo y produciendo sus efectos, en tanto no haya sentencia que lo declare nulo.

Por lo que se refiere al sujeto activo secundario, es aquel que no sea cónyuge del sujeto activo primario, es decir deberá ser extraño al vínculo matrimonial. Este sujeto puede actuar de manera culposa o inculposa.

Cuando ambos sujetos sean casados, no entre sí, se presenta lo que la doctrina ha llamado doble adulterio, esto es, existen dos delitos, un concurso ideal

en el que hay dos adulterios, con dos activos primarios, dos activos secundarios y dos pasivos diferentes, derivado todo de una misma conducta.

Ahora bien, los sujetos pasivos de este delito son aquellos individuos sobre los cuales recae la afrenta que realizan los sujetos activos primario y secundario, que pueden ser o son la esposa y/o el esposo, es decir, los cónyuges inocentes u ofendidos, y la comunidad social.

Los sujetos antes mencionados, se retoman en base a la definición que nos brinda la doctrina en general y no así la ley, pero aun así, la jurisprudencia sólo realiza una diferencia entre lo penal y lo civil, de la cual tomamos en consideración para determinar a los sujetos.

3.- Conducta Típica.

Esta conducta típica no es otra cosa que el simple acto de adulterio. En base a la noción general que se tiene de la palabra adulterio, se hace referencia a la realización de la cópula, ayuntamiento, acceso carnal, coito, relaciones sexuales, acto sexual, etc. Por lo que es el caso, que no se especifica cual se debe retomar para considerarlo en el delito, esto en virtud de que se presenta una diversidad en la definición de éstos, que a continuación se mencionan:

"Acceso carnal: acto de penetración sexual del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona". (144)

"Coito: ayuntamiento carnal del hombre con la mujer. Y éste se divide en dos que son: el interrumpido, auto satisfacción del apetito sexual por excitación artificial de los órganos. Práctica del coito antes de la eyaculación que se

(144) Palomar de Miguel, Juan. Op. Cit., pag. 23.

efectúa fuera de la vagina, con el fin de evitar la fecundación.

Y el reservado, aquel en el cual voluntariamente se suprime la eyaculación".(145)

"Cópula: ligamento, atadura de una cosa con otra. Carnal, acto sexual, que es la manifestación de voluntad para el acceso carnal". (146)

"Ayuntamiento: juntarse, cópula carnal". (147)

"Relaciones sexuales: trato de una persona con otra que implica la realización frecuente entre ellas del acto sexual". (148)

Algunos autores, consideran a estas conductas como sinónimos, toda vez que tanto una como otras definiciones se involucran, pero a su vez hay que considerar su verdadero sentido.

Como podemos ver se hace referencia al acto sexual y se alude así al elemento material, común a varios delitos tipificados en nuestro ordenamiento penal. Para la determinación de esta conducta, se puede decir que comprende la introducción del órgano sexual masculino al femenino normal o anormal; y que puede ser practicado sobre personas de cualquier sexo, con miras al acto sexual o a un acto degenerado. Esto es, porque en la conducta realizada se exige que la relación sea heterosexual, dejando otros supuestos a un lado.

Ahora bien, se podría considerar a los actos libidinosos, que lesionan de manera más grave la fidelidad conyugal y/o el orden jurídico ético del matrimonio, por lo que estos actos podrían equivaler a un colto, que se considera constitutivo de adulterio; como se desprende de las definiciones antes mencionadas.

(145) *Ibid.* pag. 266.

(146) *Ibid.* pag. 326.

(147) *Ibid.* pag. 155.

(148) *Ibid.* pag. 166.

De este modo, podemos decir que la conducta típica del adulterio debe y tiene que especificarse y describirse conforme a nuestro lenguaje jurídico y no dejar que otros lo hagan.

4.- Bien Jurídico Tutelado.

No existe una unanimidad sobre el bien jurídico tutelado del delito de adulterio, diversos autores nos dicen que es la honestidad, la fe conyugal, la integridad matrimonial, la fidelidad conyugal, el orden familiar, el domicilio conyugal, la moral, el honor, entre otros; por lo que se podría decir, que estos conceptos pueden encuadrarse de una forma real al grupúsculo social específico Integrador de la sociedad o colectividad que es la familia. Y es el caso, que si el Derecho Penal no tutela este delito de adulterio se podría desatar un desorden social y de ese mismo modo se daría una desintegración familiar.

Siendo la familia la base de la sociedad, así como el matrimonio la base de la familia, es lógico que el Derecho proteja la estabilidad del matrimonio pues es el adulterio su principal enemigo, por lo que se debe reprimir éste delito con mayor severidad, en base a nuestra realidad.

Como ya se dijo, el adulterio reviste varias formas, bien constituyen un atentado contra la familia, en donde podríamos enmarcar a la honestidad, la fe conyugal, la integridad matrimonial, la fidelidad conyugal, el domicilio conyugal, el orden familiar, la moral, el honor, y otros; prometidos solamente por los contrayentes ante la ley y ante la sociedad, por medio del contrato de matrimonio.

El Contrato de matrimonio ha venido a crear delitos, tales como el adulte-

rio, la bigamia, el abandono de hogar, etc; todas éstas figuras delictivas suponen la existencia de un contrato de matrimonio, en consecuencia el adulterio viene aperejado al matrimonio.

De esta manera la tutela penal se encamina a su vez a proteger el orden, la moralidad y la paz de las familias, pues este delito quebranta los lazos de la familia, deprava las buenas costumbres, suscita odios inextinguibles entre los cónyuges y constituye por regla general la disolución y ruina de la familia.

En el adulterio, al cónyuge ofendido se le afrenta, los vínculos de la familia se relajan y rompen; y la sociedad sufre porque se encuentra herida en el primer elemento que es la familia.

Así podemos decir, que los intereses jurídicos que la ley tutela son: por una parte la familia y por la otra la sociedad, y la razón de ser de éste sistema estriba en que siendo la familia la base sobre la que descansa la sociedad, ésta sufre a su vez una afrenta, porque se daría un desorden social.

Siendo la familia la que forma y educa al individuo en los sentimientos fundamentales de solidaridad, de altruismo, de disciplina y le infunde ideales del deber, de la región, de la patria; de esta manera transforma al ciudadano. Por lo que un Estado consciente de sus fines tiene que ver en la familia, su bienestar, su moralidad y su fuerza; lo cual debe proteger contra toda tentativa de disolución y ayudar a su elevación moral y su crecimiento. Así pues, el Estado al defender y reforzar la familia se ampara y se hace fuerte a sí mismo.

5.- Delito Plurisubjetivo.

El adulterio es un delito plurisubjetivo, por ser necesario la concurrencia de dos conductas para integrar el ilícito; en virtud de la noción general que se tiene del delito de adulterio. Esto es, que debe presentarse dos o más conductas paralelas e iguales dirigidas a un mismo fin. Además este delito puede ser instantáneo o continuado; en el primero es que se consuma en el momento mismo, en lugar determinado y se presenta una sola vez; en cambio en el continuado se puede presentar en cualquier momento, en lugares indeterminados, se presenta varias veces, pero éstas conductas son siempre los mismos sujetos activos primario y secundario, de no ser así, no es continuado, sino instantáneo.

6.- Modalidades Típicas.

Estas modalidades son las que nos establece el artículo 273 del Código penal, y que son las siguientes: el domicilio conyugal y el escándalo.

