

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LA NECESIDAD DE QUE EL ADULTERIO
FIGURE COMO DELITO EN EL NUEVO CODIGO PENAL**



Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Enero de 1994

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DW
04
T(2943)

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizábal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	Dr. Carlos Larios Ochaita
(en funciones)	
EXAMINADOR	Licda. Rosa María Ramírez de Espinoza
EXAMINADOR	Lic. Carlos Urbina Mejía
EXAMINADOR	Licda. Dina Castro de Castro
SECRETARIO	Lic. Jorge Mario Castillo González

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



Lic. Luis Roberto Romero Rivera

Abogado y Notario

7a Avenida 20-36 Zona 1 - Tel. 519165

Edificio Gándara, Ser Nivel Of. 3

Guatemala, C. A.

4204-93

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Su Despacho.

15 NOV. 1993

RECIBIDO

Horas 18 Minutos 30
OFICIAL

Señor Decano:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de la providencia de fecha siete de Octubre de mil novecientos noventa y tres emanada del Decanato a su digno cargo, respetuosamente me dirijo a usted con el objeto de rendirle informe sobre la labor como ASESOR del Bachiller MARVIN ESTUARDO ARISTIDES en su trabajo de tesis cuyo título se modificó y finalmente quedó con la denominación de: "LA NECESIDAD DE QUE EL ADULTERIO FIGURE COMO DELITO EN EL NUEVO CODIGO PENAL" y al efecto expongo:

A) Que como resultado de las sesiones de trabajo y respetando el contenido del tema, el Bachiller ARISTIDES estuvo de acuerdo con introducirle algunas modificaciones de forma en lo tocante al desarrollo del tema, la denominación original y la consulta adicional de fuentes de información jurídica.-

B) Considero que el trabajo del Bachiller ARISTIDES en cuanto a la bibliografía, técnica de investigación y enfoque, son adecuados, amén que nos aporta elementos importantes acerca del tema que no han sido tocados hasta la presente fecha, haciendo de la investigación un aporte valioso para los estudiantes de Derecho y aún para los profesionales interesados en el tema.-

Por lo expuesto soy del criterio que el trabajo de tesis cumple con los requisitos que exigen los artículos 19 y 20 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis, por lo que puede ser discutido en su examen Público, salvo mejor opinión del Profesional Revisor.-

Sin otro particular me suscribo del señor Decano, Deferentemente.-

Guatemala, Noviembre 5 de 1,993.

"ID Y ENSEÑAR A TODOS"

Lic. LUIS ROBERTO ROMERO RIVERA
ABOGADO Y NOTARIO



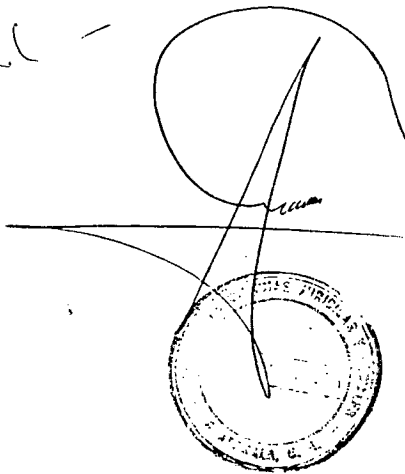
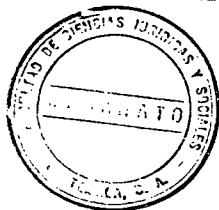
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, noviembre ocho, de mil novecientos noventitres.

Atentamente pase al Licenciado JOSE LUIS AGUILAR MENDEZ,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del Bachi-
llèr MARVIN ESTUARDO ARISTIDES y en su oportunidad emita
el dictamen correspondiente. -----





FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
GUATEMALA, C. A.

4370-90

Guatemala, 17 de noviembre de 1993.

Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Decanato:

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

17 NOV. 1993

RECIBIDO
Horas 18 Minutos 00
OFICIAL

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que, por resolución emanada de esa Decanatura, se me designó como Revisor de Tesis del Bachiller **MARVIN ESTUARDO ARISTIDES**, quien elaboró el trabajo intitulado " **LA NECESIDAD DE QUE EL ADULTERIO FIGURE COMO DELITO EN EL NUEVO CODIGO PENAL**".

El trabajo de tesis elaborado por el Bachiller **MARVIN ESTUARDO ARISTIDES**, se encuentra a mi juicio bien concebido, y en el mismo se recogen aspectos históricos-jurídicos de Instituciones como La Familia, y El Matrimonio; así como lo referente a los elementos que tipifican el Delito de Adulterio, para concluir basándose en varios puntos de vista como lo son: el religioso, moral y jurídico, en la necesidad de que la figura del Adulterio, que en el proyecto de nuevo Código Penal se omite, se incluya el mismo como un delito autónomo, por diversas razones.

En consecuencia se comparten los conceptos vertidos por el señor Asesor de Tesis en el sentido de que el trabajo elaborado cumple con los requisitos establecidos en el Reglamento Técnico Profesional y Público de Tesis.

En tal virtud, emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que el trabajo relacionado pueda ser discutido en el examen público, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los Títulos Profesionales de Abogado y Notario.

Sin otro particular me suscribo del señor Decano deferentemente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. José Luis Aguilar Méndez
ABOGADO Y NOTARIO



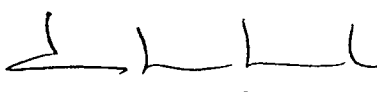

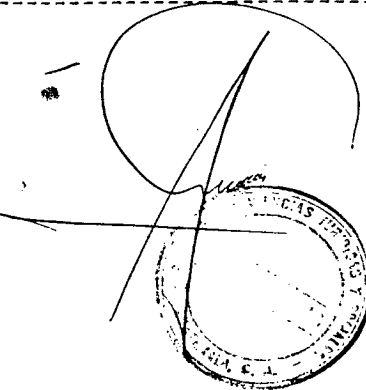
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, noviembre diecinueve, de mil novecientos noven
titres. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller MARVIN ESTUAR
DO ARISTIDES intitulado "LA NECESIDAD DE QUE EL ADULTERIO
FIGURE COMO DELITO EN EL NUEVO CODIGO PENAL". Artículo 22
del Reglamento para Exámenes Técnico Profesionales y Públi
co de Tesis. -----

ACTO QUE DEDICO

A DIOS: Todopoderoso por ser la luz de entendimiento que iluminó mis años de estudio.

A MI MADRE: Aura Josefa Arístides Rodríguez, por el profundo amor que me ha dado y porque con su sabia paciencia pudo esperar tantos años la realización de este triunfo, que sin duda es suyo y de mi familia.

A MI TIO: Víctor Hugo Castañeda Albancz, al que considero como mi PADRE, quien con su incondicional ayuda tuvo la palabra de aliento y esperanza en los momentos en que más lo necesité.

A MIS HERMANOS: Armando Benjamín y Yesica Carolina, a quienes amo profundamente, porque con su apoyo moral, han hecho que la culminación de mi esfuerzo, sea una realidad.

A MI ABUELITA: Catalina Rodríguez Conde, que con el permiso de Nuestro Padre Celestial, desde lo infinito comparte conmigo este nuevo escalón alcanzado, al que sin su ayuda, jamás hubiera llegado.

A MI FAMILIA EN

GENERAL: Que con sus consejos me han estimulado para seguir adelante.

A. Olga Antonieta Orellana Girón, por su comprensión e inquebrantable ayuda brindada durante mi formación profesional.
Con todo mi amor.

A LAS FAMILIAS: Orellana Girón y Castañeda Oliva, quienes han contribuido al triunfo académico que he logrado; especialmente a HUGO BENJAMIN.

A MIS AMIGOS

EN GENERAL: Por todos los gratos momentos compartidos, esperando contar siempre con su valiosa amistad.

A MI ASESOR: Lic.. Luis Roberto Romero Rivera, en agradecimiento por su desinteresada e invaluable colaboración.

