



259
207

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

DEFINICION LEGAL DEL ADULTERIO
CONSIDERADO POR LA LEGISLACION CIVIL Y
PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A D A :
CLAUDIA ISELA NAVARIJO ALVAREZ

DIRECTOR DE TESIS: LIC. GERARDO SEPULVEDA MARIN.



ACATLAN, EDO. DE MEX.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Esta tesis está dedicada:

A Dios,

Por concederme la dicha de haber nacido.

A mis Abuelitos:+

Luis Alvarez Ramirez y Esteban Navarjjo Rueda; a quienes debo lo que soy.
Su ejemplo me exige a seguir luchando.

A mis Padres:

Mi eterno agradecimiento y gratitud a los seres que medieron la vida, quienes
con su ejemplo de honradez y dignidad me han enseñado a ser una mujer
honesta y leal, pues les debo todo lo que soy y lo que pueda ser.

A mi Hermana Nancy:+

Amoroso homenaje.

A mi Hermana Michelle y a mi cuñado Armando:

Esperando ser para ellos motivo de orgullo y apoyo.

A mi tío Gilberto Alvarez Sotelo:

Porque con su colaboración y ayuda incondicional hizo posible la elaboración del presente trabajo.

A mis Primitos Vanessa y Agustín:

Con todo mi amor.

Con especial agradecimiento:

AL DIRECTOR DE ESTA TESIS: con mucha admiración y respeto por su extraordinaria calidad humana, por su incondicional e invaluable asesoría jurídica.

Como testimonio de mi profundo agradecimiento por su enseñanza y consejos transmitidos, a usted Lic. Gerardo Sepuveda Marín, hombre leal y honesto, que sin su dirección no hubiese podido culminar éste trabajo.

A Verónica del Pilar Morales Franco:

Con mucho cariño gracias comadre.

A María Vázquez Hernández:

Por su apoyo y su amistad

A todos y cada uno de mis maestros.

A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales "ACATLAN".

A todos aquellos que de una u otra manera colaboraron en mi formación humana y profesional.

Al Honorable Jurado:

LIC. JUANA INES CHAVARRIA CASTORENA.

LIC. RENE ARCHUNDIA DIAZ.

LIC. GERARDO SEPULVEDA MARIN.

LIC. ADOLFO YEBRA MOSQUEDA.

LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	4
ANTECEDENTES HISTORICOS	4
1.1 Grecia	4
1.2 Roma	6
1.3 España	9
1.4 México Prehispánico	13
CAPITULO II	17
CONCEPTO DE ADULTERIO EN EL CODIGO CIVIL	17
2.1 Código Civil de 1870	17
2.2 Código Civil de 1884	19
2.3 Ley de Relaciones Familiares de 1917	21
2.3 Código Civil de 1928	22
CAPITULO III	23
DEFINICION DE ADULTERIO ENMARCADA EN EL CODIGO CIVIL COMO CAUSAL DE DIVORCIO	23
3.1 El Matrimonio y el Acceso Carnal	23
3.2 Punibilidad	27
3.3 El Divorcio Necesario Fundado en la Fracción I del Artículo 267	30

	Pag.
3.4 Extinción de la Causal de Adulterio en el Divorcio	31
3.5 Demostración Procesal de la Causal de Adulterio	33
3.5.1 Pruebas en el Adulterio	34
3.5.2 Prueba Directa	34
3.5.3 Prueba Indirecta	36
3.5.4 La Confesión	38
3.5.5 Testigos	40
3.5.6 Caducidad de la Acción	43
3.5.7 Adulterio Ocasional	45
3.5.8 Adulterio no Ocasional	46
3.5.9 Autonomía de las Causales	48
3.5.10 Las Causales deben Probarse Plenamente	49
CAPITULO IV	52
ANTECEDENTES EN NUESTRA LEGISLACION PENAL	52
4.1 Código Penal de 1871	52
4.2 Código Penal de 1929	55
4.3 Código Penal de 1931	56
CAPITULO V	58
EL DELITO DE ADULTERIO	58
5.1 Elementos del Delito	59
5.1.1 Elementos del Delito de Adulterio	61
5.2 Medios de Prueba	68
5.2.1 Testimonial	69
5.2.2 Instrumental	70
5.2.3 Presuncional	71
5.3 Circunstancias en las que se puede dar el Adulterio	73
5.3.1 Grave Dolor	73

	Pag
5.3.2 En el Lecho Conyugal	76
5.3.3 Con Escándalo	77
CAPITULO VI	79
EFFECTOS DEL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO Y SUS CONSECUENCIAS	79
6.1 Como Delito	80
6.2 Como Causal de Divorcio	83
6.2.1 Con Respecto a los Cónyuges	85
6.2.2 Con Respecto a los Hijos	87
6.2.3 Con Respecto a los Bienes	87
6.3 Relación del Adulterio con Diferentes Formas Jurídicas	91
6.3.1 Bigamia	91
6.3.2 Concubinato	94
6.3.3 Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio	97
CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFIA	104

INTRODUCCION

Si aceptamos que la existencia de un Estado, depende básicamente de una sana convivencia social y esta a su vez, deriva de la existencia del núcleo básico de la población que es el grupo familiar, es evidente que resulta de suma importancia la protección de la familia, de su continuidad y de su permanencia, por ello, el presente trabajo está encaminado en términos generales, a analizar la estructuración de conductas definidas jurídicamente como el concubinato, el adulterio o la bigamia, que incitan o propician la desvinculación familiar, y de manera más específica por su importancia se refiere a la segunda de las conductas mencionados, es decir al adulterio, que dentro de su definición encontramos que es la protección de la fidelidad de los cónyuges que se deben mutuamente en el trato sexual, sin embargo no cabe duda que la Ley ha introducido la consideración de otros intereses, como la prevención del orden de la familia o de la filiación legítima dentro de ella, lo explica el distinto tratamiento que brinda al adulterio de la mujer con respecto al marido por medio de una tipicidad diferenciada, lo cual no tendría razón de ser si lo único que trata de proteger fuese la fidelidad conyugal, desde el punto de vista jurídico el adulterio se entiende como el delito sexual que se produce del ayuntamiento carnal entre personas de distinto sexo, estando una de ellas, cuando menos, unida a otra por el vínculo del matrimonio, siempre y cuando dichos actos sexuales se realicen en el domicilio conyugal o con escándalo.

Dentro del contexto social mexicano, desafortunadamente encontramos que estas conductas son verdaderamente dañinas para la configuración Jurídico-Social de un

elemento tan importante como es la población que forma el estado, pues en el momento en que se estructura el Estado como una unión de familias, a través de las cuales la sociedad exige una cierta organización, consideramos de suma importancia, que exista una definición valedera del delito de adulterio, ya que la sociedad misma lo exige para guardar su debida organización y que este tipo de conductas delictuosas estén debidamente definidas y en consecuencia puedan ser castigadas atendiendo al grado de daño que este hecho causa tanto hacia él o la cónyuge, hacia los hijos y aún a la sociedad misma.

Es por ello que consideramos de vital importancia la necesidad de que el interés protegido, debe ser más que nada la familia; sin dejar de considerar la importancia que reviste el mantener y proteger la fidelidad sexual que también debe ser un bien jurídico tutelado, ya que lo que interesa al derecho es brindarle una seguridad jurídica al bien común, representado por toda la sociedad, y esta necesita que se le brinde la protección debida a la integración de la familia.

Sin embargo nos encontramos que dentro de nuestro país en algunas Legislaciones civiles y penales existe una grave deficiencia en la técnica jurídica que intenta definir el tipo jurídico ya que no se ajusta a las situaciones concretas ni permite precisar el tipo, modo y circunstancias a través de las cuales se esté adecuando la conducta al tipo penal o bien a la definición del adulterio como causal de divorcio en materia civil.

Esa es la problemática que intentamos resolver en el presente estudio, para lo cual lo iniciaremos estableciendo algunos antecedentes históricos, pasajes que nos permitirán obtener criterios suficientes para estar en aptitud de proponer una definición propia.

Seguiremos por observar al adulterio desde el punto de vista del Derecho Civil, analizándolo por los parámetros y conducta que debe establecerse para que se subsane la técnica jurídica y se pueda convertir en una importante y verdadera causal establecida por la Ley para demandar la disolución del vínculo matrimonial

Asimismo es necesario hablar de la configuración jurídico-penal que define al delito de adulterio, en donde encontramos que el tipo que describe actualmente nuestra legislación como adulterio, simple y sencillamente no llega a tener la técnica jurídica suficiente que indique los elementos del delito, además de que, si consideramos que la realización de esta conducta afecta al núcleo familiar y aun a terceros, es importante precisar el tipo y los elementos que permitan comprobar la conducta delictuosa.

Durante la trayectoria del presente trabajo y siguiendo las diferentes ideas que han surgido en él, finalizaremos haciendo un análisis entre las ideas civilistas y penalistas, para extraer dentro de nuestras conclusiones una verdadera definición de lo que es el adulterio, y cómo debe de manejarse en la legislación mexicana y más específicamente en los códigos civiles y penales para el Distrito Federal.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Para lograr mayores elementos de juicio, pasaremos ahora a observar algunos antecedentes que encontramos a través de la evolución histórica, especialmente referidos al adulterio, en las diversas legislaciones antiguas para el fin y efecto de seguir teniendo mayores criterios de valor que nos permitan elevar fundadamente nuestras críticas y sugerencias.

1.1 GRECIA

Por la configuración geográfica de la Península Griega que es de tipo montañoso, se organizaron los asentamientos humanos en esta región, en un tipo de las llamadas ciudades estados. Esto es ciudades totalmente autónomas unas de las otras, pero de alguna manera unidas por situaciones etnográficas.

Las dos civilizaciones más fuertes de Grecia eran Esparta y Atenas.

En el derecho clásico griego, el adulterio no dejó de ser castigado, pero la pena era arbitraria y muy variada, en tal forma que estaba basado en la que era la llamada "Ley del Talión", pues se le otorgaba un derecho de venganza al marido, ya que podía incluso acusar a la mujer ante los tribunales familiares, los que en un momento determinado tenían la facultad de decretar la pena de muerte.

Ahora bien, debido a su gran comercio con todas las ciudades del Mediterráneo, la cultura griega, parece tener un concepto más amplio de lo que se considera como la monogamia, ya que las mujeres, los esclavos y numerosos extranjeros, no podían participar en la vida pública y eran, simple y sencillamente, objeto directo del jefe de familia, quien podía disponer de estos a su placer.

El maestro Guillermo Floris Margadant al hablarnos de estas circunstancias nos dice: "Sin embargo, los verdaderos ciudadanos solo formaban una pequeña minoría entre los habitantes de una "Polis", o probablemente alrededor de un 10%, las mujeres, los esclavos y los numerosos extranjeros que a menudo estaban establecidos por varias generaciones dentro de la "polis", no participaban en la educativa vida pública. Por tanto cuantitativamente vista, la democracia ateniense tuvo mucho de la oligarquía".¹

Como consecuencia de esta idea, el adulterio en Grecia tenía la influencia corrupta de Fenicia, y por lo que se refiere a Esparta, no puede hablarse de la fidelidad

¹ Floris Margadant, Guillermo. "Panorama de la Historia Universal del Derecho" México, Editorial Porrúa S.A., 12a. Edición, 1992 pág. 69

conyugal o de adulterio punible, o al menos censurable, ya que en esta cultura se permitía a la mujer entregarse a parientes más próximos con el fin de que pudiera tener descendencia masculina. También se practicó el concubinato aunque la concubina era poco más que una esclava.

1.2 ROMA

En el contexto de la legislación imperial romana, se observa que la "Ley Juliana de Adulteris", esta relacionada con lo que es la "Dote del Matrimonio".

Eugenio Petit cuando nos explica esta Ley, nos dice: "El marido es propietario de la dote y, hasta principios del imperio, puede disponer de ella a su gusto, ya consista en muebles e inmuebles, pero bajo su vigencia, se trata de poner los muebles dotales al abrigo de las disipaciones del marido y la Ley Juliana "de Adulteris" ha restringido estos poderes sobre los inmuebles constituidos en dote.

Decide que el marido no puede enajenar el inmueble dotal sin consentimiento de la mujer, no puede tampoco gravarle con servidumbres. Esta disposición sólo se aplicaba a los predios itálicos; y por otra parte, el marido conserva el derecho de enajenar el inmueble dotal que había sido estimado, de modo que tuviera la elección de devolver, a la disolución del matrimonio el

inmueble mismo o la estima. En fin la prohibición de enajenar sólo concernía a las enajenaciones voluntarias, y no impedía las necesarias, como las que resulta del reparto provocado por un copropietario del inmueble dotal".²

Evidentemente, que la Ley Juliana sobre el adulterio, no solamente iba a proteger esa fidelidad en la relación sexual, sino que iba a traspasar esa barrera, para hacer la debida protección de los bienes que se entregaban al marido en forma de dote, de tal forma que incluso el disponer en mala forma de estos bienes, se tendría que considerar como adulterio.

Así, a la mujer adúltera se le podía castigar incluso con la pena de muerte, sin ruido y sin ceremonia, en un lugar oculto o enterrándola con suma discreción para amparar el honor de la familia, y así quedaba castigado el delito.

El maestro Alberto González Blanco, también nos hace una explicación de la Ley, al decir: "La célebre Lex Juliana de Fondo Dotali et Adulteris, es en esta ley en; donde por primera vez se consideró al adulterio como delito público, y en tal virtud, se podía recibir la acusación de otras personas a más del padre y del marido, trayendo como consecuencia que la adúltera y al cómplice se les confinara en islas distintas; la mujer perdía la mitad de su dote y el tercio de sus bienes, y al otro se le confiscaba la mitad de su fortuna, asimismo se le condenaba a la mujer a no volver

² Petit, Eugenio "Tratado Elemental de Derecho Romano" México, Editora Porrúa, S.A., 11a Reimpresión, 1994, pag 442

a contraer matrimonio, más no a ser concubina. Se le imponía como cortesana y desde entonces no podía ser testigo".³

Sin duda, el adulterio en Roma, debía de ser debidamente castigado, lo anterior, en virtud de que no solamente se tenía que proteger la integración familiar y la fidelidad sexual en la familia, sino que también interesaba la protección del honor de la familia y especialmente el del marido, por lo que se fue pasando de aquellas etapas antiguas del derecho penal, en las que la venganza de sangre y la venganza pública, iban desarrollando el derecho.

Esto es que anteriormente la legislación penal estaba basada en la venganza privada, la cual significaba la posibilidad de una pena llamada de "ojo por ojo, diente por diente".

En el momento en que se va desarrollando la cultura romana, se logra ya una cierta civilización en cuanto a las posibilidades de establecer una pena al delito, para convertirse en la llamada venganza pública y es el Estado el que en un momento determinado se encargaría de hacerla.

Fernando Castellanos, cuando nos habla de estas etapas nos dice: "A esta etapa suele llamarse también venganza de la sangre o época bárbara al referirse a

³ González Blanco, Alberto "Delitos Sexuales", México, Editorial Porrúa, S.A., 12a Edición, 1992, pág. 191.

la venganza privada, en el primer periodo de formación del derecho penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza la (ratio essendi) de todas las actividades provocadas por un ataque injusto, por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo, se protege y se hace justicia por si mismo.

A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, principia a hacerse la distinción entre los delitos públicos y privados, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o del orden público. Es entonces cuando aparece la etapa llamada venganza pública, o concepción política. Los tribunales juzgan en nombre de la colectividad".⁴

En forma general, podemos ya observar como en la legislación antigua hay una gran evolución, pues va adquiriendo solidez y consistencia dentro del Derecho Romano, en la cual podía ocultarse el castigo, para salvaguardar el honor de la familia.