Como se mencionó en el capítulo primero, el Código de 1871 en su artículo 822 nos dice, que domicilio conyugal es la casa o casas que el marido tiene para su habitación. El Código de 1929, en su artículo 892, dice que domicilio conyugal es la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada. Y el Código de 1931, que es el que nos rige actualmente, suprimió la definición de domicilio conyugal.

El domicilio conyugal es el domicilio o domicilios que correspondan al matrimonio, ya que no existe unanimidad para establecer cual es el principio determinante de tal situación.

Eusso dice: " que la fijación del domicilio corresponde al marido, en vir-

tud de su potestad marital y la correlativa obligación femenina de obediencia; o deriva más bien de un derecho de decisión que se le ha otorgado ante la necesidad de fijar un domicilio y dar una dirección única al hogar". (149)

A éste respecto, podemos decir que la obligación de fijar un domicilio para un matrimonio, es decisión de ambos cónyuges, en virtud de sus planes de trabajo o de su convivencia social que a ambos beneficia; y además, porque así lo estableció el Código Civil, en su artículo 163 primer párrafo, que a la letra dice: Los Cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales. De este modo como dice el autor antes citado orientar hacia una dirección única a la familia ahí establecida.

Ahora bien, hay que considerar que en algunos se establece el domicilio conyugal a decisión del marido y se obliga a la mujer a seguirlo al lugar donde establezca el domicilio, aunque no sea el definitivo.

Jiménez Huerta nos dice que domicilio conyugal, "se entiende a los efectos del ilícito, la morada permanente o transitoria que los cónyuges unidos civilmente en matrimonio habiten". (150)

Nos dice González de la Vega, que domicilio conyugal: "es la casa, vivienda o cuarto destinados para la convivencia permanente o transitoria de los dos cónyuges". (151)

(149) Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo IX, pag. 268-269.

(150) Jiménez Huerta, Mariano. *Op. Cit.*, pag. 26.

(151) González de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano, Vigésimosegunda Edición*, Editorial Porrúa, México, D.F., 1988, pag. 441-442.

González Blanco dice que domicilio conyugal: "es aquel que los cónyuges establezcan para su convivencia, sin importar su carácter permanente o transitoria". (152)

Para P. Moreno, domicilio conyugal: "es la casa, vivienda o aposentos en que habitual o accidentalmente viven los cónyuges o se hospedan". (153)

Esto es, que el domicilio conyugal no sólo es el hogar o residencia habituales del matrimonio, sino cualesquiera otras casas o alojamientos que accidental o transitoriamente ocupen para vivir los casados.

Ahora bien, diremos que domicilio conyugal es la habitación o lugar donde habitual o transitoriamente viven los cónyuges de común acuerdo; inclusive el cuarto de un hotel puede ser considerado en su momento como domicilio conyugal.

Luego entonces, si la conducta se realiza en otro lugar que no sea el domicilio conyugal y sin escándalo, ¿como podría considerarse esta licitud, ya sea realizada por el o la cónyuge?, desde un punto de vista realista y adecuado a nuestro tiempo debemos considerarlo como un adulterio.

En cuanto a la modalidad de escándalo nos dice; "la Academia que es la acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro y en su acepción más precisa, consiste en el desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo" (154)

(152) González Blanco, Alberto. Op. Cit., pag. 219-

(153) De P. Moreno, Antonio. Op. Cit., pag. 265

(154) Citado por González de la Vega, Francisco. Op. Cit., pag. 442.

"En términos generales, diremos que escándalo es la publicidad de un acto que ofende la moral media social, siendo su carácter privativo y específico dicha ofensiva notoriedad". (155)

"El carácter escandaloso del adulterio consiste en el desenfreno o desvergüenza en los amores ilícitos que por su publicidad, constituyen ofensa contra la moral media y especialmente, contra el cónyuge inocente, dado el entredicho en que queda ante los demás". (156)

Para González Blanco, el escándalo: "Consiste en la ejecución de los actos adúlteros en condiciones tales de publicidad que causen ofensa no sólo a la sociedad, sino también al cónyuge ofendido por el ridículo a que se le expone ante los demás". (157)

El escándalo dice de P. Moreno es aquel: "que se produce en el medio social o en el círculo en que viven o desarrollan sus actividades los adúlteros". (158)

Así podemos decir que el escándalo entraña desvergüenza en la conducta del activo primario, una cierta publicidad que realiza también la ofensa hacia el escándalo sea querido o consentido, por los activos tanto primario como secundario; esto es que los adúlteros den a entender claramente sus amores o su conducta de desenfreno, ante el cónyuge o cónyuges inocentes y a la sociedad de la cual forman parte su o sus familias.

(155) Id.

(156) Id.

(157) González Blanco, Alberto. Op. Cit., pag. 219.

(158) De P. Moreno, Antonio. Op. Cit., pag. 265.

Cierto es que las relaciones adúlteras, con escándalo, no nos implica necesariamente que el acceso carnal o la relación sexual se realice en presencia de público, éste caso es inusual, pero no puede negarse que se da, por cuestión de un pago, y se realicen exhibiciones libidinosas o se practique el acto sexual.

Sino que la situación escandalosa, es que los adúlteros se ostenten como esposos, sin serlo; o se tenga conocimiento general de que viven en concubinato; o alguno de los adúlteros o ambos abandonen a su familia sin causa justificada o se exhiban notoriamente como amantes.

Esto es, que los sujetos activos tanto primario como secundario del adulterio, a sabiendas de que alguno de los dos o ambos son casados, publiquen o se hagan notar que tienen una relación amorosa entre ellos.

Ahora bien, es de considerarse que los sujetos activos, al realizar su conducta ilícita de este delito de adulterio, lo hacen con las precauciones debidas para que no se note o publique esa relación; pero es del conocimiento del cónyuge ofendido, ¿como se considera esta conducta?, esta conducta aún no siendo escandalosa debe considerarse como adulterio.

Como es de verse estas dos modalidades que marca la ley penal, no contemplan de manera amplia la ilicitud de este delito, toda vez que deja a un lado algunos supuestos, los cuales pueden constituir adulterio, pero no es posible porque delimitan con estas dos modalidades la conducta de los sujetos activos del delito de adulterio, por lo que es necesario ampliar éstas o bien describir el adulterio conforme a nuestro lenguaje jurídico y plasmarlo en el ordenamiento penal.

7.- La Querrela.

Muestro artículo 274 del Código penal, nos dice: No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando éste formule su querrela contra uno sólo de los culpables se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes.

El único titular de la querrela es el cónyuge ofendido. Quién reclama la represión del ilícito, que va en contra del interés familiar, en virtud de ir en contra de lo dispuesto o manifestado en el contrato de matrimonio. Por lo que el sujeto pasivo es el único que puede presentar querrela; y no así el Ministerio Público puede iniciar de oficio la persecución, salvo el caso de que el adulterio recaiga en otro delito.

Ahora bien, en el llamado por la doctrina adulterio doble, son ofendidos ambos cónyuges de los sujetos activos, los cuales pueden presentar independientemente cada uno por su parte la querrela.

Se dice que en el adulterio doble con escándalo, ambos ofendidos pueden presentar su querrela por separado.

Y en el adulterio doble en el domicilio conyugal, sólo puede presentar querrela, el ofendido que viva en éste domicilio, quedando sin derecho el otro cónyuge ofendido, pues el primero es el único que cumple con las características dispuestas en la disposición normativa.

