



004552

264  
21

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

'97 JUN 18 ACATLAN 11

ESTUDIOS  
PROFESIONALES  
Y SU REGISTRO

**"LA MUERTE DEL CONYUGE INOCENTE  
DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO POR  
ADULTERIO Y PERDIDA DEL DERECHO  
SUCESORIO DEL SUPERSTITE  
CULPABLE"**

**T E S I S   P R O F E S I O N A L**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**L I C E N C I A D O   E N   D E R E C H O**  
P R E S E N T A:  
**ANGEL EDUARDO ORTEGON BUENROSTRO**

ASESOR:  
LIC. MARIA MAGDALENA HERNANDEZ VALENCIA

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

MEXICO, D. F.

JUNIO 1997



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A MI DIOS :

POR HABERME ILUMINADO Y  
OTORGADO LA SABIDURIA,  
RESPEYO Y CARINO A MIS  
SEMEJANTES Y LOS MEDIOS  
NECESARIOS PARA CONCLUIR  
MI CARRERA.

A MIS QUERIDOS PADRES :

ELODINA BUENROSTRO BERLANGA  
RAUL ORTEGON CHAIRES

QUIENES SIGNIFICAN TODO AMOR,  
LA PACIENCIA Y LO MAS GRANDE  
EN ESTE MUNDO, GRACIAS A  
ELLOS VEO REALIZADA Y  
CRISTALIZADA LA MAS GRANDE  
META FIJADA, ESPERANDO  
RETRIBUIR EN UNA PEQUEÑA PARTE  
A TODO EL CARINO Y APOYO QUE  
ME HAN BRINDADO, GRACIAS. LOS  
AMO.

A MI ESPOSA :

FLOR

GRACIAS POR TU AMOR,  
Y COMPRESION QUE ME  
IMPULSARON TAMBIEN A  
SER UN PROFESIONISTA.

A MIS TIOS:

SOCORRO ORTEGON CHAIRES  
ESPERANZA ORTEGON CHAIRES  
CARLOS LOPEZ PASARON

POR TODO EL APOYO Y AYUDA  
INCONDICIONAL QUE ME HAN  
BRINDADO, PARA EL LOGRO  
DE ESTA META, MUCHAS  
GRACIAS.

A MI ASESOR :

LIC. MARIA MAGDALENA HERNADEZ VALENCIA  
POR SU GRAN CALIDAD HUMANA, PACIENCIA Y  
ORIENTACION PROFESIONAL QUE FUERON DE  
GRAN AYUDA EN LA REALIZACION DE ESTE  
TRABAJO.

A TODOS AQUELLOS:

QUE ME BRINDARON SU APOYO  
PARA VER REALIZADO UN DE  
MIS MAS GRANDES SUEÑOS,  
SER GENTE DE BIEN.  
GRACIAS.

LA MUERTE DEL CONYUGE DEMANDANTE DURANTE EL JUICIO DE DIVORCIO POR ADULTERIO Y  
 PERDIDA DEL DERECHO SUCESORIO DEL SUPERSTITE CULPABLE.

	Indice.-----	pag. 1.
	Introducción.-----	4.
CAPITULO I.	ANTECEDENTES JURIDICOS DEL DIVORCIO Y DERECHO POSITIVO.-----	6.
1.-	Principales causas de divorcio en Roma.-----	7.
2.-	Principales causas de divorcio en el Derecho Canónico.-----	13.
3.-	Antecedentes en el Sistema Jurídico Mexicano.-----	15.
	A) Leyes de Partida.-----	15.
	B) Leyes de Reforma.-----	16.
	C) Códigos Civiles de 1870 y 1884.-----	18.
	D) Leyes de Divorcio Vincular del 29 de Diciembre de 1914 y 29 de Enero de 1915.-----	21.
	E) Ley de Relaciones Familiares de 1917.-----	24.
4.-	Código Civil de 1928.-----	29.
	A) Concepto de Divorcio Necesario.-----	29.
	B) Concepto de Divorcio en nuestro Derecho Positivo.-----	31.
	C) Principio de limitación de causa.-----	32.
	D) Clasificación de las causas de Divorcio.-----	34.
	Notas del Capítulo I.-----	37.
CAPITULO II.	EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.-----	39.
1.-	Concepto de adulterio.-----	40.
	A) Aceptación Etimológica.-----	40.
	B) Aceptación Sociológica.-----	40.
	C) Aceptación Jurídica.-----	41.
2.-	Antecedentes en el Derecho Hebreo y Español.-----	43.
3.-	Antecedentes en el Derecho Mexicano.-----	48.
	A) Código Penal de 1871.-----	48.
	B) Código Penal de 1929.-----	51.
4.-	El adulterio en el Código Penal vigente en el Distrito Federal.-----	53.
	A) Código Penal de 1931.-----	53.
	B) Tipicidad (definición) y elementos del tipo.-----	58.
	a.- Tipicidad.-----	58.

	b.- Elementos del tipo.	pag. 61.
C)	Bien Jurídico Tutelado.	65.
D)	Conducta externa y ausencia de conducta.	66.
	a.- Acción latu sensu.	67.
	b.- El resultado.	67.
	c.- Ausencia de conducta.	68.
E)	Sujetos Activo y Pasivo.	68.
	a.- Sujeto Activo.	68.
	b.- Sujeto Pasivo.	70.
5.-	El adulterio en el Código Civil vigente en el Distrito Federal.	71.
	A) La fracción primera en el Código Civil en el Distrito Federal.	71.
	Notas del Capítulo II.	73.
CAPITULO III. ANTECEDENTES DE LA SUCESION.		76.
1.-	Sinópsis Histórica de nuestra legislación.	77.
	A) Código Civil de 1870.	77.
	B) Código Civil de 1884.	80.
	C) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.	82.
	D) Código Civil de 1928.	83.
2.-	Concepto y Clases de Sucesión.	85.
	A) Sucesión Testamentaria.	86.
	B) Sucesión Legítima.	88.
3.-	La Sucesión en el Derecho Positivo Mexicano.	90.
	A) Sujetos y Condiciones que intervienen en los Juicios Sucesorios.	90.
	B) Adquisición de la herencia mediante sucesión testamentaria y legítima.	98.
	C) Acción del Heredero.	99.
	D) Nulidad de los testamentos.	102.
	E) Incapacidad para ser heredero.	106.
	Notas del Capítulo III.	113.

CAPITULO IV. EL ADULTERIO COMO CAUSA DE LA PERDIDA DEL DERECHO DE SUCESION ENTRE LOS CONYUGES.	115.
1.- Muerte del Cónyuge demandante durante el procedimiento de Divorcio.	116.
A) Supuestos Procesales.	
B) Efectos.	
C) Naturaleza y alcances de la acción de divorcio.	124.
2.- La fracción III del artículo 1316 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.	128.
3.- Legitimación de la causa por parte de los presuntos herederos.	130.
A) Presupuestos procedimentales.	130.
B) Legitimación Ad Causam y Ad Proesum de los herederos.	132.
C) Integración de las constancias deducidas del Juicio de Divorcio a efecto de integrar la hipótesis contenida en la fracción III del artículo 1316 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.	133.
Notas del Capítulo IV.	135.
Conclusiones.	136.
Bibliografía.	140.

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

Al sobrevenir el fallecimiento de uno de los cónyuges, le sucederá el cónyuge supérstite cuando el derecho le asista sea por sucesión testamentaria o legítima, sin embargo, hay ocasiones en las que el cónyuge pierde la capacidad para heredar del de cujus por motivos de orden jurídico, que son independientes a la voluntad del testador, así encontramos en nuestra legislación que las causas de incapacidad deben estar determinadas expresamente en la norma jurídica y, al analizar dicha situación, la ley contempla que una de las conductas que generan la incapacidad para heredar es el adulterio debidamente probado en el que haya incurrido el supérstite.

A lo largo de la elaboración de este trabajo, hemos plasmado una visión general sobre algunas situaciones jurídicas como lo son el divorcio, el adulterio como delito y como causal de divorcio, la capacidad del cónyuge adúltero para heredar; esto a efecto de que se comprenda de una manera amplia y precisa el tema materia del presente estudio, que es la muerte del cónyuge inocente durante el juicio de divorcio por adulterio y pérdida del derecho a suceder del supérstite culpable.

En el presente estudio, hemos observado que jurídicamente la muerte del cónyuge demandante durante el juicio de divorcio, tiene como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial por causa natural, sin que pueda alguna otra persona continuar con la secuela del procedimiento, ya que la acción por la cual se ejercita el divorcio es de carácter personalísimo.

Por último, la capacidad para heredar cuando el cónyuge supérstite incurrió en adulterio se pierde cuando es perfeccionada la incapacidad para suceder, es decir, que existan



dos sentencias elevadas a la categoría de cosa juzgada, la primera de ellas declarando el adulterio, sentencia que puede haber sido dictada por el juez de lo familiar o de lo penal en su caso, y la segunda que declare que dicho adulterio ha generado incapacidad por parte del cónyuge superviviente para heredar del de cujus; resolución que necesariamente habrá sido dictada en un juicio de carácter eminentemente civil.

## C A P I T U L O I

ANTECEDENTES JURIDICOS DEL DIVORCIO  
Y DERECHO POSITIVO.

### 1.- Principales causas de Divorcio en Roma.

Considerando la importancia del Derecho Romano como base que es de nuestro sistema jurídico, hemos estimado pertinente mencionar la forma en que se rigió la institución del divorcio y causales del mismo.

Para Rodolfo Sohm, "el matrimonio en Roma es la plena y legítima unión y convivencia de hombre y mujer. El matrimonio del antiguo Derecho Romano implica, como factor esencial, poderes maritales absolutos sobre la persona de la mujer -*manus maritalis*- por virtud de los cuales ésta pasa a formar parte de la casa del marido, a cuyo imperio queda sometida." (1)

El Derecho Romano reconoció las *iustae nuptiae* que fue una unión entre libres, la cual tuvo como consecuencias jurídicas el matrimonio estable entre los cónyuges. Para disolver este matrimonio existían varias causales, siendo una de ellas el divorcio, que fue considerado como la ruptura voluntaria del lazo conyugal por falta de *affectio maritalis*.

Durante un largo periodo de la historia del Derecho Romano fueron pocos los divorcios, ello fundamentalmente debido a que se consideraba que el divorcio sólo podría tener lugar existiendo un justo motivo.

En cuanto a la terminología, dice Bonfante que la expresión "*repudium*" significa en el Derecho Clásico la manifestación de la voluntad en contra de la continuación del matrimonio y que la palabra "*divortium*" alude a los efectos que produce su disolución.

Con el objeto de lograr un mejor tratamiento de este tema, iré situando el divorcio en cada una de las épocas que se dan en Roma y de acuerdo a la clasificación que atiende a las formas de gobierno según Ortolán:

Monarquía.- de 753 a 509 a.C.

República.- de 509 a 27 a.C.

Imperio.- de 27 a.C. al 565 de nuestra era; hasta Justiniano.

Período Monárquico.- El régimen importante en esta época, o sea desde la fundación de la Ciudad hasta la Ley de las XII Tablas, tocanta al divorcio, se caracteriza por la dificultad con que se disolvía el matrimonio contraído por *conferratio* y que era a través de una ceremonia contraria llamada *differratio* según la ley del *contrarius-actus*, teniéndose noticia que el primer divorcio en tal forma se dió en 232 a. de C.

"La antigua ley de Rómulo *Ius Divortendine* autorizó el divorcio sólo que la causa fuera el adulterio, provocación de aborto o abandono de hogar. Esos tres hechos fueron causa de repudio porque constituían la transgresión de tabus religiosos y, por consiguiente, la mujer era causa de impureza y de oprobio para el clan."(2) En caso de que el marido repudiase a la mujer por cualquier otro motivo, se le castigaba con la pérdida de sus bienes, teniendo que hacer entrega a la mujer de la mitad de su patrimonio.

Coinciden los autores, en cuanto a la primera época de la historia de Roma, que como el marido tenía poder absoluto sobre su mujer, el repudio (*repudium*) era unilateral en el sentido de que éste tenía el derecho de repudiar a su mujer por su sola voluntad sin consultarla a ella.

"El repudium" era el acto por el cual el marido, que tenfa a la mujer in manu, elegfa de su propia autoridad la disoluci3n matrimonial con ella contratada.

"Tal situaci3n se modific3 cuando el matrimonio sine manu, en cuyo tiempo el divorcio pudo ser por cualquiera de las dos partes, ya fuera por el marido o por el padre de 3ste, en cuya potestad el primero se encontraba, o por la mujer sui iuris, o del padre en la potestad del cual estuviera." (3)

Se ha establecido que por m3s de quinientos a3os no se atrevi3 ning3n marido a repudiar a su mujer.

Rep3blica.- Desde las XII Tablas se presentan signos de una profunda depresi3n moral en la familia romana, viniendo una declinaci3n de la antigua severidad de las costumbres; el matrimonio ya no tuvo un rigor jurfdico y pocas veces la mujer cay3 en la potestad del marido. El divorcio de los matrimonios libres se transfiere a los revestidos de manus, consedi3ndosele a la mujer la misma prerrogativa de repudio de que el marido goza. La ruptura del matrimonio cum-manu, o sea aquellos que se celebran bajo alguna forma o ritual, era muy rara y diffcil, pero como consecuencia de la laicizaci3n del Derecho, los tab3s del antiguo matrimonio se convirtieron en causas de divorcio.

Se da el divorcio por la s3la voluntad de los c3nyuges.

La disoluci3n voluntaria del matrimonio sine-manu era mucho m3s f3cil. "El divorcio suponfa la voluntad de divorciarse y la separaci3n efectiva de los esposos. La voluntad debfa estar claramente expresada por medio de f3rmulas ya fijadas por la ley de las XII Tablas." (4)

Durante el periodo comprendido entre 134 a.C. hasta 14 d.C., el matrimonio podía disolverse más fácil. Se le dió el carácter de contrato y por lo tanto podía rescindirse con sólo manifestar una voluntad contraria a él. A veces ni siquiera se exigía una forma para la disolución, pues si el marido abandonaba a la mujer y luego se casaba con otra, ese hecho ya significaba que estaba divorciado. También, una simple declaración previa, comunicada a veces por mediación de un libreto, bastaba para el divorcio. El divorcio podía ser unilateral y no se establecieron causas determinadas.

Imperio.- A principio de esta época, el divorcio comenzó a tener una mejor reglamentación, siendo fijadas unas causas y castigando a quienes lo hacían sin motivo.

A principios de esta época, el Emperador Augusto promulgó dos leyes: La Lex Iulia y la Papia Poppea, ésta en el año 9 a.C. que, insistiendo en los fines perseguidos por la primera, amplió y contempló sus disposiciones, empezando a disminuir los abusos y algunas leyes imperiales arreglaron el divorcio, fijaron sus causas y castigaron a aquellos que lo hacían sin motivo.

La Lex Iulia establece que el repudio debe hacerse en presencia de siete testigos y un libreto. El divorcio podía tener lugar por consentimiento de los dos esposos o por voluntad de uno de ellos.

El adulterio de la mujer, cuando fuere comprobado, tuvo como consecuencia el divorcio obligatorio y se consideró al mismo como delito público y la ley impuso diversas sanciones a los culpables.

"Augusto, con su política de fomentar la frecuencia de uniones fértiles, no tomaba medidas en contra del repudium opinando que así sería más fácil que una unión estéril cediera su lugar a nuevas uniones que quizás darían hijos a la patria. Lo que hizo fue rodear la notificación del repudium de ciertas formalidades (presencia de testigos)..."(5)

Ya hacia la segunda mitad de este periodo, el cristianismo influyó en el Derecho y las Leyes que se inspiraron en la Doctrina cristiana introdujeron elementos completamente nuevos, tales como la lucha contra el divorcio.

El matrimonio se convierte en un sacramento, con tendencia a ser considerado indisoluble; desde Constantino hubo una reacción violenta contra el divorcio; Constantino admitió la posibilidad del divorcio sólo en un número limitado de supuestos.

Así, la mujer sólo podía pedir divorcio cuando el marido hubiera intentado darle muerte por envenenamiento y el marido sólo podía invocarlo a causa de adulterio o de proxenetismo; el esposo que repudiara a su mujer por una causa distinta era castigado y no podía contraer nuevo matrimonio.

Una constitución de 331 a.C. suponía que sólo existían tres causas válidas de divorcio a favor del hombre:

- Adulterio de la mujer.
- Envenenadora o alcahueta.
- Violadora de sepulcros.

A partir de la separación del Imperio Romano de Oriente e Imperio de Occidente, en el oriente comienza el Imperio Bizantino, en donde tiene lugar la evolución de las instituciones

jurídicas romanas, cuya síntesis y armonización realiza Justiniano. Cuando asume el trono se encuentra con cuatro clases de divorcio, para ninguno de los cuales se necesita sentencia judicial.

Durante el reinado de Justiniano (527-565) se hizo más difícil la concesión del divorcio, aportó nuevas restricciones a esta materia y para ello exigió la forma de enviar un repudio en presencia de siete testigos y después de que uno de los cónyuges hubiese enviado al otro el acta de repudio (*repudium mittere*), si los esposos tenían padres, se exigía el consentimiento de éstos, de no ser así el matrimonio seguía considerándose válido.

"Justiniano distinguió cuatro clases de divorcio:

Divortium bona gratis. - Era por causas no imputables a ninguno de los dos cónyuges, pero motivado por razones que harían inútiles el matrimonio: impotencia, voto religioso y cautiverio por más de cinco años.

Divorcio por mutuo consentimiento. - Era plenamente lícito. En 542 en la novela 117 Justiniano lo suprimió y se castigaba, pero sus inmediatos sucesores derogaron tal prohibición.

Divorcio unilateral sine causa. - (*repudium sine justa causa*), fue el repudio de uno de los cónyuges sin una justa causa y se consideró cosa grave. No es lícito y, por lo tanto, es castigado, pero es válido.

Repudium ex justa causa. - Es el divorcio lícito a base de las *iustae causae* señaladas por las leyes: de las causas que autorizan tal divorcio unilateral fueron:

- Adulterio de la mujer y del marido, cuando tuviese concubina en el hogar o en el mismo pueblo.
- Atentado de un cónyuge contra la vida del otro.



- Crimen contra la seguridad del Estado.
- Abandono voluntario del domicilio conyugal.
- Falsa acusación de adulterio hecha por el marido.
- Tentativa de prostituir el marido a la mujer.

El marido podía, después de practicada la separación, contraer nuevo matrimonio, pero la mujer no podía hacerlo si antes no había transcurrido un año, de no ser así, se encontraba bajo pena de infamia."(6)

## 2.- Principales causas de divorcio en el Derecho Canónico.

El Derecho Canónico reconoce que hay graves casos por los cuales no es posible ya la vida en común entre los cónyuges existiendo serios obstáculos para la continuidad del hogar, el ejemplo a los hijos y el destino de los mismos; por ello la propia iglesia, impulsada por las circunstancias de la realidad, ha tenido que admitir la imposibilidad de mantener la convivencia de los dos seres, cuya existencia en común se ha hecho imposible por gravísimas y fundamentales razones y se ha visto en la necesidad de establecer, en consideración a dichas circunstancias, el llamado divorcio "QUOD THOIM ET MUTUM COHABITATIONEM" o sea la separación de personas y de bienes, que produce casi los mismos efectos del divorcio, pues sólo salva la indisolubilidad del vínculo para mantener incólume la santidad del dogma.

El Derecho Canónico admite la separación personal llamada "separatio imperfecta" o "divortium simplinum", que deja intacto el vínculo matrimonial y hace cesar por el contrario la obligación de la comunidad de la vida conyugal; el Derecho canónico actual lo regula bajo el epígrafe de "separatione thorumensae et habitationis".

La causa más grave dentro del Derecho Canónico y la que autorizaba la separación era el adulterio, y así lo expresa el cónon número 1129 que a la letra dice: "Por el adulterio de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya condonado expresa o tácitamente, o él mismo lo haya también cometido."

"Hay condonación tácita si el cónyuge inocente después de tener certeza del crimen de adulterio, convivió espontáneamente con el otro cónyuge con afecto marital: se presume la condonación si en el plazo de seis meses no apartó de sí al cónyuge adúltero, ni lo abandonó, ni lo acusó en forma legítima."(7)

Consideramos que la norma antes transcrita es interesante, ya que nuestro Código Civil vigente lo contempla expresamente en el artículo 269. Por otro lado, la separación en el Derecho Canónico puede ser perpetua (por causa de adulterio) o temporal. Las causas de separación temporal son:

- Si uno de los cónyuges hubiera dado su nombre a una secta no católica.
- Si educase a la prole en forma acatólicamente.
- Si produce al otro un peligro grave para el alma o para el cuerpo.
- Por sevicia o maltratos que hagan exclusivamente difícil la vida en común.

### 3.- Antecedentes en el sistema jurídico mexicano.

#### A) Leyes de Partida.

Las leyes de las siete partidas son abundantes en cuanto al tratamiento del divorcio, que fue contemplado en la Partida Cuarta y donde los matices religiosos no eran ajenos al tema que nos ocupa. En la Ley I de esta Partida se ocupa del significado de la palabra divorcio y, al efecto, establece lo siguiente:

"divortium, en latín, tanto quiere decir en romance como departamento, y esto es cosa que departe la mujer del marido o el marido de la mujer por embargo que ha entre ellos cuando es probado en juicio derechamente. Tomó este nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer a diferencia de las que tenían cuando se unieron."(8)

La Ley II de la misma Partida se ocupa de señalar que existen dos casos por los cuales ha lugar el divorcio, siendo particularmente importante esta ley por ocuparse del caso de adulterio y para ello nos permitimos transcribir su contenido:

"Hay dos cosas y dos modos de hacer esta separación. La una es por la religión y la otra por pecado de fornicación. Por aquella se hace cuando uno de los cónyuges, después de haberse unido carnalmente, quisiere entrar en orden y se lo consadiese el otro prometiéndole guardar castidad...En el caso de que la mujer cometiese adulterio, siendo acusada ante el juez eclesiástico, y probada la acusación, o si se volviese hereje, o de otra ley, y no quisiere enmendarse, en el otro modo en que ocurre propiamente el divorcio..."(9)

La Ley III de esta Partida Cuarta establece como causa de separación de los cónyuges el hecho de que uno de ellos

profese una fé distinta de la cristiana e injuriase la creencia religiosa de su cónyuge cristiano o lo invitase para que dejase la creencia cristiana y se convierta a la otra; en tal situación el cónyuge "se puede separar de él sin pedir licencia a ninguno, y casarse con otro, o con otra, si quisiere; pero antes se le deberá llamar ante hombres buenos, y hacerles ver esto, de manera que lo oigan decir y estén ciertos para que después puedan probar, si fuere necesario, el motivo por el que se separan".(10)

Finalmente, la Ley VI de la partida en comento establece que cuando el marido hubiese acusado a su mujer de adulterio, se hubiere probado tal acusación y la mujer hubiese sido condenada al divorcio y el marido cometiese acto de fornicación con otra mujer, puede la primera demandarle o requerirle a que vuelva con ella y la iglesia lo conminará para que lo haga.

Los códigos civiles de 1871 y 1884 continuaron con los criterios adoptados por las leyes cuya aplicación competía a las autoridades eclesiásticas, pues dichos códigos sólo admitieron el divorcio limitándolo sólo en lo referente al lecho y habitación y sólo fue hasta el año de 1917 con la expedición de la Ley sobre Relaciones Familiares, que se estableció el divorcio por lo que hace precisamente al vínculo.

#### B) Leyes de Reforma.

El gobierno liberal de Don Juan de Alvarez inició el movimiento de la "Reforma" tendiente a cambiar la organización jurídica y económica del país, en diversos aspectos, alcanzó su más activa manifestación durante el gobierno de Don Benito Juárez, quien en el puerto de Veracruz expidió las llamadas "Leyes de Reforma" en el año de 1859, mismas que tuvieron trascendencia muy particular en el régimen del Derecho Privado,

sobre todo en lo relativo a la personalidad jurídica de ciertas asociaciones y respecto al Registro Civil, cuyo servicio quedó a cargo del Estado y ya no más a cargo de la iglesia; además de que el matrimonio, que definido por las nuevas leyes como mero contrato civil, que transformó en una institución jurídica laica y fuera de la ingerencia de las autoridades eclesiásticas.

La obra de la "Reforma" continuó por varios años y en el de 1873 se adicionó la Constitución para establecer la naturaleza jurídica del matrimonio como contrato civil y lo somete, como los demás actos del estado civil de las personas, a la competencia exclusiva del poder público, que dió las bases generales a los Estados debiendo someterse a éstos principios básicos.

El viejo Derecho Privado, aunque modificado en varias ocasiones por el movimiento legislativo antes referido, quedó en vigor en su mayor parte hasta que los primeros códigos vinieron a sustituir a las antiguas leyes.

Desde el inicio de la República, se intentó cambiar la legislación civil de origen español por una propia, elaborada precisamente para regular las circunstancias prevaletientes en el país. La Soberana Junta Provisional Gubernativa, expidió el decreto el día 22 de febrero de 1822, mediante el cual designó diversas comisiones encargadas de la redacción de numerosos códigos, pero no llegó nunca en definitiva a cumplirse en la práctica.

Por otro lado, el gobierno de Juárez modificaba la estructura política del país, en 1859 por medio de las Leyes de Reforma daba otras orientaciones a sus actividades legislativas y

se encargó al Doctor Justo Sierra la redacción de un proyecto de Código Civil.

Dicho proyecto fue publicado en el año de 1861, y se basó fundamentalmente en el proyecto del Código para España elaborado por García Goyena, que a su vez tomó como modelo la legislación francesa y tiene importancia aquí el proyecto por la influencia que ejerció en la redacción del Código Civil de 1870, primero que rigió en el Distrito Federal y, en consecuencia, resulta claro que también el derecho francés tuvo influencia en la primera legislación civil codificada en la República.

El trabajo realizado por el Doctor Sierra que fue turnado para su estudio a una comisión designada por el gobierno de Juárez concluyó sus trabajos durante el imperio de Maximiliano: Este expidió los libros Primero y Segundo del Código, pero quedaron sin valor al caer el imperio.

C) Códigos civiles de 1870 y 1884.

Después del triunfo de la República sobre el imperio de Maximiliano, se crea el Código Civil de 1870, que es el resultado de un proyecto de Código realizado, como ya señalamos, por el Doctor Justo Cierro y a cargo del entonces presidente de México Licenciado Benito Juárez y que no pudo entrar en vigor debido a la nueva usurpación al poder por parte de Maximiliano.

Este Código de 1870, en su capítulo V, regula lo relativo al divorcio, pero visto únicamente como separación de cuerpos, pero no admitía el divorcio vincular; así, vemos que en su artículo 239 prescribía lo siguiente: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende alguna de las obligaciones

civiles, que se expresarán en los artículos relativos de este Código".

De la transcripción del artículo anterior advertimos que resulta impropio, a nuestro juicio, la utilización de la palabra "divorcio", pues la sólo significación etimológica de la palabra que significa separación, desunión, hace incorrecta su utilización para designar la sola separación física de dos personas entre las cuales subsista el lazo de unión del matrimonio.

El Código que nos ocupa estableció en su artículo 240 las siguientes causales de divorcio: 1. El adulterio de uno de los cónyuges; 2. La propuesta del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se prueba que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos, o a la convivencia de su corrupción; 5. El abandono sin causa justificada del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; 6. La sevicia del marido con su mujer o la ésta con aquél, y 7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

A criterio del maestro Rojina Villegas, el Código en comento se caracterizó por ser proteccionista de la institución del matrimonio y al respecto comenta: "Este ordenamiento, se encuentra inspirado por un profundo proteccionismo al matrimonio, como institución indisoluble, debido a lo cual interpuso a la realización del divorcio una serie de trabas y formalidades. Al

efecto, después de una serie de separaciones temporales, en las cuales, al finalizar el plazo de cada una de ellas, el juez exhortaba a los cónyuges en conflicto para que dieran por terminado el juicio de divorcio, intentaba en la última audiencia su reconciliación, antes de pronunciar la sentencia definitiva..."(11)

Este Código ponía una serie de obstáculos en la tramitación del divorcio por separación de cuerpos, lo que provocaba que en un momento dado los cónyuges ya no podían seguir haciendo vida marital les era más fácil separarse de común acuerdo y sin necesidad de recurrir al Juez para que decretara la separación.

Por otra parte, el contenido del artículo 247 era a todas luces arbitrario, ya que ordenaba la prohibición del divorcio por separación de cuerpos a los matrimonios que tuvieran cualquiera de los cónyuges cuarenta y cinco años de edad; situación que, evidentemente, sólo obliga a marido y mujer a una convivencia forzada.

El artículo 250 del multicitado Código establecía de igual modo otra situación de franca injusticia, pues forzaba a los cónyuges a convivir durante dos años después de celebrado el matrimonio para poder tramitar el divorcio y, además, si no lo tramitaban dentro de los ocho días inmediatos a que se cumplieron esos dos años, deberían esperar a que transcurrieran otros dos años para poderlo llevar a cabo, tal y como lo establecía el artículo 255 del mismo ordenamiento.

Desde nuestro punto de vista, la serie de formalidades que imponía este ordenamiento para la tramitación del divorcio,



tuvieron seguramente resultados inversos a los que se buscaron.

El Código Civil de 1884, por su parte, seguía los lineamientos trazados por el Código que le antecedió y aunque agilizó la tramitación del divorcio, ya que redujo a dos juntas y los plazos de tres meses que señalaba ese Código de 1870 los redujo a un mes.

Además de las causales ya contempladas en el texto del Código Civil de 1870, el de 1884, señaló las siguientes: "El hecho de que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la negativa de uno de los cónyuges a administrar al otro alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego o embriaguez; el padecimiento de una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria, anterior a la celebración del matrimonio y de la cual no haya tenido conocimiento el otro cónyuge; la infracción a las capitulaciones matrimoniales y, finalmente, el mutuo consentimiento."

Como podemos observar, las diferencias entre los códigos de 1870 y 1884 no eran en realidad sustanciales.

- D) Leyes de Divorcio Vincular del 29 de Diciembre de 1914 y 29 de Enero de 1915.

Se dice que con el objeto de complacer a dos de sus Ministros -Palavicini y Cabrera-, que planeaban divorciarse, el entonces primer jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza expide dos decretos, uno el 29 de Diciembre de 1914 y otro el 29 de Enero de 1915, estableciendo a través de tales leyes el divorcio vincular y suprimió, de una plumada, el

primer elemento esencial del contrato de matrimonio civil que le reconociera su autor Don Benito Juárez.

De la exposición de motivos del decreto del 29 de diciembre de 1914 señalaba que "si el objeto esencial es la procreación de la especie, la educación de los hijos y la ayuda mutua, los cónyuges quienes van a soportar las cargas de la vida, desgraciadamente no siempre se alcanzaban los fines por los cuales se contrajo. Después se alegó que, de acuerdo con el principio establecido por las Leyes de Reforma que el matrimonio era un contrato civil formado por la libre voluntad de los cónyuges, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias."(12)

Así pues, la ley de 1914 que se comenta, ya no hace una enumeración de causales por las cuales podría solicitarse al juez la disolución del vínculo conyugal, y de acuerdo con su exposición de motivos, es evidente el propósito de terminar con el régimen de simple separación de cuerpos, ya que se consideraba funesto el odio, las malas pasiones de los cónyuges que continuaban unidos en contra de su voluntad.

Con base en estos argumentos y otros similares, el decreto que nos ocupa prevenía lo siguiente:

Artículo 1º.- "Se reforma la fracción IX del artículo 23 de la ley del 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal, decretada el 25 de diciembre de 1873, en los siguientes términos:

"Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los

cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desaveniencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."

Artículo 2º. "Entre tanto se establece el orden constitucional de la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos códigos civiles las modificaciones necesarias a fin de que esta ley pueda tener aplicación".

Transitorio. "Esta ley será aplicada por bando y pregonada, comenzará a surtir sus efectos desde esta fecha".(13)

Por su parte el maestro Rojina Villegas comenta de esta ley lo siguiente: "La ley de 1914 reconoció el divorcio vincular necesario, se comprendía dentro de la primera serie de causas, las que hacían imposible e indebida la realización de los fines del matrimonio; es decir, las siguientes: a) Impotencia incurable para la cópula, en cuanto que impedía la perpetuación de la especie; b) Enfermedades crónicas e incurables que fueren contagiosas o hereditarias y c) Situaciones contrarias al estado matrimonial, por abandono de la casa conyugal o por ausencia, pues al no realizarse la vida en común, ya no se podía cumplir con los fines del matrimonio.

En la segunda serie de causas, podían considerarse a su vez, las siguientes: a) Faltas graves de alguno de los cónyuges que hicieran irreparable la desaveniencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge

contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas que arrojaran una mancha irreparable; b) Los graves hechos inmorales de prostitución de la mujer, de tolerancia del marido para prostituirla, o de la ejecución de actos directos para su prostitución, así como la corrupción de los hijos, y c) El incumplimiento de obligaciones conyugales en cuanto a alimentos y abandono de condiciones afflictivas de un cónyuge o de los hijos."(14)

Esta ley de 1914 consideramos que acertó en cuanto a sus propósitos, ya que estableció que el matrimonio podía disolverse por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, puesto que si dos personas se unieron por su propia y libre voluntad, es de elemental equidad que puedan manifestar su voluntad en el sentido opuesto, con las limitaciones que implican los principios de orden e interés públicos.

E) Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

Toca ahora hablar de la Ley de Relaciones Familiares de 1917; también ésta fue promulgada por el gobierno de Venustiano Carranza y que formó parte de lo que dió en llamarse "legislación preconstitucional". Esto correspondió a la promesa de Carranza, la cual hizo en el plan de Guadalupe, al decir que la revolución expediría y pondría en vigor durante la lucha contra la usurpación todas las leyes, disposiciones y medidas del país efectuando las reformas que la opinión pública exige como indispensables para establecer un régimen que garantice la igualdad de los mexicanos entre sí."(15)

Dentro de estas reformas se enumeraban: la revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las

personas; admisión del divorcio vincular; elevación de la dignidad de la mujer en el matrimonio y disminución correlativa de la autoridad marital.

Fue a partir de la expedición de esta ley que se estatuyó el matrimonio como un vínculo disoluble; introdujo en el Derecho Mexicano el mutuo consentimiento como causal de divorcio, o sea que se admite la rescisión voluntaria del matrimonio.

El artículo 75 de esta ley disponía: "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro." El divorcio por separación de cuerpos quedó relegado a segundo término, quedando sólo como excepción relativa a la causal señalada en la fracción IV del artículo 76, que se refiere al padecimiento de enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, dejando a la voluntad del cónyuge sano pedir el divorcio vincular o la simple separación de lecho y habitación.

El artículo 102 del ordenamiento en comento señalaba que por virtud del divorcio los cónyuges recobraban su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio. Pero el cónyuge culpable debía dejar pasar dos años para volver a contraer nupcias.

El artículo 104 estableció la exigencia para que la mujer pudiera contraer segundo matrimonio, que dejara transcurrir 300 días después de la disolución del primero. Esta ley tomó en cuenta las causales de divorcio que reguló el Código de 1884, pero suprimió la infracción a las capitulaciones matrimoniales.

En el artículo 76 de la Ley de Relaciones Familiares se enumeran las siguientes causales de divorcio:

- "I. El adulterio de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de celebrarse el contrato matrimonial, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La perversión moral de uno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, no sólo cuando lo haya hecho directamente, sino también cuando haya recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de que otro tenga relaciones ilícitas con ella; por la incitación a la violencia de uno de los cónyuges al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; y el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, o la simple tolerancia en su corrupción, o por algún otro hecho inmoral tan grave como los anteriores;
- IV. Sea cualquiera de los cónyuges incapaz para llevar los fines del matrimonio, o sufrir sífilis, tuberculosis, enajenación mental incurable, que sea, contagiosa o hereditaria;
- V. El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes, durante seis meses consecutivos;
- VI. La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio;
- VII. Las sevicias, las amenazas, o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para con el otro, siempre que éstos y aquellos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común;

- VIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- IX. Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cual tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años;
- X. El vicio incorregible de la embriaguez;
- XI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquiera otra circunstancia o tratándose de persona distinta de dicho consorte, siempre que tal acto tenga señalado en ley una pena que no baje de un año de prisión; y,
- XII. El mutuo consentimiento.

Artículo 77.- El adulterio del marido solamente cuando en él concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- 1\*. Que el adulterio haya sido cometido en la casa común.
- 2\*. Que haya habido concubinato entre los cónyuges adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal.
- 3\*. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima.
- 4\*. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra o que por su causa se haya tratado de alguno de esos modos a la mujer legítima."

Artículo 79.- "Cuando un cónyuge haya pedido el divorcio o la nulidad del matrimonio por causa que no haya justificado o que haya resultado insuficiente, el demandado tiene a su vez el derecho de pedir el divorcio; pero no podrá hacerlo sino pasado tres meses..."

Respecto al Código Civil de 1928, vigente hasta hoy, en el segundo párrafo de este capítulo quedó determinado el sistema de divorcio que se acepta por el Código de que se trata, así como la enumeración de las causales de divorcio.

Por lo tanto, corresponde ahora hacer notar la diferencia que existe entre la Ley de Relaciones Familiares y el Código actual.

El Código de 1928 en su artículo 226 reproduce en los mismos términos el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares, de tal manera que, como ya se dijo, reconoce el sistema de divorcio vincular, tanto como voluntario como necesario, a través del mayor número de causas, reproduciendo fundamentalmente las de la ley en cita.

Tanto la ley que se analiza como el Código vigente, aluden a las mismas causales de divorcio: ambas suprimen la causa que contempló el Código de 1884 relativa a la infracción a las capitulaciones matrimoniales. La primera causal admitida por ambos ordenamientos es el adulterio, sólo que en el Código actual existe la innovación de ya no hacer la distinción entre el adulterio que comete el marido o el que comete la mujer. No obstante, la ley en comento no fue capaz de suprimir el criterio tradicional de requerir que el adulterio fuera grave, con escándalo público, con ofensa de la esposa o bien un adulterio continuo que implicara concubinato. Así, en el artículo 269 del Código Civil vigente señala que: "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por el adulterio de su cónyuge." Sin exigir ningún otro requisito.

Finalmente, una causal que fue ampliada por el código Civil vigente, es la fracción XV en su artículo 267 que a la letra dice: "son causales de divorcio..."



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

La Ley de Relaciones Familiares sólo mencionaba la embriaguez.

4.- Código Civil de 1928.

A) Concepto de Divorcio Necesario.

Algunos autores han calificado al divorcio contencioso como divorcio-necesario y divorcio-sanción. El divorcio necesario sólo debe ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día que tuvo conocimiento de los hechos que funden la demanda, de acuerdo con el artículo 278 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Para que esta acción pueda ser intentada se requiere que no haya mediado perdón expreso o tácito por parte del cónyuge que no hubiere dado causal de divorcio, además para poder invocar la disolución del vínculo matrimonial, a través del divorcio necesario, es indispensable que ocurran uno o varios de los supuestos del Código Civil en vigor para el Distrito Federal, en su artículo 257, fracciones I a XVIII, 268 y 270.

En el divorcio necesario es indispensable seguir un procedimiento que se inicia con la presentación de la demanda y concluye con la sentencia, en que la autoridad judicial determinará si se ha demostrado el motivo invocado, y en su caso condenará al cónyuge culpable a las consecuencias del divorcio-sanción.

Las principales consecuencias de esa sanción, son la pérdida de la patria potestad sobre los hijos, aunque ésta no es necesariamente una consecuencia a menos que sea demandada por el cónyuge inocente y el juzgador tras valorar los elementos aportados para ello, la conceda; la obligación de pasar alimentos a la mujer, mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente, aunque cabe hacer la aclaración de que esta situación no es considerada una sanción en el Distrito Federal; además de la partición de los bienes comunes, si existen estos y no hubieren hecho aún la división.

La autoridad competente para conocer del divorcio necesario es el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal, o en el caso de abandono de hogar el domicilio del cónyuge abandonado.

El juicio de divorcio necesario produce dos tipos de efectos que son:

-Efectos provisionales que se presentan durante el procedimiento de referencia.

-Efectos definitivos, que son los que causa la sentencia pronunciada y ejecutoriada que disuelve el vínculo matrimonial.

Antes de entrar al estudio detallado de cada una de las causales de divorcio necesario, conviene hacer hincapié en algunos principios generales. Supuestamente el matrimonio se contrae para toda la vida; pero quien dice perpetuidad no dice necesariamente indisolubilidad. La unión de los cónyuges debería significar paz y concordia, una garantía de moralidad pero muchas veces no se concretiza dicho fin. La vida en común llega a ser imposible, se rompe, o bien, si continúa, el hogar se convierte en un foco de disgustos; en una causa permanente de escándalos, en un mal que resulta de las bajas pasiones, de las debilidades humanas y muchas veces, ¿por que no?, de la falta de educación, en estos casos el divorcio es quizás el único remedio para enmendar errores e imprevisiones que de otro modo resultarían

irremediables, labrando la perpetua desgracia de dos seres; volvemos a reiterar que el intrumento capaz de evitar estados de hecho monstruosos e inmorales, serios ejemplos de desastre para los hijos y de fatales consecuencias económicas es el divorcio, ya que sería una tiranía, una violencia incompatible con la dignidad humana, el querer que dos individuos sigan llamándose esposos y teniéndose las consideraciones de tales, cuando ha mediado entre ellos ofensas gravísimas contra su persona y contra su honor; he aquí donde el divorcio salva conflictos y dramas familiares, y puede ser fuente de salud mental para ambos cónyuges y sobre todo para los hijos.

ahora bien, el matrimonio es permanente en lo civil e indisoluble en el ámbito religioso; la excepción es el divorcio que disuelve el matrimonio y la excepción confirma la regla. Por lo tanto, siendo la excepción el divorcio, debe regularse cuidadosamente haciendo énfasis en sus causales que permitan disolver el matrimonio debiéndose tratar de causas de tal gravedad que hagan imposible la vida conyugal, bien sea como consecuencia de alguna enfermedad (divorcio remedio), o bien, como un acto ilícito de un consorte contra el otro (divorcio-sanción), pero evitando que sea el egotismo o el hedofismo las causas generadoras del divorcio, ya que afectaría seriamente la estabilidad familiar y la estructura de la sociedad.

**B) Concepto de Causal de Divorcio en nuestro Derecho Positivo.**

De acuerdo a nuestra legislación civil mexicana vigente en el Distrito Federal, el divorcio es una de las causas de disolución del matrimonio. Es una causa civil que jurídicamente significa la extinción del vínculo que unió en matrimonio a un hombre y a una mujer; esta extinción deberá ser declarada por autoridad competente y deberá estar fundamentada en alguno de los motivos o razones que nuestro Código Civil vigente señala como causales de divorcio.

La definición de lo que nuestra legislación señala como causal de divorcio no tiene mayor problema. Como concepto o causal de divorcio de acuerdo a nuestra legislación actual, que se encuentra establecida en el artículo 267 del Código Civil vigente, que una vez dada y probada, otorga a uno de los cónyuges el derecho de ejercer acción de divorcio ante la autoridad competente, mediante el procedimiento que previamente ha sido establecido.

Nuestro Código Civil vigente al regular la institución del divorcio, señala taxativamente las causales del mismo, por tanto, no existen más causas que permiten obtener el divorcio que las preestablecidas por el legislador y como ya antes mencionamos, no cabe el fundar el divorcio en causas similares.

El divorcio puede ser voluntario o necesario; es necesario cuando se decreta por alguna de las causales señaladas en las fracciones I a XVI y XVIII del artículo 267 del Código Civil y artículos 268 y 270 del mismo ordenamiento, mientras que la fracción XVII del artículo 267 se refiere al divorcio por mutuo consentimiento. Estas causales dan origen al divorcio vincular, aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable, a petición del demandante, siempre y cuando éste aporte al juzgador suficientes pruebas para acreditar la o las causales que esté invocando.

C) Principio de limitación de causa.

Según este principio, sólo serían causas de divorcio necesario las que limitativamente se enuncian en los artículos 267, 268 y 270 del Código Civil. Este principio se deriva de que

la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y para el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas del divorcio. "La conservación del vínculo matrimonial, es de interés público y sólo excepcionalmente procede la disolución por causas de tal gravedad que hagan imposible la vida en común de los cónyuges". (16)

Como observamos, el Código Civil para el Distrito Federal es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni emplearse por analogía o por mayoría de razón.

"La enumeración de las causales de divorcio que hacen el Código Civil vigente para el Distrito Federal y territorios Federales, y los Códigos de los Estados que tienen iguales disposiciones, es de carácter limitativo y no ejemplificativo, por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas de otras, ni ampliarse por analogía o por mayoría de razón". (17)

Es decir, las causas son de aplicación restrictiva y también en ese sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que: "...siendo el matrimonio la base de la familia, que a su vez lo es de la sociedad, el Estado preocupándose por ello mismo, por la estabilidad de la institución sólo permite su disolución por divorcio en los casos verdaderamente graves, expresamente señalados por la ley. De aquí que todas las disposiciones legales que establecen tal disolución son de interpretación restrictiva y que únicamente es procedente decretar aquél sólo por causas específicamente enumeradas en la ley." (18)

Es importante tomar en cuenta, que no en todas las fracciones del artículo 267 del Código Civil, se contiene sólo una causal de divorcio, ya que hay fracciones que contienen dos

y hasta seis causas que pueden invocarse aislada o conjuntamente, a las que se añade la prevista en el artículo 268 y 270 del mismo ordenamiento. También debemos tomar en cuenta que una de las causas es la injuria grave, y bajo este concepto se pueden encuadrar un sin número de circunstancias culposas que generan el divorcio, por lo que de hecho la limitación de las causas de divorcio queda muy en entredicho.

D) Clasificación de las causas de divorcio.

Atendiendo a la más simple de las clasificaciones, el divorcio puede ser voluntario o necesario, lo cual ya vimos con anterioridad. Asimismo, algunos autores, atendiendo a las causales de divorcio, hacen una clasificación de éste en divorcio remedio y divorcio sanción. Será divorcio sanción cuando esté basado en las causales que impliquen un hecho ilícito.

El divorcio remedio se admite como una medida para proteger a la familia, entre otras cosas, de enfermedades contagiosas e incurables, que sean además crónicas o hereditarias, mismas que están señaladas en las fracciones VI y VII del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

De igual forma, lo establecido en la fracción XVIII del Código Civil antes mencionado, quedará encuadrada dentro de lo que es la clasificación del divorcio remedio.

Esta clasificación parece poco correcta, si se considera al divorcio sanción como un castigo, puesto que esa sanción no sólo la sufre el cónyuge que se consideraría culpable, sino en todo caso sus hijos y en cierta forma la sociedad en su conjunto.

En caso de considerarlo remedio, sería necesario que lograra la avenencia de los cónyuges, algo que implicara la

reparación del matrimonio desunido o que evitara las consecuencias de las enfermedades señaladas, cosa que de ninguna manera hace.

Una clasificación de las causales de divorcio, que parece más adecuada es aquella que agrupa a las causales de la siguiente manera:

- a.- Las que impliquen delito;
- b.- Las que constituyan hechos inmorales;
- c.- Las contrarias al estado matrimonial o que impliquen el incumplimiento de las obligaciones conyugales;
- d.- Determinados vicios, y
- e.- Ciertas enfermedades.

Las causales de divorcio señaladas en nuestro Código Civil en vigor y que pueden ser consideradas como delitos, son las previstas en las fracciones I, IV, V, XI, XII, XIV y XV del artículo 267. Los hechos inmorales vienen a ser las causales contenidas en las fracciones II, III y V. Los hechos contrarios al estado matrimonial están previstos por las fracciones VII, IX, X y XII. Las enfermedades en las fracciones VI y VII y los vicios en la fracción XV.

Otros puntos de vista desde el cual pueden ser enfocadas tales causales, es aquél que toma en cuenta su duración. Podrán ser continuas o discontinuas. Será una causal continua aquella que subsiste independientemente del tiempo, o sea que, una vez que ha tenido lugar, no es posible que desaparezca, por ejemplo podemos invocar la locura incurable.

Causa discontinua será aquella que no presenta una relación de continuidad, que puede darse en determinados momentos y dejarse de dar en otros, para poder de nuevo producirse.

Pues bien, tal es la agrupación doctrinaria de las causales de divorcio y en nuestro Código no encontramos criterio sistemático al ser enumerados.



## NOTAS DEL CAPITULO I

- (1) SOHM, Rodolfo. "INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO ROMANO". 2ª. ed., Ed. Gráfica Panamericana, 1951, p. 291.
- (2) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX, p. 28.
- (3) Ibid., p. 42.
- (4) ELLUL, Jaques. Ob., cit., p. 296.
- (5) MARGADANT, Guillermo. "EL DERECHO PRIVADO ROMANO". 3ª. ed., Ed. Esfinge, México, p. 205.
- (6) BONFANTE, Prieto. "INSTITUCIONES DEL DERECHO ROMANO". 8ª. ed., Ed. Reus, Madrid, 1965, pp. 192 y 194.
- (7) PALLARES, EDUARDO. Ob. cit., p. 22.
- (8) PALLARES, EDUARDO. " EL DIVORCIO EN MEXICO". 4ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1984, p. 19.
- (9) Ibidem.
- (10) Ibid., p. 20.
- (11) Rojina, Villegas Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL (introducción, personas y familia)". 11ª. ed., Ed. Porrúa México 1976, pp. 389 a 391.
- (12) SANCHEZ MEDAL, Ramón. "UN NUEVO MATRIMONIO CIVIL". Ed. Porrúa, México, 1976, p. 14.
- (13) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., p. 67.
- (14) Ibid., p. 431.

- (15) AGUILAR GUTIERREZ, Antinio y DERBEZ MURO, Julio. "PANORAMA DE LA LEGISLACION CIVIL DE MEXICO". Ed. Imprenta Universitaria, México, 1960, p. 5.
- (16) Amparo Directo 5823/31, Enrique Monge Mungía. Enero 9 de 1957., 3°. Sala, Sacado directamente del expediente. Quinta época, Tomo CXXXI, p. 61, con el título: "Divorcio, injurias graves causal de". Ediciones Mayo Civil, No. 1344, p. 632.
- (17) Amparo Directo 3536/55. Edmigio Torres Ulrich. Resuelto por mayoría de 3 votos. 3°. Sala, Boletín 1956, p. 90. Ediciones Mayo Civil, No. 920, p. 418.
- (18) Amparo Directo. 1271/95., María Concepción Taboada de Olvera. Mayoría de Votos, Sexta época, Vol. XXXIII, 4°. Sala, Ediciones Mayo Civil, p. 145.

## C A P I T U L O   I I

## E L   A D U L T E R I O   C O M O   C A U S A L   D E   D I V O R C I O

## 1.- Concepto de adulterio.

### A). Aceptación etimológica.

La palabra adulterio tiene su origen en el vocablo latino "Alterius et Thorus", que significa andar en talamo ajeno";(1) dicho de otro modo, es yacer ilícitamente en lecho ajeno, o el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados. Esta definición sin duda alguna expresa el sentido material delictivo, como lo es la violación del lecho conyugal.

### B). Aceptación sociológica.

En este campo, algunos sociólogos se abstienen de emitir una definición precisa del adulterio, y únicamente tratan el tema desde el punto de vista de la institución de la familia señalando que: "La familia es una institución social básica, que se forma mediante la unión de una mujer y un hombre, previo contrato matrimonial que los liga, en una relación sexual socialmente aprobada y más o menos permanente, con derechos y obligaciones socialmente reconocidas conjuntamente por su prole. El mantenimiento de relaciones sexuales extra-conyugales por parte de uno o ambos cónyuges, es socialmente censurado por la moral pública, y en términos de la legislación civil es causa de divorcio."(2)

Como podemos apreciar, los estudiosos del comportamiento y relaciones sociales se limitan a señalar que las relaciones sexuales extraconyugales son censuradas por la moral pública, sin entrar al debate de cual debe ser la razón que los grupos sociales tienen para ello.

C). Aceptación jurídica.

Existe discrepancia doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del adulterio, por considerarse como un ilícito ya puramente civil, ya meramente penal.

En la antigüedad, el adulterio de la mujer fue sancionado severamente como violación del honor de su esposo, dándose mayor valor al honor que a la vida. Sin embargo, tal valoración es resultado del afianzamiento patriarcal y sus fundamentos: la propiedad privada y la herencia de la misma; la razón por la que el adulterio femenino fue considerado jurídicamente grave, es la posible introducción de un hijo ilegítimo en la familia del esposo, legítimamente constituida.

Hay autores que sostienen que el adulterio constituye un delito, porque afecta a la sociedad misma y destruye la familia.

Carrancá manifiesta que "la fidelidad conyugal incontrovertiblemente constituye un deber jurídico porque a él corresponde el derecho, en el otro cónyuge a exigir su observancia. La violación a este derecho reprobable frente a la ley moral y jurídica es el adulterio, tanto como cuando la infidelidad se comete por la mujer en perjuicio del derecho material, como cuando se comete por el marido en ofensa de su consorte. De esta verdad jurídica extraen algunos la consecuencia de que deben elevarse a delito civil, tanto el adulterio del marido como el de la mujer, y que ambos son merecedores de igual represión penal, aún cuando los publicistas y los legisladores difieren de tal parecer, considerando el adulterio de la mujer como delito gravísimo y no admitiendo la punibilidad del marido."(3)

En tanto otros autores sostienen que el adulterio debe ser considerado únicamente como causal de divorcio.

"Beccaria, fue uno de los primeros en sostener la improcedencia de incluir el adulterio en el catálogo de los hechos punibles, por responder a sentimientos fatales como la ley de la gravedad y por la dificultad que ofrece su prueba."(4)

Tissot al referirse a la situación expresa que "el adulterio es un simple atentado a la moral. No es delito por ser violación de una promesa. El deber conyugal no ha sido objeto nunca de una ley, aunque la incapacidad absoluta haya sido considerada algunas veces motivo de divorcio. No es la violación de la promesa la que se castiga, son las consecuencias dañosas de ella: introducción de hijos extraños."(5)

Jimenez Huerta señala: "El adulterio debe ser únicamente causal de divorcio. Su signo intijurídico no puede rebasar este ámbito. Es atentatorio contra la dignidad y libertad humana, es servir en nuestro tiempo de base a una condena penal."(6)

De las anteriores argumentaciones se deduce que no existe opinión unánime en cuanto al bien jurídico protegido, aunque sí coinciden con el criterio de que la conducta de deslealtad conyugal provoca la ruptura familiar. No obstante, debe considerarse que los bienes jurídicos que se protegen con la sanción son la familia y el débito conyugal de exclusividad sexual recíproca.

La sanción en materia civil es el divorcio que desvincula el matrimonio y que garantiza los derechos económicos de la familia.

Así, podemos decir que si el delito de adulterio es la relación sexual voluntaria habida entre una persona casada y otra ajena a su vínculo matrimonial y de sexo opuesto, sus elementos son:

- a) Ayuntamiento sexual voluntario con persona de distinto sexo.
- b) Existencia de un matrimonio legítimo.
- c) Que ese ayuntamiento carnal voluntario tenga lugar con un tercero ajeno al matrimonio.

Cabe hacer la aclaración que el Único Código Civil de la República Mexicana que determina que el adulterio existe con el ayuntamiento carnal aún entre dos personas del mismo sexo, siempre y cuando sea un tercero ajeno al matrimonio, es el del Estado de Tlaxcala.

## 2.- Antecedentes en el Derecho Hebreo y Español.

La historia, desarrollo, creencias y legislación de la cultura Hebrea se nos revela a través de los libros de la Biblia.

Así, en el capítulo 8 del Evangelio del Apóstol Juan, en el Nuevo Testamento, se nos relata el pasaje de la mujer adúltera:

"...y los escribas y los fariseos traen a una mujer cogida de adulterio, y poniéndola en medio, dicen a Jesús: Maestro, esta mujer acaba de ser sorprendida en adulterio. Moisés en la ley nos tiene mandado apedrear a las tales. Tú, ¿que dices a esto? lo cual preguntaban para tentarle y poder acusarle..."

De aquí puede deducirse el hecho de que el adulterio para el pueblo hebreo constituía una falta grave, cuyo castigo debía ser la muerte por lapidación, según mandamiento del propio Moisés.

De acuerdo con el libro del Exodo, la prohibición del adulterio se establece desde los inicios de este pueblo, cuando,

según contra la tradición, Dios entrega a Moisés una serie de preceptos de conducta que deberán ser observados por todo su pueblo, conocidos como los Diez Mandamientos y contenidos en unas Tablas; así, el noveno de dichos mandamientos dispone que:

"No desearás a la mujer de tu prójimo".

De la serie de pasajes de la Biblia que se refieren al adulterio, se puede observar que el castigo se imponía tanto a la mujer casada como a su copartícipe.

Por lo que hace a la legislación española, encontramos los siguientes ordenamientos:

a) Código de Eurico (rey visigodo de 466 a 484).  
Compilación del Derecho germánico aplicable a los vencedores, es decir, visigodos. Se regula sólo el adulterio de la mujer casada, concediendo acción al marido para dar muerte a los culpables si eran sorprendidos en flagrancia.

b) Código de Alarico (rey visigodo 484 a 507).  
Compilación de extractos del Derecho Romano, aplicable a los vencidos, esto es, a los hispano-romanos. Aplica principalmente las disposiciones de la Lex Iulia.

c) Fuero Juzgo (año de 1241).- El adulterio previsto, es el cometido por o con mujer casada; la sanción se determina con base en la voluntad del marido ofendido, la adúltera y su copartícipe eran puestos a disposición de éste, quien podía hacer de ellos lo que quisiese; además, sus bienes pasaban a manos del marido ofendido a menos que tuvieran hijos legítimos:



"si el adulterio fuere hecho de voluntad de la mujer, la mujer & el adúlterador sean metidos en manos del marido & faga de fellos lo que se quisiere"(Ley 1ª., Título IV, Lib. III) (7)

La acción para perseguirlo se extiende al marido, a los hijos por imposibilidad de aquél, a los parientes más próximos y a cualquier otra persona, reconociendo así el carácter público del delito (Ley 13ª.).

Se establece una impunidad absoluta para el caso de asesinato de la esposa por causa de adulterio.

d) Fuero Viejo de Castilla (S. XIII).- No prevé en forma expresa el adulterio.

e) Fuero Real (año de 1254) Lib. IV, Título VII.- Sanciona el adulterio cometido por o con mujer casada, sin descartar el del marido. Faculta al marido a hacer de los adúlteros y de sus bienes lo que quisiere; tiene el derecho de matarlos pero con la obligación de matar a ambos; no puede matar a uno y dejar vivo al otro (Ley 1ª.).

La acción para perseguirlo se concede al marido, siempre y cuando él no lo hubiere cometido a su vez (Ley 4ª.). Se concede también acción para perseguirlo a cualquiera otra persona, siempre y cuando el marido no hubiere otorgado el perdón. Finalmente, concede impunidad para el asesinato de la esposa y la extiende al caso de la hija o la hermana sorprendidas en ese delito.

f) Leyes de Estilo o Declaraciones sobre el Fuero Real.- Faculta al marido para dar muerte a los adúlteros, pero niega tal posibilidad si uno de ellos lograba escapar, pues en ese caso no podía dar muerte al otro sino cuando se lograra la detención del prófugo y se le venciera en juicio.

g) Código de las Siete Partidas (Recopilación hecha entre 1252 y 1284).- Partida VII, Título VII, se renueva la pena justiniana: el copartícipe debe morir y la mujer adúltera debe ser herida públicamente con azotes y encerrada en algún monasterio, pierde la dote y las arras, mismas que pasan a ser propiedad del marido.

No obstante si el adulterio era cometido por mujer casada con su siervo, ambos eran quemados. (8)

Este ordenamiento reconoce el carácter privado de este delito, concediendo la acción para perseguirlo al marido y en su defecto al padre, a los hermanos o a los tíos. Impide la acción del marido cuando éste lo ha consentido, ha dejado prescribir o ha otorgado el perdón. Si el adulterio se comete públicamente, la acusación debe ser probada con testigos; si se comete en forma privada se acepta el testimonio de los siervos al servicio de los acusados (Ley 10ª.).

Por otra parte, el maestro Carrancá manciona que Alfonso el Sabio, reguló en las Partidas el adulterio del hombre:

"Si fuese probado que el hombre lo hiciera, debe morir por ello..."(9)

h) Leyes del Toro (año de 1505).- Si el marido ofendido, por propia mano daba muerte a los adúlteros al sorprenderlos infragantti, perdía los bienes y la dote de aquél al que matara. Para poder matarlos, era necesario que la justicia los pusiera a su disposición.

i) Novísima Recopilación (año 1805).- Sigue la misma penalidad del Fuero Real, es decir, debe matar a ambos o a

ninguno y, por otra parte, ya aparece sanción para el hombre casado que tuviera manceba públicamente.

j) Fueros Municipales.- A nivel local, en las distintas regiones de España existieron legislaciones no menos crueles. En la de la Plasencia, por ejemplo, se exime de la pena al marido que castrare al individuo sorprendido con su mujer o con su hija y lo faculta para mutilar a la adúltera.

Asimismo, de acuerdo con el derecho local de Cataluña, los adúlteros eran conducidos desnudos por las calles mientras se les azotaba.

k) Código de 1822.- Las penas, a partir de este Código, son suavizadas. Se sigue castigando principalmente el adulterio de la mujer, la sanción es aplicada por el marido ofendido, siendo ésta, reclusión que no podrá exceder de diez años.

El copartícipe era castigado con igual pena y desterrado de su localidad mientras viviera el marido (art. 683 de este Código).(10)

l) Código de 1848.- Distingue como delitos distintos:

-Adulterio: adulterio de la mujer.

-Amancebamiento: adulterio del marido en la casa conyugal o con escándalo.

En relación con el adulterio, el amancebamiento es castigado con una penalidad mayor, no obstante, la manceba era castigada con menor pena. Admite en cualquier momento el perdón, haciendo extensivo a ambos adúlteros. Sanciona el asesinato de la esposa en caso de delito infraganti.(11)

### 3.- Antecedentes en el Derecho Mexicano.

Concluida la lucha por la independencia, rige en México el Código Español de 1822. Es hasta el año de 1871, cuando se expide el primer Código Penal a nivel Federal (pues el primer Código Penal vigente en nuestro país, es a nivel local, en el Estado de Veracruz y data del año de 1935).

#### A). Código Penal de 1871.

Siendo presidente de la República el Licenciado Benito Juárez, ordenó se nombrara una comisión para elaborar un proyecto de Código Penal. Dicha comisión estuvo trabajando de 1861 a 1863, interrumpiendo sus trabajos con motivo de la invasión francesa. En 1868 se reorganiza la comisión y, finalmente, en 1871 inicia su vigencia el primer Código Penal de la República Mexicana.

Este ordenamiento consta de 1152 artículos y 28 transitorios.

El delito de adulterio se encuentra tratado en el Capítulo VI del que se denominó "Delitos contra el orden de las Familias, la Moral Pública o las Buenas Costumbres". Para estar acorde con las costumbres de la época, el legislador creó en este aspecto normas muy detalladas y hasta rebuscadas, pues establece diferencias entre el adulterio del hombre y el adulterio de la mujer:

La mujer casada solo puede quejarse de adulterio en tres casos, según el artículo 821:

- 1º. Cuando su marido lo cometa en el domicilio conyugal,
- 2º. Cuando lo cometa fuera de él con una concubina,
- 3º. Cuando el adulterio cause escándalo, sea quien sea quien fuere la adúltera en el lugar en que el delito se cometa."

El adulterio del hombre será delito solo en cualquiera de las tres hipótesis supracitadas, mientras que el de la mujer siempre será delito. En otras palabras, se exige a la mujer una fidelidad absoluta y al hombre una fidelidad relativa.

Asimismo, la penalidad según el artículo 816 del Código en comento es diferente: será de dos años y multa de 2ª. clase para la mujer casada y de un año para el hombre casado si el adulterio se comete fuera del domicilio conyugal. Sólo se impondrá a este último la misma pena que a la mujer (dos años), si el adulterio se realiza en el domicilio conyugal. Por otra parte, los derechos civiles de los adúlteros, sean hombres o mujeres, quedan suspendidos por seis años (art. 817).

Se considerará como atenuante el caso de que el cónyuge culpable haya sido abandonado por el ofendido, dependiendo el grado de la atenuación de las causas del abandono (art. 818).

Por otra parte, serán circunstancias agravantes:

- Ser adulterio doble;
- Que el adúltero o la adúltera tengan hijos, y
- Que el adúltero o la adúltera casados oculten su estado a la persona con quien cometen el adulterio.

Se considera un delito de querrela necesaria, esto es, sólo podrá perseguirse a petición del cónyuge ofendido (art.

823), y aunque éste haya presentado su querrela contra uno solo de los adúlteros, se procede siempre contra los dos y sus cómplices, siempre que vivan, estén presentes y se hallen ambos sujetos a la justicia del país (art. 823).

No se castiga la tentativa; según el artículo 824: "El adulterio sólo se castiga cuando ha sido consumado, pero si el conato constituyere otro delito, se castigará con la pena señalada a éste."

El procedimiento puede cesar o la sentencia no ejecutarse en caso de que el ofendido perdona a su cónyuge y ambos consientan en vivir juntos (art. 825). Esto es, no basta el simple perdón siendo que a pesar del adulterio deberían seguir viviendo juntos, esto es, no pueden divorciarse. (12)

Asimismo, se considera como perdón, cualquier acceso carnal que tuvieren los cónyuges después de la acusación (art. 826), pero no se considerará como perdón o consentimiento el simple conocimiento que el ofendido tenga del adulterio de su cónyuge (828).

Si el quejoso muere antes de que se pronuncie sentencia irrevocable, también cesan el proceso y sus efectos (art. 827).

El cónyuge acusado de adulterio no podrá alegar como excepción que su cónyuge ha cometido el mismo delito antes de la acusación o después de ella (art. 829).

Si el adulterio se da en una relación hombre soltero-mujer pública (casada), sólo se impondrá sanción a la mujer, pero si la relación es hombre casado-mujer pública, la sanción se aplicará a ambos cuando también ésta última sea

casada (art. 830).

El Código Civil de 1871 no proporciona la definición de lo que debemos entender como adulterio, no obstante, sí nos da la correspondiente a domicilio conyugal:

"Por domicilio conyugal se entiende la casa o casas que el marido tiene para su habitación, se equipara al domicilio conyugal, la casa donde sólo habite la mujer (art. 822)

Es interesante también, dentro de este cuerpo legal referirnos a las reglas especiales de atenuación en el caso de homicidio del cónyuge adúltero:

Art. 554.- "Se impondrán cuatro años de prisión al cónyuge que, sorprendiendo a su cónyuge en el momento de cometer adulterio o en un acto próximo a su consumación mate a cualquiera de los adúlteros."

Esta pena atenuada no se aplicará cuando el marido haya procurado, facilitando o disimulando el adulterio de su esposa (art. 546).

No obstante y a pesar de existir una pena específica para este caso de homicidios, Gonzalez de la Vega nos comenta que durante la vigencia de este Código, el Jurado Popular absolvió sin atender a la norma legal a varios uxoricidas. (13)

B). Código Penal de 1929.

En este Código es en el que se clasifica o tipifica el

delito de adulterio con mayor propiedad, en comparación con el de 1871 y aún el vigente. En este articulado el delito de adulterio se encuentra dentro del Título Decimocuarto bajo el rubro "De los Delitos Cometidos contra la Familia", incluyendo además en este título los delitos contra el estado civil de las personas y la bigamia. Esto es, se separan los delitos de atentados al pudor, estupro, violación, rapto e incesto; clasificándolos por separado en el Título de "Delitos contra la Libertad Sexual".

Tampoco aquí se da la definición de adulterio, pero se indica que éste sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo (art. 891).

La sanción que corresponde a los adúlteros será hasta de dos años de prisión y suspensión hasta de seis años del derecho de ser tutores (art. 859).

A través de estas disposiciones podemos apreciar que ya no se sanciona en forma distinta el adulterio del hombre y el de la mujer, pero también apreciamos que la penalidad (dos años) aquí es tomada como máximo, o sea que, a criterio del juez, se podrá aplicar una pena menor.

La definición que se da de domicilio conyugal es distinta a la establecida en el Código de 1871, pero también muestra mayor precisión que la del Código anterior:

"Por domicilio conyugal se entiende la casa en que el matrimonio tiene habitualmente su morada."

No se castiga la tentativa. El artículo 824 del Código de 1871 es reproducido textualmente en el artículo 894 del de 1929.



Es delito de querrela necesaria, pudiendo el perdón del ofendido paralizar el procedimiento o impedir que se ejecute la sentencia (arts. 893 y 898), en los mismos términos establecidos en el Código anterior.

En relación con el Código de 1871, se conservan las mismas causas de atenuación y agravación, mismas que en este ordenamiento se mencionan en los artículos 896 y 897, respectivamente.

Asimismo, persiste la disposición de que el cónyuge acusado no podrá alegar como excepción que su cónyuge ha cometido el mismo delito antes de la acusación o después de ella (art. 900).

Se puede decir que, con la excepción de que aquí no se diferencia el adulterio del hombre del de la mujer, los demás preceptos referentes a este delito los regula en la misma forma que el de 1871.

4.- El adulterio en el Código Penal vigente en el Distrito Federal.

A). Código Penal de 1931.

Mariano Jimenez Huerta ha dicho con respecto a este Código lo siguiente: "...mejor técnica siguieron los viejos Códigos de 1871 y 1929 al publicarlo en el capítulo referente a los delitos contra el orden familiar, al menos, dejaron alguna constancia del bien jurídico tutelado."(14)

El adulterio, comprendido por el artículo 273 del Código Penal, se encuentra clasificado dentro de los delitos

sexuales. Se dice que la infidelidad conyugal puede traer consigo la desintegración familiar, al provocar desavenencias conyugales continuas, y más aún cuando la conducta desleal es cometida en el domicilio conyugal o con escándalo, constituyendo por tal razón, delito. Por ese motivo los Códigos anteriores lo clasificaron dentro de los delitos contra el orden familiar.

Con la elaboración del proyecto del Código Penal de 1931 se suscitaron controversias acerca de la desaparición del adulterio como tipo delictivo:

"...reconociendo las acerbas y en ocasiones, justificadas críticas hechas para excluir el adulterio de los ámbitos del derecho punitivo, juzgaron necesario seguir incluyendo el delito en los códigos penales. Tal inclusión representa por lo menos un valladar que se opone al desenfreno y relajamiento de las costumbres porque la ley penal, aparte de su aspecto coercitivo, tiene también una alta misión civilizadora..."

Como varias figuras jurídicas, el adulterio carece de definición legal, lo cual ha provocado la existencia de múltiples opiniones y discusiones entre los autcres.

Carrancá y Trujillo sostiene que aunque se conozca lexicográficamente la conotación de la palabra adulterio, es distinto de lo que jurídicamente debe entenderse por ella para los efectos penales. Para Jiménez de Asúa, el tipo ejerce su papel trascendental, papel de garantía, destaca en toda su importancia en la descripción, abstenerse de ella nos parece sobremanera condenable. El artículo 273 configura un tipo anormal.

Castellanos Tena aclara: "Es oportuno hacer referencia aquí, como no pocos especialistas y defensores, han pretendido demostrar que no se puede integrar de acuerdo con la legislación del Distrito Federal el delito de adulterio por falta de tipo, por no definir la ley el adulterio. El artículo 273 se limita a expresar que se aplicará la pena a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Tal criterio nos parece desacertado por no ser verdad a nuestro juicio la falta del tipo descriptivo. Ciertamente el nombre de la infracción no resulta adecuado, pues no todo adulterio es delictuoso. Hubiera sido preferible emplear otra denominación para no identificar el todo con una de sus partes. El tipo se integra con un adulterio realizado en el domicilio conyugal o con escándalo. Carece de solidez la argumentación relativa a que la ley no proporciona la definición de adulterio, uno de los elementos del tipo respectivo. Tampoco define lo que deba entenderse por cópula en el estupro o la vida en el homicidio..." (15)

Precisamente existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia que acepta el criterio antes expuesto:

"INTEGRACION DEL TIPO EN EL DELITO DE ADULTERIO.- Legislación del Estado de Baja California. El hecho de designar un delito de adulterio con el nombre de uno de sus elementos no significa que no exista el tipo. Este se integra precisamente con un adulterio y que el mismo se verifique en el domicilio conyugal o con escándalo, porque no todo adulterio es delictuoso, sólo el realizado en tales condiciones, siendo irrelevante la falta de una definición de la palabra "ADULTERIO", uno de los elementos de dicho tipo. Es frecuente que la ley, al describir las figuras utilice vocablos que requieran una valoración 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 Baltierrez Lugo, Oct. 1 de 1959. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Fernando C. Tene, 1ª. Sala Informe 1959, pag. 45).

De aquí se concluye que la jurisprudencia sigue el sentido gramatical del adulterio como tipo penal, cuya integración: infidelidad conyugal en el domicilio también conyugal o con escándalo, son elementos definitorios del adulterio penal. Por lo tanto, su comprobación deberá dirigirse a las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges, mediante escándalo o cometida en el domicilio conyugal, aunque la prueba en él es por propia naturaleza, difícil en el proceso puede deducirse a través de circunstancias determinadas que no dejen dudas al respecto.

"Es cierto que el Código Penal no define en su capítulo relativo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges sexualmente consumada."(16)

Así pues, al encontrarse catalogado el adulterio dentro de los delitos sexuales, es necesario considerar el bien jurídico que se tutela.

"Se entiende por bien jurídico todo aquello, de naturaleza material o incorporal que sirva para la satisfacción de necesidades humanas o colectivas. El bien jurídico es el objeto de protección penal y al mismo tiempo objeto de ataque delictivo, ya tienda éste a destruirlo, menoscabarlo o simplemente ponerlo en peligro."(17)

La sentencia declarativa de culpabilidad trae como

consecuencia la privación de la libertad de quienes fueron encontrados responsables en la comisión del delito. Sin embargo, no produce efecto alguno con respecto a la familia, ni al matrimonio. No se disuelve el vínculo matrimonial por virtud de la sentencia de adulterio. Por consecuencia, la familia no es el bien jurídico tutelado.

La libertad sexual tampoco puede considerarse como al bien que se protege, porque ésta se perdió en virtud de la celebración de un matrimonio civil, al ser exclusividad sexual recíproca una de las consecuencias jurídicas del acto del matrimonio.

Se considera delito privado, toda vez que el inicio de la acción penal requiere de querrela por parte del ofendido, relegando a la sociedad a segundo término.

El problema relativo a la falta de definición de la figura delictiva del adulterio es irrelevante, pues su contenido es de carácter cultural y, por tanto, conocido de generalidad y la tipicidad se refiere, en este caso, al deber de exclusividad sexual cometida en perjuicio del otro cónyuge en el domicilio conyugal o con escándalo. así el bien jurídico tutelado no se encuentra claramente establecido.

El grave dolor, provocado por la infidelidad conyugal, es una atenuante de responsabilidad en el homicidio o en las lesiones inferidas por el cónyuge que sorprende a su consorte en la comisión de adulterio, de donde se desprende que debe entenderse por adulterio la relación sexual ilícita entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos fueran casados.

B). Tipicidad (definición) y elementos del tipo.

a.- Tipicidad.

Etimologicamente la palabra ADULTERIO deriva de dos latinas: ALTER THORUM. En el sentido histórico gramatical, vino a significar el delito cometido "en el lecho ajeno" , es decir, una infidelidad conyugal.

Por otra parte, de acuerdo a la doctrina, por adulterio debemos entender el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre y una mujer, siendo uno de ellos o los dos, casados con persona distinta y que dicho ayuntamiento no lo sea de manera voluntaria.

En México, la jurisprudencia ante la ausencia de definiciones legales del adulterio se ha orientado en el aspecto de otorgarle un significado puramente gramatical. Tenemos al respecto la ejecutoria pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 4757 del Tomo 81 del Semanario Judicial de la Federación, cuya tesis establece:

"A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, que, en general, se nota en todos los ordenamientos penales que rigen la República, para su caracterización jurídica se ha atendido a su significación gramatical ordinaria, es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extramaritales de los cónyuges y aunque éstas por su propia naturaleza son de difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciarse a través de determinadas circunstancias que no dejan duda alguna respecto del acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con persona ajena ligada por el vínculo conyugal."(18)

Ante la ausencia de una definición concreta de lo que se entiende por adulterio, en nuestra opinión tenemos por adecuada la definición que proporciona el tratadista mexicano Francisco Gonzalez de la Vega, ya que en ella se encuadran los elementos del adulterio:

"...El adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno u otro sexo y persona ajena al vínculo matrimonial. Esta infidelidad carnal constituye siempre un ilícito civil, generador de acciones o sanciones privadas, pero no necesariamente integra un ilícito penal productor de medidas represivas. En otras palabras no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio..."

En cuanto al TIPO, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, en su artículo 273 a la letra dice:

"Se aplicará sanción hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo."

El tipo, en este caso, podríamos decir que se trata de la adecuación de la conducta al texto del precepto. Sin embargo, es claro que en el mismo, no existe la descripción del tipo propiamente hablando. Concretamente, Celestino Porte Petit nos dice que la dogma "nullum crime sine tipo", constituye la más elevada garantía del derecho penal al no poderse sancionar la conducta que esté descrita por la norma penal y cita la opinión de Almaraz:

"...Almaraz se refiere al adulterio, al sostener que éste no existe como delito, pues el artículo 273 sólo habla de los culpables y de la pena que se les debe aplicar, y el artículo 275 expresa únicamente que se castigará el adulterio consumado; pero como la ley penal es de estricta aplicación y como existe la garantía constitucional de "nullum crime sine lege", al juez le está vedado sentenciar y condenar a alguien por un hecho cuyos elementos constitutivos como delito no se encuentran en artículo alguno del Código represivo;."(20)

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice:

"Es cierto que el Código Penal no define en su capítulo respectivo, el delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada."(Semanario Judicial de la Federación, Tomo 82, Pág. 3636). (12)

Y por otra parte, a pesar de que la definición de adulterio no se da en el artículo 273, podemos deducirla del texto del 310, que a la letra dice:

"Se impondrán de tres días a tres años de prisión, al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables, o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. en este último caso se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión."



Nos encontramos en la misma situación del Código Civil al no definir al matrimonio. No se da la definición, pero en los artículos 147 y 162 se deducen cuáles son sus fines. El deber de fidelidad conyugal tampoco aparece consignado en ningún precepto legal y sin embargo es deducido de la necesidad de cumplir con los fines del matrimonio.

Por lo anteriormente expuesto, vemos que la falta de descripción del tipo en el artículo 273 del Código Penal, no viola el principio de la legalidad consagrada en nuestra Carta Magna.

b.- Elementos del tipo.

La tipificación del adulterio necesariamente requiere de la existencia de los siguientes elementos:

- Que el delito se realice en el domicilio conyugal del adúltero o con escándalo.
- Que haya matrimonio legítimo preexistente, con tercera persona, de uno o de los dos sujetos activos.
- La realización de la cópula entre un hombre y una mujer.
- Que la realización de la cópula sea voluntaria.
- Que el delito se realice con plena conciencia de los sujetos activos.

Habiendo hecho mención de los elementos del delito en cuestión, pasemos ahora al análisis de los mismos:

- Que el delito se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

No todos los adulterios son delictivos, de acuerdo con este análisis y en tal situación de las hipótesis citadas, es la

primera, la que menos posibilidad tiene de concretarse. Pero, veamos primero lo que se entiende por "Domicilio Conyugal":

Por lo que toca a nuestro Código Civil este nos refiere que por domicilio conyugal debemos entender la casa donde los casados viven permanente o transitoriamente.

Por otro lado, se ha establecido plenamente que, cuando el matrimonio vive en la casa de los suegros o de algún otro familiar, se encuentra en calidad de "arrimados" y no puede considerarse ese lugar como domicilio conyugal:

"...éste no existe cuando los esposos viven en calidad de arrimados en el domicilio de los padres, o de otros parientes o de terceras personas, en donde los cónyuges carecen de autoridad propia y libre disposición en el hogar, porque viven en casa ajena y carecen de hogar propio..."(22)

Para determinar lo delictivo o no del adulterio, esta tesis no puede ser aplicada, ya que si el hecho de no realizar la cópula adulterina en el domicilio conyugal, es por respeto a mi cónyuge, más respeto deben merecer mi cónyuge y mi familia (si es que como matrimonio vivimos en la casa de mis padres).

Por tanto, si debe considerarse, para este efecto como domicilio conyugal la casa donde viven los cónyuges, aún cuando vivan en calidad de arrimados.

La otra hipótesis que se requiere para que el adulterio sea delito, es que éste se verifique con escándalo. Aquí, nuevamente carecemos de definición, pero literalmente, "Escándalo" significa: "Acción o palabra, causa de que otro obre o piense mal, alboroto, ruido, desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo..."(23)

Doctrinariamente se ha determinado que el escándalo 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..."(24)

Para finalizar, veremos la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto:

"Para que el adulterio sea punible se necesita que se cometa en la casa conyugal o con escándalo, debiéndose entender por éste la conmoción social que produce el hecho..Para tener por comprobado el escándalo que para la existencia del delito de adulterio exige el artículo 273, del Código Penal, es bastante que se justifique que el adúltero abandonó el domicilio conyugal y se fue a vivir con su coacusada, haciendo vida marital con ella..."(25)

- Que haya matrimonio legítimo preexistente, con tercera persona, de uno o de los dos sujetos activos.

De acuerdo a la legislación mexicana, debemos entender por matrimonio legítimo, la existencia de un contrato civil de matrimonio. Al existir el acta del Registro civil relativa al acto de matrimonio, se dan por cumplidos los requisitos y formalidades que éste implica, haciéndolo válido legalmente.

Esto quiere decir que no se configurará el delito de adulterio en nuestro país, cuando sólo exista el matrimonio eclesiástico o por la iglesia, o cuando se trate de concubinato.

- Realización de la cópula entre un hombre y una mujer.

El delito de adulterio se consuma sólo con la unión carnal, es decir, con la cópula realizada entre los sujetos activos, quienes FORZOSAMENTE deben ser un hombre y una mujer. Los actos de homosexualismo fuera del matrimonio, no serán calificados como adulterio, cosa que, a nuestro juicio es incorrecto, toda vez que constituye una afrenta aún más grave que las relaciones extramaritales normales. Excepción a lo anterior, resulta el Código Civil del Estado de Tlaxcala, mismo que sí contempla las relaciones homosexuales como aduletrio.

La cópula es el elemento esencial, únicamente la unión carnal integra el delito. Sin ésta, no habrá adulterio delictivo, aún cuando la mujer sea fecundada mediante inseminación artificial por un hombre que no es su marido. (26)

Cópula en adulterio, sería el ayuntamiento sexual por vía natural hasta la INSEMINATIO INTRA VAS (introducción del órgano genital masculino en el conducto femenino), aunque también deben considerarse los actos sexuales contra-natura o anormales, entre hombre y mujer.

La dificultad para comprobar el adulterio, mediante la prueba directa de la realización del ayuntamiento sexual, ha llevado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a dictar la siguiente jurisprudencia:

"Para la comprobación de las relaciones sexuales como elemento constitutivo del delito de adulterio basta la prueba presuntiva..."(27)

En consecuencia, los modos de prueba de la relación sexual, que se podrían presentar al juez, serían:

- Sorpresa "IN FRAGANTI", de la unión sexual.
- Confesión.
- Testigos o documentos de prueba de la marital pública, con persona distinta por parte del esposo o de la esposa.

- Fuga de los amantes.
- Delaraciones de testigos.
- Documentos privados.

-Que la realización de la cópula sea voluntaria.

La voluntad es indispensable para la configuración del delito de adulterio. Es precisamente este elemento el que lo diferencia de los demás delitos sexuales. Al no haber voluntad, caeríamos en otro tipo de delito, por ejemplo, en violación.

Asimismo, se podría hablar de falta de voluntad por no ser sujeto responsable, cuando el adúltero soltero es menor de edad, aunque aquí podríamos caer nuevamente en otro delito: corrupción de menores e incapaces.

-Elemento cognositivo: que exista plena conciencia de los sujetos activos.

En el casado infiel, se requiere el pleno conocimiento de que ejecuta la relación con persona que no es su cónyuge; asimismo, se requiere del conocimiento del casado infiel, de su propio estado civil o en el copartícipe, se necesita que tenga conocimiento de que efectúa la relación sexual con persona casada con tercera persona. el desconocimiento de esta situación bastará para que no se configure el adulterio como delito para el citado copartícipe.

#### C). Bien Jurídico Tutelado.

Si hablamos en términos generales del bien jurídico tutelado al penalizar el adulterio, debemos decir que éste se refiere a la fidelidad conyugal con miras a la protección del matrimonio, considerando a éste como la base de la sociedad.

Por fidelidad entendemos lealtad, observancia de la fe que uno debe a otro, por lo que entonces el adulterio, según nos dice Sara Montero, consiste en la violación de la fe conyugal. (28)

No obstante, es interesante conocer las posturas de diversos autores al respecto: así tenemos que el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, afirma que el bien jurídico tutelado es la fidelidad sexual prometida por virtud del matrimonio; por otro lado Cuello Calón menciona el orden jurídico y moral del matrimonio y de la familia.

De igual forma, existen algunos argumentos que sostienen que el bien jurídico tutelado NO puede ser la fidelidad conyugal toda vez que si así fuera, se castigaría toda infidelidad carnal de los cónyuges, aún la realizada sin escándalo o fuera del domicilio conyugal. Así también se afirma que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía o el amor familiar.

A pesar de ser múltiples las posturas y argumentos, creemos que lo que busca en esta regulación es la unidad familiar y específicamente la matrimonial. No obstante, si esa unidad entre los cónyuges ya no existe, si el adulterio se da precisamente por tal ausencia, es ilógico pensar que un precepto legal imponiendo una pena pueda restablecerla.

#### D). Conducta externada y ausencia de conducta.

Para que el delito de adulterio exista, lo principal es que se produzca una conducta humana y que esta sea externada. Por tanto, la conducta es el elemento básico del delito, ya que consiste en un hecho material exteriorizado, positivo o negativo y

el cual es producido por el hombre. Si el hecho es positivo, consistirá en un movimiento corporal que producirá un resultado, y este resultado significará un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico y psíquico. Si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria de un movimiento corporal esperando, lo que también causará un resultado.

a.- Acción lato sensu.

En atención a la fuerza física, en lo que se refiere a sus aspectos positivo y negativo, la acción y la omisión son los dos únicos modos que reviste la conducta incriminable, la acción en el aspecto positivo o stricto sensu es denominado en el Código Penal (hecho ejecutado u obrado), y en el negativo, omisión. La acción lato sensu se entiende para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción o de una omisión. En el acto se realiza una conducta negativa, se deja de hacer, se omite la obediencia de una norma que impone el deber ser.

b.- El resultado.

La acción es causa de un resultado, que es la modificación del mundo exterior, el cambio sensible o perceptible por los sentidos, en los hombres o en las cosas; en los delitos de resultado externo, de lesión o de daño, cambio tangible y material o en los de simple actividad, cambio sólo psíquico.

Mirando la base típica del resultado, se le define también como la total realización típica anterior, o sea la conducta corporal del agente y el resultado externo que ella cause.

En suma, el resultado comprende, tanto las modificaciones de orden físico, como las de orden jurídico y ético, tanto las cosas materiales como los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad.

Es no sólo cambio en el mundo material, sino también una situación en el mundo psíquico y aún el riesgo o peligro.

c.- Ausencia de conducta.

Como ya se dijo, para que haya acción debe existir una conducta (elemento objetivo) y una voluntad (elemento psíquico). Al no haber ninguno de estos elementos no existirá la acción. Pero además, debe existir una norma de contenido prohibitivo de carácter penal, ya que de no ser así, la acción de que se trate no constituirá la conducta delictuosa.

Algunas formas de ausencia de conducta en el adulterio y en muchos otros delitos las refiere el Maestro Luis Jiménez de Asúa: la fuerza irresistible, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y la sugestión. (29) La fuerza irresistible, ha sido considerada como una ausencia de conducta en vista de que el individuo carece de voluntad que es esencial para integrar la acción.

Por otro lado, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo y la sugestión se aceptan en general como estados de inconsciencia en los que no existe voluntad en el sujeto que comete el delito.

E). Sujetos Activo y Pasivo.

a.- Sujeto activo.

Como lo hemos analizado a través del presente trabajo, el delito de adulterio tiene como sujetos activos, tanto a la mujer como al hombre, condición de que ambos se encuentren unidos en matrimonio civil y que tengan relación carnal con un tercero ajeno a ese matrimonio en el momento del ayuntamiento carnal.



De este modo es de observarse que si el hombre casado civilmente tiene relaciones sexuales con otra mujer que no sea su cónyuge, mismas que se dan en condiciones ya prescritas por la ley, o sea en domicilio conyugal o con escándalo y es descubierto en cualquiera de estas modalidades del delito por su cónyuge, se encontrará encuadrado en los casos en que procede el ejercicio de la acción penal; igual situación legal se producirá si es la mujer la que falta a la fidelidad conyugal en las condiciones antes mencionadas. Es conveniente decir que también puede ocurrir que tanto el hombre como la mujer casados civilmente violen la fidelidad que se deben ambos desde el momento en que se contrae el matrimonio civil, lo que trae como consecuencia que los cónyuges ofendidos puedan querellarse, siendo de observarse que el perdón del cónyuge beneficiará a los adúlteros.

Se desprende de lo anterior que el delito de adulterio es un delito que se perigue por querrela necesaria, ya que en primer lugar se trata de un delito eminentemente sexual y toda vez que el Código Civil para el Distrito Federal se encuentra inbuido de acciones y sanciones pertinentes en que incurrir los sujetos activos que cometen adulterio como lo son el divorcio necesario solicitable dentro de los seis meses contados desde que se tuvo conocimiento de la infidelidad conyugal; la pérdida del derecho que tiene o que tuviera a recibir alimentos y a todo lo que le hubiere prometido su consorte o por otra persona en consideración a éste; cuando por divorcio se originen daños y perjuicios a inocentes en sus intereses el culpable tendrá que responder por ellos como el autor del hecho ilícito, además constituye impedimento no dispensable para contraer matrimonio y causa de nulidad en su caso, el adulterio habido entre los que pretendan contraer el mismo y que haya sido judicialmente probado.

Así pues, en materia penal, debe existir entre los cónyuges el mutuo deber y correlativo derecho a la fidelidad, desprediéndose de lo anterior que en esta materia el bien jurídico tutelado es precisamente la fidelidad y las sanciones estipuladas en nuestra ley punitiva para el delito que estudiamos a nuestro juicio son muy leves, aún cuando no se establecen distinciones en cuanto al sexo de los culpables y a su vez se limita la infracción a los casos realizados en condiciones especialísimas, como son el escándalo y la violación del domicilio conyugal y de acuerdo con lo demostrado a través de la práctica forense en el derecho punitivo mexicano, el delito de adulterio a nuestro punto de vista no es debidamente sancionado.

b.- Sujeto Pasivo.

En la antigüedad el único sujeto pasivo del delito que nos ocupa, tenía que ser el hombre, ya que la única que podía cometer el delito de adulterio era la mujer, considerando al hombre como sujeto ofendido, y en el caso de que éste lo cometiera, se le considera únicamente a esta unión como concubinato.

En nuestra legislación penal, el Código de 1871 estimaba como delito, todo adulterio cometido por la mujer casada, en cambio la esposa sólo podía querrellarse como ya se ha visto en tres casos: cuando el marido lo cometiese en el domicilio conyugal, con concubina o con escándalo. De lo anterior como menciona Martínez de Castro, citado por González de la Vega (30) que se le concedía a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos fuerza que a éste.

En la actualidad se consideran sujetos pasivos, al cónyuge inocente y a la comunidad social, aclarándose que por cónyuge inocente debe entenderse, tanto al esposo como a la

esposa ofendidos en las condiciones prevenidas en la ley, así como a la comunidad social, a la que se afecta seriamente al consumarse, Francisco González de la Vega se refiere a la consumación del delito por la comisión social que produce, así como la familia o familias que involucran los participantes del hecho punible. Bueno es recordar que los sujetos activos pueden ser hombres o mujeres, a condición que se encuentren unidos en matrimonio civil no disuelto al momento de verificarse el hecho delictivo el cual debe realizarse con sujeto ajeno a ese vínculo, pudiendo encontrarse como sujetos pasivos de diferente matrimonio.

5.- El Adulterio en el Código Civil vigente en el Distrito Federal.

A). La fracción primera del artículo 267 del Código Civil.

Expresamente la fracción en comento dispone lo siguiente:

"Art. 267.- Son causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges..."

Esta causal es la que con más frecuencia se presenta y consiste en el incumplimiento al deber de fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges. Evidentemente, en materia civil, es irrelevante admitir el adulterio como delito o no, simplemente se toma en cuenta que es una circunstancia que viene a romper con la armonía del matrimonio, haciendo la vida insostenible, puesto que atenta contra la estabilidad del hogar y a la moral.

Nuestro Código Civil al hablar del adulterio no da una definición, cosa que no hace falta. El adulterio debe ser debidamente probado, pero no se hace necesaria la existencia de una sentencia penal por delito de adulterio. El juez de lo familiar podrá apreciar con toda libertad las pruebas que sean aportadas para acreditar el adulterio que se imputa al demandado, independientemente de que se lleve la causa penal: al ser independiente, la jurisdicción civil puede el juez, conocedor del divorcio, considerar probado el adulterio sobre distintas pruebas que las penales o pueden ser las mismas, pero el Juez Familiar podrá dar una interpretación distinta a la del Juez Penal.

De lo anterior, deducimos que en el adulterio no es necesario que exista una sentencia penal para invocarla como causal de divorcio, ya que el delito de adulterio se persigue a instancia del cónyuge ofendido, quien puede ejercer la acción de divorcio sin presentar querrela, o bien presentar ésta sin ejercitar aquella.

Como la competencia civil y penal son autónomas los jueces de estas jurisdicciones podrán apreciar libremente las pruebas que se les presente para acreditar el adulterio. De esta autonomía se deriva la posibilidad de que se haya resuelto la causa penal, en el sentido de que no se probó el delito de adulterio; y en materia civil puede el juez llegar a la conclusión de que sí existe el adulterio, trayendo como consecuencia que se decrete la disolución del matrimonio.

## NOTAS DEL CAPITULO II

- (1) ESCRICHE, Joaquín de. "DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA". Librería Legarnier Hermanos, Paris, 1906.
- (2) PRATT FRAIRCHILD, Henry. "DICCIONARIO DE SOCIOLOGIA". Ed. Fondo de Cultura Económica, México, p. 156.
- (3) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "DERECHO PENAL MEXICANO", Ed. Porrúa, México, 1977, p. 426.
- (4) GONZALEZ BLANCO, Alberto. "DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO", 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1974, pp. 199 y 200.
- (5) Ibid., p. 199.
- (6) JIMENEZ HUERTA, Mariano. "DERECHO PENAL MEXICANO". 5a. ed., Ed. Porrúa., México, 1958, p. 32.
- (7) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco., Op. cit., p. 431.
- (8) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO", Porrúa, México, 1900, p. 664.
- (9) Ibid., p. 664.
- (10) CUELLO GALON, Eugenio. "DERECHO PENAL". Ed. Bosch Casa Editorial, 1975, p. 639.
- (11) Ibid., p. 640.
- (12) De acuerdo al Código Civil de 1884, el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, sino que "suspende sólo algunas

de las obligaciones civiles..." (art. 226) no obstante, a pesar de la declaración de indisolubilidad del matrimonio, se admitía "como remedio", la "separación de cuerpos".

- (13) GONZALEZ DE LA VEGA, Op. cit., p. 50.
- (14) JIMENEZ HUERTA, Op. cit., p. 19.
- (15) CASTELLANOS TENA, Francisco. "LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL". (Parte General), 7a. ed., Ed. Porrúa, México, 1973, pp. 172 y 173.
- (16) Semanario Judicial de la Federación, Tomo 82, p. 3636.
- (17) CUELLO CALON, Eugenio. "DERECHO PENAL I". 9a. ed. Ed., Nacional, México, 1953, pp. 257 y 258.
- (18) GONZALEZ BLANCO, Alberto, "DELITOS SEXUALES EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO". 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1979, pp. 210 y 211.
- (19) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. "DERECHO PENAL MEXICANO". 16a. ed., Ed. Porrúa, México, 1980, p. 429.
- (20) PORTE PETIT, Celestino, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL". Ed. Jurídica Mexicana, México, 1969, p. 466.
- (21) GONZALEZ BLANCO, Alberto. Ob. cit., p. 211.
- (22) Jurisprudencia 1917-1975, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, 3a. Sala, México, 1975, tesis 157, pp. 488 y 489, citada por Carlos Arellano García, "PRACTICA FORENSE CIVIL Y FAMILIAR". Ed. Porrúa, México, 1992, p. 354.

- (23) Diccionario Porrúa de la Lengua Española, Ed. Porrúa, México, 1982, p. 293.
- (24) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "CODIGO PENAL ANOTADO". Ed. Porrúa, México 1990, p. 664.
- (25) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "JURISPRUDENCIA DEFINITIVA DE LA S.C.J.N., Tomo IV, p. 441 y ss., 5a. época, Tomo 47, p. 3712, Op. cit., p. 665.
- (26) En algunos Códigos Penales Locales de la República Mexicana se regula el delito de "inseminación artificial indebida", ésto es, en esas entidades federativas estaríamos dentro de un delito diverso, no de adulterio.
- (27) Semanario Judicial de la Federación, S.C.J.N., Tomo 32, p. 251.
- (28) MONTERO DUHALT, Sara. "DERECHO DE FAMILIA", 5a. ed., Ed. Porrúa, México, 1992 p. 224.
- (29) JIMENEZ DE AZUA, Luis. "TRATADO DE DERECHO PENAL". Ed. Hispano-Americana, Barcelona, España, 1968, p. 732.
- (30) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op. cit., p. 320.

## CAPITULO III

ANTECEDENTES DE LA SUCESION.



1.- Sinopsis Histórica de nuestra legislación.

A). Código Civil de 1870.

Características de la época independiente es, al menos en sus inicios, la ausencia de normas jurídicas propias ya que la legislación vigente con anterioridad continuó rigiendo las relaciones jurídicas de los habitantes del México independiente en todo lo referente a la materia civil, familiar, penal, y sólo se establecieron nuevas disposiciones en el ámbito político.

Haciendo patente la ausencia de ordenamientos jurídicos propios posteriores a la independencia, el maestro Jorge A. Sanchez Cordero manifiesta:

"México no cuenta con una base jurídica definida en materia civil, sino hasta el año de 1870. El éxito del presidente Juárez fue propiciar la elaboración de un Código Civil y favorecerla, además, con una continuidad. Como hombre político le supo imprimir a esta legislación su orientación, misma que consistió principalmente en consolidar las Leyes de Reforma y algunos postulados de la doctrina Liberal."(1)

Los antecedentes legislativos del Código Civil de 1870 y las fuentes que inspiraron el contenido de sus disposiciones se encuentran dispersas, siendo uno de los más importantes el proyecto que por encargo oficial redactó en 1859 el Doctor Don Justo Sierra, que dadas las circunstancias políticas y el estado de guerra por el que atravesaba el país, fue materialmente

imposible que se pusiera en vigor. Dicho proyecto se inspiró en su mayor parte, en el Código Francés de 1804 y fue considerado uno de los más avanzados códigos de su tiempo.

Comentando las características de la regulación que en materia de sucesiones se contempló en el Código Civil del año de 1870, el maestro Rafael Rojina Villegas expone lo siguiente:

"Nuestro régimen jurídico reconocido en el Código Civil de 1870, consagró el segundo sistema en la institución denominada 'De la legítima' a efecto de que las cuatro quintas partes de la herencia correspondiera a los hijos legítimos o legitimados, quedando en consecuencia sólo una quinta parte del caudal hereditario como susceptible de disposición libre por el testador. Por legítima se entendía la parte que forzosamente debería respetar el testador a sus parientes consanguíneos en línea recta descendiente o ascendiente en su caso."(2)

Como se puede apreciar, el Código Civil de 1870 estableció la SUCESION LEGITIMA FORZOSA, indicando en ese sentido que "legítima" es la porción de bienes destinados por la Ley a los herederos en línea recta, ascendiente o descendiente. En tal situación el testador no podía privar a sus herederos de la legítima, sino sólo en los casos expresamente designados por la ley; la legítima, entonces, consistía en cuatro quintas partes de los bienes si el testador sólo deja descendientes legítimos o legitimados; en dos tercios, si sólo deja hijos naturales y en la mitad si sólo deja hijos espurios.

La reducción de la disposición testamentaria hasta el límite necesario para cumplir con ella y la porción en que ésta se originaba, de acuerdo a si se trataba de hijos naturales, espurios o legítimos, se exponen por el maestro Rojina Villegas de la siguiente manera:

"Si se violaba la legítima, se reducía la disposición testamentaria hasta el límite necesario para cumplir con aquélla. Además, la legítima comprendía la parte líquida de la herencia después de deducir las deudas hereditarias cuando no existían hijos legítimos o legitimados...En cuanto a los ascendientes legítimos de primer grado (padre o madre) la legítima comprendía las dos terceras partes del citado caudal líquido. Si eran padres naturales se reducía a la mitad. " (3)

Otra variante entre los descendientes, se contempla en el referido Código que disponía que concurriendo hijos legítimos con espurios, la legítima de los cuatro quintos pertenece exclusivamente a los primeros y los segundos sólo tendrían derecho a alimentos, mismos que habrían de sacarse del quinto libre del autor de la herencia y en ningún caso excederían de la cuota que correspondiera a los espurios si fueran naturales.

Analizando la exposición de motivos del Código Civil de 1870, referente al tema de la sucesión, el jurista Luis Araujo Valdivia ha dicho:

"Los legisladores de 1870 reconocieron sin embargo que era indispensable introducir importantes innovaciones, considerando que la

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

cuestión principal era la relativa a los hijos legítimos que por las leyes españolas estaban condenados a sufrir la pena de un delito del que no eran autores y después de examinar los preceptos relativos de los Códigos modernos, se adoptó el plan según el cual los ascendientes, los hijos legítimos, los naturales y los espurios tienen el derecho hereditario en partes escrupulosamente calculados, con el objeto de que en todo caso fueran preferidos los derechos más sagrados y por consiguiente más dignos de vigilancia de la ley." (4)

En relación con nuestro tema, es decir, con el cónyuge supérstite, el ordenamiento en estudio en su exposición de motivos permitió que el de cuyos decidiera, de acuerdo al siguiente criterio: "...la Comisión Legisladora dejó decisión a la conciencia del testador, suprimiendo la herencia forzosa al cónyuge supérstite. Sólo en los casos en que no hubiera herederos forzosos el testador quedada libre para dejar sus bienes a quien quisiera..." (5)

Diversos autores han criticado los criterios adoptados por el legislador de este Código, haciendo notar la marcada influencia que en su concepción tuvo el Código Civil español de aquella época, en tratándose de la limitación de disponer de sus bienes al establecer la institución del heredero forzoso a través de la "legítima".

#### B) Código Civil de 1884.

El Código Civil de 1884, promulgado el 24 de Mayo de ese mismo año, no contiene una diferencia esencial, sino modificaciones de mera forma en relación con su antecesor, salvo

la supresión que hizo el primero en cita de la legítima forzosa y el establecimiento en su lugar de la libre testificación. Este Código estuvo en vigor del 1º de Junio de 1884 hasta el 1º de Octubre de 1932 en que entró en vigor el actual Código Civil.

No obstante lo anterior, el Código de 1884, en relación a la sucesión simple legítima mantuvo la rigurosa reglamentación del Código anterior, asignando porciones diferentes a los hijos en razón a su origen y de su calidad de legítimos, naturales o espurios.

Como ya se asentó, el Código de 1870 planteaba la posibilidad de que los hijos espurios tuviesen participación en la sucesión, pero existía el problema que implicaba el acreditar tal calidad. En ese sentido el nuevo Ordenamiento quiso corregir la omisión del anterior que no señalaba en qué forma podían identificarse como hijos espurios los que tenían esa calidad, pues estaba prohibido reconocerlos y en sus actas de nacimiento no podía ponerse el nombre del progenitor adúltero. Recordemos que existía la aprehensión del legislador del '70 al decir que el registro de estos hijos puede dar lugar a que aparezcan como hijos simplemente naturales o se les tendrá que asentar como hijos de padres desconocidos. Contra esos "riesgos" el nuevo Código señaló que debía registrárseles como hijos de espurios y que tendrían ciertos derechos. Estos derechos son únicamente a heredar en vía legítima y en condiciones de inferioridad con respecto a los hijos naturales y, por supuesto, en relación a los hijos legítimos.

Estudiando este Código en cuanto al tema de nuestro trabajo, encontramos que la capacidad para heredar estaba supeditada, entre otras causas, a que el heredero no hubiese cometido delito contra el autor de la sucesión.

Dentro de las causales de divorcio que implican delito, el adulterio siguió contemplándose al igual que en el Código de 1870, no olvidemos que el Código de 1884 vino a ser casi una reproducción de aquél. Se deduce entonces que la tradición legislativa en nuestro país ha condenado al adulterio como una forma de incapacidad legal para heredar, sumándose a esta característica la llamada indignidad, que supone la existencia y la capacidad; pero fundándose en causas de orden moral impide conservar el derecho a heredar. Dicha "indignidad", a diferencia de la incapacidad requiere una resolución judicial, y se aplica sólo a determinados juicios sucesorios.

C) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

La Ley Sobre Relaciones Familiares entró en vigor el día 11 de mayo de 1917 y fue decretada por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza, teniendo como antecedente inmediato la ley del 29 de diciembre de 1914.

Aunque el Código Civil de 1884, tuvo vigencia hasta el año de 1932, el movimiento armado de 1910 llevó a modificarlo sustancialmente con la promulgación de la referida ley, que en materia familiar rigió paralelamente al precitado Código hasta la fecha en que entró en vigor el actual Código Civil.

Si bien es cierto que la Ley sobre Relaciones Familiares no contiene regulaciones directas en lo que se refiere a sucesiones, también lo es que en forma indirecta y sobre todo en relación a los derechos sucesorios de los hijos, tuvo el acierto de eliminar la clasificación de los hijos espurios y en cambio fue enormemente retrógrada en los derechos que otorgaba a los hijos extramatrimoniales, ya que sólo les concedía el derecho de llevar el apellido de sus padres, con exclusión de otros derechos:

"Art. 20.- El reconocimiento SOLAMENTE confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace."(6)

Resulta inconcebible que una ley nacida dentro del marco de la revolución, que pretendía modificar y perfeccionar las relaciones de familia, que por un lado y con gran acierto extinguió la potestad marital, estableció el divorcio vincular y quitó los calificativos infamantes a los hijos; por otra parte, y de manera totalmente absurda retrocedió en gran medida en su sentido de justicia elemental al quitar a los hijos el derecho a recibir alimentos por parte de sus progenitores y el de entrar a la sucesión de los mismos por vía legítima, justificando su obrar el legislador de esa época y manifestando en la exposición de motivos de la multicitada ley que dicha medida tenía por objeto "...evitar el fomento de las uniones ilícitas, y los abusos que la concesión de otros derechos pudiera originar..."(7)

D) Código Civil de 1928.

El Código Civil de este año, resulta de un proyecto encargado por la Secretaría de Gobernación a los insignes juristas Don Francisco H. Ruiz, Don Ignacio Gracia Tellez, Don Angel Gracia Peña y Don Fernando Moreno, esta comisión redactó un proyecto de Código Civil que ya en forma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de año de 1928, siendo reformado por sus mismos autores tomando en consideración las observaciones que se les hicieron y entró en vigor el día primero de octubre de 1932.

Este Código reproduce en gran parte al Código Civil de 1884, tomando algunas innovaciones sobre todo en materia de obligaciones y contratos de los códigos civiles de Francia y

España. Desde su inicio, este Código Civil sistematizó el capítulo de sucesiones en tres grandes temas:

- Sucesión Testamentaria;
- Sucesión Legítima, y
- Disposiciones comunes a las sucesiones Testamentaria y Legítima.

En la exposición de motivos del Código que nos ocupa, se hace gran apología de los derechos de los cónyuges refiriendo al efecto que la Comisión redactora "...rinde homenaje al matrimonio..."(8) Encontramos en esta afirmación una preferencia por la formalidad de las relaciones humanas en sociedad, relegando a segundo término a los hechos que invariablemente aparecen en las mismas, tales como el concubinato. En tratándose de sucesiones, el estudio que se hace del Código Civil en vigor, tiene por objeto el determinar qué tipo de personas pueden intervenir en las relaciones que se presentan tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria y concretándonos al objeto del presente trabajo, analizaremos también cuáles son los sujetos que no pueden intervenir en la sucesión y, específicamente, hacemos alusión al cónyuge culpable de adulterio y que por este hecho pierde su derecho a heredar del cónyuge inocente.

En este último punto, el Código Civil de 1928 mantuvo la anterior disposición en lo que se refiere a la incapacidad para heredar, señalando en la fracción III del artículo 1316 que por razón de adulterio declarado en juicio, el cónyuge culpable es incapaz para heredar al cónyuge inocente.

Del estudio de la sucesión testamentaria y legítima, así como de lo sujetos y condiciones que en ella intervienen,



habremos de tratar más adelante, baste por ahora el pequeño repaso histórico de los orígenes del Código Civil de 1928, y que actualmente rige en el Distrito Federal.

## 2.- Concepto y Clases de Sucesión.

Aplicando el concepto de que se trata en sentido genérico a toda relación jurídica, el maestro José Arias señala:

"Suceder es reemplazar. Todo derecho, dicho más técnicamente, toda relación de derecho supone un sujeto y un objeto. La transmigración es una realidad en la vida jurídica: salvo situaciones excepcionales, todos los derechos cuyo titular desaparece (autor), se asientan en otro (sucesor) y se dice entonces que hay una sucesión." (9)

Sucesión, en fin, significa una acción de suceder y, en el sentido jurídico es una sustitución en la titularidad de los derechos y relaciones que admiten sustitución, o sea, cambio de sujetos en la relación de derechos.

Por su parte, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, desde el punto de vista genérico manifiesta lo siguiente acerca de la sucesión:

"No obstante cabe precisar que el término 'sucesión' implica un concepto genérico que en derecho se aplica a todos los casos en que una persona substituye a otra en un derecho o una obligación." (10)

Nuestro Derecho Positivo y, en general, la doctrina han dividido el Derecho Sucesorio en dos grandes áreas: a) la sucesión testamentaria y b) la sucesión legítima.

A) Sucesión Testamentaria.

Apoyándonos en este aspecto, donde existe la voluntad del sujeto autor de la sucesión, podemos afirmar que ésta existe cuando dicha voluntad queda manifestada en un testamento y es entonces que una persona capaz, a través de un acto volitivo libre, dispone de sus derechos transmisibles para después de su muerte. Sobre el particular, el maestro Gutiérrez y González ha dicho que :

"Es la sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fue persona física, después de que fallece, por la o las personas que aquélla designó, a través de una manifestación unilateral de voluntad, conocida o designada como 'testamento.'" (11)

Por otra parte, Jorge A. Sánchez Cordero Dávila, conceptúa al testamento conforme a la ley en los siguientes términos:

"El testamento se define como un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos o cumple deberes para después de su muerte (art. 1295 del Código Civil). Es por tanto un acto jurídico unilateral mortis causa, ya que surte sus efectos a la muerte de su autor y está destinado a la

reglamentación de una situación jurídica: El testamento es la ley de la Sucesión (Diez Picazo)." (12)

Sigue diciendo este autor que las características de este acto son :

"La literatura jurídica ha descrito las principales características del testamento, y son las siguientes: es unilateral y personalísimo, es decir, sin la intervención de un tercero; no receptible, en otras palabras el testamento no requiere que los herederos instituidos acepten la herencia para que surta sus efectos legales (artículo 1378 del Código Civil), y es, finalmente, un acto formal y esencialmente revocable." (13)

Siendo el testamento el objeto mismo de esta clase de sucesión, analizaremos brevemente los elementos de su definición, siendo éstos los siguientes:

- Es un acto jurídico unilateral;
- Es personalísimo;
- Es revocable y libre;
- Debe ser efectuado por persona capaz, y
- Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte.

Como acto jurídico que es, debe estar sujeto a las disposiciones legales aplicables a efecto de que tenga validez, pero sobre todo que exista en el ámbito jurídico. Dicho acto

tendrá por objeto el producir consecuencias de derecho, ello en virtud de que sólo los actos que producen efectos jurídicos y que implican una voluntad de que se realicen estas consecuencias son actos de derecho.

También se ha dicho que el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre. Unilateral por cuanto que debe realizarse por virtud de una sola voluntad, una sola persona que manifiesta su intención; en cualesquiera otra situación la persona que manifiesta su voluntad puede efectuarlo en compañía de las personas de su confianza. En el caso del testamento no puedo pedir, por ejemplo, a mi cónyuge que me ayude a redactar mi testamento, pues aún cuando los cónyuges comparten grandes confidencias, ello desvirtuaría la razón misma de ser del testador.

El testamento también es una acto personalísimo, ya que no puede otorgarse por conducto de un representante o apoderado. Además el testamento es revocable por esencia, y no podría el autor del mismo celebrar un pacto o convenio en el que renunciase a dicha facultad, este supuesto resulta de un obstáculo legal insuperable que supondría la inexistencia misma del acto.

Asimismo el testamento es un acto que presupone libertad y conciencia plena, por lo que debe ser realizado obviamente por persona capaz y, como ya se asentó, cualesquier situación que restrinja o pretenda restringir la facultad libre de testar devendría en la inexistencia del acto en virtud de que se opone a la norma jurídica la cual impide que el acto de renuncia o de restricción al derecho de testar se lleve a cabo.

#### B) Sucesión Legítima.

Cuando por disposición de una ley una persona es llamada a heredar, en el supuesto de que no exista testamento

válido, tenemos la sucesión legítima, así pues, es la que se infiere por ministerio de ley cuando falta o no puede cumplirse la voluntad testamentaria del autor de la sucesión. Así como en la testamentaria se deduce por voluntad del de cujus manifestada en el acto formal denominado testamento, en la legítima se deduce por la ley (ex lege) y por eso lleva esa denominación y, en ocasiones, creemos que impropriamente le llaman sucesión intestada o ab intestato.

En ese supuesto, la sucesión legítima no es más que la regulación que hace la ley de la transmisión de los bienes (comprendiendo aquí obligaciones y derechos reales y personales) del de cujus, cuando éste no otorga testamento o cuando habiéndolo hecho éste se declara inexistente por disposición de la ley. Henri León Mazeaud y Jean Mazeaud nos señalan al respecto que :

"A falta de voluntad del de cujus expresada en un testamento o de una institución contractual válidas y eficaces, la ley regula la transmisión de los bienes del de cujus. Es la sucesión ab intestato." (14)

Del concepto vertido por estos autores, tenemos que descartar, de acuerdo a nuestra legislación vigente, la institución contractual, toda vez que dicha figura esta prohibida en nuestro Derecho.

De acuerdo con nuestra legislación existen diversos supuestos en que procede la apertura de la sucesión legítima y estos son :

- a.- Cuando no se otorgó testamento, que es las más de las veces:

- b.- Cuando habiéndose otorgado testamento, éste ha desaparecido;
- c.- Cuando el testamento resulta inexistente por ministerio de ley;
- d.- Cuando el testamento es nulo, parcial o totalmente;
- e.- Cuando en el testamento sólo se disponga de parte de los bienes del de cujus;
- f.- Cuando el heredero testamentario repudia la herencia.
- g.- Cuando el heredero testamentario muera antes que el testador;
- h.- En casos de incapacidad de goce del heredero;
- i.- Cuando el testador revoca su testamento.

Refiriéndonos al objeto de nuestro estudio, nos avocaremos sobre todo a la incapacidad de goce del heredero, en este caso la incapacidad del cónyuge supérstite hallado culpable de adulterio en el juicio, el cual, como se verá más adelante, está impedido para heredar por estar incapacitado para tal efecto por disposición de la ley.

### 3.- La Sucesión en el Derecho Positivo Mexicano.

#### A) Sujetos y condiciones que intervienen en los Juicios Sucesorios.

Siguiendo la clasificación más común que se hace de los sujetos y condiciones que intervienen en el Derecho Sucesorio mencionaremos, en primer término, a los sujetos; exponiendo brevemente el tipo de intervención que realizan, pasando posteriormente a las condiciones que se precisan para que se efectúe la sucesión mortis causa:

a.- El Autor de la Herencia: su función dentro de la sucesión en general es diametralmente opuesta cuando hablamos de la sucesión legítima o de la sucesión testamentaria.

En la sucesión testamentaria, el de cujus es un sujeto de derecho sucesorio ya que su conducta está regulada tanto en el momento de efectuar válidamente un testamento, como en el alcance que puede tener su última voluntad, imponiéndole al efecto prohibiciones y normas imperativas a las cuales debe subordinar el acto volutivo, si es que desea alcanzar su objetivo.

Doctrinariamente se ha dicho que en la sucesión legítima el de cujus sólo desempeña un papel secundario, de punto de referencia para que opere la transmisión a título universal, extinguiéndose su personalidad desde el momento de su muerte.

En virtud del fallecimiento del autor de la herencia, en la sucesión legítima, las personas ligadas a él por el parentesco, el matrimonio y el concubinato, en su caso, son llamadas a heredar por ministerio de ley, misma que señala las condiciones e impone los términos en que habrá de operar.

En ese sentido, el Código Civil para el Distrito Federal, indica los casos en que se abre la sucesión legítima:

Art. 1599.- "La herencia legítima se abre:

I.- Cuando no hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió validez;

II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;

III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;

IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto."

Otro precepto del Código en comento manifiesta lo siguiente:

Art. 1283.- "El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de lo que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima."

Cabe hacer notar que la sucesión básicamente es una forma de adquirir la propiedad y sólo se podrán adquirir los bienes de carácter patrimonial, extinguiéndose, por lo tanto, la personalidad misma del de cujus, puesto que los herederos jamás podrán adquirir los derechos de carácter personalísimo que sólo en vida pueden pertenecer al autor de la herencia, v. gr. el nombre, la nacionalidad, el estado civil, etcétera.

Por último, el Código Civil para el Distrito Federal permite el derecho de testar a todos aquéllos que la misma ley no les prohíba tal facultad y en ese caso señala como impedidos para testar a los menores de dieciseis años y a los perturbados de su inteligencia, salvo en un momento de lucidez; sin que ello sea un obstáculo para que puedan heredar mortis causa.

b.- Los Herederos: nuestro Código Civil ha adoptado el sistema denominado por algunos tratadistas como el de beneficio de inventario, tal como se dispone en su artículo 1678:

Art. 1678.- "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los bienes de los herederos porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario aunque no se exprese."



En tal virtud, los herederos sólo pueden disponer de los bienes de la herencia hasta que se determine si el activo de los mismos es suficiente para cubrir las deudas adquiridas en vida por el de cujus, ello claro, se sabrá en el momento de que se formule el inventario y respectivo avalúo.

En íntima relación con el precepto antes transcrito, el artículo 1284 del Código Civil, estatuye:

Art. 1284.- "El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuenta de los bienes que hereda."

De lo anterior, deducimos las siguientes obligaciones del heredero como adquirente a título universal:

1.- El heredero pasa a ser un substituto de las relaciones patrimoniales pecuniarias del autor de la sucesión, ya que lo representa en todas sus relaciones activas y pasivas con el límite que al efecto señala al artículo 1284 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

2.- Tiene obligación, si expresamente no lo previno el testador, de pagar con cargo a la herencia los gravámenes o gastos de desempeño o reducción de los bienes legados.

3.- El heredero puede renunciar al beneficio de inventario y asumir con su patrimonio, el pago de las deudas hereditarias, siempre y cuando no lo haga en perjuicio de sus acreedores, ello para evitar que éstos últimos puedan nulificar dichos actos mediante el ejercicio de la acción pauliana.

Para los efectos del presente trabajo de tesis, es importante determinar la capacidad para ser heredero, ya que

partiendo de dicho estudio, podemos determinar y aplicar al caso concreto la incapacidad para heredar por parte del cónyuge culpable de adulterio. Por tal motivo, consideramos prudente tratarlo más adelante. Cuando hablamos de la incapacidad para heredar, basta por citar algunas obligaciones del heredero una vez que acepta la herencia.

c.- El Legatario: El legado puede ser definido como la transmisión a título particular de una cosa o derecho hecho por el titular a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario generalmente en forma privilegiada pues, en principio, no responde del pasivo de la sucesión.

Para el legatario entonces sólo existe una simple transmisión a título particular sobre el bien determinado o determinable, quedando como única obligación, en su caso, cumplir con la carga que le fue impuesta por el de cujus, o bien responder subsidiariamente con el heredero si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir el pasivo hereditario.

d.- El Albacea: El maestro Rafael Rojas Villegas nos define al albacea de la siguiente manera:

"Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cujus, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias."(15)

El albacea, entonces, puede ser testamentario y en este caso se denomina albacea testamentario y su deber consiste en cumplir con las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión: cuando es designado por los herederos su función es la de representar a la herencia realizando las acciones necesarias para el cumplimiento de tal objetivo.

Asimismo, del Código Civil para el Distrito Federal se desprenden algunos impedimentos para la designación y desempeño del cargo de albacea:

- 1.- No puede ser albacea quien no tenga la libre disposición de sus bienes.
- 2.- Magistrados y jueces que tengan jurisdicción en el lugar en que se abra la sucesión.
- 3.- Los que por sentencia hubieran sido removidos otra vez del cargo de albacea.
- 4.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.
- 5.- Los que no tengan un modo honesto de vivir.

El propio Código menciona que las personas antes citadas, a excepción de las primeras en comento, pueden ser albaceas si son herederos únicos, de lo contrario lo podrán hacer a través de un representante.

El albaceazgo, generalmente es un cargo testamentario voluntario y por lo tanto no es obligatoria su aceptación, aunque para el caso que se acepte ser albacea, sólo se podrá renunciar a dicho cargo si existe justa causa par que sea excusado, de lo contrario perderá sus derechos hereditarios. Además es un cargo oneroso y personalísimo ya que no puede delegar su función a un tercero, ni por causa de muerte del mismo; este cargo puede pasar a su vez a sus herederos.

En cuanto a las obligaciones del albacea, éstas son enumeradas en el artículo 1706 del Código Civil:

Art. 1706.- "Son obligaciones del albacea general:

I.- La presentación del testamento;

II.- El aseguramiento de los bienes de la herencia;

III.- La formación de inventarios;

IV.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;

V.- El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias;

VI.- La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios;

VII.- La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento;

VIII.- La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren en contra de ella;

IX.- Los demás que le imponga la ley."

Por último mencionamos que el albacea, según lo dispone en el artículo 1708 del Código Civil debe garantizar el desempeño de su cargo con fianza, hipoteca o prenda, a semejanza de lo que sucede con el síndico en los concursos.

Condiciones que intervienen en los juicios sucesorios.

Las condiciones y supuestos de la sucesión, tanto testamentaria como legítima, según lo previene nuestra legislación, son numerosas, sin embargo, para los efectos de nuestro estudio analizaremos las que a nuestro juicio son las más importantes.

En primer lugar y también la más importante es, sin lugar a dudas, la muerte del de cujus, ya que las consecuencias que a este acto acarrea serán retroactivas a la fecha de defunción aunque se realicen con posterioridad. Así, el artículo 1649 del Código Civil dispone:

Art. 1649.- "La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente."

De este modo y previa muerte del de cujus, el patrimonio de él queda sin titular y es entonces que surge la necesidad de que la relación patrimonial continga, ya sea por la persona designada por el autor de la herencia, o bien, por la persona que sea determinada por la ley. Por lo tanto, se deduce que en nuestro derecho positivo, aunque a simple vista podría parecer obvio, no existe la sucesión de una persona viva -viventis non datur hereditas- sería la sentencia en latín.

También tenemos como supuesto de los juicios sucesorios a la vocación y delación hereditarias que, en términos generales, son el llamamiento natural y el llamamiento real o efectivo que la ley o el testamento del de cujus hacen a todas las personas que se presume con derecho a la herencia.

La vocación entonces, deviene de un derecho que nace en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia para que todos aquellos que se crean herederos legítimos o testamentarios se consideren avocados a la herencia y así realicen todas las conductas necesarias para la conservación de los bienes y defensa de la herencia.

La delación es el llamamiento real, efectivo que se realiza, según nuestro sistema legal, emplazando a los herederos al juicio para que deduzcan sus derechos y por ende los hagan valer.

Asimismo, dentro del juicio sucesorio se realiza la declaración de herederos, quienes deberán ser reconocidos judicialmente cuando sea necesario, salvo que las circunstancias del caso permitan trámite notarial, teniendo íntima relación con la capacidad para heredar, misma que analizaremos más adelante.

B) Adquisición de la Herencia Mediante Sucesión Testamentaria y Legítima.

La adquisición de la herencia puede ser expresa o tácita por parte del heredero, pudiendo hacerlo "...todos los que tienen la libre disposición de sus bienes." Ello de acuerdo con lo establecido por el artículo 1653 del vigente Código Civil para el Distrito Federal.

Dentro del juicio sucesorio, la etapa de la partición y la adjudicación de los bienes que conforman el acervo hereditario ocupa la parte final del mismo, ya sea que se respete la última voluntad del de cujus en su testamento, o bien, siguiendo los lineamientos que la ley determina para el caso de la sucesión abintestato.

Podemos afirmar que la partición de la herencia es la ejecución misma de la voluntad del autor de la sucesión o, en su caso, el acto de realización del convenio de los herederos por vía legítima y de la decisión judicial mediante el cual se determina la porción de los bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos.

"La aceptación es expresa si el heredero la hace con palabras determinantes y tácitas si ejecuta algunos hechos de los que se deduzcan necesariamente la intención de aceptar, o aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero (artículo 1656 del Código Civil para el Distrito Federal.)"

Debemos de recalcar el hecho de que si entre los bienes de la herencia existen algunos cuya adjudicación debe realizarse con apego a alguna formalidad especial, entonces este acto debe hacerse ante Notario Público, de conformidad con el artículo 1777 del Código Civil para el Distrito Federal.

La partición, que es una forma de adquirir bienes por parte de los herederos y forma parte de la cuarta sección, denominada Sección de Partición en el juicio sucesorio y debe contener, en los términos del artículo 789 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, los siguientes documentos y actuaciones:

- El proyecto de distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios;
- El proyecto de partición de bienes;
- Los incidentes que se promuevan respecto de dicho proyecto;
- Los arreglos relativos, y
- Las resoluciones sobre los proyectos mencionados.

C) Acción del Heredero.

El artículo 13 del código adjetivo de la materia señala:

Art. 13.- "La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o ab intestato, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria."

Por lo que hace al heredero testamentario no hay ningún problema ya que éste puede demostrar que es heredero, porque así lo dispuso el testador en su testamento que ha sido declarado válido por una sentencia judicial.

Ahora bien, por cuanto hace al heredero ab intestato o legítimo, si presenta dificultad debido a que no se requiere que el actor tenga reconocida judicialmente su calidad de heredero, ya que ésta es una de las finalidades de la petición de herencia, es decir, que dicho reconocimiento será posterior al ejercicio de la acción, y es sólo hasta este momento en que el actor ha demostrado lo siguiente:

- a.- Que tiene capacidad para heredar (arts. 1313 al 1343 del Código Civil).
- b.- Que tiene derecho a la herencia en virtud de encontrarse dentro de los grados preferenciales para heredar (art. 1602 del Código Civil).
- c.- Que en forma expresa ha declarado aceptar la herencia.

Como ya lo hemos señalado, el artículo 13 del Código de Procedimientos Civiles, señala que tienen derecho a ejercitar la petición de herencia:



- El heredero testamentario;
- El heredero ab intestato, y
- El que haga las veces de tal en el testamento.

Así pues, podemos señalar como conclusión que la petición de herencia puede ser ejercitada por las personas a quienes la ley les confiere ese derecho.

Por último, sólo mencionaremos las personas contra quienes se ejercita la petición de herencia:

- Contra el albacea;
- Contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero o cesionario de éste, y
- Contra el que no alega título alguno de posesión del bien hereditario o dolosamente dejó de poseerlo.

D) Nulidad de los Testamentos.

El artículo 1295 del Código Civil para el Distrito Federal nos define al testamento en los siguientes términos:

Art. 1295.- "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual

una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para despues de su muerte."

Debemos agregar a esta definición que el testamento es un acto jurídico unilateral y que tiene como objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte del autor de la herencia, esto es, bienes y derechos de carácter pecuniario o susceptible de serlo.

Refiriendonos a los actos jurídicos en general, el artículo 8º. del Código Civil dispone lo siguiente:

Art. 8º.- "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Atendiendo al anterior precepto, entonces un acto jurídico unilateral y personalísimo, como lo es el testamento, no está exento de ser declarado nulo si el fin que persigue es ilícito (aunque no sólo la ilicitud genera nulidad), siendo avalada esta interpretación por lo dispuesto en el artículo 2225 del Código Civil que al respecto manifiesta:

Art. 2225.- "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."

En los artículos 1484 al 1498 del Código Civil para el Distrito Federal, que trata sobre la nulidad de los testamentos, no encontramos disposición que determine la nulidad relativa, en su caso, en el otorgamiento de un testamento, por lo tanto si un acto de esta naturaleza esta afectado de nulidad, ésta deberá considerarse como una nulidad absoluta, por regla general.

Otro precepto del multicitado ordenamiento legal, dispone:

Art. 2226.- "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción."

Lo anterior nos da elementos para poder considerar que los perjudicados por un testamento afectado de nulidad, podrán invocarla en cualquier momento, siempre y cuando no rebase el término de diez años a que se refiere el artículo 1652 del Código Civil para reclamar la herencia.

Otra cuestión que surge en tratándose de la nulidad de los testamentos, es la que se refiere a la nulidad por falta de forma. El artículo 2228, manifiesta a propósito de los actos formales lo siguiente:

Art. 2228.- "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."

Las disposiciones relativas a los tipos de testamentos contenidos en el Código Civil, se manifiestan en el principio general de que los testamentos son actos jurídicos solemnes, ya que la forma sustancial que distingue a cada uno de ellos está caracterizada por la ley y dentro de cada tipo encontramos determinadas formalidades cuya omisión originará, de acuerdo con el artículo antes transcrito, la nulidad absoluta del testamento de que se trate.

Asimismo, la ley distingue entre testamentos ordinarios y especiales, siendo los primeros actos de carácter solemne y éstos son:

- a). Testamento Público Abierto;
- b). Testamento Público Cerrado, y
- c). Testamento Ológrafo.

Para estos tres tipos, el testamento es un acto jurídico solemne que exige para su configuración y perfeccionamiento un conjunto de formas que reunidas llegan a caracterizar el tipo de testamento de que se trate.

Los especiales, menciona la ley, son los siguientes:

- a). Privado;

- b). Militar;
- c). Marítimo, y
- d). El hecho en país extranjero.

Todos los testamentos por regla general son formales, tratándose del testamento privado, el militar, el marítimo y el que se hace en país extranjero, los cuales se caracterizan porque las formas y solemnidades que involucran son más sencillas que en los ordinarios (público abierto, público cerrado y ológrafo), precisamente para hacer posible otorgar testamento en las particulares condiciones en las que se encuentran las personas a quienes van dirigidas.

Es importante hacer mención en la solemnidad de los testamentos, ya que tal elemento es fundamental para la existencia de éstos, y atendiendo a que constantemente existe confusión en diferenciar las formalidades de las solemnidades de los testamentos.

Así tenemos que, en ciertos casos de particular importancia como lo es el testamento, el derecho establece que no bastan las formas comunes que requieren otros actos jurídicos, sino que pide una forma especial, generalmente presidida o sancionada por personas revestidas de atributos especiales como son los notarios. Cuando estas formas se exigen no solamente para revestir el acto de una forma y para poderlo probar, sino para que entren en composición con el acto mismo, se les llama solemnidades. En estos casos, por real que parezca o sea el consentimiento como voluntad exteriorizada, jurídicamente se tiene por inexistente con sólo la ausencia de la solemnidad requerida, como lo establece el artículo 1491 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que la ley habla de nulidad:

Art. 1491.- "El testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las normas prescritas por la ley."

El testamento es uno de los casos que exige una solemnidad, la cual tiene los siguientes fines: advertir al testador la seriedad del acto; hacer distinguir un simple proyecto de testamento del verdadero; acreditar la identidad, la capacidad, la libertad del testador y la autenticidad de su voluntad; que ésta quede fielmente expresada; que sea modo probatorio; que permanezca conservada sin posibilidades de ser alterada por terceros o extraviada, hasta donde sea posible.

Por tales motivos, cabe agregar que las solemnidades no son formas de probar, sino formas de ser y que nuestro Código Civil declara la nulidad del testamento cuando se otorga en contravención a las formas prescritas, y puede entenderse que hay contravención a las formas cuando no se observan todas.

E) Incapacidad para ser Heredero.

Como principio general, en el derecho positivo mexicano todas las personas --físicas y jurídico-colectivas-- son aptas para heredar, sin distinción de ninguna especie, según lo dispone el artículo 1313 del Código Civil para el Distrito Federal:

Art. 1313.- "todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privadas de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I. Falta de personalidad;

II. Delito;

III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;

IV. Falta de reciprocidad internacional;

V. Utilidad Pública;

VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento."

Del artículo anteriormente transcrito claramente se advierte que la capacidad en sentido amplio no es más que la aptitud para la vida jurídica en materia de sucesiones, y esta aptitud puede ser desglosada en tres elementos constitutivos:

a.- Existencia: Lo primero que se requiere para poder heredar es existir, pero no sólo eso, también es menester existir con vida jurídica, ya que no puede adquirir quien no es sujeto de derecho.

Para adquirir un derecho es necesario existir y nuestro Derecho considera ya vivo al concebido, pero ni por donación, ni por testamento se puede gratificar a una persona que aún no está concebida, bien sea en el momento mismo del acto (donación) o bien en el momento de la muerte del de cujus:

Art. 2357.- "Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337."

Por su parte, el artículo 337 del Código Civil dispone:

Art. 337.- "Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo en el Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad."

Otro artículo del Código Civil, el 22, sobre el particular menciona lo siguiente:

Art. 22.- "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

Uno de los efectos a que refiere el artículo antes transcrito es precisamente el de darle capacidad para heredar. Desde que está concebido se le reconoce capacidad hereditaria de goce, sujeta a una condición resolutoria: que nazca viable.

b.- Capacidad en sentido estricto: En materia de sucesiones, la capacidad para heredar es la regla, según lo dispone el artículo 1313 ya citado, siendo la incapacidad la excepción que la confirma. Se basa en motivos de orden social, que suelen ser independientes de la voluntad del testador. La incapacidad es una medida de prevención social. Deben dejarse bien sentadas las diferencias entre la capacidad en general y la capacidad en materia sucesoria.



También encontramos en nuestra legislación que las causas de incapacidad deben estar determinadas expresamente en la norma jurídica.

Asimismo, no pueden heredar las personas inciertas: al efecto el artículo 1390 del Código Civil dispone:

Art. 1390.- "Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa que no puede identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas."

No debemos nunca confundir las personas inciertas con aquellas que el testador no haya conocido

La capacidad jurídica para heredar es limitada por el artículo 1313 del Código Civil, mismo que declara incapaces a los que hubieren cometido delito sin precisar que tipo de "delito" es aquél que causa la incapacidad, siendo el artículo 1316 el que nos indica las conductas que generan dicha incapacidad:

Art. 1316.- "Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o intestado:

I.- El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, a los padres, hijos, cónyuge o hermanos de ella;

II.- El que haya hecho contra el autor de la sucesión, sus ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge acusación de delito que merezca pena capital o de prisión, aún cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge o su hermano, a no ser que ese acto haya sido

Traca. III.

preciso para que el acusador salvara su vida, su honra o la de sus descendientes, ascendientes, hermanos o cónyuges;

III.- El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente;

IV. El coautor del cónyuge adúltero, ya sea que se trate de la sucesión de éste o la del cónyuge inocente;

V. El que haya sido condenado por un delito que merezca pena de prisión, cometido contra el autor de la herencia, de sus hijos, de su cónyuge, de sus ascendientes o de sus hermanos;

VI. El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos;

VII. Los padres que abandonan a sus hijos, prostituyeren a sus hijas o atentaron a su pudor respecto de los ofendidos;

VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido;

IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia;

X. El que usare de violencia, dolo o fraude con una persona para que haga, deje de hacer o revoque su testamento;

XI. El que, conforme al Código Penal, fuere culpable de supresión, substitución o suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debió corresponder a éste o las personas a quienes se haya perjudicado o intentado perjudicar con sus actos."

Este precepto, cuyo contenido enumera las causas por las cuales las personas adquieren incapacidad para heredar por testamento o intestado, es de vital importancia para entender el caso que nosotros proponemos, pues basta remitirnos a la fracción tercera de dicho artículo para comprender que sólo se podrá constituir esta incapacidad cuando haya de por medio un juicio y una declaración o sentencia de carácter judicial que, conforme a la verdad formal, constate y sancione el adulterio.

En virtud de lo anterior, la incapacidad para heredar en este supuesto se determina no en el momento de presentar denuncia penal ante el Ministerio Público, o bien, demandar al cónyuge culpable ante los tribunales ordinarios, pues se requiere además sentencia que verifique los hechos sujetos a juicio.

Mientras esto no ocurra, el cónyuge acusado de adulterio está en pleno derecho de heredar al de cujus. Sin embargo, queda en entredicho su dignidad para hacerlo.

c.- Dignidad: este requisito supone la existencia y la capacidad; pero se funda en causas de orden moral, particularmente dependientes de la persona que ha de suceder.

Para normar nuestro criterio vale la pena mencionar algunas diferencias entre la incapacidad y la indignidad:

Las causas que hacen al heredero incapaz, no suponen relación con los deberes del sucesor para con el difunto, la dignidad sí.

- La incapacidad impide adquirir el derecho; la indignidad impide sólo conservarlo.

- La incapacidad tiene lugar de pleno derecho, mientras que la indignidad, resulta de una sentencia.

- La incapacidad se aplica a todas las sucesiones; la indignidad sólo a determinadas.

- La indignidad supone la capacidad; pero la incapacidad no supone la indignidad.

Así, tenemos que el declarado adúltero mediante juicio no sólo se convierte en incapaz para heredar, sino además, de acuerdo con Valverde, se vuelve indigno por virtud de una sentencia judicial.

## NOTAS DEL CAPITULO III

- (1) SANCHEZ Cordero Dávila, Jorge A. "DERECHO CIVIL", U.N.A.M., México, 1983, p. 15.
- (2) ROJINA Villegas, Rafael. "DERECHO CIVIL MEXICANO", Tomo IV, Sucesiones, Porrúa, 5ª. ed., México, 1981, p. 34.
- (3) Loc. cit.
- (4) ARAUJO Valdivia, Luis. "DERECHO DE LAS COSAS Y DE LAS SUCESIONES", Cajica, 3ª. ed., Puebla, México, 1982, pp. 416 y 417.
- (5) Idem., p. 417.
- (6) Ley Sobre Relaciones Familiares. Talleres Gráficos de la Nación, México, 1921, p. 54.
- (7) Idem., p. 11.
- (8) Código Civil para el Distrito Federal en materia Común, y para toda la República en materia Federal, Ed. Porrúa, 62ª. ed., México, 1993, p. 27.
- (9) ARIAS, José. "DERECHO SUCESORIO". Ed. Guillermo Kraft, 2ª. ed., Buenos Aires, 1950, p. 21.
- (10) GUTIERREZ y González, Ernesto. "EL PATRIMONIO PECUNIARIO Y MORAL O DERECHO DE LA PERSONALIDAD Y DERECHO SUCESORIO". Cajica, 2ª. ed., Puebla, México, 1971, p. 521.
- (11) Idem., pp. 534 y 535.

- (12) SANCHEZ Cordero, Ob. cit., p. 54.
- (13) Loc. cit.
- (14) MAZEAUD Leon, Henri y Jean Mazeaud. "LECCIONES DE DERECHO CIVIL", Parte Cuarta, Vol. II. La transmisión del Patrimonio Familiar. (Tr. Luis Alcalá Zamora y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1965, p. 87.
- (15) ROJINA Villegas, Rafael. "DERECHO CIVIL MEXICANO", Tomo IV, Sucesiones, Porrúa, 6ª. ed., México, 1985, p. 175.

## C A P I T U L O   I V

EL ADULTERIO COMO CAUSA DE LA PERDIDA DEL DERECHO DE  
SUCESION ENTRE LOS CONYUGES.

1.- La muerte del cónyuge demandante durante el procedimiento de divorcio.

El divorcio necesario, a diferencia de las llamadas "controversias del orden familiar" que cita el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sigue con una tramitación que se apeg a los lineamientos del juicio ordinario civil, previsto en el propio ordenamiento legal.

La tramitación por la vía ordinaria civil previene una serie de supuestos que son inherentes al divorcio contencioso; para el efecto del presente trabajo abordaremos los siguientes:

A) Supuestos Procesales.

El objetivo de nuestro estudio son los efectos que acarrea la muerte del cónyuge demandante durante la tramitación del juicio de divorcio, invocando como causal el adulterio del supérstite, lo que puede acarrear la pérdida del derecho a heredar por parte de éste último en relación con aquél, cuando ha sido declarado incapaz por sentencia judicial. Pere cabe aclarar que el juicio de divorcio concluye con la muerte de alguno o ambos cónyuges.

Para tal efecto expondremos las etapas que contiene el juicio de divorcio necesario que es, como ya citamos, un juicio ordinario civil. Así pues, encontramos que los presupuestos, generalmente hablando, son las causas conforme a las cuales la hipótesis planteada puede concretarse al caso específico. De esta manera, analizaremos las partes que intervienen en este tipo de juicio, así como los elementos que lo conforman.

a) Las partes: Tratándose del juicio de divorcio necesario, los elementos personales sobre quienes recaerá la sentencia judicial son los cónyuges mismos, ya que el efecto que conlleva dicha sentencia es la disolución del vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias (art. 266 del Código Civil para el Distrito Federal).



b) La causal: La causal invocada en nuestra hipótesis es la que señala la fracción I del artículo 267 del Código Civil, misma que dispone:

Art. 267.- "Son causas de divorcio:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; ..."

De igual forma, como ya lo vimos al hablar sobre la causal de divorcio, el artículo 269 del referido ordenamiento dispone:

Art. 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."

c) El término: Independientemente de que las relaciones extramaritales por su propia naturaleza son muy difíciles de probar, el cómputo que hace el precepto antes citado es fatal, ya no puede interrumpirse ni suspenderse. Asimismo, como ya lo tratamos en el capítulo respectivo, en el adulterio no es menester que exista sentencia penal para poder invocarlo como causal en una controversia civil.

Abundando respecto al término para ejercitar la acción de divorcio, éste es de seis meses contados a partir del momento en que tenga conocimiento del adulterio el cónyuge inocente, aunque no hay que perder de vista el caso de que existe adulterio de tracto sucesivo, en donde el cónyuge inocente puede hacer valer dicha causal aún después de los seis meses de haber tenido conocimiento del hecho, siempre y cuando sea un adulterio de tracto sucesivo. Además, existe tesis jurisprudencial que establece:

"DIVORCIO. LA CADUCIDAD DE LA ACCION  
TRANCURRE A PARTIR DE LA FECHA DEL  
CONOCIMIENTO DE LA CAUSAL DE DIVORCIO,

INDEPENDIENTEMENTE DEL PROCESO PENAL A QUE TAMBIEN PUDIERA DAR LUGAR.- En apoyo de lo anterior también cabe agregar que, amén de la diferencia entre adulterio como causal de divorcio y el delito homónimo, en razón de que para la comisión de éste último se requiere como elemento constitutivo, que las relaciones sexuales entre uno de los consortes y la persona distinta al otro, se hayan realizado en el domicilio conyugal o con escándalo, y que la sentencia penal que lo declare surta efectos en una controversia de orden familiar, lo cierto es que desde el momento en que se tiene conocimiento de la infidelidad matrimonial, cuando ésta no es de tracto sucesivo, transcurre el término para el ejercicio de la acción de divorcio, independientemente de la de carácter penal que también pudiera generarse, de modo que aún en esta última hipótesis no es necesario esperar la obtención del fallo que ponga fin a ésta para hacer valer la primera, pues la finalidad de cada una de ellas es totalmente diversa."(1)

De lo anterior se infiere que no es necesario que la acción de divorcio se ejercite desde el momento en que se tenga conocimiento del adulterio, sino que tiene la opción de ejercitarla dentro de los siguientes seis meses de haber tenido conocimiento o dentro de los seis meses siguientes a que termine la relación entre los adúlteros cuando se trata de un adulterio de tracto sucesivo.

d) La demanda: La formulación de demanda invocando la causal de adulterio es el acto concreto por el cual el cónyuge ofendido inicia el ejercicio de la acción que le otorga la

fracción I del artículo 267, así como el artículo 269 del Código Civil. Dicha demanda se dirige al Juez de lo Familiar que en razón de turno le corresponde conocer del asunto.

El artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal nos señala los requisitos indispensables que debe contener el escrito de demanda y ésta se presenta en la Oficialía de Partes común de acuerdo con el artículo 51 de la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal.

Una vez presentada la demanda, el Juez debe admitirla si así procede conforme a derecho, caso en el cual el juicio sigue su curso normal en la vía invocada. El auto admisorio no prejuzga sobre la culpabilidad del cónyuge demandado, sólo decide la eficacia de la demanda por haber cumplido con los elementos necesarios para que pueda incitar al órgano jurisdiccional a actuar en consecuencia. Además, la presentación de la demanda interrumpe la prescripción de la acción, que como recordamos se debe ejercitar dentro de los seis meses siguientes de que se tuvo conocimiento, o de que termine la relación entre los adúlteros cuando se trata de un adulterio de tracto sucesivo; asimismo, señala el principio de la instancia, es decir, el grado de conocimiento dentro del proceso.

d) Emplazamiento: A través de este medio de comunicación procesal, se le otorga al demandado un plazo para que conteste la demanda.

El artículo 259 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, nos señala cuales son los efectos del emplazamiento:

- Prevenir el juicio en favor del juez que lo hace;
- Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el juez que lo emplazó;

- Imponer la carga de contestar la demanda al demandado;
- Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial,
- Originar el INTERES LEGAL en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos.

e) Contestación de demanda: El artículo 260 del código adjetivo de la materia, manifiesta que el demandado formulará su contestación de demanda en los términos prevenidos para esta última.

En la contestación de demanda, el demandado puede allanarse a las pretensiones, reconocer la aplicabilidad del derecho o bien negar los hechos, oponer excepciones y defensas, pudiendo además reconvenir al actor.

f) Muerte del cónyuge demandante: En el presente trabajo analizaremos los efectos que produce la muerte del cónyuge ofendido o demandante, cuando acontece durante la tramitación del juicio de divorcio, para lo cual tomaremos en cuenta las diversas etapas del juicio ordinario civil.

#### B) Efectos.

Como ya lo indicamos, analizaremos y expondremos las consecuencias que la muerte del cónyuge demandante acarrea, si durante ella se tramita el juicio de divorcio contencioso, invocando como causal la señalada en la fracción I del artículo 267 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Si la muerte del cónyuge demandante, acaece antes de dictarse la sentencia en primera instancia, no es jurídicamente posible que la sucesión asuma la causa, toda vez que se trata de una acción personalísima; refuerza lo anterior lo preceptuado en el artículo 290 del ordenamiento legal supracitado:

Art. 290.- "La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio."

Por virtud del artículo antes transcrito, si el cónyuge demandado por la causal de adulterio no ha sido declarado judicialmente como tal por el juez de lo familiar, tiene la posibilidad de heredar del de cujus ya por vía testamentaria, o bien, por vía legítima.

Por tal razón, mientras no exista sentencia que declare adúltero al cónyuge supérstite y que esta resolución haya causado ejecutoria, es decir, se haya elevado a la categoría de cosa juzgada, no procede la incapacidad del adúltero para suceder al de cujus.

Así tenemos que no basta que medie acusación simple y llana para que el presunto adúltero pierda su derecho a heredar del presunto ofendido. La misma sentencia, según nuestra opinión, no basta para que la parte demandada tenga el carácter de incapaz para heredar, sino que es menester que también dicha resolución haya causado ejecutoria y se haya elevado a la categoría de cosa juzgada. Lo anterior, debido a que si la sentencia se dicta en primera instancia, el cónyuge demandado tiene el derecho de recurrir el fallo a través de la apelación ante la Sala

correspondiente, y aún si ésta confirma la resolución del a quo, cabe la posibilidad de que se lleve a cabo un juicio de garantías, mismo que, de ser procedente, pudiera producir o modificar sustancialmente la sentencia impugnada, declarando absuelto al cónyuge demandado.

De lo antes expuesto, deducimos dos principios en cuanto a lo que se refiere nuestro objetivo en estudio:

a.- La sucesión del de cujus que demandó a su cónyuge el divorcio por la causal a que se refiere el artículo 267, fracción I, del Código Civil no puede continuar con la causa expuesta a juicio por existir imposibilidad jurídica, según lo determina el propio artículo 290 del ordenamiento legal en cita.

b.- Para que el cónyuge acusado de adulterio sea incapaz de heredar del ofendido no basta sólo la sentencia judicial, sino que además se requiere que dicha resolución sea elevada a la categoría de COSA JUZGADA.

La sucesión del cónyuge inocente puede exhibir, a través del albacea, durante la tramitación del juicio sucesorio, la sentencia debidamente ejecutoriada que declare incapaz al cónyuge superviviente, que haya sido emitida por el juez de lo familiar y hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 1316, fracción III del Código Civil. En tal supuesto, si la sucesión es testamentaria, entonces el testamento otorgado deja de surtir efectos con relación al cónyuge adúltero ya que existe incapacidad de este último para heredar del difunto, para lo que se deberá de demandar dicha declaratoria.

La incapacidad a que nos hemos venido refiriendo puede ser invocada por el o los perjudicados, siempre y cuando no rebase el término a que se refiere el artículo 1652 del Código Civil:

Art. 1652.- "El derecho de reclamar la herencia prescribirá en diez años y es transmisible a los herederos."

No obstante, si el cónyuge adúltero, con el conocimiento de su incapacidad legal para ser heredero, obtiene los bienes del cónyuge demandante, vía sucesión testamentaria o legítima, surge entonces una nulidad absoluta del proceso en comento, pues su acción es ilícita y, por lo tanto, la acción para invocar la nulidad corresponderá a cualquiera de los perjudicados y una vez que dicha nulidad sea declarada por el juzgador mediante sentencia debidamente ejecutoriada, los efectos de la adjudicación serán destruidos retroactivamente conforme a lo que establece el numeral 2226 del Código Civil:

Art. 2226.- "La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción."

En el capítulo anterior, al citar este precepto afirmamos que "los perjudicados por un testamento afectado de nulidad, podrán invocarla en cualquier momento, siempre y cuando no rebase el término de diez años a que se refiere el artículo 1652 del Código Civil para reclamar la herencia"; en ese caso nos referimos a la nulidad del testamento. Sin embargo, en el ejemplo que ahora se cita, aludimos a la nulidad del proceso mediante el cual el cónyuge adúltero adquiere los bienes del de cuyos demandante, a pesar de su conocimiento de su incapacidad para ser heredero. Así, tenemos que al invocar la nulidad absoluta cualquiera de los interesados, si es apto para heredar del cónyuge inocente, puede pedir que los efectos de la adjudicación de los bienes al adúltero sean destruidos

retroactivamente y si acaso han transcurrido los diez años que señala el artículo 1652 del Código Civil, entonces el interesado no podrá adquirir estos bienes para sí, pero en cambio estará en la posibilidad de lograr que el cónyuge adúltero pierda la propiedad de los bienes de la sucesión y según nuestra opinión, en este supuesto, serían los demás herederos los que adquirirían los bienes de que se trate.

Resumiendo lo anteriormente expuesto, concluimos que los posibles herederos substitutos del de cuyos ofendido no pueden, de ninguna manera, suplir procesalmente al difunto, porque como ya se demostró, existe imposibilidad jurídica para que ello ocurra en virtud de que se trata de una acción de carácter personalísimo y además el juicio de divorcio tiene por objeto dar por terminado el matrimonio, el cual ya no existe al morir el autor de la sucesión. Por lo tanto, únicamente el cónyuge culpable será declarado incapaz de suceder si existe ya una sentencia debidamente ejecutoriada que lo declare adúltero y entonces el albacea o cualquiera de los posibles herederos del de cuyos podrá ejercer el derecho que otorga el artículo 1316, fracción III, del Código Civil.

#### C) Naturaleza y Alcances de la Acción de Divorcio.

En el punto que antecede afirmábamos que la sola presentación de la demanda de divorcio por la causal de adulterio no basta para que el cónyuge demandado pierda su derecho a heredar o que devenga en incapacidad de acuerdo al artículo 1316, fracción III, del Código Civil.



Durante la etapa expositiva del juicio de divorcio que tratamos, las partes proponen sus pretenciones ante el Juez de lo Familiar; el presunto ofendido expondrá entonces las razones por las cuales considere que su cónyuge ha incurrido en adulterio y su contraparte tratará de demostrar lo contrario oponiendo excepciones y defensas que considere prudentes. (2) En este caso la acción de divorcio realmente aún no ha sido demostrada con los medios idóneos, por lo tanto, no es posible determinar la culpabilidad del demandado.

En la etapa probatoria, las partes aportan los medios de prueba necesarios a fin de demostrar los hechos afirmados en la fase expositiva.

Si nosotros postulásemos que con los medios de prueba aportados en el juicio de divorcio, los posibles herederos del de cujus inocente pueden demostrar el adulterio del supérstite, estaríamos en contradicción con los preceptos que regulan el adulterio. Así tenemos, que el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 274 manifiesta:

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

Del precepto transcrito, se deduce que el adulterio es un delito que se persigue por querrela del cónyuge ofendido.

Como también ya expusimos, la muerte del cónyuge demandante pone fin al juicio de divorcio, entonces ciertamente dicho juicio quedaría sin actor y sin materia. En tal virtud, los

posibles herederos substitutos del de cujus no pueden continuar con el juicio de divorcio, toda vez que, éste ya no tendría razón de ser, porque la muerte de uno de los cónyuges es, desde luego, una de las formas de extinción del vínculo matrimonial y como la disolución de ese vínculo es precisamente el objeto del divorcio contencioso, a la sucesión sólo le restaría tratar de demostrar el adulterio por la vía penal, situación que como ya vimos SOLAMENTE puede ser invocada a petición del cónyuge ofendido, es decir, por querrela.

Este impedimento legal no obsta, para que nosotros pudiésemos concebir la posibilidad de que con las constancias o pruebas exhibidas en el juicio de divorcio, los posibles herederos del de cujus trataran de demostrar el adulterio del cónyuge supérstite ante el Juez de lo Familiar, alegando que el de cujus no sólo buscaba la disolución del vínculo matrimonial, sino que también fuese decretado precisamente por la causal a que se refiere el artículo 267, fracción I, del Código Civil. Sin embargo, para decretar la incapacidad del cónyuge supérstite, se requiere iniciar el juicio respectivo a efecto de que el juez de lo familiar decrete mediante sentencia debidamente ejecutoriada dicha incapacidad. Pero si ocurre la muerte del que con posterioridad será, desde luego, autor de la sucesión y el cónyuge acusado de adulterio aún no ha sido encontrado culpable, es evidente y legalmente capaz de suceder y confirma esta aseveración el contenido del artículo 1334 del Código Civil y que ahora transcribimos:

Art. 1334.- "Para que el heredero pueda suceder, basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia."

Indicabamos anteriormente que si el cónyuge adúltero entra en posesión de la herencia, con conocimiento de su

incapacidad legal para ser heredero, los interesados tendrán acción para invocar la nulidad absoluta del proceso mediante el cual se adjudicaron los bienes al cónyuge supérstite y los efectos provisionales que ese acto produjo conforme a lo establecido por el artículo 2226 del Código Civil, serán destruidos retroactivamente al momento en que se pronuncie en forma definitiva la nulidad por el juez.

Por otra parte, existe la posibilidad latente de que el cónyuge supérstite a pesar del conocimiento de su incapacidad legal para heredar al de cujus, entra en posesión de la masa hereditaria; entonces los posibles herederos perjudicados podrán deducir acción para que se le declare incapaz dentro de los siguientes tres años contados a partir del momento de la adjudicación, y para el caso de que se traten de incapacidades establecidas en vista del interés público se podrá deducir tal acción en todo tiempo, conforme a lo que establece el artículo 1342 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que a continuación se transcribe:

Art. 1342.- "No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados tres años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado, salvo que se trate de incapacidades establecidas en vista del interés público, las cuales en todo tiempo pueden hacerse valer."

En nuestra opinión, el anterior artículo previene que no puede deducirse acción para declarar la incapacidad sólo si se trata de beneficiar a quien la ejercita.

Por último, el Código Civil en su artículo 1341 nos manifiesta:

Art. 1341.- "La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiese de percibir, sino después de declarada en juicio a petición de algún interesado, no pudiendo promoverla el juez de oficio."

En ese entendido, el cónyuge encontrado culpable de adulterio y declarado como tal mediante juicio, este hecho por sí solo no lo priva de suceder al de cuyos que fue ofendido con tal acto, sino que se requiere además que se inicie un juicio que tenga como finalidad declarar la incapacidad del cónyuge adúltero para suceder, perfeccionándose de esta forma lo previsto por el artículo 1316, fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal.

Concluimos entonces que el solo ejercicio de la acción por la vía civil no es suficiente para que el cónyuge acusado de adulterio sea declarado incapaz para suceder al de cuyos inocente. Por lo tanto, el alcance que tiene la acción de divorcio por la causal a que se refiere el artículo 267, fracción I, del Código Civil es muy limitado para que tenga eficacia en contra del cónyuge adúltero, toda vez que se requiere que dicho adúltero sea, además, declarado mediante juicio, lo mismo que la incapacidad para heredar.

2.- La Fracción III del Artículo 1316 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Como ya vimos, en principio todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen la capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto (art.1313 del Código Civil). De esta forma, si un individuo es privado de su capacidad, esta pérdida a tal derecho sólo afecta

al incapaz sobre determinadas personas y a ciertos bienes. Así, el artículo 1316, fracción III, menciona la causa por la cual un cónyuge puede ser declarado incapaz para suceder al otro:

Art. 1316.- "Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento o por intestado:...

III. El cónyuge que mediante juicio ha sido declarado adúltero, si se trata de suceder al cónyuge inocente."

El Código Civil hace alusión a un delito y en este caso es el adulterio debidamente probado y sancionado mediante el procedimiento respectivo. Resulta interesante entonces que esta causal, citada en el Código Civil, ofrezca una posibilidad de demostrar un delito mediante procedimiento civil; aunque cabe aclarar que no siempre es delito, asimismo, es de resaltarse el hecho de que el adulterio puede invocarse al mismo tiempo por la vía civil y por la vía penal o por cualquiera de las dos a elección del actor, resaltándose el hecho de que ambas vías no se contraponen y aunque existe la posibilidad de que ambas vías lleguen a una conclusión totalmente diferente (por ejemplo que en la vía civil no se configure el adulterio y por la vía penal se condene al procesado) esto se debe a que siguen un camino paralelo, ello al menos en primera instancia, ya que si en segunda instancia se acude ante el Tribunal de Alzada las sentencias pueden sufrir cambios.

Las posibilidades que el anterior precepto nos ofrece son amplísimas, ya que podemos imaginar que debido a la carga emocional que en ocasiones domina al ser humano, entonces el cónyuge ofendido perdona a su cónyuge otorgándole, mediante

testamento, parte de sus bienes a pesar de habersele comprobado el adulterio; en este supuesto, ni el Ministerio Público ni los demás herederos pueden pedir que se declare incapaz el cónyuge supérstite, ya que esta acción sólo puede intentarse por el cónyuge agraviado.

No puede pedir el Ministerio Público que se declare la incapacidad del cónyuge supérstite en virtud de que este delito no se establece en vista del interés público, como ya lo señalamos, el adulterio se persigue por querrela en virtud de que hablamos de que solamente el cónyuge es el agraviado.

Los herederos sustitutos tampoco pueden alegar dicha incapacidad por el mismo motivo antes expresado

3.- Legitimación de la Causa por parte de los Presuntos Herederos.

A) Presupuestos Procesales.

No es jurídicamente posible que los herederos del cónyuge en contra del cual se ha cometido agravio por comisión de adulterio por parte, claro está, del cónyuge supérstite, se

legitimen en el juicio de divorcio por la causal que señala el artículo 267, fracción I, y continúen con dicho procedimiento, ello por las siguientes razones:

a.- El fin del juicio de divorcio es el de decretar la disolución del vínculo matrimonial y entonces ambos cónyuges quedan en aptitud de contraer nuevas nupcias. Asimismo, y en el supuesto que hemos abordado, la muerte de cualesquiera de los cónyuges es, por sí sola, una causa natural de disolución del matrimonio, así entonces tenemos que el deceso del cónyuge ofendido, si ocurre al estarse tramitando el juicio de divorcio, pone fin al mismo y debe decretarse entonces, por parte del mismo Juez de lo Familiar, que el procedimiento ha quedado sin actor y sin materia.

b.- La acción de divorcio es personalísima y aunque ocurre frecuentemente que dicha acción perjudica aún a los que no litigaron dentro del mismo, como ya vimos, el efecto primordial del juicio de divorcio es el de disolver el vínculo matrimonial y el mismo Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no faculta a los presuntos herederos para perseguir el juicio de divorcio a la muerte del cónyuge ofendido.

c.- La acción de petición de herencia, como ya se dijo con anterioridad puede ser ejercitada por cualquier persona que tenga derecho para ser heredero y tiene principalmente como finalidad que el demandante sea declarado heredero en el juicio respectivo y se le haga entrega de los bienes hereditarios que le correspondan por derecho, y sus accesiones en caso de que las hubiera. En cambio las acciones del estado civil afectan principalmente a los atributos de la personalidad en lo general, como es el caso del divorcio.

Así entonces, durante el juicio de divorcio no pueden legitimarse en la causa los presuntos herederos a la muerte del cónyuge ofendido.

Puede deducirse acción para declarar la incapacidad del cónyuge adúltero, sólo dentro del término de tres años contados a partir de que éste hubiera entrado en posesión de la herencia o del legado. En este caso, encontramos varios supuestos:

a.- El adulterio ha sido probado y declarado en juicio civil o penal debidamente.

b.- En virtud de lo anterior, no es necesario que haya existido juicio de divorcio en el que se haya invocado como causal precisamente el adulterio.

c.- El cónyuge supérstite puede adquirir los bienes del autor de la sucesión, aún habiendo sido encontrado culpable de adulterio, si es que ningún interesado intenta acción en su contra y dentro de los tres años posteriores a que dicho cónyuge haya entrado en posesión de la herencia o legado.

d.- La incapacidad, entonces, por sí sola no produce el efecto de privar al cónyuge supérstite de adquirir de lo que hubiese de percibir; es menester que sea declarado en juicio.

e.- Para privar al cónyuge culpable de adulterio y declarado incapaz para heredar del cónyuge ofendido, es necesario de la existencia de tres juicios, el primero para demostrar el adulterio, el segundo para que sea declarada la incapacidad para heredar del de cujus y el tercero para hacer efectiva dicha incapacidad dentro del juicio sucesorio.

**B) Legitimación Ad Causam y Ad Procesum de los Herederos.**

La capacidad para ser parte y la capacidad procesal conforman sólo una parte del conglomerado de presupuestos procesales. Los herederos del de cujus agraviado en vida por el adulterio de su cónyuge, tienen el derecho de provocar la actividad jurisdiccional sólo hasta en tanto se haya verificado



el deceso del autor de la sucesión. Es entonces que surge su capacidad procesal y se concretiza, o mejor dicho, puede llegar a concretizarse su acción de petición de herencia por existir una legitimación ad causam en estas personas.

Pueden los herederos iniciar un procedimiento judicial ya que tienen el interés de que el cónyuge supérstite sea declarado judicialmente incapaz para heredar y así aplicar al caso específico el derecho que les otorga el artículo 1342 del Código Civil.

En nuestro supuesto, los presuntos herederos sólo tienen legitimación ad causam si es que pretenden privar al cónyuge afectado por una incapacidad para heredar, de los bienes del de cujus indebidamente adquiridos por aquél.

Volviendo al ejemplo de la legitimación en el juicio de divorcio por parte de los herederos, vemos que es jurídicamente imposible, ya que ni por legitimación ad procesum, o sea de partes en sentido formal, no podrían representar al de cujus en su trunca pretensión de demostrar el adulterio en un juicio de divorcio.

En cambio si podemos afirmar que pueden ser partes en sentido material una vez que se ha declarado en juicio el adulterio del supérstite y pretenden privarlo de su derecho a heredar del de cujus.

- C) Intergración de las constancias deducidas del juicio de divorcio a efecto de configurar la hipótesis contenida en la fracción III del artículo 1316 del Código Civil para el Distrito Federal.

La existencia previa de un juicio de divorcio contencioso no es necesario para que los presuntos herederos

pretendan privar del derecho a heredar al cónyuge supérstite, es por ello que afirmábamos que con el sólo hecho de haber sido declarado adúltero en juicio del orden penal se podía intentar ejercer el derecho concedido por el artículo 1342 del Código Civil.

La integración propiamente dicha, devendría sólo de aportar como prueba las constancias del juicio de divorcio invocado por la causal que refiere la fracción I del artículo 267 del Código Civil, y en caso de no contar con éstas, entonces se exhibirían las actuaciones del juicio penal en donde el cónyuge supérstite fue declarado adúltero.

Si el juicio de divorcio quedó trunco, no podrían los herederos con las constancias deducidas de él, demostrar en la vía penal el adulterio del cónyuge demandado, ya que como lo hemos venido repitiendo, el adulterio es un delito que se persigue a instancia del agraviado y éste, en nuestro supuesto es, ni más ni menos, que el autor de la sucesión.

En resumen, podemos afirmar que la incapacidad para heredar a que se refiere la fracción III del artículo 1316 del Código Civil requiere para su perfeccionamiento de dos sentencias que hayan sido elevadas, además, a la categoría de cosa juzgada, la primera de ellas declarando el adulterio, sentencia que puede haber sido dictada por el Juez de lo Familiar o de lo Penal en su caso, y la segunda que declare que dicho adulterio ha generado incapacidad por parte del cónyuge supérstite para heredar del de cujus; resolución que necesariamente habrá sido deducida de un juicio de carácter eminentemente civil.

## NOTAS DEL CAPITULO IV

- (1) Informe de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION de 1976, Tercera Sala, Tesis 44, pág. 46.- Talleres Gráficos de la Nación, México, 1977.
- (2) En el ejemplo que tratamos, tomamos en consideración el supuesto de que el cónyuge demandado no se allana a las pretensiones del actor y menos aún confiesa el adulterio.

## CONCLUSIONES

PRIMERA: De acuerdo a nuestra legislación el divorcio es una causa civil que jurídicamente produce la extinción del vínculo que unió en matrimonio a un hombre y una mujer; esta extinción deberá ser declarada por autoridad competente y deberá estar fundamentada en alguno de los motivos o razones que nuestro Código Civil vigente señala como causales.

SEGUNDA: Como concepto o definición de causal de divorcio, podemos decir que es aquella circunstancia, motivo o razón que se encuentra establecida en la legislación civil correspondiente y que una vez dada y probada, otorga a uno de los cónyuges el derecho de ejercer la acción de divorcio ante autoridad competente y mediante el procedimiento que previamente ha sido establecido.

TERCERA: El divorcio puede ser voluntario o necesario; es necesario cuando se decreta por algunas de las causales señaladas en nuestra legislación de manera general y concretamente en las fracciones I a XVI y XVIII del artículo 267, además de las contenidas en los artículos 268 y 270 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, estas causales dan origen al divorcio vincular, aún en contra de la voluntad del otro cónyuge, a petición del inocente; mientras que la fracción XVII del referido artículo 267 se refiere al divorcio por mutuo consentimiento.

CUARTA: El principio de limitación de causa, se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y para el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causales de divorcio; sin embargo, desde nuestro punto de vista consideramos que realmente no existe tal principio, ya que en cualquier momento puede surgir alguna causal de divorcio.

QUINTA: Por lo que hace al adulterio se debe entender como la relación sexual voluntaria habida entre persona casada y otra ajena a su vínculo matrimonial y de sexo opuesto, cuyos elementos son:

- a) Ayuntamiento sexual voluntario con persona de distinto sexo.
- b) Existencia de un matrimonio válido.
- c) Que ese ayuntamiento carnal voluntario tenga lugar con tercero ajeno al matrimonio.

SEXTA: El adulterio comprendido por el artículo 263 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se encuentra clasificado en los delitos sexuales: a pesar de que en la legislación existe ausencia de definición sobre el delito de adulterio, se ha orientado para su caracterización jurídica, en el aspecto de otorgarle un significado puramente gramatical; sin embargo, no todo acto de adulterio es forzosamente un delito de adulterio, debiendo tomarse en consideración como elementos del tipo penal los siguientes:

- Que el delito se realice en el domicilio conyugal del adúltero o con escándalo.
- Que haya matrimonio legítimo preexistente, con tercera persona, de uno o de los dos sujetos activos.
- La realización de la cópula entre un hombre y una mujer.
- Que la realización de la cópula sea voluntaria.
- Que el delito se realice con plena conciencia de los sujetos activos.

SEPTIMA: El delito de adulterio se consuma sólo con la unión carnal, es decir, con la cópula realizada entre los sujetos activos, quienes forzosamente deben ser un hombre y una mujer, con excepción de lo establecido en la legislación de Tlaxcala, la cual sí contempla las relaciones homosexuales como adulterio, pero en la mayoría de los Estados estas relaciones no son calificadas como adulterio, por lo que a pesar de ser múltiples las posturas y argumentos sobre el bien jurídico tutelado al penalizar el adulterio, nosotros creemos que lo que el legislador buscó es que existiera la fidelidad conyugal y la unidad familiar con miras a la protección del matrimonio.

OCTAVA: El Código Civil vigente en el Distrito Federal, en la fracción primera del artículo 267, dispone como causal de divorcio el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, lógicamente resulta esta causal, puesto que es de la esencia del matrimonio la fidelidad de los cónyuges entre sí, y el adulterio es una circunstancia que viene a romper con la armonía del matrimonio, y el cónyuge ofendido puede ejercer acción de divorcio sin que sea necesaria la existencia de una sentencia penal por el delito de adulterio, pues el juez de lo familiar podrá apreciar con toda libertad las pruebas que sean aportadas para acreditar el adulterio que se imputa al demandado.

NOVENA: Como la competencia civil y penal son autónomas los jueces de estas jurisdicciones podrán apreciar libremente las pruebas que les presenten para acreditar el adulterio. De esta autonomía se deriva la posibilidad de que se haya resuelto la causa penal, en el sentido de que no se probó el delito de adulterio; y en materia civil puede el juez llegar a la conclusión de que sí existe el adulterio, trayendo como consecuencia que se decrete la disolución del matrimonio.

DECIMA: Sucesión, en el sentido jurídico es una sustitución de la titularidad de los derechos y deberes que admiten dicho reemplazo, o sea cambio de sujetos en la relación de derecho.

DECIMO PRIMERA: En nuestro derecho positivo y, en general, la doctrina ha dividido al derecho sucesorio en dos grandes áreas, A) la sucesión testamentaria y B) la sucesión legítima; en la primera de ellas existe la voluntad del sujeto autor de la sucesión y dicha voluntad queda manifiesta en un testamento, mientras que la sucesión legítima no es más que la regulación que hace la ley de la transmisión de los bienes del de cujus.

DECIMO SEGUNDA: El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre y tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.

DECIMO TERCERA: Como principio general, en el derecho positivo mexicano, todas las personas físicas y jurídico-colectivas son aptas para heredar, sin distinción de ninguna especie, según lo dispone el artículo 1313 del Código Civil para el Distrito Federal.

DECIMO CUARTA: El artículo 1316 del Código Civil para el Distrito Federal nos indica las conductas por las cuales las personas adquieren incapacidad para adquirir por testamento o intestado, este numeral es de vital importancia para entender el caso que nosotros proponemos, pues basta remitirnos a la fracción tercera de dicho artículo para comprender que sólo se podrá constituir esta incapacidad cuando haya de por medio un juicio y una declaración o sentencia de carácter de carácter judicial, que conforme a la verdad formal, constate y sancione el adulterio.

DECIMA QUINTA: No es jurídicamente posible que los herederos del cónyuge en contra del cual se ha cometido agravio por comisión de adulterio por parte, claro está, del cónyuge superviviente se legitimen en el juicio de divorcio por la causal que señala el artículo 267, fracción primera del Código Civil para el Distrito Federal, y continúen con dicho procedimiento, toda vez que el fin del juicio de divorcio es el decretar la disolución del vínculo matrimonial y entonces ambos cónyuges quedan en aptitud de contraer nuevas nupcias; asimismo, y en tal supuesto, la muerte de cualesquiera de los cónyuges es, por sí sola, una causa natural de disolución del matrimonio; además de ser la acción de divorcio de carácter personalísimo.

DECIMO SEXTA: Para el cónyuge culpable de adulterio y declarado incapaz para heredar del cónyuge ofendido, sea privado de heredar, es necesario la existencia de tres juicios, el primero para demostrar el adulterio, el segundo para que sea declarada la incapacidad para heredar del de cujus y el tercero para hacer efectiva dicha incapacidad dentro del juicio sucesorio. Los herederos pueden iniciar un procedimiento judicial ya que tienen el interés de que el cónyuge superviviente sea declarado judicialmente incapaz para heredar.

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

- AGUILAR GUTIERREZ, Antonio y DERBEZ MURO, Julio; "Panorama de la Legislación Civil en México". Edit. Imprenta Universitaria. México, 1960.
- ARAUJO VALDIVIA, Luis; "Derecho de las Cosas y de las Sucesiones". 3ª. Ed., Edit. Cajica. Puebla, México, 1982.
- ARIES, José; "Derecho Sucesorio". 2ª. Ed., Edit. Guillermo Kraft. Buenos Aires, 1950.
- BONFANTE, Prieto; "Instituciones del Derecho Romano". 8ª. Ed., Edit. Reus. Madrid, 1965.
- CASTELLANO TENA, Francisco; "Lineamientos del Derecho Penal". 7ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1973.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl; "Código Penal Anotado". Edit. Porrúa. México, 1900.
- CUELLO CALON, Eugenio; "Derecho Penal I". 9ª. Ed., Edit. Nacional. México, 1953.
- CUELLO CALON, Eugenio; "Derecho Penal". Edit. Bosch Casa Editorial. México, 1975.
- ESCRICHE, Joaquín de; "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia". Librería Legarnier Hermanos, París, 1906.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto; "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio". 2ª. Ed., Edit. Cajica. Puebla, México, 1971.



- GONZALEZ BLANCO, Alberto: "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano". 3ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1974.
- GONZALEZ BLANCO, Alberto: "Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano". 4ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1979.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Fransisco: "Derecho Penal Mexicano". Edit. Porrúa. México, 1977.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Fransisco: "Derecho Penal Mexicano". 16ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1980.
- JIMENEZ DE AZUA, Luis: "Tratado de Derecho Penal". Edit. Hispano-Americana. Barcelona, España, 1968.
- MARGADANT, Guillermo: "El Derecho Privado Romano". 3ª. Ed., Edit. Esfinge. México, 1951.
- MAZEAUD LEON, Henri y MAZEAU, Jean: "Lecciones de Derecho Civil". Cuarta Parte, Volúmen II. La trasmisión del Patrimonio Familiar. (Tr. Luis Alcalá Zamora y Castillo), Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1965.
- MONTERO DUHALT, Sara: "Derecho de Familia". 5ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1992.
- PALLARES, Eduardo: "El Divorcio en México". 4ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1984.
- PORTE PETIT, Celestino: "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal". Edit. Jurídica Mexicana. México, 1969.

- PRATT FAIRCHILD, Henry: "Diccionario de Sociología". Edit. Fondo de Cultura Económica. México, 1965.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael: "Compendio de Derecho Civil". 2ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1976.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael: "Derecho Civil Mexicano". Tomo IV, Sucesiones, 6ª. Ed., Edit. Porrúa. México, 1985.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael: "Derecho Civil Mexicano". Tomo IV, Sucesiones, 5ª. Ed., edit. Porrúa. México, 1981.
- SANCHEZ CORDERO DAVILA, Jorge A.: "Derecho Civil". U.N.A.M., México, 1983.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón: "Un Nuevo Matrimonio Civil". Edit. Porrúa. México, 1976.
- SOHM, Rodolfo: "Instituciones del Derecho Privado Romano". 2ª. Ed., Edit. Gráfica Panamericana. México, 1951.

## LEGISLACION.

Código Civil de 1884.

Ley Sobre Relaciones Familiares.

Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

Código Penal vigente para el Distrito Federal.