

N.º 416
251



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGON

AREA DE DERECHO

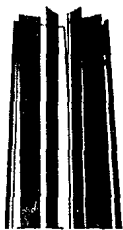
**“EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE
DIVORCIO EN NUESTRO DERECHO”**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
GERMAN TORRES CONTRERAS

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

E
N
E
P
A
R
A
G
O
N



UNAM



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.

INDICE

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN NUESTRO DERECHO.

INTRODUCCION

CAPITULO I. EVOLUCION JURIDICA DEL DIVORCIO

1.1.	DERECHO ROMANO	1
1.2.	DERECHO CANONICO	7
1.3.	EL DIVORCIO EN ESPAÑA	11
1.4.	EL DIVORCIO EN MEXICO	13
1.5.	LEY JUAREZ DE 1859	19
1.6.	CODIGO CIVIL DE 1870	20
1.7.	CODIGO CIVIL DE 1884	22
1.8.	LEY DE DIVORCIO DE 1914	24
1.9.	LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	27
1.10.	CODIGO CIVIL DE 1928	28

CAPITULO II. MARCO LEGAL DEL DIVORCIO EN MEXICO

2.1.	CONCEPTO DE DIVORCIO	31
2.2.	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO	33

2.2.1.	DEL DIVORCIO ADMINISTRATIVO	33
2.2.2.	DEL DIVORCIO JUDICIAL	36
2.3.	DIVORCIO NECESARIO	42
2.3.1.	COMO REMEDIO	56
2.3.2.	COMO SANCION	56
2.4.	MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO	57

CAPITULO III. PROBLEMATICA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA REGULACION LEGAL DEL ADULTERIO EN EL D.F.

3.1.	CONCEPTO DE ADULTERIO	60
3.2.	EL ADULTERIO EN LA LEGISLACION MEXICANA	61
3.3.	LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO EN EL ADULTERIO	71
3.4.	EL CONYEGE ADULTERO	74
3.5.	PRUEBAS CIVILES Y PENALES	76
3.6.	SENTENCIA CIVIL Y PENAL	94

CAPITULO IV. EFECTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

4.1.	EFECTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA EN MATERIA CIVIL Y PENAL	105
------	---	-----

4.2.	SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR ADULTERIO	117
4.3.	SITUACION JURIDICA DE LOS CONYUGES EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO	120
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFIA	129

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación, está encaminado a reafirmar el porqué debe existir una sanción de carácter jurídico-social al cónyuge culpable que ha cometido el adulterio, toda vez que este tipo de acciones laceran la base principal de nuestra sociedad que es el núcleo familiar.

En el mismo orden de ideas, pongo de manifiesto que no sólo debe de ser una causal de divorcio, sino que debe de sancionarse de una manera más rígida, pues como está plasmado en la historia y en la actualidad, esta conducta atípica a la moral y a las buenas costumbres trae una problemática de fondo, ya que de ella se derivan otras conductas ilícitas como pueden ser desde aborto hasta el homicidio, por lo mismo, el cónyuge ofendido tratará de salvaguardar sus intereses y no siempre utilizando los medios jurídicos existentes.

Por lo que en este estudio, expongo

desde las circunstancias que dan origen a esta conducta hasta los medios de prueba que se deben utilizar para comprobar cuándo uno de los cónyuges ha incurrido en adulterio. Así mismo, la posición en que se encuentran nuestros legisladores a esta problemática social que día a día se ve incrementada, y de los efectos jurídicos que tomarán en cuenta los juzgadores para resolver tanto las situaciones de tipo penal como civiles que se les presenten.

Es de considerarse, que es necesaria una actualización y un estudio más profundo de ésta y otras figuras jurídicas, que no sólo son causal del divorcio, sino que degradan los cimientos en los que por muchos años se ha apoyado la ley.

Por lo que para un mayor abundamiento del tema que pongo a su consideración, es necesario tomar en cuenta los dos criterios enmarcados en esta tesis (civil y penal), por los diferentes autores y jurisconsultos a que hice referencia en la bibliografía que cito.

CAPITULO I

EVOLUCION JURIDICA DEL DIVORCIO

- 1.1. DERECHO ROMANO
- 1.2. DERECHO CANONICO
- 1.3. EL DIVORCIO EN ESPAÑA
- 1.4. EL DIVORCIO EN MEXICO
- 1.5. LEY JUAREZ DE 1859
- 1.6. CODIGO CIVIL DE 1870
- 1.7. CODIGO CIVIL DE 1884
- 1.8. LEY DE DIVORCIO DE 1914
- 1.9. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917
- 1.10. CODIGO CIVIL DE 1928

1.1. DERECHO ROMANO

Se inicia la elaboración de este trabajo de investigación, hablando de los antecedentes históricos del adulterio y de éste como una de las causales para disolver el vínculo matrimonial.

De esta manera, en el Derecho Romano, el divorcio, en relación al vínculo matrimonial, existió desde épocas muy antiguas, en el cual podía pedirse sin mediar causa jurídica que lo justificara.

Para los romanos no era necesaria una causa determinada para que el divorcio se considerara legítimo, ya que para el pueblo romano, la institución matrimonial se fundaba no sólo en la cohabitación sino además en el afecto conyugal que se profesaran, así, cuando desaparecía dicho afecto conyugal, el divorcio procedía.

En base a esta facilidad para obtener el divorcio, fue que se produjo la inmoralidad de las clases poderosas, que abusaban de esta institución sólo para satisfacer caprichos amorosos.¹

1. Cfr. MARGADADT, S., Guillermo F., El Derecho Romano, 9a. ed., Mexico, Ed. Esfinge, 1981, págs. 211-218.

Constantino permitió el divorcio sólo cuando existiera una causa justa para obtenerlo. pero Justiniano estableció causas legales para que se disolviera el matrimonio. entre las que se encuentran las siguientes :

1. Que la mujer le hubiere encubierto maquinaciones contra el Estado:

2. Adulterio probado de la mujer:

3. Atentado contra la vida del marido:

4. Trato con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos:

5. Alejamiento de la casa matrimonial sin voluntad del esposo:

6. La alta traición oculta al marido:

7. Asistencia de la mujer a espectáculos públicos sin licencia.

La mujer podía también pedir el divorcio bajo alguno de los siguientes términos :

1. Atentado contra la vida de la mujer:

2. Intento de prostituirla:

3. Falsa acusación de adulterio:

4. Que el marido tuviera un amante en la

casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible con persistencia. no obstante las admoniciones de la mujer a sus parientes

Fue entonces. cuando el Emperador prohibió el divorcio por mutuo consentimiento. pero su sucesor Justino lo restableció. por así exigirlo la opinión pública.

Además. se disolvió el matrimonio por declaración unilateral hecha por uno de los cónyuges (repudium) esto es. el rechazo de uno de los cónyuges hacia el otro: durante largo tiempo el jefe de familia. tuvo el derecho de romper por su única voluntad el matrimonio. y la mujer sometida siempre al poder del marido. era como una hija bajo la autoridad paterna. reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciarse que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causa grave.

Los romanos consideraban que no podía subsistir un matrimonio si una de las partes se daba cuenta de que la effectio maritalis. esto es. los efectos del matrimonio habían desaparecido. No tenía validez la existencia de algún convenio de divorciarse.²

2. FORTE PETIT, Candaudap,
Tratado elemental de Derecho
Nacional 1976, pag. 494.

Celestino,
Romano. 2a.

A., Petit Eugene,
ed., Mexico, Ed.

Para facilitar la prueba de la repudiación la ley exige que el que intente divorciarse, notifique al otro cónyuge su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita.

Al lado del repudium encontramos la disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento. Cuando a partir de Constantino los emperadores inician la lucha contra la facilidad de divorcio de la que se ha venido hablando, no atacan al divorcio cuando se efectúa por mutuo consentimiento. Más bien, combaten al repudium, estableciendo las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial, con respecto a esto se publicaron numerosas constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable o contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima, aunque la otra parte no consienta en ello.

En cambio si no se prohíbe, al menos si se castiga al divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio que limitativamente establecía la ley.

Cuando Justiniano sube al trono, se

encuentra con cuatro clases de divorcio, para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial :

A. Por mutuo consentimiento:

B. Por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados por la ley:

C. Sin mutuo consentimiento y sin causa justificada, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiere insistido en el divorcio.

D. Bona Gratia, no basado en la culpa de uno de los cónyuges, es decir, por la mutua voluntad de los esposos no siendo requerida ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.

Justiniano aporta nuevas restricciones a esta materia, castigando también el divorcio por mutuo consentimiento; pero con esto va más lejos de lo que su época le permite, de manera que su sucesor Justino lo restableció porque se lo pidió el pueblo.

De tal forma, este momento histórico del pueblo romano, se ubica en el sistema de producción esclavista, según los progresos obtenidos en la producción de los medios de existencia, en el cual imperaba el matrimonio

con diversas mujeres y hombres.

Las relaciones sexuales se daban sin trabas, lo cual significaba que no existían los límites prohibitivos vigentes hoy, aunque de ningún modo podemos decir que en la práctica cotidiana dominara inevitablemente la promiscuidad, existía la unión por parejas por un tiempo determinado.

Poco a poco se ha ido quitando a la mujer, pero no al hombre, la libertad sexual que dominaba en el matrimonio por grupos, colocando a la mujer en una desigualdad social frente al hombre.³

3. Cfr. PORTE PETIT, Candaudap, Celestino, Op. Cit., Pags. 695-699.

12. DERECHO CANONICO

El Derecho Canónico no admitió el divorcio, sin embargo, hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio.

En sentido contrario, existió la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aun por adulterio podía disolverse el matrimonio. En los primeros siglos de nuestra era, incluso algunos padres de la Iglesia permitían el divorcio por adulterio. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII, se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, única causa posible. Y no fue sino hasta el siglo XIII cuando ya quedó establecido que el matrimonio consumado entre bautizados, es decir, el matrimonio en donde ya hubo cópula carnal, no podía disolverse ni aun por adulterio; para los no consumados, es decir los ratos, en los que no llegó a existir la cópula carnal o cuando uno de los cónyuges era bautizado y el otro no, cabía entonces la posibilidad de disolver el matrimonio, ya sea por profesión de fé religiosa o por autorización de la sede apostólica.⁴

4. MAZEAUD, Jean y Leon, Henri, Lecciones de Derecho Civil parte primera, vol. IV, 4a. ed., Buenos Aires, Ed. Juridica Europa-America, 1959, page. 405 y 418.

El Derecho Canónico admitió la separación de cuerpos en forma definitiva por adulterio, pero sin disolver el vínculo, cuando había una conducta criminal infamante, inmoral, un trato injusto de un cónyuge frente al otro, sólo mientras existían estas causas se autorizaba de una manera temporal la separación. Luego entonces, el principio fundamental de este derecho, en lo relativo al vínculo matrimonial es el que expresa el canon III 8 del mencionado derecho: que a la letra dice :

"El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa, fuera de la muerte".⁵

De esta manera, la Iglesia condena el divorcio en cuanto al vínculo, y en cánones posteriores que tratan de la nulidad del matrimonio y de la separación del lecho y habitación, únicamente permite la separación de cuerpos como se menciona anteriormente, entendiéndose por ésta, aquella en la que el vínculo matrimonial perdura, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias, y suspendiéndose las de hacer vida común, cohabitar, etc., sus efectos son : la separación marital de los cónyuges quienes

5. COLIN, Ambrosio y Copalant, H., Curso Elemental de Derecho Civil, tomo I, 2a. ed., Madrid, Ed. Reus, S.A., 1922 pag. 250.

ya no se encuentran obligados a vivir juntos, y por ello a no hacer vida marital, en determinados casos. que en seguida se se dan a conocer :

1. Por adulterio de uno de los cónyuges, aún cuando el otro haya dado motivos para cometerlo, a no ser que ambos se hayan hecho culpables del mismo delito.

2. Por demencia, si es tan fuerte y violenta que se puede temer con razón por la vida.

3. Por herejía, si uno de los cónyuges llega a caer en ella.

El criterio del Cristianismo en relación con el matrimonio en el hecho de que éste se celebra para toda la vida, por lo que el Derecho Canónico no admite por ningún motivo el divorcio, pero considerando que existen algunas causas como las enunciadas, que hacen imposible la vida en común, ha contemplado la separación de cuerpos sin dejar en aptitud a los cónyuges de contraer nuevas nupcias.⁶

En México el matrimonio religioso carece de valor jurídico, por lo que no influye en lo más mínimo

6. Cfr. ESQUIVEL, Obregón, Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, 3a. ed., México, Ed. Polis, S.A., 1988, pag. 44.

para que los cónyuges puedan demandar la disolución del vínculo matrimonial, ya sea de común acuerdo o porque uno de ellos haya dado causa al divorcio y solamente un pequeño núcleo de católicos romanos acatan las disposiciones de la Iglesia, pues en su mayoría conocen la existencia de ese derecho aunque saben que ella no autoriza el divorcio.

13. EL DIVORCIO EN ESPAÑA

En este país por ser de religión católica la religión del Estado, el Código Civil Español se encuentra influenciado por el Derecho Canónico.

Así es, el artículo 52 del Código Civil, establece que el matrimonio : "sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges": acepta desde luego la separación de cuerpos y para ello enuncia las causas por las cuales la autoriza, esto en el artículo 105 del mismo Código Civil que dice :

A. El adulterio de cualquiera de los cónyuges;

B. Los malos tratamientos de obra, las injurias graves o el abandono del hogar;

C. La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarlo a cambiar de religión;

D. La propuesta del marido para prostituir a su mujer;

E. El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la

convivencia en su corrupción:

F. La condena de uno de los cónyuges a reclusión perpetua.

Vemos pues, que entre las causas que aceptó la legislación española para la separación de cuerpos, se encuentra el adulterio.

Por otra parte, las Siete Partidas se ocupan de divorcio en el Título Noveno, y entre las que se encuentra, como una de las más importantes la segunda; que autoriza el divorcio por causa de adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de este delito, que acuse a su mujer, si no lo hace, peca mortalmente. La acusación se presentaba ante el Obispo o un oficial suyo.⁷

Dentro de los obstáculos por los que se deba dar la separación en el matrimonio, se encuentra el adulterio, sobre éste deciden los Legos, ya que de los demás una vez probados, se debe separar por juicio de la Iglesia.