A MI REVISOR: Lic.. José Luis Aguilar Méndez, que con su experiencia profesional, ha contribuido en la elaboración del presente trabajo.

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
ESPECIALMENTE A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

INDICE

INTRODUCCION

I

CAPITULO I LA FAMILIA

1.	Antecedentes Históricos	1
1.1	Definición	3
2.	Su Importancia	3
3.	El Derecho de Familia	6
3.1	Definición	6
4.	Naturaleza Jurídica	8

CAPITULO II EL MATRIMONIO.

1.	Definición.	11
2.	Naturaleza Jurídica.	13
3.	Clases de Matrimonio.	16
4.	Impedimentos Absolutos para Contraer Matrimonio.	19

CAPITULO III. EL DELITO DE ADULTERIO.

1.	El Delito.	21
2.	Elementos del Delito.	22
3.	Del Adulterio.	28
4.	Definición del Delito de Adulterio.	31
5.	Elementos del Delito de Adulterio.	32

CAPITULO IV EL DELITO DE ADULTERIO EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA.

1.	Definición.	37
2.	Penalidad de Delito de Adulterio	37
3.	Agravación de la Pena	44
4.	Incidencia Jurídica en el Orden Civil del Delito de Adulterio.	45

CAPITULO V

ANALISIS JURIDICO GENERAL DEL PROYECTO DEL NUEVO CODIGO PENAL.

1.	Antecedentes del Proyecto	47
2.	Análisis del Proyecto del Nuevo Código Penal	52
3.	Comparación con la Legislación Penal Vigente	58
4.	Análisis del Delito de Adulterio.	64

CAPITULO VI

LA NECESIDAD DE QUE EL ADULTERIO FIGURE COMO UN DELITO EN EL PROYECTO DEL NUEVO CODIGO PENAL.

1.	Desde el punto de Vista Cristiano	69
2.	Desde el Punto de Vista Moral.	70
3.	Desde el Punto de Vista Jurídico.	71
	CONCLUSIONES	77
	RECOMENDACIONES	79
	BIBLIOGRAFIA.	81

INTRODUCCION:

El presente trabajo de tesis titulado "LA NECESIDAD DE QUE EL ADULTERIO FIGURE COMO DELITO EN EL NUEVO CODIGO PENAL", nació como producto de la importancia de regular delitos, que protejan jurídicamente a la familia.

La familia, como base fundamental de la sociedad, y organizada sobre la base legal del matrimonio, necesita protección jurídica para asegurar su subsistencia y funcionamiento. Aquí resalta la trascendencia de la institución del adulterio, ya que este delito protege el orden jurídico familiar, pues requiere la abstención de relaciones sexuales con persona distinta de su pareja, es decir de persona que se encuentra legalmente casada.

El delito de adulterio se encuentra regulado en nuestro Código Penal vigente, bajo la esfera de los delitos contra el Orden Jurídico Familiar, en el Libro Segundo, en el Título V, Capítulo II del Artículo 232 al 234.

En el primer capítulo se hace una serie de consideraciones de carácter doctrinario, en cuanto a los antecedentes históricos de la familia, definición, su importancia y desde luego se habla del derecho de familia, su naturaleza jurídica y todo lo relativo a su regulación legal.

En el segundo capítulo hago referencia a la institución del Matrimonio, la importancia que reviste la misma dentro de la Sociedad, su naturaleza jurídica, clases, los impedimentos absolutos para contraer matrimonio, y la forma en que nuestro Código Civil vigente regula dicha institución.

En el tercer capítulo se menciona lo concerniente a la figura del Adulterio, tratando primeramente la definición de lo que es el delito, sus elementos positivos que lo conforman, definiciones doctrinarias y legal del delito de Adulterio y por último se hace referencia a los elementos personales, materiales y psicológicos que intervienen en la comisión del Adulterio.

En el cuarto capítulo se trata lo relacionado al delito de Adulterio desde el punto de vista de la legislación guatemalteca, haciéndose referencia a la definición legal de dicho delito, como también a la pena que se le impone al infractor de esta norma, la forma de agravación de la pena, el bien jurídico tutelado, y la incidencia jurídica en el orden civil del delito de Adulterio.

II

En el quinto capítulo se hace un pequeño análisis jurídico general del proyecto del nuevo Código Penal, haciéndose una comparación con nuestra ley penal vigente, así como un breve análisis jurídico de la figura del Adulterio tal como lo regula nuestra ley penal. Es menester señalar que la doctrina y las legislaciones de otros países han seguido regulando el delito de adulterio, dejándolo tipificado como un delito que protege a la institución de la Familia, posición que no adopta el proyecto del nuevo Código Penal elaborado por el señor Alberto Martín Binder, en virtud que lo desaparece totalmente, sin dejarlo inmerso en otro delito, como en el caso del Incesto que lo incluye en un apartado de los delitos contra la intimidad.

Finalmente, en el capítulo sexto, se enfoca el Adulterio desde el punto de vista Cristiano, Moral y Jurídico; reafirmandose así la necesidad de que éste delito figure en el proyecto del nuevo Código Penal.

EL AUTOR

CAPITULO I

LA FAMILIA

1. ANTECEDENTES HISTORICOS:

El hombre desde un principio no ha podido vivir aislado, siempre ha necesitado de una compañía para poder desenvolverse en las diversas relaciones sociales, jurídicas, etc.. y realizar los fines para los que fue creado; Desde un Punto de vista Bíblico, cuando Dios formó al hombre del polvo de la tierra, y sopló en su nariz aliento de vida y fue el hombre un ser viviente, hasta nuestros días, el hombre necesita de una compañía o sea de personas idóneas para poder sobrevivir en este mundo. Tal y como se manifiesta Dios en Génesis 2:18 al indicar que: "No es bueno que el hombre este sólo; le haré ayuda idónea para él, por lo que en principio podríamos asegurar que la FAMILIA no es una institución formada por el hombre, sino que Dios mismo la establece.

En Génesis 1:28 al referirse al varón y hembra, se indica que Dios los bendijo y les dijo "Fructificad y Multiplicaos, llenad la tierra, y sojuzgadla... Dios da la primera bendición a la familia, por lo que la familia desde un principio cuenta con la bendición del Ser Supremo. Esta afirmación nos hace ver que la familia esta basada en un hombre y una mujer, que se unen con el ánimo de permanecer juntos y con los fines de fructificar y multiplicarse, por lo que podríamos inferir que la base sobre la cual esta asentada la familia, es el Matrimonio.

El hombre por sí solo, no puede perpetuar la especie y durante los primeros años de su vida no puede por sí mismo atender a su subsistencia. El autor Puig Peña, hace alusión al tema, al señalar que "la perfección del hombre no puede alcanzarlo buscando un complemento cualquiera, de alcance mediató y transitorio, ni acudiendo al organismo político, sin espíritu ni cálido aliento, preciso de un órgano natural que llene cumplidamente los vacíos de la imperfección y éste no puede ser otro que la Familia, institución que vive a través de los siglos en una marcha incesante de continuada pujanza y que subsiste por imperativa necesidad de la naturaleza misma."¹ .

Al hacer una abstracción del concepto de Familia, resulta un poco difícil el poder establecer una definición (enumeración de las cualidades y carácter de un concepto). Algunos tratadistas la enuncian señalando que hay definiciones que se denominan de carácter popular, por ejemplo, cuando se dice que la familia "Es un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y vida" y otros señalan que el concepto propio de familia es, cuando se le relaciona con los vínculos de la sangre, "La familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre" ² . Para Francisco Messineo, la familia "Es el conjunto de dos o más individuos que van ligados entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e

¹ Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. t.v., vol. v, pág 7.

² Brañas, Alfonso. Manual de Derecho Civil. 1987, t.I. Pág 104.

indivisible, de matrimonio, parentesco o de afinidad, y que constituye un todo unitario³.

