



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ADULTERIO COMO CAUSAL
DE DIVORCIO Y
ADULTERIO PENAL

BIBLIOTECA CENTRAL

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA LA PASANTE

Silvia Alma Villanueva Castillo



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

Dedicatoria	VI
Introducción	1

CAPITULO PRIMERO RESEÑA HISTORIA DEL ADULTERIO

1. Concepto	4
2. Origen en:	
A. Grecia	6
B. Roma	9
C. Israel	11
D. Edad Media	14
E. España	16
F. Francia	18
G. México	23
3. Naturaleza Jurídica	26
4. Características	31
5. Breves Consideraciones	33

CAPITULO SEGUNDO ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

1. Descripción en Derecho Familiar	35
2. Reglamentación en nuestras legislaciones:	
A. Código civil de 1870	36
B. Código civil de 1884	37
C. Ley sobre Relaciones Familiares de 1917	39
D. Código civil de 1928	43
3. Elementos del adulterio:	
A. Existencia del matrimonio	45
B. Relaciones sexuales con persona distinta a la del cónyuge	47
4. Acción del adulterio	53
5. Pruebas en el adulterio:	
A. Prueba directa	57
B. Prueba indirecta	61
C. Testigos	63

6.	Caducidad en el adulterio:	
	A. Adulterio ocasional	67
	B. Adulterio no ocasional	69
7.	Jurisprudencia	71

CAPITULO TERCERO
ADULTERIO COMO DELITO

• 1.	Concepto	76
2.	Su reglamentación:	
	A. Código penal de 1871	78
	B. Código penal de 1929	84
	C. Código penal de 1931	85
3.	Elementos del delito:	
	A. Acción del adulterio	91
	B. Adulterio en el domicilio conyugal	99
	C. Con escándalo	101
4.	Pruebas:	
	A. Testimonial	104
	B. Instrumental	105
	C. Presuncional	106
5.	Sujetos culpables y partícipes	108
6.	Sanciones	112
7.	Jurisprudencia	114

CAPITULO CUARTO
ADULTERIO EN LA ACTUALIDAD

1.	Diferencia entre el adulterio en materia civil y adulterio en materia - penal	116
2.	Efectos del adulterio como delito	120
3.	Efectos del adulterio como causal de divorcio	122
4.	El adulterio ante la sociedad	126
5.	El adulterio desde el punto de vista de la moral	128
6.	Hijos adulterinos	133
7.	El adulterio frente a otras figuras jurídicas:	

A. Bigamia	137
B. Concubinato	143
8. Soluciones	151
Conclusiones	154
Bibliografía	155
Obras consultadas	160
Legislación consultada	161

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

La infidelidad en el matrimonio ha sido objeto de sanciones severas. Se consideró un deber exclusivo de la mujer de cuya observancia dependía el éxito o fracaso de las relaciones matrimoniales. El varón gozaba de gran libertad sexual. Sus relaciones sexuales fuera del matrimonio legítimo fueron vistas en forma normal. Solo dañaban a su familia si eran realizadas en el domicilio conyugal, con escándalo o con una concubina.

Actualmente el Código Civil para el Distrito Federal sanciona de igual manera la infidelidad de cualquiera de los cónyuges. Considera causa suficiente para solicitar el divorcio vincular el adulterio de uno de los esposos.

Algunas ocasiones la infidelidad conyugal integra delito. El código penal establece pena privativa de libertad hasta por dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

El adulterio es un delito tendiente a desaparecer de la legislación mexicana para conservarse únicamente como causal de divorcio. La infidelidad de uno de los cónyuges produce la ruptura de las relaciones familiares, sobre todo si el adulterio es permanente. Ocasiona la inobservancia de las obligaciones matrimoniales. Si se encuadra la infidelidad en el campo penal el daño que sufre la familia es mayor. La investigación

del adulterio deja al descubierto la infidelidad de que ha sido objeto el cónyuge inocente con sus consecuencias inmediatas: bajos comentarios, burlas, compadecimientos, escándalo etc. Se agrega también el abandono económico de la familia por parte del cónyuge adúltero. Los efectos del divorcio por adulterio son totalmente diferentes. El cónyuge inocente y los hijos quedan protegidos en un mínimo para su subsistencia.

C A P I T U L O P R I M E R O

RESEÑA HISTÓRICA DEL ADULTERIO

1. Concepto
2. Origen en:
 - A. Grecia
 - B. Roma
 - C. Israel
 - D. Edad Media
 - E. España
 - F. Francia
 - G. México
3. Naturaleza jurídica
4. Características.
5. Breves consideraciones.

1. Concepto

Adulterio viene de la raíz latina *adulterium* y significa: ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. El ayuntamiento sexual es voluntario entre persona casada y un tercero. La Séptima Partida, título XVII, ley 1a., expresa: " adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con muger casada o desposada con otro. E tomó este nombre de dos palabras del latín, *alterius et thorus*, que quieren tanto dezir como ome que va o fué al lecho de otro; por quanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el della "

(1)

Las palabras latinas: *alterius et thorus*, vinieron a significar el delito cometido en lecho ajeno, una infidelidad conyugal. Existieron diferentes sanciones para los adúlteros. En los pueblos antiguos las penas más graves consistían en muerte por lapidación, horca o fuego. Posteriormente se atenuaron a destierro o cortas privaciones de libertad. El adulterio cometido por la mujer fue objeto de sanciones severas, incluso se concedió al marido la facultad de matar a ambos adúlteros, no podía matar a uno y dejar vivir al otro. El cometido por el varón debía realizarse bajo circunstancias específicas y probarse plenamente. La infidelidad del marido era sin daño ni deshonra hacia su mujer, no así la de la esposa por introducir hijos extraños a su familia y hacerlos pasar por hijos de su marido.

En nuestro país el adulterio es regulado por el derecho civil y penal. Aquél como causa de divorcio, éste como delito. El código civil no define el adulterio, tampoco lo hace la legislación penal. No hacen distinción sobre el sexo de los casados adúlteros al establecer sus respectivas sanciones.

[1] Los Códigos Españoles. Código de las Siete Partidas. Tomo III. Sexta y Séptima Partida. Madrid, 1848.

" El concepto de adulterio desde el punto de vista genérico y ampliamente gramatical encierra la idea de engaño, falsificación o alteración en peor de alguna cosa o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos casado "

[2]

Este último concepto es aplicado en materia civil y toda infidelidad conyugal constituye adulterio. El deber de fidelidad no se encuentra implícito en el código civil. Se desprende de la lectura del artículo 267, fracción I, al establecer entre las causas de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

" Para el derecho civil el adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial. Esta infidelidad carnal constituye siempre un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas. No necesariamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas "

[3]

En materia penal no basta la infidelidad de alguno de los cónyuges para tipificar el delito. La conducta adulterina debe desarrollarse en el domicilio conyugal o con escándalo. Así lo establece el artículo 273 del vigente código penal: se aplicará prisión hasta de dos años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

El adulterio es un delito tendiente a desaparecer de nuestra legislación y conservarse únicamente como causal de divorcio.

[2] Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Primera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980. p. 19.

[3] González de la Vega Francisco. Derecho Penal Mexicano. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1958. p. 420.

Debido principalmente a la escasa aplicación de las sanciones y la mayor gravedad del daño u ofensa insitos en el hecho. En materia civil son invocadas otro tipo de causales para justificar la disolución del vínculo matrimonial, siendo el origen de la desavenencia la infidelidad conyugal.

2. Origen

A. Grecia

En Acaya tenía lugar el matrimonio por compra. Pagaba el novio al padre de la novia el precio correspondiente en bueyes o su equivalente. La compra es recíproca, entrega el padre a la novia una importante dote. La ceremonia tiene carácter familiar y religioso. Va acompañada de grandes banquetes y bulliciosa alegría. Contraído el matrimonio, la mujer se convierte en ama de su casa y goza de más consideración si mayor es el número de sus hijos.

" El amor en el sentido más verdadero, como solicitud y ternura recíprocas y hondas, sobrevenía entre los griegos después del matrimonio y no con anterioridad a él. No era la chispa nacida del contacto o proximidad de dos personas de distinto sexo, sino el fruto de una estrecha y prolongada asociación en los quehaceres y cuidados del hogar. Era la mujer homérica tan fiel como infiel - su marido. En Homero aparecen tres adúlteras: Clitemnestra, Helena y Afrodita, no pasaba de ser una excepción a lo usual entre los mortales, aunque otra cosa fuese entre los dioses "

[4]

La familia homérica aparece como una institución ejemplar en donde abundan las esposas fieles y los hijos buenos. Menospreciando la actitud infiel del marido por no corresponder al amable

[4] Durant Will. La Vida de Grecia. Traducción de Luis Tobío. - Tomo I. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1945. p. 93.

comportamiento conyugal de la mujer.

En Esparta la mujer estaba educada en el hogar y sujeta a una reglamentación estatal. Practicaban diferentes y vigorosos juegos: carreras, luchas, arrojar el disco y tirar con el arco. Se hacían sanas y fuertes para una perfecta maternidad. Solían ir desnudas en las danzas y procesiones públicas, incluso en presencia de los jóvenes, para que así se sintieran obligadas a cuidar su cuerpo y sus defectos pudieran ser corregidos.

" En las relaciones sexuales los jóvenes gozaban de gran libertad. Cada muchacho tenía un amador, hombre de edad avanzada que lo educaba y a quien, en cambio, tributaba afecto y obediencia. Era muy grande la libertad sexual antes del matrimonio. Fue rara la prostitución, no habiendo incentivo para las heteras. Solo sabemos de un templo consagrado a Afrodita en toda Lacedemonia y en él la diosa aparecía velada, esgrimiendo una espada y con grillos en los pies, como queriendo simbolizar lo necio del matrimonio por amor, la subordinación de éste a la guerra y el control estatal estricto del matrimonio "

[5]

El Estado determinaba la edad para contraer matrimonio: treinta años en los varones y veinte para las mujeres. El celibato era un delito. Los solteros estaban excluidos del ejercicio de los derechos políticos. No podían presenciar las procesiones públicas en las que mancebos y doncellas danzaban desnudos. Los casamientos se arreglaban entre los padres sin mediar compra. Logrado el acuerdo el novio debía raptar a la novia y ella fingir resistencia. La palabra para designar el matrimonio era: *harpadsein arrebator*.

Los espartanos se jactaban de no existir entre ellos el adulterio, tenían razón: gozaban de mucha libertad sexual antes de

contraer matrimonio.

En Atenas, " Solón reglamentó e impuso tributos a la prostitución. Estableció burdeles públicos autorizados y controlados por el Estado, erigiendo con sus ingresos un templo a Afrodita Pandemos. 'Gloria a ti, oh Solón! exclama un contemporáneo, por haber adquirido mujeres públicas para bien y moralidad de una ciudad plena de jóvenes vigorosos. De faltar tu sabia institución se molestaria a mujeres decentes'. Estableció el castigo de una multa de cien dracmas para quien forzara a una mujer libre y dió al que sorprendiese al adúltero la facultad de matarlo "

{ 6 }

El adulterio era causa de divorcio si lo cometía la mujer y la costumbre impuso el repudiarla. El derecho castigó a la adúltera y a su amante con pena de muerte. En forma general se dejaba al marido ultrajado arreglarse con el seductor de su mujer a su conveniencia. Unas veces le daba muerte al sorprenderlo in fraganti, otras le enviaba un esclavo para apalearlo o se contentaba con exigir una indemnización pecuniaria.

Para el varón el divorcio era cosa sencilla. Podía repudiar a su mujer en cualquier momento sin necesidad de declarar el motivo. La esterilidad era razón suficiente para el divorcio. No importaba si el marido cometía adulterio, los hijos quedaban en su poder.

" La poligamia era practicada por varones de clases ricas Ramses II tenía más de ciento sesenta hijos. En estos casos se daba un rango honorífico a una de las esposas "

{ 7 }

{ 6 } Durant Will. Ob. cit. p. 459.

{ 7 } Aymard André y Auboyer Jeannine. Oriente y Grecia Antigua. Historia General de las Civilizaciones. Volumen I. Quinta Edición. Ediciones Destino. Barcelona, 1977. p. 90.

B. Roma

El derecho romano primitivo no sancionó el adulterio de la mujer, su castigo estaba reservado al tribunal doméstico. Con la Ley Julia sobre el adulterio, una de las leyes más trascendentales del derecho penal romano, se convierte en delito público, podía ser acusado por todos los ciudadanos. " La frecuencia de los divorcios suscitaron las leyes de Augusto sobre matrimonio y adulterio. El número de solteros promovió sus leyes favorables a la gente casada y sus impuestos sobre los solteros "

{ 8 }

La ley se hacía cargo de las ofensas al pudor respecto de las mujeres libres obligadas a guardar castidad. No caían bajo la acción las mujeres esclavas ni aquellas otras, casadas o no, cuya condición social no las obligaba a ser castas: mujeres públicas, las dueñas de burdeles, las comediantes, las que vivían en concubinato indecente y las dueñas de locales públicos. El hecho de llevar una vida disoluta no libraba a las romanas libres de las consecuencias penales atribuidas por la ley a los delitos contra la honestidad. Tampoco se libraba de ellas el amante, salvo el caso de ignorar el estado civil de la mujer.

El adulterio se considera una violación a la lealtad conyugal por parte de la mujer unida en matrimonio legítimo o concubinato. La Ley Julia no comprende a los unidos por esponsales, sus uniones carnales se consideran casos de estupro.

" El derecho de interponer la acción por causa de ofensas a la honestidad era muy extenso. La ley otorga un derecho general de preferencia a personas que la promovieran en su propio interés, cuando se diera el caso de haber precedido el divorcio por motivo

{ 8 } Bloch Raymond y Cousin Jean. Traducción de Juan Godo Costa. Roma y Su Destino. Editorial Labor, S. A. Barcelona-México 1967. p. 388.

de adulterio. Lo demuestra la circunstancia de si pasados sesenta días después de la separación de los cónyuges no se permitía hacer uso de la acción aludida a otras personas mas que al marido en primer lugar y después al padre de la mujer. Para conceder este derecho de preferencia era preciso la existencia de un matrimonio romano plenamente legítimo "

[9]

La acción por ofensas a la honestidad se ejercita contra la mujer que hace vida marital. No se podía entablar acción penal por ofensas al matrimonio existente. Se requiere la previa separación de los cónyuges. Si la mujer separada vive un nuevo matrimonio sin la ruptura del anterior se puede promover la acción de --- adulterio. La acción se dirige contra el hombre designado amante - suyo y sólo una vez condenado éste, se ejercita contra la mujer. - Fuera de este caso, queda a voluntad del actor el entablar la querrela contra la mujer y después contra el varón. El marido no puede ejercitar la acción contra los dos adúlteros al mismo tiempo. - El procedimiento probatorio para el adulterio resulta severo. Los esclavos no prestan testimonio contra su señor.

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

[10]

[9] Mommsen Teodoro. Derecho Penal Romano. Tomo II. Editorial - La España Moderna. Madrid, 1946. p. 164.

[10] Ob. cit. p. 168.

Las penas establecidas a los culpables de adulterio eran: relegación, repudio y una merma del patrimonio. A las personas de condición inferior no se les aplicaban estas sanciones. Se hacía uso de los derechos corporales. A la mujer condenada se le prohibía contraer nuevo matrimonio. Constantino decretó la pena de muerte para la mujer casada y su amante adulterino. Justiniano dispuso para la mujer culpable de adulterio: azotes y reclusión en monasterio con obligación de tomar hábito si el marido no perdonaba. Estableció causas legales para la disolución del matrimonio: adulterio probado de la mujer, atentado contra la vida del marido, trato con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos, alejamiento de la casa marital sin la voluntad del esposo y asistir a espectáculos públicos sin licencia. La esposa podía pedir el divorcio bajo las siguientes circunstancias: alta traición oculta del marido, atentado contra su vida, intento de prostituirla, falsa acusación de adulterio y si el marido tenía amante en la casa conyugal de un modo ostensible.

El adulterio se consideró delito contra la moral pública. Merecedor de pena de muerte para la mujer adúltera y su amante. Se atenuó la pena en azotes y reclusión. El delito cometido por el varón era difícil de probar. No basta la comprobación de la infidelidad conyugal. Debe ser deshonrosa para la mujer y verificarse en la casa común o fuera de ella con escándalo.

C. Israel

La estructura social en Palestina fue de signo patriarcal. La mujer tenía pocas consideraciones. Era esclava del marido y se le consideraba incapaz de recibir instrucción. No se le escucha en juicio como testigo.

" Los esponsales precedían a la petición de matrimonio y a la estipulación del contrato matrimonial. Significaban la 'adqui

sición' de la novia por el novio, constituyendo la formalización válida del matrimonio. La prometida se llama 'esposa', puede quedar viuda, es repudiada mediante un libelo de divorcio y condenada a muerte en caso de adulterio. El matrimonio tiene lugar un año -- después de los esponsales. La joven pasa definitivamente del poder del padre al de su marido. Queda obligada a obedecerlo como a su dueño y señor. Dicha obediencia era un deber religioso "

{ 11 }

La poligamia se permite. La esposa tolera la existencia -- de concubinas junto a ella. El derecho al divorcio se encuentra de parte del hombre. La mujer tiene derecho a solicitarlo si el marido padece lepra o la obliga ha hacer votos abusando de su dignidad. El esposo tiene derecho a la separación si descubre una tara en su mujer. Pierde ese derecho si la acusa falsamente de comercio carnal prematrimonial o la obliga antes al desposorio.

" La mujer repudiada no puede casarse con un sumo sacerdote, ni volver a su primer marido si en el intervalo ha pertenecido a otro. No puede emprender por sí misma la separación. Ofrece dificultades la llamada cláusula de divorcio. Mientras San Marcos y -- San Lucas formulan una prohibición absoluta del divorcio, San Mateo parece admitir una excepción: el adulterio femenino "

{ 12 }

Jesús cambia radicalmente la postura de la mujer. Les permite seguirlo y ser bautizadas. El matrimonio es totalmente indisoluble. Lo equipara a la unión de Cristo con su Iglesia. Exige a -- sus discípulos una actitud limpia ante la mujer. " La actitud que

{ 11 } Johannes Leipoldt y Walter Grundman. El Mundo del Nuevo -- Testamento. Traducción de Luis Gil. Ediciones Cristiandad. Madrid, 1973. p. 378.

{ 12 } Ausejo Serafín de R. P. OFM. CAP. Diccionario de la Biblia Edición Castellana. Editorial Herder. Barcelona, 1963. -- p. 489.

vence el deseo: 'todo el que mira a una mujer casada deseándola, - ya ha adulterado con ella en su corazón'. Coloca a la mujer ante - Dios, en igualdad con los hombres "

[13]

En el Nuevo Testamento Jesucristo condenó el divorcio. Se desprende de la lectura de los evangelios de San Marcos, San Lucas y San Mateo.

Evangelio de San Marcos. " . . . y se acercaron los fariseos y le preguntaron para tentarle si era lícito al marido repudiar a su mujer. El, respondiendo les dijo ¿qué os mandó Moisés?. Ellos dijeron: Moises permitió dar carta de divorcio y repudiarla. Jesus respondiendo les dijo: por la dureza de vuestro corazón os - escribió este mandamiento, pero al principio de la creación, varón y hembra los hizo Dios. Por esto dejará el hombre a su padre y a - su madre y se unirá a su mujer. Los dos serán una sola carne. Lo - que Dios juntó no lo separe el hombre. En casa volvieron los discipulos a preguntarle de lo mismo y les dijo: cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio con ella. Si la mujer repudia a su marido y se casa con otro, comete adulterio.

Evangelio de San Lucas. . . . todo el que repudia a su mujer y se casa con otra, adultera y el que se casa con la repudiada del marido, adultera.

Evangelio de San Mateo. . . . y yo os digo que cualquiera que repudia a su mujer, salvo por causa de fornicación, y se casa con otra, adultera, y el que se casa con la repudiada, adultera "

[14]

- [13] Joachim Jeremias. Estudio Económico y Social del Mundo del Nuevo Testamento. Traducido al castellano por J. Luis Ballines. Ediciones Cristiandad. Madrid, 1977. p. 387.
- [14] De Reina Casiodoro. La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamento. Sociedades Bíblicas en América Latina, 1960.

Jesús no se contenta con pronunciarse en favor de la monogamia. Prohíbe totalmente el divorcio a sus discípulos. El matrimonio es para Él de tal modo indisoluble que considera adulterio el nuevo matrimonio de los divorciados, hombre o mujer. El matrimonio no puede ser disuelto por ninguna potestad humana fuera de la muerte. El decálogo había prohibido codiciar a la mujer del prójimo. - Jesús pone en la misma línea el deseo y el hecho. Sin embargo, su rigurosa condenación del adulterio no le impide tener compasión de la mujer adúltera a la que despide con un piadozo 'vete y no peques más'.

D. Edad Media

El fundamento de la sociedad medieval era la familia. Hubo de transcurrir bastante tiempo antes de lograr, teóricamente al menos, la concepción cristiano-católica del matrimonio: el hombre debe vivir también en régimen de monogamia y tener dicha unión el carácter de indisoluble.

" Por la literatura llegamos a conocer las formas de amor en aquella época. ¡Cuántos signos y símbolos del amor han ido abandonando poco a poco los siglos posteriores! Había además el delicado simbolismo de los colores del vestido, de las flores y de los adornos. El simbolismo de los colores, aun no olvidado completamente, ocupaba un lugar muy importante en la vida amorosa de la Edad Media. Cuando el caballero se encuentra por primera vez con su dama desconocida, queda embelezado al ver que lleva además de un vestido blanco, una cofia de tela azul celeste con papagayos verdes. El verde es el color de un nuevo amor y azul el de la fidelidad, - promesa de un amor eterno "

{ 15 }

La gente se casaba muy joven. Los esponsales y las bodas se rodeaban de diferentes solemnidades y fiestas. La autoridad dictaba minuciosos preceptos encaminados a restringir el abuso de ostentaciones. Ocurría con frecuencia que los cónyuges y sus familiares pasaban por alto toda clase de fiestas y ceremonias. Para contraer un legítimo matrimonio basta la unión del hombre y la mujer, acompañada de la intención de crear un vínculo permanente entre -- los esposos.

La inexistencia de una forma pública, religiosa o civil, como requisito indispensable para la validez del matrimonio, abría la puerta a toda clase de abusos. Las ideas reinantes entre el pueblo sobre la libertad de las uniones sexuales de hombres y mujeres era bastante relajada y durante toda la Edad Media había abundancia de hijos ilegítimos.

Se ha conservado una fórmula de divorcio procedente de la Edad Media: " siendo público y notorio el no poder seguir viviendo juntos, el diablo lo quiere así y Dios no protege nuestra unión, - lo mejor es disolver nuestro matrimonio ante hombres de conciencia y respeto. Si el que fue mi marido desea tomar por esposa a otra - mujer, podrá hacerlo. La que fue mi esposa quedará también en libertad de tomar otro marido si tal es su voluntad "

{ 16 }

El adulterio es frecuente entre los maridos, las esposas son menos infieles. En las capas bajas de la población las mujeres no eran muy escrupulosas en la fidelidad conyugal. La sanción más severa era la excomunión. El infierno para aquellos que no observaran las leyes de la naturaleza y del amor. Para los demás, el cielo y la vida eterna.

{ 16 } Buhler Johannes. Vida y Cultura en la Edad Media. Versión española de Wenceslao Roces. Fondo de Cultura Económica. - México-Buenos Aires, 1957. p. 238.

" Es verdaderamente asombroso y figura entre las contradicciones de la Edad Media como, mientras de una parte se enlazaban y encarecían entre los deberes más importantes la virtud de la castidad y la fidelidad conyugal, de otra parte se contemplaba con cierta pasividad las infracciones a estos preceptos. Su frecuencia la señalan dos obispos al declarar en un sínodo celebrado en Aquisgrán el año 862: 'son pocos y hasta nos atreveríamos a decir ninguno, los hombres que van al matrimonio en estado de completa castidad' "

{ 17 }

Las uniones ilegales no provocan mucho escándalo y los hijos nacidos de ellas disfrutaban dentro de la sociedad de una posición bastante soportable. Los hijos ilegítimos del varón se distinguen de los nacidos dentro del matrimonio en que no heredan las prerrogativas sociales de su padre ni comparten los derechos de familia. Fuera de esto se equiparaban a los demás hijos. El padre les da educación y los beneficia con legados a la hora de testar. La misma esposa y los hijos legítimos de su padre los consideran pertenecientes a la familia.

La Edad Media trata al género femenino con inferioridad en derechos. La Iglesia ordena a la mujer: obediencia, paciencia y humildad para soportar las injusticias sociales. Consideran al marido dueño y señor de su mujer con derecho a castigarla.

E. España

El adulterio se considera delito contra la honestidad. -- Puede cometerlo la mujer casada, el varón solo si conoce el estado matrimonial de su amante. El delito se persigue a instancia del marido.

{ 17 } Buhler Johannes. Ob. cit. p. 240.

Las principales legislaciones españolas reguladoras del delito de adulterio fueron: Fuero Juzgo, Fuero Real, Código de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.

Fuero Juzgo. Señala el libro III, título sexto: a) se prohíbe al varón casarse con mujer dejada por su marido, salvo el caso de haber sido dejada por escrito o con testigos. Si viola la prohibición y las personas unidas en segundo matrimonio son de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben dar conocimiento al rey de ese hecho. Si no son personas de alta alcurnia social, las citadas autoridades deben separarlos inmediatamente y poner a disposición del primer marido a la mujer y al casado con ella para hacer con ellos su voluntad. b) si el marido abandona a su mujer sin motivo legal, pierde la dote recibida y no tiene derecho a los bienes de su mujer. c) si la mujer abandonada en forma injustificada le ha dado a su esposo algún bien por escrito, la donación no vale.

Fuero Real. Libro IV, título VII, de los adulterios:

- Ley 2a. Si la desposada legítimamente se casa o hace adulterio con alguno, ambos con sus bienes, sean metidos en poder del esposo como siervos y no los puede matar. De los bienes haga lo que quiere si no tiene el esposo ni ella hijos legítimos.
- Ley 3a. A la desposada o casada adúltera cualquiera puede acusarla de este delito, a menos que el marido lo impida o contradiga.
- Ley 4a. La esposa adúltera puede impedir la acusación de su marido, si prueba antes de la contestación que él había adulterado.
- Ley 5a. El marido no puede acusar el adulterio hecho de su orden o consejo, ni debe admitir a la mujer a su mesa o lecho después de conocer el delito. Si la acepta no puede acusarla ni tiene derecho a los bienes de ella. Estos bienes pasan a los hijos legítimos y a falta de estos a los parientes más cercanos.

La acusación del delito de adulterio puede hacerla cual--

quier persona. Su sanción principal era la pérdida total de los -- bienes de la esposa en favor del marido, en caso de no existir hijos legítimos de ambos. Si el marido induce a la esposa a cometer el delito, no tiene derecho a los bienes de ella.

Código de las Siete Partidas, partida 7, título 17:

De los adulterios. Uno de los mayores errores que los ome pueden fazer es adulterio. Non se les levanta ton sólo da ño, más aún deshonra. Onde, pues que en el título ante -- deste fablamos de los engaños, queremos aquí dezir en este de los adulterios, que se fazen engañosamente.

El adulterio de la mujer siempre se consideró delito. El del varón sólo cuando lo cometía con mujer casada y tuviera conocimiento de su estado matrimonial. Durante el matrimonio el marido - puede acusar a su mujer de adulterio y si por negligencia no lo hace, puede acusarla el padre, hermano, tío o abuelo de la adúltera.

Penas aplicables a la mujer adúltera. Era herida públicamente con azotes y encerrada en algún monasterio. Para su amante, la muerte. Se aplicaba la pena al adúltero sólo si había conocido el estado matrimonial de la mujer.

Novísima Recopilación. En el libro XIII, título XXVIII, - ley 1a., reaparece el mismo precepto del Fuero Real: permite al marido ofendido dar muerte a los adúlteros sin poder matar a uno y - dejar vivir al otro. Aparece castigado el hombre casado por tener manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella.

F. Francia

La indisolubilidad del matrimonio no aparece en el antiguo derecho francés. Muchos siglos se esforzó la Iglesia por hacer triunfar esa nueva doctrina. Cristo afirmó la indisolubilidad del matrimonio. Esta doctrina fue combatida por los adversarios de la

Iglesia en unión de quienes buscaban librarse de los vínculos del matrimonio.