Por lo expuesto anteriormente, se puede decir, que la Iglesia y la influencia que ejercía, en cuanto a divorcios se trata, revestía gran importancia, pues sin su anuencia la separación de los cónyuges no operaba.

⁷. ESPIN, Canovas, Diego, Manual de Derecho Civil Español, 2a. ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1973, págs. 142 y 143.

14. EL DIVORCIO EN MEXICO

El Instituto Indigenista Interamericano realizó una investigación minuciosa, en la que se comparó la legislación moderna con la prehispánica. llegando al resultado de que aún cuando el Derecho Mexicano no derivó directamente del Derecho Prehispánico Azteca, existen diversas normas legales que son esencialmente iguales en nuestro derecho moderno y en el azteca, otras que presentan semejanzas entre sí y algunas más que son completamente diferentes y aún contradictorias.

En la época prehispánica no existía una sola y uniforme legislación que requiera para todos los habitantes del territorio. sino que los diversos grupos que convivían en el mismo, tenían gobiernos y leyes muy diferentes en su mayor parte; los grupos sociales más importantes y representativos eran en el centro del país, los Aztecas y en la región del sureste los Mayas.

En el antiguo Imperio Azteca, del mismo modo que en los diversos pueblos de la antigüedad, el derecho tuvo su origen en las costumbres, conocidas por los

juzgadores y transmitidas de generación en generación. Por otra parte, careciendo de escritura, no pudieron tener un derecho escrito y si nosotros hemos llegado a conocer esas normas, ha sido gracias a las anotaciones de los historiadores y cronistas coloniales que las recogieron, ya sea porque las hayan visto aplicar o porque oyeron de ellas.

Los aztecas no conocieron la clasificación de Derecho Público y Derecho Privado, pero es indudable que supieron distinguirlos, estableciendo límites y agrupando sus normas de acuerdo con dichas ramas del derecho, ya que nos hemos encontrado con prescripciones legales que pueden quedar catalogadas dentro del Derecho Público, tanto externo como interno o dentro del Derecho Privado.

Por lo que respecta al divorcio, los aztecas ya lo habían instituido, aunque ponían toda clase de obstáculos para que éste se realizara. El maestro Koheler en su libro Derecho de los Aztecas, nos dice : "El matrimonio solamente podía disolverse en virtud de un fallo judicial; la solicitud de separación no era acogida con agrado y los jueces trataban de complicarla en lo que más se podía para evitar así la disolución del vínculo matrimonial".⁸

S. Cfr. Koheler, J., Derecho de los Aztecas, México, Ed. Latinoamericana, S.A., 1924, págs. 41-43.

Se puede afirmar que el Derecho Azteca sí influyó en la figura del divorcio actual, ya que los aztecas lo conocían, lo entendían y practicaban.

Con respecto a ello, hoy en día al igual que en aquel tiempo, los cónyuges se deciden por el divorcio cuando las circunstancias lo ameritan o bien cuando ya la relación es tan insoportable que lo único que puede poner fin es el divorcio.

El Derecho Azteca estuvo muy adelantado en lo que se refiere al matrimonio y al divorcio, aunque a éste lo interpretaba como una medida a la que sólo podía llegarse en circunstancias muy apremiantes, pero que siempre reprobaban, no obstante lo cual, por entender que existen situaciones que hacen insostenible al matrimonio lo aceptaron, aunque los divorciados no deberían volver a casarse, so pena de muerte.^p

El profesor Toribio Esquivel en su libro "Apuntes para la Historia del Derecho en México", señala que cuando llegaron los españoles a América traían consigo la religión católica, la cual se implantó a los conquistados, por lo que las leyes dadas en la Colonia seguían los

p. Derecho Azteca Comparado, Ediciones Especiales del Instituto Indigenista, México, 1949, págs. 11-12.

lineamientos del Derecho Canónico y en consecuencia el divorcio no era factible y sólo podía llegarse a la separación de cuerpos.

Cuando México logró su independencia, sus leyes, por lo que respecta al estado civil de las personas siguieron principios de la Colonia. la autoridad eclesiástica es la que absorbe todo lo que tenga relación con el nacimiento, matrimonio y muerte, además se encargaba también de la expedición de las actas relativas al estado civil.

Al efectuar la Reforma, Juárez dentro de las Leyes de Reforma dicta la Ley sobre el Matrimonio Civil, el 23 de julio de 1859, considerando al matrimonio como un contrato civil, pero sosteniendo solamente la separación de cuerpos, que deja en aptitud a los divorciados para contraer nupcias mientras viva cualquiera de ellos.

Esto causó, como es de suponerse, una impresión terrible en el campo reaccionario. El jefe del episcopado mexicano protestó y lanzó excomuniones, ya que entre la Iglesia y el Estado, desde mucho tiempo atrás, ha existido la lucha por el poder, no sólo económico sino

político, y mientras la Iglesia se oponía al divorcio, el Estado lo aceptaba al principio no totalmente, pues sólo sostenía la separación de cuerpos, pero al ir evolucionando nuestro derecho, se aceptó el divorcio que disolvía el vínculo matrimonial.

Los legisladores al redactar el Código Civil de 1870, todavía sienten la influencia que España tuvo sobre nuestras instituciones jurídicas, y al redactar el artículo 239, señalan que el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, sólo suspende algunas obligaciones civiles que se expresan en los artículos relativos de dicho código. En este cuerpo de leyes aparece contemplada la causal en las que se encuentran las siguientes :

1. El adulterio de uno de los cónyuges;
2. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando éste lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer.
3. La incitación a la violencia hecha por el cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o la convivencia en su corrupción.

5. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años.

6. La sevicia del marido con su mujer o la de ésta con aquél.

7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.¹⁰

10. Cfr. MUNOZ,
Mexico, Cardenas

Luis, Derecho Civil Mexicano, 2a. ed.,
Editor, 1971, pags. 194-234.

15. LEY JUAREZ DE 1859

Entre las legislaciones del siglo XIX, cabe hacer mención, como ya se realizó con anterioridad, La Ley del Matrimonio Civil de 1859, expedida por Benito Juárez, en la cual se desconocía el carácter sacramental del matrimonio, para convertirlo en un acto regulado por las leyes civiles.

Todos los proyectos legislativos, así como las legislaciones del siglo XIX, en materia de divorcio tienen como semejanza un sólo tipo de divorcio : "el divorcio separación"; con ligeras variantes en cuanto a las causales, pues los requisitos formales y consecuencias jurídicas, son fundamentalmente semejantes entre sí.¹¹

11. Cfr. MUNOZ, Luis, Op. Cit., págs. 198-209.

1.6. CODIGO CIVIL DE 1870

Toda la legislación que existía anteriormente con relación al matrimonio, quedó derogada al promulgarse el Código Civil del Distrito Federal y Territorios de Baja California de 1870, que comenzó a tener vigencia el primero de marzo de 1871 siendo Presidente Benito Juárez; la comisión encargada del proyecto estuvo integrada por los licenciados José María Lafregua, Mario Yañez, Isidro Montiel y Rafael Conde.

Este cuerpo legal, denota su inspiración en el Código de Napoleón en cuanto a considerar el matrimonio como un contrato civil para formar una sociedad, y en cuanto al divorcio vincular, éste disolvía el vínculo matrimonial y otorgaba capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias.

Ahora bien, el divorcio vincular se divide en dos : divorcio necesario y divorcio por mutuo consentimiento. El primero de ellos, se decreta por las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil en vigor, a su vez se divide en divorcio

sanción y divorcio remedio, el segundo puede ser administrativo o judicial.

De tal forma, el artículo 159 del Código de 1870 establece lo que es el matrimonio y el 239, qué se entiende por divorcio.¹²

Como es de observarse, en el Código de 1870 se considera al matrimonio como un contrato civil para formar una sociedad, cuestión que es bastante discutida en la actualidad por infinidad de autores, probablemente era considerado así porque no se comprendía entre los preceptos la separación de bienes, como lo es ahora, o quizá porque los legisladores sólo se dedicaron a copiar conceptos extranjeros y no analizaron más detenidamente la realidad social y situaciones que pudieran presentarse a futuro.

12. Cfr. MUNOZ, Luis, Op. Cit., págs. 236-239.

17. CODIGO CIVIL DE 1884

El día 31 de marzo de 1884. fue promulgado el segundo Código Civil del país. siendo Presidente Don Manuel González; ordenamiento que vino a derogar al anterior, el de 1870.

El Código Civil de 1884. en forma general produjo los preceptos del código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades. Sin embargo, nos encontramos ante el hecho indiscutible de haber reducido notablemente los trámites necesarios para la consecución del divorcio; ya que sin derogar por completo la serie de trabas que señalaba el Código de 1870. se hizo más fácil la separación de cuerpos, puesto que era ésta la única forma que aceptaba como solución a los conflictos conyugales.

Este código siguió los lineamientos del anterior y muchos artículos fueron transcritos exactamente igual. En el artículo 227 se enumeran las causales de divorcio además de contener las del Código de 1870. se agregaron las siguientes :

II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo:

VII. La sevicia las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro:

IX. La negativa de uno de los cónyuges a suministrar al otro alimentos conforme a la ley:

X. Los vicios incorregibles de juego o embriaguez:

XI. La enfermedad crónica e incurable, que sea también contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el otro cónyuge.¹³

¹³ Cfr. DE PINA, Rafael, Derecho Civil Mexicano, 3a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1973, pags. 209-213.

1.8. LEY DE DIVORCIO DE 1914

Durante todo el periodo presidencial de Porfirio Diaz, que comprende tres décadas, no se encuentran cambios en las instituciones sociales y familiares. Después de lo cual, sobrevino la Revolución Mexicana, que sí apporto grandes modificaciones sociales y políticas a la Nación, como lo es la "Legislación Pre-Constitucional" que sirvió de antecedente y preparó el campo para los grandes cambios.

Así surge la Ley de Divorcio del 29 de diciembre de 1914, expedida por Venustiano Carranza, en la que por primera vez en México se estableció el divorcio perfecto o vincular.

Algunos párrafos del considerando único de esta ley que sirve de exposición de motivos y que a continuación se transcribe, explican las razones en que se fundamenta :

"Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislación, es la simple separación de los consortes sin disolver el vínculo; lejos de satisfacer la

necesidad social de reducir a su mínima expresión las consecuencias de las uniones desgraciadas. sólo crea una situación irregular, peor que la que se trata de remediar..."

"Que por otra parte, el divorcio por mutuo consentimiento es el remedio de cubrir las culpas graves de alguno de los cónyuges, por medio de la voluntad de ambos para divorciarse, sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias o sobre los hijos, la mancha de una deshonra..."

"Que si bien, la aceptación del divorcio que disuelve el vínculo, es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que sólo se trata de un caso de excepción, y no de un estado que sea la condición general de los hombres en sociedad, por lo que es preciso reducirlo sólo a los casos en que la mala condición de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separación..."

"El matrimonio prodrá disolverse en cuanto al vínculo, que sea por mutuo consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible la convivencia conyugal, disuelto el matrimonio los

cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."

Aunque la vigencia de esta ley fue muy corta, es uno de los principales antecedentes de la legislación civil en relación al divorcio vincular en nuestro país.

Así pues gracias a este ordenamiento quedó permitido por primera vez en México el divorcio vincular.¹⁴

Al existir el divorcio vincular, se da pauta a que puedan remediarse situaciones familiares que se han tornado bastante negativas, y el que puedan tener solución, ya que se permite a los cónyuges celebrar un nuevo matrimonio y de esa manera darles a los hijos una vida más sana.

14. DE PINA, Rafael., Op. Cit., pags. 215-220.

1.9. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Esta ley fué promulgada el 9 de abril de 1917, por el primer jefe del ejército constitucionalista, Venustiano Carranza : la cual recopila, corrige y aumenta algunos aspectos en relación con el divorcio y la protección hacia la familia al presentarse éste; sienta bases muy fuertes en esta materia, puesto que con posterioridad es tomada en cuenta casi en su totalidad para la formación del título conscrniente a la disolución del vínculo matrimonial, esto en el Código de 1928.

Regula el divorcio en los artículos 75 a 106, teniendo doce causales en cierta semejanza a las del Código de 1884. Se conservó al divorcio como disolución del vínculo matrimonial; el adulterio como causal del divorcio se equiparó en el hombre y la mujer. Se permitió la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, aunque limitada a ciertos casos, y por primera vez la ley atribuye algunos efectos jurídicos al concubinado; además regula las consecuencias del divorcio en forma muy parecida a las del código derogado, el de 1884.¹⁵

15. Cfr. CRUZ, Ponce, Lisandro y Leyva, Gabriel, Código Civil para el Distrito Federal. 1932-1982, Mexico, Facultad de Derecho U.N.A.M., 1982, pag. 8.

1.10. CODIGO CIVIL DE 1928

El Código Civil vigente, en su artículo 266, reprodujo el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que a la letra dice : "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Ahora bien, dentro de las causales de divorcio que enumera este código, se encuentran las mismas del Código Civil de 1884 y de la Ley de Relaciones Familiares, con la característica de haberse formulado en términos más claros: añadiéndose nuevas causas en las fracciones X, XV y XVI del artículo 267.

Entre otros avances que se tuvo, en cuanto a derecho de familia se trata están : el que se concedió a ambos esposos la capacidad de contratar, administrar y disponer de sus bienes sin necesidad de autorización de uno al otro. Autoridad y consideraciones iguales dentro del hogar. Obligaciones alimenticias a cargo del marido, hasta la reforma de 1974, consecuencia del Año Internacional de la Mujer, la cual adquirió derecho a

desempeñar una profesión, industria, oficio o comercio cuando no se perjudica la dirección y cuidado del hogar.¹⁶

Es notorio que el movimiento feminista de liberación, es la base para que las mujeres que no eran comprendidas para desempeñar puestos políticos o de otra índole, los que eran de exclusividad masculina, ahora lo fuesen; pero probablemente se ha confundido la finalidad de dicho movimiento pues en lugar de liberación o libertad, se ha convertido en libertinaje por parte de algunas representantes del sexo femenino, y como consecuencia inmediata la afectación del desarrollo familiar. En fin esto es sólo un comentario y a su vez tema de otro trabajo de investigación.