1.3 ESPAÑA

Al igual que en Grecia, en España dado que su organización estaba enfocada a reinados monárquicos diferentes, encontramos también diferentes legislaciones, así tenemos el Fuero Juzgo, el Fuero Real, el Código de Las Siete Partidas, las Leyes de

⁴ Castellanos Ferrando "Lineamientos Elementales del Derecho Penal", México, Editorial Porrúa, S.A., 34a. Edición, 1994, pág 31 y 32.

Toro, las Recopilaciones, las Ordenanzas Reales de Castilla, y en general observamos diversas situaciones legislativas que en ocasiones tenían una vigencia paralela.

Pero en una forma general, tenemos que el delito de adulterio, era también previsto y sancionado en las distintas legislaciones españolas que hemos mencionado.

De esto nos habla Joaquín Escriche en la relación siguiente: "El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal procede a conceder sus favores a otra persona, o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima o una casada con otro hombre que no sea su marido. Si los dos cómplices son casados, se llama doble adulterio en el derecho canónico; y si uno sólo es, pues entonces es un adulterio simple".⁵

El adulterio ha sido castigado con severidad en todos los pueblos. Los antiguos egipcios imponían por castigo la castración del hombre y la marcación de la mujer cortándole la nariz a ella. Los libios establecieron contra este delito la pena de muerte, los brahmanes condenaban a las mujeres adúlteras a ser comidas por los perros. Los judíos apedreaban a los culpables. Los antiguos sajones quemaban a la mujer y sobre sus cenizas levantaban un cadalso donde daban garrotazos a su cómplice. Los romanos imitaron a los antiguos egipcios y después recurrieron a varias penas incluso la pena capital.

⁵ Escriche, Joaquín "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Mexico, Cárdenas Editor y Distribuidor, 8a. Edición, 1992, pág. 99.

Si podemos hacer una reflexión notamos cómo para la definición del autor citado el ayuntamiento puede ser un adulterio simple, cuando alguno de los ayuntados es casado y no realiza la cópula con su mujer legítima o puede ser doble cuando ambos tienen matrimonio por separado.

En el contexto de la legislación española, al igual que las diversas legislaciones que menciona el autor citado, también se imponían penas a los adúlteros.

El Fuero Juzgo y las Leyes de las Siete Partidas, imponían a la mujer adúltera la pena de azotes y reclusión en monasterios y en general, castigaban dicho delito con **severidad**.

El mismo autor citado nos dice del Fuero Real que: **"Ponía a los adúlteros en poder del marido para que dispusiese a su arbitrio de su persona y de sus bienes, pero sin que pudiese matar alguno o dejar al otro y ni tampoco hacer suyos los bienes de cualquiera de los dos delincuentes que tuviere hijos legítimos que los heredase. Los ordenamientos de Alcaíá, dio facultad al marido para matar a los adúlteros, sorprendiéndolos en el mismo acto o infraganti. Con tal que al mismo tiempo quitase la vida a los dos y no a uno solo".⁶**

⁶ IDEM, pag 98

Las Leyes de Toro, previnieron que el marido por su propia autoridad podía matar a los adúlteros, cuando fuese en el lecho o infraganti delito, no ganándose la dote ni los bienes del muerto.

Evidentemente, que la mezcla entre la venganza pública y la venganza privada, también la vamos a encontrar en el derecho español, además de esa potestad de la persona ofendida, ya sea el marido o la mujer, que encontrara en el momento de la cópula a los adúlteros, es una situación que todavía nuestro derecho observa en lo que es un homicidio atenuado, y que está encuadrado en el Artículo 310 del Código Penal, el cual actualmente se encuentra reformado para quedar como sigue:

"Se impondrá de 2 a 7 años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad. Si lo causado fuera lesiones, la pena será hasta de una tercera parte de la que correspondería por su condición".

Anteriormente decía el Artículo 310:

"Se impondrá de tres días a tres años de prisión al que, sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximos a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables o

ambos, salvo en caso en que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso de impondrá al homicida de cinco a diez años de prisión".⁷

Todavía en la actual reforma, a pesar de que ya no se atenúa fuertemente el delito, de todos modos hay un estado de emoción violenta, pues se observa que él o la cónyuge esta realizando la cópula con alguna persona.

Consideramos que esta situación aún sigue subsistiendo en nuestro derecho y es una idea que proviene del derecho español.

1.4 MEXICO PREHISPANICO

En nuestro país, al igual que otras legislaciones antiguas, también se protegía esta circunstancia.

Jacques Sustelle, al hablarnos de esta situación, nos explica: "En México antiguo, al igual que en la mayoría de los pueblos antiguos, el adulterio se castigaba durísimo, y a semejanza de aquellos pueblos, la pena de muerte

⁷ "Diario Oficial de la Federación" 10 de enero de 1994, 2a. sección, pag. 9, "Código Penal para el Distrito Federal", Editorial Porrúa S.A., 55a. Edición, 1995, pag. 109.

prevalecía sobre las demás y era practicada por los pueblos mexicanos en sus variadas formas que van desde el ahorcamiento hasta el descuartizamiento. Otros pueblos más severos practicaban la mutilación de los adúlteros, el perdón del ofendido era mal visto en estos pueblos e incluso algunos de ellos llegaron a castigar al esposo que perdonaba a la mujer adúltera y seguía en tratos con ella".⁸

Contrariamente a lo que podía pensarse y no obstante el rigor que privaba en esta época, el asesinato de la mujer adúltera en manos del cónyuge ofendido, convertía al marido en reo de muerte, porque usurpaba la jurisdicción de los magistrados a quienes pertenecía conocer de los delitos y castigar a los delincuentes.

En toda esa mezcla de desarrollo histórico del derecho, la posibilidad de una venganza privada, de una venganza pública, una defensa al honor del ofendido, una defensa del honor de la familia, la posibilidad de incautar los bienes del adúltero, son situaciones concretas que de alguna manera resultan consecuencias de la infidelidad sexual entre el marido y la mujer.

Podemos ya observar, que el punto principal que han defendido y tratado de proteger diversas legislaciones es la fidelidad que debe de existir entre el hombre y la mujer casados.

⁸ Sustelle, Jaques "La Vida Cotidiana de los Aztecas en Víspera de la Conquista". México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 10a Reimpresión, 1924, pag. 38.

Aunque claro esta, alrededor del matrimonio se forma otro bien jurídico tutelado de gran importancia como es la familia, origen de la sociedad y del estado.

Es muy interesante, observar como se van dando continuamente, los elementos necesarios de convicción, que de alguna manera ha surgido de la filosofía histórica de la razón de ser del delito de adulterio.

Ahora bien, en lo que se refiere al derecho azteca notamos que el castigo a los culpables de adulterio era la lapidación, aplastándoles la cabeza con dos piedras gigantes y el marido que sorprendía a su esposa en flagrante delito de adulterio tenía prohibido matarla; para declarar la culpabilidad de los adúlteros no bastaba la acusación del marido, sino que además se necesitaba la declaración de testigos y la confesión de los culpables.

En tal forma que vamos observando grandes avances en lo que se refiere a esa aplicación civilizada de la administración de justicia y se empieza a dar esa posibilidad de la venganza pública y a la investigación de los delitos.

Claro esta que la ofensa sigue siendo grave, de gran importancia para el Estado, en virtud de que se está hablando de la desintegración de una familia y que esto perjudica a la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, quisiéramos hacer cuando menos una definición de lo que es el contexto de la sociedad, ya que sobre de ella vamos a seguir hablando a lo largo de nuestro trabajo.

Nos dice José Nodarse que: "Sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organización que asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura y además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica".⁹

El ámbito social, para su debida subsistencia, requiere de una organización que coordine todos esos vínculos que unen a sus miembros, en la coparticipación de intereses, actitudes y los criterios de valor de cada uno, en tal forma que para garantizar su subsistencia y su desarrollo, es realmente indispensable esa posibilidad de organización que de alguna manera brinde el derecho.

En consecuencia en el momento en que se estructura el Estado como una unión de familias, a través de las cuales la sociedad exige una cierta organización, y por tal razón, consideramos de suma importancia, que exista una definición valedora del delito de adulterio, ya que la sociedad misma lo exige para guardar su debida organización y que este tipo de conductas delictuosas estén debidamente sancionadas.

⁹ Nodarse, José "Elementos de Sociología". México, Editorial Selector, 31a Edición 1966, pág. 3.

CAPITULO II

CONCEPTO DE ADULTERIO EN EL CODIGO CIVIL

Una vez que todos los movimientos por la lucha política entre los liberales y conservadores termina, empieza una etapa en nuestro país de paz y seguridad

En esta etapa, se inicia la posibilidad de legislar, con lo que, encontramos inicialmente el Código Civil de 1870, al cual salió a la luz, bajo la presidencia de Don Benito Juárez.

2.1 CODIGO CIVIL DE 1870

El autor Rojina Villegas, cuando habla acerca del adulterio, lo relaciona con el Código Civil de 1870, con el de 1884 y con la Ley de Relaciones Familiares de 1917, diciendo lo siguiente: "Respecto del adulterio, hay una innovación muy importante en el Código Civil vigente frente a todos los ordenamientos anteriores, exceptuando la Ley de 1914, que no menciona causas específicas; pero en el Código de 1870 y en el de 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, se hacía una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer. El adulterio de la mujer siempre fue causa de

divorcio en esos ordenamientos, como en el Código vigente lo es. En cambio, el adulterio en el hombre no fue siempre causa de divorcio; se requería bajo esos códigos de 1870 y 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, que además hubiese escándalo por virtud del adulterio, bien cuando el marido ofendía a su mujer, o cuando la adúltera ofendía de palabra o de obra a la esposa o cuando el adulterio se realizaba en la casa conyugal o era como consecuencia de un concubinato, de una relación sexual continua con otra mujer".¹⁰

Al igual que la usanza antigua, observamos como la idea machista de nuestra legislación civil inicial, iba a darle la posibilidad directa al marido, para que este tuviera la ¿pena de ser una causa de divorcio? ventaja de poder invocar una causa de divorcio.

Así tenemos como los artículos 241, 245 y 242 del Código Civil de 1870, iban a observar esas circunstancias, en tal caso el adulterio de la mujer siempre iba a ser causa de divorcio, y el adulterio por lo que respecta al hombre, siempre que concurrieran las siguientes circunstancias:

1. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común.
2. Que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal.

¹⁰Rojina Villegas, Rafael "Compendio de Derecho Civil", México, Editorial Porrúa, S.A., 25a Edición 1993, Tomo I, pág 371

3. Que haya habido escándalo público o insulto hecho por el marido a la mujer legítima.
4. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra o por su causa se haya maltratado de algún modo a la mujer legítima.

En general, en nuestra Legislación inicial vamos a encontrar la protección del marido, y una cierta desventaja entre lo que actualmente conocemos como la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

2.2 CODIGO CIVIL DE 1884.

Una situación que hay que aclarar, es que el divorcio de los Códigos de 1870 y 1884, no disolvían el vínculo matrimonial, sino que era el llamado divorcio vincular, en donde se suspendían algunas de las obligaciones civiles matrimoniales exclusivamente.

Así, en el artículo 227, se señalaban como causas legítimas de divorcio en la Fracción I, el adulterio de uno de los cónyuges.

Y en este mismo Código, el artículo 228 establecía la idea que el maestro Rojina Villegas ya nos ha comentado, y que vamos a transcribir para mayor información, dicho artículo decía:

ARTICULO 228.- "El Adulterio de la mujer es siempre causa de Divorcio; el del marido lo es especialmente cuando en él, concurre alguna de las circunstancias siguientes:

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

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

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

FRACCION IV.- Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima".¹¹

Así, observamos el lineamiento seguido por nuestro Código inicial, en los que realmente se intentaba proteger la integridad de la persona masculina principalmente y

¹¹ "Código Civil, Leyes Federales", Colección de Códigos, Herrero Hnos. Imprentas, 1934.

que gracias a esto, se pudo tener la posibilidad por parte del marido, de que su infidelidad conyugal, pudiera ser discreta y oculta.

2.3 LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Este ordenamiento, fue expedido por Don Venustiano Carranza, el 9 de abril de 1917, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de abril del mismo año.

Este ordenamiento es el primero que concibe la posibilidad de que el divorcio permitiera desvincular el matrimonio, y la separación respectiva de los cuerpos, dejando a cada uno de los cónyuges con la posibilidad de contraer nuevas nupcias.

Aunque por lo que se refiere a la situación del adulterio, se reproducían las mismas partes de los Códigos de 1870 y 1884, en los que se protegía el varón en la relación conyugal.

Sobre de esto, quisiéramos decir que lo anterior permitía que el marido pudiese tener la posibilidad al acceso carnal con otras personas que no fueran su cónyuge.

Lo que evidentemente provocó trastornos sociales, y más aun, una cierta costumbre, sobre la cual la mujer tuvo que luchar, y que hasta la fecha sigue luchando, para que los derechos entre el hombre y la mujer puedan llegar a ser iguales.

En esta legislación, que agrupa todos los ordenamientos familiares, observamos la misma técnica que se había venido siguiendo desde el Código Civil de 1870, protegiendo el adulterio del cónyuge varón.

2.4 CODIGO CIVIL DE 1928.

En lo que el es Código Civil de 1928, Rojina Villegas nos dice: "El Código Civil vigente, lleva a cabo la equiparación en el adulterio del hombre y de la mujer. Por eso dice el precepto que será causa de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, sin exigir, ningún otro requisito. Además, el Artículo 269, complementando al 267, agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad, por tanto, de que haya una sentencia en el orden penal".¹²

La Legislación que hasta la fecha nos rige, con sus reformas, es la de 1928.

¹² Rojina Villegas. Rafael op cit. pág 371

CAPITULO III

DEFINICION DE ADULTERIO ENMARCADA EN EL CODIGO CIVIL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

En este Capitulo vamos a observar cuales son los elementos que deben integrar el concepto de adulterio, desde un punto de vista eminentemente civil.

El objetivo principal de este capitulo es conocer los efectos jurídicos que acarrea el adulterio y cómo tampoco en el ámbito civil, se tiene una definición completa y verdadera que nos permita conocer una definición legal de lo que es adulterio.

3.1 EL MATRIMONIO Y EL ACCESO CARNAL.

Desde un punto de vista sociológico, el matrimonio es: "La unión de hombre y mujer formado por el casamiento. La Institución Social que constituye la forma reconocida para casarse o formar una familia. Estado de casados han existido dos formas principales de matrimonio: El monógamo, en el cual un solo varón esta unido a una sola hembra, y el polígamo, en el cual existe una pluralidad de maridos o una pluralidad de mujeres. En muchos pueblos primitivos y en muchas antiguas

civilizaciones, los matrimonios se concertaban por los padres, en particular por el padre".¹³

El matrimonio es la base para la formación de la Familia, es un contrato que va a ofrecer la seguridad jurídica que requieren los cónyuges para la debida existencia de su relación y la posibilidad de que dicha unión, no solamente sea reconocida por la Ley, sino especialmente por la totalidad del contexto .

El matrimonio puede tener, una sanción consuetudinaria, legal, religiosa o de las costumbres que de alguna manera se tienen en algún lugar.

El matrimonio ha evolucionado tanto que en la actualidad, su regulación la encontramos en el Código Civil.

Ahora bien, en el texto anterior del Artículo 130 Constitucional, actualmente reformado, encontramos una mención del matrimonio como contrato.

Quisiéramos hacer la aclaración de que en la actualidad el Artículo 130 tiene un texto diferente, pero vamos a citar el texto anterior, para tener una idea legal de lo que el matrimonio es.