Los adversarios de la Iglesia triunfan con la revolución francesa. El matrimonio secularizado sale del derecho canónico. --
" La ley de diciembre veinte de 1792 instituye el divorcio. Es una consecuencia de la libertad: los cónyuges han sido libres para --- unirse, deben ser libres para separarse. Se admite el divorcio por mutuo consentimiento. Los contratantes pueden destruir por acuerdo el contrato formado por su voluntad. Se admite incluso el divorcio por voluntad unilateral de uno de los consortes, incompatibilidad de caracteres, dispuesto a crear con su conducta la incompatibilidad que justifique la ruptura del vínculo matrimonial "

[18]

El desenfrenado abuso del divorcio hace meditar a los redactores del código civil y discuten largamente el problema de la ruptura del vínculo conyugal. Finalmente, admiten el divorcio. Conocedores de los abusos constantes lo reglamentan más estrictamente: divorcio-sanción. El esposo no puede obtener el divorcio a su antojo. Debe probar plenamente una culpa grave cometida por su cónyuge: adulterio o abandono del domicilio conyugal. Admiten el divorcio por mutuo consentimiento y lo limitan a una triple reiteración de voluntad de los esposos, de trimestre en trimestre, con -- obligación de obtener el consentimiento de los padres de cada uno de los cónyuges por necesidad de un acuerdo acerca de la guarda y educación de los hijos. Restablecen la separación de cuerpos para los consortes que no puedan continuar la vida en común y no desean divorciarse.

" No parece que Bonaparte haya exigido el mantenimiento -

[18] León Mazeaud Henri y Mazeaud Jean. Lecciones de Derecho Civil. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Parte -- Primera. Volumen IV. Ediciones Jurídicas Europa-América. - Buenos Aires, 1959. p. 378.

del divorcio. En esa época no deseaba, para asegurarse un heredero romper su matrimonio con Josefina de Beauharnais y volverse a casar, sino proceder a una adopción. Subraya en varias ocasiones los peligros del divorcio: la más funesta de todas las modas. Se niega a admitir a las mujeres divorciadas en las recepciones oficiales. Luego de la redacción del código civil, escribe a su hermano José, entonces rey de Nápoles: 'si el divorcio es molesta para Nápoles, no veo inconveniente en suprimir ese artículo'. Es más adelante -- cuando cambia de opinión. Escribe a Murat, sucesor de José en el trono de Nápoles: 'he leído con atención la memoria remitida por vuestro Ministro Secretario de Estado, acerca del Código Napoleón. La consideración más importante en este código es la del divorcio. Es el fundamento del mismo. No debéis dejar en manera alguna que se toque en ello. Es la ley del Estado. Preferiría que Nápoles fuera del antiguo reino de Sicilia antes que dejar castrar así el Código Napoleón'. "

{ 19 }

Bonaparte piensa que al adoptar un hijo, el pueblo no lo aceptaría como su sucesor por no llevar su sangre y decide divorciarse por mutuo consentimiento. " Con voz mal templada, muy emocionado, el emperador les anuncia que habiendo debido abandonar toda esperanza de tener herederos con la emperatriz, se ve obligado a separarse de ella. 'Comprendo la necesidad de separarme de una mujer de quien no puedo esperar posteridad. Me repugna por el dolor de dejar a la persona más amada por mí. Mucho lo he pensado antes de resolverme. Ella misma supo resignarse con la abnegación -- que siempre ha tenido para mí. Acepto su sacrificio por ser indispensable'. Josefina, muy digna, hace dar lectura a su consentimiento. En seguida, todos firman el protocolo de separación "

{ 20 }

{ 19 } León Mazeaud Henri y Mazeaud Jean. Ob. cit. p. 379.

{ 20 } Ludwig Emil. Napoleón. Traducción de Carlos E. Morvan. Ediciones Ercilla. Santiago de Chile, 1936. p. 282.

El título sexto, capítulo primero del Código Napoleón, habla del divorcio. Artículo 299: el marido puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer. La mujer puede pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, siempre que éste haya tenido concubina en su propia casa.

Después del código civil, la ley francesa de mayo ocho de 1816, declaró abolido el divorcio dejando subsistente la separación de cuerpos. Señala el artículo 1º: se declara abolido el divorcio. Artículo 2º: todas las demandas e instancias de divorcio por causas determinadas se convertirán en demandas e instancias de separación. Las sentencias que se hayan dejado de ejecutar por no haber publicado el divorcio el Oficial del Estado Civil, quedarán reducidas a los efectos de separación. Artículo 3º: quedan anulados todos los actos hechos para obtener el divorcio por mutuo consentimiento. Las sentencias dadas en este caso pero no seguidas de la declaración de divorcio, se considerarán como no pronunciadas conforme al artículo 292.

La sociedad francesa manifiesta su inconformidad con la abolición del divorcio. Ve en el matrimonio un contrato que debe romperse a voluntad de los contratantes. Finalmente, la Cámara de Diputados restablece el divorcio al aprobar la ley de julio veintisiete de 1884, conocida como la Ley Naquet. Esta ley no admite el divorcio por mutuo consentimiento ni por incompatibilidad de caracteres. Adopta únicamente el divorcio sanción como pena pronunciada por el tribunal contra el cónyuge culpable. Limitan su aplicación a las culpas más graves: adulterio o abandono del domicilio conyugal.

El Parlamento es requerido para admitir el divorcio por mutuo consentimiento. No lo aprueba " pero lleno de compasión por el esposo adúltero y su cómplice, autoriza su matrimonio luego del pronunciamiento del divorcio: ley de diciembre quince de 1904. Este texto, cuya derogación rechaza la comisión de reforma del código

go civil, multiplica los adulterios y los divorcios. Las relaciones adúlteras se anudan en lo sucesivo sobre una promesa de matrimonio. Después, la ley de junio seis de 1908, abre una brecha considerable en la concepción del divorcio-sanción: el tribunal está obligado a convertir la separación de cuerpos en divorcio, incluso si la conversión es pedida por el cónyuge contra el que se pronunció la separación "

{ 21 }

El cónyuge inocente no puede pedir la separación de cuerpos porque se transformará en divorcio. El aumento considerable -- del número de divorcios originó la ley de abril dos de 1941. Señala el artículo 1º: los tribunales disponen de un poder de apreciación acerca de la demanda de conversión formulada por el cónyuge culpable. Artículo 2º: para dejarle al tiempo cumplir su obra pacificadora, se prohíben las demandas de divorcio formuladas en los tres primeros años del matrimonio. Artículo 3º: se castigará a los agentes de negocios incitadores al divorcio por mutuo consentimiento.

Por ordenanza de abril doce de 1945 se suprimieron los -- avances de la ley de abril dos de 1941. Retornó la obligación de los tribunales de pronunciar la conversión, incluso ante la demanda del cónyuge culpable. Redujo a la mitad los plazos fijados por la ley de 1941 sobre la discreción del juez para permitir alargar el procedimiento con la esperanza de una reconciliación. Finalmente, suprimió la prohibición de solicitar el divorcio dentro de los tres primeros años de matrimonio.

Nuestros códigos civiles de 1870, 1884 y 1928 están inspirados en fuentes romanas. Nos llegan por tratadistas franceses --- quienes comentaron y explicaron el Código Napoleón.

G. México

En la nación mexicana vivieron pueblos que desde tres milenios antes de nuestra era, poseyeron agricultura y cerámica. Quinientos años antes de la misma era, crearon una arquitectura y --- eran maestros en varias de las artes plásticas. Desde el siglo IV a. C. empezaron a desarrollar varias formas de escritura. Entre -- los pueblos habitantes estaban: aztecas, mixtecos-zapotecos, toltecas, otomíes y mayas. A pesar de sus diversos sistemas de vida y - costumbres, tenían características comunes, principalmente sus instituciones.

Poco se habló del divorcio en el México prehispánico. Com parecían los casados ante el juez y éste otorgaba primero el uso - de la palabra al cónyuge quejoso que exponía sus razones. El adulterio entrañaba grave peligro. Severa era la ley: los adúlteros -- habían de morir aplastándoles la cabeza a pedradas. El delito de-- bía estar plenamente probado. No valía el solo testimonio del marido, debía ser reforzado por testigos imparciales. Si el marido en-- contraba en delito flagrante a su mujer, no podía matarla, si lo - hacía, se le aplicaba la pena de muerte.

" Acostumbraban castigar a los adúlteros de la siguiente manera: hecha la pesquisa y convencido alguno de adulterio, se juntaban los principales en la casa del señor y traído el adúltero, - atábanle a un palo, lo entregaban al marido de la mujer delincuente y si él lo perdonaba era libre, si no, lo mataban con una pie-- dra grande en la cabeza. A la mujer, por satisfacción, bastaba la infamia que era grande y común. Por eso las mujeres, los hombres - las dejaban "

(22)

[22] León-Portilla Miguel, Barrera Vasquez Alfredo, González -- Luis, De la Torre Ernesto, Velásquez María del Carmen. Historía Documental de México. Tomo I. Primera Edición. UNAM. México, 1964. p. 64.

Después de la conquista, la sociedad novohispana se integró mediante la fusión de indios, europeos y negros principalmente y algunos chinos y filipinos incorporados en virtud del contacto con Oriente. La unión de blancos e indios produjo a los mestizos, y la de blancos o indios con negros a los mulatos. La legislación aplicable a la Nueva España y demás tierras conquistadas fue inicialmente la vigente en Castilla: Código de las Siete Partidas y leyes españolas. Complementada por cédulas, provisiones, ordenanzas e instrucciones reales que iban resolviendo casos concretos, reunidos en la llamada Recopilación de Indias.

Esta legislación continuó aplicándose en México después de la consumación de nuestra independencia. Así lo dispuso el Reglamento Provisional Político del Primer Imperio Mexicano de enero diez de 1822. Establece el artículo 2º: quedan sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados con anterioridad en el territorio del imperio hasta el veinticuatro de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento y con las leyes, órdenes y decretos expedidos o que se expidieren en consecuencia de nuestra independencia "

(23)

Posteriormente se dictaron nuevas leyes y decretos que se pararon el derecho español del mexicano, así hasta llegar a la promulgación del código civil de 1870.

En 1828 se expidió el Código Civil para el Gobierno del Estado libre de Oaxaca, considerado el primero en Iberoamérica. En el libro primero, título sexto, se hace una reglamentación exacta del divorcio por adulterio. Establece el artículo 144: por divorcio se entiende solamente la separación de marido y mujer en cuanto al lecho y habitación, previa autorización del juez. Hay divor-

(23) Pérez Fernández del Castillo Bernardo. Apuntes para la Historia del Notariado en México. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. México, 1979. p. 33.

cio perpetuo y temporal. Artículo 145: el marido puede pedir el divorcio perpetuo por causa de adulterio de su mujer. De la misma manera la esposa puede pedir el divorcio perpetuo por causa de adulterio de su marido. De las demandas de divorcio por causa de adulterio conocerá exclusivamente el tribunal eclesidástico.

Menciona el artículo 147: la acción de divorcio será extinguida por el perdón y reconciliación de los esposos, verificada después del adulterio. Se podrá intentar nueva demanda de divorcio por otro adulterio cometido después de la reconciliación y perdón del anterior. En este caso podrá alegarse el adulterio perdonado en apoyo a la nueva demanda. Se extingue también la acción si el acusado prueba que el actor ha cometido adulterio sobre el que no ha recaído perdón.

Los hijos continuarán en forma provisional en poder del padre, sea actor o demandado de adulterio. El juez puede ordenar lo contrario para mayor bienestar de los hijos. La sanción para los adúlteros era, además de las señaladas en el código penal, pérdida de todas las donaciones hechas antes del matrimonio, quedando las posteriores sin efecto.

Los códigos civiles de 1870, 1884 y el de Oaxaca de 1828, no admiten el divorcio en cuanto al vínculo. Existe solo la separación de cuerpos perpetua o temporal, según los hechos fundatorios de la demanda. La causa para pedir el divorcio perpetuo es el adulterio. Inclusive en el código de Oaxaca, la mujer acusada o actora del divorcio por adulterio tiene derecho a una pensión alimenticia sobre los bienes de la comunidad y a falta de estos sobre los del marido, proporcionada a las facultades de éste.

En México estableció el divorcio vincular la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917. Permite a los divorciados contraer un nuevo matrimonio. Este mismo criterio impera en el vigente código civil.

3. Naturaleza jurídica

Tema de discusión ha sido el precisar si el adulterio, -- por su naturaleza, debe ser regulado por el derecho penal. Se destacarán las opiniones expuestas en pro y en contra de este problema.

Algunos autores sostienen: la infidelidad conyugal es un problema de competencia exclusiva del campo moral. " Beccaria fue uno de los primeros en sostener la improcedencia de incluir el --- adulterio en el catálogo de los hechos punibles por responder a -- sentimientos, pasiones, impulsos biológicos irresistibles y tan fa- tales como la ley de la gravedad y por la dificultad que ofrece su prueba. La opinión de Beccaria tuvo pronta y amplia acogida, sobre todo entre los positivistas italianos, al grado de ser considera-- do delito artificial.

Tissot al referirse a esta cuestión expresa: 'el adulte-- rio es un simple atentado a la moral. No es un delito por ser vio- lación de una promesa. El perjuicio por sí mismo sólo es un atenta- do a la moral. El deber conyugal no ha sido objeto nunca de una - ley, aunque la incapacidad absoluta, haya sido considerada algunas veces motivo de divorcio. No es la violación de la promesa lo que se castiga, son las consecuencias dañosas derivadas de ella, intro- ducción de hijos extraños etc. En el adulterio no se castiga el -- hecho en sí, el perjuicio es solo un atentado a la moral'.

Pessina señala: 'si hay una materia en donde un arcano y misterioso poder superior a nuestra libertad manifieste toda su -- terrible eficacia, es la vida afectiva. Recorre todos los estratos de la naturaleza humana, desde los pensamientos más puros de la in- teligencia hasta las efusiones de los sentimientos. El predominio del pathos en la vida sexual, llega a tal punto de superabundancia que la exigua parte dejada a la libre voluntad confina con la fal- ta de responsabilidad jurídica en el más alto sentido de la pala--

bra; así los hechos relativos a la misma son más necesidad por predestinación que fruto de libre elección. El amor no puede ser materia de precepto jurídico. El buen sentimiento dicta, la fidelidad, como obligación impuesta por la coacción de los tribunales, es una observancia de las más graves. ¿Qué marido, ni qué esposa, pueden aceptar dignamente que su consorte le ame, mejor dicho, finja demostraciones de cariño por deber, por espíritu de sacrificio, por duro acatamiento a la Ley penal? ¿Qué valor puede tener en tales circunstancias una caricia, ni la vida en común? "

(24)

Si el amor se considera una actitud afectiva del hombre, de manera subjetiva, no puede ser impuesto normativamente. No hay ley que nos obligue a amar a las personas. En las normas morales, uno de los principales objetivos es el amor a nuestros semejantes sin existir sanción expresa por incumplimiento. La ley no cataloga el amor como bien jurídico, sí a la fidelidad. Una pareja se une en matrimonio por amor. Es su voluntad vivir unidos y formar una familia. El derecho protege esta unión por considerar a la familia base y fundamento de la sociedad misma. Al establecer el matrimonio monogámico, sanciona la infidelidad conyugal, no la falta de amor entre los cónyuges. La fidelidad constituye un comportamiento exterior y es objeto de exigencia de la norma jurídica.

Otros autores sostienen, al originarse el adulterio por la falta de amor, constituye un hecho absolutamente privado y puede ser remediado con medidas de derecho privado como el divorcio. No se justifica su incriminación. Entre los seguidores de esta corriente tenemos a Langle Rubio, Diego Vicente Tejera, Mariano Jiménez Huerta, Alberto González Blanco, entre otros.

" Langle Rubio sostiene: 'a nadie se ha de procesar y con

(24) González Blanco Alberto. Delitos sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974. pp. 199 y 200.

denar criminalmente por inmoralidades que sólo afectan a sí propio . . . luego no puede servir de base al delito la inmoderación lujuriosa de los culpables . . . ¿será la honestidad del marido inocente la que sufra ultraje?, apenas tiene sentido la pregunta. Imposible alegar ultraje al honor. Es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable. No puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia. Observemos, cuando en un matrimonio se da el adulterio, no existe el orden, la armonía ni el amor familiar sino de una manera nominal, ficticia. Si el adulterio perturba el orden familiar, infiere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello las legislaciones lo declaran delito privado'.

Diego Vicente Tejera manifiesta: la familia propiamente dicha es la creada por dos seres de sexo contrario unidos por amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esa unidad familiar formada para la propagación de la especie, si no estaba de antemano destruida porque produce el abandono por parte de uno de esa entidad o la desatención de sus obligaciones, perjudicando en gran medida los productos del matrimonio . . . ¿porqué si se comete la violación de un pacto que ataca a la familia debe llevarse el asunto al campo penal? . . . ¿no hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión creado por el adulterio? Ciertamente sí: está el divorcio, pérdida de gananciales, indemnizaciones y muchas más. Incluso la prohibición de nuevas nupcias. - El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia. Todas sus consecuencias deben ser privadas y tratadas dentro del derecho privado general "

[25]

Jiménez Huerta señala: " el adulterio debe ser únicamente

causal de divorcio. Su signo antifurídico no puede rebasar ese ámbito. Es atentatorio contra la dignidad y la libertad humana el -- servir en nuestro tiempo de base a una condena penal "

(26)

Manifiesta el Doctor González Blanco " el problema de la incriminación del adulterio se rige en su contenido y efectos por el derecho privado. No vemos razón para continuar concediéndole relevancia en materia penal. Salvo si la conducta humana ocasiona un daño mayor al previsto por la norma. Para borrar el adulterio del catálogo de los delitos, será necesario prevenir y reprimir en su caso, el daño al estado civil. La supresión del adulterio deberá ir acompañada de la creación de una figura del delito contra el estado civil. Así lo hizo el proyecto argentino de 1891, suprimió y aceptó la suposición de filiación legítima hecha por la mujer casada en favor de un hijo adulterino "

(27)

Existen opiniones sobre la conservación del adulterio como delito. Pacheco, citado por González de la Vega sostiene: sería necio y mal sonante el detenerse un momento a demostrar que el -- adulterio debe ser, no puede menos de ser, considerado por la ley un delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera. Ninguno causa a la sociedad tanto desorden material.

" En parte disentimos de las anteriores opiniones, porque nos parece indudable que, por lo menos los adulterios cometidos en forma de grave ultraje contra el ofendido, alteran o comprometen la paz y tranquilidad de la familia matrimonial. Por eso nos parece plausible la cautelosa actitud del legislador mexicano que límitadamente contempla como delito la injuriosa y despectiva actitud

(26) Jiménez Huerta Mariano. Ob. cit. p. 32.

(27) González Blanco Alberto. Ob. cit. p. 205.

de ejecutar el adulterio invadiendo la residencia matrimonial o con la grave publicidad que entraña el escándalo. Más que un delito sexual propiamente dicho, el adulterio es delito de injuria en su lato sentido, siendo el vehículo del menosprecio la despectiva actitud asumida por sus protagonistas contra el cónyuge burlado. Uniéndose a esta opinión Argüelles reconoce 'el delito de adulterio debería sancionarse en casos muy especiales y sólo en razón de la injuria causada al cónyuge inocente'. Ceniceros acepta nuestra interpretación al indicar 'propiamente, más que el adulterio, se pune la desvergüenza de los adúlteros' "

{ 28 }

El adulterio debe sancionarse únicamente como causa de divorcio. La institución del matrimonio se rige en su contenido y efectos por el Derecho Privado, no debe continuar concediéndosele relevancia en la ley penal. La fidelidad es un deber esencial entre los cónyuges para lograr armonía y estabilidad en el hogar. Al violar uno de los cónyuges ese deber provoca la ruptura de las relaciones familiares, el abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio. La ley considera la infidelidad causa suficiente de divorcio. Es sanción impuesta al consorte culpable. Decretado el divorcio produce efectos jurídicos en relación con los propios cónyuges, los hijos y los bienes. La familia se desintegra pero quedan protegidos sus miembros, cónyuge inocente e hijos.

Seguir incluyendo el adulterio dentro de los delitos sexuales es censurable. La característica de esos delitos estriba en el ataque a las garantías de la libertad sexual. Esto no sucede en el adulterio cuya ejecución presupone el consentimiento de sus autores. Su incriminación no protege en gran medida la fidelidad sexual prometida en virtud del matrimonio. Sólo si la conducta humana ocasiona un daño mayor al previsto por la norma tendrá relevancia en materia penal.

4. Características

Adulterio es el ayuntamiento sexual voluntario entre persona casada y otra ajena a su vínculo matrimonial. Del contenido - se desprende: a) ayuntamiento sexual voluntario, b) existencia de un matrimonio legítimo y, c) con persona distinta al cónyuge. Para los efectos penales la conducta debe desarrollarse en el domicilio conyugal o con escándalo.

a) Ayuntamiento sexual voluntario. Dentro del matrimonio las relaciones sexuales constituyen un derecho y deber correlativos entre los cónyuges. Se establecen en atención al fin primordial del matrimonio consistente en la procreación. Señala el artículo 162 del vigente código civil: toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En el matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Las relaciones sexuales con un tercero ajeno al vínculo matrimonial provocan el adulterio. La pareja pierde la exclusividad en sus relaciones íntimas. La infidelidad conyugal produce consecuencias jurídicas: divorcio o delito, según las circunstancias del caso en concreto.

En materia penal el conocimiento y voluntad por parte del sujeto activo en la realización de una conducta delictuosa es esencial para considerar culpable del delito a quien se le imputa. La ausencia de estos elementos origina la inculpabilidad del sujeto.

b) Existencia de un matrimonio legítimo. El matrimonio es base de la familia y en definitiva de la sociedad misma. La ley reconoce únicamente eficacia jurídica al matrimonio civil. Menciona el artículo 146 del código de la materia: el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios establecidos por la ley y con las -

formalidades que ella exige.

La celebración del matrimonio es ante el Juez del Registro Civil. Los contrayentes presentarán un escrito en el que expresen sus nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y que no tienen impedimento legal para casarse, además de ser su voluntad unirse en matrimonio. A ese escrito se acompañará: acta de nacimiento de los pretendientes. Constancia del consentimiento de los padres si se trata de personas menores de edad. Declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes. Certificado médico en donde conste que los pretendientes no padecen ninguna enfermedad crónica o incurable. Manifestar si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes. Copia del acta de defunción, de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio si alguno de los pretendientes fue casado anteriormente. Copia de la dispensa de impedimentos si los hubo.

Entre los impedimentos para celebrar el matrimonio se encuentra el adulterio habido entre las personas que pretenden contraerlo cuando ese adulterio ha sido judicialmente comprobado.

La importancia de celebrar el matrimonio civil con las formalidades y requisitos exigidos por la ley es porque a través de él, la familia encuentra adecuada organización jurídica en sus relaciones. No sucede lo mismo con el matrimonio religioso, concubinato o el celebrado conforme a los ritos o dogmas de cualquier religión. Si el matrimonio se ha celebrado bajo alguno de estos conceptos y uno de los contrayentes ha violado esa fidelidad, su conducta pasa inadvertida para el legislador.

c) Con persona distinta al cónyuge. El adulterio supone relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge. De lo contrario esas relaciones no contarían para el legislador. Sobre esta característica se abundará en los puntos siguientes.

5. Breves consideraciones

El adulterio ha sido repugnado por el sentimiento común - de casi todos los tiempos y pueblos como uno de los actos más pecaminosos y castigado en la mujer de un modo inhumano hasta con la muerte. La infidelidad del varón se sancionó en casos específicos: cuando conocía el estado matrimonial de su amante o tenía manceba dentro de la casa común.

El Nuevo Testamento vio también en el adulterio uno de -- los pecados de mayor gravedad. Se esforzó especialmente en inculcar a sus fieles el tener ambas partes los mismos derechos y obligaciones. Cristo coloca a la mujer en un plano de igualdad con el hombre. Enseña a sus discípulos a respetar a la mujer ajena. Se -- mantiene en contra de la disolución del matrimonio. Tradicional resulta el pasaje bíblico en donde Jesús auxilia a la mujer adúltera perseguida por el pueblo para castigarla: 'quien esté libre de culpa, arroje la primera piedra'.

Después de la consumación de la Independencia se siguieron aplicando las leyes españolas en combinación con el Reglamento Provisional Político del Primer Imperio Mexicano de enero diez de 1822.

El código civil de Oaxaca de 1828 no admite el divorcio vincular. Tampoco lo hacen los códigos civiles de 1870 y 1884. Es la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 quien por vez primera, decretado el divorcio deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. Esta disposición la recoge nuestro vigente -- código civil.

La sanción principal para los adúlteros es el divorcio. -- Produce efectos y consecuencias que benefician al cónyuge inocente y a los hijos. Integra delito si se realiza en el domicilio conyugal o con escándalo.

C A P I T U L O S E G U N D O

ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

1. Descripción en derecho familiar
2. Reglamentación en nuestras legislaciones:
 - A. Código civil de 1870
 - B. Código civil de 1884
 - C. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917
 - D. Código civil de 1928
3. Elementos del adulterio:
 - A. Existencia del matrimonio
 - B. Relaciones sexuales con persona distinta a la del cónyuge
4. Acción del adulterio
5. Pruebas en el adulterio:
 - A. Prueba directa
 - B. Prueba indirecta
 - C. Testigos
6. Caducidad en el adulterio:
 - A. Adulterio ocasional
 - B. Adulterio no ocasional
7. Jurisprudencia.

1. Descripción en derecho familiar

Jurídicamente carecemos de una definición de adulterio. - El código civil vigente señala como primer causa de divorcio, el - adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin darle -- una definición o connotación específica. En consecuencia, buscamos su significado vulgar o general: ayuntamiento sexual ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de ellos o los dos casados.

Se ha dicho, el adulterio es la violación a una obliga-- ción esencial en el matrimonio: la fidelidad, que significa leal-- tad, observancia de lo que uno debe a otro. Por virtud del matrimo-- nio los cónyuges adquieren el derecho perpetuo y exclusivo sobre - sus cuerpos, se deben fidelidad recíproca. La violación a este de-- ber esencial origina la causal de divorcio prevista en la fracción I del artículo 267 del código de la materia.

Los juristas han dado diferentes definiciones sobre el -- particular, entre ellas tenemos: " el adulterio es el trato carnal de cualquiera de los cónyuges con quien no sea su consorte "

{ 1 }

La expresión 'trato carnal' es muy extensa y no implica a mí parecer la esencia del adulterio: relación sexual con un terce-- ro. El calificativo 'cónyuge' lo tiene únicamente quien ha celebra-- do un matrimonio civil.

" El adulterio consiste en la unión sexual que no sea con-- tra natura de dos personas no unidas por matrimonio civil, estando una de ellas o las dos casadas civilmente con un tercero "

{ 2 }

[1] Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Cuar-- ta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980. p. 598.

[2] Pallares Eduardo. El Divorcio en México. Tercera Edición. - Editorial Porrúa, S. A. México, 1981. p. 63.

La expresión 'contra natura' se emplea para describir a los actos de suyo no aptos para la generación de la especie. Se incluyen en este concepto las relaciones eróticas entre homosexuales y la inseminación artificial, entre otras.

La 3a. Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación establece: se entiende por adulterio la violación a la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. Directo 2260/62/2a. octubre dos de 1964.

El adulterio puede describirse de la siguiente manera: -- ayuntamiento sexual voluntario entre persona casada civilmente y otra extraña al vínculo matrimonial.

2. Reglamentación en nuestras legislaciones

A. Código civil de 1870

Señala el artículo 239: el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio. Suspende solo algunas de las obligaciones civiles expresadas en los artículos relativos de este código.

La infidelidad conyugal era causa legítima y suficiente para solicitar el divorcio perpetuo. Si se justificaba el adulterio se eximía al cónyuge inocente de hacer vida en común con el culpable y se dejaban subsistentes las demás obligaciones inherentes al matrimonio.

El varón podía acusar a su mujer de adulterio en todos los casos. A la mujer se le restringía ese derecho a los casos siguientes: si su marido lo cometía en la casa común; si hubo concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal; si ha habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mu-

jer legítima o si la adúltera la había maltratado de palabra o de obra.

Si la mujer da causa al divorcio conserva el marido la -- administración de los bienes comunes, pierde la patria potestad sobre sus hijos y todo lo dado o prometido por su consorte o tercera persona en consideración al matrimonio. El marido dará alimentos a la mujer si la causa no fue adulterio de ésta.

La acción de divorcio por adulterio corresponde al cónyuge inocente. El adulterio no es causa precisa de divorcio cuando - el que intenta éste es convencido de cometer igual delito o induce a su cónyuge. No puede solicitarse el divorcio alegando adulterio del cónyuge si ha mediado perdón expreso o tácito. La ley presume la reconciliación si después de decretada la separación o durante el juicio, ha habido cohabitación de los cónyuges.

B. Código civil de 1884

Resultó copia fiel del código civil de 1870, al menos en lo concerniente al divorcio por adulterio. Se autorizaba por el - Estado el divorcio en cuanto al lecho y habitación, dejaba vivo el matrimonio y no permitía a los divorciados contraer otro nuevo. Es tablece el artículo 226: el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende solo alguna de las obligaciones civiles, expresadas en los artículos relativos de éste código. Esta misma redacción corresponde al artículo 239 del código civil de 1870.