16. Cfr CRUZ, Ponce, Lisandro y Leyva, Gabriel. Op. Cit., pag. 9.

CAPITULO II

MARCO LEGAL DEL DIVORCIO EN MEXICO

- 2.1. CONCEPTO DE DIVORCIO
- 2.2. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO
 - 2.2.1. DEL DIVORCIO ADMINISTRATIVO
 - 2.2.2. DEL DIVORCIO JUDICIAL
- 2.3. DIVORCIO NECESARIO
 - 2.3.1. COMO REMEDIO
 - 2.3.2. COMO SANCION
- 2.4. MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO

2.1. CONCEPTO DE DIVORCIO

En el presente capítulo se estudiará al divorcio conforme a lo que relaglamenta nuestra legislación.

Así pues, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 266 menciona que : "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Para que proceda el divorcio, es necesario que se cumpla con ciertos requisitos de procedencia como son :

1. La existencia de un matrimonio válido: este requisito se cumple presentando la copia certificada del acta de matrimonio, cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio, tanto en el divorcio por mutuo consentimiento como en el necesario.

2. Que los consortes convengan en divorciarse, esto cuando se trate de divorcio por mutuo consentimiento, sea administrativo o judicial.

3. Que ambos sean mayores de edad; no tengan hijos; que hayan liquidado la sociedad conyugal y; que tengan más de un año de casados, cuando se trate de divorcio por mutuo consentimiento administrativo.

4. Que tengan hijos o sean mayores de edad, sólo cuando se trate de divorcio por mutuo consentimiento judicial.

5. Promover la acción ante un juez competente.

6. Expresión de causa específicamente determinada, de las señaladas en las dieciocho causales que menciona el artículo 267 y artículo 268 del Código Civil. La causal no será única pues de ser necesario se invocarán al mismo tiempo dos o más causales, para cada una de ellas habrá que determinarlas en específico. Esto solamente cuando se trate de divorcio necesario.¹⁷

17. DE PINA, Rafael, Op. Cit., págs 154-156.

2.2. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos consortes.

El Código Civil regula dos formas de este tipo de divorcio, dependiendo de la autoridad ante quien se tramita: el divorcio administrativo, que se solicita ante un Juez del Registro Civil y el Divorcio Judicial, interpuesto ante un Juez de lo Familiar.

2.2.1. DEL DIVORCIO ADMINISTRATIVO

Es el solicitado de mutuo acuerdo por los cónyuges ante el Juez del Registro Civil donde se llevó a cabo el matrimonio, ya que es éste al que le compete conocer de tal petición.

El artículo 272 del Código Civil señala los requisitos y características de este divorcio, los cuales son :

1. Que los consortes convengan en divorciarse.
2. Que ambos sean mayores de edad.
3. Que no tengan hijos.

4. Que hayan liquidado la sociedad conyugal.

5. Que tenga más de un año de casados (artículo 274 del Código Civil).

Si cumplen con estos requisitos pueden acudir al juez ante el cual se celebró el matrimonio, personalmente y con las copias certificadas de las actas respectivas en que conste que son casados y mayores de edad.¹⁸

El Juez previa identificación de los cónyuges acompañados con testigos de identidad, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los mismos para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los cónyuges hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

En el caso de que los consortes no reúnan los requisitos señalados, el divorcio no producirá efectos, el Código Civil añade que, entonces los cónyuges sufrirán las penas que establezca el código de la materia.

18. Cfr. GOLDSTEIN, Mateo, Divorcio, Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo IX, 2da. ed., Buenos Aires Argentina, Ed. Bibliografica Argentina, 1960, pags. 134-136.

que en este caso es el Código Penal, y la pena respectiva sería la correspondiente al delito de "falsedad de declaraciones ante la autoridad pública."

Este tipo de divorcio fue objeto de severas críticas, cuando surgió en el código, pues se decía que el mismo era un factor de profunda disolución de la familia, al dar extremas facilidades para terminar con el matrimonio. La comisión redactora expuso sus motivos para implantarlo de la siguiente manera: "El divorcio en este caso sólo perjudica directamente a los cónyuges, que obran en pleno conocimiento de lo que hacen y no es necesario para decretarlo que llenen todas las formalidades de un juicio. Es cierto que hay interés social en que los matrimonios no se disuelvan fácilmente; pero también se interesa en que los hogares no sean focos de constantes disgustos y en que, cuando no están en juego los intereses de los hijos o de terceros, no se dificulte innecesariamente la disolución del vínculo matrimonial, cuando los cónyuges manifiestan su decidida voluntad de no permanecer unidos".¹⁹

19. MONTERO, Duhall, Sara, El Divorcio, Fascículo 17.7, México, Ed. D.U.A. U.N.A.M., 1982, págs. 11 y 12.

2.2.2. DEL DIVORCIO JUDICIAL

En el caso de que los cónyuges que quieran divorciarse por mutuo consentimiento tengan hijos, o sean menores de edad, tienen que recurrir al juez de lo familiar de su domicilio conyugal para solicitar el divorcio.

Con la solicitud de divorcio debe adjuntarse un convenio en que se fijen los siguientes puntos :

1. Designación de persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

2. El modo de cubrir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después del mismo.

3. El domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

4. Los alimentos que un cónyuge debe dar al otro, en los términos del artículo 288 del Código Civil, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado.

asi como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.

5. La forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento, asi como la de liquidarla al ejecutoriarse el divorcio.

Deberán probar que tienen más de un año de casados, ya que antes de este término no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento.

Este tipo de divorcio lo regula el Código de Procedimientos Civiles, titulo décimocuarto en los artículos 674 al 682.

Los cónyuges que deseen divorciarse por mutuo consentimiento deben acudir al Juez de lo Familiar de su domicilio, presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, del que ya se habló anteriormente. Se debe adjuntar una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores.

Recibida la solicitud, el tribunal cita a los cónyuges y al Ministerio Público a una primera junta de

aveniencia, después de los ocho días y antes de quince días de admitida la solicitud. El juez intentará conciliar a los cónyuges, si no lo logra, aprobará de una manera provisional el convenio oyendo previamente la opinión del agente del Ministerio Público adscrito al juzgado.

El juez dictará también las medidas provisionales señaladas en el artículo 282 del Código Civil, que son las siguientes :

1. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles.

2. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

3. Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal, en su caso.

4. Dictar, si es necesario, las medidas

precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta.

5. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos. En relación a ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente.

Si los cónyuges insisten en divorciarse, el tribunal los citará a un segunda junta de aveniencia que se efectuará después de los ocho y antes de los quince días de solicitada.

En la misma, el juez exhortará nuevamente a la reconciliación a los cónyuges, si ésta no se logra, y en el divorcio quedan bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el tribunal oyendo la opinión del representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia y decidirá sobre el convenio presentado.

Los cónyuges pueden hacerse representar

por procurador, excepto en las juntas de aveniencia en las que se requiere su comparecencia personal. El cónyuge menor de edad, necesita de un tutor especial durante todo el procedimiento de divorcio. Pero si los cónyuges dejan pasar más de tres meses sin continuar con el procedimiento, el titular declarará sin efecto la solicitud y mandará archivar el expediente.

El artículo 208 del Código Civil establece : "La reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada. En este caso los interesados deberán denunciar su reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación."

En este caso no se podrá volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sino pasado un año desde su reconciliación, como lo establece el artículo 276 del citado código.

El artículo 290 menciona que : "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y

obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio."

Como es de observarse, lo esencial en el divorcio por mutuo consentimiento depende de la legalidad del convenio que los cónyuges lleven a cabo, porque en el mismo se va a contener la voluntad de ambos para divorciarse, además de garantizar los intereses de los menores hijos, en lo que se refiere a sus alimentos y a la patria potestad; a lo cual el Ministerio Público tiene una función específica, de aprobar el convenio cuando éste no viole los derechos de los hijos y si éstos no estuvieren garantizados propondrá las modificaciones que estime conveniente y procedentes, hasta que se aclare tal situación, pues de lo contrario no se podrá decretar la disolución del vínculo matrimonial. También se debe garantizar el interés del cónyuge que tenga derecho a alimentos durante el procedimiento de divorcio y estipular las bases para liquidar la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se celebró el matrimonio.

Cabe aclarar que el adulterio no entra en este tipo de divorcio y sólo se explica para efecto de distinguir uno de otro.

2.3. DIVORCIO NECESARIO

Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad judicial competente y en base a una causa expresamente señalada en la ley. Así lo define el maestro Galindo Garfias en su libro "Derecho Civil" en su 3a. edición. El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 267, enumera 18 causales de divorcio. Según tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las causas de divorcio son de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causa tiene carácter autónomo y no puede involucrarse unas con otras, ni ampliarse por analogías, ni por mayoría de razón. Apéndice al Sem. Jud. de la Fed., 1917-1979.

Existen diversos criterios para clasificar las causales, como son las siguientes :

Causas que implican delito; causas que constituyen hechos inmorales; las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales; causas remedio; causas que implican conducta desleal.

La doctrina más reciente agrupa las causas que implican culpa y causas objetivas. En resumen estas causas dan origen al divorcio vincular aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

El Código Sustantivo Civil en su artículo 267 señala como causales de divorcio las siguientes :

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges :

Se entiende por adulterio el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados.

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes : como causa de divorcio, desde el punto de vista del derecho civil y como delito para el derecho penal. Un cónyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causa de divorcio, o en su caso puede optar por la vía penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha tipificado plenamente, es decir, cuando el adulterio se presentó en la casa conyugal o con escándalo.

En el primer caso, si el cónyuge demandante prueba el adulterio, obtendrá sentencia de divorcio favorable, para probarlo se admite la prueba indirecta, por ejemplo, la comparecencia de dos testigos que declaren que han visto salir de un hotel al esposo o esposa acompañada de otro hombre o mujer diferente del marido o esposa, la ley civil también acepta la sola presunción.

Esta fracción primera, habla de adulterio debidamente probado; la prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, ya que los adúlteros se refugian en la clandestinidad. Es por eso que la Corte admite la prueba indirecta y ha establecido: "Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable".²⁰

En el segundo caso, se tiene por probado el delito de adulterio cuando este se ha cometido y se ha sorprendido a los culpables en el domicilio conyugal o se llevó a cabo con escándalo; el cónyuge culpable será condenado a la sanción penal respectiva y el cónyuge inocente tendrá a

20. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1979.

su favor la sentencia como prueba plena para obtener el divorcio.

Según lo establece el artículo 269 del Código Civil, el cónyuge que tiene y conoce la causa debe interponer la demanda dentro de los seis meses siguientes contados desde que tuvo conocimiento del adulterio.

Existen otros casos de prueba plena del adulterio sin que esto implique la prueba directa de la comisión del mismo in fraganti; por ejemplo: Cuando un hombre casado registra a un hijo habido con mujer distinta. Este caso se conoce como "adulterio permanente" y al respecto la Suprema Corte ha sostenido el siguiente criterio : "Tratándose de adulterio permanente debe considerarse que, aunque la antigüedad de su inicio exceda seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses de concluído tal estado". Apéndice al Sem. Jud. de la Fed. 1917-1979.

Pensar de otra manera llevaría al absurdo de que si ese estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente, que por amor o respeto a los hijos, haya prolongado por más de seis meses sus instancias

de reconciliación a padecer indefinida e irremediablemente esa forma de agravio.

II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato y que judicialmente sea declarado ilegítimo.

Están relacionados con esta causal los artículos 324 fracción I, 325, 326, 334 fracción I y 359, relativos a las normas que regulan la paternidad y la filiación; y sólo puede declararse ilegítimo el hijo cuando la persona a quien perjudique la filiación ha interpuesto un juicio de desconocimiento de paternidad y en el que se haga la declaración, operando los artículos mencionados y todos los que sean de aplicabilidad al caso.

III. "La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso que otro tenga relaciones carnales con su mujer."

Esta causal implica una conducta inmoral, injuriosa y en ciertos casos hasta delictiva; puesto

que se puede tipificar el delito de lenocinio, si se prueba que el marido recibió dinero o cualquier otra retribución por prostituir o permitir la prostitución de su mujer.

IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal.

Al igual que el adulterio y la fracción anterior, la conducta señalada en ésta puede constituir un delito previsto por el artículo 209 del Código Penal que a letra dice : "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de éste o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido".

Conforme a este artículo se requiere que la provocación sea pública, en cambio la fracción IV del artículo en estudio no lo requiere; si la provocación no es pues, pública, no se tratará en el supuesto de un delito, pero sí dentro de la causal de divorcio.

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

"Para que la causal exista es necesario que los cónyuges ejecuten actos inmorales tendientes a corromper a sus hijos o que permitan que estos actos los ejecute un tercero con su expresa o tácita condescendencia. No configura la causal la conducta tolerante o débil de los padres con respecto a los hijos que observen conductas corruptas".²¹

Los jueces gozan de un amplio arbitrio para distinguir entre la conducta verdaderamente inmoral de un padre, o en la simple debilidad o falta de carácter que les impide intervenir o los lleva a perdonar las conductas indebidas de sus hijos. Teniendo como base que la familia unida y sana, es la célula de nuestra sociedad y por ello que los actos que tienden a destruirla, a formar hijos delincuentes, no preparados, analfabetas, farmacodependientes, la ley los regula para proteger y asegurar a los mismos así como a los padres; porque lo que se trata es de conservar una familia donde exista el amor, respeto comprensión, y no una familia en la que los padres no

²¹. Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1988.

procuren afecto, no se respeten y por ende en la que los hijos no sean considerados importantes y los utilicen para otros fines ajenos totalmente a la actividad familiar.

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

Como comentario a esta fracción, es de observarse que el problema del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirido (S.I.D.A.) debe estar incluido, puesto que comprende las características enumeradas en este precepto legal.

VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.

Configuran ésta y la fracción anterior las llamadas causas remedio o eugénicas. El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular por la separación de cuerpos.

Se consideran estas causas como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley en las causales que se dan en un hecho determinado en el tiempo. El problema estriba en saber, si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en las primeras etapas de estas enfermedades: la respuesta obvia es no, pues en esas etapas previas la mayor parte de las enfermedades no reúnen las características pedidas por la ley : Crónica e incurable que sea al mismo tiempo contagiosa o hereditaria.