Bien, es cierto que la infracción adulterina requiere para el casado infiel, voluntad y conocimiento de que realiza la conducta con persona que no sea su cónyuge y para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo realiza con

persona ligada en matrimonio, esto es, que existe la intención de realizar el adulterio.

La actividad sexual debe ser realizada por dos protagonistas que se ayuntan, por lo que se supone son culpables de ilícito; pero puede presentarse el caso de que no sean responsables, ya sea por ausencia de conducta o por causa de inculpabilidad.

También existe la posibilidad de que se presente el consentimiento del cónyuge ofendido, por lo que no es posible reclamar la represión del adulterio; de esta manera existe a su vez el perdón, el cual paraliza todo juicio que se esté llevando a cabo, luego entonces no se penaliza a los culpables de adulterio.

8.- Adulterio Consumado es el Único Punible.

Según nuestra legislación penal, en su artículo 275 nos dice que: Sólo se castigará el adulterio consumado. Es decir, que debe consumarse el hecho constitutivo, esto es, que se realice el coito o cópula entre los partícipes. Al inicio de este capítulo, se señaló que los partícipes del ilícito son el hombre y la mujer; dejando a un lado la relación homosexual y el sadismo, éstos casos pueden presentarse al darse el acto sexual por vías anormales o por medio de frotamientos o caricias eróticas, por lo que debe contemplarse como engaño o desvergüenza del o los cónyuges activos.

Ahora bien, se ha dicho por los tratadistas que éste delito es instantáneo, porque se consuma en el momento mismo del acceso carnal; pero puede ser un delito continuado, cuando entre los mismos autores se prolongan regularmente las relaciones sexuales.

De este modo, podemos decir que nuestro Código penal sólo castiga el adulterio, en el cual necesariamente se tiene que presentar la cópula entre el hombre y la mujer, siendo éstos los sujetos activos del ilícito penal. Y no contempla así los actos libidinosos ni la relación homosexual y el sadismo, siendo éstos casos importantes, porque se están presentando en nuestra sociedad, y como se ha mencionado, hay que adecuar nuestras normas legales a las nuevas realidades que vive nuestra comunidad, esto para que exista un mayor orden social y no se llegue a lesionar la base de nuestra comunidad que es la familia.

B) CUESTIONES COMUNES.

1.- El Matrimonio.

Es la familia legítima, que es fundada en la unión natural y legal de un hombre y una mujer de carácter estable y conforme a las buenas costumbres, y que crea siempre relaciones jurídicas con respecto a los hijos de dicha unión.

En esta familia legítima por fundarse en una relación de derecho, no puede separarse por voluntad unilateral el hombre o la mujer, toda vez que los une un vínculo jurídico y además por someterse a un estatuto jurídico que consagra la permanencia y la exclusividad del grupo para consagrarse a la vida y a la felicidad de éste y a la educación de los hijos.

Por lo tanto, el matrimonio es el fundamento de la familia legítima y que se rige por normas jurídicas, aclarando que estas normas pueden ser algunas imperativas, esto es de carácter estatutario o institucional, como la patria potestad; o bien otras normas convencionales o contractuales, por ejemplo: el débito con-

yugal, sostenimiento económico del hogar, dirección y cuidado del hogar, atención y educación de los hijos, administración de los bienes de éstos, régimen de bienes y hasta duración del matrimonio.

Ahora bien, está fuera de duda que lo esencial del acuerdo de voluntades al celebrar el matrimonio, es que cada uno de los contrayentes se conceda derecho recíproco y exclusivo sobre su cuerpo en orden a los actos aptos para la procreación y fidelidad. De este derecho bilateral nace lo que se conoce como débito conyugal, que consiste en la obligación que tiene cada uno de los esposos de atender la solicitud del otro, cuando le pida la realización del acto sexual.

Así pues, es necesario para la ejecución de la acción del delito de adulterio, la realización del presupuesto fáctico, es decir la existencia de un matrimonio que produzca efectos legales, esto es, un matrimonio civil que es el único que tiene valor jurídico en nuestro ordenamiento; toda vez que otros celebrados por ritos, reglas o dogmas de una religión y el concubinato no presupone el presupuesto fáctico, o sea el matrimonio civil.

a) Concubinato.

Es la familia natural, que se funda en la unión de hecho de un hombre y una mujer, de carácter inestable y no conforme a las buenas costumbres y puede dar origen a relaciones jurídicas sólo con los hijos provenientes de esa unión.

Esta familia, en virtud de que deriva sólo de una relación de hecho, el hombre y una mujer por no estar unidos por ningún vínculo jurídico, se separan por

decisión unilateral cuando quiera cualesquiera de los dos, y además jurídicamente pueden quedar vinculados uno o los dos con los hijos sólo en caso de haber sido reconocidos.

Por lo tanto, esta figura no puede constituir o producir efectos penales, es decir no se puede ejercitar acción penal por el delito de adulterio.

2.- Consentimiento.

En el delito de adulterio la acción penal desaparece cuando hay consentimiento del cónyuge ofendido. El consentimiento es un acto anterior o actual al hecho considerado como delito; donde el cónyuge ofendido autoriza tácita o expresamente la realización del ilícito penal.

Este consentimiento, en el delito de adulterio como ya se dijo es tácito o expreso. Es expreso cuando el marido induce o faculta a su mujer para el ejercicio de la prostitución o intencionalmente favorece la entrega a un tercero. Es tácito cuando el ofendido consiente, tolera o lucra con el adulterio del cual ha tenido conocimiento. Y no se puede considerar como consentimiento el adulterio recíproco, esto es, que por el sólo hecho de que los dos cónyuges consientan en que ambos realicen el adulterio, esto daría lugar a una acción civil de divorcio, porque los delitos no deben compensarse para la imposición de la pena; también, porque admitir esta excepción sería autorizar a los cónyuges a faltarle recíprocamente, y ha esto sobrevendría un desorden social.

3.- Perdon.

El perdón extingue la acción penal; éste es un acto judicial o extrajudicial posterior al delito, por el que, el cónyuge ofendido hace una manifestación de vo-

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

luntad, que consiste en que no se inicie o se termine el procedimiento penal. Esto es, que hace un indulto de la pena merecida por el delito de adulterio.

Nuestro Código penal en su artículo 276 nos dice, con claridad, que: Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables.

CAPITULO CUARTO

**ANALISIS JURIDICO DE LAS
DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL
ADULTERIO.**

CAPITULO IV
ANALISIS JURIDICO DE LAS DISPOSICIONES
NORMATIVAS DEL ADULTERIO.

A) CONSIDERACIONES.

Al considerar nuestra Constitución, en su artículo 14, párrafo tercero, que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

Así podemos decir, que el delito de adulterio plasmado en el Código penal, en su artículo 273, que a la letra dice: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo". Como es de verse no hace una descripción del ilícito penal, sino más bien, nos da el nombre del delito, la penalidad y la forma en que se puede presentar este delito.