La fracción I del artículo 227 del código en estudio señalaba entre las causas legítimas de divorcio perpetuo el adulterio de uno de los cónyuges. A la primera lectura de este artículo parecía no existir diferencia en cuanto al sexo de los casados adúlteros. Es mas adelante donde aclara el artículo 228: el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio. El del marido lo es si con

el concurre alguna de las circunstancias siguientes: si ha habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal. Si el adulterio se cometió en la casa común. Si hubo escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima. Si la adúltera maltrató de palabra o de obra, o por su causa se ha maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima.

" La fidelidad es para la mujer un deber principal. Para el hombre es deber accesorio. Se ha pretendido justificar esta desigualdad disiendo, la infidelidad de la mujer es más grave que la del hombre: 'cualquier mancha por pequeña en la honra de la mujer, la hace perder aquella incolumidad tan necesaria para conservar su prestigio de esposa y madre. Empaña la honra del marido. Rompe por necesidad toda armonía doméstica, introduciendo a menudo hijos extraños a su familia'. Estas razones no justifican sino en parte la desigualdad conyugal. Es consecuencia del matrimonio guardarse los cónyuges mutua fidelidad. El legislador no debe dar sanciones distintas a la violación de este derecho "

{ 3 }

No es cierto que solo la infidelidad de la mujer provoque la ruptura de esa armonía familiar. También se rompe si el marido comete adulterio y tiene hijos fuera de su hogar. Merece mayor sanción al procrear hijos nacidos de uniones ilegítimas. El legislador de 1884 conservó la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos y negó a estos el goce de los derechos correspondientes a los llamados hijos de matrimonio. Al sancionar en casos especiales la infidelidad del marido provocó un mayor número de padres irresponsables.

Se hace una reglamentación sobre los bienes e hijos habidos dentro del matrimonio. Señala el artículo 250 del código en es

tudio: el cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración al matrimonio. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. Si la mujer comete adulterio, perderá todo derecho a recibir alimentos y el marido conservará la administración de los bienes comunes. Los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si ambos lo fuesen y no existe ascendiente en quien recáiga la patria potestad, se nombrará a los hijos tutor. Así lo establece el artículo 247: el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones inherentes al matrimonio.

C. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

Ley expedida por Venustiano Carranza, Primer Jefe del -- Ejercito Constitucionalista en abril de 1917. Presenta una gran -- innovación, artículo 75: el divorcio disuelve el vínculo matrimo-- nial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Surgieron diferentes criterios sobre la implantación del divorcio vincular. " La nueva ley es profundamente revolucionaria y destructora del núcleo familiar. Sacude al edificio social en -- sus cimientos y anuncia la agonía de un mundo y la aurora de una -- nueva era. Es obra de sinceridad y valor. Sus autores no temieron desafiar la opinión pública, ni atraer sobre sí la ira y las censu-- ras de los sentimientos arraigados que palpitan en las entrañas -- mismas de la sociedad. Manifestaron claramente su idea y la desa-- rrollaron con lógica implacable "

(4)

Esta ley vino a terminar con el llamado divorcio de lecho

(4) Pallares Eduardo. Ob. cit. p. 35.

y habitación. Carecía de sentido establecer causas de divorcio y seguir todo un procedimiento si al dictarse la sentencia concediendo la separación se condenaba a los cónyuges a continuar con todas las obligaciones derivadas del matrimonio. Se excluía al cónyuge inocente de cohabitar con el culpable.

El instinto sexual es poderoso y difícil de dominar. El divorcio perpetuo o temporal previsto en los códigos civiles de 1870 y 1884 orillaba a los divorciados a tener relaciones ilícitas fuera del matrimonio.

" El divorcio, tal como se concibe en la actualidad, viene a concluir con un hogar. Si dos personas se han hecho mutuamente desdichadas, van a seguir tratando de hacer infelices a otras. Es una cadena que no termina nunca porque el divorcio no tiene limitación alguna. Vivir en un hogar truncado marca a los hijos, - - quiérase o no, para toda la vida. Es perpetuo el estigma de una -- criatura que le falta el calor de un verdadero hogar, de un hogar completo. En bien malas condiciones crece el hijo de parejas divorciadas "

{ 5 }

Cuando en un matrimonio se da el adulterio el respeto y consideración pasan a segundo término. Se busca la satisfacción de intereses puramente personales. El divorcio no va a destruir la -- unidad familiar. Esta de antemano ya no existe. Terminó hace tiempo con la conducta infiel de los cónyuges. Solo trata de aminorar el daño ya causado, evitando con la separación mayores problemas -- para los hijos y los propios cónyuges. Se considera el divorcio -- vincular un remedio excepcional para situaciones trágicas. Resulta mas sano dar por terminada una relación conyugal que de antemano -- se sabe no tiene remedio, a continuar unida la pareja quien trata-

rá por todos los medios de hacerse daño y con ello a los hijos por las constantes desaveniencias, malos tratos, ofensas etc.

La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 señala como -- primer causa de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges. Continúa la desigualdad jurídica de la mujer imperante en los códigos civiles anteriores. Expresa el artículo 77: el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio. El del marido lo es si con él -- concurre alguna de las circunstancias siguientes: si el adulterio se cometió en la casa común. Si hubo concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal. Si existió escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima. Si la adúltera maltrató de palabra o de obra, o si por su causa se ha maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima.

Artículo 88: el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente y dentro de seis meses después de que hayan llegado a su noticia los hechos fundatorios de la demanda. Agrega el artículo 90: la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aun no existe sentencia ejecutoria, pero los interesados deberán denunciar su nuevo arreglo al juez. La omisión de esta noticia no destruye los efectos producidos por la reconciliación. La ley presume la reconciliación cuando, después de presentada una demanda de divorcio, existe cohabitación entre los cónyuges.

Ejecutoriado el divorcio los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si ambos lo son y no hubiere ascendientes en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de un tutor. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. El cónyuge culpable de adulterio perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos. Si la mujer es cónyuge inocente perderá la patria potestad sobre sus hijos si vive en mancebia o tiene un hijo ilegítimo.

Sobre los bienes manifiesta el artículo 99 del ordenamiento legal citado: el cónyuge culpable de adulterio perderá todo lo dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. Artículo 100: ejecutoriado el divorcio, se procederá a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tienen obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas hasta la celebración del matrimonio, aunque sean mayores de edad, si viven honestamente.

De los alimentos señala el artículo 101: si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho a alimentos mientras no celebre matrimonio y viva honestamente. El marido inocente tendrá derecho a alimentos cuando esté imposibilitado de trabajar y no tenga bienes propios para subsistir. El cónyuge que deba pagar los alimentos podrá librarse de esa obligación entregando el importe de las pensiones alimenticias correspondientes a cinco años.

Consecuencia del divorcio vincular fue la redacción del artículo 102: por virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, salvo lo dispuesto en el artículo 140 y cuando el divorcio se haya declarado por causa de adulterio. En este último caso, el cónyuge culpable no podrá celebrar un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio. La muerte de uno de los cónyuges, acaecida durante el juicio de divorcio, pone fin a él en todo caso y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio. Las audiencias en el juicio de divorcio serán secretas y se tendrá como parte al Ministerio Público.

D. Código civil de 1928

Publicado en el Diario Oficial de la Federación en marzo veintiseis de 1928. En vigor a partir del 1° de octubre de 1932. - Lleva a cabo la equiparación jurídica en el adulterio cometido por el hombre y el realizado por la mujer. La fracción I del artículo 267 señala entre las causas de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. No exige ningún otro requisito. La exposición de motivos se orienta así: el pensamiento capital que informa el proyecto puede expresarse brevemente. Armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo imperante en el código civil de 1884. He aquí algunas de las principales reformas contenidas en el proyecto:

" . . . Se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciendo que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos. Como consecuencia de esta equiparación se dió a la mujer domicilio propio. Se dispuso que tuviera en el matrimonio au-tonomía y consideraciones legales iguales al marido. De común acuerdo arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes de éstos. La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. También puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo.

La mujer casada tiene derecho de pedir que se dé por concluida la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente. Se hizo desaparecer la incapacidad legal para que la mujer pudiera ser tutor, fiadora, testigo en testamento, albacea y para ejercer el mandato. Al llegar a la mayor edad tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando legalmente capacitada para celebrar toda clase de contratos. No pierde la pa-

tría potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores, aun cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias.

La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria, en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar. Se le han abierto las puertas para dedicarse a todas las actividades sociales y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, -- sustentada por el código anterior . . . "

{ 6 }

Esta equiparación jurídica se manifiesta en el artículo - 269 del código de la materia: cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde el conocimiento del adulterio.

La acción de divorcio corresponde al cónyuge inocente. No podrá solicitarlo si ha mediado perdón expreso o tácito. La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en -- cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez. La omisión de esta denuncia no destruye los efectos producidos por la reconciliación.

Señala el artículo 285 del código de la materia: el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos. En virtud del divorcio, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge culpable de adulterio no podrá volver a casarse sino después de dos años de decretado el divorcio.

{ 6 } García Téllez Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1965. pp. 43 y 44.

3. Elementos del adulterio

La existencia de un matrimonio y la comprobación de las relaciones sexuales con persona distinta al cónyuge son fundamentales para configurar la causal de divorcio por adulterio.

A. Existencia del matrimonio

El matrimonio es base fundamental de la familia. Representa la completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer, reconocida y regulada por el derecho. Con el matrimonio se dá nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges. En razón de la celebración se derivan para los esposos la suma de obligaciones y derechos establecidos por la ley. En ese momento deja de contar en absoluto la voluntad de los contrayentes, esencial al momento de la celebración. El matrimonio se celebra ante el Juez del Registro Civil, es un acto solemne. Señala el artículo 146 del vigente código civil: el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios establecidos en la ley y con las formalidades que ella exige.

La perpetuación de la especie, la vida en común y la ayuda mutua entre los cónyuges pueden ser motivos principales para la celebración del matrimonio pero no agotan su verdadera esencia. Los dos ellos pueden realizarse satisfactoriamente fuera del matrimonio.

" Lo esencial en el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él, la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica. La seguridad y certeza de las relaciones entre consortes, la situación y el estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, por la seguridad y certeza impartida por el derecho fortalece el grupo familiar permitiendo cumplir las finalidades sociales, éticas y aun económicas que le competen dentro de la comu-

nidad "

(7)

El acta de matrimonio, como todas las actas del registro civil, es un medio probatorio idóneo de la existencia del vínculo conyugal. Así lo establece el artículo 39 del vigente código civil: el estado civil se comprueba con las constancias relativas del registro. Ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobar el estado civil, salvo los casos expresamente exceptuados en la ley.

Un efecto del matrimonio en relación a las personas de los cónyuges es la fidelidad. Su violación origina el adulterio. La ley concede al cónyuge inocente la facultad de solicitar el divorcio dentro de los seis meses siguientes, contados desde el com ci m i e n t o del adulterio. El divorcio representa la mayor sanción im p u e s t a d a l a l e y al cónyuge culpable.

El adulterio es considerado uno de los motivos más graves para concluir la vida conyugal. Constituye impedimento no dispensable para la celebración de un nuevo matrimonio civil. Señala el artículo 156 del código de la materia, fracción V: es impedimento para celebrar el matrimonio el adulterio habido entre personas que pretendan contraerlo si ese adulterio ha sido judicialmente comprobado. El legislador por razones de orden moral y social impide a los adúlteros contraer matrimonio y formar legalmente así una familia previa destrucción de una anterior. Más adelante agrega el artículo 243: la acción de nulidad nacida de la causa prevista en la fracción V del artículo 156 podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público si el matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido. En los dos casos la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros.

B. Relaciones sexuales con persona distinta a la del cónyuge.

Las relaciones sexuales dentro del matrimonio constituyen un derecho y deber recíprocos entre los cónyuges. Lo establece el legislador en atención al fin primordial del matrimonio consistente en la procreación. Señala el artículo 147 del vigente código civil: cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie y a la ayuda mutua debida entre los cónyuges, se tendrá por no - - puesta.

La exclusividad en las relaciones sexuales es base de la fidelidad matrimonial. " El deber de fidelidad no se agota con la sola abstención impuesta a los cónyuges de tener relaciones carnales con otra persona distinta de su consorte. Desde el punto de -- vista civil y atendiendo a las condiciones sociales, culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos que aun cuando no lleguen a la consumación del adulterio ni conduzcan a relaciones eróticas entre un cónyuge y un tercero, pueden constituir una violación al deber de fidelidad en tanto esos hechos o actos, revelen la ruptura o lesión de la unidad familiar existente entre los cónyuges "

[8]

Existen actos violatorios del deber de fidelidad conyugal sin que propiamente lleguen a constituir adulterio. Pueden dar lugar a una injuria grave. Se entiende por tal, ciertas situaciones, conductas u omisiones de un cónyuge a otro, suficientes y aptas para hacer la vida en común imposible. La Jurisprudencia ha establecido un concepto general de injuria: la expresión, la acción, el - acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensas y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o -

se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto debido entre los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención como se profirieron o ejecutaron, para despreciar y humillar al ofendido.

Podemos considerar injurias graves las relaciones amorosas públicas con notorio deshonor al otro cónyuge, la unión sexual contra natura, la inseminación artificial etc.

" Sucede, a veces, que el marido o la mujer, sin llegar a cometer adulterio, o por lo menos no existe prueba digna de crédito de ese delito, mantienen relaciones amorosas públicamente con personas diferentes de su consorte, hecho éste que sólo puede considerarse como injuria grave, dando a estas últimas palabras un amplísimo sentido que en realidad no tienen. No es posible considerar dichas relaciones como causa de divorcio, a pesar del deshonor y la ofensa que entrañan "

(9)

DIVORCIO, CAUSALES DE. ADULTERIO. LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL.- Si la causal de divorcio no fue invocada expresamente como base de la acción, no debe tomarse en cuenta. No procede que el adulterio de uno de los cónyuges se interprete como una injuria grave para el otro. El adulterio es una causal autónoma, tipificada en la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal. Es un recurso inaceptable el querer subsanar el error de no haberlo invocado específicamente causal de divorcio y presentarlo como injuria "lato sensu".

Quinta Epoca:

Amparo directo 2971/53. Juan Neuman. 5 votos.

Tomo CXVI, pág. 582

Las relaciones amorosas sostenidas entre una persona casa

[9] Pallares Eduardo. Ob. cit. p. 61.

da y un tercero ajeno al vínculo conyugal no integran la causal de adulterio porque la naturaleza de este acto supone relaciones sexuales y no simples amorios. Al invocar como injuria grave ese tipo de relaciones amorosas no se está violando el principio de aplicación restrictiva de las causas de divorcio ni se está involucrando la una con la otra. Simplemente se considera que esa conducta - seguida por uno de los cónyuges hace la vida en común imposible.

Los actos contra natura implican actos realizados en contra de la naturaleza. Lo contrario a la forma natural de realizar el acceso carnal, sea por otro conducto o entre personas no aptas para ello.

" También pasó por alto el legislador, los casos muy frecuentes ahora de que el marido sea un invertido y mantenga relaciones sexuales con otro varón, hecho éste que no constituye un auténtico adulterio, aunque tenga grandes semejanzas con él. Con menos frecuencia la esposa es la que practica esa degeneración. No puede ser asimilada al verdadero adulterio "

(10)

El homosexualismo está muy de moda hoy en día y cada vez aumenta el número de invertidos sexuales. Es una fijación irregular del instinto sexual tendiente a la satisfacción erótica con -- personas del mismo sexo. Llamado amor socrático para los varones y amor lesbico o sáfico para las mujeres.

Al hablar de adulterio pensamos en relaciones sexuales extraconyugales entre personas de sexo diferente, hombre y mujer. No imaginamos las desviaciones sexuales de uno de los cónyuges.

" La homosexualidad es una perversión, consiste en una me

na excitación orgánica con lo que no se consigue un encuentro sexual "

(11)

Esta cuestión es discutida. No existe propiamente una relación sexual, posible sólo entre personas de distinto sexo. Sin embargo, integran relaciones eróticas sin llegar a una conjunción carnal normal.

" Queda sujeto a estudio si es adulterio la cópula del marido con mujer pública. Evidentemente si lo es. ¿lo será el ayuntamiento con homosexuales o lesbianas? No lo creemos "

(12)

Esta situación pasa inadvertida para el legislador y ocasiona controversias en el tratamiento de esta figura, precisamente por la falta de una definición legal del adulterio. La mayoría de los autores coinciden en no considerar un auténtico adulterio la práctica de relaciones extraconyugales con invertidos sexuales. Si con el adulterio se pierde la armonía en el hogar y provoca muchas veces la disolución del vínculo matrimonial ¿qué se puede esperar de un matrimonio donde uno de los cónyuges gusta de practicar relaciones con invertidos sexuales? ¿qué solución podemos dar en el caso de que uno de los cónyuges se convierta definitivamente en un invertido sexual?. Mayor es el rompimiento sentimental o emocional mayor la lesión a la dignidad y honor del cónyuge inocente. Revela que el invertido no otorga a su consorte el lugar que en la vida de aquél debe tener éste como esposo o esposa. Rompe la íntima comunidad espiritual y marital esencial en el matrimonio al grado de hacer imposible la vida en común.

BIBLIOTECA CENTRAL

(11) Ackermann Heinrich. Sexualidad y Crimen. Traducción de Enrique Gimbernat. Tercera Edición. Editorial Reus, S. A. - Madrid, 1969. p. 50.

(12) De Ibarrola Antonio. Ob. cit. p. 318.

Inseminación artificial. Al promulgarse el vigente código civil no se conocía este procedimiento, actualmente practicado en mujeres, sobre todo de Estados Unidos, y no fue tomado en cuenta por el legislador.

" La experiencia y los avances científicos han demostrado la existencia de actos de suyo no aptos para la generación de la prole sin consideración de relaciones carnales. El derecho debe -- considerar lesivos a la fidelidad matrimonial no sólo los actos de suyo aptos para la generación de la prole secundum naturam, adulte rio, sino también los actos de suyo aptos para la generación de la prole contra natura, inseminación artificial "

{ 13 }

La inseminación artificial es la introducción de espermatozoides en el aparato genital femenino con miras a la fecundación y fuera de cópula normal. Se divide en homóloga y heteróloga. La primera resulta del esperma proveniente del marido de la mujer inseminada. La segunda ha sido obtenida utilizando esperma de un sujeto masculino diferente al esposo de la mujer, recibe la denomina ción de dador o donante.

" La inseminación artificial constituye un procedimiento practicado para superar deficiencias funcionales -inseminación homóloga- o para suplir la esterilidad masculina -inseminación heteróloga. Las posiciones religiosas, filosóficas o morales no obstan en su regulación legal. La realidad humana debe ser acogida normativamente para fijar los principios que la regirán. Esto no implica fomentar ciertas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales producidos "

{ 14 }

{ 13 } *Bernández Cantón. Citado por Ignacio Galindo Garfias. Ob. cit. p. 598.*

{ 14 } *Zannoni Eduardo A. El Concubinato. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970. p. 75.*

El adulterio implica relaciones sexuales de un casado con un tercero ajeno al vínculo matrimonial. La esposa adúltera se expone seriamente a introducir hijos extraños a su familia y hacerlos pasar por hijos de su marido. La mujer inseminada homológamente no introduce en su hogar hijos ajenos a su esposo. El esperma proviene del propio marido, sin importar que la inseminación no sea una forma natural para engendrar. No sucede lo mismo con la inseminación heteróloga, los hijos procreados no pertenecen al esposo de la mujer inseminada.

" Desde el momento de intentar ella la fecundación artificial, se expone seriamente al peligro de introducir un extraño a su familia e imponerlo mentirosamente al marido. Este acto de la mujer es punible de adulterio "

{ 15 }

La conducta de la esposa se encuentra desprovista del carácter sexual. La inseminación artificial no se considera adulterio. Puede dar lugar a una injuria grave en el caso de intentar la fecundación sin el consentimiento del esposo. La conducta no se ajusta a los principios y al concepto mismo del matrimonio. Quizá implique mayor inmoralidad u ofensa hacia el cónyuge inocente por engendrar de otra persona o a otra persona ajena al vínculo conyugal, desafiando la forma natural de procreación.

Si el marido consciente la inseminación artificial de su esposa con sustancia de un tercero o la esposa consciente que su marido done su sustancia genital para fecundar a otra mujer, no se puede intentar luego la acción de divorcio. Es conveniente para el médico, autor de una inseminación artificial, exigir un documento firmado por ambos cónyuges, afirmando haber recurrido a él por pro pia y exclusiva voluntad.

{ 15 } Bonnet Pablo Emilio Federico. Medicina Legal. López Liberos Editores, SRL. Buenos Aires, 1967. p. 401.

4. Acción del adulterio

Los presupuestos de la acción de divorcio por adulterio son: a) la existencia de un matrimonio válido, b) ejercitar la acción en tiempo hábil, c) que no exista por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito, d) promover ante juez competente, e) tener el promovente capacidad procesal, y f) ajustar el escrito de demanda a los presupuestos legales.

a) Existencia de un matrimonio válido. Es requisito o presupuesto lógico necesario para la disolución del vínculo matrimonial. Divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley. En consecuencia, si no existe un matrimonio no puede haber disolución.

b) Ejercitar la acción en tiempo hábil. La acción de divorcio por adulterio debe ejercitarse en tiempo hábil: dentro de los seis meses siguientes a aquél en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento del hecho culposo del cónyuge generador de la acción. Señala el artículo 269 del código de la materia: cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde el conocimiento del adulterio.

c) El perdón expreso o tácito extingue la acción de divorcio por adulterio. El perdón consiste en la declaración de voluntad por parte de quien lo otorga de no hacer efectivas las sanciones y responsabilidades que tiene derecho a ejercitar en contra del cónyuge culpable. Señala el artículo 279 del ordenamiento legal citado: ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 puede alegarse para pedir el divorcio cuando haya mediado perdón expreso o tácito.

El perdón expreso se otorga mediante la palabra verbal o

escrita. El tácito por medio de hechos determinados que necesariamente lo presuponen o por lo menos presumen su existencia. Muchas veces bastará un beso, un abraso del cónyuge ofendido al culpable para manifestarle su perdón.

Agrega el artículo 280 del código civil en vigor: la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez. La omisión de esa denuncia no destruye los efectos producidos por la reconciliación.

Se presume la reconciliación de los cónyuges si después de separados o durante el juicio existe cohabitación entre ellos. La obligación de denunciar al juez el acto de reconciliación, resulta inútil. Aunque se omita produce la terminación del juicio de divorcio.

La reconciliación y el perdón representan un obstáculo insuperable para que el cónyuge ofendido pueda ejercitar nuevamente la acción de divorcio por los mismos hechos que hizo valer en la demanda. El desistimiento no requiere el consentimiento del demandado.

d) Promover ante juez competente. Es autoridad competente para conocer del divorcio por adulterio el juez de lo familiar del domicilio conyugal. Señala el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, fracción XII: es juez competente en los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el del domicilio del cónyuge abandonado.

e) Capacidad procesal del promovente. La acción para solicitar el divorcio por adulterio corresponde al cónyuge inocente. -

Así lo establece el artículo 278 del código civil vigente: el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que hayan llegado a su noticia los hechos fundatorios de su demanda.

Las personas físicas adquieren plena capacidad de ejercicio a partir de los dieciocho años cumplidos. Antes de llegar a esa edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones, por medio de su representante legítimo: personas que ejercen la patria potestad o tutor. El derecho presume en el menor de edad falta de discernimiento necesario para decidir, por propia voluntad, la realización de actos jurídicos. A pesar de la falta de capacidad de ejercicio del menor de dieciocho años puede contraer matrimonio si ha cumplido catorce años y es mujer o dieciséis años si es varón; no obstante, necesita el consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad, produciendo su emancipación. Señala el artículo 451 del citado ordenamiento: los menores de edad emancipados por razón de matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos mencionados en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro. Agrega el artículo 641: el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Si el matrimonio se disuelve, el cónyuge emancipado menor, no recaerá en la patria potestad. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad de autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales. La intervención del tutor en el procedimiento del divorcio de menores de edad, tiene por objeto integrar y no substituir la voluntad del pupilo. El divorcio es una decisión personalísima de los cónyuges.

f) Presupuestos legales. Ajustar el escrito de demanda a los presupuestos legales significa fundar la acción de divorcio -- por adulterio en el articulado del código de la materia. Normar el fondo y el procedimiento. Invocar el derecho en forma precisa y congruente.

5. Pruebas en el adulterio

La primera causa de divorcio señalada por el artículo 267 del vigente código civil es el adulterio debidamente probado de -- uno de los cónyuges. La expresión "deditamente probado" se refiere a las pruebas aducidas para demostrar la infidelidad conyugal. Estas deben producir en el juzgador la certeza del adulterio de uno de los cónyuges. Si los elementos de convicción allegados a los autos, provocan dudas y su valor en incierto, no debe considerarse probada la causal de divorcio invocada.

Los tratadistas han establecido con relación a las pruebas dos grandes categorías: pruebas propiamente dichas y presunciones. Las primeras son elementos directos de convicción presentadas a juicio para acreditar la verdad de los hechos. Las segundas son elementos que conducen a la convicción del juez por un razonamiento, partiendo de datos suministrados por las presunciones. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala en su artículo 379: presunción es la consecuencia deducida por la ley o el juez de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido. La primera se llama legal y la segunda humana. Hay presunción legal si la ley la establece expresamente y la consecuencia nace en forma inmediata y directa de la ley. Hay presunción humana si de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél. Agrega el artículo 381 del ordenamiento legal citado: si se tiene a favor una presunción legal, sólo se está obligado a probar el hecho fundatorio de la misma. No se admite prueba contra la presunción legal cuando la ley lo prohíbe expresamente y si el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo el caso de que la ley se haya reservado el derecho a probar. Contra las demás presunciones legales y humanas es admisible la prueba.

Para la clasificación de las pruebas propiamente dichas se han seguido los siguientes criterios: en atención a la naturale

za del proceso puede ser la prueba penal o civil, por el grado de convicción producida en el juez se ha dividido en directa o indirecta. Se llama directa cuando por ella, sin interferencia de ninguna clase, se demuestra la realidad o certeza de los hechos. Indirecta cuando sirve para demostrar la verdad de un hecho, pero recayendo en o por mediación de otros con el que aquél está íntimamente relacionado.

A. Prueba directa

Por la naturaleza misma del adulterio, resulta una de las causales más difíciles de probar. La prueba directa no admite los actos preparatorios ni posteriores al adulterio: reunión en recinto cerrado, sorpresa en ropas menores, actitud de estar uno en brazos de otro etc. Requiere el momento mismo de la unión sexual y -- eso es comunmente imposible de probar. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido el siguiente criterio:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. -- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comunmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge -- culpable.

Quinta Epoca:

Tomo CII, pág. 695. Amparo directo 414/54. Díaz Candelaria. Mayoría de 4 votos.

Sexta Epoca:

Volumen XIV, pág. 9. Amparo directo 2809/57. Jesus Ruiz Jiménez. 5 votos.

Volumen XXX, pág. 120. Amparo directo 7803/58. - María Cristina de Borbón. Mayoría de 4 votos.

Volumen XXXIII, pág. 69. Amparo directo 2181/59. Jesus Alcántara. 5 votos.

Volumen LII, pág. 10. Amparo directo 7226/60. Antonia Verde Barrón. 5 votos.

Apéndice de Jurisprudencia, 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta parte. 3a. Sala.

Las relaciones sexuales representan un estado de intimidad entre quienes las practican y si son consecuencia de un acto de adulterio su realización es clandestina. La conducta seguida por los adúlteros es de privacidad y por lo general, sus relaciones no las hacen públicas. Cuando el adulterio toma el carácter de conducta permanente o el adúltero abandona a su cónyuge para irse a vivir con su amante, la infidelidad conyugal es notoria y existe la certeza del adulterio.

" La prueba del adulterio en el juicio de divorcio ha de ser directa, objetiva. En ningún caso es admisible la prueba presuncional. Esta causal es absoluta, requiere la prueba objetiva del adulterio "

(16)

Siendo la institución del matrimonio de orden público, -- las causales de divorcio deben probarse plenamente. La prueba directa del adulterio es difícil de aportar al juzgador. Se admite cualquier medio de prueba que produzca en el juez la certeza de la infidelidad de uno de los cónyuges. Existen tesis relacionadas:

ADULTERIO CIVIL, COMPROBACION DEL.- Como los actos adulterinos se realizan clandestinamente, si para demostrarlos se exigiera únicamente la prueba directa, equivaldría a imponer al cónyuge inócente una carga casi imposible de realizar. Es por esto que salvando el escollo insuperable de la prueba directa se admita la prueba presuntiva
Amparo directo 7226/1960. Antonio Verde Barrón.
Octubre 6 de 1961. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Ministro José López Lira.
3a. Sala. Sexta Epoca. Volumen LII. Cuarta parte pág. 10.