Incluye esta causa. "la impotencia incurable que sobrevenga después del matrimonio": la impotencia es un impedimento para contraer matrimonio (fracción VIII del artículo 156 del Código Civil). podrá pedirse nulidad por esta causa, dentro del término de sesenta días siguientes a la realización del matrimonio.

En cuanto a la enajenación mental incurable, la reforma del 27 de diciembre de 1983, deroga al artículo 271 del Código Civil que señalaba el plazo de dos años desde que se diera esta causal. La reforma dice : "La enajenación mental incurable tendrá que ser declarada en un juicio de interdicción que se le lleve al enfermo, en cuya

sentencia se declarare que el cónyuge queda incapacitado, entonces se le nombrará tutor; en este caso el cónyuge sano tiene tres opciones : Ser nombrado tutor legítimo de su consorte, pedir el divorcio por esta causal o solicitar sólo el divorcio voluntario, separación sin extinguir el vínculo matrimonial. Se deja a su libre albedrío.

VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada.

Esta fracción implica el incumplimiento a uno de los deberes del matrimonio, el de vivir juntos en el domicilio conyugal. No importa que el cónyuge que deja la casa sin justo motivo siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar, el hecho de haberse roto la cohabitación por más de seis meses para tener causa de divorcio.

IX. La separación del hogar conyugal originado por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.

El cónyuge que abandona la casa conyugal

porque ya no soporta la vida en común, basandose en que el otro ha dado una o varias causas de divorcio, deberá demandar él mismo antes de que transcurra un año, de lo contrario corre el peligro de ser demandado por abandono de hogar.

X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de preseunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia.

El estado de ausencia y el depreseunción de muerte no operan en forma autónoma para disolver el vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara este estado, la causal de divorcio. Esta causal es poco útil, pues para obtener la mencionada sentencia, se necesita que transcurran varios años, y ya se señaló que con el lapso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa de divorcio.

La sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro.

Se puede decir que mediante la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las

injurias se ofende. En esta causal pueden quedar resumidas todas las demás, es por ello, que son las más socorridas en todos los órdenes jurídicos del mundo.

XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.

Independientemente de que los cónyuges hayan recurrido al juez para solicitar su intervención, en la forma de cumplir con sus obligaciones de cargas al hogar, y que el juez haya otorgado sentencia ejecutoriada, la simple negativa a cumplir con los deberes señalados en el artículo 164 es causal de divorcio.

XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

La simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una profunda deslealtad, aunque la misma

no fuera calumniosa. Habiendo calumnia de por medio implica esa conducta una averiguación profunda del cónyuge calumniador respecto del otro, y esto evidencia la ruptura total del afecto conyugal.

XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años.

Para que se configure esta causal se necesitará forzosamente que exista una sentencia que cause ejecutoria en la cual se declare culpable a un cónyuge de un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

XV. Los hábitos de juego o embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas o enervantes, cuando amenazan causar la ruptura de la familia o constituye un continuo motivo de desaveniencia conyugal.

Esta causal requiere que se reúnan las siguientes circunstancias : El hábito vicioso y la amenaza de la ruptura de la familia, o el vicio que provoca una constante desaveniencia conyugal.

XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

El artículo 399 bis del Código Penal establece que, los delitos correspondientes del Capítulo VI "Daño en Propiedad Ajena", cuando se realicen entre familiares se perseguirán por querrela de parte ofendida; cuando el delito de esta naturaleza lo cometa un cónyuge contra el otro, éste puede optar por acusarlo penalmente, pedir el divorcio o ambas acciones.

XVII. El mutuo consentimiento.

Cuando ambos cónyuges estén de acuerdo en divorciarse, podrán hacerlo mediante el divorcio por mutuo acuerdo.

XVIII. La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.

"En los casos de divorcio necesario, 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. Y en caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo tiempo de duración del matrimonio, mismo derecho que tendrá el cónyuge varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes para sobrevivir."²²

22. GALINDO, Garfias, Ignacio, Derecho Civil, 9a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, S.A., 1985, pag. 117.

2.3.1. COMO REMEDIO

El divorcio remedio se admite como medida de protección para el cónyuge sano y los hijos, cuando el otro consorte padece una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria.

En su caso, también debieran incluirse los casos en los cuales se incurra en las hipótesis señaladas en las causales XI y XVI, puesto que al igual que las anteriores, éstas implican una constante amenaza hacia el cónyuge inocente así como para los hijos.²⁸

2.3.2. COMO SANCION

Este divorcio procede por las causales enumeradas con anticipación, es decir, las que menciona el artículo 267 de nuestro Código Civil vigente. Es una forma de expresión jurídica la sanción, puesto que se va a sancionar al cónyuge culpable con la separación del seno familiar, por su comportamiento malsano hacia su cónyuge y descendientes.

²⁸ Cfr. FALLARES, Eduardo, El Divorcio en México, 2a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1979, pag. 125.

2.4. MEDIDAS PROVISIONALES EN EL JUICIO DE DIVORCIO

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiera urgencia, se dictará provisionalmente y sólo mientras se lleve el juicio, las disposiciones siguientes :

I. La separación de los cónyuges;

II. Señalar y asegurar los alimentos que se deban tanto al cónyuge como a los hijos;

III. Las que el juez estime convenientes, para evitar que los cónyuges se causen perjuicio en sus bienes;

IV. Las medidas precautorias en el caso de que la mujer esté encinta;

V. Decidir de común acuerdo, sobre el cuidado de los hijos, en relación a qué persona se hará cargo de los mismos pudiendo ser uno de los cónyuges. En efecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los

hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre (artículo 282 del Código Civil).

Este último párrafo fue añadido por el decreto de 27 de diciembre de 1983; se regresa de esta manera a una norma original del Código Civil cuando en el año de 1932 entró en vigor, que ponía en todo caso a los hijos menores de cinco años bajo el cuidado de la madre (salvo circunstancias que aconsejaran lo contrario). En el texto original se señalaba que los hijos varones mayores de cinco años, quedarían bajo el cuidado del padre y las hijas siempre al cuidado de la madre.

Si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los niños y que, normalmente las madres desean y reclaman la custodia de sus hijos pese a la enorme tarea de responsabilidad que ello les exige, no es menos cierto también que en los casos de divorcio la mujer tendrá una doble tarea; el cuidado de los hijos, y el trabajo remunerado, por el que deberá obtener

ingresos para proveer a sus hijos y a ella los alimentos necesarios. Por ello, este deber que se le impone a la madre, el de cuidar a los menores de siete años, debiera acompañarse del deber correlativo del padre de otorgar la pensión alimenticia completa a los hijos y en su caso, los alimentos de la madre.

Con la redacción actual del artículo 282 fracción VI, se le impone a la madre una doble carga y se desobliga al padre de una tarea que debe ser compartida por ambos progenitores, la atención y el cuidado de los hijos.

CAPITULO III

PROBLEMATICA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN LA REGULACION LEGAL DEL ADULTERIO EN EL D.F.

- 3.1. CONCEPTO DE ADULTERIO
- 3.2. EL ADULTERIO EN LA LEGISLACION MEXICANA
- 3.3. LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO EN EL ADULTERIO
- 3.4. EL CONYUGE ADULTERO
- 3.5. PRUEBAS CIVILES Y PENALES
- 3.6. SENTENCIA CIVIL Y PENAL

3.1. CONCEPTO DE ADULTERIO

Es común hablar de adulterio como causal de divorcio, pero es preciso distinguir al adulterio como causal de divorcio y al mismo como delito sancionado por el Código Penal, y es sobre esta distinción de la que me ocuparé en el presente capítulo.

Como adulterio se conoce a : "La relación sexual establecida entre personas de distinto sexo cuando una de ellas, al menos, se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio".²⁴

El adulterio es pues, una violación al pacto de fidelidad conyugal y al decretarse el divorcio por esta causa se sancionan las consecuencias graves que tal violación acarrea a la familia y a la sociedad. Rompe con la armonía de los cónyuges , haciendo en común su vida imposible, independientemente que sea o no delictuosa.

24. GONZALEZ, de la Vega, Francisco, Derecho Penal, 2a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1986, pag. 645.

3.2 EL ADULTERIO EN LA LEGISLACION MEXICANA

La definición que se manejó en el inciso anterior, es la que da la doctrina, pues ni el Código Penal así como el Código Civil definen al adulterio, el primero sólo lo sanciona existiendo para él sólomente como acto consumado, por lo que no castiga la tentativa ni los actos preparatorios de este delito.

Si bien es cierto, que en ambas figuras civil y penal deben darse las relaciones entre el cónyuge culpable y otra persona diversa del esposo o esposa; se verá a continuación las características del adulterio como delito y como causal de divorcio.

El delito de adulterio como tal requiere de los siguientes elementos:

1.- Un acto de adulterio, es decir, la infidelidad de un casado consiste en el acceso carnal o coito con persona ajena a su matrimonio. Por tanto, es supuesto del delito el vínculo matrimonial existente en el momento del acto. En la práctica salvo casos de sorpresa In Fraganti o de

confesión de los responsables, la prueba directa del ayuntamiento sexual es difícil por la fácil desaparición de sus huellas.

2.-Que ese adulterio se verifique:

A.- En el domicilio conyugal; esta frase no se emplea en el concepto técnico civil de domicilio, sino en un sentido vulgar de residencia, lugar permanente o transitorio de convivencia de los cónyuges, por lo que el legislador penal contempla, la injuriosa y despectiva actitud de introducir al partícipe a la habitación común: o:

B.- Con escándalo, es decir, acompañado el acto adulterino de grave publicidad y deshonor para el cónyuge inocente.

Para considerar que el adulterio sea cometido con escándalo, ante la ausencia de alguna norma jurídica que defina el significado de dicho vocablo, es preciso entender que éste consiste en la grave publicidad del estado adulterino, que hacen los propios adúlteros por la exhibición ostentosa de sus relaciones carnales, que conduzcan a una afrenta para el cónyuge inocente, y no puede estimarse demostrada esta forma de comisión de adulterio delictuoso, si no se acredita que la conducta de los responsables por sí

misma considerada proceda tales efectos.

El escándalo como elemento del delito de adulterio 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 manifiestan sus relaciones adulterinas, a fin de que se valoren tales datos y determine si implica una publicidad afrentosa para el cónyuge ofendido.²⁵

El Código Penal al establecer que solamente se castiga el adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo, restringe notablemente los casos punibles de adulterio, con los cuales se deshonra con extremo al cónyuge inocente, como es el caso del adulterio que se realiza en los moteles de paso, en los automóviles, etc.

El adulterio como delito, se encuentra regulado por los artículos 273 a 275 del Código Penal vigente, de esta manera, el artículo 273 establece: " 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."

25. Cfr. MATEOS, Alarcón, Estudios sobre Derecho Penal del Distrito Federal, tomo I, México, Ed. Porrúa, 1985, pag. 160.

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

Como es de observarse, este delito se persigue a instancia de parte ofendida, porque solamente el cónyuge inocente tiene interés jurídico en el adulterio cometido, pues sólo a él le interesa castigar al culpable y la ley lo faculta para hacerlo, ningún tercero podrá denunciar el adulterio por carecer de interés jurídico y por no encontrarse regulado en la ley. El que se proceda contra los adúlteros y sus codelincuentes, no significa que los adúlteros sean necesariamente procesados o sentenciados, pues puede suceder que alguno de los autores de la unión carnal adulterina ignore el vínculo matrimonial del otro o bien puede que cualquiera de los culpables se encuentre prófugo.

En el artículo 275 del Código Penal tenemos que: " Sólo se castigará el adulterio consumado." Puesto que la tentativa en este delito no es punible.

Por lo que a la materia civil se trata.

uno de los principales deberes de los esposos es guardarse fidelidad mutua, por lo que la violación de esta obligación es causa suficiente para que el cónyuge ofendido pueda demandar del culpable, el divorcio. Esta falta de cumplimiento de la fidelidad, de parte de uno de los consortes, se traduce en el adulterio. Tres son los requisitos para que se configure el adulterio.

a.- El trato carnal entre un hombre y una mujer.

b.- Matrimonio civil de uno o ambos.

c.- Voluntad de la persona casada para realizar el acceso carnal con uno tercero que no es su consorte.

Nuestro Código Civil en vigor, al establecer en el artículo 267, que es causa de divorcio : "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges"; ha igualado la situación jurídica entre los esposos, borrando la distinción que se había venido haciendo entre el adulterio cometido por la mujer y el realizado por el hombre, discriminación producida por un concepto de inferioridad femenina.

En efecto, el Código de 1884 establecía en su artículo 228 : "El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio; el del marido lo es solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes :

I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común.

II. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.

III. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.

IV. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o porque se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima."²⁶

Tanto en la legislación civil como en la penal, sólo se castiga el adulterio cuando ha sido consumado, es decir, cuando se ha efectuado el acceso carnal. mientras no se de éste, no podrá acreditarse la infidelidad. Para que proceda el divorcio por causa de adulterio, no es necesario que se reúnan los requisitos que exige el Código Penal -que

26. ROJINA, Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, tomo II, volumen I, 2a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1949, págs. 410 y 411.

se realice el acto sexual con escándalo o en el domicilio conyugal-, basta la comprobación de la existencia de esas relaciones sexuales, en cualquier circunstancia, para tener por probada la causal de divorcio.

El artículo 269 del Código Civil, complementa lo citado por el artículo 267 fracción I, al establecer lo siguiente : "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge". además, señala el término para ejercitar la acción de divorcio y menciona : "Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio".

El término anterior, se aplica sólo cuando se está en el supuesto de un adulterio ocasional, es decir que esporádicamente, cualquiera de los consortes efectuó el acceso carnal con quien no es su cónyuge por lo que desde el momento que el otro cónyuge se entere del ilícito cometido por su pareja, tiene seis meses para ejercitar su acción; pero si el cónyuge culpable realiza continuamente el acto ilícito, en forma de amasiato, la parte ofendida conserva el derecho de demandar el divorcio, el término para ejercitar la acción empieza a transcurrir cuando

concluye esa relación ilícita, ya que es un acto de tracto sucesivo en el cual se va repitiendo la ofensa.