Ahora bien, al no describimos el ilícito, a dado pautas a muchos autores y ha abogados para que se despenalice el adulterio, y que sólo se reconozca o se prevea por el Derecho Civil como causal de divorcio. Se ha considerado que no existe un tipo penal, por no encontrarse descrito el delito de adulterio, éste se entiende por lo mencionado en el capítulo segundo, en el cual se dice, que debemos de entender por tipo penal, y se dijo que es la descripción de los delitos o ilícitos plasmados en una ley; por lo que podemos decir que no hay tipo penal del delito de adulterio; de este modo también podemos decir que no se da la tipicidad, porque al existir la conducta no se encuadraría a una norma penal, por no estar - descrita en la ley penal. Pero es de verse que ha prevalecido por el hecho de que

se conoce al delito adulterio, según el lenguaje común y doctrinal, y desde tiempos antiguos a la conducta realizada de un hombre y una mujer, en la cual uno de ellos es casado o ambos con persona distinta y que consiste en el ayuntamiento o cópula entre ellos realizada en el domicilio conyugal o con escándalo; pero esta descripción como muchas otras son realizadas por tratadistas y no así por el poder legislativo, que es el que impone las leyes, toda vez que se le faculta para legislar y darnos las normas respectivas para que exista un orden social.

Esto es, que al interpretar el artículo 273 del Código penal, relativo al adulterio como ya se dijo se ha entendido por muchos años a la cópula entre hombre y mujer, siendo uno de ellos casado o ambos con distinta persona, que no es su cónyuge, y que sea realizado en el domicilio conyugal o con escándalo; pero es de considerar que este tipo de descripciones son doctrinales, más no así una descripción legal, es decir que no se encuentra establecida en una ley, a éste respecto legal sólo podríamos hacer referencia a una tesis relacionada que se mencionó en el capítulo tercero, en la cual sólo realiza una distinción entre el Derecho penal y el Derecho civil, y la cual nos dice que en ambas posturas implican relaciones sexuales, pero para el Derecho penal necesita los elementos constitutivos de domicilio conyugal o con escándalo; así pues, no describe el adulterio.

Luego entonces al interpretar cada uno de los delitos descritos en nuestro Código punitivo se hace en base a la definición o descripción establecida en la ley penal, por lo cual al delito de adulterio le hace falta su definición y no solamente se mencione el hombre, elementos y penalidad del adulterio; ésto en virtud de que se han dejado supuestos relativos a este delito, sin sancionarse. Se

dice, que la jurisprudencia ayuda a interpretar la ley para lograr un mayor entendimiento de la misma, pero es el caso que los magistrados realizan una interpretación de modo que describen el adulterio de manera que se entienda como se ha entendido por el lenguaje común, esto es que de cierto modo, no se prevé las situaciones nuevas que con motivo de la evolución social se van creando. Ahora bien, la jurisprudencia hace las interpretaciones correspondientes de los delitos para poder sancionar los supuestos que se van presentando, pero es el caso que lo realiza en base a una descripción que se encuentra ya establecida en la ley, sólo que en ciertos casos la ley no alcanza a integrar un hecho, para sancionarlo con la norma ya establecida, sino que la jurisprudencia examina los hechos para concretarlos a la norma establecida. Y no así, sucede con el adulterio que como ya se dijo sólo tiene un alcance limitado, según porque se puede incurrir en injusticias o errores, pero se comete mayor error al no describir con mayor precisión a este delito, por la situación de no tener un alcance mayor para su penalización.

De este modo, para que las autoridades penales como los estudiosos del Derecho realicen una mejor interpretación del delito de adulterio, y no seguir con la descripción de este delito que realiza la doctrina o porque a sí se conoce en el lenguaje común o porque así se a conocido por mucho tiempo. Pero es el caso, que nuestra sociedad a evolucionado y tiene nuevas realidades debido a la grandeza de las ciudades y a las nuevas ideas que con motivo de su evolución van creandose, y es cierto que las normas deben de ir adecuandose a las realidades de cada época; por lo que es de vital importancia describir el delito de adulterio, toda vez que tutela bienes jurídicos que vienen a formar parte de la familia y que los cónyuges se obligan a otorgarse los uno al otro, por así convenirlo en el

contrato de matrimonio; y al ser tutelados dichos bienes ayuda a la integración familiar y claro a respetar este núcleo social. Esto en otras palabras, se podría decir que el Estado al amenazar o prevenir este delito de adulterio, haría reflexionar a cada uno de los ciudadanos para no realizar tal ilícito, como lo hace con otros la ley penal; sólo que para el adulterio sería coadyuvar a los cónyuges para conformar con entereza y fortaleza a la familia, siguiendo las buenas costumbres y los principios que rigen al matrimonio.

Nuestra sociedad a necesitado de múltiples leyes para integrarla y es menester que el delito de adulterio siga latente en nuestro Código penal, que al tutelar bienes jurídicos de la familia ayuda a ésta para su integración. Esto en virtud de que tanto el hombre y la mujer casados se deben mutuo respeto y fidelidad, lo cual se prometen en el matrimonio para brindar a sus descendientes valores inextinguibles, que ayudan a tener una sociedad fuerte y equilibrada, y que esto sirva al Estado para fortalecerse y por consiguiente tener un orden social más tranquilo.

Ahora bien, se a dicho por tratadistas que el Derecho civil tiene una gran diversidad de sanciones para el caso de adulterio como los mencionados en el capítulo tercero; pero el caso sería que hay otros delitos que penaliza el Código penal y que a su vez el Código Civil, también tiene sanciones para dichos casos, como podrían ser el abandono de familia, el peligro de contagio, uso de drogas enervantes, corrupción de menores, la calumnia, entre otros; por lo que podemos decir que el Derecho penal al tutelar estos delitos coadyuva al Derecho civil para hacer valer los derechos y obligaciones de los cónyuges. Y sino los prevée, estos delitos o causales, incurrir o provocan a sólo realizar o interponer una demanda de divorcio, quedando impune o siendo esto injusto por

no poder sancionar en este caso el delito de adulterio, o aun así a los demás antes mencionados, por lo que es correcto que se penalice el adulterio; como ya se dijo el Derecho penal ayuda, por medio de la amenaza penal a reflexionar a los ciudadanos a no realizar tales conductas ilícitas.

La cuestión no es despenalizar el delito de adulterio, sino más bien ampliar o describir con precisión este delito, toda vez que limita la conducta según lo que se conoce por adulterio, que se entiende por ayuntamiento o cópula entre hombre y mujer siendo uno de ellos o ambos casados con persona distinta, que no es su cónyuge, y realizarlo en el domicilio conyugal o con escándalo; dejando los supuestos de actos libidinosos fuera del delito de adulterio, por no presentarse la cópula, pero sí puede darse un coito, como se describe en la conducta típica del capítulo tercero, que nos dice que es el apeto sexual por excitación artificial de los órganos; además de considerar a los actos libidinosos como el apeto desordenado de delitos carnales; por lo cual persiguen el mismo fin que es el engaño, la infidelidad o desvergüenza de realizar la conducta delictiva, por lo que a su vez no respeta lo pactado en el contrato de matrimonio, para con su cónyuge.

Los actos libidinosos y la simple intención de cometer el ilícito o delito de adulterio, estos deben constituir elementos suficientes para penalizar esta conducta, toda vez que dicho hecho o conducta va dirigida o tiene como finalidad el engaño o romper con el vínculo matrimonial. De hecho no es tan tajante la ruptura del matrimonio, pero sí que existan situaciones de confrontamiento entre los cónyuges, lo cual tiene un perjuicio para con la familia, ésto en virtud de ir perdiendo respeto, confianza, sinceridad y hasta valores que de manera inherente existían en dicho núcleo familiar. Por lo cual hay que considerar de manera insis-

tente, que los actos libidinosos y/o la intención de cometer el adulterio deben tomarse en cuenta para penalizar tal ilícito.