Tesis que ha sentado precedente:

Amparo directo 2809/1957. Jesus Ruiz Jiménez. --
Agosto 27 de 1958. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Ministro Gabriel García Rojas.

3a. Sala. Sexta Epoca. Volumen XIV. Cuarta parte, pág. 9 y 16.

Amparo directo 1271/1959. María Concepción Ta-
boada de Olvera. Marzo 4 de 1960. Unanimidad -
de 4 votos. Ponente: Ministro Gabriel García -
Rojas.

3a. Sala. Sexta Epoca. Volumen XXXIII. Cuarta
parte, pág. 69.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE PRUEBAS. -
El adulterio invocado como causal de divorcio,
es susceptible de probarse por medio del acta
de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge
demandada, habido con persona distinta a su es-
poso legítimo; porque aun cuando se trata de
un documento público que no constituye prueba
para demostrar directamente el adulterio, si
hace prueba plena en cuanto al nacimiento del
menor y a lo declarado por quienes lo presenta-
ron y reconocieron. Queda demostrado el hecho
relativo al nacimiento del hijo natural al -
tiempo de subsistir el vínculo matrimonial y -
deducida la existencia del adulterio que es --
consecuencia de aquel hecho. Es presunción re-
lativa a la existencia de la causal invocada.

Amparo directo 1431/1974. Faustino García Este-
va. Enero 23 de 1975. Unanimidad de 4 votos. -

Ponente: Lic. Ernesto Solís López.

3a. Sala. Séptima Epoca. Volumen LXXIII. Cuar-
ta parte, pág. 93.

El acta de nacimiento es un medio probatorio idóneo de la
existencia del menor. La mujer casada no puede reconocer a su hijo
habido con persona distinta de su marido. En la partida de naci-
miento el juez del registro no puede asentar como padre a otro hom-
bre distinto al esposo de la mujer. Salvo si el marido ha descono-
cido al hijo y existe sentencia ejecutoria al respecto. El menor -
tiene a su favor la presunción de ser hijo de matrimonio aunque la
madre declare que no es hijo de su esposo. Para decretar el divo-
rcio por adulterio el juez debe estar plenamente convencido de la
infidelidad de uno de los cónyuges y el registro de un hijo natu-
ral es consecuencia del comportamiento infiel de la esposa.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. - La acción de divorcio por adulterio fundada en el hecho debidamente probado de que la esposa dió a luz durante la ausencia del marido es procedente - porque dicho alumbramiento obedeció a relaciones adulterinas y no debe exigirse como requisito de procedibilidad, la obtención de sentencia en un juicio autónomo sobre el desconocimiento de la paternidad del menor.

Amparo directo 4634/1971. José Angel Arroyo -- Sánchez. Julio 9 de 1973. 3 votos. Ponente: -- Lic. Enrique Martínez Ulloa.
3a. Sala. Informe 1973, pág. 41.

Señala el artículo 326 del vigente código civil: el marido no puede desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, salvo el caso - de haberle ocultado el nacimiento o si durante los diez meses precedentes al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

El desconocimiento de la paternidad es un juicio autónomo tiene como fin, destruir la presunción de la paternidad del marido respecto a los hijos de la esposa, nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos días de disuelto éste o desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos. Cuando ha habido adulterio de la madre y el marido pretende no ser el padre del hijo que ésta ha dado a luz, deberá probar que efectivamente no tuvo acceso con ella, durante los diez meses precedentes al nacimiento, o que el alumbramiento se le ocultó.

La acción del padre para desconocer a su hijo es independiente del adulterio invocado como causa de divorcio. La sentencia que declare el desconocimiento de la paternidad del menor puede invocarse como prueba en el divorcio por adulterio. No podemos decir que la infidelidad de la esposa sirva de fundamento para desconocer la paternidad. No importa si la mujer ha tenido relaciones sexuales con un tercero, vive con su marido y con éste también la ha tenido por hacer vida en común. Subsiste la presunción de ser -

el marido el autor del embarazo. Si ha habido cohabitación entre los consortes, la paternidad biológica en este caso, interesa menos al derecho que la paternidad legalmente atribuida al marido.

B. Prueba indirecta

La prueba indirecta ha sido admitida para comprobar el adulterio como causal de divorcio, debido a la imposibilidad que ofrece la prueba directa.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- Si de conformidad con la tesis jurisprudencial número 152, la 3a. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la procedencia de la prueba indirecta para demostrar el adulterio, los elementos de convicción con los que se pretende integrar esa prueba indirecta, deben satisfacer las exigencias legales para poder ser tomadas en cuenta por el juzgador.

Amparo directo 6590/1968. Gildardo Pérez Moncada. Octubre 8 de 1969. Mayoría de 3 votos. Ponente: Lic. Mariano Ramírez Vázquez. 3a. Sala. Séptima Época. Volumen X. Cuarta parte, pág. 23.

La expresión "satisfacer las exigencias legales" significa probar plenamente la causal de divorcio invocada. Resulta casi imposible de probar el momento consumativo del adulterio pero existen otros actos que de manera indirecta comprueban la conducta infiel de uno de los cónyuges, esencial para la conservación del matrimonio.

ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.- La circunstancia de que por la ventana trasera de la alcoba donde tienen su hogar conyugal el actor y la demandada, se haya visto salir un hombre a las once de la noche, no es suficiente lógica ni jurídicamente para tener por comprobado debidamente el adulterio de la esposa, si no existen otros datos que puedan presumir su comi---

sión o sea la ejecución de actos para integrar el adulterio, consistente en violar la fidelidad conyugal debida entre los esposos porque - la mujer conceda favores a otro hombre distinto de su marido.

Amparo directo 6603/56. Gloria Mendoza de Manuel. Enero 29 de 1958. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Vicente Santos Guajardo. 3a. Sala. Informe 1958, pág. 14.

Esta circunstancia no constituye un elemento de convicción pleno para el juez. Deberán aportarse otros datos para la comprobación de la infidelidad conyugal.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se admita la prueba indirecta. La misma debe estar encaminada a demostrar la conducta adulterina o infiel del cónyuge y la mecánica del adulterio. Si solo se trata de acreditar una confesión vertida por uno de los cónyuges, no es suficiente para comprobar el adulterio.

Amparo directo 6110/1967. Waldo Sam Alcalá. Julio 8 de 1977. Segunda parte. Tesis 69, pág. 87.

La confesión debe ir acompañada de otros elementos probatorios que la robustezcan. Lo importante es demostrar la conducta infiel de uno de los cónyuges con elementos plenos y no simples -- presunciones como serían los retratos o recados remitidos por el cónyuge demandado a un tercero, el estado de gravidez de la cónyuge demandada etc. En este último ejemplo la ley presume que el hijo esperado por la cónyuge fue concebido por el marido de ésta por encontrarse cohabitando con ella. El marido puede objetar esta presunción si demuestra que el nacimiento se le ocultó, consecuencia de la infidelidad de su consorte, o si demuestra que durante el tiempo de preñez de su esposa no tuvo acceso carnal con ella. En cambio, quedará demostrado el adulterio si se encuentra a los adúl

teros en recinto cerrado, sorpresa en ropas menores etc.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. - Si se demuestra que desde cinco años anteriores a la demanda de divorcio, la quejosa y su esposo no hablan tenido relaciones conyugales, y si no obstante, posteriormente a esta separación, a la esposa se le practicó una operación cesárea que consiste en abrir la matriz para extraerle un feto, de estos dos hechos se deriva lógicamente y consecuentemente la infidelidad de la conyuge demandada.

Amparo directo 950/1976. Lidia Torre Granados. Junio 17 de 1977. Mayoría de 4 votos. Ponente: Lic. Raúl Lozano Ramírez.
3a. Sala. Informe 1977. Segunda parte, tesis - 70, pág. 87.

C. Testigos

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala en el artículo 356: todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deban probar, están obligados a declarar como testigos.

DIVORCIO, CAUSALES DE. PRUEBA DEL ADULTERIO MEDIANTE TESTIGOS DEPENDIENTES DE LA PARTE QUE LOS PRESENTA. - No puede atribuirse eficacia a las declaraciones de los testigos presentados por el esposo para tener por probado el adulterio de su esposa. La circunstancia de haber sido pagados por el propio esposo para vigilar a su esposa afecta su credibilidad.

Quinta Epoca:
Amparo directo 5152/55. Rufino Fernández Ocaña Mayoría de 3 votos.
3a. Sala. Tomo CXXVII, pág. 810.

Las partes al presentar sus testigos lo hacen pensando en personas de su confianza quienes declararán a su favor. Los hechos narrados por los testigos serán favorables para quien los ofrece.

Si se trata de testigos pagados por uno de los cónyuges y tal hecho se demuestra, sin duda fueron adiestrados para declarar en contra del cónyuge que no cubrió sus honorarios.

ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO, PRUEBA DEL. Si los testigos llamados por la actora o su abogado para percatarse de que cierto día a de terminada hora se hallaba el demandado en el interior de un motel y pudieron darse cuenta que del interior salió en su automóvil, acompañado de una mujer. Estos hechos crean la presunción vehemente, por no decir la certeza, del ayuntamiento sexual del demandado con dicha mujer, quedando así evidenciado con las declaraciones de dichos testigos el adulterio. Si tomamos en cuenta el estado civil que guarda el demandado con la actora, según consta de la copia certificada del acta de matrimonio agregada a los autos de este juicio y puesto que en derecho civil, se entiende por adulterio, la violación al deber de fidelidad recíproco entre los cónyuges, consistente en el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos, casados.

Amparo directo 2260/62/2a. Octubre 2 de 1964. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. Mariano - Azuela.

3a. Sala. Suprema Corte de Justicia.

Si los testigos estuvieron acordes en la parte substancial de su declaración sobre lo que se trataba de probar, no importa su discrepancia en cuestiones accidentales. Si los testigos ofrecidos por la actora en el juicio de divorcio para probar el adulterio, estuvieron de acuerdo en que el demandado se encontraba en el interior de un motel, cuyo nombre y ubicación se precisa, en la tarde del día de los hechos, y lo vieron salir del establecimiento acompañado de una señora, no es motivo para desestimar su testimonio el hecho de que los declarantes discrepen en cuestiones accidentales o secundarias como sería el caso de la forma en que se enteraron de la estancia del demandado en el motel. Es secundario frente a la esencia del hecho: la infidelidad del cónyuge.

6. Caducidad en el adulterio

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación establece: - el término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio es de caducidad y no de prescripción.

DIVORCIO, CADUCIDAD DE LA ACCION DE. - La caducidad es la extinción de la acción por el - - transcurso del tiempo marcado en la ley. No vale ningún acto u omisión para interrumpir o -- suspender el término fijado. Sólo el ejercicio oportuno del derecho impide la caducidad de la acción. La prescripción extingue también las - relaciones jurídicas pero se funda primordialmente en la inercia del sujeto activo de la relación durante cierto tiempo. El fundamento de la caducidad depende exclusivamente del hecho objetivo de la falta de ejercicio del derecho durante el lapso estipulado por la ley, por la exigencia de limitar el tiempo de dicho ejercicio cuando así se estima para proteger un interés de orden público como lo es la preservación del matrimonio, en la que está interesado el Estado y la sociedad permitiendo su disolución sólo en casos excepcionales. "Existe la - caducidad, cuando la ley o la voluntad del hombre fija un plazo para el ejercicio de un - derecho de tal modo que, transcurrido el término, no puede ya el interesado verificar el acto o ejercitar la acción . . . en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término fijado, prescindiendo de las razones objetivas: negligencia del titular o imposibilidad del hecho" (Nicolás Coviello. Doctrina General del Derecho - Civil. Traducción de Felipe de J. Tena. Editorial Mexicana, pp. 535 y 536). La caducidad debe declararse si transcurrido el tiempo señalado por la ley, no se ejercita el derecho, caracterizándose por la extinción fatal, necesaria e inevitable de la acción. Sólo es posible evitarla haciendo valer el derecho dentro del plazo señalado en la ley. Rojina Villegas sostiene: "si no se lleva a cabo el acto de ejercicio, por la lógica misma del sistema jurídico y de manera irremediable, se extinguiría la acción. La ley considera condición sine qua non, es decir, esencial para mantener vivo el

derecho a la acción, ejercitar el acto para -- evitar la extinción fatal del derecho" (Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. Edición 1975, p. 484). De lo anterior se desprende: el no ejercicio - del derecho en el plazo de seis meses marcado por la ley, extingue necesariamente la acción de divorcio a favor del cónyuge inocente. Si dicho ejercicio se hace con fecha posterior, - nada puede impedir la configuración de la caducidad. Sólo puede hacerlo el ejercicio oportuno de la acción. La caducidad no se puede interrumpir o suspender. Añade Rojina Villegas: "la ley no admite la suspensión de la caducidad por considerarla de orden público en las acciones de divorcio. El término correrá necesariamente, extinguiéndose el derecho a la acción, aun si existe causa para imposibilitar su ejercicio" (tomo citado p. 485). Santoro -- Passarelli abunda sobre el tema y dice: "no sufre suspensión, precisamente porque el derecho debe ejercitarse durante un cierto tiempo. La caducidad no sufre interrupción porque al no tenerse en cuenta la inercia del titular, no puede bastar para ello un acto cualquiera del titular o de la otra parte idónea para excluir la inercia. Es necesario el ejercicio del derecho consistente en la realización del acto previsto por la ley" (Santoro Passarelli. Tratado General del Derecho Civil. Traducción de Agustín Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964. p. 137). La ley señala un término fatal para el ejercicio de la acción porque la caducidad no admite suspensiones ni interrupciones. Al protegerse un interés de orden público se escapa a la voluntad - privada. Únicamente el ejercicio de la acción dentro del plazo señalado por la ley impide la caducidad, no deja de realizarse aunque exista causa que imposibilite su ejercicio. Se concluye: si la demanda de divorcio no es presentada dentro del término de ley sino en forma posterior, la caducidad se procede de manera fatal, sin posibilidad de prórroga en su término.

Amparo directo 980/79. Pedro Lima Ahuactzin. - Agosto 16 de 1979. 5 votos. Ponente: Lic. José Alfonso Abitia Arzapalo.

3a. Sala. Informe 1979. Tesis 26, p. 22.

A. Adulterio ocasional

El término de seis meses fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio se aplica en los casos de adulterio ocasional.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. - Esta Tercera Sala, al contemplar las distintas hipótesis presentadas en el adulterio, ha establecido que tratándose de la acción de divorcio no opera la prescripción sino la caducidad. Debemos distinguir entre el adulterio cometido en un solo acto y el que reviste el carácter de conducta permanente, continua o sucesiva y subsistente al momento de promover el juicio. El primer caso, es el contemplado por la ley, la acción caduca a los seis meses de haberse enterado el cónyuge inocente de la infidelidad de su consorte. El segundo puede intentarse en cualquier tiempo, aunque dicho cónyuge se hubiera enterado antes de los seis meses señalados en el código civil.

Amparo directo 6442/1968. Roberto Vépiz Rosas. Agosto 28 de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. Mariano Azuela.

Un ejemplo de adulterio cometido en un solo acto es el realizado por el marido con mujer pública. La cónyuge inocente tiene seis meses para ejercitar la acción de divorcio, si transcurre dicho término, opera la caducidad. La ley considera en los casos de caducidad el perdón del cónyuge inocente de la conducta infiel de su consorte. Puede ser que lo consienta, tolerando u obteniendo provecho económico del mismo.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. NO EN TODOS LOS CASOS ES POSIBLE CONSIDERARLO COMO DE TRACTO SUCESIVO. - Es inadmisibles sostener en términos absolutos que el adulterio reviste siempre la naturaleza de causal de tracto sucesivo. Esta característica, para los efectos de caducidad de la acción, está supeditada a los

hechos invocados en cada caso particular. De esta manera, si en un determinado juicio el cónyuge inocente demuestra la causal como una serie de hechos de realización continua, sucesiva y repetida, desde su comienzo hasta la fecha de interposición de la demanda, en el supuesto de probarse el día en que concretamente tuvo conocimiento de aquellos, aun anterior a los seis meses previstos en la ley, no influirá para tener por extinguida la acción. En cambio, si la causal se hizo descansar en hechos acaecidos en un lapso muy anterior a los seis meses, sin indicarse expresamente por el cónyuge demandante que hubieran seguido repitiéndose con posterioridad a la fecha límite abarcada por aquél, debe estimarse entonces que la fecha en que aparezca haberse enterado de tales hechos, servirá de punto de partida para la verificación del cómputo correspondiente.

Amparo directo 2569/1967. Carlos Medina Cerda. Abril 1° de 1968. 5 votos. Ponente: Lic. María no Azuela.

3a. Sala. Sexta Epoca. Volumen CXXX. Cuarta -- parte, pág. 45.

La autoridad judicial tiene obligación de estudiar si la acción de divorcio por adulterio se ha ejercido en forma oportuna. Esta decisión es de conformidad a los hechos aducidos en la demanda. Si el actor declara haberse enterado de la infidelidad de su consorte desde antes de los seis meses fijados en la ley para el ejercicio de la acción de divorcio y esos hechos no se han seguido repitiendo, opera la caducidad de la acción.

Las relaciones de adulterio presentan formas diferentes en su realización. Unas se consuman en un solo acto, cuando la infidelidad es ocasional. Otras revisten el carácter de conducta permanente. En ambos casos se ha violado el deber de fidelidad derivado del matrimonio y la ley concede al cónyuge inocente el derecho de intentar la acción de divorcio. Dicha acción no puede ser permanente porque provocaría la inestabilidad familiar, una amenaza constante del cónyuge inocente para solicitar el divorcio. Sólo si la conducta infiel es permanente no opera la caducidad.

B. Adulterio no ocasional

Si el adulterio toma el carácter de conducta permanente, el término de seis meses fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio pasa inadvertido para el cónyuge inocente. No opera la caducidad y la acción se ejercita en cualquier tiempo si los hechos invocados subsisten cuando se ejercita.

DIVORCIO, ADULTERIO PERMANENTE COMO CAUSAL DE. Tratándose de adulterio no ocasional sino permanente, por cuanto los autores prolongan sus relaciones en forma de amasiato, debe considerarse que aunque el tiempo de su iniciación -- excede de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses después de concluido tal estado. De otro modo, se llegaría al absurdo de que si dicho estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente que haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediablemente esa forma de agravio.

Amparo directo 1431/1974. Faustino García Este va. Enero 23 de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. Ernesto Solís López. 3a. Sala. Séptima Epoca. Volumen 13. Cuarta -- parte, pág. 94.

Tesis que han sentado precedente:

Amparo directo 9641/1949/2a. Enrique Cerezo. - Agosto 3 de 1951. Unanimidad de 4 votos. Quinta Epoca. Tomo CIX, pág. 1074.

Amparo directo 1271/1959. María Concepción Taboada de Olvera. Marzo 4 de 1960. Unanimidad - de 4 votos. Ponente: Lic. Gabriel García Rojas 3a. Sala. Sexta Epoca. Volumen XXXIII. Cuarta parte, pág. 141.

Si el adulterio se ha seguido cometiendo, esa circunstancia impide que empiece a correr el término de caducidad establecido en el artículo 269 del código de la materia. En caso contrario la espera observada por el cónyuge inocente para que el culpable cambiara su modo de proceder, su conducta infiel, se traduciría en

una tácita autorización para la comisión del adulterio y el cónyuge inocente sufriría en forma indefinida esa infidelidad, hecho no totalmente antifurídico y contrario a la recta interpretación del precepto mencionado.

DIVORCIO, CADUCIDAD DE LA ACCION DE ADULTERIO. El adulterio como causal de divorcio puede ser instantáneo o permanente. En el primer caso el término para la caducidad de la acción puede empezar a computarse desde el momento de conocida su realización. En el segundo caso, hasta que el adulterio no termine. Si las relaciones son de concubinato constituyen actos continuos y sucesivos. No se concibe a dos personas de distinto sexo que viviendo bajo un mismo techo durante un lapso prolongado, hayan realizado un solo ayuntamiento. Por el contrario, dicho acto lo han llevado a cabo con repeticiones --mas o menos continuas. Estos hechos, aunque de la misma naturaleza, son distintos entre sí. - Cada uno de ellos configura la causal de divorcio prevista en la fracción I del artículo 167 del código civil.

Amparo directo 1587/70. Jorge Torres Velázquez en representación de Bertha Montoya de Itagorí Junio 22 de 1972. Mayoría de 3 votos. Séptima Epoca. Volumen XLII. Cuarta parte, pág. 25.

El cónyuge ofendido conserva su derecho para demandar el divorcio después del término de seis meses establecido en la ley, cuando la causal invocada es el adulterio que se ha venido cometiendo ininterrumpidamente por la vida en común entre el cónyuge culpable y otra persona ajena al vínculo matrimonial. No importa si el actor tuvo conocimiento de la infidelidad de su consorte desde la fecha de su inicio. En tales condiciones, el término de seis meses dentro del cual se puede ejercitar la acción de divorcio, va comenzando a correr minuto a minuto, mientras dure esa vida adulterina. Conforme a esta hipótesis, siempre aparecerá presentada la demanda de divorcio en tiempo. Siempre habrá un momento inicial de la vigencia del adulterio comprendido dentro del aludido término.

7. Jurisprudencia

DIVORCIO. AUTONOMIA DE LAS CAUSALES. - La enumeración de las causales de divorcio hecha por el Código Civil para el Distrito Federal y los Códigos de los Estados con iguales disposiciones, son de carácter limitativo y no ejemplificativo. Cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas con otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

Sexta Epoca. Cuarta parte:

Amparo directo 1271/59. María Concepción Taboada de Olvera. Unanimidad de 4 votos. Volumen XXXIII, pág. 145.

Amparo directo 7226/60. Antonia Verde Barrón. 5 votos. Volumen LII, pág. 117.

Amparo directo 1308/61. María Luisa Gallego -- Castro. 5 votos. Volumen LXVII, pág. 76.

Amparo directo 3346/60. Salvador Tania Maldonado. 5 votos. Volumen LXXXIII, pág. 17.

Amparo directo 2107/61. Ramón Flores Valdés. - Unanimidad de 4 votos. Volumen LXXIV, pág. 16.

Jurisprudencia No. 160.

No existen otras causas de divorcio sino las expresamente señaladas en el código civil. La autonomía consiste en no vincularlas entre sí, completando o combinando lo que unas dicen con lo que otras ordenan. Está prohibido interpretarlas extensivamente y aplicarlas a casos diferentes de los que de manera expresa supone cada norma.

Si la causal de adulterio no fue invocada expresamente como base de la acción, no debe tomarse en cuenta. No procede que el adulterio de uno de los cónyuges se interprete como injuria grave para el otro, porque el adulterio es una causal autónoma, tipificada en la fracción I del artículo 267 del código de la materia. El adulterio y las injurias se han limitado y encajado a causas concretas de divorcio. No se admite su equiparación.

DIVORCIO. LAS CAUSALES DEBEN PRÓBARSE PLENAMENTE.- La institución del matrimonio es de orden público. La sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite la ruptura del vínculo matrimonial. En los divorcios necesarios es preciso probar plenamente la causal invocada y ejercitar la acción en forma oportuna, es decir, antes de su caducidad.

Sexta Epoca. Cuarta parte:

Amparo directo 5329/58. Beatriz Margarita Marchán de Moreno. 5 votos. Volumen XXVI, pág. 69

Amparo directo 5805/58. María Luisa Pacheco Benavides. 5 votos. Volumen XXV, pág. 138.

Amparo directo 1461/59. Dolores Rodríguez. 5 votos. Volumen XXXI, pág. 49.

Amparo directo 5296/59. José Guadalupe Sánchez Unanimidad de 4 votos. Volumen XLIII, pág. 50.

Amparo directo 1383/62. Ranulfo Pérez Cuervo. 5 votos. Volumen LXVIII, pág. 21.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta -- parte. 3a. Sala.

Jurisprudencia No. 174.

La familia como grupo social encuentra adecuada organización jurídica dentro del matrimonio. El estado permite su disolución en casos excepcionales: cuando se prueba plenamente la causal invocada y se ejercita la acción en forma oportuna. Al tratar una cuestión del estado civil como es el divorcio, resultan difíciles las pruebas de las partes contendientes encaminadas, una, a justificar la acción intentada y, la otra, a negar su existencia y a -- probar su excepción. Esto sucede porque en estos casos los hechos objeto de la prueba pasan generalmente ignorados por los terceros y entonces se hace necesario relacionar todos los elementos probatorios para formar la convicción determinante del fallo. El juzgador debe apreciar las pruebas en su conjunto y relacionarlas unas con otras. En el adulterio, las pruebas deben estar encaminadas a producir en el juzgador, la certeza de la infidelidad conyugal.

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

Sexta Epoca. Cuarta parte:

Amparo directo 2388/57. Miguel Rosado. 5 votos. Volumen IV, pág. 114.

Amparo directo 7609/57. Alberto Muñizuri. 5 votos. Volumen XXXIII, pág. 90.

Amparo directo 2442/56. Leonardo Ibarra Falcón. 5 votos. Volumen IV, pág. 115.

Amparo directo 3311/59. Fernando Horacio Arriola Camou. 5 votos. Volumen XXXVII, pág. 55.

Amparo directo 1827/59. María Elena Miranda de Langarica. Mayoría de 4 votos. Volumen XLIV, - pág. 113.

Apéndice de Jurisprudencia 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta parte. 3a. Sala.

Jurisprudencia No. 161.

La prescripción supone una actitud negativa, una simple abstención que, en el caso de las acciones consiste en no ejecutarlas, y en el caso de las obligaciones en no exigir su cumplimiento. La caducidad requiere un hecho positivo para no perder la acción. La no caducidad es una condición del ejercicio de la acción y el término de la misma es condición sine qua non para su ejercicio. Para que la caducidad no se realice deben ejercitarse los actos señalados por la ley, dentro del plazo fijado imperativamente por la misma. La prescripción trata intereses puramente personales y privados. Sólo puede hacerse valer por parte legítima. La caducidad versa sobre intereses de orden público como la familia. El juez tiene obligación de examinar si la acción ejercitada se hizo valer dentro del término prescrito por la ley.

La ley concede al cónyuge inocente el término de seis meses para ejercitar la acción de divorcio si el adulterio se realiza en un acto, es decir, si la infidelidad de uno de los cónyuges se manifiesta en forma ocasional. Si la acción no se ejercita dentro del término aludido, opera la caducidad. En consecuencia, se extingue el derecho concedido por la ley para demandar la disolución del vínculo matrimonial. Cuando el adulterio toma el carácter de conducta permanente puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo si los hechos invocados subsisten cuando se ejercita.

C A P I T U L O T E R C E R O

ADULTERIO COMO DELITO

1. *Concepto*
2. *Su reglamentación:*
 - A. *Código penal de 1871*
 - B. *Código penal de 1929*
 - C. *Código penal de 1931*
3. *Elementos del delito:*
 - A. *Acción del adulterio*
 - B. *Adulterio en el domicilio conyugal*
 - C. *Con escándalo*
4. *Pruebas:*
 - A. *Testimonial*
 - B. *Instrumental*
 - C. *Presuncional*
5. *Sujetos culpables y partícipes*
6. *Sanciones*
7. *Jurisprudencia.*

BIBLIOTECA CENTRAL

1. Concepto

La etimología de la palabra adulterio dada en forma común por los autores es *alterius et thorus*. Su significado "andar en tá lamo ajeno", aunque un poco inexacto, expresa su sentido material: la violación del lecho conyugal.

Carrara define el adulterio de la manera siguiente: " es el ayuntamiento cometido entre una mujer casada y un hombre extraño, o entre el hombre casado y la concubina que tiene en la casa - conyugal "

{ 1 }

Bernaldo de Quirós sostiene: " adulterio es la conjugación carnal de mujer casada con cualquier otro varón que no sea su cónyuge o de varón casado con cualquier otra mujer, en condiciones de relativo escándalo "

{ 2 }

Sobre el delito de adulterio agrega González de la Vega: " es la relación carnal -coito normal, completo o incompleto- de un casado con persona que no sea su cónyuge, realizado en condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente, domicilio conyugal o con escándalo "

{ 3 }

El Código Penal para el Estado de Aguascalientes define - el adulterio. Señala el artículo 249: cometen el delito de adulte-

- { 1 } Carrara Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen III. Editorial Temis. Bogotá, 1959. p. 286.
- { 2 } Bernaldo de Quirós Constantino. Derecho Penal. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial José M. Cajica, J.R., S. A. México- Buenos Aires, 1957. p. 206.
- { 3 } González de la Vega Francisco. El Código Penal Comentado. - Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1976. - p. 340.

rio el hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, si uno de ellos o los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo.