En algunos casos, sucede, que el consorte que pretende ejercitar su acción de divorcio, basándose en la causal de adulterio, ha provocado éste, ya sea induciéndolo, negándose a la presentación del débito carnal, favoreciéndolo, sacando provecho económico, etc. Por lo que ante estas ocasiones no procede la acción de divorcio ni la denuncia penal, toda vez que : A nadie es lícito aprovecharse de su propio dolo y mucho menos de su propia infamia.

Otro tipo de adulterio sería el compensado, es decir, cuando ambos cónyuges han cometido o cometen el ilícito. Si uno de estos pretende hacer valer su acción de divorcio, sabiendo que también es culpable de su conducta, se hace indigno de la protección legal pues, desea taponear su conducta indigna, aprovechándose del comportamiento del otro cónyuge, quien por su parte tendría la facultad de reconvenir el divorcio basándose en la actitud humillante de su pareja, por lo que el problema se tendría que resolver, acordando el juzgador, el divorcio por culpa de ambos consortes, toda vez, que no vemos que

beneficio social o privado pueda existir para mantener un matrimonio en tales circunstancias".²⁷

Por otra parte, respecto a las relaciones que se dan entre personas casadas civilmente con homosexuales o lasbianas, éstas no constituyen adulterio, puesto que no se cumple con uno de los requisitos, el que sea de distinto sexo, más bien, las relaciones contra naturaleza, constituyen una injuria grave contra el cónyuge inocente, que se encontraría en la dificultad de probar estas relaciones anómalas, que atentan contra la imagen del matrimonio.

Por lo que se refiere a la inseminación artificial, no puede ésta constituir adulterio, puesto que es la voluntad de ambos consortes, quienes determinan si por ese método de concepción llega a tener un descendiente, además, porque impedir que una pareja que no puede tener hijos los tenga, si los dos están de acuerdo para procrearlos con el sistema que ellos elijan.

El marido y la mujer adúlteros cometen igual falta, pero dentro de nuestra sociedad, las consecuencias no son semejantes, la mujer engañada queda desacreditada con la infidelidad de su consorte y se le

27. PALLARES, Eduardo, El Divorcio en México, 3a. ed., México, Ed. Ferrua, 1979, págs. 21-23.

denomina con vocablos denigrantes, en cambio la reputación del hombre no se empaña por la falta de la esposa, ya que tiene posibilidades más factibles de rehacer su vida con otra mujer.

Considero que con el adulterio, ambos sujetos defraudan los intereses de los hijos legítimos, puesto que su patrimonio moral y educacional se ven afectados, el padre que fuera de su hogar constituye otro ilegal o tiene hijos con mujer que no es su esposa, roba a los hijos legítimos su haber patrimonial, porque tiene que repartir con otros lo que a la familia legal le pertenece: los cuidados y la educación los dividirá entre los hijos legítimos y los que no lo son, destruyendo así la unidad familiar.

La ley pues, tutela no sólo la moral familiar sexual, sino que además cuida de todos los intereses que rodean al seno familiar.

3.3. LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO EN EL ADULTERIO

"Sujeto activo, es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal es decir, aquel individuo que puede realizar o ejecutar los elementos incluidos en el tipo penal.

No pertenece a este concepto quien no satisface la propiedad mencionada, por consecuencia los animales y las cosas no son sujetos activos.

Unicamente el autor material, unitario o multiple puede ser sujeto activo. El autor mediato, el autor intelectual y el cómplice, así como el autor detrás del autor no son sujetos activos, porque no concretizan el contenido semántico de los elementos del tipo legal, esto es, se concretiza el contenido semántico cuando en el caso particular existe tipicidad, que se da en la autoría material. La intervención del autor mediato, del intelectual, del cómplice y del autor detrás del autor se caracteriza por la carencia total de tipicidad."²⁶

26. CASTELLANOS, Tena.

Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, 4a. ed. Mexico, Ed. Porrua, 1976, pag. 480.

De acuerdo con lo anterior, el sujeto activo en el delito de adulterio es el cónyuge adúltero o culpable, aquél que comente el acto adúlterino y que cumple con todos los supuestos del tipo legal, así como el tercero con el cual dicho cónyuge sostiene relaciones sexuales cometiendo el citado delito es decir, la persona que se encuentra fuera del vínculo matrimonial.

La comisión del delito de adulterio por los cónyuges culpables, es una comisión dolosa, ya que dicho cónyuge tiene la capacidad de conocer y querer la realización del objeto del tipo legal, sabe lo que está haciendo y las consecuencias que puedan acarrearle y sin embargo realiza la conducta.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, éste es el titular del bien jurídico protegido en el tipo: es por tanto, el elemento del tipo en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad.

Concretizando, el tipo del delito de adulterio se integra de la siguiente manera :

1. Bien jurídico tutelado en el delito de adulterio es el matrimonio.

2. Sujetos activos, son el cónyuge casado con persona distinta de la que comete el adulterio y la tercera que se encuentra fuera del vínculo matrimonial.

3. Sujeto pasivo es el cónyuge ofendido, es decir, la esposa o cónyuge inocente, aquél que recibe la ofensa.

4. Deber jurídico penal, tener la relación sexual con persona de distinto sexo, cuando una de ellas se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio.

5. Lesión del bien jurídico, la destrucción del matrimonio y a su vez de la familia.

Por lo que se observa en lo anteriormente escrito, el adulterio es un delito instantáneo ya que la conducta realizada por los sujetos activos se consume y se agota en el mismo acto, por lo que al encontrarse en el domicilio conyugal o con escándalo y realizar la cópula, los sujetos activos están consumando el delito.^{2º}

2º. Cfr. FORTE PETIT, Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, 2a. ed., Mexico, Ed. Nacional, 1960, pag. 83.

3.4. EL CONYUGE ADULTERO

Manejado este inciso desde el punto de vista de la culpa en el cónyuge adúltero: en materia civil, culpa "es aquella que engendra una responsabilidad civil o penal: por esta debe entenderse la intención, falta de cuidado o negligencia para generar un daño y que el derecho considera a efecto de establecer una responsabilidad."³⁰

La conducta del cónyuge adúltero es consciente o intencional y por ello es dolosa, pues el cónyuge adúltero sabe que está unido con otra persona mediante el matrimonio civil y sostiene relaciones sexuales con otra persona fuera de ese vínculo, tiene pleno conocimiento de que esa conducta es punible y sin embargo la realiza, con esto se presenta una culpa contractual dolosa, pues el matrimonio civil no es más que un contrato solemne que puede ser violado por los cónyuges no acatando las reglas establecidas para su creación y fin, cometándose así el adulterio.

Dicha conducta causa un daño, y el Código Civil en su artículo 2108 nos da este concepto

30. GUTIERREZ Y Gonzalez, Ernesto, Obligaciones, Mexico, Ed. Esfinge, 1982.

Derecho de las
pag. 431.

diciendo : "se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación."

En materia penal, existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir o en su caso evitar la lesión del bien jurídico. De esto se desprende, que el cónyuge adúltero necesita realizar alguna actividad descrita en el tipo para obtener así el resultado material, encuadrándose su conducta en la norma penal.

Por lo tanto en cuanto a derecho penal se refiere, la culpabilidad como elemento esencial del delito puede presentarse bajo dos especies, el dolo y la culpa, y ésta a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa consciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá y la segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido prever, aplicando el cuidado que su deber le imponía.³¹

31. Cfr. BECCARIA, Cesare, De los Delitos y de la Penas, Mexico, ED. Porrúa, 1970, págs. 78-80.

3.5 PRUEBAS CIVILES Y PENALES

"La prueba es el factor básico sobre el que se gravita todo el procedimiento, de ella dependerá el nacimiento del proceso, sin desenvolvimiento y la realización de su último fin, pues si quienes deben determinar la situación jurídica del probable autor de una conducta o hecho ilícito no se sustentará en ella para fundar sus determinaciones, estas carecerían de la fuerza necesaria para su justificación particular y general.

Históricamente, la prueba penal ha sufrido una notable transformación, especialmente cuando el procedimiento penal logró independizarse del proceso civil, y es posible afirmar que el proceso científico y la ideología predominante en un momento y lugar determinados, han sido factores definitivos para fijar el género de prueba más acorde con la realidad social.

Por ello, prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esa manera estar en aptitud de definir la existencia o inexistencia de los hechos

y así, juzgados a través de esa prueba llegar a conocer la verdad legal".³²

En el Código de Procedimientos Penales, la operancia de la prueba se manifiesta en actividades específicas llamadas "actos de prueba".

Durante la averiguación previa, intervienen : el denunciante, el querellante o su legítimo representante, el Ministerio Público, el indiciado, algunos terceros como los testigos y los peritos, y otros más relativamente ajenos a la averiguación, cuyos informes o certificados son necesarios para complementarla.

La sola interposición de la demanda, denuncia o querrela constituye un acto de prueba, así como el dictamen de peritos, el testimonio y las diversas diligencias practicadas por el o los agentes de la policía judicial.

Todo lo anterior para facilitar la averiguación previa y a su vez el Ministerio Público fundamentar legalmente sus determinaciones, por lo consiguiente, perseguirá el delito cuando los elementos probatorios le proporcionen un índice considerable de verdad.

32. Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ed. Ejea, 1963, pag. 160.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Por ello las pruebas que se recaben son el medio indicado para justificar su postura legal, ya sea ejercitando la acción penal, o en su defecto haciendo cesar todo acto lesivo a los derechos jurídicamente tutelados.

En la instrucción, los actos de prueba son propios de los sujetos de la relación procesal (juez, procesado y M.P.), y los actos de uno son a la vez el origen y base en donde se sustentan los de los demás.

De lo anterior se deduce que la prueba en principio está dirigida al órgano jurisdiccional, por ser éste el encargado de dictar las diversas resoluciones necesarias para el desarrollo del proceso, y sobre todo la sentencia.

El procesado y el defensor parten siempre de las pruebas presentadas por el Ministerio Público, para apoyar las suyas.

En relación al objeto normal de la prueba, a ésta la constituyen los hechos, no obstante, las personas pueden serlo, como se observa en las legislaciones que autorizan directa o indirectamente la inspección o

reconocimiento corporal.

En conclusión, son objeto de prueba : la conducta o hecho (aspecto interno y manifestación), las personas (presunto responsable del delito, ofendido y testigos), las cosas (si es que en ellas recae el daño, o sirvieron de instrumento o medio para llevar a cabo el delito), y por último, los lugares, porque de su inspección tal vez se pruebe algún aspecto o alguna modalidad del delito.

De tal manera, el objeto de la prueba es fundamentalmente la demostración del delito con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad), la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y, el daño producido.

El órgano de prueba es la persona que proporciona el reconocimiento por cualquier medio posible.

De los sujetos que intervienen en la relación procesal, son órgano de prueba : el probable autor del delito, el ofendido, el legítimo representante, el

defensor y los testigos.

El medio de prueba, es la prueba en sí; es un vehículo para alcanzar un fin, lo cual significa que para que opere, debe existir un órgano que le imprima dinamismo y así, a través de uno o más actos determinados, se actualice el conocimiento.

En la legislación mexicana, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, reconoce como medios de prueba :

- I. La confesión judicial;
- II. Los documentos públicos y los privados;
- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección judicial;
- V. Las declaraciones de testigos, y
- VI. Las presunciones.

"También se admitirá como prueba todo aquello que se presente como tal, siempre que, a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirla..." (artículo 135).

El sistema para valorar las pruebas es el mixto, este sistema es la combinación del legal o tasado y el de libre apreciación razonada o sistema de la sana crítica, es decir, señala las reglas determinadas para apreciar las probanzas y otras las confía a la libre apreciación razonada del juzgador.³³

En lo que concierne a la integración y comprobación del cuerpo del delito, es importante hacer notar que con estos términos se alude a distintos aspectos, frecuentemente confundidos en la práctica.

Integrar significa componer un todo con sus partes, en cambio, comprobar es evidenciar una cosa cotejándola con otra, repitiendo las demostraciones que la prueban y acreditan como cierta.

La integración del cuerpo del delito es una actividad que en principio sólo importa al Ministerio Público durante la averiguación previa, y que tiene su fundamento en órdenes de carácter legal.

El Ministerio Público en la etapa de integración del cuerpo del delito de adulterio, se allegará

33. Cfr. BONNIER, Eduardo, Tratado teórico práctico de las pruebas en derecho civil y penal, México, Imprenta de la biblioteca de Jurisprudencia, 1874, pag. 271.

de todos los elementos probatorios que se encuentren en el lugar de los hechos como son : que el cónyuge adúltero o culpable y el tercero o tercera, se encuentre en el domicilio conyugal realizando la cópula, ya que ni la tentativa ni los actos preparatorios son punibles, puesto que el hecho de que los sujetos activos se encuentren desnudos acariciándose, no constituye delito, sólo lo es si están en ese momento realizando el ayuntamiento carnal del pene con la vagina, puesto que en materia penal no se aceptan presunciones sólo hechos consumados y el adulterio, sólo es punible si se encuentra consumado.

La comprobación del cuerpo del delito implica una actividad racional, consistente en determinar si la conducta o hecho tiene cabida dentro de la hipótesis de la norma penal que establece el tipo, lo cual implica un proceso valorativo de adecuación con el tipo penal correspondiente.

El proceso de adecuación típica, la forma de facilitar este proceso es atendiendo al bien jurídico tutelado, para lo cual, al compararse la conducta o hecho con las formas descritas por el legislador en el caso concreto, se logrará manifestar su identidad con la descripción del tipo o la adecuación de nexo causal para

comprobar el resultado. Este proceso ha de llevarse a cabo además examinando cada uno de los elementos integrantes del tipo, es decir se atenderá también al examen de los elementos que ya se señalaron y que deben tomarse en cuenta para integrar el cuerpo del delito, los cuales reunidos en su totalidad lo comprueban, pues de lo contrario el tipo no se configura y a su vez no se comprueba el cuerpo del delito.

La norma penal del adulterio establece que, éste se haya realizado en el domicilio conyugal o con escándalo además de que exista cópula, y el que cualquiera de los adúlteros deberá encontrarse unido con otra persona mediante matrimonio civil, por lo que si no se da alguno de estos elementos que integran el tipo de delito de adulterio no queda debidamente acreditado el mismo, ni se configura el tipo.