Para Puig Peña, la Familia "Es aquella institución que, asentada sobre el Matrimonio, enlaza en una unidad total, a los cónyuges y sus descendientes para que, presidida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y el respeto, se dé satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida."⁴

1.1 DEFINICION:

Del análisis de las definiciones citadas y lo expuesto, he elaborado la siguiente definición, diciendo que Familia "Es la institución basada en el matrimonio y caracterizada por los vínculos de sangre que une a los cónyuges, y sus descendientes, para que cumplan el fin de la procreación de la especie humana, teniendo como elemento preeminente el amor para realizarlo."

2. SU IMPORTANCIA:

La familia es una institución natural; su presencia se verifica por el hecho mismo de ser representante del género humano. La institución familiar es anterior a todo precepto normativo estatal, su aparición lleva el signo privilegiado de la representación de origen de toda norma existente.

³ Cit. por Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano t.II, Vol. I. Pág. 33.

⁴ Puig Peña, Federico, ob. cit. t.v. Pág. 8.

La importancia de la familia se hace evidente, no sólo para la persona individual, sino también para la sociedad. Esta última tiene por tal razón el deber de protegerla, conservarla y velar contra toda corriente que atente contra las leyes fundamentales de su naturaleza. Los efectos de negligencia e irresponsabilidad familiar, con frecuencia se hacen notar por manifestaciones diversas o afectos, como lo es el estado de indigencia, enfermedades, vagancia, la criminalidad, falta de sana orientación y formación de los niños, en fin todos los males que pueden ser causa de la ruina prematura del niño. Esta situación llega a tocar los cimientos morales de la sociedad, así como sus intereses económicos.

La familia constituye el mejor ambiente biológico y emocional para el ser humano, desde el momento que da lugar al nacimiento de otros seres, determina su designio de ser los continuadores de la sociedad, oportunamente; su preocupación es el mantenimiento del orden social, sin el cual no podría ser posible la existencia.

Evidentemente, la familia, no sólo genera los nuevos seres o personas que harán posible la supervivencia de la raza, sino que los hará depositarios para su transmisión, de los principios morales reconocidos, cuya ausencia haría naufragar la paz y los medios de subsistencia.

Si en la niñez y en la juventud del hombre, constituye la familia el medio más poderoso de educación, también lo es que ejerciendo su influencia moral sobre el hombre, le sirve de guía en la senda del deber, atracción hacia el camino de la virtud y la dignidad, en determinados casos su preocupación puede colocarla en posible situación de sacrificio; cualidades que la elevan y la ennoblecen.

Se constituye la familia, como la depositaria y medio de transmisión de las tradiciones sociales y políticas del conglomerado, que van pasando de generación en generación. Para la mayoría de las personas, la familia constituye el elemento esencial de la virtud y de la felicidad, cuyos efectos se manifiestan desde el comienzo de la vida, cuando ocurre la modelación inicial, prosiguiéndose en los años sucesivos, hasta completar esta fase en la edad adulta, cuando se supone que se habrá alcanzado la formación más o menos completa. Esta situación capacita a los jóvenes para figurar como continuadores del cometido natural y formación de la siguiente generación.

El índice del haber moral de una nación, esta en íntima relación del respeto y la observancia que se tenga de las normas familiares. La familia, como se ha dicho, debe formar al individuo, debe transmitirles sus aportaciones, debe ser el medio al hombre para su desenvolvimiento vocacional, y deben prevalecer los principios sanos. La familia establece un sistema de protección contra las influencias exteriores no aceptadas socialmente. Para finalizar este apartado

solamente diré que la formación de una buena familia, significa para un hombre y una mujer, una de las mayores satisfacciones de su vida. Lo expuesto afirma el concepto de que no hay institución alguna por perfecta que parezca en sus funciones que pueda sustituir la función familiar.

3. EL DERECHO DE FAMILIA:

La familia juega un papel muy importante, en las relaciones jurídicas del individuo, consecuencia en gran medida de su situación familiar, precisa entonces de una ordenación, de un disciplinamiento, de un conjunto de normas y disposiciones, que integran el Derecho de Familia.

Nuestra Carta Magna (Constitución Política de la República de Guatemala) en su artículo 47 hace alusión a la familia, indicando que, el Estado de Guatemala garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos. Fundamentándonos en este artículo, podemos afirmar, que la familia tiene carácter constitucional. Con respecto a su organización, nuestra Constitución la regula dando bases fundamentales para su organización, siendo su base legal el matrimonio.

3.1 DEFINICION:

Al hablar de la familia, lo podemos hacer en un doble sentido; así en sentido Objetivo, se dice que el derecho de familia es "El conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución". En sentido subjetivo, el derecho de familia se refiere o se dice que "Son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar. De lo anterior podemos inferir que el Derecho de familia es una parte del Derecho Civil; "Como un conjunto de normas jurídicas que regulan a la familia, con respecto a sus derechos y deberes dentro del papel que juega esta institución en toda la sociedad".

Hay diversidad de normas que forman el Derecho; normas de cultura, valores morales o éticos y las normas de conducta social que el Estado desee mantener, para la convivencia social, las cuales deben estar contenidas en normas jurídicas basándose en estas normas, se elaboran figuras penales o se tipifican los hechos que vayan contra ellas, en protección, como un escudo a los ataques que el ser humano pueda hacer a tales normas jurídicas, contenidas en todo un ordenamiento jurídico, que contiene categorías conforme la axiología jurídica. Así, podemos decir que la Institución de la Familia, esta protegida por un ordenamiento jurídico que la regula, como mencionamos anteriormente, nuestra Carta Magna la regula dentro de los Derechos Sociales en el Capítulo II Sección Primera, en su artículo 47. Este precepto lo desarrolla el Código Civil, Decreto

Ley 106, en forma unitaria en el título II del libro I, que en los respectivos capítulos regula el matrimonio, la Unión de Hecho, el parentesco, la Paternidad y Filiación Matrimonial y Extramatrimonial, La adopción, la Patria Potestad, Los Alimentos, La Tutela, El Patrimonio Familiar y Registro Civil, contenido en los artículos 78 al 441.

Nuestro Código Penal, en su Parte Especial en el Título V del Libro Segundo regula los delitos contra el Orden Jurídico Familiar, donde regula en sus respectivos capítulos, la Celebración de Matrimonios Ilegales, El Adulterio y Concubinato, Del Incesto, De los delitos contra el Estado Civil y del Incumplimiento de Deberes. Contenido en los artículos del 226 al 245 de dicho Código.

El Estado en su afán de proteger valores relativos a la convivencia social y en este caso la institución de la familia, ha creado tipos penales, en protección al ordenamiento jurídico. Lo relevante, y a lo que se dirige el presente trabajo, es que la ley penal, trata de proteger la institución de la Familia a través de la tipificación de diversos delitos, dentro de los cuales especialmente se encuentra el delito de ADULTERIO, objeto del presente estudio.

4. NATURALEZA JURIDICA:

En la mayoría de las legislaciones, la familia ha sido considerada como parte medular del Derecho Civil, es decir del Derecho Privado. Sin embargo, en los últimos tiempos, varios tratadistas indican que la naturaleza privada de la familia no es muy correcta.

El tratadista Italiano Antonio Cicu, al tratar de determinar el lugar que corresponde a la familia; disiente de la concepción tradicional de ubicarlo en el Derecho Privado y señala que el Derecho de Familia debe ser estudiado fuera de ese campo del Derecho ya que en el Derecho de Familia la relación jurídica tiene los caracteres de Derecho Público: Interés Superior, y voluntad convergente a su satisfacción, ya que la familia no se presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella, sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, a quienes se les confiere funciones temporales, y a veces accidentales, siendo designados a priori las personas a las cuales se les encomienda.