¹³ "Diccionario de Sociología", México: Editorial Fondo de Cultura Económica, 13a Reimpresión, 1992, pág. 181

El Artículo 130 Constitucional, antes de la reforma de su tercer párrafo decía: "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionario y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen".¹⁴

Sin duda, el matrimonio civil, es aquél que está contraído conforme a las normas de la Legislación relativa.

En nuestro país se va a respetar la estructura monogamia, basada en la unión de un solo varón con una sola hembra, lo que permite que se consagre la idea del derecho de fidelidad entre los cónyuges.

ACCESO CARNAL

Si queremos analizar un poco ese Derecho de Fidelidad, este estará más que nada basado en la posibilidad de que el acceso carnal, solamente sea entre el hombre y mujer que han realizado su contrato de matrimonio.

¹⁴ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", México, Instituto Federa Electoral, 1983

Esto era el llamado débito matrimonial o débito carnal, del que el maestro Rafael de Pina nos explica: "Es la obligación recíproca de los cónyuges de mantener una relación sexual normal para contribuir a la reproducción de la especie".¹⁵

El objetivo principal del matrimonio será, sin duda, la posibilidad de la procreación; esto hace que el acceso carnal entre marido y mujer, no solamente sea una situación natural sino también un deber entre ambas personas.

¿Pero que es lo que pasa en el momento en que se rompe con esa estructura de la monogamia y se tiene acceso carnal con otro hombre o con otra mujer?

Sin duda, una vez que se ha realizado ese acceso carnal, entonces estaremos frente a una unión fuera de la ley, de tipo ilícita, debido a que esa posibilidad del débito matrimonial recíproca entre los cónyuges, solamente es una obligación entre los cónyuges, y serán cónyuges exclusivamente aquellos que firman el acta de matrimonio.

Incluso, el hecho de haber caído en adulterio va a significar un impedimento para celebrar algún matrimonio, tal como se desprende del Artículo 156 del Código Civil, mismo que a la letra dice :

¹⁵ De Pina Vara Rafael. "Diccionario de Derecho", México; Editorial Porrúa, S.A., 21. Edición, 1995, pág. 130

ARTICULO 156.- "Son impedimentos para celebrar el contrato de Matrimonio.

FRACCION V.- El Adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado".¹⁶

Esta es una de las sanciones que se van a tener en caso de adulterio, independientemente de ser una causal de divorcio, también es un impedimento para celebrar un matrimonio entre los adúlteros.

El objetivo principal de la protección matrimonial, será la procreación que se da a través del acceso carnal y, por tal motivo, éste es protegido por la Ley, para que personas extrañas a los cónyuges no puedan tener ese tipo de acceso.

3.2 PUNIBILIDAD

Aunque hemos utilizado un término de Derecho Penal, como es punibilidad, con esto hemos querido expresar, que también van a existir sanciones de tipo civil, para las personas adúlteras.

¹⁶"Código Civil" para el Distrito Federal, México, Editorial Porrúa, S.A., 64a. Edición, 1995, pág. 73-74

Una de ellas, es la que ya vimos y que citamos del Artículo 156, Fracción V, y que se refiere exactamente a que los adúlteros no van a poder contraer matrimonio entre ellos, aunque la nulidad es únicamente relativa.

Otra de las especiales sanciones para los adúlteros, es considerar al adulterio como una de las causales de divorcio.

Desde un punto de vista civil, la sanción o la pena por la comisión de una conducta de infidelidad entre los cónyuges, va directamente a afectar el vínculo matrimonial.

En otras palabras dicho, la pena en materia civil por ser un adúltero, está íntimamente relacionada con la imposibilidad de mantener un matrimonio.

En consecuencia, podemos observar dos grandes penas, una, que los adúlteros no pueden contraer matrimonio entre sí, y por otro lado, que el adúltero va a tener la posibilidad de destruir el vínculo matrimonial.

Sobre la primera hipótesis, el maestro Ignacio Galindo Garfias opina: " EL Código Civil concede indistintamente la acción de nulidad al cónyuge ofendido y al Ministerio Público, para el efecto de declarar inválido el matrimonio celebrado entre adúlteros.

"Es presupuesto de ésta causa de nulidad, la disolución del matrimonio anterior durante el cuál, el cónyuge violó el deber de fidelidad, y contrae nuevas nupcias precisamente con quién comparticipó en el adulterio.

Al cónyuge anterior que fue ofendido por la infidelidad, corresponde el ejercicio de la acción de invalidez, de la misma manera que al Ministerio Público, por el carácter penalmente delictuoso del acto, que da causa a la nulidad del segundo matrimonio. Si el matrimonio anterior se disolvió por muerte de un cónyuge ofendido, el ejercicio de la acción de nulidad, corresponde solo al Ministerio Público".¹⁷

De lo anterior, podemos ya empezar a subrayar un elemento distintivo que está apareciendo continuamente, en el contexto del concepto de adulterio, y este sin lugar a dudas es la falta de fidelidad que debe existir entre los cónyuges.

Y cuya consecuencia trae, las penalidades citadas.

¹⁷Galindo Garfias, Ignacio "Derecho Civil". México, Editorial Porrúa S A , 13a Edición, 1993, pág 518

3.3 EL DIVORCIO NECESARIO FUNDADO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 267

Habíamos dicho que una de las formas más distintivas de pena para el delito de adulterio, sin lugar a dudas tendría que ser la acción de divorcio.

El Artículo 267 Fracción 1, establece como causa de divorcio el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

Sobre esta circunstancia, quisiéramos decir que en materia de divorcio, todas y cada una de las causas deben estar debidamente comprobadas.

La causal de adulterio realmente es de muy difícil demostración.

Al respecto, Eduardo Pallares al hablar de la clasificación de las causas, nos dice: "Diversos criterios doctrinales se han empleado a clasificar las causales. La dificultad para clasificar en forma totalmente distinta consiste que muchas de las causas de divorcio pueden clasificarse en diferentes grupos. Por ejemplo, el adulterio, que puede considerarse tanto como un delito, como divorcio-sanción, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio como conducta desleal, como injuria. Pero cual fuere la clasificación que se adopte, lo cierto es,

que cada uno de los elementos, que cada una de las fracciones estables de cada causa, tienen que darse verdaderamente en la realidad material y demostrarse, para que la causa pueda ser realmente una justificativa de divorcio".¹⁸

Con lo anterior encontramos cómo la acción de divorcio deberá estar necesariamente demostrada y probada, para el fin y efecto de que esta pueda debidamente prosperar.

3.4 EXTINCION DE LA CAUSAL DE ADULTERIO EN EL DIVORCIO.

Todas y cada una de las causales desaparecen, en el momento en que expresamente se otorga el perdón, o que de alguna manera ese perdón es tácito por el sólo paso del tiempo.

De lo anterior tenemos que el adulterio entre los cónyuges también se extingue.

El Artículo 269 del Código Civil establece:

¹⁸ Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". México; Editorial Porrúa SA, 21a. Edición, 1994, pág. 37.

ARTICULO 269.- "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge. Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio"¹⁹

La legislación protege la integración familiar, como la célula más importante y de la sociedad, y por tal motivo, no solamente la acción del divorcio se extingue en un corto tiempo, sino, la mayoría de las causales que establece el Artículo 267 del Código Civil, van también a desaparecer rápidamente, ya que el interés preponderantemente protegido por la Ley, será mas que nada el aseguramiento del vínculo familiar, y por esa misma razón, se deja a los cónyuges la posibilidad de un perdón, o de un perdón tácito pasado algún tiempo, en el que se le otorgue una nueva oportunidad a los cónyuges para poder rehacer su vida, y que la familia siga integrada y no se desvincule, ya que esto provoca la desestabilización en otras células familiares.

Lo anterior quiere decir que el cónyuge que tenga conocimiento del adulterio, podrá ejercitar su acción, pero tal y como lo establece el artículo 269 del Código Civil para el Distrito Federal dentro del plazo de 6 meses. Situación que no ocurre con el adulterio no ocasional como lo analizaremos más adelante.

¹⁹ "Código Civil" para el Distrito Federal, op. cit., pág. 95

3.5 DEMOSTRACION PROCESAL DE LA CAUSAL DE ADULTERIO

Al igual que todas y cada una de las causales de divorcio, la del adulterio debe ser debidamente probada.

Sobre esto, la autora Sara Montero Duhalt nos explica: "La fracción que analizamos habla de adulterio debidamente probado. La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtenerse, pues los adúlteros se refugian en la clandestinidad. Por ello la Corte admite la prueba indirecta: Para la comprobación del adulterio como causal para el divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable.

Existen otros casos de prueba plena del adulterio sin que este implique la prueba directa de la comisión del mismo infraganti. Cuando un hombre casado registra a un hijo habido con mujer distinta a su cónyuge, o cuando vive probada y públicamente con otra mujer. En este segundo caso se conoce como el adulterio permanente y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido el siguiente criterio: "Tratándose de adulterio permanente debe considerarse que, aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses de concluido tal estado: Pensar de otro modo llevaría al absurdo de que si ese estado no terminara en muchos

años, se reduciría al cónyuge inocente, que por amor y respeto a los hijos por ejemplo, haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinidamente e irremediablemente, esa forma de agravio".²⁰

Observamos ya como el delito de adulterio, va a admitir incluso la prueba indirecta, lo que hace presuponer, que las presunciones podrán ser valederas, para el fin y efecto, de que se tenga probada la infidelidad conyugal.

3.5.1 PRUEBAS EN EL ADULTERIO

En este punto, vamos a observar cada uno de los medios de prueba que en un momento determinado pudiésemos encontrar, y los tipos de adulterio en que los pudiésemos clasificar respecto de la conducta o hecho de la infidelidad.

3.5.2 PRUEBA DIRECTA.

La prueba directa, es la que se enlaza directamente con la realidad, es la que demuestra con certeza los hechos controvertidos.

²⁰ Montero Duhal, Sara. "Derecho de Familia", México. Editorial Porrúa, S.A. 5a. Edición 1992, pág. 224.

Como habíamos dicho, el adulterio resulta muy difícil de probar, pues se requiere necesariamente una consumación del acto sexual, a pesar de que no se especifique de esa manera en el Código Civil ni tampoco en el Penal.

La prueba directa, no admite actos próximos o aproximados, sino más que nada la infidelidad conyugal basada en el acceso carnal.

Sobre este tipo de pruebas, la Jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia ha establecido:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE; "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 infidelidad del cónyuge culpable. (Amparo Directo 84/91, Antonieta Agueda Mateos Torres, 3 de Mayo de 1991 Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez)".²¹

Ya habíamos dicho en voz de la maestra Sara Montero, que había otro medio de prueba directa, como era el hecho de registrar a un hijo natural nacido fuera del matrimonio o el llamado adulterio permanente, o el concubinato con otra persona.

²¹ "Apéndice de Jurisprudencia de 1917-1995 del Semanario Judicial de la Federación", Octava Época, Tomo IX febrero, Tribunal Colegiado de Cacuato, pág. 179.

Ahora bien, una circunstancia que debemos de criticar desde este momento, es el extremo de la infidelidad.

Tal vez, debiésemos de pensar que la infidelidad no debe de medirse hasta el momento en que se tiene acceso carnal con otra persona que no es su cónyuge, sino que pudiésemos pensar que los abrazos, los besos, los rozamientos, etc. sin tener el propósito para llegar a la cópula, también deben de significar ese tipo de infidelidad conyugal, situación de la que seguiremos hablando a continuación.

3.5.3 PRUEBA INDIRECTA.

La prueba indirecta es admisible para comprobar el adulterio como causal de divorcio, debido a la imposibilidad de ofrecer la prueba directa.

La Jurisprudencia al respecto ha dicho:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- "Si de conformidad con la Tesis Jurisprudencia número 152, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la procedencia de la prueba indirecta para demostrar el adulterio, los elementos de ésta

convicción con los que se pretende integrar esta prueba indirecta deben satisfacer las exigencias legales para poder ser tomadas en cuenta por el juzgador. (Amparo Directo 4705/71. Jesús Arnulfo Ramírez Robles, 7 de septiembre de 1972. 5 votos, Ponente Rafael Rojina Villegas.)²²

Evidentemente, que la prueba indirecta tendrá una mejor y mayor valorización; en lo que se refiere a los indicios y presunciones, pero estos también deben de formar parte del enlace natural y lógico de las probanzas para establecer el criterio del Juez, para que esté en posibilidades de resolver la causa.

La siguiente jurisprudencia, nos explica el tratamiento de estas presunciones diciendo:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE, INDICIARIA.- "La presunción de la existencia del adulterio, no tratándose de una mujer pública, amerita la evidencia de los actos amoroso: de hecho o de palabra (como abrazos, besos o cartas), de un adúltero para otro, de lo que se deduzca esta situación, pero si en el juicio ninguna prueba se aporta para demostrar tales actos, se carece de indicios que hagan presumir fundamentalmente la consumación del adulterio aducido, como causal de divorcio que se demanda. (Amparo Directo 5335/72. Andrés Ortiz Pérez. 5 de junio de 1974.

²²Idem, Séptima Época. Cuarta Parte. Volumen 45, Tercer Sala, pág. 16

Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Secretario: Efraín Ochoa Ochoa)",²³

Evidentemente, que por el carácter clandestino de las relaciones que se tienen en adulterio, es difícil su demostración en forma plena, por lo que admite que en forma indirecta, las presunciones y los indicios puedan formar parte de esa prueba indirecta y puedan reforzar el valor jurídico de alguna declaración que solamente genere una presunción.

Por lo anterior, debemos de decir, que por lo que respecta de la vía civil, y para efecto de las causales de divorcio, el hecho de que se demuestre el adulterio a través de cartas, abrazos, tal vez alguna posibilidad de insinuación o provocación, pudiese en ese instante demostrar presumiblemente el adulterio.

Pero, sea cual fuere la circunstancia, lo cierto es que la demostración del adulterio va directamente enlazada a demostrar la infidelidad conyugal.

3.5.4 LA CONFESION.

Anteriormente se conocía la confesión como la reina de las pruebas, pero ha estado tan mal utilizada en la actualidad que ahora la confesión por si sola no produce la

²³Ibidem Septima Epoca, Cuarta Parte, Volumen 66, Tercer Sala, pág. 25

prueba plena tan necesaria para el juicio de divorcio, sino que ahora requiere de estar acompañada de otros medios de convicción que provoquen en el juzgador tener por cierta la causal invocada.

Evidentemente que toda esa demostración debe de estar encaminada a demostrar la conducta adulterina, la conducta infiel del cónyuge, y cual fue la mecánica del adulterio, para tratar de acreditar una confesión vertida por uno de los cónyuges.

La siguiente jurisprudencia nos lo hace saber diciendo:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- "La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se admite la prueba indirecta. La misma debe estar encaminada a demostrar la conducta adulterina o infiel del cónyuge y la mecánica del adulterio. Si sólo se trata de acreditar una confesión vertida por uno de los cónyuges, no es suficiente para comprobar el adulterio. (Amparo Directa 73/93. Wenceslao Calderón Paz. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortéz Galván)".²⁴

²⁴Op. Cit., Octava Época, Tomo XII- Agosto, Tribunal Colegiado de Circuito, pág. 417

Otro de los requisitos que debemos de señalar para que la confesión puede tener su valor jurídico probatorio, es de que la confesión sólo es efectiva y demostrativa de certeza cuando se contrae a hechos ejecutados o conocidos por el absolvente, pero no puede surtir efectos probatorios por lo que se refiere a los derechos o consecuencia que puedan derivarse de esos hechos. De tal forma que toda declaración y especialmente la confesional, debe de versar sobre hechos propios y conocidos, no de las consecuencias futuras que pudiesen provocarse, sino más que nada, de esta posibilidad del conocimiento, del acercamiento de los sentidos a la realidad y como se apreció por parte del absolvente la misma.