En resumen se tendrá por comprobado el cuerpo del delito de adulterio con :

1. La declaración de los indiciados, que puede ser negando o confesando; la confesión hace prueba plena.

2. Con la declaración del ofendido que

hace la imputación.

3. Con la declaración de testigos presenciales, los que pueden o no existir, manifestando la situación en que encontraron a los culpables.

4. El certificado médico andrológico y ginecológico, mismos que sirven para determinar si el hombre y la mujer respectivamente, han tenido cópula reciente: estos hacen prueba plena, aunque se deja al libre criterio del juez.

La presunta responsabilidad del procesado, es otro de los requisitos de fondo exigidos por la Constitución para que proceda legalmente la orden de aprehensión o el auto de formal prisión (artículos 16 y 19 Constitucionales).

Existe presunta responsabilidad cuando existen elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo que debe ser sometido al proceso correspondiente.

La determinación de la presunta responsabilidad del procesado corresponde fundamentalmente al juez, sin embargo por primicia procesal concierne al

Ministerio Público. Es indudable que durante la averiguación previa y para estar en posibilidad de resolver si procede la consignación o la libertad del sujeto, analice los hechos y todas las pruebas recabadas; pues aún habiendo integrado el cuerpo del delito, sin estar demostrada la presunta responsabilidad, no podrá cumplir con el ejercicio de la acción penal.

El órgano jurisdiccional, por orden legal, también deberá establecer si existe probable responsabilidad para decretar la orden de aprehensión y el auto de formal prisión; en ambos casos, el juez hará un análisis lógico razonado de todos los hechos consignados en autos: no debe en forma arbitraria tener por demostrada la presunta responsabilidad de ninguna persona, sin el previo análisis valorativo de los elementos de cargo y de las pruebas de descargo, cuando éstas se hayan aportado.³⁴

En el delito de adulterio, para establecer la presunta responsabilidad de los adúlteros o sujetos activos, deben existir las pruebas necesarias para señalarlos como presuntos responsables del citado delito, o bien, si ambos sujetos concibieron, prepararon y ejecutaron

34. Cfr. MACHORRO, Narváez, Paulino, El Ministerio Público. La intervención de terceros, en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución, México, Publicaciones de la Academia Mexicana Mexicana de Jurisprudencia y legislación correspondiente de la Real de Madrid, 1936, págs. 194-209.

el delito; si estas probanzas no son suficientes, no se podrá comprobar la presunta responsabilidad de los inculpados.

En materia civil, la prueba es "la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso, comprende también todas las actividades procesales que se realicen a fin de obtener dicho cercioramiento, independientemente de que éste se obtenga o no".³⁵

"La carga de la prueba no es sino una aplicación a la materia probatoria del concepto general de carga procesal, es una situación jurídica, instituída en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él".³⁶

A través de la carga de la prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso, es decir, la carga de la prueba precisa a quién corresponde

35. ALCALA-ZAMORA, Y Castillo, Niceto, Ensayos de Derecho Procesal, (Civil, penal y constitucional), Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1849, pag. 314.

36. PINA, Rafael de, Tratado de las pruebas civiles, 3a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1981, pag. 272.

probar.

-

En el caso de adulterio. le corresponde probar a el cónyuge ofendido o inocente.

Existen dos reglas generales para la distribución de la prueba. las cuales se encuentran en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. en el artículo 281 se encuentra la primera que a la letra dice : "Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos en sus pretensiones"; la segunda regla se encuentra en el artículo 282. que se refiere a que sólo el que afirma tiene la obligación de probar y no así el que niega. salvo las siguientes excepciones :

I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho:

II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga a su favor el colitigante:

III. Cuando se desconozca la capacidad:

IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.

Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el

derecho; así lo menciona el artículo 284 del Código Adjetivo Civil.

El procedimiento probatorio está constituido por los actos procesales por medio de las cuales se desarrolla la etapa probatoria, los cuales son :

1. El ofrecimiento o proposición de las pruebas por las partes:
2. La admisión o el rechazo por parte del juzgador, de los medios de prueba ofrecidos;
3. La preparación de las pruebas admitidas: y
4. La ejecución práctica, desahogo o recepción de los medios de prueba que hayan sido ofrecidos, admitidos y preparados.³⁷

Los medios de prueba, son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba. Estos instrumentos pueden consistir en objetos materiales, documentos, fotografías, etc., o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones, declaraciones de testigos, dictámenes parciales, inspecciones jurídicas, etc.

37. Cfr. ORTIZ, Urquidí, Raul, Derecho Civil, parte general, 2a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1982, págs. 178-183.

—

Quando el medio de prueba consiste en una conducta humana es preciso no confundir a ésta con el sujeto que la realiza, conviene distinguir con claridad entre la persona sujeto de prueba y su conducta medio de prueba: así por ejemplo, los testigos y peritos son sujetos de prueba en tanto que son personas que realizan determinadas conductas tales como formular declaraciones o dictámenes tendientes a lograr el cercioramiento del juzgador sobre los medios discutidos en el proceso; pero los medios de prueba no son tales personas, sino sus declaraciones o sus dictámenes.

El artículo 289 menciona los medios de prueba que admite el Código Adjetivo Civil: a lo cual nos dice : "Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos".

En el procedimiento del juicio de divorcio, se pueden ofrecer medios de prueba como : testigos, cartas amorosas, presunciones, etc., todo para demostrar la existencia del adulterio, ya que la prueba directa es comúnmente imposible, porque solamente se presenta cuando los adúlteros son sorprendidos in fraganti delito, sea por la policía o por testigos fidedignos.

Puesto que la jurisdicción civil es autónoma no se requiere que exista sentencia en el orden penal para calificar el adulterio. El juez de lo familiar puede apreciar libremente las pruebas que le presente el consorte ofendido, para determinar si existe o no el hecho ilícito.⁸⁸

Si por la naturaleza del delito no se puede probar el acto mismo, la doctrina, la jurisprudencia y la ley admite 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.

"Se considera probado el adulterio por el juez, para los efectos de disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre distintas pruebas de aquellas que haya tomado en cuenta el juez penal, aunque también pueden utilizarse para hacerlas valer en el juicio de divorcio".

En materia civil, el divorcio por causa adulterio procede sin que se reúnan los requisitos que

88. Cfr. MUNOZ, Sabate, Luis, Técnica Probatoria, estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Barcelona, Ed. Praxis, 1967, pag. 209.

exige el Código Penal - que se realice el acto sexual con escándalo o en el domicilio conyugal -, basta la comprobación de la existencia de esas relaciones sexuales en cualquier circunstancia para tener por probada la causa de divorcio.

Dentro del adulterio, una ofensa de mayor grado, la constituye el acontecimiento de que después de las relaciones adúlteras, sobreviniera el nacimiento de un hijo a lo cual la Corte ha dicho : "La acción de divorcio por adulterio, fundada en el hecho debidamente probado de que la esposa dió a luz un hijo durante la ausencia del marido es procedente, porque dicho alumbramiento abedeció a relaciones adúlteras y por lo mismo, no debe exigirse como requisito de procedibilidad que primero se obtenga un juicio autónomo, respecto al desconocimiento de la paternidad de dicho menor".³⁹

"El adulterio que se invoca como causal para demandar el 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 esposo legítimo, porque aún cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente el adulterio, en cambio sí hace prueba plena en cuanto al

³⁹. ALCALA, Zamora y Castigo, Niceto, Introducción al estudio de la prueba, en estudios de Derecho Probatorio, Concepción Chile, Ed. Nacional Chilena, 1963, pag. 117.

nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron, y quedando demostrado el hecho que se refiere al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsistía el vínculo matrimonial, queda deducida la existencia del adulterio que es una consecuencia de aquel hecho y establecida la presunción relativa a la existencia de la causal invocada".⁴⁰

Lo anterior se refiere al adulterio de la cónyuge, olvidando que el esposo puede tener ayuntamiento carnal con mujer distinta a su cónyuge y que aquella procrea hijos, por tanto la esposa legítima puede argumentar este hecho para solicitar el divorcio, por adulterio de su esposo, contando así mismo, con la facultad de presentarse como prueba el acta de nacimiento de los menores producto de las relaciones adúlteras de su cónyuge.

40. ENNECCERUA, Kipp y, Wolff, Tratado de Derecho Civil, Derecho de la Familia, volumen I, Barcelona, Ed. Bosch, 1963, pag 229.

3.6. SENTENCIA CIVIL Y PENAL

Sentencia, "es la resolución que emite el juzgador, sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente se pone término al proceso".⁴¹

"La terminación normal del proceso conduce al juzgador a pronunciar la sentencia sobre el litigio sometido a proceso. Una vez que las partes han formulado sus pretensiones y, en su caso, sus negaciones y excepciones (fase expositiva); que han suministrado los medios que consideraron pertinentes para verificar (en la fase probatoria) los hechos sobre los cuales trataron de fundar sus respectivas actitudes; y corresponde al juzgador, ahora expresar en la sentencia su decisión sobre el conflicto".⁴²

Ahora bien, los requisitos externos o formales, son las exigencias que establecen las leyes sobre la forma que debe revestir la sentencia, es decir, se refiere a la sentencia como documento, el artículo B6 del Código de Procedimientos Civiles señala que, las sentencias deben

41. OVALLE, Favela, Jose, Derecho Procesal Civil, 3a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1984, pag. 145.

42. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, trad. de Roberto J. Vernengo de la segunda edición del texto original alemán (Viena 1960), Mexico, U.N.A.M., 1979, pags. 331-332.

tener el lugar, fecha, juez o tribunal que las pronuncie, a su vez se exige como requisitos formales, la expresión de los datos de identificación del proceso, los fundamentos de derecho y los puntos resolutiveos, así como la firma de juez o de los magistrados y del respectivo secretario de acuerdos. A estas exigencias legales, hay que añadir el requisito de expresar los hechos en que se funde la resolución que deriva del deber constitucional de motivar los actos de autoridad, impuesto por los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.

Los requisitos internos o sustanciales de la sentencia son aquellos que conciernen ya no al documento, sino al acto mismo de la sentencia, los cuales son tres : la congruencia, la motivación y la exhaustividad.

En relación a la congruencia, el juzgador debe pronunciar su fallo exclusivamente con las pretensiones y negaciones o excepciones que, en su caso, hayan planteado las partes durante el juicio; este requisito prohíbe al juzgador resolver más allá (ultra petita), o fuera (extra petita) de lo que es pedido por las partes.

"El deber de motivar la sentencia consiste en la exigencia, para el juzgador, de precisar los

hechos en que funde su decisión. basándose en las pruebas practicadas en el proceso. La motivación requiere que el juzgador analice y valore cada uno de los medios de prueba practicados en juicio y que, basándose en tal análisis y valoración, determine los hechos en que fundará su resolución".⁴³

Ahora bien, el deber de fundamentar las sentencias, deriva del artículo 14 Constitucional; su último párrafo establece : "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho". Pero el deber de fundamentar en derecho las sentencias, no se cumple con sólo citar o mencionar los artículos del texto legal respectivo o los preceptos jurídicos que se estimen aplicables al caso. este deber exige que el juzgador exponga las razones o argumentos por los que imponga tales conceptos de ley.

Así lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las exigencias de motivación y de fundamentación tienen por objeto no sólo que el juzgador exprese sus razones y sus argumentaciones jurídicas, sino que

43. ARAGONESES, Pedro, Sentencias congruentes, pretensión, oposición, fallo, 2a. ed., Madrid, Ed. Aguilar, 1957, pag. 9.

tales razones y argumentaciones puedan ser revisadas por el tribunal que, en su caso, conozca la impugnación contra la sentencia.⁴⁴

El requisito de exhaustividad impone al juzgador el deber de resolver sobre todo lo pedido por las partes, el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles establece que en la sentencia el juez debe decidir "todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate"

En cuanto a la estructura formal de la sentencia, ésta se compone del preámbulo, que contiene los datos de identificación del juicio; los resultados que es la descripción del desarrollo concreto del proceso; los considerandos en los cuales se valorarán las pruebas, se fijarán los hechos y razonamientos jurídicos; y los puntos resolutivos que contienen la expresión concreta del sentido de la decisión.

Sentencia penal, es la resolución judicial que, fundada en los elementos del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas condicionales del delito, resuelve la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la

44. Cfr. REICHEL, Hans, La ley y la sentencia, trad. de Emilio Miñana Villagrosa, Madrid, Ed. Reus, 1921, pag. 9.

instancia.

La palabra sentencia proviene del latín "sententia" que significa dictamen o parecer; se afirma también que nace del vocablo latino "sentiendo". porque el juez, partiendo del proceso, declara lo que siente.

Se clasifica como resolución judicial, porque el juzgador, a través de ésta, resuelve por mandato legal el fondo del proceso sometido a su conocimiento. No es como las demás resoluciones emitidas durante la secuela procesal; en ella la jurisdicción alcanza su máxima expresión. Es el acto procesal más trascendente en él, se individualiza el derecho estableciendo si la conducta o hecho se adecúa a uno o más preceptos legales determinados, para así, mediante el concurso de la verdad histórica y el estudio de la personalidad del delincuente, declarar la culpabilidad del acusado, la procedencia de la sanción, de la medida de seguridad; o por el contrario, la inexistencia del delito, o que aún habiéndose cometido, no se demostró la culpabilidad del acusado; situaciones que al definirse producen como consecuencia la terminación de la instancia".⁴⁵

Las sentencias se clasifican dependiendo

45. CENICEROS, José Angel, Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo, 2a. ed., México, Ed. Biblioteca Criminalista, 1943, págs. 54-55.

del momento procesal en que se dicten en : interlocutorias y definitivas; por sus efectos : declarativas, constitutivas y de condena; y por sus resultados : absolutorias y de condena.

Las sentencias siempre son condenatorias y se pronuncian en primera o segunda instancia, adquiriendo según el caso, un carácter definitivo o ejecutoriado.

La sentencia de condena, es la resolución judicial que, sustentada en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito, y tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declara culpable imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad.