Sin embargo, Cicu manifiesta que el Derecho Público es del Estado y de los demás entes públicos; el Derecho de Familia no es derecho público, pues la familia los intereses que cuida, no son como en los entes públicos, intereses de la generalidad, por tanto el Derecho de Familia, continúa diciendo Cicu, se le podría asignar un lugar independiente entre el Derecho Público y el Derecho Privado, es decir que la bipartición tradicional del Derecho, podría ser sustituida por una

tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público.⁵

Estas ideas si bien es cierto tienen particular interés, en cuanto a la familia, es necesario establecer que

las disposiciones relativas al Derecho de Familia han de mantenerse dentro del campo del Derecho Privado, pues si bien es cierta la ingerencia estatal en asuntos concernientes a la esfera de la familia en los últimos años, no significa necesariamente que las normas fundamentales relativas a la familia tengan el carácter público, así como tampoco haya necesidad de ampliar a tres las dos tradicionales ramas del derecho.

No se debe equivocar que la familia en sí y las relaciones que de ella se derivan, pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposibles de adecuarse con certeza en el radio de acción del Derecho Público.

⁵ Cit. por Rojina Villegas, Ob. Cit. t. II, Vol. I, Pág. 16 y 19.

CAPITULO II

EL MATRIMONIO

1.- DEFINICION:

Numerosas han sido las definiciones que los tratadistas han formulado respecto del Matrimonio; entre las más relevantes tenemos la de Rafael Rojina Villegas, quien señala que "El Matrimonio, se presenta como una manifestación libre de voluntades entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y reproducir la especie".⁶ José Castán Tobeñas, lo define así: "Matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer para la plena y perpetua comunidad de existencia."⁷ Podría seguir enumerando diferentes definiciones que se encuentran en la doctrina, pero no es objeto de este trabajo.

A mi parecer, la definición que llena los requisitos esenciales del matrimonio, es la definición que contiene nuestro Código Civil, Decreto Ley 106, al enunciarla en el

artículo 78 de la siguiente manera: "El Matrimonio es una Institución Social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre

⁶ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. t. I, Pág. 278.

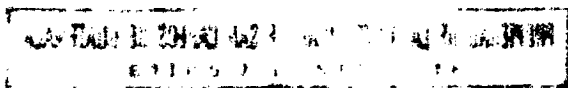
⁷ Castán Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Formal. t.V, Pág. 104.

sf". Es imperativo mencionar que el Matrimonio en Guatemala tiene carácter Constitucional, ya que nuestra Carta Magna en el Título II referente a los Derechos Humanos en el capítulo II respecto a los Derechos Sociales en su Sección Primera sobre la familia, en el artículo 49, establece que el Matrimonio puede ser autorizado por Alcaldes, concejal, Notario en ejercicio y Ministro de culto facultado por la autoridad administrativa correspondiente.

Al hablar del matrimonio es conveniente traer a colación las figuras del matriarcado y patriarcado ya que por la importancia jurídica que estas instituciones merecen, es de gran trascendencia el mencionarlas; por lo que el diccionario de Manuel Ossorio de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales las enuncia de la siguiente manera: **MATRIARCADO**: estructura social que representó, dentro de la evolución de la humanidad, un tipo de organización familiar y posiblemente clásico, caracterizado por el predominio femenino, encarnado en la figura de la madre mayor. Se dio en ciertas etapas históricas de estabilidad, sobre todo en los pueblos primitivos, agrícolas y sedentarios.

Este "privilegio uterino" se extendía al hermano de la madre, que en muchas tribus cumplía también la función de padre. Es decir que la autoridad en una familia se ejercía por la madre.⁸

⁸ Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pág. 452.



Dicho autor al referirse al PATRIARCADO, nos manifiesta que según la Academia de la Lengua, es la organización social primitiva en que la autoridad se ejercía por un varón jefe de cada familia, extendiéndose ese poder a los parientes aún lejanos de un mismo linaje. o sea representa una institución opuesta al Matriarcado. Según este autor el Patriarcado no debe confundirse con la familia paternal de nuestros días.⁹

2. NATURALEZA JURIDICA:

Existe diversidad de criterios para determinar la Naturaleza Jurídica del Matrimonio, lo que sí es cierto es que nadie discute la importancia del Matrimonio como principal generador y coordinador de la Familia. Entre los principales criterios que se han enunciado para determinar la naturaleza jurídica del Matrimonio están los siguientes:

1. CRITERIO QUE CONSIDERA QUE EL MATRIMONIO ES UN CONTRATO:

Este criterio se origina en la Iglesia Católica, a finales del imperio Romano, en contraposición a la bigamia, es decir se propugnó porque el matrimonio debía celebrarse forma pública, ante un párroco y en presencia de testigos, lo que vino a darle una concepción contractual, acogida por la Revolución Francesa; se trata en todo caso de un contrato especialísimo, en el que el elemento esencial es el

⁹ Idem. Pág. 554.

consentimiento. A este respecto disiento de tal criterio, puesto que no se dan en el Matrimonio las características propias del contrato, el Matrimonio genera obligaciones morales no patrimoniales; y la entrega recíproca de dos personas no pueden ser objeto de contrato.

2. CRITERIO QUE CONSIDERA QUE EL MATRIMONIO ES UN ACTO JURIDICO:

Este criterio, señala que se distinguen en el Derecho, los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos, los primeros se realizan por la intervención de los particulares; los segundos por la intervención exclusiva de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. Entonces el Matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el funcionario público en representación del Estado.

El órgano estatal en este caso desempeña un papel importante, pues si se omite la declaración de dicho órgano, el matrimonio no nace a la vida jurídica. Este criterio, adolece de falta de precisión, si el matrimonio considerado nada más como negocio jurídico, quedaría unido a una serie de actos de esta clase, más sin entrar

al fondo, a la esencia de su naturaleza jurídica, por lo que puede decirse que este criterio es primordialmente formalista.

3. CRITERIO QUE EL MATRIMONIO ES UNA INSTITUCION:

La doctrina se inclina a favor de este criterio; se señala que el Matrimonio, constituye una verdadera institución por cuanto que los diferentes preceptos que regulan el acto de su celebración, establecen elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, que persiguen una misma finalidad al crear un estado permanente de vida, que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas. La palabra Institución se emplea, respecto del Matrimonio, en el sentido de una situación o estado regido por un conjunto especial de reglas impuestas por el Estado. Es de vital importancia señalar que nuestra legislación se inclina por este criterio, pues en nuestro Código Civil se establece que el Matrimonio es una institución social.

Según la Biblia, la mujer fue creada para ayuda idónea del hombre y de éste Dios tomó una de sus costillas, y cerró la carne en su lugar, en Génesis 2:23 señala que Adán dijo entonces; Esto es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; esta será llamada Varona por que del Varón fue tomada, y en el mismo libro se señala que el hombre dejara a Padre y Madre y se unirá a su mujer y serán una sola carne. Por lo que la Biblia también instituye como un estado permanente de vida al Matrimonio.

3. CLASES DE MATRIMONIO:

A) EN LA HISTORIA: El Matrimonio a través de la historia ha sufrido diversas transformaciones, al hacer una reseña histórica podemos darnos cuenta de sus diferentes clases, por ejemplo se distinguen:

1. PROMISCUIDAD PRIMITIVA: En esta etapa se da una convivencia en común, en espacio único y reducido, san las más elementales separaciones entre Padre e hijos o entre hermanos, se impedía determinar la paternidad y, por lo tanto la organización social de la familia se reguló siempre en relación con la madre, a lo que se le denominó Matriarcado.

2. MATRIMONIO POR GRUPOS: Esta clase de matrimonios se presenta como una forma de promiscuidad atenuada. Los miembros de una tribu no podían contraer matrimonio, por lo que tenían que buscar la unión sexual con mujeres de una tribu diferente, en esta clase de matrimonio que más tarde se celebran por grupos o sea matrimonios colectivos predominó también el matriarcado.

3. MATRIMONIO POR RAPTO: Seguidamente, debido al origen de las guerras y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas, aparece esta clase de matrimonio. Aquí la mujer era considerada, como parte del

botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquirirían en propiedad a las mujeres que lograban arrebatar al enemigo, de la misma forma en que se apropiaban de tesoros y animales.