ADULTERIO, DELITO DE. LEGISLACION DE CHIAPAS. - Aun cuando el artículo 275 del código penal, - con el sistema de otros, no lo define, la etimología indica que consiste en la violación de la fe conyugal consumada corporalmente con los tres requisitos clásicos: unión sexual, matrimonio de uno o ambos prevenidos y dolo o voluntad de la persona casada. Si por la naturaleza del delito casi nunca se puede probar el acto mismo, la doctrina, la jurisprudencia y la ley admiten que bastan antecedentes concomitantes y consecuentes como reunión en recinto cerrado sorpresa en ropas menores y actitud de estar - uno en brazos de otro para establecer la presunción incontrovertible de la ejecución del tipo delictual.

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

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales no define el adulterio. Lo sanciona en el artículo 273: 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.

" La comparación legislativa, nacional y extranjera, enseña que no hay concepto unitario jurídico de adulterio. Hay legislaciones que sólo consideran posible sujeto activo del delito a la mujer casada y no al hombre casado, entendiéndolo que éste sólo puede cometer 'concubinatio'. Se hace patente una vez más la necesidad de una definición en los códigos penales "

(4)

(4) Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado. Segunda Edición. México, 1966. p. 650.

Se entiende por adulterio el ayuntamiento sexual voluntario entre persona casada y otra ajena al vínculo matrimonial, realizado en el domicilio conyugal o con escándalo.

No toda infidelidad conyugal es delictuosa. Debe realizarse en el domicilio conyugal o con escándalo. Estas dos últimas circunstancias marcan la diferencia entre el adulterio causal de divorcio y el delito del mismo nombre.

2. Su reglamentación

A. Código penal de 1871

Expedido en diciembre 7 de 1871. El adulterio se encuentra clasificado en el libro tercero, título sexto: de los delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres. Señala el artículo 816: la pena del adulterio cometido -- por hombre libre y mujer casada es de dos años de prisión y multa de segunda clase. Sólo se castigará al varón si conoce el estado matrimonial de la mujer. El adulterio de hombre casado con mujer libre se castigará con un año de prisión si el delito se comete -- fuera del domicilio conyugal. Si se comete en éste, se impondrán -- dos años. En ambos casos se necesita para castigar a la mujer, conocer el estado civil del varón. Además de estas penas, quedarán -- los adúlteros suspendidos en el derecho de ser tutores o curadores. Agrega el artículo 821: la mujer casada sólo podrá quejarse -- de adulterio en tres casos: si el marido lo comete en el domicilio conyugal, fuera de él con la concubina y si causa escándalo, sea -- quien fuere la adúltera o el lugar donde se cometa. Se entiende -- por domicilio conyugal, la casa o casas que el marido tiene para -- su habitación. Se equipara al domicilio conyugal la casa donde habita sólo la mujer.

En el anteproyecto de reformas al código penal de 1871, -

La comisión revisora estableció en lo referente a los artículos -- 816 y 821, lo siguiente: " . . . no creo necesario definir el delito de adulterio, como no lo ha sido definir otros muchos cuyos elementos constitutivos están en la conciencia de todo el mundo. Nadie ignora que es el adulterio y menos aun quienes lo cometen. Tampoco opino por el aumento de la pena a éste delito. El adulterio no ataca el interés público, sólo el de la persona o cónyuge ofendido. Por esta razón no puede perseguirse de oficio. Además, según las circunstancias del caso, el delito se castiga hasta con dos -- años ocho meses de prisión. Pena bastante grave para un delito de ese género. Si examinamos la estadística del adulterio en países más civilizados, Francia por ejemplo, la falta de fidelidad en los matrimonios es mucho mayor y no por eso, el legislador francés, ha considerado necesario aumentar la pena. Esto demuestra que la infracción penal no reviste los caracteres de intensa gravedad atribuidos por el Lic. Ferrer. En esa virtud, debe subsistir el artículo 816 en los términos como fue reformado por decreto de veintiseis de mayo de 1884. Del contenido del artículo 821, el legislador ha querido facultar a la mujer para acusar al marido, cuando el motivo radica en la gravedad del mismo adulterio, por las circunstancias que lo acompañan y si importan una ofensa mucho más -- grave a su dignidad y delicadeza. No cuando ese motivo nace de -- otras causas muy distintas al adulterio como son las señaladas por el Lic. Arroyo. El espíritu que preside el precepto lo encuentro -- muy filosófico y no así la observación del Lic. Arroyo, si fuera de atenderse se estimaría incompleta; pues no habría razón para -- omitir en ella otros casos en que el marido ultraja gravemente a -- su mujer: sevicia y falta de alimentos. Causas de divorcio señaladas en el artículo 227 del código civil. En consecuencia, propongo no reformar el artículo 821 "

{ 5 }

{ 5 } Trabajos de Revisión del Código Penal. Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos. Comisión Revisora del Código Penal Tomo II. Segunda Parte. Secretaría de Justicia. México, - 1912. pp. 189 y 190.

La desigualdad jurídica del hombre y la mujer se manifiesta en el artículo 821 del ordenamiento legal citado. El adulterio del varón es sancionado en casos especiales. El cometido por la mujer, en todos los casos.

" Martínez de Castro explicaba los motivos de esa reglamentación: 'respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a éste. Moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros. Sus consecuencias no son iguales. Aquél queda infamado, con razón o sin ella, con la infidelidad de su consorte. La reputación de ésta no se empaña por las faltas de su marido. La mujer adúltera defrauda el haber a sus hijos legítimos, introduciendo herederos extraños a su familia. Esto no sucede con el adúltero, al tener hijos fuera de su matrimonio' "

(6)

Este criterio imperó en el código penal de 1871. El legislador de esa época no tomó en cuenta, al hacer la diferencia entre uno y otro adulterio, el abuso constante de la infidelidad del marido. El divorcio vincular no existía, sólo la separación de cuerpos temporal o perpetua.

Se ha pretendido justificar la desigualdad jurídica en el adulterio cometido por el hombre y la mujer, presentando sobre este problema una idea preventiva: es bueno castigar a la mujer adúltera, y castigarla severamente para evitar la venganza del marido. En Roma se consideró la gravedad del adulterio desde el punto de vista de la prosperidad nacional: al observar la infidelidad de las mujeres casadas, por un lado ofrecía al hombre fácil ocasión -

(6) De P. Moreno Antonio. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial: de los delitos en particular. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1968. p. 353.

para evitar las nupcias, por otro lo llena de temor para contraerlas. Vieron los romanos un daño directo para la república e instituyeron persecución pública y penas graves para los adúlteros. Esto motivó la Ley Julia de adulterio.

" Por la infidelidad del marido, la esposa pierde un placer momentáneo. En nada se afectá su honor ni su patrimonio. Como ama y señora de su casa continúa abrazando a sus hijos con la seguridad de ser su madre. Por la infidelidad de su esposa, el marido ve mermado el sentimiento de su propia dignidad, se convierte en ludibrio de sus conocidos y corre el riesgo de alimentar prole ajena. Mientras, la frialdad de la sospecha, lo hace esquivar los brazos de sus hijos. La injusticia sufrida deja en la herida un veneno que lo atormentará por el resto de su vida. En una palabra, los vínculos familiares se debilitan o se rompen. La sociedad tiene -- gran interés en el robustecimiento de la familia y teme su detrimento. El daño del marido es de tal índole y magnitud, que todos -- los demás se alarmanán ante la idea de en su turno, ser víctimas -- de ofensas semejantes por obra de sus esposas. Si de la infidelidad de la esposa se deriva un daño en extremo superior al dimanado por el esposo, la diferencia entre uno y otro es caso real. No proviene del arbitreo o prepotencia del sexo fuerte, sino de la naturaleza inalterable de las cosas. Resulta evidente la diversidad de consecuencias: la incertidumbre de la prole, la injusta obligación de alimentar hijos ajenos con detrimento de sí mismo e hijos propios y la deshonra sufrida. Es de considerar a la infidelidad en -- un caso gravísimo y en otro insignificante "

(7)

Las consecuencias de la infidelidad conyugal no son las -- mismas en el hombre y la mujer pero ambas afectan la estabilidad -- familiar. La mujer corre el riesgo de introducir hijos ajenos a su

hogar. El varón, al procrear con otra mujer distinta a su cónyuge, origina la existencia de hijos ilegítimos, clasificación que imperaba en el presente código. En esta forma, el marido no introduce directamente hijos ajenos a su familia, si de manera indirecta. Estos de alguna manera pasan a formar parte de la familia legítima y con ello se afecta su estabilidad.

El artículo 820 del ordenamiento legal citado señala: no se podrá proceder criminalmente contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido. Si hace su petición contra uno sólo de los adúlteros se procederá contra los dos y sus cómplices. Esto se entiende si los adúlteros viven, están presentes y se hallan ambos sujetos a la justicia del país.

El perdón del ofendido extingue el procedimiento. Si existe sentencia no se ejecutará ni producirá efecto legal alguno. Se entiende la reconciliación de los cónyuges si después de conocido el delito tienen acceso carnal. Así lo establecen los artículos -- 825 y 826 del código penal de 1871. En el anteproyecto de reformas se opinó sobre la derogación de estos artículos por prestarse al lucro y chantaje por quienes carecen de escrúpulos: " . . . la ley condena el adulterio y lo castiga como un atentado a la honra del cónyuge ofendido. El proceso del culpable y su castigo producen -- siempre la separación de los cónyuges, la disolución de la familia el abandono de ésta y sus consecuencias inmediatas. Estos efectos son trascendentales, especialmente para los hijos. Se ven privados de los auxilios pecuniarios del cónyuge, de la educación y otros -- muchos elementos, cuya falta conduce a la perdición y desgracia. - En esta consideración se basa el cónyuge inocente para retirar su acusación formulada contra el culpable, éste, arrepentido quizás y temeroso de que la repetición del adulterio lo coloque en condicio nes de sufrir la grave pena establecida por la ley, regresa, recon ciliado ya con su consorte, al hogar que estuvo a punto de disol- verse reinando la paz y el orden, base fundamental para la felici-

dad de una familia. Y a este resultado benéfico a la sociedad, es a donde ha querido llegar la ley al establecer en los artículos en cuestión, una excepción al artículo 258, cuando el ofendido perdona a su cónyuge y ambos consientan en vivir reunidos, cesará todo procedimiento si la causa estuviere pendiente, y aun dejará de tener efecto la sentencia condenatoria, si se hubiere pronunciado -- ya. Si ésta es, como yo lo juzgo, la filosofía de los artículos -- por cuya derogación opina el Lic. Ferrer, es indudable que ella se impone a la del artículo 258 que considera: todo delito de los llamados privados, por el hecho de la querrela adquieren en cierta manera el carácter de públicos y la de evitar hasta donde sea posible un lucro reprobado, que puede ser en algunos casos el móvil -- que impulse al acusador a desistirse de su querrela. No encuentro motivo para la derogación de los artículos en estudio y propongo -- su subsistencia "

(8)

El perdón del ofendido establecido por la ley es en beneficio de los propios cónyuges y de la familia en general. Puede el cónyuge inocente, en cualquier momento del proceso, desistirse de su acción. Aun después de dictada la sentencia ésta no producirá efecto legal alguno y volverán las cosas a su estado original. No es necesario manifestar la reconciliación de los esposos. El acceso carnal entre ellos presume su reconciliación.

Por último señala el artículo 824: el adulterio sólo se castiga cuando ha sido consumado. Si el conato constituye otro delito, se castigará con la pena señalada a éste. El legislador no aclara cuando el delito queda consumado. Desde esa fecha hasta el vigente código penal no se establece nada sobre su consumación. Se entiende que el delito de adulterio queda consumado se se efectúa cualquier tipo de relación sexual, no es necesaria la *seminatio intra vas*.

(8) Trabajos de Revisión del Código Penal. Ob. cit. p. 191.

B. Código penal de 1929

Incluyó el adulterio en el título decimocuarto: de los delitos cometidos contra la familia. En su reglamentación, sin establecer una distinción sobre el sexo de los casados adúlteros, previene el artículo 891: el adulterio sólo se sancionará si ha sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Por domicilio conyugal se entiende la casa en donde el matrimonio tiene habitualmente su morada.

Las diferencias existentes entre el delito cometido por el hombre y el realizado por la mujer van desapareciendo o atenuándose. Uno de los principales motivos para no establecer distinción sobre el sexo de los casados culpables fue la publicación del código civil de 1928. Por vez primera se equipara la capacidad jurídica del hombre y la mujer, ésta no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos.

Ordena el artículo 893 del código punitivo: no se podrá proceder contra los adúlteros sino por queja del cónyuge ofendido. Si se ha formulado la querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y sus cómplices. Si el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento. Si ya se condenó al reo, no se ejecutará la sentencia ni producirá efecto legal alguno. También cesará el proceso y sus efectos si después de la acusación tienen los cónyuges acceso carnal o si el quejoso muere antes de pronunciarse la sentencia irrevocable.

La pena aplicable a los culpables de adulterio es hasta de dos años de segregación y suspensión hasta por seis años del derecho de ser tutores o curadores. El juzgador, antes de dictar sentencia definitiva, analizará las circunstancias de la comisión del delito y sus consecuencias. Si el cónyuge responsable es abandona-

do por el ofendido, se tomará esta circunstancia como atenuante. - Son circunstancias agravantes: encontrarse casados ambos adúlteros tener hijos y ocultar su estado matrimonial a la persona con quien se comete el delito.

Señala el artículo 894 del ordenamiento legal citado: el adulterio sólo se sancionará cuando haya sido consumado. Si el conato constituye otro delito se aplicará la sanción señalada a éste.

Se sanciona la infidelidad de cualquiera de los consortes realizada en el domicilio conyugal o con escándalo. El cónyuge acusado de adulterio no puede alegar como excepción que su cónyuge cometió el mismo delito, antes o después de la acusación. Corresponde al cónyuge ofendido el ejercicio de la acción. No puede acusar a uno y perdonar a otro. Formulada su querrela se procederá contra los dos y sus cómplices.

C. Código penal de 1931

El vigente código penal clasifica el adulterio dentro de los delitos sexuales. " . . . mejor técnica siguieron los viejos - códigos de 1871 y 1929 al ubicarlo en el capítulo referente a los delitos contra el orden familiar, al menos, dejaron alguna constancia del bien jurídico tutelado "

{ 9 }

La infidelidad en el matrimonio ocasiona muchas veces la desintegración del núcleo familiar, sobre todo en los adulterios - realizados en condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente, en el domicilio conyugal o con escándalo. La infidelidad reali

{ 9 } Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Edición Porrúa, S. A. Primera Edición. México, 1980. p. 19.

zada bajo alguna de estas circunstancias es delictuosa. Por esa razón los códigos anteriores incluyeron el adulterio dentro de los delitos contra el orden familiar.

" Al elaborarse el proyecto del código penal de 1931, la mayoría de la comisión votó porque se suprimiera el adulterio del catálogo de los delitos, contra la opinión de Luis Garrido y José Angel Ceniceros: ' . . . reconociendo las acerbias y en ocasiones justificadas críticas hechas para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron necesario seguir incluyendo el delito en los códigos penales. Tal inclusión representa por lo menos, un vallador que se opone al desenfreno y relajamiento de las costumbres, porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora . . . '. Al elaborarse, promulgarse y publicarse el código penal, se conservó como delito el adulterio "

(10)

La falta de una definición legal del adulterio ha sido objeto de discusión entre los autores. Existen diferentes criterios: a) es una violación al principio "nullum crimen sine lege", b) configura un tipo "anormal" y, c) el tipo se integra con el adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo.

a) El maestro Porte Petit sostiene: la penalidad en el adulterio implica una violación al principio "nullum crimen sine lege", consignado en el artículo 14 constitucional, por encontrarnos frente a una hipótesis de ausencia de tipo.

" En el capítulo de los delitos sexuales se requiere una

serie de modificaciones técnicas. El código en vigor omite definir el adulterio. La ausencia de definición de este delito, interpretado por los psicoanalistas como acto fallido y para algunos otros - sin trascendencia alguna, olvidan que dentro de un sistema liberal y constitucionalista, no hay tipicidad sin ley: Los tipos, se ha dicho, 'son como islotes incomunicados en holocausto del principio de reserva proclamados por la Constitución y el principio de legalidad' "

[11]

b) El profesor Carrancá y Trujillo estima " . . . aunque se conozca lexicográficamente la connotación de la palabra 'adulterio', otra cosa es lo que jurídicamente deba entenderse por ella a los efectos penales. Escribe Luis Jiménez de Asúa 'el tipo ejerce un trascendental papel de garantía, destaca en toda su importancia en la descripción, abstenerse de ella nos parece sobremanera condenable'. El artículo 273 configura un tipo anormal . . . el concepto jurídico de 'adulterio' es vario, no único. Esto no ocurre con los conceptos 'cópula', 'vida', 'bien ajeno' etc. Por ello se impone la necesidad de una definición de lo que la ley nacional comprende por 'adulterio' "

[12]

c) Por su parte Castellanos Tena sostiene " es oportuno - hacer aquí referencia a cómo no pocos especialistas y muchos defensores, han pretendido demostrar que no se puede integrar, de acuerdo con la legislación del Distrito, el delito de adulterio por falta de tipo, por no definir la ley el adulterio. El artículo 273 se limita a expresar: 'se aplicará la pena a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo'. Tal crite-

[11] Colegio de Estudios Penales de México. Problemas Penales - de México. Ponente: Lic. Celestino Porte Petit Candaudap. Editorial Jus, S. A. México, 1952. p. 267.

[12] Carrancá y Trujillo Raúl. Ob. cit. nota 889.

rio nos parece desacertado por no ser verdad, a nuestro juicio, la falta del tipo respectivo. Ciertamente el nombre de la infracción no resulta adecuado, pues no todo adulterio es delictuoso. Hubiera sido preferible emplear otra denominación para no identificar el todo con una de sus partes. El tipo se integra con un adulterio -- realizado en el domicilio conyugal o con escándalo. Carece de solidez la argumentación relativa a que la ley no proporciona la definición de adulterio, uno de los elementos del tipo respectivo. Tampoco define que debe entenderse por cópula, en el estupro, ni vida en el homicidio. En estas últimas infracciones, como en otras, la ley usa un nombre diverso al de uno de los elementos constitutivos del tipo y en el adulterio no, según se ha expresado "

(13)

Cita Castellanos Tena la tesis sustentada por la Suprema Corte de Justicia en el amparo directo 3948/59. Se aceptan casi literalmente sus personales puntos de vista:

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

(13) Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1973. pp. 172 y 173.

Amparo directo 3948/59. Alicia Baltiérrez Lugo
Octubre 1° de 1959. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Fernando Castellanos Tena.
1a. Sala. Informe 1959, pág. 45.

La jurisprudencia ante la ausencia de una definición legal del adulterio, se ha orientado en el aspecto de otorgarle un significado puramente gramatical: a pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramatrimoniales de los cónyuges y aunque éstas por su propia naturaleza, son de muy difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciarse a través de circunstancias determinadas que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal.

Para establecer el concepto de adulterio, la jurisprudencia se remite a la doctrina: es cierto que el código penal no define, en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada. Semanario Judicial de la Federación. Tomo 82, pág. 3636.

El deber de fidelidad conyugal es indiscutible. Es deber jurídico porque el otro cónyuge tiene el derecho de exigir su observancia.

" Aceptar o negar que el adulterio figure como delito, depende en todo caso, del alcance dado al principio nullum crimen -- sine lege. De acuerdo con la teoría de la tipicidad, la adecuación de la conducta al tipo, solamente puede establecerse si este último contiene una descripción minuciosa de aquella, pero también lo es que desde el punto de vista histórico, el dogma de la legalidad tiene vida jurídica sin necesidad de afirmar una descripción de la

conducta en forma exhaustiva. Basta a nuestro juicio, la previsión por la ley de un hecho de realidad jurídica, aunque no se haya descrito minuciosamente en ella, para que su sanción no viole el referido principio "

(14)

El problema de la falta de una definición legal del adulterio ha sido discutido ampliamente por diversos tratadistas. Adoptar una solución no es fácil para tan arraigado problema. Sin embargo, el criterio a seguir es el proporcionado por el profesor -- Castellanos Tena. Los razonamientos son los siguientes: en materia civil se consagra el deber de fidelidad recíproca a cargo de los cónyuges. Se deriva de la celebración del matrimonio porque éste solo puede subsistir para el legislador mediante una vida en común basada en la fidelidad de los esposos. No se consagra en precepto legal alguno, su existencia deriva de la necesidad de cumplir los fines del matrimonio. En materia penal, además de la infidelidad, o sea, el adulterio de uno de los cónyuges, se establecen dos modalidades: domicilio conyugal o escándalo. Y si el tipo es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales, éste se integra en el referido delito, con un adulterio realzado en el domicilio conyugal o con escándalo.

El artículo 310 del código punitivo, al describir una modalidad atenuada de homicidio, conyugicidio por adulterio, finca precisamente la atenuación para el caso de que una persona casada sorprenda a su cónyuge en acto carnal con otra. De donde se desprende: adulterio es el acto carnal cometido por persona casada -- con otra distinta a su cónyuge.

[14] González Blanco Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979. pp. 211 y 212.

3. Elementos del delito

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

Amparo directo 9741/65. Antonio Hernández Hernández. Septiembre 28 de 1966. 5 votos. Ponente Lic. Agustín Mercado Alarcón.

1a. Sala. Sexta Época. Volumen CXI. Segunda parte, pág. 17.

A. Acción del adulterio

La acción típica del delito consiste en un acto de adulterio. Implica dos requisitos: tener uno de los autores el antecedente del matrimonio, y la realización del acto sexual con persona -- ajena a su vínculo. Es presupuesto del delito la existencia del -- vínculo matrimonial cuando menos respecto a uno de los sujetos.

Conducta. Se integra con la conjunción carnal voluntaria entre persona casada y un tercero. La conducta debe verificarse en el domicilio conyugal o con escándalo. Existen diferentes criterios sobre la esencia del acto sexual:

a) El que exige la cópula normal, coito, y por lo tanto --

descarta los actos libidinosos y los contra natura. Este es el punto de vista de Carrara: " . . . para la consumación de este delito se exige ciertamente la cópula propiamente dicha, realizada en su forma natural. Los besos, las caricias obscenas y hasta los actos contra natura no constituyen adulterio . . . en cuanto a los actos contra natura y respecto a la cuestión propuesta por Sánchez sobre 'si el varón con el varón y la mujer con la mujer cometen adulterio' . . . juzgo que en esos actos torpes con razón puede verse -- una atrocísima injuria contra el marido, por el envilecimiento, -- tal vez mayor, en que cae la mujer, pues aquél tiene derecho a que ésta conserve íntegra su propia dignidad. Por más que produzca repugnancia el declarar la impunidad del hecho, aun a solicitud del marido, sin embargo no me atrevería a hacer caer este hecho, -- estrictamente hablando, bajo la denominación de adulterio, ni en él podría ver, aplicando rigurosamente los principios, una verdadera y propia violación del derecho del marido "

(15)

b) El que exige simplemente la *seminatio intra vas*, es decir, la introducción del órgano genital masculino en un conducto femenino. " Garraud sigue este criterio y lo mismo Lucchini, pero a condición que la *seminatio intra vas* sea por conducto normal. -- Manzini objeta esta postura pues en su concepto, se dejarían de -- considerar aquellos casos en donde se observaran precauciones anti-concepcionales y los ejecutados con esteriles "

(16)

c) El que estima no ser precisa la *seminatio intra vas*, -- sino simplemente la unión de los órganos genitales. " A este criterio se adhieren entre otros Ferrer al expresar, la conducta en el delito de adulterio 'viene determinada por el contacto de los órga

[15] Carrara Francesco. Ob. cit. pp. 296 y 297.

[16] González Blanco Alberto. Ob. cit. p. 216.

nos genitales con la intención de consumir el acto carnal, siendo imposible independizar los actos realmente ejecutados, del elemento intencional que los preside'. Moreno sostiene, no es necesario que el acto alcance su perfección fisiológica "

(17)

Este criterio sería el más aceptable. El adulterio lesiona la integridad del matrimonio. El objeto jurídico del delito es la fidelidad sexual prometida por virtud del matrimonio. La protección de la ley recae sobre la fidelidad conyugal y esta se viola con cualquier clase de relación de tipo sexual.

Sujeto activo es el cónyuge culpable realizador de la infidelidad sexual. El adulterio es considerado delito plurisubjetivo, requiere la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo, salvo si opera en favor de uno de los sujetos alguna causa de inculpabilidad. Sujeto pasivo es el cónyuge inocente, titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. Objeto material lo constituye la persona sobre quien recae el daño: cónyuge inocente.

Ausencia de conducta. Estaríamos frente al aspecto negativo de la conducta en el delito de adulterio, si se pudiera realizar la relación carnal en contra de la voluntad del sujeto activo.

Atipicidad. La atipicidad en el adulterio puede surgir -- cuando el acceso carnal no sea voluntario; si uno de los adúlteros ignora inculpablemente la situación de casado, del otro; si el acto sexual no se realiza en el domicilio conyugal o con escándalo.

Antijuridicidad. El acceso carnal debe ser ilegítimo, es decir, realizarse con persona ajena al vínculo conyugal. El adulte

rio es un delito de daño por lesionar el bien jurídico objeto de la tutela. La conducta en el adulterio será antijurídica cuando, - siendo típica, no exista ninguna causa de licitud, en caso de que proceda.

El aspecto negativo de la antijuridicidad no se presenta en el delito de adulterio.

Conyugicidio por adulterio. De acuerdo con la legislación penal vigente, el cónyuge que mate o lesione a su consorte o a - - quien con él realice adulterio, o a ambos, no se halla amparado -- por la causa de justificación de defensa legítima; sólo se beneficia con una pena atenuada. Señala el artículo 310: se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesione a - - cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el ma - tador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este últi - mo caso, se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.

El uxoricidio por adulterio ha tenido a lo largo de la -- historia características diferentes. Cuando el marido ejercía una potestad absoluta sobre la mujer, el homicidio cometido en la per - sona de la esposa infiel, se consideró el ejercicio de un derecho inherente a esa potestad absoluta. Esto no sucedía con la infideli - dad del marido, era libre de engañar a su mujer y repudiarla. Pos - teriormente, el homicidio por adulterio dejó de ser ejercicio de - un derecho, sufriendo limitaciones hasta llegar a negarse el dere - cho a matar.

" Puede no ser deshonroso matar 'honoris causa' pero no - significa que el acto sea legítimo ante la ley. Se puede objetar: ¡quién no reaccionaría posiblemente en igualdad de circunstancias al uxoricida por adulterio! Es verdad, pero en ese caso, no impor - ta la pena física fijada en la ley, comparada a la pena moral pro -

ducida por la tragedia misma. Puede llegar a matar el espíritu y amargar definitivamente la existencia de un hombre "

{ 18 }

La atenuación de la pena señalada en el artículo 310 del código punitivo, se aplica exclusivamente a la persona que tiene el carácter de "cónyuge", es decir, el casado legalmente. No importa si el matrimonio es anulable, si no ha sido declarado nulo por sentencia judicial; o si el divorcio está en trámite, si no ha sido declarado por sentencia ejecutoria. Para las personas casadas bajo cualquier vínculo religioso o vivan en concubinato, no es aplicable el precepto.

" Puede objetarse, con fundada razón, el indebido carácter limitativo del precepto. Si el motivo sobre la disminución de penalidad, de naturaleza fundamentalmente subjetiva, es el trauma psíquico producido en el agente por el súbito descubrimiento de la infidelidad, resulta a todas luces evidente que en esa misma situación puede llegar a encontrarse el concubino al descubrir el engaño sexual de su compañera. La crítica alcanza no solo al precepto, sino al tratamiento genérico de las circunstancias atenuantes en el homicidio y las lesiones, por dejar en el olvido situaciones análogas. El móvil impulsor lo constituye un estado de emoción violenta que, si bien no nulifica la capacidad del sujeto para entender y querer, si disminuye considerablemente la misma "

{ 19 }

Existe una tesis sentada por la Suprema Corte de Justicia en el amparo directo 80/59/2a., en donde se establece: la voz "cón

- { 18 } Ceniseros José Angel. Derecho Penal y Criminología. Trabajos de Divulgación. Primera Edición. Publicaciones "Criminalia". México, 1954. p. 189.
- { 19 } Pavón Vasconcelos Francisco. Lecciones de Derecho Penal. - Parte Especial. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. - México, 1982. p. 197.

yuge" proviene indiscutiblemente del Derecho Privado y está ligada por consecuencia a la familia de orden monogámico, que al través del matrimonio civil permite la perpetuación de la especie con la seguridad de la descendencia cierta y la conservación de lo adquirido; por ello el Derecho Penal, tutelador de esas instituciones, reprime conductas atentadoras contra ellas, estableciendo delitos patrimoniales, adulterio, bigamia, abandono de cónyuge e hijos, estupro, conyugicidio y, por consecuencia no es dable aplicar la acepción a situaciones de concubinato que riñen esencialmente con esas ideas. Además, la interpretación por analogía o mayoría de razón se encuentra prohibida en forma terminante por nuestro régimen constitucional; es decir, la voz "cónyuge" no debe emplearse para designar a la concubina.