1.- Domicilio Conyugal y Escándalo.

Ahora bien, al considerar que el delito de adulterio sólo se presenta o se penaliza para los casos de que se realice en el domicilio conyugal o con escándalo, pero es el caso que estos dos elementos limitan éste delito, lo cual provoca que se presente la conducta en otros términos; como podría ser que se realice fuera del domicilio conyugal y sin escándalo. esto es que los adúlteros lo realicen sin presentarse estos dos elementos, por lo consiguiente se diría que esta conducta es lícita, ésto porque así lo limita la ley penal en su artículo 273. Por lo que es de reflexionar, que los ciudadanos al conocer este error, se aprovechan para lograr sus metas delictivas, pero si se determinara con mayor precisión este delito de adulterio, claro no quitando los dos elementos ya previstos, sino ampliando dichas modalidades, de manera que alcance a prevenir toda conducta dirigida a este delito de adulterio.

En caso, que se presente con los dos elementos antes descritos, pero no se presente cópula o ayuntamiento, no se consideraría como adulterio, pero si presenta la desvergüenza o el engaño para con su cónyuge; pero se ha dicho por tratadistas que esa situación no tiene importancia, por llegar a incurrir en injusticias para el cónyuge activo. Y al considerar los actos libidinosos que constituyen aproximación a la consumación de la cópula, se tendría con esta conducta mayores posibilidades de penalizar dicha desvergüenza que comete el cónyuge activo por incumplir con las disposiciones normativas a las cuales él se comprometió a respetar y hacer valer sobre cualquier situación de riesgo.

El hecho de ser sorprendidos en lugar determinado, por el cónyuge inocente, en forma tal que se encuentren próximos a la consumación de la cópula, esto es, que se les encuentre realizando actos libidinosos es y debe considerarse como delito de adulterio, en virtud de que lleva implícita la intención de cometer la conducta delictiva de tener contacto sexual con persona distinta a su cónyuge.

De ésta manera, la situación de que sólo el adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo es penado por la ley penal, más bien debería considerarse como agravantes de este delito, toda vez que si el realizado en otras circunstancias, es de pensarse que se tiene la desvergüenza o la finalidad de engañar a su cónyuge de manera tal que llegue al descuido de la familia o por el simple hecho de realizarlo, no se le puede considerar derecho alguno a su favor, ya que éste no la tuvo para con su núcleo familiar. Luego entonces, al realizarlo en el domicilio conyugal o escándalo, sería de mayor gravedad este delito de adulterio, por presentar una afrenta más directa, y por lo que se podría decir que no tiene el menor interés en conservar o enaltecer su vínculo matrimonial; por lo tanto el cónyuge inocente tiene la facultad de ejercitar la acción penal correspondiente.

Entonces, sino tiene la menor intención o consideración para cometer el adulterio, al realizarlo con actos libidinosos o llegar a consumir la cópula con persona distinta a su cónyuge; a éste no se le debe considerar para sancionarlo sólo de manera civil, sino más bien, sería merecedor de una sanción penal, en virtud de que está lesionando los bienes jurídicos de la familia, que son de un valor in-

calculable para ésta, y de forma inherente de la sociedad, porque la familia forma parte fundamental de la sociedad. Así podemos decir que cabría la posibilidad de que se persiguiera este delito de adulterio de manera más eficaz, apoyando con mayor fuerza al sujeto pasivo en su querrela, por la situación de que se presenta una lesión inherente a la sociedad, ya que se está en peligro de perder o que se desintegre una familia, y el Estado está para protección de la sociedad, así lógicamente su principal elemento que es la familia. Además, porque el Estado debe coadyuvar a consolidar a sus integrantes, y lograr así una sociedad firme y fuerte y lo cual debe comenzar por la base que es la familia, como se a dicho anteriormente.

Por lo que, no solamente debe de ser penalizado el adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo, sino que debe sancionarse este delito de adulterio, conforme se presente, ya sea en el domicilio conyugal o con escándalo y además el lugar en donde se llegue a sorprender a los adúlteros, pero claro es que si se sorprende en lugar indeterminado en forma tal que se encuentren próximos a la consumación, o realizando actos libidinosos, o en sí la cópula; hay que considerar en este caso de que si el cónyuge inocente los sorprende, se daría el caso de que los adúlteros, ya no realizarían la conducta ilícita o deseada, por causa, externa a su voluntad; pero en este asunto ya se lleva implícito el engaño o la desvergüenza de realizar una relación sexual con persona distinta a su cónyuge, con lo cual éste debe o puede querrelarse para aplicar una sanción penal a los culpables de adulterio; aunque no se haya presentado la cópula, porque no es necesario que se presente o se realice para poder sancionar a este enemigo del matrimonio que es el delito de adulterio.

Ahora bien, es de reflexionar a este respecto, por la situación de que se ha dicho que al considerar esta forma de penalización incurriría en injusticias o errores; en el caso de que el cónyuge inocente se querrela sin motivo o justificación alguna, por no existir la conducta de adulterio, esta situación se ha estudiado por tratadistas, por lo cual no admiten esta penalización. Pero a este respecto podemos decir, que si el hombre y la mujer al contraer matrimonio, es de saberse que lo realizan con la intención de agrandar todos los valores dados, que se brindan mutuamente, no puede ser posible que alguno de los cónyuges presente su querrela por el delito de adulterio, con la intención de romper los lazos matrimoniales que tanto se deseada por ambas partes; toda vez que, lo que desea un matrimonio es prevalecer y sobresalir en la sociedad, de la cual forma parte importante y no así desaparecer o desintegrar la unión familiar.

El caso es que si existe una querrela que no tiene fundamento para realizarla, pero la presenta; es de entender que si el cónyuge, al cual se le imputa este delito de adulterio, y éste no se ha comedido; el cónyuge acusado puede presentar cargos contra su cónyuge por difamación o por calumnia, pero como ya se dijo, el matrimonio más que enfrentarse, lo que pretende es fortalecer a la familia.

Por lo que podríamos decir, que el cónyuge ofendido no actuaría sin tener una razón bien fundamentada, que impulse a tomar esa determinación de presentar su querrela por el delito de adulterio, ante la autoridad penal; ya que este delito es una falta a todo principio de buenas costumbres y de derecho, por incumplir con las normas y en sí con el contrato de matrimonio.

El hecho de considerar sólo a la cópula o ayuntamiento para que se presente el adulterio, es igual que las modalidades que limitan esta situación, dejando a un lado a los actos libidinosos sin penalizar, pero es de pensarse que éstos conducen a un acceso carnal o ayuntamiento, esto es, que estos actos podrían ser próximos a la consumación del delito de adulterio.

Además que como ya se dijo, si son sorprendidos en estos actos debe considerarse como adulterio y no dejarlo sin penalización, y dejar que los culpables de adulterio sigan entendiéndose de manera que no sea con escándalo en el domicilio conyugal y engañen así al cónyuge inocente, y por que no mencionarlo, que hasta engañan a la autoridad de cierta manera, por no poder sancionar este tipo de conducta conforme a la ley, porque siempre sea dicho que no se encuadra al delito de adulterio, por ser necesario que se presente la cópula o ayuntamiento carnal, para conformar el tipo, según con la descripción que se conoce en el lenguaje común o doctrinal del delito de adulterio.

El Derecho penal o más bien nuestra ley penal, debe y tiene obligación de proveer de manera más amplia las conductas ilícitas que se presenten en la sociedad, para la cual fue creada y no dejar supuestos sin penalizar, como en el caso de los actos libidinosos que se llegan a presentar con motivo de realizar una conducta delictiva, sabiendo un cónyuge que no puede realizar por incurrir en un delito y además a una falta de fidelidad para con su cónyuge.

Aunque se dice, que no es un daño físico al cónyuge inocente, sino más bien es de un carácter inherente al matrimonio, por el cual se obligan y se otorgan derechos y obligaciones los cónyuges, por los cuales se integran los

bienes jurídicos mencionados en el capítulo tercero; que al tutelar el Código penal hace o haría que los cónyuges cumplan con lo contratado en el matrimonio. Por lo que al intentar o realizar actos libidinosos o consumir la cópula tiene implícito la voluntad de faltar a los principios que rigen el matrimonio e iría en contra de las buenas costumbres, que el mismo ser humano se a implantado respetar.

Por lo tanto deben considerarse para la penalización del delito de adulterio, la simple intención de cometer el ilícito y además los actos libidinosos, porque, aunque no se presente una cópula o acceso carnal, se es posible que se presente un coito, éste es una satisfacción artificial de los órganos sexuales, que pueden consistir en frotamientos o caricias; por lo cual nos da la puta a decir que debe definirse al delito de adulterio, y no conocer simplemente el significado lexicográfico de adulterio, que por años a prevalecido, pero es el caso que para afrontar las nuevas realidades de nuestra época debe tenerse un conocimiento jurídico plenamente establecido de lo que debemos de entender por adulterio, y así decimos que: "al que cometa actos libidinosos o cópula con persona distinta a su conyuge en el domicilio conyugal, o con escándalo o en cualquier lugar indeterminado".

Con la definición antes descrita de adulterio, no se enmarca solamente la relación hombre y mujer, sino que va más allá, al prever cualquier otra situación como el homosexualismo o el salfismo, que se puede presentar con motivo de la evolución social, que va creando nuevas ideas entre los ciudadanos de ésta gran urbe, con esto no queremos decir que se estén presentando casos muy numerosos, pero tampoco se puede negar que se estén dando en la comunidad, por lo

que es necesario prever estas situaciones por el bien de las familias y la sociedad.

Los actos libidinosos al considerarse en esta definición nos da en forma más amplia la manera de penalizar las conductas de los cónyuges que al intentar realizar el ilícito, los haría reflexionar de manera que los podría detener a cometer la conducta delictiva; porque al entender actos libidinosos por el apetito desordenado de deleites carnales, nos da la pauta a decir, que son producto de una proximación a la consumación de la conducta adulterina. Y asimismo se hace mención de la cópula, por ser ésta la manifestación de voluntad para el acceso carnal, y entendemos por esta última el acto de penetración sexual del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, por lo que con estos medios de ejecución, el adulterio queda más delineado y no como se conoce en el lenguaje común o doctrinal; que de cierto modo tiene varias limitaciones.

Bien es cierto que los actos libidinosos constituyen un elemento que trae aparejada la desvergüenza y el engaño para con el cónyuge inocente; así pues de modo el cónyuge activo esta incumpliendo lo contratado en el matrimonio civil.

En cuanto a las modalidades de lugar, es de verse que se consideran al domicilio conyugal, al escándalo, pero también contemplamos la posibilidad de integrar lo que mencionamos como: "cualquier otro lugar determinado", por darse los casos de que el cónyuge que desea intentar realizar la conducta delictiva, va a tener precauciones de no realizarlo en el domicilio conyugal o con escándalo, por lo que, lo efectuaría en otro lugar, así pues, si el cónyuge inocente se enterase de dicha conducta o sorprenda a los culpables de adulterio en dicho lugar, lo facultaría de manera más amplia a poder presentar su querrela y no así tratar de

coarse o de saconar por propia mano la ofensa que lo hace su cónyuge. De esta manera al sorprender a su cónyuge en tales circunstancias, sin que se haya presentado cópula, puede hacerlo por los actos libidinosos, que como ya dijimos pueden constituir la próximación a la consumación del ayuntamiento o acceso carnal. De este modo, si los sorprende en la consumación de la cópula, tendría el conyuge inocente mayor fundamento para presentar su querrela ante las autoridades correspondientes.

Ahora bien, si el cónyuge activo y su copartícipe realizan los actos libidinosos o la cópula en el domicilio conyugal, o hacen su relación de manera escandalosa, es de considerar de mayor gravedad la afrenta que se hace al cónyuge inocente, por la situación de que el adúltero no tiene menor intención de respetar las disposiciones que rigen al matrimonio. Y el copartícipe sabiendo que lo realiza con persona casada, y para ésta no le es relevante; luego entonces debe considerarse esta situación como agravante y sancionarse con mayor severidad.

Con la evolución social que presenta nuestra comunidad o sociedad, se a dicho que da origen a nuevas ideas que en la mayoría de las ocasiones van más alla de las buenas costumbres, pero el caso es que la misma sociedad poco a poco ha ido aceptando tales ideas, pero a su vez a respetado esta gran evolución social con todos sus cambios: pero es el caso también que el Estado vaya imponiendo nuevas normas a estas ideas; que de no hacerlo la sociedad iría o caería en un desorden social. Por lo tanto hay que considerar al adulterio como un arma que va destruyendo la tranquilidad de las familias, porque se pueden presentar graves problemas como la desintegración familiar, la introducción de nuevos elementos a la familia como hijos fuera de matrimonio, o casos como desconocimien-

to de hijos, entre otros. Esto por el simple hecho de pensar los cónyuges que si verdaderamente son legítimos de su matrimonio, o si es que son fuera de éste, surge la duda de que si son también producto legítimo de la conducta adulterina. Así pues, el derecho penal al tutelar los bienes jurídicos de la familia ayuda al Derecho civil a proteger o preveer situaciones de esta magnitud que originan los culpables de adulterio.

2.- Querrela.

Se ha dicho, que la querrela presentada por el cónyuge inocente, no sólo procede contra el cónyuge activo primario, sino que también contra el sujeto activo secundario, por lo que podemos decir que éste último sujeto puede nombrarse copartícipe, y no sería posible considerarlo como verdadero culpable de adulterio, toda vez que si el cónyuge activo de la conducta delictiva lagase a ocultar su estado civil, por lo que el copartícipe no tiene porque ser sancionado penalmente: por el hecho de desconocer el estado civil de la persona con la cual tuvo o tiene alguna relación sexual. De esta manera el único culpable de adulterio sería el cónyuge activo, al cual debe sancionarse con todo rigor de la ley, por tener la voluntad plena de incurrir en tal ilícito, sabiendo que por su estado civil, le es imposible tener relaciones sexuales extramatrimoniales.

Pero es de considerar que si se presenta una situación de carácter permanente, donde el copartícipe sabe del estado civil de la persona; luego entonces, ya existe una manifestación de voluntad del cónyuge activo y la copartícipe de tener una relación sexual, en la cual ambos saben que están bajo la norma penal de adulterio, ésto en otras palabras diremos que ambos partícipes de la conducta adulterina tiene la voluntad y la intención de realizar actos libidinosos o có-

pula, y que se puede presentar en el domicilio conyugal o con escándalo o en lugar indeterminado; pero podría pensarse que por el hecho de ser una conducta permanente puede considerarse escandalosa, pero también puede ser que lo realicen con todas las precauciones debidas para no ser descubiertos y sea realizada fuera del domicilio conyugal y sin escándalo, y al prevalecer lo que se conoce por adulterio, esta conducta no podría ser sancionada por no presentar cópula y las modalidades que exige la norma, y por no tener un tipo penal; pero al saber el cónyuge inocente de tal situación y los sorprendiera en los actos libidinosos próximos a la consumación o en el momento de la cópula, entonces podría presentar su querrela por encontrarlos en lugar indeterminado realizando la conducta delictiva que se define, esto es realizando actos libidinosos o cópula en lugar indeterminado.

Ahora bien, hay que considerar la posibilidad de la situación permanente, donde el copartícipe no tiene conocimiento del estado civil de la persona con quien tiene relaciones sexuales, y no se presenta ni en el domicilio conyugal del sujeto activo primario, ni con escándalo, pero sí en otro lugar indeterminado y realizando en toda su expresión la conducta delictiva; por lo que el copartícipe no debe ser sancionado penalmente, por el hecho de desconocer el estado civil de la persona, luego entonces el único culpable de este ilícito es el cónyuge activo, que al ocultar su estado civil no tiene la menor intención de respetar o conservar su vínculo matrimonial, esto es, que para el cónyuge activo no tiene relevancia alguna su familia.

También se puede presentar el caso de que, la copartícipe realice la conducta delictiva voluntariamente, por medios externos a su voluntad, ya sea por

violencia física o moral, esto es, que estaría en los casos de excluyentes de responsabilidad.

Por otra parte, diremos que en el delito de adulterio existen el sujeto activo primario, que viene siendo el cónyuge activo; y el sujeto activo secundario, que sería el copartícipe de la conducta delictiva; y aquellos que ayudan a que se realice tal situación ilícita, más que copartícipe como los menciona el artículo 274 primer párrafo parte última, deberían considerarse como encubridores, y a los cuales se regirían o los prevee el artículo 400 del Código punitivo.

De esta manera, hay que reformar el artículo 274 párrafo primero de Código penal de tal forma que se sancione con mayor severidad al actor principal del ilícito, que es el cónyuge activo, por ser éste el incitador a cometer el adulterio con toda premeditación y desvergüenza; así mismo no tiene el objetivo de cumplir con el contrato de matrimonio, el cual al no respetarlo no tendría el mínimo derecho para que se le respete a él o se le tenga consideración para que no se le sancione su conducta delictiva, de este mismo modo debe sancionarse el copartícipe que sabe de la situación o estado civil del sujeto activo primario, por lo ya comen-do, que es, que lo realiza con conocimiento y voluntad de realizar tal conducta ilícita.

Es bien sabido que el cónyuge inocente tiene la facultad de elegir entre sancionar esta conducta por vía penal o civil. Pero al considerar que el cónyuge activo al lesionar los bienes jurídicos de la familia, en cierto modo esta dañando a la sociedad en su núcleo que es la familia misma, por lo que cabría la posibilidad de que el adulterio se persiguiera por denuncia, a iniciativa de parte ofendida.

El artículo 275 del multicitado Código penal, que a la letra dice: "Sólo se castigará el adulterio consumado". Al reflexionar este artículo, es de considerar que no puede ser posible que se tenga que dar o realizar la cópula en su plenitud, para poder penalizarlo, más bien debería sancionarse con el simple hecho de cometer la conducta con actos libidinosos o con la simple intención de realizarla, esto en caso de ser sorprendidos por el cónyuge inocente, y no se llevaría a cabo la conducta por voluntad de los adúlteros, si no más bien por una causa externa a sus voluntades; pero con esto se está conformando la finalidad o el objeto de engañar o faltar a su cónyuge, a lo pactado en el matrimonio y al cual por estos hechos se está violando las disposiciones normativas, y el Estado debe coadyuvar al Derecho civil para protección de la familia.

Así pensaríamos que si toda conducta delictiva es o tiene que realizarse la conducta de manera plena, esto es que se haya consumado, para poder aplicar un castigo a dicha conducta, entonces nuestra ley penal no castigaría la tentativa. Por esta situación, debemos considerar que en el delito de adulterio también se castigue la tentativa, por lo que no hay que esperar a que se consume dicha conducta para sancionarla; mejor sería evitar que se presente para bien de las familias y de la sociedad.

El hecho de sancionar la tentativa, los actos libidinosos y la misma cópula, es con el objeto de amenazar el Estado toda situación que pueda presentarse en el delito de adulterio, esto no con la finalidad de cometer errores o injusticias, si no más bien hacer reflexionar a todos y cada uno de los ciudadanos a no cometer este delito, que en especial va en perjuicio de la familia; así como prevé otros delitos, como las amenazas, la difamación, la calumnía, entre otros. Pero el adulterio

es de considerar de mayor importancia por ser éste uno de los principales enemigos del matrimonio y por consiguiente de la familia, que rompería todo lazo de unión entre los cónyuges y de cierta manera con los hijos de éstos, en virtud de que pierden derechos los adúlteros, pero siguen y de manera más obligada a cumplir con sus obligaciones. Pero la verdadera finalidad de tutelar los bienes jurídicos del matrimonio por el Código penal es de un carácter meramente integrador de la familia.

B) CUESTIONES RELATIVAS.

1.- El artículo 310 del Código Penal.

Que a la letra nos dice: "Se impondrá de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrá el homicida de cinco a diez años de prisión". De esta manera, podemos decir que sería más conveniente describir al adulterio de manera más amplia y explícito, para castigar este delito con mayor severidad a los culpables, esto para evitar que el cónyuge inocente tome la ley en sus propias manos, aunque se castigue esta conducta como lo dice el artículo 310 del ordenamiento citado, esto tendría consecuencias desastrosas.

Así, debemos de considerar de mayor importancia proveer el delito de adulterio de manera más amplia y expédita, y no esperar a que el cónyuge inocente tome la ley por propia mano, y de ofendido o sujeto pasivo de adulterio pase a ser sujeto activo o presunto responsable de homicidio o lesiones, lo cual traería mayores perjuicios a la familia, y en especial a los hijos que en cierto modo quedarían desprotegidos por falta de sus ascendientes.

2.- Concubinato.

Como se define el concubinato en el capítulo tercero, que dice que es la familia natural que se funda en la unión de hecho de un hombre y una mujer de carácter, inestable y no conforme a las buenas costumbres y que puede dar origen a las relaciones jurídicas sólo con los hijos provenientes de esa unión.

Esta unión aunque sólo es de hecho, por no constituirse por un vínculo matrimonial, no se le ha considerado para el caso de que alguno de los concubinos engañe al otro o llegue a faltar a lo pactado entre ellos; pero podría haber la posibilidad por el hecho de formar una familia aunque sólo de hecho, de considerar también la desvergüenza o el engaño que se le hace a la pareja, al tener alguno de ellos una relación sexual con otra persona que no sea su concubino o concubina, por lo que a este respecto podría ser adulterio, por que se daría una desintegración familiar y esto iría en perjuicio de los hijos.

El Código Civil prevé situaciones del concubinato, las cuales las rige bajo las disposiciones del matrimonio, como otorgar alimentos, la sucesión, etc., esto es en beneficio de los hijos, pero como no existe un vínculo matrimonial que obligue a los concubinos a derechos y obligaciones entre ellos no es posible que se de la figura de adulterio. Pero si existe un pacto o convenio entre los concubinos y que por beneficio y conservación de una familia aunque sólo de hecho, pero que su vez forman y constituyen parte en la sociedad, debe hacerse respetar dicho convenio en el caso de que alguno de los concubinos realice o tenga relaciones sexuales con otra persona que no sea su pareja. Esto para que ninguno de los concubinos vaya a llegar a tomar la ley o hacerse justicia por propia mano, y perjudique a dicha familia.

3.- Los Actos Libidinosos.

Estos al ser considerados como elemento para constituir la figura de adultério, tiene como objetivo la consumación de la cópula, o simplemente pueden ser las caricias o frotamientos de los organos sexuales, pero podemos decir que no existe el elemento material para su comprobación; ahora bien, es de reflexionar que es como solicitar este elemento para los casos de amenazas, difamación o calumnia, pero claro es que para estos delitos las pruebas pueden ser la testimonial, la confesional, la documental, etc. De este modo, para los actos libidinosos se pueden presentar estas pruebas si existen, pero es posible también que se presente la presuncional la cual consiste en los indicios que son las circunstancias y antecedentes que teniendo relación con el delito pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados, artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

4.- Lugar Indeterminado.

Este se entiende para el caso de que no se cometa la figura de adultério en el domicilio conyugal o con escándalo; y por esta otra modalidad se extiende para la posibilidad de encontrarse a los culpables de este ilícito en algún departamento, hotel, etc.; esto es sorprender a los adúlteros en lugares que puedan prestarse para realizar o cometer los actos libidinosos o la cópula misma.

CONCLUSIONES

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

1.- EL adulterio en las culturas antiguas tuvo sanciones muy atroces como la muerte a los culpables de este delito, por tener aquellas culturas un concepto amplio del matrimonio que formaba a las familias de aquella época.

2.- Al establecer el delito de adulterio en el Código Penal de 1871, fue en virtud de que era necesario proteger al orden familiar, la moral y las buenas costumbres que constituyen parte importante de una sociedad.

3.- La aplicación de una pena debe estar establecida en una ley penal exactamente sancionada el caso concreto, toda vez que de no estar contemplada en dicha ley no se puede castigar penalmente.

4.- El tipo penal es la descripción o definición que se hace de los delitos por medio del poder legislativo, que va a regular o prevenir una conducta y a dicha descripción acompaña una pena o castigo, y por no establecer tipo penal no se presenta la tipicidad que es adecuar la conducta a la norma establecida.

5.- El adulterio no tiene una definición concreta, pero es conocido por el lenguaje común y doctrinal como la relación sexual ilegítima de un hombre y una mujer, siendo uno de ellos casado o ambos. Así también se dice que es la relación sexual de una persona con otra distinta a su cónyuge.

6.- El Código penal debe tutelar los bienes jurídicos de la familia para ayudar al Código civil a que se respeten éstos, por ser lo contratado en el matrimonio civil; para una mayor integración familiar.

7.- El delito de adulterio debe prevalecer en el Código Penal para coadyuvar al Código Civil a hacer valer los derechos y obligaciones que contraen los cónyuges con motivo de la celebración del contrato de matrimonio.

8.- El delito de adulterio debe describirse en el Código Penal, toda vez que aunque se conoce lexicográficamente el significado de adulterio, otra cosa es lo que debemos de entender en el lenguaje jurídico por éste y establecerlo en la ley para su mejor interpretación.

9.- El adulterio debe entenderse como la persona que comete actos libidinosos o cópula con persona distinta a su cónyuge en el domicilio conyugal, o con escándalo o en cualquier lugar indeterminado.

10.- Las modalidades de domicilio conyugal y con escándalo deben considerarse como agravantes, por ser una afrenta más directa para con el cónyuge inocente, al ser violado su domicilio y se haga pública tal conducta delictiva.

11.- Los actos libidinosos deben de formar parte del adulterio por ser estos una forma de proximación a la consumación de la cópula, pero sin darse la cópula, dichos actos ya llevan implícito el objeto de faltar a lo contratado en el matrimonio.

12.- La modalidad lugar indeterminado en el delito de adulterio amplía la esfera para penalizar este ilícito y así romper con la limitante que existe con las dos modalidades que se establecen en la norma penal.

13.- La querrela debe sólo proceder contra el cónyuge activo por ser éste el incitador o no siéndolo, se considera culpable por saber su estado civil y no respetar los principios que rigen al matrimonio. Y procederá para el copartcipe sólo para el caso de saber el estado civil de la persona con quien tiene relaciones sexuales.

14.- Los codeincuentes que establece el Código penal en su artículo 274 primer parrafo, son más bien encubridores por lo cual deben castigarse conforme al artículo 400 del ordenamiento antes citado.

BIBLIOGRAFIA

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

- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Vigésima primera Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1988.
- CARDONA ARIZMENDI, Enrique. Apuntamientos de Derecho Penal. Segunda Edición, Editorial Cardenas, Editor y Distribuidor, México, D.F., 1976.
- CARRANCA Y RIVAS, Raul. Derecho Penitenciario, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1986.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raul
CARRANCA Y RIVAS, Raul. Código Penal Anotado, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1980.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Decimosexta Edición, Editorial Porrúa, México, D. F., 1981.
- CORTEZ IBARRA, Miguel Angel. Derecho Penal, Tercera Edición, Editorial Cardenas. Editor y Distribuidor. México, D.F., 1987.

- GARCIA MAYNEZ, Eduardo.** Introducción al Estudio del Derecho, Cuadragésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1992.
- GONZALEZ BLANCO, Alberto.** Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1969.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.** Derecho Penal Mexicano, Vigésimasegunda Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1988.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano.** Derecho Penal Mexicano, T.V., Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985.
- MACHADO CARRILLO, Mario J.** El Adulterio en el Derecho Penal Pasado, Presente y Futuro, Editorial Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977.
- MARQUEZ DE BECCARIA, Cesar Bonesana.** Tratado de los Delitos y de las Penas, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1985.

- MARTINEZ ROARO, Marcela.** Delitos Sexuales, Editorial Porrúa, México, D.F., 1975.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio.** Los Tarascos, Editorial UNAM, México, D.F., 1940.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan.** Diccionario para Justicias, Ediciones MAYO, México, D.F., 1981.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco.** Derecho Penal Mexicano, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1990.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.** Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, T.I., Editorial Porrúa, México, D.F., 1960.
- P. MORENO, Antonio de.** Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, D.F., 1968.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael.** Derecho Civil Mexicano, T.II., Septima Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1987.

**ORDENAMIENTOS JURIDICOS
CONSULTADOS**

ORDENAMIENTOS JURIDICOS CONSULTADOS

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

- **Ley de Amparo.**

- **Leyes Penales Mexicanas.**

- **Código Penal para el Distrito Federal.**

- **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.**

- **Código Civil para el Distrito Federal.**

- **Jurisprudencia.**

- **Anales de Jurisprudencia.**

OTRAS PUBLICACIONES

CONSULTADAS

OTRAS PUBLICACIONES CONSULTADAS

- **Enciclopedia jurídica OMEBA.**

- **Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano.**