3.5.5 TESTIGOS.

Todas las personas que tengan conocimiento de los hechos que las partes deban probar, están obligados a declarar como testigos.

La prueba testimonial, ha perdido mucho su valor hoy en día, pero sigue conservándose como una de las posibilidades probatorias que tienen las partes para formular sus defensas.

Al respecto Humberto Briseño Sierra, nos ofrece una explicación sobre las testimoniales diciendo: "Se coloca a la declaración de testigos entre las pruebas plenas, siempre que se traten de dos o más testigos contestes. En su concepto se llama testigo a la persona fidedigna que puidere manifestar la verdad o falsedad de

los hechos controvertidos; deberá tener conocimiento, deberá ser probado en sus declaraciones, deberá reunir el requisito de imparcialidad, y por supuesto le han de constar los hechos sobre los que va a declarar".²⁵

Realmente, el valor probatorio de la testimonial, va a estar basado en la concordancia de las declaraciones de los testigos, en lo que se refiere a la substancia y accidentes de sus declaraciones y que de alguna manera realmente se hayan percatado de los hechos que va a declarar.

La siguiente Jurisprudencia nos abunda sobre las explicación diciendo:

ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO, PRUEBA DEL.- "Si los testigos llamados por la actora o su abogado para percatarse de que cierto día a determinada hora se hallaba el demandado en el interior de un motel, y pudieron darse cuenta de que del interior salió de su automóvil, acompañado de una mujer. Estos hechos prueban la presunción vehemente, por no decir la certeza del ayuntamiento sexual del demandado con dicha mujer, quedando así evidenciado con las declaraciones de dichos testigos, el adulterio. Si tomamos en cuenta el estado civil que guarda el demandado con la actora, según consta en la copia certificada del acta de matrimonio agregada a los autos de este juicio, y puesto que en

²⁵ Briseño Sierra, Humberto. "El Juicio Ordinario Civil". México. Editorial Trillas. 6a. Reimpresión, 1996 pág. 605

Derecho Civil se entiende por adulterio la violación del deber de fidelidad recíproco entre los cónyuges consistente en el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. (Amparo Directo 7/92. 11 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.)"²⁶

De la Jurisprudencia anterior es necesario extraer esa idea de que la infidelidad conyugal, tiene siempre que recaer en el ayuntamiento carnal. Consideramos que desde este momento pudiésemos criticar tal aseveración; ya que pudiésemos prevenir completamente este tipo de conductas totalmente ilícitas, si pudiésemos considerar como un principio de adulterio, el hecho de llevarse con abrazos, con besos, con el tocamiento de las manos, que es el inicio del camino que se sigue para el ayuntamiento carnal.

Claro está, que la infidelidad, se va a consumir en el momento del ayuntamiento, pero es necesario también pensar en prevenirlo, para el fin y efecto de que la familia esté debidamente protegida.

²⁶Idem Octava Época, Tomo XII- Agosto, Tribunal Colegiado de Circuito, pág. 447

3.5.6 CADUCIDAD DE LA ACCION.

La caducidad de la acción es la extinción de la misma, por el transcurso del tiempo marcado por la Ley.

La caducidad al igual que la prescripción negativa, están basadas en el abandono del seguimiento de alguna acción.

Así tenemos como cuando se deja el impulso procesal, cuando se abandona, entonces el derecho caduca.

Roberto Atwood, nos explica esta circunstancia en términos generales diciendo: "Caducidad es la extinción de un Derecho o de los efectos de alguna cosa. La prescripción, con la que muchas veces se le confunde, no es más que una de las causas de la caducidad, la cual procede con frecuencia de un simple hecho o de una omisión".²⁷

El maestro Rojina Villegas sostiene: "Si no se lleva a cabo el acto del ejercicio, por lógica misma del sistema jurídico de manera irremediable se extinguirá la acción. La ley considera condición sine qua non, es decir esencial para mantener

²⁷ Atwood, Roberto "Diccionario Jurídico", México, Editor y Distribuidor Librería Bazán, Ba. Reimpresión, 1992 pág. 45.

vivo el derecho a la acción, ejercitar el acto para evitar la extinción fatal del derecho".²⁸

Ya habíamos dicho e incluso transcribimos el Artículo 269 del Código Civil, en el que se establecía como causas de preclusión o extinción de la acción, el hecho de no accionar durante los seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

En tales circunstancias, consideramos necesario observar como el Artículo 137 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, también establece la caducidad de la instancia que va a operar cualquiera que sea el estado de juicio, desde el emplazamiento hasta antes que concluya la audiencia de pruebas, alegatos y sentencias, y transcurridos 180 días hábiles contados a partir de la notificación de la última determinación judicial no hubiere promoción de cualquiera de las partes.

Esta caducidad tiene efectos especiales, ya que es de orden público, irrenunciable, y no puede ser materia de convenio entre las partes. Incluso no extingue la acción, sino que sólo y sencillamente, invalida lo procesalmente actuado.

En términos generales, la caducidad la podemos encontrar en el momento en que se deja de actuar procesalmente hablando.

²⁸ Rojas Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". "Derecho de Familia" Editorial Porrúa S.A., 8a. Edición 1993, Tomo II, pág. 484

3.5.7 ADULTERIO OCASIONAL.

A diferencia del adulterio permanente, la infidelidad conyugal puede presentarse ocasionalmente, en un solo acto o en un acto aislado, cuando existe una relación de tipo pasajera entre los adúlteros.

En el caso de la infidelidad conyugal, bastará que exista el acceso carnal cuando menos ocasional, para que pueda darse suficientemente esta hipótesis prevista en nuestra legislación.

En este sentido los maestros Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, nos ofrecen la explicación siguiente: "Actualmente, el adulterio de cualquiera de los esposos constituye un delito, cuando se realiza con escándalo o en el domicilio conyugal, entendiéndose por escándalo la exhibición pública de la relación adulterina afrentosa para el cónyuge inocente.

Ahora bien, para que el adulterio pueda surtir sus efectos, se requiere que este se realice aunque sea en una forma ocasional; la tentativa aún siendo notoria la intención, no va a surtir sus efectos plenamente. Para que surta sus efectos desde el punto de vista civil, ya que viola el deber de fidelidad, sólo se requiere la intimidad efectiva con terceros, aunque el acto sexual no se realice o sea imposible

probarlo. De todas formas en esta hipótesis se considera realizada la causal de injurias graves."²⁹

Evidentemente, que cuando veamos la situación penal, observaremos como van a existir elementos distintivos y característicos para que pueda existir el tipo, incluso, vamos a observar que no está perfectamente definido el tipo y por tales razones va a existir la atipicidad en materia penal, pero por el momento podemos decir, que con el simple adulterio ocasional, la causal se va a dar en forma suficiente para efectos del Derecho Civil.

3.5.8 ADULTERIO NO OCASIONAL.

Cuando la infidelidad en el matrimonio toma carácter de conducta permanente, el plazo corre de manera distinta debido a que los hechos ocurren uno tras otro. El plazo de SEIS MESES FIJADO POR LA LEY NO CORRE MIENTRAS PERDURE EL ADULTERIO. Así lo sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DIVORCIO, ADULTERIO PERMANENTE COMO CAUSAL DE.-
"Tratándose de adulterio no ocasional, sino permanente, por cuanto a los autores prolongan sus relaciones en forma de amasiato, debe considerarse que aunque el tiempo de su iniciación excede de seis

²⁹ Baquero Rojas, Edgar y Buenrostro Bález, Rosalía "Derecho de Familia y Sucesiones", México, Editorial Haría, 1a Edición, 1991, pág 166

meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta 6 meses después de concluido tal estado. De otro modo, se llegaría al absurdo de que si dicho estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente que haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediamente esa forma de agravio. (Amparo Directo 1431/74. Faustino García Esteva. 23 de enero de 1975. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís López. Secretario: José Galván Rojas)".³⁰

DIVORCIO CADUCIDAD DE LA ACCION DE ADULTERIO.- "El adulterio como causal de divorcio puede ser instantáneo o permanente. En el primer caso, el término para caducidad de la acción puede empezar a computarse desde el momento de conocida su realización. En el segundo caso hasta que el adulterio no termine. Si las relaciones son de concubinato, constituyen actos continuos y sucesivos. No se concibe a dos personas de distinto sexo que, viviendo bajo un mismo techo durante un lapso prolongado, hayan realizado un solo ayuntamiento. Por el contrario, dicho acto lo han llevado a cabo con repeticiones más o menos continuas. Estos hechos, aunque de la misma naturaleza, son distintos entre sí. Cada uno de ellos configura la causal de divorcio provista en la Fracción. I del Artículo 267 del Código Civil. (Amparo Directo 1587/70. Jorge Torres Velázquez, en representación de

³⁰Op. Cit., Séptima Época, Cuarta Parte, Volumen 73, Tercer Sala, pág. 54

Bertha Montoya de Iragori. Junio 22 de 1972. Mayoría de 3 votos.

Relator: Mario Ramírez Vázquez)".³¹

Cuando el adulterio es cometido de modo permanente, el cónyuge inocente conserva el derecho de ejercicio de acción como recurso, a fin de que procure de manera digna la conservación del matrimonio, ya que este sustenta la familia durante el tiempo que así lo considere. Cuando la conducta infiel persiste e incluso llega a ser ofensiva, y no existe solución mejor puede hacer efectivo el derecho de acción y considerarse presentada en tiempo la demanda, a fin de que evite se siga causando daño a la familia.

3.5.9 AUTONOMIA DE LAS CAUSALES.

A pesar de que el artículo 267 del Código Civil señala varias causales, estas definitivamente son autónomas entre sí, y bastará la demostración de una sola de estas, para que pueda proceder el divorcio.

Si la causal de divorcio no fue invocada expresamente como base de la acción, no debe de tomarse en cuenta. No procede que el adulterio de alguno de los cónyuges se interprete como injuria grave para el otro. El adulterio es una causal autónoma. Cada causal tiene vida independiente, y su procedencia, estará totalmente relacionada a la calidad y probanza que en un momento determinado se pueda hacer de ella.

³¹Idem, Séptima Época, Cuarta Parte, Volumen 42, Tercer Sala pág 25

Una causal no puede convertirse en otra por su gran similitud, deben necesariamente de probarse cada una de las causales, en forma separada. Incluso observamos cómo en la práctica, los jueces siempre prefieren que se invoque una sola causal, por economía procesal.

3.5.10 LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.

Decíamos al inicio de la exposición, que las causales tendría que probarse en una forma plena.

Cada uno de los elementos que constituyen la causal, deben tener la posibilidad de probarse.

Debido a que la institución del matrimonio es sin lugar a dudas uno de los bienes jurídicos mayormente protegidos por la legislación, entonces estaremos en posición, de ser estrictos para romper el vínculo matrimonial.

Se refleja especialmente el grado de protección cuando cada una de las causales deberán estar plenamente probadas para que cause el efecto de desvincular el núcleo más pequeño de la sociedad.

La siguiente Jurisprudencia nos hace una explicación al respecto diciendo:

DIVORCIO, LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.-

"La institución del matrimonio es del orden público. La sociedad esta interesada en su mantenimiento y sólo por excepción, la ley permite la ruptura del vínculo matrimonial. En los divorcios necesarios es preciso probar plenamente la causal invocada y ejercitar la acción en forma oportuna, es decir antes de su caducidad". (Amparo Directo 6805/58. María Luisa Pacheco Benavides. 12 de marzo de 1973. 5 votos.)³²

Haciendo un resumen de todo lo expuesto en este capítulo, ninguna de las partes legales que hemos visto, establece una verdadera definición del adulterio desde el punto de vista civil.

Consideramos que urge su definición ya que en base a que las causales deben probarse plenamente, se debe precisar cuales serán los lineamientos y extremos que se deben de probar en relación al adulterio, claro está que la jurisprudencia ya lo ha afinado

³²Ibidem, Sexta Epoca, Cuarta Parte, Volumen 25, Tercer Sala pág. 138

y ha establecido, que lo que realmente constituye el adulterio tiene que ser necesariamente el ayuntamiento sexual y no así los abrazos, besos, rozamientos, etc.

Consideramos que sí hay algo de razón, pero esto no tiene un carácter previsor de la norma para el fin y efecto de que se pare rápidamente la ruta que siguen al adulterio.

Independientemente de lograr una definición, consideramos que debemos de establecer una norma que lo prevenga, situación que observaremos ya en el Capítulo V.

CAPITULO IV

ANTECEDENTES DEL ADULTERIO EN NUESTRA LEGISLACION PENAL

Al igual que en el Derecho Civil, la legislación penal mexicana pudo lograr su desarrollo, después de que terminan las luchas de Reforma y el poder gubernamental se empieza a consolidar.

Es entonces cuando se empieza a legislar y a establecer los códigos propios de la Nación, y tal es el caso de los tres Códigos de que se tiene noticias y en estos trataremos de encontrar los postulados que rodean al delito de adulterio.

4.1 CODIGO PENAL DE 1871.

Es muy interesante observar, que para 1871, el Código Penal consideraba que por lo que se refería al delito de adulterio, este tendría que estar contenido en los delitos en contra de la Familia.

La forma del tratamiento que se le daba inicialmente a este tipo de delitos, es que realmente llegan a trastocar la integración familiar.

El maestro Rafael de Pina Vara, nos explica alguna situación respecto del adulterio en 1871, nos dice: "El Código Penal de 1871, clasifica al adulterio dentro del título de los delitos en contra del orden de la familia, la moral pública o las buenas costumbres; tipificándolo en el artículo 816; la pena de adulterio cometida por hombre libre y mujer casada es de dos años de prisión y multa de segunda clase. Sólo se castigará al varón si este conoce el estado matrimonial de la mujer, El adulterio de hombre casado con mujer libre se castigará con un año de prisión, si el delito se comete fuera del domicilio conyugal. Si se comete en éste, se impondrán dos años. En ambos casos se necesita castigar a la mujer, conociendo el estado civil del varón. Además de estas penas, quedarán los adúlteros suspendidos en el derecho de ser tutores o curadores.

El Artículo 821, señalaba tres casos únicos en que la mujer puede acusar al marido de adulterio: Si es cometido en el domicilio conyugal, si fuera realizado con concubina, o bien si fuera ejecutado con escándalo, sin importar la naturaleza de las relaciones entre los adúlteros y el lugar de la comisión".³³

Cuando menos, en la Legislación de 1871, a pesar de ser totalmente machista, encontramos que existe ya una definición de lo que debemos entender por adulterio.

³³ De Pina Vara, Rafael. "Código Penal Anulado", México, Editorial Porrúa, S.A. * 23a Edición, 1995 pág. 180.

Inicialmente el castigo iba a regular especialmente al contexto de la mujer y además podemos aquí hacer una distinción comparativa con las causales de divorcio y la naturaleza civil del adulterio, en donde también la mujer era la más afectada por las definiciones de aquel entonces respecto al adulterio.

Otra opinión del adulterio, la encontramos con el maestro Antonio Moreno quien, al hacer una consideración del delito de adulterio, opina: "No tipifican este delito los **Códigos Penales de Campeche, Michoacán, Puebla, Veracruz y Yucatán**, así como el de 1929 y los **Proyectos de 1958 y 1963**. Lo incluyen en los delitos en contra de la Familia, **Aguascalientes, Zacatecas** y el **Código Penal de 1871**.