El cónyuge debe sorprender a su consorte en el acto carnal o próximo a su consumación. La ley no distingue si el término "próximo" es anterior o posterior al de copular. La proximidad requerida es apreciable por el juez en función de su razonado arbitrio y teniendo en cuenta que a causa de ella es atendible la perturbación en el ánimo del agente, producida por la emoción violenta. La Suprema Corte establece: el artículo 310, al incluir el término "próximo" no fija si ha de ser próximo anterior o próximo posterior al acto carnal. Al no distinguir la ley, el juzgador tampoco debe distinguir, siendo admisible tanto la anterioridad como la posterioridad. Los hechos probados deberán revelar clara e indubitablemente el acto carnal ya realizado o todavía por realizar. La ley es precisa al incluir el término "próximo" exigiendo con esto una sucesión inmediata e inminente de hechos realizados o de realización en corto plazo. Este es el concepto gramatical del término "próximo". Toca al juzgador interpretar los hechos en relación con los términos gramaticales empleados por la ley y atendiendo al espíritu del lenguaje hablado en forma común.

" La única interpretación correcta de nuestro texto legal

es en el sentido de disociar por completo el homicidio o las lesiones a los adúlteros de la legítima defensa del honor. Al fijarse la penalidad de la infracción consistente en matar o lesionar, aun en presencia del acto carnal mismo del cónyuge adúltero, tal acto no significa agresión al honor. Explica la libertad de conducta de la esposa, pugna con las costumbres de nuestro medio pero no puede estimarse como agresión al honor del marido. El uxoricida de adulterio, representa de todas suertes un sujeto peligroso. Su conducta no puede considerarse legítima y por lo mismo debe dar lugar a la pena, si bien, atenuada "

(20)

La ley considera el conyugicidio por adulterio delito especial. De menor gravedad al homicidio simple y calificado por haber sido cometido por móviles o impulsos especiales.

DEFENSA DEL HONOR Y ATENUACION DE LA PENA POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL. DIFERENCIAS.- No debe confundirse la defensa del honor con la -- atenuación de la pena por infidelidad matrimonial. Las agresiones de sangre consumadas por el ofendido en el acto de sorprender las incontinencias sexuales de sus ofensores, no -- reúnen los requisitos de la defensa legítima del honor, porque aun cuando es verdad que -- hay una franca agresión contra el derecho de fidelidad, la defensa tiende a evitar el daño en el honor y a conservar intacto este bien -- protegido por la ley; en el caso de infidelidad matrimonial, el derecho que se defiende -- no existe, por haber sido ya violado, puesto que la acción sangrienta del ultrajado se realiza cuando el acto sexual está consumado o -- se está perpetrando. Además, es inadmisiblesostener por injusto, que los actos de los -- culpables afecten el honor del ofendido. Se trata de actos ajenos que no le son imputables y por lo mismo, no puede sufrir menoscabo en su honra. La atenuación de la pena esta -- blecida por el precepto legal comentado, no --

(20) Carrancá y Trujillo Raúl. Citado por Fernando Castellanos Tena. Ob. cit. p. 193.

obedece a la defensa del honor, sino al descontrol psíquico experimentado por el esposo al sorprender a su cónyuge en actos próximos o constitutivos del adulterio.

Amparo directo 2781/63. Serafín Fernández Pérez. Marzo 3 de 1966. 5 votos. Ponente: Lic. Manuel Rivera Silva. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen CV. Segunda parte, marzo 1966. 1a. Sala, pág. 48.

En el conyugicidio por adulterio no existe la legítima de defensa del honor. Para que opere la excluyente de responsabilidad relativa a la defensa del honor, es requisito indispensable que los actos aducidos, sean de rigurosa actualidad y susceptibles de ser evitados. Reconocer el derecho de causar daño por ofensas pretéritas, equivale a contrariar la norma: nadie puede hacerse justi cia por su propia mano. En el conyugicidio por adulterio la agresión ya se consumió, no es actual. La defensa del honor no existe y si se mata o lesiona a los adúlteros es por venganza privada. La reacción contra situaciones pretéritas no es evitación y esta es la esencia de la defensa legítima.

Concluimos al decir: para que proceda la atenuación de la pena de conyugicidio por adulterio establecido en el artículo 310 del código punitivo es necesario que el sujeto activo del delito, sorprenda a su cónyuge en el acto carnal o próximo, anterior o posterior, a su consumación. La actitud de sorpresa implica, por parte del cónyuge inocente, la revelación repentina de un acto de su cónyuge y dicho acto resulta inesperado para él, o sea la obtención de un conocimiento inesperado de la infidelidad sexual. No se da en el caso de que el agente haya tenido ya conocimiento de la conducta sexual existente entre su cónyuge y la otra persona. Esto impide que surja el elemento sorpresa, indispensable para la atenuación de la pena. Sin sorpresa no existe la violenta perturbación en el ánimo del agente.

B. Adulterio en el domicilio conyugal

El delito de adulterio configura un tipo de formulación - casuística alternativamente formado. Se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas: a) domicilio conyugal, o b) con escándalo.

Los códigos penales de 1871 y 1929 establecieron, para -- los efectos penales, el concepto de domicilio conyugal. El primero de ellos previene en el artículo 822: por domicilio conyugal se entiende, la casa o casas que el marido tiene para su habitación, y se equipara al domicilio conyugal la casa en donde habite solo la mujer. El segundo señala en el artículo 892: por domicilio conyugal se entiende la casa en que el marido tiene habitualmente su morada.

La legislación penal vigente ha suprimido toda definición expresa de domicilio conyugal. La jurisprudencia ha interpretado - dicho concepto, no en el sentido técnico del derecho civil, sino - en su sentido vulgar de residencia o lugar, permanente o transitorio, de convivencia entre los cónyuges.

" Domicilio conyugal es la casa o el hogar donde están establecidos o donde viven en forma permanente o transitoria los casados, conforme a la ley civil "

{ 21 }

Domicilio conyugal es la morada permanente o transitoria que los cónyuges unidos civilmente en matrimonio habitan.

" El adulterio cometido en el domicilio conyugal presenta una cantidad natural menor al cometido en casa ajena o en despoblado "

{ 21 } Carrancá y Trujillo Raúl. Ob. cit. nota 890.

do. No se puede negar, según el común sentir de las gentes, el considerar con mayor repugnancia a la mujer audaz que oza introducir al amante en el lecho conyugal y no a la aventurera por arreglarse con él en casa de un tercero o en campo abierto. Esta manera de pensar siempre me ha parecido hija de un prejuicio y contraria a la apreciación real de los daños derivados de la ofensa. La idea tuvo su origen en cierto prestigio del lecho conyugal, como residuo de las tradiciones supersticiosas de antiguas religiones. En nuestra religión la idea del sacrilegio aplicada al tálamo nupcial no sería aceptable, con toda y ser remota, sino por la fantasía de un poeta. Esa veneración no puede tener peso alguno en el derecho penal para aumentar la cantidad del delito en razón del lugar. La única consideración digna de tener en cuenta es la mayor o menor publicidad, sea efectiva o potencial, de la afrenta hecha al marido. Esta consideración conduce a reconocer en el delito de adulterio cometido por la mujer dentro de su propio domicilio, no un aumento, sino una disminución de la cantidad natural. Si se tiene en cuenta la cantidad política, se comprueba que ella también es menor cuando se comete el adulterio en el domicilio conyugal del marido, donde éste, por el hecho de poder vigilar mejor a la esposa, encuentra más firme la confianza en la defensa privada. El marido tiene menor necesidad de protección por parte de la defensa pública contra los desenfrenos de la esposa en su propia casa. Puede emplear para con ella todos los medios de vigilancia y custodia. Tiene mayor necesidad de esa defensa si la mujer se halla sola fuera de los lares domésticos, caso en donde la vigilancia del marido es menos eficaz y a menudo imposible "

(22)

Carrara aprecia entre las circunstancias para aumentar la cantidad natural del delito de adulterio, todas las que hacen más grave el daño inmediato del marido ofendido o de la familia, por -

(22) Carrara Francesco. Ob. cit. pp. 304 y 305.

aumentar la fuerza física objetiva del delito, quedando comprendidas la comunicación de enfermedad contagiosa y la fecundación de la mujer.

Dentro de nuestra legislación penal se sanciona de igual manera el adulterio cometido en el domicilio conyugal al realizado con escándalo. Existe mayor perturbación en la familia cuando el adúltero introduce a su amante a la casa conyugal por rayar su conducta en el cinismo.

C. Con escándalo

La otra hipótesis comisiva del delito de adulterio lo constituye el elemento escándalo. En su sentido vulgar significa: acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro. Desenfreno, desvergüenza o mal ejemplo.

" La locución escándalo es demasiado ambigua y muchos la utilizan sin captar su realidad. Intentaremos fijarla: es una murmuración que nace y corre en torno a un hecho. Es una ofensa al sentimiento moral de un gran número de ciudadanos. No es posible admitir el nacimiento del escándalo de la maldad de los chismosos y de las comadres que inficionan el ambiente con sus difamaciones soterradas en la máscara de la hipocresía. El escándalo entendido de este modo sería un instrumento arbitrado por la ley para placer de los viles y malévolos "

{ 23 }

La legislación penal mexicana no define el elemento escándalo. La jurisprudencia ha interpretado dicha palabra en un sentido amplio de notoriedad y publicidad de las relaciones de una per-

sona casada con otra ajena al vínculo matrimonial.

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

Amparo directo 4535/1960. Francisco Romero Gálvez. Septiembre 27 de 1960. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Enrique Padilla Correa. 1a. Sala. Boletín 1960, pág. 627.

El carácter escandaloso del adulterio consiste en el desenfreno de los amorios ilícitos, por su publicidad, constituyen un ultraje contra la moral y el cónyuge inocente. La publicidad o carácter ostentoso de las relaciones sexuales no consiste en que los adúlteros practiquen el acto sexual en presencia de público, basta que su conducta infiel sea conocida por la colectividad donde el matrimonio es plenamente conocido.

ADULTERIO. DELITO DE. ESCANDALO EN LA LEGISLACION DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.- El escándalo, como elemento del delito, debe apreciarse por el juzgador tomando en cuenta las circunstancias personales de los adúlteros en relación con el ofendido, las modalidades de su conducta externa y el ambiente social en que manifiesten sus relaciones adulterinas, a fin de valorar tales datos y determinar si implican una publicidad afrentosa para el cónyuge ofendido. Como en el caso, según las declaraciones de los acusados, las relaciones sexuales no se realizaron en el pueblo de San Juan, Estado de México, donde el matrimonio tenía su domicilio, sino en esta Ciudad de México. Se estima que, por no haber tenido lugar en el do

micilio social del ofendido, no pudieron redun-
dar en una publicidad afrentosa para él.

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

No existe publicidad afrentosa para el cónyuge inocente -
si el delito se comete en lugar distante donde el matrimonio es co-
nocido. Para comprobar el escándalo, es bastante justificar que el
adúltero abandonó el domicilio conyugal y se fue a vivir con su --
amante, haciendo vida marital con él, públicamente. Si los adúlte-
ros se trasladan a lugar lejano donde el matrimonio no era conoci-
do y hacen públicas sus relaciones, no se da la publicidad, afren-
tosa para el cónyuge inocente. La Suprema Corte de Justicia señala
sobre el elemento escándalo:

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

Amparo directo 4535/1960. Francisco Romo Gál-
vez. 5 votos. Sexta Epoca. Volumen XXXIX. Se-
gunda parte, pág. 14.

Amparo directo 7522/1960. José Cisneros Hernán-
dez y Coags. Unanimidad de 4 votos. Sexta Epo-
ca. Volumen XLIV. Segunda parte, pág. 24.

Amparo directo 7877/1960. Ramón de la Mora. Ma-
yoría de 4 votos. Sexta Epoca. Volumen LI. Se-
gunda parte, pág. 10.

Amparo directo 9378/1961. José Luis Macías Nu-
ño. 5 votos. Sexta Epoca. Volumen LXIII. Segun-
da parte, pág. 9.

Amparo directo 9741/1965. Antonio Hernández --
Hernández. 5 votos. Sexta Epoca. Volumen CXI.
Segunda parte, pág. 17.

1a. Sala. Segunda parte. Apéndice 1917-1975. -
Sexta Epoca, pág. 37.

Jurisprudencia 11.

4. Pruebas

Si ha de resolver el juzgador sobre un tema litigioso, debe esclarecer determinados extremos: la perpetración del delito, - las circunstancias de su realización, la participación del imputado, aspectos relevantes de la personalidad del infractor etc., y adquirir la certeza que apoye, razonablemente, la emisión de sentencia. Prueba es la actividad de las partes y del tribunal encaminada a proporcionar al juez la convicción de la verdad o falsedad de una actividad probatoria. Dada la naturaleza del adulterio, su realización es en forma clandestina y salvo los casos de sorpresa flagrante o confesión de sus autores, la demostración procesal es difícil. Se puede establecer la relación adulterina mediante presunciones, testimonios, correspondencia amorosa etc., de las que pueda inferirse con certidumbre la unión sexual.

A. Testimonial

Testigo es la persona física que en cualquier forma tiene conocimiento de algo relacionado con el delito. La declaración del testigo se refiere al delito y sus circunstancias, sus antecedentes o consecuencias, al imputado, a la víctima y al daño causado. Cualquier persona posee capacidad legal para testificar. Señala el artículo 191 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, condición social o antecedentes, deberá ser examinada como testigo, siempre que pueda dar alguna luz para la averiguación del delito y el juez estime necesario su examen. El valor probatorio de su testimonio - se aquilatará en la sentencia.

Los actos de adulterio se cometen rodeados de íntimo secreto y grandes precauciones. Los datos suministrados por los testigos no son del adulterio en sí, la relación sexual no la han presenciado directamente, la presumen por la conducta manifestada de

los adúlteros.

Para el adulterio cometido en el domicilio conyugal los testigos serían personas de confianza del mismo matrimonio, empleados domésticos o parientes. No resulta lógico pensar en el testimonio de personas extrañas por no tener acceso al domicilio conyugal. Si existe un grado de parentesco entre el acusado y el testigo, éste no tiene obligación de declarar y si es su voluntad, se hará constar dicha circunstancia en el proceso.

La declaración de un testigo debe estar administrada con otros elementos de convicción porque resulta insuficiente para tener por acreditada la culpabilidad del acusado. Sin embargo, su declaración engendra una presunción. Los testimonios de los parientes del cónyuge ofendido son de tomarse en consideración, son precisamente las personas allegadas al ofendido quienes pueden percatarse del evento delictivo del adulterio y de las circunstancias que lo rodearon.

El adulterio realizado con escándalo presenta gran complejidad. La colectividad donde los adúlteros hacen públicas sus relaciones adquiere el carácter de testigo. La publicidad, afrentosa para el cónyuge inocente es valorada por la autoridad jurisdiccional teniendo en cuenta los elementos de justipreciación concretamente especificados en las normas jurídicas, y todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas que conduzcan a determinar la veracidad del testimonio rendido.

B. Instrumental

Documento, desde el punto de vista jurídico, es el objeto material que por escritura o gráficamente, consta o se significa un hecho. En el delito de adulterio, la correspondencia amorosa,

cartas, recados, fotografías, películas etc., pueden llegar a constituir prueba plena si en ellos se ve o constan las relaciones de adulterio. Señala el artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: son documentos privados, los vales, pagarés, libros de cuenta, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y no estén autorizados por escribano o funcionario competente.

Es susceptible de probarse la infidelidad conyugal por medio de documentos privados, pero no necesariamente esa infidelidad constituye delito.

C. Presuncional

Establece el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: las presunciones o indicios son -- las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito puede razonablemente fundar una opinión sobre la existencia -- de los hechos determinados.

El indicio es un hecho conocido. De éste se infiere necesariamente la existencia de otro desconocido llamado presunción. -- Consta de tres elementos: a) un hecho conocido llamado indicio, -- b) un hecho desconocido llamado presunción, y c) un enlace necesario entre el hecho conocido y el desconocido. Señala el artículo -- 261 del ordenamiento procesal citado: los jueces y tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario, existente entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena.

La sorpresa en ropas menores dentro de la habitación conyugal con persona ajena al vínculo matrimonial, la convivencia de

Los adúlteros bajo un mismo techo y su ostentación como marido y mujer, presumen la existencia de relaciones sexuales. El juzgador deberá atender a las circunstancias especiales de cada caso para tener por comprobado el delito de adulterio. La Suprema Corte de Justicia ha establecido el siguiente criterio:

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

Quinta Epoca:

Tomo XXXI, pág. 251. Hourani Margarita.

Tomo XXXV, pág. 1252. Rubio de Pereyra Ocejo - Lidia.

Tomo XLII, pág. 3117. Mazón Victorino y Coag.

Tomo LII, pág. 606. Vázquez Concepción.

Tomo LIII, pág. 905. Guerrero Prudencio.

Apéndice de Jurisprudencia 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Segunda parte.

1a. Sala, pág. 45.

Los tribunales apreciarán en conciencia el valor de las presunciones. Bastará en el delito de adulterio demostrar la existencia de relaciones sexuales por cualquier medio: si están los amantes en el mismo lecho, en ropas menores en la misma alcoba, si se introducen sin ninguna otra explicación a un cuarto de hotel etc., siempre que el hecho se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

Cualquier acto que haga presumir en forma vehemente el acceso carnal entre persona unida en matrimonio civil y un tercero origina una presunción por la que se podrá demostrar el delito de adulterio.

5. Sujetos culpables y partícipes

Son sujetos culpables del delito de adulterio los protagonistas del hecho carnal ilícito sancionado por la ley. Sujeto activo realizador de la conducta tipificada en la norma.

Imputabilidad e inimputabilidad. El sujeto activo debe tener capacidad de entender y querer el delito de adulterio. La imputabilidad se refiere a la calidad del sujeto, capacidad ante el derecho. Se origina una hipótesis de inimputabilidad cuando existe en el sujeto activo un trastorno mental transitorio. No se puede negar que, en cuanto a las acciones libres en su causa, puede darse el delito de adulterio, pero naturalmente si el sujeto se ha colocado dolosamente en el estado de inimputabilidad para cometer la infidelidad, pues si su conducta ha sido dolosa, pero únicamente para colocarse en ese estado, sin querer realizar el acto sexual, o bien se ha colocado culposamente en tal estado, no puede responder del delito de adulterio, porque esa infracción solo puede cometerse dolosamente, como lo asentaremos posteriormente al estudiar la culpabilidad.

" De acuerdo con nuestro código penal, encontramos que se reconocen como causas de inimputabilidad, los estados mentales - anormales, porque implican la ausencia de voluntad, dolo, las cuales se encuentran previstas en el artículo 68; y la edad del soltero menor de dieciocho años según el artículo 119 "

(24)

El artículo 119 del código punitivo señala: los menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales serán internados por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa.

Culpabilidad y su aspecto negativo. La culpabilidad revisa te dos formas: dolo y culpa. Según el agente dirige su voluntad -- consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como deli to, o cause igual resultado por medio de su negligencia o impruden cia. Para los efectos de la culpabilidad, el delito de adulterio - requiere el dolo directo, es decir la conciencia y la voluntad de ambos sujetos de realizar el acceso carnal ilícito, a pesar de la existencia conocida del vínculo matrimonial.

" Como todos los delitos cuyo objeto es el desahogo ill- cido de la lubricidad, el adulterio no admite jurádicamente su co- misión imprudencial o culposa. El dolo radica, para los dos prota- gonistas, en la consciente ejecución de la cópula transgresora de las normas matrimoniales. El elemento psicológico de la infrac- -- ción adulterina requiere, para el casado infiel, voluntad y conoci miento de ejecutar el acceso carnal con persona distinta a su cón- yuge. Para el copartícipe, voluntad y conocimiento de que lo efec- tua con persona ligada en matrimonio. La intencionalidad criminal se presume legalmente según lo dispuesto en el artículo 9 del códⁱ go penal pero admite prueba en contrario "

(25)

El adulterio no puede ser delito imprudencial o culposo. Siempre habrá en la conducta del sujeto activo: conocimiento y vo- luntad. Conocimiento de parte del casado adúltero de la violación de ese deber esencial en el matrimonio consistente en la fidelidad y voluntad de realizar el acceso carnal con persona distinta a su cónyuge. Del copartícipe, conocimiento del estado matrimonial de - su amante y voluntad en realizar el acceso carnal.

Si el sujeto activo no realiza el acto sexual adulterino con conocimiento y voluntad, sino por el contrario, mediante el em

pleo de la violencia física, como en el caso de violación adulterina, nos encontramos frente a la excluyente de responsabilidad prevista por el artículo 15 fracción I del código de la materia: --- obrar el acusado impulsado por una fuerza física exterior irresistible.

La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por faltar la manifestación de voluntad. Señala el artículo 265 del ordenamiento penal citado: al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con persona sea cual fuere - su sexo, se le aplicarán de dos a ocho años de prisión y multa de dos a cinco mil pesos.

Si la persona obligada físicamente a la cópula es casada, no se configura el delito de adulterio por encontrarnos ante la --- ausencia de conducta del sujeto activo. No importa si la infidelidad conyugal se realizó en el domicilio conyugal. En este caso, se vence o anula la resistencia del acto sexual por fuerza física exterior irresistible.

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

{ 26 }

El aspecto negativo de la culpabilidad, se puede presen--

tar por error esencial de hecho, señalado en el mismo artículo 15 fracción VI: ejecutar un hecho que no sea delictuoso sino por circunstancias del ofendido si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar. Sería el caso del copartícipe que ignora la existencia del vínculo matrimonial de su amante.

Estas cuestiones son verdaderas excepciones, pueden llegar a presentarse en la vida jurídica. En forma general, las relaciones sexuales entre adúlteros se realizan en forma consciente y voluntaria, conociendo de antemano, lo ilícito de sus conductas.

Sujetos partícipes. Señala el artículo 274 del código punitivo: no se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido. Si éste formula su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codefincuentes.

Los partícipes en el delito de adulterio son también responsables de conformidad con el artículo 13 del código penal: son responsables de los delitos, los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución.

" . . . la criada que hace de centinela desde el balcón para evitar la llegada del marido, a fin de que no sorprenda lo -- que en su alcoba pasa . . . "

{ 27 }

El adulterio es un delito de querrela necesaria. Protege la relación familiar y conyugal. Su persecución oficiosa provocaría a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delin--cuente.

{ 27 } Groizard. Citado por Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. -- p. 31.

6. Sanciones

Si se verifica la conducta tipificada y los demás elementos del delito, no median casos de inimputabilidad o de exclusión de responsabilidad, el adulterio será punible. El código penal sanciona el adulterio con pena privativa de libertad, señala el artículo 273: 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.

Consumación. Otro de los temas discutibles es el relativo al momento consumativo del delito de adulterio.

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

[28]

En un sentido gramatical, cópula significa atadura, ligamento de una cosa con otra. Es sinónimo de unión. El verbo copular proviene de 'copulare', que en latín significa juntar o unir una cosa con otra.

" Fisiológicamente se caracteriza por el típico fenómeno de la introducción sexual la que implica necesariamente una actividad viril, normal o anormal, pues sin ésta no se puede, con propiedad decirse, que ha habido copulativa conjunción carnal. Fisiológi

camente tanto existe actividad sexual en los actos contra natura, como en los normales "

{ 29 }

El artículo 275 del código punitivo señala: sólo se castigará el adulterio consumado.

La consumación en el delito de adulterio debe entenderse con cualquier clase de relación de tipo sexual, normal o anormal, entre una persona casada y un tercero ajeno al vínculo conyugal. - Las cópulas incompletas y los actos contra natura también violan - el deber de fidelidad, bien jurídico tutelado por la ley.

" No hay duda, el delito queda consumado por la cópula -- normal. Pero no es exacto, como Carrara creía, que de su consumación queden excluidos los actos libidinosos contra natura, así como las cópulas incompletas, esto es, en grado de frustración que - por cualquier causa impida la 'seminatio intra vas'. También en es tos actos se realiza la relación carnal, la conducta típica del -- adulterio y se lesionan bienes jurídicos familiares tutelados en - dicho delito "

{ 30 }

Perdón del ofendido. Deja sin efecto la acción persecutoria el perdón otorgado en cualquier momento de la investigación, - período o instancia del juicio o después de dictarse sentencia con denatoria. Adquiere aquí el perdón un alcance procesal mayor que - en los demás delitos perseguibles por querrela. El artículo 276 es tablece: 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.

{ 29 } González Blanco Alberto. Ob. cit. p. 147.

{ 30 } Jiménez Huerta Mariano. Ob. cit. p. 29.

7. Jurisprudencia

ADULTERIO, ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.- El elemento escándalo, se produce cuando la acción o la acepción, ésta en su acepción lata, es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca, por la gravedad de los hechos cometidos, una reacción que afecta los sentimientos de las personas víctimas del delito, y, a la vez, la de reprobación de los mismos, como consecuencia de los comentarios y juicios que se emiten y transmiten en torno del acto o de las palabras dichas.

Amparo directo 4535/60. Francisco Romo Gálvez 5 votos. Volumen XXXIX. Segunda parte, pág. - 14.

Amparo directo 9378/61. José Luis Macías Nuño 5 votos. Volumen LXIII. Segunda parte, pág. - 9.

Amparo directo 396/65. Crescencio Sifuentes.. Unanimidad de 4 votos. Volumen CII. Segunda parte, pág. 11.

Amparo directo 398/65. Fidelia Rodríguez Esqueda. Unanimidad de 4 votos. Volumen CII. Segunda parte, pág. 11.

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

Semanario Judicial de la Federación. Sexta -- Epoca. Volumen CXIV. Segunda parte. Diciembre de 1966.

1a. Sala, pág. 41.

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

C A P I T U L O C U A R T O

ADULTERIO EN LA ACTUALIDAD

1. *Diferencias entre el adulterio en materia civil y adulterio en materia penal.*
2. *Efectos del adulterio como delito*
3. *Efectos del adulterio como causal de divorcio*
4. *El adulterio ante la sociedad*
5. *El adulterio desde el punto de vista de la moral*
6. *Hijos adulterinos*
7. *El adulterio frente a otras figuras jurídicas:*
 - A. *Bigamia*
 - B. *Concubinato*
8. *Soluciones.*

1. *Diferencias entre adulterio en materia civil y adulterio en materia penal.*

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

Amparo directo 4991/1970. María Teresa López - Nájera. Agosto 19 de 1971. Mayoría de 3 votos. Ponente: Lic. Ernesto Solís López. 3a. Sala. Séptima Época. Volumen XXXII. Cuarta parte, pág. 18.

Tesis que ha sentado precedente:

Amparo directo 5152/1955. Regino Fernández Ocaña. Marzo 7 de 1956. Mayoría de 3 votos. Quinta Época. Tomo CXXVII, pág. 809.

Los cónyuges se deben fidelidad recíproca, consecuencia de la celebración del matrimonio civil, base de cada grupo familiar legalmente constituido. La infidelidad de uno de los cónyuges origina la causal de divorcio prevista en la fracción I del artículo 267 del código civil: son causas de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. No exige ningún otro requisito, basta demostrar que uno de los cónyuges le ha sido infiel al otro para disolver el matrimonio. Esta infidelidad adquiere también relevancia en el campo penal, pero se limita a los adulterios realizados en el domicilio conyugal o con escándalo. Esa es la principal diferencia entre el adulterio causal de divorcio y el delito sancionado por la ley penal.

Caducidad. Es la extinción de la acción por el transcurso del tiempo marcado en la ley. No vale ningún acto u omisión para interrumpir o suspender el término fijado. Es condición para el ejercicio de la acción y debe estudiarse de oficio. La jurisprudencia ha establecido que tratándose de divorcio opera la caducidad. La ley fija término para el ejercicio de la acción de divorcio por adulterio cuando la infidelidad se realiza en un solo acto o se realiza en forma ocasional. Es de seis meses contados a partir del conocimiento de los hechos en que hace consistir la infidelidad. Si la acción no se ejercita durante el término establecido se extingue el derecho del cónyuge inocente de solicitar el divorcio por adulterio de su consorte. Si el adulterio reviste el carácter de conducta permanente la acción de divorcio se puede ejercitar en cualquier tiempo.

Prescripción. Supone un hecho negativo, una simple abstención. En el caso de las acciones consiste en no ejercitarlas. Es un medio extintivo de la pena y de la acción penal. Opera por el solo transcurso del tiempo. El adulterio es un delito perseguible por querrela del cónyuge ofendido. La acción penal prescribe en un año contado desde el día en que el cónyuge ofendido tiene conocimiento del adulterio. La prescripción trata intereses puramente personales y privados y solo puede hacerse valer por parte legítima. Se admite la suspensión y la interrupción. La prescripción de las acciones se interrumpe por las actuaciones practicadas en averiguaciones del delito y del delincuente, aunque por ignorar quienes sean, no se practiquen las diligencias con persona determinada. Si se deja de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente a la última diligencia.

Prueba indirecta. En materia de divorcio por adulterio, la jurisprudencia ha establecido la prueba indirecta para la demostración de las relaciones sexuales. La prueba directa es casi impo

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

Prueba presuncional. Para la comprobación de las relaciones sexuales en el delito de adulterio se admite la prueba presuntiva. La sanción para el adúltero es pena privativa de libertad y cumplida la condena las cosas pueden volver a su estado normal entre los cónyuges. El vínculo matrimonial subsiste y produce todos sus efectos jurídicos. No son las mismas consecuencias jurídicas, basadas en la infidelidad conyugal, producidas por una sentencia civil a una sentencia penal. Aquella produce la desintegración del núcleo familiar. Esta una simple privación de libertad que en la -- mayoría de los casos no se aplica. El derecho penal es más flexi-- ble, trata intereses puramente personales y privados.

Perdón del cónyuge inocente. El perdón expreso o tácito -- extingue la acción de divorcio por adulterio. La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aun no hubiere sentencia ejecutoria. En este caso, el cónyuge inocente no podrá demandar nuevamente el divorcio por los mismos hechos en que fundó su primer demanda, si -- por otros aunque sean de la misma naturaleza. Esta norma supone -- que si la reconciliación de los cónyuges es posterior a la senten-

cia ejecutoria de divorcio el matrimonio ha sido disuelto y deberán celebrarlo nuevamente para tener la calidad de cónyuges. Si la reconciliación se produce antes de dictarse sentencia ejecutoria, las cosas volverán a su estado normal.

Perdón del cónyuge ofendido. El adulterio es un delito de querrela necesaria en base a la consideración de que, en ocasiones la persecución oficiosa acarrea a la víctima mayores daños que la misma conducta del delincuente. El perdón y el consentimiento del ofendido, en determinados casos, produce la extinción del derecho de acción. Por excepción, el código penal vigente faculta al ofendido, por delito de adulterio, a otorgar el perdón en cualquier tiempo, aún después de pronunciada la sentencia. En este caso el perdón extingue la acción y la ejecución. Si el perdón se otorga después de dictada la sentencia, no producirá efecto legal alguno. Esta disposición favorece a todos los responsables.

DIVORCIO. EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- El delito de adulterio requiere para su integración circunstancias especiales no necesarias para considerarlo causa de divorcio. Si en el proceso penal se absuelve al reo no implica, no tener por comprobada la causa de divorcio fundada en el adulterio. Aun cuando los hechos que conoció el juez civil sean los mismos conocidos por el juez penal, la absolución en el proceso no acredita por sí sola la inexistencia del hecho imputado, dicha absolución puede deberse a causas diferentes. Es menester conocer los términos de la sentencia dictada en el proceso penal para poder determinar la razón por la que se decretó la absolución.

Amparo directo 5262/58. Enrique López Escobar. Junio 11 de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. José Castro Estrada. 3a. Sala. Informe 1959, pág. 54.

La infidelidad en materia penal se limita a los adulterios realizados en el domicilio conyugal o con escándalo.

2. Efectos del adulterio como delito

Sancionar el adulterio penalmente ocasiona mayor perjuicio a la familia afectada. Si la infidelidad se manifiesta públicamente, causa una afrenta al cónyuge ofendido por quedar al descubierto la burla de que ha sido objeto por parte de su compañero. - Si el adulterio se realiza en el domicilio conyugal las consecuencias son funestas para la familia. El cónyuge ofendido tiene dos opciones: querellarse contra la actitud infiel de su consorte o seguir sufriendo y soportando las bajas de su compañero. En el primer caso, el cónyuge ofendido deja al descubierto la conducta ilícita de su consorte. Pone de manifiesto la infidelidad de que ha sido objeto, incrementando la gravedad del daño o de la ofensa. En el segundo caso, al seguir soportando la conducta antisocial del cónyuge infiel, llevaría a la completa desintegración de la familia sin ninguna protección para sus integrantes. Reprimir el adulterio en forma penal no conduce a una solución positiva de las relaciones familiares. En materia civil y a través del divorcio, las familias desintegradas quedan protegidas, por lo menos, en un mínimo para su subsistencia.

La comunidad o grupo social donde el matrimonio es ampliamente conocido y tiene lugar el delito de adulterio, influye en la vida de los protagonistas y de la familia afectada. Es precisamente la colectividad la que tiene conocimiento de la infidelidad de uno de los cónyuges y provoca una reacción que afecta los sentimientos de las personas víctimas del delito. Emite juicios y comentarios en torno al hecho delictuoso, causando la afrenta para el cónyuge ofendido.

Cuando ambos adúlteros están unidos en matrimonio civil con un tercero, tiene lugar el llamado adulterio doble. Dos son las familias afectadas. Si el adulterio tiene lugar en el domici-

lio conyugal, es cónyuge ofendido el del domicilio donde tuvo lugar la conducta infiel. Solo él puede ejercitar la acción de ese delito.

El cónyuge ofendido queda sujeto a burlas, bullícios, bajos comentarios, compadecimientos etc., y resulta casi imposible la convivencia dentro del grupo social en que resultó burlado por su propio compañero. Los hijos son los más afectados con la conducta de sus progenitores. Son hijos de matrimonio pero la sociedad misma se encargará de hacerles sentir el peso de la falta de sus padres. Si el adúltero abandona a su familia para irse a vivir con su amante, es mayor el desequilibrio emocional sufrido por los hijos. Se ven privados de la atmósfera familiar en donde siempre han vivido y según las circunstancias de realización del delito, son los mejor enterados de la conducta infiel de uno de sus progenitores.

Perseguir al adúltero por querrela necesaria es cuestión discutida. Se estima que entra en juego un interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de ese delito y no sería eficaz actuar oficiosamente porque se ocasionaría al particular un daño mayor al experimentado por la sociedad con el mismo delito. Si la averiguación pública del adulterio ocasiona al cónyuge inocente un daño mayor que la propia infidelidad matrimonial por hacer del conocimiento de todos la afrenta sufrida y se pasa por encima del daño causado a la sociedad, debe desaparecer del catálogo de los delitos porque el derecho penal toma en cuenta intereses sociales y no situaciones que importen intereses de carácter puramente particular.

En consecuencia, el adulterio debe desaparecer del ámbito punitivo y conservarse únicamente como causa de divorcio por estar en juego intereses puramente familiares.

3. Efectos del adulterio como causal de divorcio

El divorcio es sanción impuesta por la ley al cónyuge culpable por quebrantar la fidelidad en el matrimonio. Decretado el divorcio por adulterio se producen los efectos jurídicos siguientes: a) respecto a los propios cónyuges, b) a los hijos, y c) a los bienes.

a) Uno de los efectos principales del divorcio con relación a los cónyuges es el de recobrar su entera capacidad para celebrar un nuevo matrimonio. Señala el artículo 266 del código civil: el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Agrega el artículo 289: en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. El cónyuge culpable no podrá volver a casar sino después de dos años, contados desde que se decretó el divorcio.

Aunque la mujer sea cónyuge inocente no puede contraer un nuevo matrimonio. Deben transcurrir trescientos días después de la disolución del anterior, salvo si durante ese plazo da a luz un hijo. En los casos de divorcio se cuenta ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación. Esto con el fin de tener certeza sobre la paternidad de los hijos. Menciona el artículo 334 del ordenamiento legal citado; si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio es declarado nulo contrajera nupcias dentro del período prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo nacido después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes: I. se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días de la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo; II. se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segun

do matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. - El que niegue las presunciones establecidas en las dos fracciones anteriores, deberá probar plenamente la imposibilidad física de -- que el hijo sea del marido a quien se atribuye; III. el hijo se -- presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

El adulterio habido entre personas que pretenden celebrar matrimonio, cuando la infidelidad ha sido jurídicamente comprobada representa un impedimento para la celebración del matrimonio entre los adúlteros.

El artículo 288 del código civil señala el criterio a seguir sobre los alimentos correspondientes a los cónyuges: en los casos de divorcio, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no celebre nupcias. Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

La deuda alimenticia entre consortes, forma parte del deber asumido por el marido y la mujer de contribuir al sostenimiento de la familia, según las posibilidades de cada uno de ellos. La ayuda mutua representa uno de los fines primordiales del matrimonio que se manifiesta en una distribución equitativa entre los cónyuges, de las cargas del hogar. Se exime del cumplimiento de este deber, el cónyuge que sin culpa, no se encuentra en situación económica de cumplir por su imposibilidad para trabajar y por carecer de bienes propios. Se manifiesta la ayuda mutua porque el otro cón

yuge soporta íntegramente la carga de suministrar alimentos a su consorte, el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos de ambos.

b) Se condena al cónyuge culpable de adulterio a la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos. Señala el artículo 283 del vigente código civil; la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes: si la causa de divorcio esta comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos son culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda. Si no existe, se nombrará tutor.

Si el legislador castiga al cónyuge culpable de adulterio con la pérdida de la patria potestad es por el alto grado de inmoralidad de su conducta. No es conveniente para la educación y formación de los hijos el continuar bajo la vigilancia y custodia del progenitor que no supo respetar a su familia.

Previene el artículo 285 del código civil: el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos. Antes de decretar el divorcio, el juez dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos.

Antes de proveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida benéfica para -

los menores. Se podrá modificar la decisión si el cónyuge que ejerce la patria potestad no observa buena conducta y no proporciona una educación conveniente para sus hijos.

c) Señala el artículo 286 del vigente código civil: el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho. Agrega el artículo 228: las donaciones antenuptiales son revocables y se entienden revocadas por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante sea el otro cónyuge. Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes.

Los cónyuges al contraer matrimonio deberán expresar con claridad si dicho matrimonio va a celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o el de separación de bienes. Si se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, ésta termina con el divorcio. Señala el artículo 287 del código de la materia: ejecutoriado el divorcio, se procederá a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones pendientes entre los cónyuges y los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y educación de éstos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

El divorcio no deja a la familia en completo abandono. -- Sus efectos tienden a la protección del interés familiar. La familia se ha desintegrado pero se asegura un mínimo de subsistencia para todos sus miembros. Esto no sucede si el adulterio se considera delito. La pena privativa de libertad impuesta al cónyuge culpable deja en total abandono a la familia y no garantiza el interés familiar.

4. El adulterio ante la sociedad

La institución del matrimonio es base de la sociedad. Forma o constituye el fundamento de la organización social y representa la completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer, reconocida y regulada por el derecho. La familia originada por el matrimonio prepara a los hombres para la vida social. Mediante él se crean afectos, relaciones mutuas de intimidad y vínculos éticos -- que tienden al mejoramiento del individuo y al bienestar social.

El Estado está interesado en la conservación del núcleo familiar y solo permite su desintegración en casos especiales. El adulterio, se ha dicho, constituye uno de los motivos más graves para concluir la vida conyugal. Se establece el divorcio vincular para el caso de que uno de los cónyuges viole el deber de fidelidad, esencial en la conservación del matrimonio.

El adulterio no solo es reprimido jurídicamente, la sociedad también lo reprime. Esta sociedad a la que pertenecemos todos en diferentes grupos o niveles sociales. Cualquier alteración en las relaciones familiares es rechazada socialmente.

Toda infidelidad conyugal es reprimida por la sociedad, -- sobre todo la realizada en el domicilio conyugal o con escándalo. El grupo social donde los adúlteros hacen públicas sus relaciones, ve con desagrado el engaño y la burla de que ha sido objeto el cónyuge inocente. Si los adúlteros se trasladan a una ciudad lejana y viven en calidad de esposos encajarán en cualquier grupo social, -- sus relaciones conyugales pasarán inadvertidas por considerarse -- propias a las de un matrimonio legalmente reconocido.

La sociedad sanciona el adulterio con el repudio. Existe un total rechazo hacia el cónyuge culpable que clínicamente introdu

ce a su amante al lecho conyugal. Revela un completo estado de bajeza para consigo mismo y su familia. Si el acto de adulterio es conocido por la colectividad, mayor es el repudio para los adúlteros.

El divorcio vincular no ha sido aceptado por algunos grupos sociales. En caso de adulterio entre los cónyuges, fijan una separación. Consideran el divorcio un atentado contra la familia. Sus consideraciones son las siguientes: los hijos son víctimas de la desaveniencia de sus padres, por la actitud de éstos se ven privados de la vida familiar. Vivir en un hogar truncado marca a los hijos para toda la vida, siempre les faltará el calor de un verdadero hogar, de un hogar completo. En una familia en la que hay un ausente, éste sigue presente por su ausencia misma. El niño tiende a idealizar al ausente y se refugia en el recuerdo para olvidar al presente. Es la tragedia de cuando el padre o la madre han escogido hacer su vida lejos de sus hijos. El malestar tan hondamente sentido por el niño, engendra en él perturbaciones físicas, pérdida de sueño, de apetito, perturbaciones nerviosas y psicológicas, clara tendencia al robo, a la mentira, a la fuga. Un sentimiento de agresividad contra todo cuanto lo rodea. Y el adolescente se -- convierte en un escéptico.

Otra parte de la sociedad acepta el divorcio por considerar que contribuye a moralizar el matrimonio haciendo su preparación más seria. Cuando los jóvenes saben que la unión formada, la familia por construir y el porvenir soñado puede verse destruido por el divorcio, los matrimonios se prepararán con más seriedad y madurez antes de emitir una decisión.

Vivir en sociedad implica gran responsabilidad. Tenemos obligaciones para con los demás miembros de la comunidad. No se fulta a ningún órgano o persona a exigir su cumplimiento. Acatamos las normas si queremos pertenecer a determinado grupo social.

5. El adulterio desde el punto de vista de la moral

A lo largo de la historia hemos visto como el adulterio - ha sido sancionado desde cualquier punto de vista. Jurídicamente - fue considerado delito merecedor de pena de muerte hasta llegar a la aplicación de cortas privaciones de libertad. La sociedad de to dos los tiempos lo ha reprimido y los adúlteros han sido repudia-- dos de la esfera social donde tuvo lugar su conducta infiel. La re ligión lo ha considerado un pecado. Va en contra de lo establecido por Jesucristo.

Las normas morales como las religiosas buscan la supera-- ción o perfeccionamiento de cada hombre mediante los hábitos del - bien obrar. " las normas morales son aquellas que formulan impera-- tivamente los deberes ordenados al bien personal del hombre, consi derado Este individualmente "

{ 1 }

Esta definición corresponde a las normas morales en su -- sentido restringido. En su sentido amplio la Ética comprende todos los deberes del hombre: para con Dios, para con el prójimo y para consigo mismo. De ahí su clasificación en normas morales en senti-- do restringido, normas religiosas y normas jurídicas.

Los deberes religiosos sirven de fundamento a los deberes que el hombre tiene para consigo mismo y para con sus semejantes. La religión considera al matrimonio la unión de un hombre y una mu jer. Entre las encíclicas que hablan sobre el adulterio tenemos: - la Arcanum de León XIII y la Casti Connubii de Pío P. XI.

Arcanum. " Venerables hermanos, salud y bendición apostó-

{ 1 } Preciado Hernández Rafael. Lecciones de Filosofía del Dere-- cho. Séptima Edición. Editorial Jus. México, 1973. p. 97.

lica. El matrimonio en su origen, no puede verificarse sino entre dos individuos solamente, o sea entre varón y mujer. De los dos -- viene a hacerse una sola carne: 'se juntará el hombre a su mujer y serán dos en una carne, ya no son dos, sino una carne'. Lo que -- Dios juntó, el hombre no lo separe. Esta forma de matrimonio, tan excelente y aventajada, empezó inscenciblemente a corromperse y de saparecer entre los gentiles; aun entre los mismos ebreos pareció anublada y oscurecida. Prevalció entre éstos la costumbre general de a cada varón es lícito tener mas de una mujer. Mas tarde, cuando por la dureza de su corazón les concedió benignamente Moises la facultad de repudiarla, se abrió la puerta al divorcio. Desbordado el libertinaje del marido, nada había más miserable que la mujer - vendida entre tanta degradación. Se consideraba un mero instrumento adquirido para satisfacer la pasión o engendrar prole. A tantos vicios y a grandes ignominias como afectaban el matrimonio, se buscó al fin, por disposición divina, la enmienda y la medicina que - Jesucristo, restaurador de la humana dignidad y perfeccionador de las leyes mozaicas, aplicó oportuno y acabado remedio: 'todo aquel que repudiasse a su mujer, a no ser por causa de fornicación, y tomare otra, comete adulterio; y el que se casare con la repudiada, comete adulterio'. Cristo Nuestro Señor elevó el matrimonio a la - dignidad de sacramento. Al mismo tiempo hizo que los cónyuges ayudados y fortalecidos por la gracia celestial, conseguida por los - méritos de Cristo, alcansasen la santidad en el matrimonio "

(2)

Encíclica Casti Connubil. Diciembre 31 de 1930. " La fide lidad conyugal es el segundo de los bienes del matrimonio enumerados por San Agustín. Consiste en la mutua lealtad de los cónyuges en el cumplimiento del contrato matrimonial. Lo que en éste contra

(2) Colección Completa de Encíclicas Pontificias 1830-1950. Editorial Guadalupe. Buenos Aires, 1952. Preparada por las Facultades de Filosofía y Teología. Argentina. p. 285.

to, sancionado por la ley divina, compete a una de las partes, ni a ella le sea negado ni a ningún otro permitido, ni a la contraparte se conceda lo que jamás pueda ser concedido, por ser contrario a las divinas leyes y derechos, y del todo disconforme con la fidelidad del matrimonio. Tal fidelidad exige, la absoluta unidad del matrimonio, prefigurada por el mismo creador de nuestros primeros padres, cuando quizo que no se instituyese sino entre un hombre y una mujer. Y aunque después Dios, supremo Legislador, mitigó un tanto esta primitiva ley, por algún tiempo, la ley evangélica, sin que quedara lugar a duda, restituyó íntegramente aquélla primera y perfecta unidad derogando toda excepción. Así lo demuestra la palabra de Cristo, la doctrina y la práctica de la iglesia "

{ 3 }

Código del Derecho Canónico. Señala el canon número 1118: el matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa fuera de la muerte. - Agrega el canon 1129: por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper la vida en común, a no ser que él haya consentido en el crimen, o haya dado motivo para él, o lo haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido. Hay condonación tácita si el cónyuge inocente después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital. Se presume la condonación, si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima.

No podemos decir que las personas sin religión carezcan de moralidad. En este caso el deber para consigo mismo y para con los demás se funda exclusivamente en su razón próxima o inmediata, en las leyes derivadas de la naturaleza misma de las cosas. Los --

{ 3 } Colección Completa de Encíclicas Pontificias 1830-1950. - - Ob. cit. p. 1239.

principios fundamentales que rigen en cada ser humano, pueden ser descubiertos con la sola luz de la razón y fincados en la naturaleza del hombre y los seres que lo rodean. El adulterio ha sido sancionado en todos los tiempos, es un atentado contra la familia formada legalmente y es rechazado por todos los núcleos sociales. No solo por temor a Dios se debe rechazar el adulterio sino porque es atentatorio contra la dignidad humana. Lo moral y lo inmoral va implícito en la conciencia de cada ser humano, tenga o no religión, se manifiesta en su conducta. Si una persona unida en matrimonio viola el deber de fidelidad impuesto entre los cónyuges, manifiesta su imperfección, su falta de rectitud para consigo mismo y para con los demás. Es frecuente el adulterio del marido con mujer pública y es realizado en algunos casos con mucha discreción que pasa inadvertido para las personas afectadas. Esta conducta aunque no es conocida por la colectividad y el cónyuge culpable vive en completa armonía con su pareja, carece de valor ético. Se ha manifestado la infidelidad de uno de los consortes, su imperfección, siendo atentatorio contra la institución del matrimonio.

" La moral no solo se preocupa por el fuero interno del sujeto, demanda obrar con rectitud y hacer cristalizar en actos -- nuestros propósitos. Si la moral solo mandase pensar bien resultaría estéril. El moralista examina de manera preferente la pureza de nuestras miras, no desdeña las manifestaciones externas de la voluntad. Por ello exige que las buenas intenciones trasciendan a la práctica "

(4)

La interioridad de la moral se funda en la naturaleza del fin perseguido por sus normas: el perfeccionamiento del sujeto, de

[4] García Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Décima Novena Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, --- 1971. p. 20.

la persona individual, en cuanto es titular imputable y responsable de sus actos. No se podrá valorar debidamente un acto, si la moral no toma en cuenta los móviles y motivos más íntimos, si no se refiere ese acto a sus diversas etapas a la conciencia misma -- del sujeto.

El adulterio implica gran inmoralidad. El legislador despoja al cónyuge culpable de la patria potestad sobre sus hijos y encomienda su cuidado y educación al cónyuge inocente.

En nuestra vida constantemente se pronuncian juicios de valor acerca de las acciones de los demás y de nosotros mismos. -- Hay acciones que suscitan aprobación, alabanza, estimación, otras provocan reproche, desaprobación, castigo. Con frecuencia experimentamos una lucha interna: si cedemos a la tentación, sentimos de saprobación; si vencemos, experimentamos satisfacción. Si cumplimos con un deber sentimos que somos más nosotros mismos. Dentro -- del matrimonio tenemos un deber principal por cumplir: fidelidad -- para con nuestro cónyuge. Si faltamos a ese deber, provocamos reproche, desaprobación. Si cumplimos con la fidelidad conyugal, experimentamos satisfacción.

La violación a ese deber de fidelidad conyugal, jurídicamente provoca sanciones como el divorcio y algunas veces privación de libertad. También provoca sanciones morales, remordimiento y -- arrepentimiento. El remordimiento es la mordedura que tortura el -- corazón después de una acción culpable. En el arrepentimiento hay una valoración de la actitud realizada: el adulterio se cometió. -- Falté al deber de fidelidad para con mi cónyuge. Pudieron existir circunstancias que me orillaron a cometer la infidelidad pero de -- cualquier manera no justifican mi acción. He actuado mal, no debí faltar a la fidelidad en mi matrimonio, merezco reproche, castigo. Me siento juzgado por mí mismo o mejor dicho, por el ideal que llevo en mí.

6. Hijos adulterinos

A lo largo de la historia los hijos han sufrido el rigor de las leyes por la conducta reprobada de sus padres. El Código de las Partidas negaba a los hijos adulterinos el derecho a recibir alimentos por parte del padre y sus parientes. Se permitía algunas veces por consideraciones de piedad. En cuanto a la madre y sus parientes, la ley los obligaba a la prestación de alimentos, de conformidad con el principio 'mater semper certa est, pater incertus' En la Partida Sexta, ley 4, título 3, se consagra para los hijos adulterinos, la incapacidad de ser establecidos herederos por testamento y si los padres les donaban o legaban alguna cosa, la donación podía ser revocada por los hijos legítimos, hermanos o padres del donante. A falta de parientes, los bienes pasaban a formar parte de la corona.

" En Francia prerevolucionaria los hijos abandonados recaían para su alimentación y cuidado en el personal de la iglesia respectiva. El párroco realizaba esfuerzos extraordinarios para descubrir a los padres del hijo abandonado y forzarlos a cumplir con sus deberes. El derecho revolucionario francés prohibió toda investigación de la paternidad natural, confiriendo al padre el derecho discrecional de reconocer a su hijo. Por ley de 1771 se reconoció a los hijos adulterinos una cuota hereditaria equivalente al tercio de la correspondiente a los hijos nacidos en matrimonio. El código civil admite la investigación de la maternidad natural, sometiéndola a reglas de prueba sumamente estrictas. La investigación de la paternidad permanecía prohibida, salvo casos de raptó. Los redactores del Código Napoleón establecieron que la filiación natural resulta de la voluntad de los padres "

(5)

Los códigos civiles de 1870 y 1884, establecieron una distinción entre los hijos ilegítimos en simplemente naturales y espurios. Se denominó naturales a aquellos cuyos padres, en el momento de la concepción, no tenían impedimento legal para contraer matrimonio. Se calificó de espurios a todos los demás, entre ellos a -- los hijos adulterinos. La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, suprimió esta distinción, denominando ilegítimos a ambas especies.

El vigente código civil solo habla de hijos de matrimonio y los nacidos fuera de él. En la exposición de motivos se menciona lo siguiente: " . . . se comenzó por borrar la odiosa diferencia - entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio. Se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos. Es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres y verse privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de esto ninguna culpa tienen. Se ampliaron los casos de investigación de la paternidad. Los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir. Se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución. Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quien es su madre y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina . . . "

{ 6 }

Solo se establece una distinción entre los hijos nacidos de matrimonio y los nacidos fuera de él. Es sobre la prueba de la filiación. De los hijos de matrimonio la filiación queda estableci

{ 6 } García Tellez Ignacio. Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1965. pp. 47 y 48.

da por el hecho del parto de la esposa de donde se deduce la paternidad del marido. Señala el artículo 340 del código de la materia: la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece únicamente a través del reconocimiento voluntario hecho por el padre o de sentencia judicial que declare la paternidad o maternidad. Menciona el artículo 360: la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad. Agrega el artículo 382; la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida: I. en los casos de estupro, rapto o violación, si la época del delito coincide con la de la concepción; II. cuando el hijo se encuentra en posesión del estado de hijo del presunto padre; III. si el hijo ha sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba con el pretendido padre bajo el mismo techo maritalmente; IV. si el hijo tiene a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre

Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente. El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no con relación al otro progenitor. El padre puede reconocer a su hijo adulterino, sea casado o soltero, pero no podrá revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio para quedar absolutamente ilegibles.

El artículo 60 del código civil, señala en la segunda parte: la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de

su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este código. En las actas de nacimiento no se expresará que se trata en su caso de hijo natural.

Previene el artículo 62 del ordenamiento legal citado: en la partida de nacimiento no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido. Agrega el artículo 63: si el hijo nace de una mujer casada y vive con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el juez del registro asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que -- éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria sobre el particular. El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio se hará de alguno de los modos siguientes: I. en la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil; II. por acta especial ante el mismo juez; III. por escritura pública; IV. por testamento; V. por confesión judicial directa y expresa.

Señala el artículo 388: las acciones de investigación de la paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si fallecieron durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de cumplir cuatro años de su mayoría de edad. Una vez reconocido el hijo por el padre, -- por la madre o por ambos tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan, a percibir la porción hereditaria y los alimentos fijados en la ley.

Los hijos adulterinos son los nacidos de la unión de personas que al momento de concebirlos, uno de ellos o los dos, se encuentran unidos en matrimonio civil con persona distinta.

7. El adulterio frente a otras figuras jurídicas

A. Bigamia

Viene de la raíz latina *bigamia*, ae. *Bi*, *di*, dualidad, -- dos veces; y *gamos*, boda, nupcia. *Bigamia* significa: doble boda, -- duplicidad de nupcias.

La concepción del delito de bigamia aparece en Roma. Por declaración del Pretor, era declarado infame el que hubiere celebrado dos esponsales o nupcias con persona diferente a un mismo -- tiempo. La Ley Julia sancionaba como culpable de adulterio a la mujer que viviendo su marido celebra una nueva unión. Justiniano -- agravó en forma considerable la penalidad, condenó a los bigamos a pena de muerte. En el Fuero Juzgo la bigamia tenía una sanción -- igual al adulterio: ambos contrayentes eran sometidos en poder del primer marido para hacer con ellos su voluntad. Solo era punible -- el adulterio y la bigamia de la mujer. En el Fuero Real se sanciona por igual la bigamia cometida por el hombre y la realizada por la mujer. Se impuso a los bigamos sanciones económicas y destierro. El Código de las Partidas se ocupa de la bigamia en el título 17, partida 7, título dedicado al adulterio. La sanción aplicable era destierro a una isla durante cinco años. Si los dos contrayentes -- tenían conocimiento de un matrimonio anterior entre ellos, ambos -- serían desterrados.

Código penal de 1871. Señala el capítulo VII: bigamia o -- matrimonio doble y otros matrimonios ilegales. Artículo 831: comete el delito de bigamia el que, habiéndose unido con otra persona en matrimonio válido y no disuelto todavía, celebra uno nuevo con las formalidades exigidas por la ley. Agrega el artículo 832: el -- delito de bigamia se consuma al momento en que queda firmada el ac -- ta de matrimonio por los contrayentes. Si se extiende pero no se --

firma, el delito quedará reducido a conato y se castigará como tal. El reo de bigamia será castigado con cinco años de prisión y multa de segunda clase cuando la persona con quien celebró el nuevo matrimonio sea libre y no sepa que aquél es casado. Si lo sabe, se impondrán, a uno y a otro, la pena de tres años de prisión y multa de segunda clase. Finalmente, señala el artículo 834: son circunstancias atenuantes de cuarta clase, haber tenido el reo motivos graves, a juicio del juez, para creer disuelto el matrimonio anterior. Es circunstancia agravante de cuarta clase, tener el bigamo cópula con su nuevo cónyuge.

Código penal de 1929. La bigamia aparece comprendida en el capítulo IV, título XIV, libro tercero: de los delitos cometidos contra la familia. Previene el artículo 901: comete el delito de bigamia el que, habiéndose unido con otra persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo todavía, celebra otro nuevo con las formalidades exigidas por la ley. Agrega el artículo 902: el delito de bigamia se consuma en el momento que el acta de matrimonio queda firmada legalmente. Si se extiende pero no llega a firmarse, el delito queda reducido a conato y se sanciona como tal. El acusado de bigamia incurre en una sanción hasta de cinco años de segregación y multa de treinta a cincuenta días de utilidades si la persona con quien celebró el nuevo matrimonio es libre y no sabe de su estado matrimonial anterior. Si lo sabe, se impondrá, a uno y a otro, la mitad de la sanción señalada. Los testigos del bigamo que intervengan en la celebración del matrimonio, serán considerados coautores para la aplicación de la sanción correspondiente.

Código penal de 1931. Se clasifica la bigamia en el título XVI, capítulo único: delitos contra el estado civil y bigamia. Señala el artículo 279: se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo todavía, celebra

otro nuevo con las formalidades exigidas por la ley.

El delito de bigamia ha sido de realización frecuente sobre todo en épocas donde la disolución del matrimonio mediante divorcio no era posible por no aceptarse tal institución. Cuando se acepta el divorcio vincular la bigamia va disminuyendo.

El objeto jurídico del delito de bigamia es proteger el orden monogámico de la familia. Es sujeto activo el cónyuge realizador de la conducta típica sancionada por el derecho. Es la persona que esta casada en matrimonio vigente y celebra otro con las formalidades legales. Hablamos de sujetos activos si el cónyuge del segundo matrimonio, celebrador formal de las nupcias, lo celebra conociendo la vigencia del vínculo anterior de su pareja. Si ambos contrayentes del segundo matrimonio son casados civilmente con un tercero tiene lugar la bigamia doble. Sujeto pasivo es el cónyuge del primer matrimonio, titular de los intereses jurídicos de índole familiar procedentes del matrimonio civil lesionado por el bigamo al contraer nuevas nupcias. Si el cónyuge del segundo matrimonio ignora el vínculo conyugal entre su consorte y un tercero se considera sujeto pasivo.

Es requisito esencial para la configuración de la bigamia que el sujeto activo tenga la condición de casado. Debe existir un matrimonio civil no disuelto ni declarado nulo. No deja de existir el delito por anulación o disolución del primer matrimonio después de celebrado el segundo. La conducta típica de la bigamia consiste en la celebración, por parte del sujeto activo, de otro matrimonio con las formalidades legales.

" La bigamia es un delito de lesión, doloso e instantáneo se consuma por el hecho mismo de contraer el distinto matrimonio, firmando el acta respectiva que lo registra fehacientemente. No im

porta si el matrimonio queda rato y no se consuma por el acceso carnal. El dolo consiste en que el agente tenga conciencia y voluntad de contraer matrimonio legal sabiendo que su matrimonio anterior no ha sido disuelto ni declarado nulo "

{ 7 }

La expresión ' . . . contraiga otro con las formalidades legales', se refiere a que el nuevo matrimonio ha de ser civil y de conformidad con los artículos relativos del código civil. No es necesario ningún hecho posterior, como, por ejemplo, la cópula carnal, la vida en común etc.

La bigamia en el código civil. Señala el artículo 156 del código de la materia: son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio; X. el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

La existencia de este impedimento es para proteger la organización de la familia monogámica y la esencia misma del matrimonio concebido por la ley entre un hombre y una mujer. La subsistencia de un vínculo conyugal anterior con persona distinta es un impedimento de los llamados dirimentes. Produce la nulidad absoluta del subsiguiente matrimonio. La nulidad subsiste aun si los cónyuges se casaron de buena fe. Previene el artículo 248 del código civil: el vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraer el segundo, anula éste, aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.

{ 7 } Carrancá y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado. Segunda Edición. Antigua Librería Robredo. México, 1966. nota 906.

Establece el artículo 255 del código civil: el matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos -- sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en -- todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o des -- de su separación, en caso contrario. Agrega el artículo 256: si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimo -- nio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hi -- jos. Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimo -- nio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos. La -- buena fe se presume, para destruir esta presunción se requiere -- prueba plena.

El adulterio y la bigamia requieren para su integración, la previa existencia de un matrimonio civil celebrado con las formalidades y requisitos exigidos por la ley. En materia penal se es -- tablecen penas privativas de libertad; para los adúlteros, prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis -- años. La bigamia se sanciona con pena mayor, prisión hasta de cin -- co años y multa de quinientos pesos. En materia civil, el adulte -- rio de uno de los cónyuges es causa de divorcio. La bigamia es cau -- sa de nulidad. El divorcio produce siempre y en todo momento efec -- tos civiles en relación a los hijos, los cónyuges y los bienes. La nulidad del matrimonio celebrado de buena fe, produce todos sus -- efectos civiles en favor de los hijos. Solo en favor de los cónyu -- ges si se contrajo de buena fe.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. FUNDADA EN LA BIGAMIA. -- La bigamia, independientemente de originar una acción civil de nulidad absoluta del segundo matrimonio, también constituye el adulterio como causal de divorcio. La conviven -- cia y cohabitación permanentes del marido con -- mujer diversa de la esposa, se califica de con -- cubinato o unión libre, por una parte y, por --

otra, la celebración del segundo matrimonio, - es una forma evidente de escándalo en la sociedad.

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

Las relaciones sexuales entre los cónyuges del segundo matrimonio, estando subsistente un vínculo conyugal con persona distinta, no pueden calificarse de concubinato. Para la existencia de esa figura, los contrayentes deben estar libres de matrimonio civil. Constituyen adulterio por realizarse entre personas ajenas al vínculo matrimonial válido. Integra delito respecto al cónyuge que haya obrado de mala fe.

Señala el artículo 251 del código civil: el derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente. No es transmisible por herencia ni de cualquier otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan. Ejecutoria da la sentencia que declare la nulidad, el tribunal, de oficio, en viará copia certificada de ella al juez del registro civil ante -- quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta ponga nota - circunstanciada en donde conste: la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, la cual será depositada en el archivo. Declarada - la nulidad del matrimonio, se procederá a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles, si los dos cónyuges procedieron de buena fe, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales. Si hubo buena fe por parte de uno solo de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente los pro ductos. Si hubo mala fe por parte de ambos cónyuges, los productos se aplicarán en favor de los hijos.

B. Concubinatio

El derecho romano reglamentó el concubinatio reconociendo la producción de ciertos efectos a la unión entre un varón y una mujer, que sin haber contraído *justae nuptiae*, llevaban vida en común. La cohabitación por un tiempo prolongado, como marido y mujer si ambos eran páberes y célibes, fue la base para aceptar en Roma una figura particular del matrimonio: el matrimonio por uso. Se regularizaron ante el derecho estas relaciones, adquiriendo así, - - aquel estado de hecho, carta de legitimidad con las consecuencias propias del matrimonio.

" Fue bajo Augusto cuando el concubinatio obtuvo su sanción legal, apareciendo como un matrimonio inferior pero sin nada de deshonoroso. Se distingue de la *justae nuptiae* solo por la intención de las partes y por un efecto menos digno de su vivacidad, menos respetuoso para la mujer. El concubinatio es un verdadero matrimonio, aunque de orden inferior por celebrarse sin las formalidades legales. Es necesaria la nubertad de las partes. No requiere el consentimiento del paterfamilias. No puede contraerse entre personas cuyo parentesco o afinidad los vuelve incapaces para contraer matrimonio legítimo. Es incompatible con un matrimonio no disuelto. No se puede tener esposa y concubina "

(8)

El concubinatio no da a la mujer el rango social del marido, ni a éste da la patria potestad sobre sus hijos. Produce la cognación o parentesco natural entre el hijo, la madre y los parientes maternos. Constantino reconoció un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos de concubinatio, los designó con la apelación de *liberi naturales*. El padre podía legitimarlos. Justinia-

(8) Bravo González Agustín y Bravo Valdés Beatriz. Derecho Romano. Editorial Pax. México, 1975. p. 135.

no intervino para darle efecto a esa relación natural: la obligación de alimentos y algunos derechos sucesorios.

Durante el medioevo en España, este tipo de uniones sexuales permanentes entre hombre y mujer no ligados por matrimonio fue objeto de regulación jurídica. Se le conoció con el nombre de barraganía. El Código de las Partidas consagra el título XIV, partida IV, denominado: " de las otras mugeres que tienen los omes, que non son bendiciones "

(9)

Esta legislación autoriza a los solteros a tener barraganía con el único requisito de no existir impedimento legal para casarse si esa es su voluntad. En el código civil francés de 1804, no se encuentra disposición sobre el concubinato.

Nuestros códigos civiles de 1870 y 1884, no reglamentaron el concubinato. Es el código civil de 1928, actualmente en vigor, el que le ha reconocido ciertos efectos jurídicos, atribuyendo algunos derechos de carácter económico a la concubina y otros en relación con la investigación de la paternidad de los hijos de los concubinos.

La exposición de motivos del vigente código civil establece: " . . . hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares una manera peculiar de formar la familia, el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían. El legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales. En el proyecto se reconoce, a ésta figura, la producción de algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos, ya en favor de la con-

(9) Los Códigos Españoles. Código de las Siete Partidas. Tomo - II. Partida Cuarta. Madrid, 1848.

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

(10)

Para reconocerle ciertos efectos jurídicos al concubinato se requiere, en el hombre y la mujer, llevar una vida en común y encontrarse libres de matrimonio civil.

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

(11)

Dos situaciones integran el concubinato: un estado permanente de vida en común entre un hombre y una mujer, y encontrarse ambos concubinos libres de matrimonio civil. La vida en común debe ser permanente. Las uniones transitorias no son consideradas jurídicamente concubinato. La permanencia de las uniones entre concubinos es de cinco años mínimo. En ese lapso deberá tener lugar la cohabitación. El concubinato es una situación de hecho susceptible de ser probada por cualquier medio.

CONCUBINATO, PRUEBA DEL. El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración. No puede obtenerse de éste un conocimiento cierto y

[10] García Téllez Ignacio. Ob. cit. p. 48.

[11] De Pina Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción. Personas y Familia. Décima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980. p. 333.

verdídico en un instante y menos si no se penetra al interior de la morada de los concubinos para cerciorarse de la presencia de objetos -- que denoten la convivencia común.

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

Si el tiempo de cohabitación y convivencia entre un hombre y una mujer es menor de cinco años pero ha habido hijos, existe el concubinato para los efectos legales correspondientes. Los efectos jurídicos del concubinato son los siguientes:

Del derecho de la concubina a heredar. Previene el artículo 1635 del código civil; la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar conforme a las reglas siguientes: I. si la concubina concurre con hijos de ella habidos con el autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625; II. si concurre con descendientes del autor de la herencia habidos con otra mujer, tendrá derecho a la porción correspondiente a un hijo en una mitad; III. si concurre con hijos suyos e hijos habidos entre el autor de la herencia y otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo; IV. si concurre con ascendientes del autor de la herencia tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes formados por la sucesión; V. si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta; VI. si el autor de la herencia no deja descendientes, ascendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenece a la concubina y la otra mitad a la Beneficencia.

cia Pública. En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, debe observarse lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625, - si la concubina tiene bienes. Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas al principio de este capítulo, ninguna de ellas heredará.

Señala el artículo 1624: el cónyuge que sobrevive, concurrendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión no igualan la porción correspondiente a un hijo. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia. Agrega el artículo 1625: en el primer caso del artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada.

La concubina también tiene derecho a recibir alimentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1368 del código de la materia. El testador debe dejar alimentos a las personas mencionadas en las fracciones siguientes: V. a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años anteriores a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, el superviviente esté impedido para trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho subsistirá mientras la persona de que se trata no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si son varias las personas con quien el testador vivió como cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

CONCUBINA, DERECHO A HEREDAR POR PARTE DE LA.-
Si la actora había en juicio demandado herencia en su carácter de cónyuge superviviente y se declaró no tener derecho a ello por sentencia ejecutoria, esto no es obstáculo para que la misma persona ocurra ejercitando acción de pe-

tición de herencia en su carácter de concubina del autor de la herencia. En este caso, ostenta distinta personalidad y por lo mismo no hay cosa juzgada que le impida legalmente heredar como concubina.

Amparo directo 6218/59. Antonio Ramírez Medina y Coags. Septiembre 29 de 1961. 5 votos. Ponente: Lic. José López Lira.
3a. Sala, pág. 44.

Indemnización a la concubina por muerte del trabajador. - Previene el artículo 501 de la Ley Federal del Trabajo; tendrán de recho a recibir la indemnización en los casos de muerte: III. a -- falta de viuda, concurrirá con las personas señaladas en las dos -- fracciones anteriores, la mujer con quien el trabajador vivió como si fuera su marido durante los cinco años anteriores a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido li--- bres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el trabaja- dor tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a la indemnización.

De la investigación de la paternidad de los hijos habidos entre los concubinos. El concubinato da lugar a presumir hijos del concubinario y de la concubina, los concebidos por ésta, durante - el tiempo en que vivieron juntos, habitando bajo el mismo techo. - Señala el artículo 383 del código civil; se presumen hijos del con- cubinario y la concubina: I. los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato; II. los nacidos - dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida - en común entre el concubinario y la concubina. Agrega el artículo 382; la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida: III. cuando el hijo haya sido conce- bido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo te-- cho con el pretendido padre, viviendo maritalmente. Establecida la paternidad a través del ejercicio de la acción de la investigación

de la paternidad, concede a los hijos de los concubenarios, el derecho de llevar el apellido del padre y de la madre, el de percibir los alimentos fijados en la ley y el de adquirir la porción hereditaria en la sucesión del concubinario.

El concubinato puede ser disuelto en cualquier momento -- por voluntad de cualquiera de los concubinos. El derecho no interviene para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, cuya solidez y permanencia es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubinos. El ordenamiento jurídico solo se ocupa de algunas consecuencias derivadas de ese tipo de uniones irregulares, en protección de los intereses particulares de la concubina y de los hijos habidos durante tal situación.

" Parece inmoral y escandaloso sostener que el concubinato con determinadas condiciones, surta efectos jurídicos semejantes al matrimonio, como pretende el Código Civil de Morelos, al -- darle derecho a la concubina a heredar y exigir alimentos, o la solución radical del código de Tamaulipas, o la solución más sensata de la Constitución cubana. Si meditamos lo exigido por el legislador: nombre y trato entre los concubinos, en familia y en sociedad para reputarse marido y mujer. Una estabilidad, una permanencia, -- una cierta publicidad, para no ser un hecho clandestino, oculto. -- Una condición de fidelidad de la concubina, esencial, para poder -- presumir que los hijos de ella son del concubinario. Un requisito de singularidad para la existencia de una sola concubina y el fundamento de capacidad, para no tener impedimentos que originen la nulidad del matrimonio o impidan su celebración. Finalmente, una -- condición de moralidad, exigida por toda ley en este ensayo de -- equiparación. Si tomamos en cuenta todos estos requisitos, no nos parece que se desconozca, ni la santidad del matrimonio para quienes lo conciben como sacramento, ni tampoco el rango mismo atribuido por el derecho civil a la unión matrimonial. En cambio, logra-

mos una solución a nuestro parecer justa, para garantizar a la mujer que ha formado una familia, ha permanecido fiel, le ha dado hijos al concubinario y tiene capacidad para unirse en matrimonio, - la misma condición jurídica de la esposa en cuanto a los derechos exigidos frente al marido y con relación a los hijos "

(12)

Los efectos reconocidos por nuestra legislación derivados del concubinato no bastan para asegurar las relaciones de hecho entre los protagonistas. Las uniones libres en donde existe fidelidad, ayuda mutua, estabilidad y publicidad de las relaciones entre los concubinos, no faltan a la moral ni a la sociedad. Difieren -- del matrimonio civil por la voluntad de los cónyuges manifestada -- ante el Juez del Registro Civil. La voluntad de los concubinos se ha venido manifestando día con día, logrando una estabilidad y permanencia en sus relaciones que muchas veces no se logra en los matrimonios legalmente constituidos.

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

(12) *Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Décima Séptima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980. -- pp. 344 y 345.*

8. Soluciones

Los contrayentes al manifestar su voluntad de unirse en matrimonio adquieren, ante la ley y la sociedad, derechos y obligaciones de cuya observancia depende el éxito o fracaso de sus relaciones conyugales. La fidelidad es deber esencial para la conservación y subsistencia del núcleo familiar. Depende, en gran medida, de conservar el interés por la persona amada. El adulterio produce entre los cónyuges, reproche, alejamiento, abandono, rechazo etc., todo reflejado en su trato cotidiano. Entre los motivos que originan la infidelidad matrimonial y en consecuencia, la ruptura del vínculo conyugal, podemos citar los siguientes:

Inmadurez de los cónyuges. La edad mínima señalada por la ley para celebrar matrimonio es de dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer. Se puede obtener dispensa de edad por causas graves o justificadas. Los contrayentes no alcanzan a comprender el verdadero sentido del matrimonio y su importancia dentro de la sociedad. Tienen aptitud biológica para engendrar pero carecen de capacidad intelectual. No disfrutan de suficiente discernimiento para cumplir en forma debida los fines de la institución. Es el individuo que aun no ha establecido su autonomía. El resultado de ello es una búsqueda romántica y poco realista de la realización personal.

Error en la relación hombre-mujer. El papel que deben guardar dentro del matrimonio. La posición social de la mujer ha cambiado radicalmente, ya no está relegada al hogar. Cada vez es mayor el número de esposas y madres que trabajan. Muchas por necesidad, otras para mejorar el nivel de vida familiar y algunas para conseguir una cierta independencia económica. Es alto el número de mujeres dedicadas a la carrera que han elegido. Las consecuencias son variadas y dependen del nivel cultural de la pareja.

Problemas sociales. El instinto sexual ofrece satisfacción dentro del matrimonio y si la pareja no logra un ajuste en sus relaciones maritales provoca la infidelidad conyugal.

Problemas económicos. Es obligación de los conyuges contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos. La carga se distribuye entre ellos en la forma y proporción que acuerden. Si el sostenimiento del hogar estaba a cargo del marido y de pronto se desatiende de su obligación al no proporcionar medios suficientes de subsistencia a su familia, la mujer que no se encuentra preparada para ejercer algún oficio o profesión, buscará la forma fácil de satisfacer sus necesidades.

Podemos seguir señalando motivos que originan fracasos matrimoniales, sea por infidelidad o por cualquier otra causa que se quiera mencionar, pero todos provienen de una fuente: la familia.

Construir un hogar no es cosa fácil. La maternidad y la paternidad implican una gran responsabilidad. Requiere capacidad de actuar con disciplina como padre para ser ejemplo de los hijos. Amar con ternura como madre para dar confianza en el hogar. Adquirir sensatez en las decisiones, conquistando paso a paso la capacidad de razonar y decidir coherentemente teniendo un valor prioritario: la inteligencia, guía de la prudencia para forjar el hábito de respeto en las relaciones familiares. La educación paternal debe ser hecha con tacto. Demanda educar con disciplina y ser solícito al corregir cualquier desvío en la conducta de los hijos desde muy temprano. Es tarea de educar en el desempeño de miembros del hogar y hacerlo con buena voluntad.

El buen ejemplo respalda la autoridad paterna. Solo un padre ejemplar llama con eficacia la atención de su descendencia. --

¿En qué medida está listo un hombre para que la corrección de su comportamiento pueda servir de ejemplo al hogar que pretende formar?. De su propia disciplina dependerá el enseñar sensatez a sus hijos. La sabiduría proporciona una vida feliz, guarda del mal y confiere belleza moral en la estructura familiar. No se puede construir un hogar sólido sin esta actitud por delante. ¿Cómo quieren criarse hijos ejemplares, sin estar dispuestos a enseñarles a través del ejemplo de una conducta correcta?. Es la educación de un padre y su corrección la que enseña sensatez. Fruto de disciplina personal lograda a través de los años.

Los padres son seres humanos y tienen una serie de necesidades y limitaciones reflejadas en un momento dado en la incapacidad de resolver el problema de la integración de su familia. En casos extremos, es preferible la separación a mantener un hogar donde tiene lugar la violencia física o moral, en la que no hay una necesitada respuesta afectiva en la relación de padres a hijos.

Para evitar frustraciones y desequilibrios emocionales, tanto de los padres y los hijos, al ver destruido el hogar que con tanta ilusión fue formado, se deben preparar los contrayentes en forma intelectual para un perfecto discernimiento de las relaciones familiares.

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

1. El adulterio debe ser considerado únicamente causal de divorcio y no configurar delito. Privar de la libertad al cónyuge culpable resulta perjudicial para la familia. Que da en total abandono económico y moral. La publicidad de las relaciones entre los adúlteros ocasiona un daño mayor a los hijos y al cónyuge inocente.
2. La infidelidad en el matrimonio produce desavenencias en tre los cónyuges que pueden originar la ruptura del víncu lo conyugal. Los esposos de hecho están separados. El di vorcio solo confirma esa separación con una gran ventaja: garantiza la subsistencia económica de los hijos y el cón yuge inocente.
3. Borrar el adulterio del campo punitivo es primordial. Re-sulta obsoleto continuar con esa reglamentación. La esca-sa aplicación de las penas, la dificultad que ofrece su - demostración procesal y la mayor gravedad del daño u ofen sa insitos en el hecho lo confirman.
4. El comportamiento sexual normal se ha desvirtuado notable-mente. Son frecuentes las relaciones entre homosexuales, unidos algunos de ellos por matrimonio civil con un terce ro. Estos actos pasan inadvertidos para el legislador y - deben considerarse causal de divorcio por afectar y des-virtuar la relación familiar, afectando la conducta se---- xual de los hijos.
5. La inseminación artificial realizada sin consentimiento -expreso de ambos cónyuges origina una situación suscepti-ble de regulación jurídica en el sentido de considerarla causal de divorcio por introducir o engendrar hijos aje-nos al vínculo matrimonial.

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

ACKERMANN Heinrich.- Sexualidad y Crimen. Traducción de Enrique -- Gimbernat. Tercera Edición. Editorial Reus, S. A. Madrid, 1969.

AUSEJO Serafín.- Diccionario de la Biblia. Edición Castellana. Editorial Herder. Barcelona, 1963.

AYMARD André y Auboyer Jeannine.- Oriente y Grecia Antigua. Historia General de las Civilizaciones. Volumen I Quinta Edición. Ediciones Destino. Barcelona 1977.

BERNALDO de Quirós Constantino.- Derecho Penal. Parte Especial. Segunda Edición. Editorial José M. Cajica, JR. S. A. México-Buenos Aires, 1957.

BLOCH Raymond y Cousin Jean.- Roma y Su Destino. Traducción de Godo Costa Juan. Editorial Labor, S. A. Barcelona-México, 1967.

BONNET Pablo Emilio Federico.- Medicina Legal. López Libreros Editores, SRL. Buenos Aires, 1967.

BRAVO González Agustín y Bravo Valdés Beatriz.- Derecho Romano. -- Editorial Pax. México, 1975.

- BUHLER Johannes.- *Vida y Cultura en la Edad Media. Versión española de Roces Wenceslao. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 1957.*
- CARRANCA y Trujillo Raúl.- *Código Penal Anotado. Segunda Edición. Antigua Librería Robredo. México, 1966.*
- CARRARA Francesco.- *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen III. Editorial Temis. Bogotá, 1959.*
- CASTELLANOS Tena Fernando.- *Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1973.*
- CENICEROS José Angel.- *Derecho Penal y Criminología. Trabajos de Divulgación. Primera Edición. Publicaciones "Criminalia". México, 1954.*
- COUTO Ricardo.- *Derecho Civil Mexicano. De las Personas. Tomo I. Editorial "La Vasconia". México, 1919.*
- DE Ibarrola Antonio.- *Derecho de Familia. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.*
- DE Pina Rafael.- *Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.*
- DE P. Moreno Antonio.- *Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1968.*

DE Reina Casiodoro.- *La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamento. Sociedades Bíblicas en América Latina, 1960.*

DURANT Will.- *La Vida de Grecia. Traducción de Luis Tobío. Tomo I. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1954.*

GALINDO Garfias Ignacio.- *Derecho Civil. Primer Curso. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.*

GARCIA Maynez Eduardo.- *Introducción al Estudio del Derecho. Décimovena Edición. Editorial Porrúa, S. A. - México, 1971.*

GARCIA Téllez Ignacio.- *Motivos, Colaboración y Concordancia del - Nuevo Código Civil Mexicano. Segunda Edición Editorial Porrúa, S. A. México, 1965.*

GONZALEZ Blanco Alberto.- *Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Cuarta Edición. - Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.*

GONZALEZ de la Vega Francisco.- *Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Décima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1970.*

HUIZINGA J.- *El Otoño de la Edad Media. Primera Edición. Editorial Revista de Occidente. Buenos Aires, - - 1947.*

JIMENEZ Huerta Mariano.- Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Primera -
Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, --
1980.

JOACHIM Jeremias.- Jerusalen en Tiempos de Jesus. Estudio Económi-
co y Social del Mundo del Nuevo Testamento.
Traducido al castellano por J. Luis Ballines
Ediciones Cristiandad. Madrid, 1977.

JOHANNES Leipoldt y Walter Grundmann.- El Mundo del Nuevo Testamen-
to. Traducido al castellano por Luis Gil. --
Ediciones Cristiandad. Madrid, 1973.

LEON Mazeaud Henri y Jean Mazeaud.- Lecciones de Derecho Civil. La
Partición del Patrimonio Familiar. Traducido
por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Parte Pri-
mera. Volumen IV. Ediciones Jurídicas Europa
América. Buenos Aires, 1959.

LEON Portilla Miguel, Barrera Vázquez Alfredo, González Luis, De -
la Torre Ernesto, Velásquez María del Carmen
Historia Documental de México. Tomo I. Prime-
ra Edición. UNAM. México, 1964.

LUDWIG Emil.- Napoleón. Traducción de Carlos E. Morvan. Ediciones
Ercilla. Santiago de Chile, 1936.

MONMSEN Teodoro.- Derecho Penal Romano. Primera Parte. Tomo II. --
Editorial "La España Moderna". Madrid, 1954.

PALLARES Eduardo.- El Divorcio en México. Tercera Edición. Editio-
nal Porrúa, S. A. México, 1981.

PAVON Vasconcelos Francisco.- Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, -- S. A. México, 1982.

PEREZ Fernández del Castillo Bernardo.- Apuntes para la Historia - del Notariado en México. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. México, 1979.

PRECIADO Hernández Rafael.- Lecciones de Filosofía del Derecho. -- Séptima Edición. Editorial Jus. México, 1973

ROJINA Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Décima Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980.

ZANNONI Eduardo A..- El Concubinato. Ediciones Depalma. Buenos --- Aires, 1970.

O B R A S C O N S U L T A D A S

Colección Completa de Encíclicas Pontificias 1830-1950. Editorial Guadalupe. Buenos Aires. Preparada por la Facultad de Filosofía y Teología. Argentina, 1952.

Colegio de Estudios Penales de México. Problemas Penales de México Necesidad de la Reforma Penal Mexicana. Ponencia: Lic. Celestino Porte Petit Candaudap Editorial Jus, S. A. México, 1952.

Trabajos de Revisión del Código Penal. Proyecto de Reformas y Exposición de Motivos. Tomo II. Segunda Parte. -- Secretaría de Justicia. Comisión Revisora -- del Código Penal. México, 1912.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca. México, 1828.

Los Códigos Españoles. Código de las Siete Partidas. Tomo III. Sexta y Séptima Partida. Madrid, 1848.

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

Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación. México, 1871.

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

Ley Sobre Relaciones Familiares. México, 1917.

Código Civil para el Distrito Federal. México, 1928

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

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales. México, -- 1931.

Código Penal Comentado. González de la Vega Francisco. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1976.

Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada. Alberto Trueba Urbina y - Jorge Trueba Barrera. México, 1980.