4. MATRIMONIO POR COMPRA: En esta clase de matrimonio, la mujer es comprada, considerándose como un objeto por el hombre, la adquiere como un derecho de propiedad sobre ella, quien se encuentra totalmente sometida a su poder, dando con ello origen a la Monogamia. La familia se organizó reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, se reconoce la Patria Potestad, es decir un poder absoluto e ilimitado del Padre de Familia sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar.

5. MATRIMONIO CONSENSUAL: Por último se presenta el matrimonio como una manifestación, libre de voluntad entre hombre y mujer que se unen para constituir un estado permanente de vida y perpetuar así la especie, de esta clase de matrimonio surge la idea del matrimonio moderno.

B) EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA:

En nuestra legislación, podemos clasificar el matrimonio dependiendo del Funcionario que lo autoriza; en Guatemala, ya no se plantea el problema de que si el Matrimonio Civil es antes que el Religioso o viceversa o si uno u otro tienen solamente efectos jurídicos, o si existe un sistema Mixto, que deje la facultad a los

contrayentes de decidir cual sistema utilizar para dar vida jurídica al Matrimonio. La doctrina plantea esta polémica de acuerdo a las diferentes legislaciones de cada país. Nuestra Constitución Política de la República establece que el matrimonio puede ser autorizado por Alcaldes, concejales, Notarios en ejercicio y Ministros de Culto, facultados por la autoridad administrativa, por lo que nuestra legislación deja abierta la posibilidad de que el matrimonio, denominado Civil pueda ser autorizado por las personas antes mencionadas.

1. MATRIMONIO AUTORIZADO POR FUNCIONARIO DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA:

Nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 49 señala que el matrimonio, puede ser autorizado por los alcaldes o concejales y el artículo 92 del Código Civil, decreto ley 106 establece que el matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces. Esto quiere decir que en nuestra sociedad guatemalteca, la autoridad administrativa encargada de celebrar el matrimonio Civil, es el alcalde Municipal competente, de la residencia de cualquiera de los contrayentes, quien recibirá bajo juramento de cada uno de ellos el consentimiento de contraer matrimonio.

2. MATRIMONIO AUTORIZADO POR UN MINISTRO DE CULTO:

Nuestra Carta Magna también señala que el Matrimonio puede ser autorizado por un Ministro de Culto facultado por la autoridad administrativa

correspondiente y el Código Civil en el artículo 92 también señala que puede autorizar el matrimonio, el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad, otorgada por la autoridad administrativa que corresponde, o sea el Ministerio de Gobernación, el cual lleva un libro donde deben inscribirse los ministros de culto, para poder autorizar el matrimonio.

3. MATRIMONIO AUTORIZADO POR UN NOTARIO: El Notario según nuestra legislación penal es considerado como un Funcionario Público, tal como lo establece el Artículo 1 de Disposiciones Generales del Código Penal en el numeral segundo, cuando señala que los Notarios serán reputados como Funcionarios cuando se trate de delitos que cometan con ocasión o con motivo de actos realizados en el ejercicio de su profesión. Lo que se hace referencia en este trabajo con respecto al Notario, es que no es un funcionario público, sino que está encargado de una Función Pública por ser un depositario de la Fe Pública que el Estado le delega para dar validez a los hechos y actos que presencia o que le constan. Nuestra Constitución Política de la República también faculta al notario para autorizar el matrimonio, así como nuestro Código Civil, al establecer que el Matrimonio debe autorizarse por un Notario Hábil legalmente para el ejercicio de su profesión, en su artículo 92 del Decreto Ley 106.

4. IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO:

Al referirnos a los impedimentos absolutos para contraer matrimonio, queremos hacerlo desde el punto de vista de lo que establece nuestra legislación, en este sentido el artículo 88 del Código Civil, señala que tienen Impedimento absoluto para contraer matrimonio: 1. Los parientes consanguíneos en línea recta y en la colateral, los hermanos y medio hermanos; 2. Los ascendientes y descendientes que hayan estado ligados por afinidad; 3. Las personas casadas y las unidas de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras no se haya disuelto legalmente esa unión. El efecto que tendría un matrimonio celebrado con alguno de estos impedimentos, es el de ser insubsistente, es decir que no nace a la vida jurídica, simplemente no existe.

CAPITULO III

EL DELITO DE ADULTERIO

1. EL DELITO:

DEFINICION:

Hay diversidad de criterios respecto a lo que es Delito y muchos tratadistas del Derecho Penal, dan distintos enfoques al respecto, que van desde lo filosófico, a lo naturalista. Anteriormente al Delito se le daba una valoración objetiva, castigándosele en relación al daño causado, lo que importaba era quién causaba el daño, por lo que se llegó hasta el punto de juzgar a los muertos y a las cosas inanimadas, como las piedras.

Fue hasta en Roma donde aparece por primera vez la valoración subjetiva del Delito, pues se juzgaba la conducta antijurídica atendiendo a la intención (dolosa o culposa) del agente, regulándose así actualmente. Con respecto a la definición del Delito, hay diferentes definiciones de tratadistas, entre las más relevantes están la que dice que DELITO: " Es la acción humana antijurídica, típica, culpable sancionada por la ley" ¹⁰.

Una de las definiciones mas completas es la del ilustre tratadista Guatemalteco Jorge Alfonso Palacios Motta, al definir el Delito de la siguiente manera: " El delito es un acto del hombre (positivo o negativo) legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un sujeto responsable en ocasiones previa determinación de

¹⁰ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal Parte General,t.I Pág.282.

condiciones objetivas de punibilidad y al cual se le imponen una pena y/o medida de seguridad" ¹¹ . Por otra parte es necesario indicar que nuestro Código Penal en su parte General, no define lo que es delito.

2. ELEMENTOS DEL DELITO:

Al hablar del Delito es menester referirse a los elementos que lo integran.

2.1 LA ACCION:

Algunos tratadistas al referirse a este elemento, también le denominan Conducta Humana. Puede decirse que acción, es la manifestación de la conducta humana, que causa una modificación en el mundo exterior y que esta prevista en la ley.

Al derecho Penal le interesa, la causa que tiene su nacimiento, en la conducta humana, debido a que entre ésta y el resultado delictuoso, debe existir una relación de Causa Efecto; es decir, debe existir una conexión directa entre la conducta del hombre y el resultado. Al respecto nuestro Código Penal en su artículo 10 señala que: Relación de Causalidad. " Los hechos previstos en las figuras delictivas serán

¹¹ Palacios Motta, Jorge Alfonso. Apuntes de Derecho Penal: Primera y Segunda Parte. Pág.35.

atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencias de determinada conducta.

2.2 LA TIPICIDAD:

Puede decirse que, es la condición sine qua non para señalar de criminal, alguna conducta humana. Al referirme a la Tipicidad debo hacer alusión al Tipo, diciendo que éste no es más, que la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana, reprochable y punible, por lo que al establecerse el Tipo y al adecuarse una conducta humana al tipo establecido en la ley, se da a la luz la Tipicidad, ósea la encuadrabilidad de la conducta humana a la abstracta descripción que señala la norma, siendo la Tipicidad, presupuesto necesario de la Antijuridicidad.

Nuestra ley penal se refiere a este elemento en el artículo 10. del Código Penal, al señalar: Principio de Legalidad. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración. Es necesario el Tipo legal para poder señalar una conducta determinada, como delito o falta, ya que si se realiza una conducta que sea reprochable, pero que no este prevista en el ordenamiento sustantivo penal, no surge el delito a la vida jurídica.

2.3 LA ANTIJURIDICIDAD:

Este elemento implica una confrontación entre la conducta humana y lo que la ley penal pretendía que se realizase. Es antijurídica la conducta contraria al derecho. Este elemento se pone de manifiesto en el ataque que ocasiona la conducta humana a la norma penal o sea, la conducta socialmente dañosa que lesiona el Bien Jurídico Tutelado o protegido por el Estado. Por eso la antijuridicidad encuentra siempre su expresión en un juicio de valor, pues se declara que la conducta no es aquella que el derecho demanda, no es conforme a derecho. Los elementos que integran la antijuridicidad son: 1. La Tipicidad: Debe existir una norma descriptiva de la conducta que atenta contra un interés jurídico tutelado, contenido en el ordenamiento jurídico. 2. El Bien Jurídico Tutelado: El interés jurídicamente protegido por el derecho debe ser atropellado o sometido a peligro de lesión.

2.4 LA CULPABILIDAD:

Se refiere a la voluntad del sujeto para realizar la acción delictiva a título de dolo o culpa. Puede decirse que es el comportamiento consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche debido a que el sujeto actúa en forma antijurídica, pudiendo o debiendo actuar de otra manera.

La culpabilidad se manifiesta a través de dos formas radicales y opuestas y una intermedia. Las dos formas son: 1. DOLO: Que es la acción que ha sido provocada en forma intencional, al respecto nuestro Código Penal señala en el artículo 11, que el delito es doloso, cuando el resultado ha sido previsto o cuando, sin perseguir ese resultado, el autor se lo presenta como posible y ejecuta el acto. 2. CULPA: Es el acto que se haya rodeado por la imprudencia, negligencia o impericia en el sujeto activo. Nuestro Código Penal al referirse al delito culposo en el artículo 12, manifiesta que el delito es culposo cuando con ocasión de acciones u omisiones lícitas, se causa un mal por imprudencia, negligencia o impericia, estableciendo además que solo son punibles los hechos culposos en los casos expresamente determinados por la ley.

Con respecto a la forma intermedia de la culpabilidad, que es la preterintención, que surge cuando se ha producido un resultado dañoso mayor del que originalmente se perseguía ocasionar el sujeto activo. Al respecto nuestro Código Penal, hace alusión a ésta clase intermedia de la culpabilidad en el Título IV, de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal en el capítulo I de las circunstancias atenuantes, en el artículo 26 numeral 6, al señalar que la preterintencionalidad, es no haber tenido intención de causar un daño de tanta gravedad, como el que se produjo.

2.5 LA IMPUTABILIDAD:

La imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente y en principio se reconoce esa capacidad a todo hombre por el hecho de que es un ser inteligente, es decir, es la capacidad de comprender la conducta típica y antijurídica que se está realizando, por lo que puede decirse que es un concepto Psicológico que cobra vida en el personaje del delincuente.

Es el elemento previo, mas importante de la culpabilidad, ya que el sujeto activo del delito antes de ser culpable tiene que ser imputable, es anterior al delito. El estado imputable es anterior al delito, mientras la responsabilidad nace en el momento de la comisión, por lo que imputabilidad es una posibilidad y la responsabilidad es una realidad.

2.6 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD:

La ley en determinados casos exige como requisito para que el hecho sea punible, determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito e independientes de la voluntad del hombre o sea condiciones de punibilidad. El autor guatemalteco Palacios Motta considera que las condiciones objetivas de punibilidad, no constituyen un elemento del delito, porque son elementos de la tipicidad y que consisten en presupuestos procesales en ciertas circunstancias requeridas por la ley, aunque este punto es objeto de discrepancia en la doctrina. También este mismo autor nos manifiesta que se le denominan condiciones objetivas de penalidad.¹²

¹² Palacios Motta, Jorge Alfonso. Apuntes de Derecho Penal: Primera y Segunda Parte. Pág.44.

Podemos considerar que las condiciones objetivas de Punibilidad consisten en ciertas circunstancias de carácter extrínseco a la acción delictiva, que son requeridos para la configuración total de delito y de esta manera sancionar al autor de la infracción tipificada, debiéndose hacer referencia a tales circunstancias. La independencia de las condiciones objetivas de punibilidad de la acción delictiva estriba que éstas no se manifiestan en la acción, sino que constituyen aspectos complementarios del tipo, en relación con el sujeto agente, condiciones o circunstancias propias del momento en que aquellas se realicen, un ejemplo es el artículo 348 del Código Penal, en el cual la condición objetiva se encuentra determinada por la circunstancia de que el sujeto activo -comerciante-, haya sido declarado en quiebra fraudulenta, sino existe esa condición no se le puede sancionar.

2.7 LA PUNIBILIDAD COMO CONSECUENCIA DEL DELITO:

La conducta humana, típicamente antijurídica y culpable, para que constituya delito se requiere que esté sancionada con una pena o medida de seguridad, de ésta manera la Punibilidad resulta ser elemento del delito, pero lo cierto es que todos los elementos se complementan entre ellos, por lo que sería difícil señalar cual es el elemento mas relevante o trascendental, en virtud del cual su estudio tendrá que hacerse complementadamente.

Los fines de la pena se han señalado que tienen un fin retributivo (Teoría absoluta) pues debe haber un castigo como consecuencia del delito cometido, como un acto de justicia; otros dicen que tiene un fin de prevención (Teoría Relativa) y su objetivo primordial es la prevención de los delitos, sin embargo cualquiera que sea la posición que se mantenga, la pena siempre tiene un fin primario y general, que es la prevención de los delitos.

3. DEL ADULTERIO:

ANTECEDENTES HISTORICOS:

Al hacer una reseña histórica, debo antes señalar que la etimología de la palabra adulterio, viene del latín ALTERIUS Y TORUS, que significa, en romance como lecho de otro; porque la mujer es contada por el lecho de su marido, y no él de ella. ¹³

A través de casi todas las legislaciones el adulterio aparece castigado ya sea como delito privado o público (según el caso), otorgándole al marido el derecho de castigar a la mujer y al cómplice o codeincuente con penas que variaron en intensidad y en severidad hasta la muerte inclusive. En algunos pueblos el adulterio no se castigaba, considerándolo un deber obligado derivado de la hospitalidad, mientras que en Atenas el marido ofendido podía dar muerte al amante o exigirle

¹³ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Pág.531.

fuerte indemnización; a la mujer no se le penaba más que con la vergüenza de su deshonra.

En Esparta, según los autores, no se conoció este delito, afirmándose que por el contrario hasta era justificado en el caso de marido estéril o impotente. Por su parte los egipcios acostumbraban la muerte del amante y mutilación de la nariz de la mujer, y en la india la mujer era devorada por los perros en la plaza pública, dándosele muerte al amante.

Los hebreos decretaban muerte para los adúlteros (mujer y amante) por lapidación. Solamente delinquía la mujer infiel a su marido y no a la inversa. Los elementos para que se presumiera cometido éste fueron rigurosos, bastaba el hecho de estar a solas con un hombre por breve tiempo. En los aztecas la pena era la lapidación y en las tribus de Venezuela y Colombia la mujer era considerada como "cosa propia del marido" equiparaban el delito del adulterio al robo, castigándolo con la muerte.¹⁴ El derecho incaico penaba con la muerte a la adúltera y el destierro al marido uxoricida.

El derecho Romano merece especial atención por la serie de variantes que sufrió a través de su historia, tanto la tipificación como la pena del adulterio. El derecho Romano primitivo no penó el adulterio de la mujer, pero admitió que el marido la castigara como quisiera; era el dueño de la acción y el encargado de

¹⁴ Enciclopedia Jurídica OMEBA Pág.532.

aplicar la pena. Luego llegamos a la LEX JULIA DE ADULTERIIS que lo convierte en un delito público (seguimos siempre con el adulterio de la mujer) aplicando penas muy severas y sujeto de acusación por todos los ciudadanos, con disposiciones tales como: "La acción para perseguir a la mujer adúltera prescribía a los cinco años, y no podía ejercerla si había habido connivencia del marido, pues en tal caso éste era indigno y se hacía reo de delito. La acción se extinguía si había reconciliación (presumida si no arrojaba de su lado a la adúltera)".¹⁵

Como ya se dijo, en los tiempos primitivos la pena era la muerte para la mujer a manos del marido; durante la República fue el destierro, y mas adelante la relegación. En Constantino se ve un giro considerable, puesto que decreta pena capital de nuevo para el adulterio, pero extendida al adulterio del marido, siendo uno de los contados indicios de que se aplica la ley de una manera mas equitativa. Finalmente nos encontramos con Justiniano quien de nuevo cambió la pena de muerte para la mujer adúltera por la de azotes y reclusión en un monasterio, pudiendo el marido redimirla. En cuanto al codelincuente o cómplice de la mujer la pena no varió; era la muerte. El Derecho canónico establece que cometen adulterio ambos cónyuges, tanto el hombre como la mujer infiel.

El derecho penal Español (de indiscutible influencia en nuestro sistema legal) sufrió un proceso en cuanto al adulterio, más o menos paralelo al derecho Romano:

¹⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. Pág. 532.

a) El marido ofendido podía hacer lo que quisiera de los adúlteros incluso matarlos, y los bienes pasaban a su poder (sino habían hijos legítimos). Podía asimismo, perdonar a la adúltera reconciliándose con ella, y la connivencia del hombre en la conducta de su mujer hacían que no pudiera ejercitar la acción persecutoria.

b) Consideraban el dolo como figura esencial por lo que no sancionaban el adulterio por violencia o por error.

c) Declaraba impune el adulterio del marido; la esposa ofendida por el mismo hecho no podía acusar al marido de adulterio, dando como base legal la siguiente razón: " pues que los daños y las deshonras no son iguales" ¹⁶ .

4. DEFINICION DEL DELITO DE ADULTERIO:

El adulterio como delito ha suscitado controversias entre los juristas que lo han hecho motivo de estudio. Existen varias definiciones de lo que es el adulterio, de las cuales podemos mencionar:

" Unión sexual ilícita de una persona casada con una persona distinta de su propio cónyuge" ¹⁷ "Ayuntamiento carnal de hombre con mujer, que implica violación de la fe conyugal por parte de cualquiera de ellos o de los dos a un tiempo" ¹⁸ .

¹⁶ Enciclopedia Jurídica Omeba. Pág. 33.

¹⁷ Maggiore, Giuseppe "Derecho Penal" Pág.136.

" Violación de la conyugal, cometida corporalmente y a sabiendas".¹⁹

" Delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada"²⁰

Salta a la vista la disparidad de criterios que prevalece en lo que a los sujetos activos del adulterio se refiere, pues mientras unos códigos (el nuestro por ejemplo) consideran que el adulterio solo es cometido por mujer casada como figura principal alrededor de la cual gira la tipificación del mismo; otros se inclinan a considerar como .potenciales adúlteros a ambos cónyuges, es decir, que tanto el hombre como la mujer toda vez que estén casados cometen adulterio al incurrir en relaciones sexuales con tercera persona.

Esta última es precisamente la corriente que a la luz de los principios generales del derecho es la mas acertada, y en base a ella diremos entonces que adulterio es: "Relación sexual entre personas de distinto sexo, siendo una de ellas casada con tercero, la cual lesiona la fe conyugal y todos los valores concernientes a un matrimonio, célula primogenia de la sociedad".

5. ELEMENTOS DEL DELITO DE ADULTERIO:

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Española Pág.10.

¹⁹ Enciclopedia OMEBA. Pág. 531.

²⁰ Ossorio, Manuel "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Pág.39.

El ordenamiento Penal Guatemalteco considera que solamente comete adulterio la mujer casada, y para que el delito llegue a configurarse requiere de ciertos elementos:

5.1 PERSONALES:

5.1.1 **ACTIVOS:** mujer casada y hombre que no sea su marido y que conozca perfectamente el estado civil de ella.

Al identificar a los sujetos activos, la ley guatemalteca descarta la posibilidad sugerida por algunos autores de que relaciones sexuales con personas del mismo sexo puedan constituir adulterio. (De darse tal situación, ésta quedaría enmarcada dentro de una figura delictiva distinta). Por otra parte el hombre debe conocer **PERFECTAMENTE** el estado civil de la mujer. Nuestro Código Penal en su artículo 232 coincide con Sebastián Soler quién afirma que no se requiere de la culpabilidad (pero sí de la acción) de ambos codeincentes para que se dé el delito de adulterio, puesto que si el hombre ignora el estado civil de la mujer no hay delito para él; sin embargo para ésta subsiste.

Cabe aquí observar que ha sido causa de un debate más en doctrina la posibilidad de terceros sujetos activos, de cómplices o de encubridores. En este caso autores como Vizmanos y Alvarez al estudiar el derecho español interpretan la

norma de iniciar la acción persecutoria contra ambos culpables como " una restricción impuesta por la ley para la facultad de acusar a otras personas".²¹ .

Corriente opuesta sustenta Pacheco al considerar que SI PUEDE HABER COMPLICIDAD O ENCUBRIMIENTO en el adulterio como en cualquier otro delito al decir que " lo que la ley quiere es que se acuse siempre, cuando menos a ambos culpables".²² Nuestro ordenamiento penal contempla la complicidad y el encubrimiento en sus artículos 37 y 474 al 476 respectivamente, sin ninguna excepción a los mismos; por lo que se infiere que en el adulterio puede haber complicidad y/o encubrimiento tal y como puede suceder con cualquier otro delito.

5.1.2 PASIVO: Es el esposo de la mujer que comete adulterio.

5.2 MATERIALES:

5.2.1 Matrimonio de la mujer preexistente al hecho, aunque después se declare nulo. Entendemos por matrimonio válido el que se haya celebrado llenando todos los requisitos que para el efecto preceptúa el código civil vigente en sus artículos 81 a 87 y 92 a 107 respectivamente, y por lo tanto no es suficiente el matrimonio religioso para que pueda considerarse como dado este elemento.

²¹ Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal. Pág. 244.

²² Fontán Balestra, Carlos. Derecho Penal. Pág. 244.

5.2.2 Acto de yacimiento efectivo y material entre los sujetos activos.²³ .

Al decir acto de yacimiento, algunos autores coinciden en referirse a las relaciones sexuales genitales propiamente dichas, otros son mas específicos al señalar la naturaleza de la relación existente entre los sujetos activos; tal es el caso de Carrara que aún excluye del adulterio el acto sexual antinatural, para quien tales prácticas en nada integran la figura. Por otra parte algunos autores prefieren la expresión **ACOPLAMIENTO SEXUAL**, como Fontan Balestra, quien afirma que tanto el coito en sí como un sustitutivo anormal de él constituyen adulterio: " el contacto de mujer y varón por vaso indebido, constituye, también a nuestro juicio el adulterio, pues admitir lo contrario implicaría limitar la infidelidad conyugal al solo coito natural, lo que resulta absurdo, sin que para ello sean necesarias otras explicaciones.²⁴ .

Posición última que favorece nuestro código, pues si bien es cierto que excluye los actos que con todo y ser voluptuosos o lujuriosos (besos, abrazos, caricias, etc.) si quiere llamárseles así, no llegan a finalizar en unión carnal fisiológica; no limita esta última al coito natural.

Por el contrario se refiere a ella como **YACER**, palabra que describe las relaciones sexuales de una manera amplia que da lugar a muchas interpretaciones.

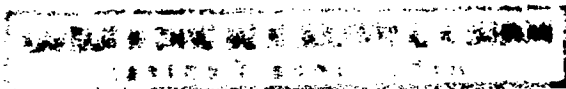
²³ Monzón Paz, Guillermo. Int.D.P.Guat. Pág.109.

²⁴ Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal. Pág.241.

5.2.3 Que el hecho sea voluntario y libre de vicios del consentimiento tales como: imposibilidad de resistir por fuerza o intimidación, mediante engaño, etc, o sea eminentemente doloso. De lo contrario nos encontraríamos ante un típico caso de violación y la esposa pasaría de sujeto activo responsable criminalmente, a víctima de delitos contra la libertad y seguridad sexual.

5.3 PSICOLOGICOS:

Como se mencionó anteriormente, es fundamental que tanto en uno como en el otro sujeto activo, el elemento DOLO se manifieste, que exista la inclinación consciente y voluntaria a cometer el hecho. Es decir, congruencia entre sus actos externos y su estado psicológico; la plena certeza de estar transgrediendo mediante sus actos, normas religiosas, morales, sociales y jurídicas naturalmente.



CAPITULO IV

EL DELITO DE ADULTERIO EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA

I. DEFINICION:

Haré referencia en la definición que reúne las cualidades necesarias para referirse al adulterio. El diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales define al Adulterio de la siguiente manera diciendo que: "Es el delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada".²⁵

Ahora en nuestra legislación sustantiva penal se contiene la definición del adulterio, determinada como un delito contra el orden jurídico familiar, redactándose de la siguiente manera, en el artículo 232 al señalar que: "Comete adulterio la mujer casada, que yace con varón que no sea su marido y quien yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio".

2. PENALIDAD DEL DELITO DE ADULTERIO:

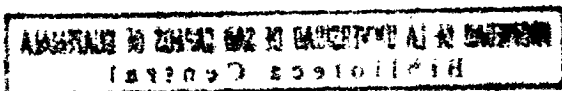
Etimológicamente, pena procede del latín POENA que a su vez se deriva del griego POINE o PENAN que significa, dolor, fatiga y sufrimiento. Se señala que la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una

²⁵ Ossorio, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales". Pag. 39

sentencia, al culpable de una infracción penal, esto quiere decir, que solo el estado puede imponer este castigo, por lo que se infiere, que su naturaleza, es pública y solamente debe sufrirla o recaer sobre el condenado.

Entre los fines de la pena se encuentran, en primer lugar una utilidad social que debe traducirse en la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente. De cualquier modo, la pena es necesaria, considerada indistintamente con su carácter preventivo, como defensa social, como potestad estatal o como reacción social en apoyo al poder público, que sanciona las violaciones al orden jurídico, existiendo consecuentemente algo más que proteger no sólo un valor subjetivo, la moral, sino también el bien jurídico tutelado en cada caso.

Respecto de la punición, que es imponer la pena al responsable de un delito a través de un órgano jurisdiccional, o sea un juez; se mencionan diversas razones que justifican el castigo del delito, en este caso, el delito de adulterio; entre las cuales, se encuentran, la lesión al orden moral y jurídico familiar, cuya conservación y protección requiere la abstención de relaciones sexuales entre las personas limitadas para ello, en virtud de estar casada de conformidad con la ley. A pesar de la grave lesión a la moral y al orden jurídico familiar hay autores que se oponen a la punición de este delito y señalan que solo debe pensarse, de manera



indirecta, por ejemplo, cuando el adulterio acompaña a otro delito, como la violación o el incesto debiéndose considerar en esos supuestos como agravantes.

Otros autores, manifiestan que fuera de un sistemático acto sexual, no entraña grave peligro al Matrimonio y a la Familia, más sin embargo, queda establecido que este delito lesiona el orden jurídico familiar, con lo que afecta el orden social, siendo justificable su punición, como lo establece nuestro código Penal.

En mi criterio además de la imposición de una pena, debería agregarse la imposición de una medida de seguridad, ya que estas son utilizadas por el estado como medios de defensa social, impuestas a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes y que tienen por objeto, la prevención del delito y la rehabilitación del sujeto con posibilidad de delinquir, o sea que, dependiendo de las circunstancias en que fue cometido el hecho, puede aplicárseles a los sujetos alguna medida de seguridad de las que establece nuestro código penal en el artículo 88, entre las cuales se encuentran: 1. Internamiento en establecimiento psiquiátrico; 2. Internamiento en granja agrícola, centro industrial u otro análogo; 3. Internamiento en establecimiento educativo o de tratamiento especial; 4. Libertad vigilada; 5. Prohibición de residir en lugar determinado; 6. Prohibición de concurrir a determinados lugares; 7. Caución de buena conducta.

Con respecto a la pena que establece nuestro código penal para el delito de adulterio, debemos primero hacer alusión a que nuestro ordenamiento en los artículos 41 y 42 divide las penas en principales y accesorias, estableciendo el artículo 41 las penas principales entre las cuales se encuentran: la de muerte, la de prisión, el arresto y la multa. El artículo 42 del mismo código señala que las penas accesorias son: inhabilitación absoluta, inhabilitación especial; comiso y pérdida de los objetos o instrumentos del delito; expulsión de extranjeros del territorio nacional, pago de costas y gastos procesales; publicación de sentencias y todas aquellas que otras leyes señalen.

Nuestro Código Penal sanciona al delito de adulterio, con una pena principal que es la de prisión, al establecer el artículo 232 que en su párrafo segundo: "El adulterio será sancionada con prisión de seis meses a dos años". Esta pena, es conmutable esto quiere decir, que la pena de prisión puede ser substituida, por el pago de cierta cantidad de dinero, tomando como base el artículo cincuenta de dicha ley que contempla la conmutación de las penas privativas de libertad al indicar que: son conmutables: 1. La prisión que no exceda de cinco años. La conmuta se regulará entre un mínimo de veinticinco centavos de quetzal y un máximo de cinco quetzales por cada día, atendiendo a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del penado; 2. El arresto. Ahora el artículo 51 del mismo instrumento legal establece las penas inconmutables, señalando: la conmutación no se otorgará: 1. A los reincidentes y

delincuentes habituales; 2. A los condenados por hurto y robo; 3. Cuando así los prescriban otras leyes. 4. Cuando apreciadas las condiciones personales del penado los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, se establezca, a juicio del juez, su peligrosidad social.

Haciendo un análisis de lo anterior se puede establecer, que el delito de adulterio según nuestra legislación penal puede ser conmutable, pues su penalidad no excede de cinco años, que el máximo que establece el ordenamiento penal, quedando a juicio del juez, conmutar la pena entre un mínimo de veinticinco centavos o con un máximo de cinco quetzales por cada día, esto atendiendo las circunstancias del hecho y a las condiciones personales y económicas del penado. Nuestra Ley es directa y tajante, al señalar que la conmutación no se otorgará a los delincuentes habituales y reincidentes. El código penal en el artículo 27, numeral 23, párrafo segundo, indica que: Es reincidente, quien comete un nuevo delito quien después de haber sido condenado en sentencia ejecutoriada, por un delito anterior cometido en el país o en el extranjero, haya o no cumplido la pena. El artículo 27 numeral 24, párrafo segundo señala que se declarará delincuente habitual, a quien habiendo sido condenado por más de dos delitos anteriores, cometiere otro u otros, en Guatemala o fuera de ella, hubiere o no cumplido la pena.

A mi criterio el Delito de Adulterio no debería ser conmutable, sino que debería cumplirse la pena que establece la ley, pues una desventaja de la conmuta

es, que las personas con influencias políticas o económicas, pueden cometer delitos penados por nuestra ley con pena principal de prisión, pero muchas veces se conmutan las penas impuestas, por lo que el juez debe ser muy cuidadoso al momento de establecer la conmuta.

2.1. BIEN JURIDICO TUTELADO:

Para cumplir con los propósitos de este estudio, es absolutamente imprescindible determinar cual es el bien jurídico que se pretende preservar, amparar; el valor o valores que se consideran susceptibles de sufrir menoscabo o lesión al regular el adulterio.

Puig Peña afirma que: "Hay un patrimonio moral lesionado, pues la infidelidad de la mujer y la conducta del hombre poseyéndola, además de ser una ofensa al sentimiento público de honestidad, ataca directamente la dignidad y honor del marido".²⁶

²⁶ Puig Peña, Federico. "Derecho Penal" Pag. 120.