"Las únicas legislaciones que dan una definición de lo que se deberá entender por adulterio son **Aguascalientes, Chihuahua, Estado de México, Guanajuato, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas**. Estos Códigos como todos los demás, requieren para tipificar la conducta, que esta se de en el domicilio conyugal o con escándalo. La excepción la constituye **Tabasco y Tlaxcala** que sancionan el adulterio sin requerir referencias de medios o lugares, solo agravan la sanción si la conducta se realiza en el domicilio conyugal.

El Código de 1871 establece una notoria desproporción en la penalidad; mucho mayor cuando la mujer es sujeto activo y mucho menor cuando el sujeto activo es el hombre".³⁴

³⁴Moreno, Antonio de P., "Derecho Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición 1991, pág. 263

Con lo anterior, observamos que para 1871 el hombre es el más favorecido en la comisión de este tipo de delitos.

Ahora bien, evidentemente y a pesar de que existía ya una cierta definición de lo que es el adulterio, también es cierto que éste básicamente protegía la imagen del hombre, olvidándose de la igualdad de derechos entre el hombre y a mujer, que en un futuro no muy lejano, vendría a ser un hecho que actualmente vivimos.

4.2 CODIGO PENAL DE 1929.

Para 1929, se legisla un nuevo código, en donde el adulterio queda nuevamente incluido en el capítulo de los delitos cometidos en contra de la familia, y en el artículo 891, se establece que el adulterio sólo se sancionará si se ha cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Y por domicilio conyugal se debe de entender, la casa donde el matrimonio tiene normalmente su morada.

Mariano Jiménez Huerta, al hablamos del Código de 1929 y el delito de adulterio, nos explica: "El delito de adulterio desaparece lentamente de las legislaciones modernas, y en aquellas en las que todavía perdura su aplicación disminuye por los cambios habidos en el pensamiento cultural. Sin embargo, la realidad es que no podemos borrarlo con nuestro deseo y pensamiento, en las legislaciones en las que

todavía persiste, no desconocer su textura típica en los Códigos que, como el de México, aparece penalizado, aunque con poca fortuna que trasciende de los artículos 273 y 275 insertados en el Título décimo quinto denominado impropriamente y jurídicamente delitos sexuales; mejor técnica siguieron los viejos Códigos de 1871 y 1929 al ubicarlo en el capítulo referente a los delitos contra el Orden Familiar, pues, al menos dejaron alguna constancia del bien jurídico tutelado".³⁵

Nótese como el tratadista Mariano Jiménez Huerta, nos empieza a conceder algo de razón, en el sentido de que evidentemente que el bien jurídico tutelado por el tipo penal, no va a ser únicamente la libertad sexual, o la fidelidad conyugal, sino también la integración de la familia, ya que una consecuencia lógica y directa de la comisión de este tipo de delitos es, sin lugar a dudas, la desintegración familiar.

4.3 CODIGO PENAL DE 1931.

Este Código es el que actualmente nos rige con sus reformas y evidentemente que se ha ido estructurando cada vez mejor, a fin de establecer mayor técnica jurídica, para colocar al delito de adulterio, ahora en una nueva posición, esto es dentro del contexto de los delitos sexuales.

³⁵ Jiménez Huerta, Mariano "Derecho Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, S.A.; 3a Edición, 1992, Tomo V pág 19

Esta situación fue bastante criticable en su época, y el maestro Fernando Castellanos Tena, nos explica: "Con la elaboración del proyecto del Código de 1931 se suscitaron controversias, acerca de la desaparición del adulterio como tipo delictivo, Reconociendo las acervas y en ocasiones justificadas críticas hechas para excluir el adulterio de los ámbitos del Derecho, juzgaron necesario seguir incluyendo el delito en el Código Penal. Tal inclusión representa por lo menos un valladar que se opone al desenfreno y relajamiento de las costumbres, por que la Ley Penal aparte de su aspecto correctivo, tiene una alta misión civilizadora quedó pues, considerado el adulterio como un delito. Es incorrecto el nombre que el delito en cuestión le señala el Ordenamiento Jurídico, puesto que el tipo se configura precisamente con un adulterio verificado en el domicilio conyugal o con escándalo. Siendo incorrecto designar el todo con el nombre de una serie de sus partes. No importa la falta de definición del elemento adulterio, porque exigiría equivaldría a censurar al legislador por no haber definido, por ejemplo, la cópula en el estupro, la vida en el homicidio, el concepto del bien ajeno en el robo, etc.". ³⁶

Hay que notar que de las ideas derivadas del maestro Fernando Castellanos Tena, que en sus inicios el artículo que habla sobre el adulterio, ya no prevenía un bien jurídico tutelado como era la protección de la familia y su integridad, sino ahora, quedaba formando parte como aquéllos delitos sexuales, en lo que de alguna manera, se reducía el bien jurídico tutelado a la libertad sexual en cierta manera, y el concepto de fidelidad conyugal quedarían un poco relegados por la posición establecida en el nuevo Código a este delito.

³⁶ Castellanos Tena, Fernando. "Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio", México, Revista Criminalla, Noviembre 30, 1960, pág. 166

CAPITULO V

EL DELITO DE ADULTERIO

Para este capítulo, vamos a observar los lineamientos jurídicos penales que rodean al delito de adulterio.

Una vez que hayamos desahogado los puntos propuestos en este capítulo, queremos hacer la aclaración de un punto de vista que hemos sostenido desde el inicio de esta tesis, es el hecho que en el Código Penal, para el Distrito federal no existe una descripción adecuada de lo que es el tipo de adulterio, y ha sido la Suprema Corte la que ha llenado esa ausencia de tipo del delito estableciendo como elemento configurativo del mismo la existencia de relaciones sexuales, como podemos observar de la Jurisprudencia sustentada por la Primera Sala que aparece en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación:

ADULTERIO, PRUEBA DEL.- "Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva. (Amparo Directo 5152/55. Rufino Fernández Ocaña. 7 de marzo de 1956. Mayoría de tres votos. Ponente Gabriel García Rojas)".³⁷

³⁷Cp. Cit., Quinta Época, Segunda Parte, Tomo XXXI, Primer Sala, pag. 25

Sin embargo insistimos en que a nuestro modo de ver el simple hecho de que uno de los cónyuges mantenga una relación con tercera persona y existan lazos afectivos que se den en un nivel de noviazgo frente a otras personas, debiera ya entenderse como una violación a la fidelidad conyugal, puesto que el cónyuge de alguna manera ya está configurando la conducta escandalosa de la que se habla en el tipo penal y probablemente no se ha llegado a la relación sexual que exige el tipo penal, quedando en entonces sin castigo el cónyuge infiel y aún la otra persona que tal vez conozca el estado civil de su pareja.

Esto sin duda son las situaciones especiales que veremos en este capítulo.

5.1 ELEMENTOS DEL DELITO

Vamos a citar en términos generales, los elementos del delito y como se configuran, para luego aplicarlos al delito que estamos estudiando.

El maestro Fernando Castellanos Tena, cuando nos explica sobre la teoría del delito y sus elementos, nos dice que a pesar de haber estimado que en las definiciones del delito se incluyen elementos no esenciales, es conveniente hacer el estudio de ellos juntamente con los que si lo son, para tener una idea completa de la materia; y siguiendo el mismo sistema que Jiménez de Azúa utilizó, a su vez tomando lo de

Guillermo Sauer, de acuerdo con el método aristotélico podemos establecer los siguientes elementos positivos y negativos del delito a saber:

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
a) Actividad	a) Falta de Acción
b) Tipicidad	b) Ausencia de Tipo
c) Antijuricidad	c) Causas de Justificación
d) Imputabilidad	d) Causas de Inimputabilidad
e) Culpabilidad	e) Causas de Inculpabilidad
f) Punibilidad	f) Excusas Absolutorias

Ahora bien, pasaremos a desglosar los elementos del tipo de adulterio analizándolos en relación directa a cada uno de los elementos que configuran el delito.

5.1.1 ELEMENTOS DEL DELITO DE ADULTERIO

El tipo que actualmente esta encuadrado en nuestra Legislación, dice en su Artículo 273, que:

ARTICULO 273.- Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de sus derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.³⁸

Por lo que se refiere al primer elemento de la configuración del delito, esto es la conducta, nos dice el maestro Cesar Augusto Osorio y Nieto que : "La conducta es la forma como el hombre se expresa ya sea en forma activa o pasiva; es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito; como puede apreciarse la conducta es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse en una acción o como una omisión".³⁹

Evidentemente, por lo que se refiere al delito de adulterio, a pesar de que no exista la definición del ayuntamiento sexual extramatrimonial o fuera de nupcias, podemos decir en una forma general, que el tipo previsto en el artículo 273, no señala

³⁸ "Código Penal para el Distrito Federal", México, Editorial Porrúa, S.A., 55a Edición, 1995

³⁹ Osorio y Nieto, Cesar Augusto, "Síntesis de Derecho Penal", México, Editorial Trillas, 3a Edición, 1995, pág. 55

ninguna actividad, solamente describe una sanción para los culpables de adulterio, pero jamás especifica en que consiste el adulterio.

Tenemos que presuponer que el adulterio puede ser la relación carnal de un casado con una persona que no sea su cónyuge ; entonces estaremos ya en aptitud de establecer de que forma ha de realizarse la conducta. Evidentemente que tendrá que realizarse en una forma intencional, esto es, con toda la conciencia de tener la relación carnal o el ayuntamiento, con una persona que no sea su cónyuge.

Una cuestión que es necesario subrayar es lo que se refiere al segundo elemento de la teoría del delito, como es el tipo.

Dice el maestro Fernando Castellanos Tena, que: "El tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma penal. La tipicidad es el encuadramiento de una conducta o la descripción hecha por la Ley, la educación de una conducta concreta por la descripción legal formulada en abstracto".⁴⁰

Podemos señalar que el artículo 14 Constitucional, establece un principio de Derecho Penal mucho muy especial que significa que no va a existir un delito sin Ley, en tal forma el Artículo 14 Constitucional en su párrafo segundo dice: "En los juicios del

⁴⁰ Castellanos Tena, Fernando "Lineamientos Elementales del Derecho Penal", México Editorial Porrúa S.A., 34a Edición, 1994, pág. 166

orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esta decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".⁴¹

Esta es una de las criticas principales que debemos de elevar en lo que se refiere a la legislación del Distrito Federal respecto del adulterio, lo anterior en virtud, de que siguiendo la idea del tipo y la tipicidad, y lo previsto en el Artículo 14 Constitucional en su párrafo segundo, evidentemente que no podemos encontrar un tipo específico que describa completamente la conducta de adulterio, esto es sin duda, una de nuestras principales criticas a el artículo 273.

Ahora bien, todo acto que se exterioriza y va en contra de la ley, evidentemente que es un acto antijurídico. Como aspecto negativo de la antijuridicidad, podemos citar a la legítima defensa, al estado de necesidad, al ejercicio de un derecho, al cumplimiento de un deber, al impedimento legítimo, situaciones que no van a justificar la conducta delictuosa de adulterio.

Nadie va a adular por legítima defensa, o por un estado de necesidad; aunque, se presente el caso de que alguno de los cónyuges sea estéril, y ambicione alguna descendencia, pudiésemos pensar en que podrían consentir los cónyuges en el adulterio para tener descendencia, pero esto no podría constituir un estado de necesidad, en el que se salva un bien de mayor calidad sacrificando a otro de menor calidad.

⁴¹ "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", México, Editorial sista S.A. de C.V., 1966, pág. 5.

Por otro lado, el ejercicio de un Derecho, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo, presupone que la legislación les otorga el derecho o el impedimento, situación que no sucede en ningún momento con el adulterio.

El hecho de que los adúlteros, tengan la mayoría de edad, es otro de los problemas graves que encontramos en la comisión del delito de adulterio, ya que podemos pensar en aquella pareja que se ha casado a los dieciséis años, y que incurre en el delito de adulterio.

El criterio de tener por inimputables a los menores de edad, los excluye de alguna responsabilidad penal, pero no así de una responsabilidad civil.

En consecuencia tenemos el caso de inimputabilidad por lo que se refiere al delito de adulterio. Por otro lado, por lo que se refiere a la culpabilidad, evidentemente que el dolo va a ser determinante, ya que en una forma imprudencial de tener un ayuntamiento sexual con alguna persona que está casada y que lo realice con alguna otra persona que no es su cónyuge lo debe hacer con plena conciencia y voluntad, ya que de lo contrario estaríamos hablando de otras situaciones tales como el delito de violación.

Y por último, por lo que se refiere a la punibilidad, y especialmente a la privación de derechos civiles hasta por seis años, como punibilidad que marca el tipo de adulterio, esto va en relación directa a la protección de la integración familiar.

En consecuencia, observamos que los elementos típicos del delito del adulterio, se van a configurar en la práctica aún sin estar totalmente descritos por la Legislación.

Tal es el caso de la Jurisprudencia que a continuación citamos:

INTEGRACION DEL TIPO EN EL DELITO DE ADULTERIO.-
Legislación del Estado de Baja California.- "El hecho de designar el delito de adulterio con el nombre de uno de sus elementos, no significa que no exista el tipo. Este se integra, precisamente con un adulterio que el mismo se verifique en el mismo lugar o con escándalo porque todo el adulterio no es delictuoso, sólo el realizado en tales condiciones, siendo irrelevante la falta de una definición de la palabra adulterio, uno de los elementos de dicho tipo. Es concreto que la ley, al describir las figuras, utilice vocablos que requieren de una valorización por parte de los encargados de aplicar el Derecho. En consecuencia la sentencia en el sentido, de condenar a una persona casada que sostuvo relaciones sexuales con un extraño dentro del domicilio conyugal, no es violatoria de garantías. (Amparo Directo 3948/59. Alicia Valtierrez Lugo. Octubre 1 de 1959. Unanimidad de 5 votos. Ponente el Lic. Fernando Castellanos Tena.)".⁴²

Nótese como en la práctica, está ampliamente aceptado que exista un tipo sin la debida descripción típica de la conducta, en virtud de que se considera que el término de

⁴²Apéndice de Jurisprudencia de 1917-1995 del Semanario Judicial de la Federación", Sexta Época, Cuarta Parte, Primer Sala, pág. 45

adulterio, al igual que la vida en el homicidio, el bien ajeno, en el robo, sean términos sabidos ya por la comunidad, lo que hace que exista un tipo sin descripción. Realmente, no compartimos la opinión de la Jurisprudencia y la manera del tratamiento del delito de adulterio, en virtud de que ni siquiera el Derecho Civil hace una buena definición de lo que debemos entender por adulterio.

Además, por si fuera poco, la falta de técnica jurídica en el delito de adulterio tipificado en el artículo 273 del Código Penal, solamente lo punibiliza cuando este se ha cometido en el domicilio conyugal o se ha realizado con escándalo; lo que hace inexorable la conducta de aquél que logra ocultar su relación sexual con otra persona que no sea su cónyuge. Evidentemente, no constituirá ningún delito el hecho de que la pareja se pueda ver en un hotel, y esto lo hagan en forma discreta. Situación que consideramos no es el fin y objetivo de la protección jurídica penal que debe de perseguir la tipología del delito.

Lo anterior, en virtud de que toda relación carnal de un casado con quién no sea su cónyuge, debe de ser punible, se haga en el domicilio conyugal o se haga con escándalo o sin este, en virtud de que esta en juego el vínculo familiar que es la fuente y la célula más pequeña de la sociedad.

Por último, queremos hacer la definición de los dos elementos que también señala el artículo 273 para que se configure el delito de adulterio, y éstos son que se haya cometido en el domicilio conyugal o que se realice con escándalo.

De éstos, el maestro Carrancá y Trujillo nos explica: "Por domicilio conyugal se entiende la casa o el lugar dónde están establecidos o donde viven permanentemente o transitoriamente los casados, conforme a la ley civil.

Por escándalo, este consiste en el desenfreno exhibido, en la notoriedad que se da públicamente a la situación adulterina, lo que afrenta al cónyuge inocente y ofende por el mal ejemplo a la moral pública. De notoriedad habla el Código Penal Español".⁴³

Evidentemente, que debemos de tomar en cuenta estos dos elementos para que se pueda tipificar completamente el delito de adulterio, ya que de no hacerse en el hogar conyugal o con escándalo, entonces simple y sencillamente no va a existir esa posibilidad de penalizar la conducta.

Volvemos a insistir que por lo que se refiere a la materia penal, carece de técnica jurídica el tipo de adulterio y consideramos que realmente debe de ser punible en todo caso, y además debería de estar en los delitos en contra del Orden Familiar y no en el Título de los Delitos Sexuales.

⁴³ Carranca y Trujillo, Raúl y Carranza y Rivas, Raúl "Código Penal Anotado", México, Editorial Porrúa, S.A., 9a Edición, 1996, pág. 331.

5.2 MEDIOS DE PRUEBA

Para abundar un poco más al respecto a la idea general de la configuración del delito de adulterio, vamos ahora a observar situaciones procedimentales y la forma especial de como debe de probarse este tipo de delitos.

Evidentemente, como se dice en la práctica, este es uno de los delitos más difíciles de probar.

Partiremos inicialmente de lo que es la noción de la prueba.

El maestro Marco Antonio Díaz de León, nos explica el contenido de la función probatoria cuando nos dice: "De las dos más principales actividades del Juez, es investigación y constatación del terreno que guardan los hechos y el ubicamiento de la solución del derecho, la primera, la dilucidación del hecho, no ha de considerarse de manera alguna la menos transcendental... Son raros los procesos que no necesitan de pruebas, en los cuáles se encuentran desde un comienzo esciarcido los sustractos fácticos, y en que sólo respeta por deducir los manejos jurídicos. En la realidad de nuestros tribunales, especialmente en los penales, más reiterados son los casos contrarios en que las apariencias del Derecho no centran el debate y las dificultades se presentan conexas a los hechos. En éstas hipótesis

la resolución final, normalmente, se haya subordinada a los resultados que se obtienen de vincular a la prueba con los sucesos fácticos".⁴⁴

Derivado de la cita anterior, podemos observar que el destinatario de la prueba es el Juez, y a éste se le tienen que ofrecer todas y cada una de las pruebas que en un momento determinado se tengan, para el fin y efecto de que se logre llegar a la verdad legal que se está buscando.

Así, vamos a criticar cada una de las pruebas que se pueden ofrecer, a efecto de demostrar cómo el delito de adulterio, es de difícil comprobación.

5.2.1 TESTIMONIAL

Como son actos realizados en forma secreta, los testigos pueden suministrar datos sobre las relaciones sexuales en sí, pero es difícil que los hayan presenciado directamente. Pueden presumirlas por la conducta que manifiesten los adúlteros, por escucharlos de otras personas, lo que los constituye en testigos singulares que son también los llamados de oídas a quienes no les constan los hechos y solo se enteraron por dicho de otra gente, o escuchar las palabras amorosas que se dicen los adúlteros podrán verlos entrar a un hotel, y tener un trato especial; pero, evidentemente que el adulterio, en su definición debe de ser mucho muy estricto.

⁴⁴ Díaz de León, Marco Antonio. "Tratado Sobre las Pruebas Penales", México, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, 1991, pág. 23

Como habíamos quedado, el adulterio es una relación carnal, de tal forma que no va a constituir adulterio el hecho que entre una pareja a un hotel, mismo que pudiesen objetar que sólo entraron a ver la televisión o arreglarse el cabello o cualquier otra circunstancia análoga, o porque alguno de ellos se sentía muy mal y tuvieron que hacer un descanso.

Claro está que existe una presunción muy contundente, pero, el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, obliga al Juez a absolver en caso de que exista alguna duda. Por lo que tenemos que se ha de requerir necesariamente de algún testigo que realmente los haya visto.

Toda persona cualquiera que sea su sexo, edad y condición, que le consten los hechos, deberá estar obligada a declarar.

5.2.2 INSTRUMENTAL

Por la prueba instrumental, se conoce a todos y cada uno de los documentos que contiene el expediente, también por prueba instrumental, se conoce a los documentos públicos o privados que en un momento determinado, pudiesen comprobar la demostración del adulterio.

Así, deben ser tomadas en cuenta las cartas amorosas, los recados, las fotografías, las películas o cualquier otro instrumento, que pudiesen en algún momento demostrarle al Juez la existencia o no de éste tipo de delito.

5.2.3 PRESUNCIONAL

Derivado del contexto del Artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la prueba presuncional, pudiese constituir un elemento de criterio fundamental que estableciera la determinación del Juez por resolver de tal o cual manera.

El hecho de sorprender en ropa interior dentro del domicilio conyugal, la publicidad de las relaciones ilícitas, la convivencia de los adúlteros bajo el mismo techo, en el hábitat social del cónyuge inocente, hacen presumir la existencia de relaciones sexuales. Pudiendo el Juez atender tales circunstancias, que en cada caso le den la convicción de tener por realizado el delito, o de lo contrario, resolver la inocencia del probablemente responsable.

La siguiente Jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

ADULTERIO, PRUEBA DEL DELITO DE .- "El elemento material del delito de adulterio, es decir, el acceso carnal por medio del ayuntamiento sexual, no es necesario que se pruebe directamente y a través de la cópula; porque si bien es cierto que el adulterio supone la relación sexual de una persona con otra de distinto sexo que no sea su cónyuge, también resulta cierto, que basta la prueba presuncional para que pueda con certidumbre inferirse la unión sexual; en virtud de que la demostración procesal del fornicio es difícil, y por ende, se puede establecer indirectamente ese hecho mediante pruebas de indicios, testimonios, etc.; siendo suficiente para ello el que la sujeto activo del delito fuera sorprendida en el hogar conyugal en compañía de otra persona del sexo contrario, desnudos en la cama; y que ante la irrupción de quienes declararon, se diera a la fuga el acompañante; porque con todo ello se acredita el hecho revelador de la intimidad carnal.(Amparo Indirecto 83/94. Lizolet Alejandra Olvera Castañeda 25 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente Susana García Martínez)".⁴⁵

Nótese como la Jurisprudencia habla de la demostración de relaciones sexuales como elemento constitutivo del delito de adulterio, ahora falta también que éstas relaciones sexuales se realicen dentro del domicilio conyugal, o hayan sido realizadas con escándalo.

⁴⁵Cp CII, Octava Época, Tomo XV-Enero, Tesis VIII fo. 42P, Tribunal colegiado de Circuito, pág. 183

5.3 CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE SE PUEDE DAR EL ADULTERIO

Como ya lo hemos observado el adulterio no solamente se puede dar en situaciones discretas sino que también existen circunstancias que dentro de los parámetros que encontramos en la Ley pueden ser de suma importancia siempre y cuando se tenga la certeza y la comprobación de que estas se dieron en el adulterio.

5.3.1 GRAVE DOLOR.

Es necesario comentar una reforma recientemente publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 10 de enero de 1994, el Artículo 310 del Código Penal, anteriormente encuadraba el grave dolor que provoca la infidelidad conyugal, ahora con la nueva reforma se generaliza esta disposición para establecer como una causa de atenuación de la pena el estado de emoción violenta.

Para notar esta diferencia, es necesario transcribir el contenido del anterior artículo 310 y su nuevo texto. Anteriormente éste decía: **"Se impondrá de tres días a tres años de prisión a quién sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su**

cónyuge. En éste último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión".

Ahora, con la reforma se establece la idea siguiente: "Se impondrá de dos a siete años de prisión, al que en estado de emoción violenta cause homicidio en circunstancias que atenúen su culpabilidad. Si lo causado fueren lesiones, la pena será hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión".⁴⁶

La defensa del honor y la atenuación de la pena que existía anteriormente por la infidelidad matrimonial, estaba debidamente tipificada por el Artículo 310 del Código Penal. Ahora en la actualidad, esa grave pena que causa la infidelidad matrimonial, estará enfocada a la reacción y al estado psíquico de la persona que al ver a su cónyuge ayuntarse con otra persona distinta, provoca un estado de emoción violenta que lo hace reaccionar de manera agresiva.

Incluso, podemos citar la siguiente Jurisprudencia, la cual se identifica con la idea anterior que prevalecía en el Artículo 310.

Dicha Jurisprudencia dice:

⁴⁶ Diario oficial de la Federación, Lunes 10 de Enero de 1994, Segunda Edición Pág. 9

DEFENSA DEL HONOR Y ATENUACION DE LA PENA POR INFIDELIDAD MATRIMONIAL. DIFERENCIAS.- "No debe confundirse la defensa del honor con la atenuación de la pena por Infidelidad Matrimonial. Las agresiones de sangre consumadas por el ofendido en el acto de sorprender las incontinencias sexuales de sus ofensores no reúnen los requisitos de la defensa legítima del honor, por que aunque es verdad que hay una franca agresión contra el hecho de fidelidad, la defensa tiende a evitar el daño en el honor y a conservar intacto este bien protegido por la Ley; en el caso de infidelidad matrimonial, el derecho que se defiende no existe, por haber sido violado, puesto que la acción sangrienta del ultrajado se realiza cuando el acto sexual está consumado. Además que es inadmisibles sostener, por injusto, que los actos de los culpables afecten al honor del ofendido. Se trata de actos ajenos que no le son imputables y por lo mismo no pueden sufrir menoscabo en su honra. La atenuación de la pena establecida por el precepto legal comentado, no obedece a la defensa del honor, sino al descontrol psíquico experimentado por el esposo al sorprender a su cónyuge en actos próximos o constitutivos del Adulterio. (Amparo Directo 2781/63. Serafin Fernández Pérez. Marzo 3 de 1963. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.)".⁴⁷

El Artículo 310 del Código Penal, atenuaba la pena por la emoción directa del instante, evidentemente que también el carácter del honor del ofendido en el adulterio, tienen que ser uno de los elementos a considerar. Por esta razón, resulta que esta idea

⁴⁷Op. Cit., Sexta Época, Volumen CV, Primer Sala, pág. 49

de la pena grave que resulta de la ofensa, va a constituir una forma atenuada en el caso de la respuesta agresiva del cónyuge ofendido.

5.3.2 EN EL LECHO CONYUGAL.

Declamos anteriormente que dos de los elementos que también tendrían que reunirse para acreditar el cuerpo del delito de adulterio, tendría que ser en el domicilio conyugal o que éste se realizara con escándalo.

El maestro Alberto González Blanco, al hablarnos del domicilio conyugal nos explica: **"Domicilio conyugal es aquél que los cónyuges establecen para su convivencia sin importar el carácter de permanente o transitorio".** ⁴⁸

La convivencia de los cónyuges es la que marca la pauta directa del establecimiento de algún hogar conyugal; evidentemente que la idea civilista del hogar conyugal, y el concepto de armados en la casa de los padres de alguno de los cónyuges, no tiene relevancia para la idea del Derecho Penal.

En el Derecho Civil, por ejemplo, el hecho de que vivan con los padres de alguno de los cónyuges, esto no constituye en ningún momento el hogar conyugal.

⁴⁸ González Blanco, Alberto: "Delitos Sexuales", México, Editorial Porrúa, S A 12a. Edición, 1992, pág. 219

En cambio, para el contexto de lo que es el Derecho Penal, y establecer el delito de adulterio, no importa que vivan en el concepto de arrimados con alguno de los padres de los cónyuges, y basta con que sea el lugar permanente o transitorio de convivencia de los cónyuges, para que, por lo que se refiere al Derecho Penal lo tenga como domicilio conyugal.

5.3.3 CON ESCANDALO

Otro de los elementos de los que ya hablábamos anteriormente es el escándalo que en un momento determinado produce la emoción o la ofensa al cónyuge inocente.

De esto, el maestro Antonio de P. Moreno nos explica: **"Escándalo es acción o palabra que es causa de que uno obre mal o piense mal de otro. Desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo: el escándalo a que se refiere la ley debe producir en el medio social o en el círculo en que viven o se desarrollan sus actividades los adúlteros".** ⁴⁹

Ya sea en el hogar conyugal o con escándalo este delito de adulterio debe realizarse con cualquiera de éstos dos elementos, de tal forma que el juzgador deberá tomar en cuenta las circunstancias en que se realizó el ayuntamiento carnal entre los adúlteros.

⁴⁹ Moreno, Antonio de P. "Derecho Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, S.A., 2a Edición, 1991, pág. 265

En tal forma, que en esa situación de exhibición, y la notoriedad que puede hacerse pública, serán sin duda la parte en las que se puede notar la ofensa grave que ha de producirse a uno de los cónyuges.

La siguiente Jurisprudencia, también nos explica al respecto lo siguiente:

ADULTERIO. ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.- El elemento escándalo, se produce cuando la acción o la palabra, ésta en su acepción lata es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca, por la gravedad de los hechos cometidos, una reacción que afecta los sentimientos de las personas que resulten víctimas del delito, y, a la vez, la de reprobación de los mismos, como consecuencia de los comentarios y juicios que se emiten y transmiten en torno del acto o de las palabras dichas. (Amparo Directo. 3979/61. Juan Cadena Garcés y Coags. 17 de octubre de 1966. 5 votos. Ponente: José Luis Gutiérrez Gutiérrez)".⁵⁰

Los elementos que el tipo requiere actualmente, pueden ser dos, ya sea que se realice en el domicilio conyugal, o que provoque un escándalo la relación entre los adúlteros. La notoriedad pública que la situación adúlterina provoca es una afrenta mayor al cónyuge inocente y, no solamente eso, provoca en toda la comunidad un mal ejemplo a la moral y, por esto, una desacreditación a las buenas costumbres.

⁵⁰Op. Cit., Sexta Época, Volumen CXII, Primer Sala, pág. 11

CAPITULO VI.

EFFECTOS DEL ADULTERIO EN EL MATRIMONIO Y SUS CONSECUENCIAS

En este último capítulo, vamos a hacer una mezcla analítica de todos los conceptos hasta éste momento vertidos, así, observaremos desde el concepto de adulterio y su desarrollo histórico, tomando en cuenta también elementos civilistas y penalistas, para el fin y efecto de resolver la hipótesis planteada a lo largo de éste trabajo, en el sentido de que realmente existe la necesidad de formular una definición legal de lo que por adulterio debemos de considerar.

Lo anterior, como ya se ha dicho, es en virtud de que ni la legislación civil ni la legislación penal, dan a entender lo que el adulterio es, incluso, cuando observamos los lineamientos penales, vemos que los tratadistas tratan de definir el adulterio como aquella relación sexual de una persona con otra persona que no es su cónyuge; pero qué pasa cuando los abrazos y los besos, se llegan a dar entre dos personas que están casadas y que no lo hacen con su cónyuge. Esto a la luz de las diversas definiciones que hasta éste momento hemos podido anotar, ya no sería adulterio, ya que el adulterio implica una relación sexual, un ayuntamiento, de tal forma que el hecho de abrazarse, besarse, tocarse no quedarían comprendidos en la definición.

Es el propósito de éste último capítulo, tratar de formular una definición valedera que nos permita tener una idea generalizada de lo que la ley debe de entender como adulterio.

6.1 COMO DELITO

El efecto principal que ha de causarse en el momento en que existe el ayuntamiento carnal entre dos personas casadas y que no son cónyuges, será el hecho de infraccionar un bien jurídico tutelado por la legislación, el cuál en el caso, ya habíamos visto que éste no va a proteger la libertad sexual o una cosa parecida, sino más que nada va a tutelar el vínculo familiar y la fidelidad que los cónyuges se deben el uno al otro.

Para saber realmente el efecto principal, es necesario relacionarlo con el bien jurídico tutelado por la norma, en tal caso, nos explica Mariano Jiménez Huerta que la objetividad jurídica lesionada en el delito de adulterio, es la siguiente: "El delito de adulterio tiene por objeto tutelar la familia en cuanto gremio social específico integrador de la sociedad o colectividad. pero, como los intereses jurídicos que a la familia tienen por titular son diversos, dado que dichos intereses presentan aspectos distintos a causa de la complejidad de la Institución familiar legalmente constituida, preciso es concretizar específicamente la faceta o ángulo del grupo familiar que se tutela en dicho delito.

No hay adulterio sin la previa presencia de un vínculo matrimonial de naturaleza civil entre los cónyuges, que es la base de todo núcleo familiar legalmente constituido. De ahí que en las legislaciones en que el adulterio conforma un tipo delictivo, se pretende, en primer término, tutelar el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges, y en segundo lugar, los intereses o bienes jurídicos que para cada uno de ellos nacen en virtud del matrimonio y que perdurarán mientras éste no se extinga por muerte o divorcio".⁵¹

La familia es la directamente perjudicada por éste tipo de relación ilícita que para que sea un delito, deberá realizarse en el domicilio conyugal o con escándalo.

Así tenemos que la fórmula que establece el Artículo 273 del Código Penal, no llena los requisitos exigidos por la sociedad moderna, en virtud, de que una punibilidad de hasta dos años de prisión como uno de los efectos del adulterio como delito, simple y sencillamente es irrisoria para el bien jurídico tutelado ya que se está provocando, la desintegración de la familia, núcleo de la sociedad.

Ahora bien, por lo que se refiere a la privación de derechos civiles, éstos van a estar totalmente relacionados con los derechos de la familia, como podría ser pérdida de la patria potestad de los menores, y originar una causal para procurar la separación a través del divorcio.

⁵¹ Jiménez Huerta, Mariano. "Derecho Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, S.A., 3a Edición, Tomo V, 1992, págs 20 y 21

Por lo que se refiere a efectos evidentemente de derecho penal, tenemos que una vez ~~sentenciado~~ el Adulterio, los adúlteros pueden alcanzar una conmutación de la pena, y pagar solamente una multa.

Claro está, que va a responder al criterio del Juez Penal, el hecho de aplicar la otra penalidad como es la privación de derechos civiles hasta por seis años; ésta es una situación que consideramos es un punto crítico que debe de razonarse aún más, porque un funcionario público como es el Juez Penal, va a tratar de establecer situaciones concretas de Derecho Civil Familiar, sin estar especializado en la materia.

Por lo anterior, consideramos que en un momento determinado, pudiese dictaminarse con severidad alguna sanción que lejos de favorecer a la sociedad y a la familia, la destroce.

Otro de los elementos que es necesario considerar, es el hecho de que éste delito se persigue por querrela, esto es a petición de la parte ofendida, situación que hace que el cónyuge ofendido pueda otorgar el perdón en cualquier instancia hasta antes de que se dicte la sentencia, y también hace que el cónyuge ofendido pueda manejar la situación a su antojo. Las consecuencias por lo que se refiere a la vía penal, independientemente de la privación de derechos civiles, por lo que se refiere a la pena

corporal, ésta es mínima, y puede ser fácilmente manejada extrayéndole el perdón al cónyuge inocente.

6.2 COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Habíamos dicho, en el capítulo tercero, que todas y cada una de las causales de divorcio, tendrían que estar debidamente acreditadas, para el fin y efecto de que realmente éstas causales, pudiesen ser motivo de divorcio.

Es necesario considerar, que las causales deben de darse suficientemente en la práctica y, además, deben de probarse, para el fin y efecto de que sean consideradas como causas que van a desvincular la familia.

Cada una de las causales que el Código Civil señala, deberán darse en la realidad, en forma total y material, y tener la posibilidad de demostrarse ante el Juez.

Esta es una circunstancia que la maestra Sara Montero Duhalt, nos explica diciendo: "Diversos criterios doctrinarios se han empleado en clasificar las causales. La dificultad para clasificar en forma totalmente distintiva consiste en que muchas de las causas de divorcio pueden clasificarse en diferentes grupos. Por ejemplo: el adulterio que puede considerarse tanto como delito, como divorcio

sanción, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como conducta desleal, como injuria.

Estos criterios son los siguientes: causas que implican delito; causas que constituyan hechos inmorales, las contrarias al estado matrimonial o que implican incumplimiento de obligaciones conyugales, causas eugenésicas llamadas también causas *remedium*, causas que implican conducta desleal; etc. La doctrina más reciente agrupa las causas en dos únicos sectores. Causas que implican culpa y causas objetivas. Y los últimos avances legislativos nos muestran el abandono total de las causas resumiéndose todas en una sola; La quebra efectiva, total y comprobada del matrimonio.

Si bien se mira, cualquiera de las causas que señala el Código que nos ocupa, con cualquier legislación del mundo de ayer o de hoy, implica que el matrimonio se ha roto. Cuando un cónyuge demanda al otro, o cuando la demanda es interpuesta por ambos, significa que la relación afectuosa entre los dos ha dejado de existir⁵².

Como consecuencia de lo anterior, encontramos diversos lineamientos jurídicos-sociales básicos, mediante los cuales podemos observar que la clasificación de las causas, y su debida comprobación, son en sí, una forma a través de la cual se van a desvincular los lazos matrimoniales.

⁵² Montero Duhali, Sara "Derecho de Familia", México, Editorial Porrúa, S.A. 5a. Edición, 1992, pág. 223

El Adulterio como causal de divorcio, presenta en general, los siguientes efectos que a continuación vamos a analizar.

6.2.1 CON RESPECTO A LOS CONYUGES .

Dice la maestra Sara Montero Duhalt: **"Se entiende por adulterio en su acepción gramatical, el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados; violación de la fe conyugal"**.

A pesar de su gravedad el legislador no tomó en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes: Como causa de divorcio y como delito. Un cónyuge puede demandar al otro por adulterio como simple causal de divorcio, o puede optar por la vía penal, para acusarlo del delito cuando el mismo se ha configurado en forma típica, o sea, cometer el adulterio en la casa conyugal o con escándalo.

"La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, pues los adúlteros se refugian en la clandestinidad. Por ello, la Corte admite la prueba indirecta: Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para demostrar la infidelidad del cónyuge culpable".⁵³

Así tenemos que respecto de los cónyuges, uno de los primeros efectos del adulterio como causal de divorcio, es la desvinculación de la Familia.

Los Artículos 267 y 289 del Código Civil, van a darle la posibilidad a cada uno de los cónyuges, para optar por formar una nueva familia, cuando su divorcio ha sido decretado, siendo que los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio, pero el cónyuge culpable de adulterio, no podrá casarse sino después de dos años, contados desde que se decretó el divorcio.

Otra de las limitaciones, es la establecida en el Artículo 158 del Código Civil, el que en términos generales establece que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución anterior, a menos que dentro de ese plazo dé a luz a un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación. Por lo que se refiere a cuestiones alimenticias, éstas estarán dadas por sus propias reglas, ya que si alguno de los cónyuges está imposibilitado para trabajar, esto es que tenga alguna incapacidad, pues entonces, el cónyuge culpable tendrá la obligación de suministrar alimentos.

⁵³ Idem. pág 224

6.2.2 CON RESPECTO A LOS HIJOS

De lo que el Artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal establece como causales de pérdida de la patria potestad, encontramos que el adulterio puede constituir una costumbre depravada de los padres que acarrea el abandono de los hijos, por tal motivo el Artículo 283 del mismo ordenamiento le otorga al Juez facultad para determinar sobre la posibilidad de la pérdida de la Patria Potestad de los hijos, para aquél cónyuge culpable; así tenemos como el mal ejemplo que se le da a los hijos, la moral y situaciones análogas, darán la posibilidad de que en la sentencia se fije esta situación con respecto de los hijos, incluso el Juez gozará de amplio criterio para resolver todo lo relativo a las obligaciones y derechos inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, su suspensión o incluso su limitación, según la situación especial.

Evidentemente, que en este caso, el cónyuge inocente, tendrá la custodia de los menores de edad y su representación para demandarle al padre o a la madre culpables, que a pesar de que pierdan la patria potestad, van a quedar sujetos siempre a las obligaciones que tienen para con sus hijos.

6.2.3 CON RESPECTO A LOS BIENES

Si en el momento en que se contrajo el matrimonio se estipuló un régimen bajo separación de bienes, cada uno de los consortes conserva para sí el dominio pleno de

sus propios bienes, así como el goce y disfrute de los mismos; y de éstos, quedan excluidos el consorte, el cual no puede en ningún momento administrarlos o disponer de ellos.

Situación contraria presenta el contexto de la sociedad conyugal, que está basada en toda una verdadera comunidad entre los consortes, sobre o parte de los bienes presentes y futuros que cada uno de los cónyuges pueda llegar a tener, y éstos pueden incluirse en el monto de los bienes de la sociedad conyugal.

El momento en que sobreviene la disolución del matrimonio, procede a liquidarse la sociedad conyugal.

El Artículo 197 del Código Civil, establece que la sociedad conyugal puede concluir en las siguientes formas.

1. Por divorcio o por nulidad del matrimonio y por muerte de uno de los consortes.
2. Por voluntad de los cónyuges.

3. Por sentencia que declare la presunción de muerte de algún cónyuge ausente.

4. También puede terminar la sociedad conyugal durante el matrimonio a petición de alguno de los cónyuges, cuando el socio administrador, por su notoria negligencia o torpe administración, amenaza la ruina de la sociedad; o cuando el socio administrador sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hace cesión de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal; también si el socio administrador es declarado en quiebra o concurso, y por cualquier otra razón que justifique a juicio del Juez competente la terminación de la sociedad conyugal.

En consecuencia tenemos cómo el divorcio, es una de las formas típicas a través de las cuales, la sociedad conyugal va a terminar.

Respecto a la forma de liquidación, el maestro Ignacio Galindo Garfias, nos explica las ideas siguientes:

"Al disolverse la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con la intervención del representante de la sucesión, mientras no se lleve a cabo la partición.

Antes de disolver la sociedad, se practicará inventario de los bienes comunes en el momento de la disolución, pero no se incluirá en el activo el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes.

El liquidador deberá pagar los créditos pasivos en contra del fondo social y distribuir el remanente entre los consortes, en la forma convenida, de acuerdo con las bases establecidas en las capitulaciones matrimoniales.

Los socios reportarán las pérdidas si las hubiere en proporción a sus aportaciones. Si sólo uno de los consortes llevó capital a la sociedad, la pérdida total será por cuenta de éste".⁵⁴

Como consecuencia de lo anteriormente citado, podemos decir que los efectos del adulterio como causal de divorcio no afecta a los cónyuges. Aunque uno de los cónyuges sea el culpable, de todos modos no pierde sus derechos en la disolución de la sociedad, aunque, esto dé pie, para que de alguna manera en un carácter moral, deba de ceder algunos derechos al cónyuge inocente, para resarcir el posible daño moral que en un momento determinado pueda causarle.

Esta es una de las situaciones que pudiese ser en la relación establecida en un matrimonio, en la que, existiera ese daño moral al cónyuge inocente, y que éste a su vez

⁵⁴ Galindo Garfias, Ignacio "Derecho Civil", México, Editorial Porrúa S.A., 3a. Edición 1994, pág. 555

podiese accionar en contra del culpable, no solamente por la vía de causal de divorcio, sino también en la reparación de daños y perjuicios, en pago de pesos por un daño moral ocasionado que consideramos bien podría darse en la práctica, ya que evidentemente que el daño no solamente es moral hacia el cónyuge inocente, sino también hacia toda la sociedad.

6.3 RELACION DEL ADULTERIO CON DIFERENTES FORMAS JURIDICAS

Hemos querido terminar nuestro estudio, enfrentando al delito o causal de divorcio de adulterio, frente a otras figuras jurídicas, a fin de observar cual es su relación y en que momento, pudiese existir alguna identificación en los tipos, para tener mayores elementos de convicción al formular nuestras conclusiones.

6.3.2 BIGAMIA

Una de las consecuencias de tipo social, que pudiesen provocarse a través del adulterio, es la bigamia.

Una vez que los adúlteros han llevado una relación continua durante un espacio de tiempo prolongado, suelen llegarse a juntar, para convertirse ya no en un adulterio

ocasional, sino en un adulterio permanente que es considerado más que nada como un amasiato.

En nuestra sociedad monogámica, solamente es permitido estar casado con una sola persona y formar sólo una familia, esto en virtud de la ética y moralidad de nuestra sociedad, que entiende, que solamente puede existir un sólo vínculo familiar, ya que en la práctica, sería bastante difícil mantener relaciones con varias personas y formar varias familias.

El hecho de que estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga nuevas nupcias con todas las formalidades de ley, esta situación es considerada como delito por el Artículo 279 del Código Penal.

Sin duda, éste es una de las consecuencias lógicas del adulterio, ya que éste en el momento en que no hay continuidad y se sigue con la relación sexual, nace otro tipo de vínculo de cariño, que obliga a las parejas, a dejar su antigua familia para formar otra; el problema, es de que por desconocimiento de sus derechos, no desvinculan el anterior matrimonio, y para lograr una cierta seguridad jurídica en su nueva familia, tratan de formalizarla a través de celebrar otro matrimonio con todas las formalidades de la ley, cometiendo el delito de bigamia, que es penado con prisión hasta de cinco años.

En forma general, los maestros Carrancá nos explican algunas circunstancias del delito de bigamia en la siguiente redacción: "El objeto jurídico del delito, es el interés público de asegurar el estatus jurídico matrimonial. Es un delito de lesión, doloso e instantáneo. Se conforma por el hecho mismo de contraer el distinto matrimonio, firmando el acta respectiva que lo registra fehacientemente, aunque el matrimonio quede roto y no se consume por el acceso carnal. Es configurable la tentativa, inacabada o acabada (comienzo de ejecución o frustración). Sujeto activo; la persona que está casada en matrimonios vigentes. Pasivo: El cónyuge por matrimonio vigente con el activo y el que contrae matrimonio, con el activo ignorando el matrimonio vigente con éste; si a sabiendas de ello lo contrajese, será coautor en el delito. Es indiferente que el matrimonio válido haya sido contraído en México o en el extranjero. Lo que importa es su vigencia legal".⁵⁵

El estatus jurídico matrimonial, no solamente se ha de proteger a través del delito de bigamia, sino también a través del delito de adulterio, evidentemente que encontramos un punto equidistante entre los dos delitos, de hecho, consideramos que la Bigamia es una consecuencia del delito de adulterio. Aunque realmente son dos delitos autónomos

Los bigamos, inician sus relaciones sexuales como adúlteros; y llevan a cabo el desajuste jurídico-social, en el momento en que no realizan la desvinculación de su primer matrimonio, y por querer formalizar una nueva familia, contraen matrimonio con las formalidades de la ley dos veces.

⁵⁵ Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. "Código Penal Anotado", México, Editorial Porrúa. S.A.; 9a Edición, 1995, pág. 537

Estas son circunstancias que deberán estar debidamente consideradas, en virtud de que en la actualidad, éstos tipos de delitos de adulterio y de bigamia, están dejando en un estado de inseguridad a las nuevas familias que se forman.

Si ya se cometió el adulterio, si ya no se puede llevar la vida en común entre el cónyuge inocente y el cónyuge adúltero lo mejor es disolverlo, que se arreglen conforme a la ley y que el cónyuge adúltero pague las pensiones alimenticias a la familia que deja, para el fin y efecto de estar en aptitud de procrear o de establecer una nueva familia, con todas las legalidades de la ley.

6.3.2 CONCUBINATO

En el Concubinato la situación es mucho más difícil, en virtud de que no hay una verdadera seguridad jurídica, y realmente el concubinato es una situación bastante nociva para la sociedad mexicana, que debe necesariamente formalizarse a través del matrimonio; y si ya las parejas viven en concubinato, y éste nació de un adulterio, lo mejor es cerrar completamente la familia anterior a través del divorcio, para formalizar la nueva familia y darle la seguridad jurídica que ésta realmente necesita.

Lo anterior, en virtud de que incluso el concubinato ha sido considerado ya como un estado criminógeno, esto es un estado viable para que los hijos concubinos estén propicios a la delincuencia.

De esto, nos habla el maestro Luis Rodríguez Manzanera, en las líneas siguientes: "El concubinato es otro tipo de familia común en México. El concubinato es debido a múltiples factores y puede presentarse en varias formas. Los factores aquí nos interesan y de las formas podemos mencionar principalmente la simple, la cual en realidad es un matrimonio por comportamiento, y que llega en ocasiones a ser tan perfecto como el matrimonio legal, pero siempre será un mal ejemplo para los hijos.

Las formas de concubinato más dañinas son dos: Una, es la de concubinatos sucesivos, en la cuál la madre se va uniendo a diferentes sujetos, con los cuales vive una temporada, en la que procrea uno o más hijos, para luego ser abandonada y unirse a otro hombre, y así sucesivamente, con el consabido resultado de que los hijos nunca tienen un verdadero padre, y la figura paterna se va diluyendo entre los diversos señores de su mamá, lo que va creando un resentimiento que a la larga pagará la sociedad.

La segunda forma dañina del concubinato, es la del sujeto legalmente casado, que no queriendo separarse de su familia, y queriendo a la vez unirse a

otra mujer, funda una segunda familia y, con la que quizá vive temporalmente, pero de la que nunca será el padre regular'.⁵⁶

El impacto jurídico-social del concubinato, es más lesivo que la misma bigamia.

Incluso, si no prevenimos suficientemente el delito de Adulterio, es lógico que ponemos en riesgo a toda la actividad social, lo anterior, en virtud de que si nuestra legislación penal no señala realmente un tipo descriptivo de la conducta, a pesar de que la jurisprudencia lo acepte, pero el caso real y material es de que no lo señala, pues el Juez, no podrá estar en posición de evaluar completamente la actitud de los supuestamente adúlteros, para medir su grado de peligrosidad e imponer una sanción.

Es el momento de proteger a la familia sin duda, el vínculo de mayor valor que el mismo dinero, es la familia.

De que le sirve a una persona tener varias cuentas en el banco, si no tiene con quién compartir esa riqueza, o si en algún momento la tuvo y fue desechado por dicha familia, y solamente vive sólo con su riqueza.

Sin duda, el calor humano que proporciona la familia, debe ser realmente una situación de preocupación y protección por parte de nuestra legislación.

⁵⁶ Rodríguez Manzanera, Luis. "Criminalidad de Menores", México, Editorial Porrúa, S.A., 8a. Edición, 1993, pág. 95.

6.3.3 HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO

En la actualidad, por lo que se refiere al Registro Civil, ya se acabaron aquellas situaciones que realmente marcaban a un individuo de por vida, en el caso de que si éste era un hijo natural o ilegítimo, por que simple y sencillamente no se mencionaba a su padre.

Esta es una de las situaciones prohibidas por el artículo 22 Constitucional, que a través del levantamiento de Actas de nacimiento, se establecía una marca para el hijo natural o ilegítimo al asentarse en dichos documentos que el hijo, no provenía de un verdadero núcleo familiar, estableciéndose una marca prohibida expresamente por el artículo 22 de nuestra Constitución Política.

Todo lo que rodea a la posibilidad de ser tratados como verdaderos hijos, es simple y sencillamente el reconocimiento del menor.

La filiación de los hijos nacidos del matrimonio pues en este no hay duda de la filiación legítima; en donde encontramos problemas, es en el momento en que de ese adulterio, se procrea a un inocente, el cual conforme al derecho humano, debe de ser tratado con dignidad.

Y es el caso, de que el reconocimiento de los hijos se hace a través de la comparecencia o el levantamiento de actas de nacimiento, con este, dicho menor va a tener todos los derechos de filiación de hijo a padre incluso hasta el hereditario.

Así, estaremos en lo que son las reglas establecidas para reconocer hijos nacidos fuera de matrimonio.

De tal forma el Artículo 360 del Código Civil, establece entre otras cosas que la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Pero por lo que se refiere al padre, sólo se establecerá el reconocimiento voluntario o en caso de que se niegue, por una sentencia que declare la paternidad, esto es llevar un juicio de paternidad ante el Juez de lo Familiar, para el fin y efecto de que se obligue al padre a reconocer al hijo.

Ahora bien, este tipo de reconocimiento podrá hacerse en cinco formas distintas a saber:

1. En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil;
2. Por acta especial ante el Juez del Registro Civil.

3. Por Escritura Pública
4. Por Testamento; y
5. La confesión judicial directa y expresa

Cuando la madre o el padre reconozcan separadamente al hijo, no podrán revelar en el acto de reconocimiento el nombre de la persona con quién fue habido, ni exponer ninguna circunstancia donde aquélla pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo de que queden absolutamente ilegibles.

Es preferible que el reconocimiento de los hijos se haga voluntariamente, ya que de lo contrario se tendrá que instaurar una investigación de paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, y, en este caso; la situación adulterina de los progenitores, hace que el hecho de reconocer a un hijo habido entre adúlteros, comprueba y demuestre totalmente el adulterio.

Si un padre de familia, tiene relaciones sexuales con alguna otra persona que no es su cónyuge, tienen un hijo y se apresura a reconocerlo, evidentemente, que el adulterio queda debidamente probado, y procederá con el simple reconocimiento la instauración de una situación de divorcio por la vía civil.

CONCLUSIONES

1.- Si nos remontamos a los antecedentes históricos del adulterio, podremos observar que esta conducta se enfocó a proteger la fidelidad de los cónyuges, pero, en la actualidad si observamos algunas ideas de tipo doctrinal, veremos que el adulterio está dirigido a proteger las relaciones sexuales entre los cónyuges dejando en un segundo lugar la fidelidad conyugal y en consecuencia la integración familiar.

2.- Desde un punto de vista técnico-jurídico, observamos que ni en la legislación civil ni en la legislación penal se establece una definición exacta de lo que debemos entender por adulterio y ha sido la Jurisprudencia la que ha tenido que llenar esa laguna jurídica.

3.- En nuestro derecho actual, observamos que en materia penal, es muy difícil probar la consumación del delito de adulterio, que por otro lado no acepta la tentativa, y en consecuencia, para que sea punible debe ser plenamente comprobado el delito, además que consideramos que la penalidad es demasiado benévola para el que comete el delito si tomamos en cuenta que la realización del mismo trae consecuencias para la familia y la sociedad en general.

4.- Observamos que actualmente entre las consecuencias del adulterio se da una profunda desintegración familiar, generadora a su vez de conductas delictivas entre los

miembros de la familia; así como de una excesiva propagación de enfermedades de tipo sexual que también afectan al entorno familiar y aún al o a la cónyuge inocente. Por lo que es importante prestarle más atención a la prevención de la conducta delictiva como tal y como causal de divorcio, para más que castigar su ejecución, prevenirla en lo posible.

5.- Consideramos necesario precisar una definición de adulterio, que no se refiera únicamente al acto sexual consumado entre dos personas que no están unidas bajo matrimonio y que una de ella o ambas estén casadas con tercero, pues debiera considerar el hecho de que se dé una relación afectiva aparentemente de noviazgo basada en el hecho de prodigarse públicamente abrazos, besos, obsequios, etc..., y aún rozamientos con persona distinta a su cónyuge. Pues aún cuando el tipo acepta la prueba presuntiva, en estricto derecho ello va en contra del principio constitucional de que exista una ley exactamente aplicable al delito, lo que deriva en una imposibilidad de castigar al que comete adulterio.

6.- Asimismo consideramos que el delito de adulterio no debe considerar únicamente que para su penalización tenga que realizarse en el domicilio conyugal o con escándalo y sí, fijar una definición amplia que abarque desde la simple exhibición pública del cónyuge con otra persona ostentándose ambos con una relación afectiva más allá de la simple amistad; y en todo caso agravar la penalidad cuando además exista una relación sexual, comprobada o presumible mediante testigos y que la misma se dé en el domicilio conyugal o con escándalo.

7.- El delito de adulterio a nuestro parecer fue indebidamente clasificado dentro del Título Decimoquinto denominado de los Delitos sexuales, porque si bien es cierto que la definición jurídica en el delito de adulterio es eminentemente de naturaleza sexual, ya que existe el hecho del acceso entre uno de los cónyuges y una tercera persona ajena a su vínculo matrimonial. Creemos que este delito debió de encuadrarse dentro del Título Decimosexto relativo a los Delitos contra el Estado Civil porque el principal objetivo de preveer esta conducta es la fidelidad conyugal y la integración familiar.

8.- Asimismo es de hacer notar que para el caso de invocar el adulterio como causal de divorcio en materia civil, dado que no es fácil probar esta conducta, se acepta la prueba testimonial o la presuncional (cartas sin rúbrica, fotografías, grabaciones, etc...) para que el juzgador estime la procedencia o no de la acción, sin olvidar que cuando se basa en testigos la mayoría de las veces éstos caen en la mentira para encuadrar la conducta del demandado a los requerimientos de procedibilidad de la acción. Ello porque evidentemente la relación del acto sexual normalmente se da con la mayor discreción y en lugares ocultos. Lo que se evitaría aceptando como adulterio el hecho de que el cónyuge se exhiba públicamente o se ostente como novio o esposo de una persona con la que realmente no ha contraído matrimonio.

9.- Hemos visto en el presente trabajo, que la relación extramarital de uno de los cónyuges, puede generar otras conductas como el concubinato, o la bigamia y estas son situaciones verdaderamente lesivas a la integración del núcleo familiar, a los intereses de la sociedad, a la ética y a la moral y respecto que se deben de guardar los cónyuges.

10.- Todos los derechos que rodean a la familia, son de suma importancia, no podemos dejarlos desprotegidos, porque estaríamos afectando uno de los principales elementos de la conformación del Estado como es la sociedad y en consecuencia es necesario que se deba tomar en cuenta una definición de lo que es el adulterio, para frenar en lo posible toda actitud de infidelidad matrimonial, mediante una definición más técnica del adulterio como delito y la aplicación de una sanción más severa que la actualmente contenida en el Código Penal con el agravante del lugar y la forma en que se realice el acto sexual (en el hogar y/o con escándalo). Asimismo dar mayor flexibilidad en materia civil a la definición de la conducta de adulterio como causal de divorcio.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Atwood, Roberto. **Diccionario Jurídico**, México; Editor y Distribuidor Librería Bazán, 8a Reimpresión 1992.
- 2.- Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía. **Derecho de Familias y Sucesiones**, México; Editorial Harla, 1a. Edición, 1991.
- 3.- Briseño Sierra, Humberto. **El Juicio Ordinario Civil**, México; Editorial Trillas, 6a. Reimpresión, 1995.
- 4.- Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. **Código Penal Anotado**, México, Editorial Porrúa, S.A., 9a. Edición, 1995.
- 5.- Carrara, Francisco. **Programa de Derecho Criminal, Parte Especial**, Madrid, España; Editorial Bosch, 1993 Volumen III, Tomo V.
- 6.- Castellanos, Fernando, **Lineamientos Elementales del Derecho Penal**, México; Editorial Porrúa, S.A., 31a. Edición, 1994.
- 7.- Castellanos Tena, Fernando, **Tipo y Tipicidad en el Delito de Adulterio**, México, *Revista Criminología*, Noviembre 30, 1960.

- 8.- Cruz, Carlos. **Derecho Penal, Parte Especial**, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrella, 2a. Edición, 1993. Tomo I
- 9.- De Pina Vara, Rafael. **Código Penal Anotado**. México Editorial Porrúa, S.A., 23a. Edición 1995.
- 10.- De Pina Vara, Rafael. **Diccionario de Derecho**, México; Editorial Porrúa, S.A. 21a, Edición, 1995.
- 11.- Díaz de León, Marco Antonio. **Tratado Sobre las Pruebas Penales**; México, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, 1991.
- 12.- **Diccionario de la Real Academia Española**, Madrid, España, 1994.
- 13.- **Diccionario de Sociología**. México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 13a. Reimpresión, 1992.
- 14.- Escriche, Joaquín. **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**; México, Cárdenas Editor, y Distribuidor, 8a. Edición, 1992.
- 15.- Floris Margadant, Guillermo. **Panorama de la Historia Universal del Derecho**, México, Editorial Porrúa, S.A., 12a. Edición, 1992.
- 16.- Galindo Garfías, Ignacio. **Derecho Civil**; México, Editorial Porrúa, S.A., 13a. Edición, 1993.

- 17.- García Pelayo, Ramón. **Diccionario Larousse Ilustrado**; México, Editorial Larousse, 1995.
- 18.- González Blanco, Alberto. **Delitos Sexuales**; México, Editorial Porrúa, S.A., 12a. Edición, 1992.
- 19.- Jiménez Huerta, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**; México, Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, 1992. Tomo V
- 20.- Montero Duhal, Sara. **Derecho de Familia**; México; 5a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1992.
- 21.- Moreno, Antonio de P. **Derecho Penal Mexicano**, México; Editorial Porrúa, S.A. 2a. Edición, 1991.
- 22.- Nordarse, José. **Elementos de Sociología**; México, Editorial Selector, 31a. Edición, 1995.
- 23.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto. **Síntesis de Derecho Penal**, México Editorial Trillas 3a. Edición 1995.
- 24.- Pallares, Eduardo. **Diccionario de Derecho Procesal Civil**; México, Editorial Porrúa, S.A., 21a. Edición, 1994.

- 25.- Pérez Durán, Marino. **Historia General, Libro I Historia Antigua y Medieval;** México, Publicaciones Cultural, 15a. Edición, 1993.
- 26.- Petit, Eugenio. **Tratado Elemental de Derecho Romano,** México; Editora Porrúa, 11a. Reimpresión, 1994.
- 27.- Rodríguez Manzanera, Luis. **Criminalidad de Menores,** México, Editorial Porrúa, S.A., 8a. Edición, 1993.
- 28.- Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de Derecho Civil,** México, Editorial Porrúa, S.A., 25a. Edición, 1993. Tomo I.
- 29.- Rojina Villegas, Rafael. **Derecho Civil Mexicano,** México, Editorial Porrúa, 8a. Edición, 1993. Tomo II.
- 30.- Sustelle, Jacques. **La Vida Cotidiana de los Aztecas en Víspera de la Conquista;** México, Fondo de Cultura Económica, 10a. Reimpresión, México, 1994.
- 31.- Zepeda Sahagún, Bernardo. **Historia Universal;** México, Editorial Enseñanza, 10a. Edición, 1992.

LEGISLACION

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Sista S.A. de C.V. 1995.
- 2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto Federal Electoral 1983.
- 3.- Apéndice de Jurisprudencia de 1917-1995, del Seminario Judicial de la Federación.
- 4.- Código Civil, Leyes Federales. Colección, Herrero Hnos. Impresores, 1884.
- 5.- Código Civil para el Distrito Federal, México, Editorial Porrúa, S.A., 64 a. Edición, 1995.
- 6.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa S.A. 49a. Edición, 1995.
- 7.- Diario Oficial de la Federación; 10 Enero 1994, 2a. sección.