La sentencia absolutoria, en cambio determina la absolución del acusado, en virtud de que la verdad histórica patentiza la ausencia de conducta, la tipicidad o aún siendo así, las probanzas no justifican la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

La sentencia es definitiva, cuando el órgano jurisdiccional de primera instancia así lo declara, al

transcurrir el plazo señalado por la ley para interponer algún medio de impugnación; o el tribunal de segunda instancia, al resolver el recurso interpuesto en contra de lo determinado por el inferior, independientemente de que el informe acuda el juicio de amparo y obtenga la protección de la justicia federal, pues esto es de naturaleza distinta.

Para entender el papel de la sentencia en el procedimiento penal, es conveniente precisar el objeto, fin y contenido de la misma.

El objeto de la sentencia, en sentido amplio abarca diversos aspectos, la pretensión punitiva estatal, la pretensión del acusado a la declaración de inocencia, o el encuadramiento de su conducta dentro de una especie o modalidad del tipo y la pretensión del ofendido a ser resarcido del daño.

En sentido estricto, el objeto se reduce a los hechos motivadores del ejercicio de la acción penal, mismos que tomará en consideración el órgano jurisdiccional relacionándolos con todas las diligencias practicadas durante el procedimiento, para así resolver la situación jurídica del sujeto a quien se atribuye.

El fin de la sentencia, es la aceptación o la negación de la pretensión punitiva y para ello será necesario que el juez, mediante la valoración precedente determine la tipicidad o atipicidad de la conducta, la suficiencia o insuficiencia de la prueba, la existencia o inexistencia del nexo causal entre la conducta y el resultado, y la capacidad de querer y entender del sujeto, para así establecer la culpabilidad, la operancia o no de la prescripción, o de alguna otra causa extintiva de la acción penal.

Resumiendo, el contenido de la sentencia lo constituyen todas las actuaciones desarrolladas durante el procedimiento.

La sentencia penal reviste una forma determinada, y también está sujeta a formalidades. En cuanto a su forma, la sentencia es un documento jurídico o necesario para su comprobación y certeza y cuyos efectos legales dependerán de la estricta observancia de los siguientes requisitos : debe hacerse por escrito, atendiendo a determinadas normas de redacción, como el prefacio, los resultandos, los considerandos y la parte decisoria.

"El prefacio inicia la sentencia, y en él se expresan aquellos datos necesarios para singularizarla.

Los resultandos, son formas adoptadas para hacer historia de los actos procedimentales (averiguación previa, ejercicio de la acción penal, desahogo de pruebas etc.).

Los considerandos, aquí se califican y razonan los acontecimientos, para que así, a través de la parte decisoria, expresar los puntos concretos a que se llegue.

Las formalidades son : la fecha, lugar en donde se dicte, el tribunal que la pronuncie, el número del expediente, los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre, el lugar de su nacimiento, su edad, su estado civil, domicilio y profesión (esto es el prefacio); un extracto de los hechos que según los códigos, debe ser breve, por tanto debe hacerse de manera conveniente y sin reducir demasiado la historia de los mismos (resultandos), las consideraciones de los hechos, lo cual implica el estudio y valoración de las pruebas, la interpretación de la ley, las referencias doctrinales y jurisprudenciales en donde se apoye

el juez, el estudio de la personalidad del delincuente, citando los preceptos legales en que se sustentan jurídicamente los razonamientos sobre estos aspectos (Considerandos), la declaración imperativa y correcta de que el delito se cometió, la responsabilidad del acusado, la culpabilidad, la inculpabilidad, la naturaleza de la sanción y su duración cronológica, las medidas de seguridad aplicables, la reparación del daño, la imposición de la multa determinando su cuantía, la confiscación de los objetos del delito, la orden de que se notifique a las partes y el mandamiento para que se cumpla en el lugar en donde lo determine el juzgador (parte decisoria).⁴⁶

"La sentencia concebida desde el punto de vista formal como un documento, para su validez legal, es importante hacer constar la fecha de su expedición -elemento básico para comprobar si la resolución se pronunció dentro del tiempo ordenado por la Constitución, y también para que empiecen a correr los términos de ley, dentro de los cuales puede impugnarse la resolución y precluya o no ese derecho-, las firmas del juez y del secretario y el sello del juzgado".⁴⁷

46. PAVON, Vanconcelos, Francisco, Lecciones de Derecho Penal, Parte especial, 2a. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1965, pag. 89.

47. La Cosa Juzgada, Publicaciones de la Universidad de Puebla, Mexico, Ed. Jose María Cajica Jr., 1981, pag. 205.

Tomando en cuenta que la condena o absolución debe presentarse en puntos concretos, el juez está obligado a conocer los hechos, su motivación, las circunstancias constitutivas de los mismos y todos los datos sobre el estudio de la personalidad del acusado, para de esa manera precisar la agravación o la atenuación de la pena, o la procedencia de alguna causa de justificación, y dentro del mínimo y máximo señalado por la ley fijar el quantum de la pena y dictar la medida de seguridad según el caso; todo lo cual implica que al absolver o condenar categóricamente, la sentencia se ajuste a la prohibición constitucional de "absolver de la instancia", evitando que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito (artículo 23 Constitucional).

CAPITULO IV

EFFECTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO

- 4.1. EFECTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA EN MATERIA CIVIL Y PENAL RESPECTO DEL ADULTERIO
- 4.2. SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR ADULTERIO
- 4.3. SITUACION JURIDICA DE LOS CONYUGES EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO

4.1. EFECTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA EN MATERIA CIVIL Y PENAL RESPECTO DEL ADULTERIO

En materia civil, una vez que se acredita ante el juzgador la causal de divorcio invocada -en este su disolución del vínculo matrimonial-, éste decreta la disolución del vínculo matrimonial.

La sentencia que el juez dicta produce efectos jurídicos, los cuales se dividen en tres grupos :

1. En relación a la persona de los divorciados.
2. Respecto a los hijos.
3. En cuanto al patrimonio de los divorciados.

En relación a los cónyuges, el divorcio tiene como efecto fundamental su desvinculación, ambos recobran su libertad para contraer nuevas nupcias. (artículo 289 del Código Civil).

En el mismo orden de ideas, el artículo antes mencionado establece que : "El cónyuge que haya dado causa al divorcio no podrá volver a casarse sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio".

Esta limitación se impone al cónyuge culpable como una sanción a su conducta ilícita y además para que en el transcurso de dicho término, recapacite sobre su conducta y no reincida, en un matrimonio posterior, a cometer los mismos desaciertos.

Por lo que toca al cónyuge que no dió caus al divorcio, la ley no hace ninguna mención del tiempo en que pueda volver a casarse: interpretando a contrario sensu, el cónyuge inocente puede contraer matrimonio inmediatamente que haya causado ejecutoria la sentencia que decreta el divorcio. En el caso de que sea el cónyuge inocente no podrá contrer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diera a luz un hijo (artículo 158 del Código Civil). Lo anterior tiene por finalidad evitar problemas sobre la filiación del menor que naciera en ese término, cuando la mujer se casa inmediatamente después de obtener el divorcio.

Tratándose de divorcio voluntario, los cónyuges deberán dejar pasar un año contado a partir de la fecha en que recayó la sentencia de divorcio para que contraigan nuevo matrimonio. Siendo la razón de esto, el asegurar la dignidad del matrimonio a dar margen a que el periodo de un año se reflexione, para que el posterior vínculo matrimonial se de con base firme.

En lo que concierne al pago de alimentos entre los divorciados, el juez de lo familiar tiene un criterio estricto para fijar el monto de dichos alimentos, basándose en la capacidad para trabajar y en la situación económica del cónyuge culpable.

Por lo que respecta a los efectos que produce el divorcio necesario en relación a los hijos, el juez goza de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia de los hijos, o el de designar tutor, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ella. (artículo 383 del Código Civil). Antes de que decida definitivamente el juez sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrá acordar, a petición de los

abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores. Lo cual podrá modificar atento a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444 fracción III. (artículo 284 del Código Civil).

De esta manera, el juzgador tiene la más amplia facultad para determinar todo lo relativo al cuidado y custodia de los hijos; pero deberá tener mucha cautela en la decisión de la pérdida o no de la patria potestad, pues pudiera suceder que el cónyuge que la conserva no tenga la suficiente capacidad moral para llevar a sus hijos en buena forma, lo cual sería de consecuencias negativas para ellos.

Aunque los padres pierdan la patria potestad sobre sus hijos, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con ellos.

Ahora bien, en cuanto a los bienes de los divorciantes, si se contrajo matrimonio bajo el régimen de separación de bienes no se produce ningún cambio, pues cada cónyuge conserva su patrimonio. Pero si la unión conyugal se realizó bajo el régimen de sociedad conyugal, se debe liquidar la misma, procediéndose a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para

asegurar las obligaciones que quedan pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. (artículo 287 del Código Civil).

El cónyuge culpable pierde en favor del cónyuge inocente todo lo que hubiera 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 286 del Código Civil).

Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de primera instancia remitirá copia de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta correspondiente y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto (artículo 291 del Código Civil).

Por otra parte, la acción de divorcio se extingue por reconciliación o por perdón expreso o tácito de los cónyuges, en cualquier estado que se encuentre el juicio si aún no hubiere sentencia ejecutoriada, deberán denunciar el perdón o la reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

"En la Ley de Relaciones Familiares, lo mismo que en el Código de 1884, se contenía el siguiente precepto :

Artículo 91. La ley presume la reconciliación cuando después de presentada la demanda de divorcio ha habido cohabitación entre los cónyuges.

Aún cuando el código en vigor no reproduce este precepto, es evidente, que al reanudarse la vida en común, bien con trato sexual o sin él, existe evidentemente una presunción de reconciliación para los efectos de dar por terminado el juicio de divorcio".⁴⁸

Es esencial, que haya una causa susceptible de perdón y que el cónyuge que haya sido inocente sea ante la misma el que esté conforme en no intentar su acción de divorcio para reanudar la vida conyugal en todas sus manifestaciones externas, y sobre todo íntimas.

Sólo son susceptibles de perdón, las causales que constituyen delitos, hechos inmorales o conducta culposa, como lo es el adulterio: existen varias que no implican esos hechos imputables como son, la locura, las enfermedades crónicas e incurables, que sean además

48. PUIG, Pena, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, t. II, Derecho de Familia, V, II, Paternidad y Filiación, 3a. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, page. 16 y 17.

contagiosas o hereditarias, y la impotencia incurable para la cópula.

Además la reconciliación debe distinguirse del perdón, ya que en ella propiamente no hay una causa justificada o definida que permita hablar de cónyuge culpable o inocente. Ante una disputa en la que el cónyuge al que se le considera culpable no admita la culpa y tampoco existan pruebas evidentes de ella, puede el otro cónyuge que se considera inocente reanudar la vida en común con todas sus manifestaciones y, a pesar de que esté planteada la controversia, de que la demanda de divorcio haya sido negada, de que no existan pruebas que permitan al juez concluir sobre la existencia de la causal, siempre que no se hubiere dictado sentencia, pueden los cónyuges reconciliarse reanudando la vida conyugal.

Para que proceda el perdón debe existir una causa previa de divorcio, además de que el delito debe ser por querrela de parte ofendida.

Hablando del delito de adulterio, la sentencia produce diversos efectos substanciales, según sea condenatoria o absolutoria, y efectos formales en ambos casos.

Los efectos substanciales de la sentencia condenatoria, repercuten en el procedimiento y también en los sujetos de la relación procesal.

En cuanto al procedimiento, al término de la primera instancia se da lugar (previa interposición del recurso correspondiente), al inicio de la segunda o bien, a la resolución que otorga a la sentencia el carácter de "cosa juzgada", como consecuencia de esto se produce la ejecución de las sanciones.

En los sujetos de la relación procesal, los efectos se traducen en obligaciones para el órgano jurisdiccional, derechos y obligaciones para el sentenciado y el órgano de la defensa, derechos para el ofendido y obligaciones para los sujetos secundarios o auxiliares.

Los efectos substanciales de la sentencia absolutoria, produce efectos en el procedimiento y en los sujetos de la relación procesal, a su vez entrañan deberes y derechos correlativos para el juez, para las partes y algunos terceros, ya señalados estos en el párrafo anterior.

En relación con el procedimiento, los efectos son:

Primero, la negativa de la pretensión punitiva estatal, en obediencia a : 1. falta de pruebas; 2. deficiencias de éstas; 3. existencia de ellas, pero que impriman duda en el ánimo del juzgador; 4. que conduzcan a la plena comprobación de inocencia del procesado, etc.

Segundo, termina la primera instancia e inicia la segunda, siempre condicionada a la impugnación de las partes, que mediante la resolución judicial respectiva, puede alcanzar el carácter de autoridad de cosa juzgada.

La sentencia en cuanto afirma una verdad formal, tiene efectos de ese tipo, pero si esta verdad responde a la verdad real, se presume como tal; por eso, la sentencia como documento tiene carácter público, con sus repercusiones naturales cuando haya alcanzado la categoría de cosa juzgada.

Por lo que hace al perdón, éste es el acto a través del cual el ofendido por el delito, su legítimo representante o el tutor especial, manifiestan ante la autoridad correspondiente que no desean se persiga a quien lo

cometió. Para estos fines, no es necesario la explicación del porqué de su determinación; pues en la práctica cuando se desisten de la querrela lo hacen "por así convenir a sus intereses".

Con ello, se determina la cesación del procedimiento a la ejecución de la pena, extinguiéndose en consecuencia el derecho de aquella, porque si ha habido capacidad para querellarse, es lógico que en uso de la misma se pueda perdonar.

En este caso del adulterio, el perdón surtirá efectos cuando no se haya dictado sentencia, de lo contrario no procede, el artículo 276 de Código Penal dice al respecto: "Cuando el ofendido perdona a su cónyuge cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables".

Durante la averiguación previa, aún ya satisfechos los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, la sola manifestación de voluntad de quien tiene facultad para otorgar el perdón, debe ser motivo suficiente para hacer cesar la actuación del Ministerio Público.

4.2. SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR ADULTERIO

Una vez que la sentencia que decreta el divorcio causa ejecutoria, se inician las consecuencias que trae consigo la disolución del vínculo matrimonial, de las cuales se tratará la situación jurídica de los hijos.

Anteriormente la ley imponía como sanción al cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad sobre los hijos o la suspensión de la misma mientras viviera el cónyuge inocente, se indicaba en forma enumerativa las causas por las cuales se perdía o suspendía la misma.

El artículo 283 del Código Civil nos dice : "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al

ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

El padre o madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos: están obligados en proporción a sus bienes e ingresos, a contribuir a la subsistencia y a la educación de estos hasta que lleguen a la mayoría de edad (artículo 287 del Código Civil). Recordemos el principio general de que los alimentos surgen en razón de la necesidad del que los recibe y de la capacidad del que los debe, y de que los primeros obligados a proporcionarlos son los padres a sus hijos y viceversa. El Tribunal Superior de Justicia así interpreta y aplica el principio mencionado con respecto a los hijos de los divorciados.

El artículo 306 del Código Civil, señala como límite la mayoría de edad en la obligación que tienen los colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, primos) de alimentar a sus parientes.

En cuanto a la obligación de ambos progenitores de contribuir a la subsistencia y a la educación de los hijos, considero, que el cónyuge que tiene la custodia

de los mismos. está cumpliendo en buena parte su carga económica con el tiempo y el esfuerzo que significa la atención y cuidado de los hijos; de esta manera, el progenitor que no tiene esta tarea permanente a su cargo, debiera contribuir con una mayor asignación de aporte económico con respecto a esta manera de distribuir la carga económica, el Código Civil debiera tener precepto específico.

4.3. SITUACION JURIDICA DE LOS CONYUGES EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO

En la sentencia de divorcio voluntario y en relación a la persona de los cónyuges, aquella extingue el vínculo matrimonial y deja en libertad a los divorciados de contraer un nuevo matrimonio válido, dejando transcurrir un año contado a partir de que se declare ejecutoriada la sentencia. En este tipo de divorcio, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo tiempo de duración del matrimonio, el cual disfrutará si no tiene ingresos suficientes y no contraiga nupcias o se una en concubinato; el mismo derecho tendrá el hombre que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de suficientes ingresos para subsistir y no se case o una en concubinato.

En el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio y que fue aprobado por el Juez y el Ministerio Público, queda establecido lo relativo a la custodia y sostenimiento de los hijos, la patria potestad es conservada por ambos exónyuges.

Para el divorcio necesario, el efecto

directo de la sentencia es como ya se planteó, la disolución del vínculo conyugal: la cónyuge inocente deberá esperar trescientos días para volver a casarse, contados a partir de que el juez ordenó la separación judicial, o sea, al admitir la demanda o antes si hubo urgencia en la separación: este término tiene por objeto evitar la confusión de paternidad con respecto al hijo que la mujer pueda dar a luz en los plazos que la propia ley señala para imputar la certeza de paternidad al marido.

Por lo que concierne al o a la cónyuge culpable, la ley impone una sanción de dos años de espera para poder contraer nuevo matrimonio válido.

Otro de los efectos del divorcio, es aquel que se refiere a la capacidad de ejercicio de la mujer divorciada, se encontrará frente a un exmarido en la misma situación jurídica que cualquier otra persona y podrá contar y obligarse en cualquier término.⁴⁹

En cuanto al ejercicio del comercio por parte de la mujer o el hombre divorciados, podrán ejercerlo libremente.

⁴⁹. Cfr. BELTRAN, Godofredo, F., Tribunales y procedimientos especiales para conflictos en las relaciones familiares, Anales de Jurisprudencia, T. 142, año 37, México, enero-marzo 1971.

Otro de los efectos se refiere al uso por la divorciada del apellido del exmarido. nuestro Código Civil guarda absoluto silencio sobre el particular y como la costumbre ha sido que la mujer casada no pierda su apellido y. simplemente agregue al suyo el de su marido. es obvio que en el caso de divorcio. sea culpable o no. perderá todo derecho a seguir usando el apellido del exesposo. pues no hay razón para que la mujer continúe utilizando un apellido que no le pertenece: sin embargo. como nada se legisla al respecto. no habrá sanción en caso contrario.

Por lo que se refiere a la determinación de los alimentos del cónyuge inocente. si es la mujer. se imponen aún cuando tengan bienes y esté en condiciones de trabajar. Si es el hombre el que resulte inocente. se le proporcionarán los alimentos sólo en el caso de que carezca de bienes y esté imposibilitado para desempeñar alguna labor remunerada. la mujer culpable tendrá que otorgárselos. La razón de dar alimentos por el cónyuge culpable es una sanción. por un hecho que le es directamente imputable y dado que ya no prestará ese auxilio económico al otro consorte. no habrá circunstancia para distinguir entre la mujer y el marido pues no es en función de la necesidad de los alimentos. sino de una pena que se impone al cónyuge

culpable. por haber dado causa para que se disolviera el
vínculo matrimonial.⁵⁰

50. Cfr. Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre
de 1983, (Reformas al Código Civil y al Código de
Procedimientos Civiles).

CONCLUSIONES

PRIMERA. Es de considerarse, que el legislador debe realizar en materia civil un concepto más exacto de lo que es el adulterio y adecuarlo a la realidad social, pues no se detalla, ni aporta elementos suficientes para encuadrarlo como tal y al ser la civil materia base de estudio de las demás disciplinas jurídicas, el precepto que ésta aportara sería la pauta a seguir para que también en el ámbito penal se configurara una definición de menos exigibilidad que la actual; por lo que podría definirse civilmente al adulterio como : "Adulterio es el tener relaciones sexuales con persona distinta del vínculo matrimonial, bajo cualquier circunstancia en que sean sorprendidos y comprobable en juicio con el dicho de testigos presenciales"; pudiendo con esto evitar la laguna jurídica que existe al respecto, así como que el juzgador quede facultado para decidir con mayor facilidad.

SEGUNDA. Para apoyar la conclusión anterior, hago notar que aún cuando existieran grandes cambios y avances la Ley de Relaciones Familiares de 1917, nuestro Código Civil vigente continúa basándose en los estatutos contemplados por el Código de 1884, pues en lo que se refiere al adulterio, no aporta elementos suficientes para probar en juicio de qué manera se realizó tal conducta por el

cónyuge adúltero, y de aquí surge la dificultad de que en el procedimiento se pruebe dicha causal.

TERCERA. Por ser esta figura jurídica, una de las causales de disolución del vínculo matrimonial, es menester que en nuestra materia civil sea incluido como causal de divorcio: "La que el cónyuge que lleve a cabo relaciones de noviazgo sea considerado como adúltero": pues se realiza una tentativa, aunque en el adulterio no existe, ya que en muchas ocasiones este tipo de conducta son las que llevan a la práctica del adulterio, y más aún, las de llegar a tener al mismo tiempo dos o más mujeres.

CUARTA. Aunque es penoso reconocerlo, debido al gran auge de esta conducta en nuestro país considero que se deben adicionar pecuniarias más severas a los cónyuges que les sea comprobada la comisión del adulterio, pues es notorio que a lo que dieron origen no sólo es un divorcio, sino a la desintegración familiar y al mal ejemplo para los hijos si es que dentro de ese matrimonio los hubo.

QUINTA. La doctrina y jurisprudencia parecen proteger al cónyuge culpable, pues manifiestan: el

encontrar a una persona desnuda con otra distinta a la que es su cónyuge pero sin estar realizando el acto sexual, sino sólo tocamientos, rozamientos o introduciéndose a ella de manera oral o rectal no constituye adulterio, serán comprendidos estos actos como ofensas graves: a lo que no estoy de acuerdo, en el sentido de que de cualquier manera se llegará a tener relaciones sexuales, puesto que los hechos anteriores no dejan de tener ese carácter, ya que los actos de lujuria distintos de la unión carnal (pene-vagina), en muchas de las ocasiones son motivo para la excitación y el logro posterior del orgasmo, por parte de los que en ese momento los llevan a cabo, y no deja de ser en mi muy particular punto de vista adulterio.

SEXTA. Finalmente y como ha quedado asentado en las conclusiones que anteceden, el adulterio en un juicio de divorcio es muy difícil de probarlo, ya que en las más de las circunstancias la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debería aceptarse de manera general por parte de los juzgadores la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable, esto con el dicho de dos testigos; ya que quien hace la petición de disolución del vínculo matrimonial es el cónyuge ofendido, mismo que no desea continuar esa relación marital malsana.

—
puesto que el ofensor ha roto con los principios morales para los que fue creado el matrimonio y por lo tanto debe quedar fuera del seno familiar, para así poder legalizar una situación que ya no es posible soportar, concediéndose por parte del Juez de lo Familiar el divorcio.

BIBLIOGRAFIA

ALCALA, Zamora y
Castillo, Niceto

Ensayos de Derecho Procesal (civil, penal y constitucional). Buenos Aires, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1949.

ALCALA, Zamora y
Castillo, Niceto

Introducción al Estudio de la Prueba, en Estudios de Derecho Probatorio. Concepción Chile. Editorial Nacional Chilena, 1965.

ARAGONESES, Pedro

Sentencias congruentes, pretensión, oposición, fallo. 2a. ed.. Madrid. Editorial Aguilar, 1957.

BECCARIA, Cesare

De los Delitos y las Penas. México. Editorial Porrúa, 1970.

BELTRAN, Godofredo, F.

Tribunales y procedimientos especiales para conflictos en las relaciones familiares. Anales de jurisprudencia, T. 142, año 37. México, enero-marzo 1971.

BONNIER, Eduardo

Tratado teórico práctico de las pruebas en Derecho Civil y Penal. México. Imprenta de la biblioteca de jurisprudencia, 1874.

CASTELLANOS, Tena.
Fernando

Lineamientos elementales de Derecho Penal. 4a. ed.. México. Editorial Porrúa, 1976.

CENICEROS, José.
Angel

Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo. 2a. ed.. México. Editorial Biblioteca Criminalia, 1943.

- COLIN, Ambrosio, y Copolant. H. Curso elemental de Derecho Civil. tomo I. 2a. ed., Madrid. Editorial Reus. S.A., 1922.
- CRUZ, Ponce, Lisandro, y Leyva, Gabriel Código Civil para el Distrito Federal 1932-1982. México. Facultad de Derecho. U.N.A.M., 1982.
- Derecho Azteca Comparado. Ediciones especiales del Instituto Indigenista, México, 1949.
- ENNECCERUA, Kipp, y Wolff Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia. volumen I. Barcelona. Editorial Bosch, 1963.
- ESPIN, Canovas, Diego Manual de Derecho Civil Español. 2a. ed., Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1975.
- ESQUIVEL, Obregón, Toribio Apuntes para la Historia del Derecho en México, 3a. ed., México. Editorial Polis. S.A., 1938.
- GALINDO, Garfias, Ignacio Derecho Civil. 3a. ed., México. Editorial Porrúa, S.A., 1985.
- GOLDSTEIN, Mateo Divorcio. Enciclopedia Jurídica Omeba. tomo IX. 6a. ed., Buenos Aires. Argentina. Editorial Bibliográfica Argentina, 1969.
- GONZALEZ, de la Vega, Francisco Derecho Penal. 2a. ed., México. Editorial Porrúa, S.A., 1986.

- GUTIERREZ, y González Derecho de las Obligaciones. México. Ernesto Editorial Esfinge, 1982.
- KELSEN, Hans Teoría Pura del Derecho. trad. de Roberto J. Vernengo de la segunda edición del texto original alemán (Viena 1960). México. U.N.A.M., 1979.
- KOHLER, J., Derecho de los Aztecas. México. Editorial Latinoamericana. S.A., 1924.
- MACHORRO, Narváez, Paulino El Ministerio Público. La intervención de terceros en el Procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución. México. Publicaciones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la Real de Madrid, 1936.
- MARGADANT, S., Guillermo, F. El Derecho Romano. 3a. ed., México. Editorial Esfinge, 1981.
- MATEOS, Alarcón Estudios sobre Derecho Penal del Distrito Federal, tomo I, México. Editorial Porrúa, 1985.
- MAZEAUD, Jean, y León Henri Lecciones de Derecho Civil. parte primera, vol. IV. 4a. ed., Buenos Aires. Editorial jurídica Europa-América, 1959.
- MONTERO, Duhalt, Sara El Divorcio. fascículos 17.7. México. Editorial D.U.A., U.N.A.M., 1982.
- MUNOZ, Luis Derecho Civil Mexicano. 2a. ed., México. Cárdenas Editor, 1971.

- MUNOZ. Sabate,
Luis Técnica Probatoria. estudio sobre las
dificultades de la prueba en el proceso.
Barcelona, Editorial Praxis, 1967.
- ORTIZ. Urquidi,
Raúl Derecho Civil, parte general. 2a. ed..
México, Editorial Porrúa. S.A.. 1982.
- OVALLE. Favela,
José Derecho Procesal Civil, 3a. ed.. México
Editorial Porrúa, S.A., 1984.
- PALLARES. Eduardo El Divorcio en México. 2a. ed.. México,
Editorial Porrúa, S.A.. 1979.
- PAVON. Vasconcelos.
Francisco Lecciones de Derecho Penal. parte
especial. 2a. ed.. México. Editorial
Porrúa, S.A.. 1965.
- PINA. Rafael de Derecho Civil Mexicano. 3a. ed.. México,
Editorial Porrúa, S.A.. 1973.
- PINA. Rafael de Tratado de las Pruebas Civiles. 3a. ed..
Editorial Porrúa, S.A.. 1981.
- PORTE PETIT.
Candaudap, Celestino,
A.. Petit Eugene Tratado elemental de Derecho Romano. 2a.
ed.. México, Editorial Nacional. 1976.
- PORTE PETIT.
Celestino Apuntamientos de la parte general de
Derecho Penal. 2a. ed.. México, Editorial
Nacional, 1969.
- PUIG. Peña.
Federico Tratado de Derecho Civil Español. t. II.
Derecho de Familia V. II. Paternidad y
Filiación. 3a. ed., Editorial Revista de
Derecho Privado, Madrid. 1962.

REICHEL, Hans

La Ley y la Sentencia, traducción de Emilio Miffana Villagrasa. Madrid. Editorial Reus. 1921.

ROJINA, Villegas,

Derecho Civil Mexicano, t. II, volumen I, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, S.A., 1949.

Rafael

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal (1990).

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (1990).

Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal (1990).

Apendice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1979.

Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, (reformas al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles).