

65



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGON

**ANALISIS JURIDICO DEL ADULTERIO COMO CAUSAL
DE LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL, SU INEFICACIA
COMO DELITO Y PROPUESTA DE ADHESION.**

**TESIS: QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO.**

PRESENTA: ARTURO CASTRO MARTINEZ.

ASESOR: LIC. PABLO ALVAREZ FERNANDEZ

SAN JUAN DE ARAGON EDO. DE MEX. A 8 MARZO DEL 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradecimientos

A Mi Madre

María del Carmen Martínez

Hernández

*Quien me ha heredado el tesoro mas
valioso que puede dársele a un hijo
Amor Quien sin escatimar esfuerzo
alguno ha sacrificado gran parte de su
vida, me ha formado y educado A quien
la ilusión de su existencia ha sido verme
convertido en persona de provecho*

*A quien nunca podré pagar todos los
desvelos ni con las riquezas mas grandes
del mundo*

*Y a dios le agradezco eternamente la
dicha de tener una madre como tu*

*Hoy y siempre gracias por lo que juntos
hemos logrado*

A mi esposa Enriqueta.

*Por ser como es, por permitirme ser
parte de su vida y de sus planes Por
apoyarme incondicionalmente en todo
momento y sobre todo por haber confiado
siempre en mi*

*Muchas gracias por creer que juntos
lograremos lo que nos proponemos*

A mis hijos.

Arturo e Ilse

Especialmente a ustedes dedico este trabajo que ha sido un constante esfuerzo, tanto de mis padres como mio y espero les sirva para aprender que en la vida nada es fácil, pero es menos difícil si se tiene con quien compartir y ustedes me tienen a mi

Gracias por nacer, nunca dejen de luchar

A mi padre.

Enrique Castro Rocha †

Quien me dio la vida y que si estuviera presente me hubiera realizado el presente trabajo y estuviera orgulloso del mismo, en tu memoria

Gracias

*A mis hermanos Rosamaria †, Martha,
Enrique †, Guillermo †, Carlos †,
Eduardo †, Carmen Belicia y Victor
Manuel.*

Por apoyarme y depositar la confianza en mi, espero que no les haya fallado

Quiero que sientan que sete logro no es solo mio, quiero que lo sientan como suyo, ya que con mi madre impulsaron complementaron mi desarrollo, no solo a lo largo de mi carrera sino tambien de mi vida

A mi hermano Victor

Quien siempre ha creído en mí y me ha apoyado en mis momentos más difíciles y no lo he defraudado llegando a la meta propuesta Como muestra del cariño que le siento

A mi hermana Martha

Quien me ha impulsado desde mi infancia a ser una persona de provecho y cumplirle demostrando de esta manera mi cariño que siento por ella

A mi hermana Carmen Leticia

Quien me ha apoyado en mis momentos difíciles y a alentarme para seguir adelante, de esta manera le muestro mi cariño que siento por ella

A mis sobrinos

Guillermo Arturo, Marlene, Ariel, Pamela, Adriana, Ninzarindani, Lucia Claudia, Carlos Alejandro, David, Eduardo Arturo, Carmelita, Salma, Eduardo, Alba, Carlos Francisco Amaldi, Miguel, Gaby, Ricardo, Alan, Adriana, Héctor, María Fernanda.

Que en su futuro no muy lejano logren cumplir sus sueños y sus metas

A mis cuñadas:

*Mayra Irene, Gloria, Blanca, Lourdes,
Patricia, Alejandra, Liliana, Rosy,
Gabriela, Quienes han creído en mí y me
han demostrado afecto*

A mi amigo

Sergio Rosete

*Quien con sus consejos y apoyo me ayudo a
poder realizar el presente trabajo,
gracias*

A mi suegra.

Guadalupe

*Quien ha creído en mí, y me ha tenido
confianza*

A mi asesor de tesis:

Lic Pablo Alvarez Fernández

*Quien me impulso para dar este último
estirón y poder realizar mi meta como
profesionista*

A mis cuñados:

*Ricardo, Gerardo, Carlos, Juan, Oscar,
Emilio*

*Que me han brindado apoyo en sus
momentos difíciles*

*Y a todos mis amigos, compañeros de
escuela, de trabajo que me han apoyado
para salir adelante*

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ADULTERIO COMO CAUSAL DE LA
DISOLUCIÓN DEL VINCULO MATRIMONIAL, SU INEFICACIA
COMO DELITO Y PROPUESTA DE ADHESIÓN.**

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

1.-	ANTECEDENTES DEL ADULTERIO.....	4 pág.
1.1.-	AZTECAS.....	4 pág.
1.2.-	MEXICO.....	5 pág.
1.2.1.-	LEGISLACION CIVIL.....	7 pág.
1.2.2.-	LEGISLACION PENAL.....	9 pág.
1.3.-	-ROMA.....	11 pág.
1.4.-	FRANCIA.....	15 pág.
1.5.-	ARGENTINA.....	.20 pág.

CAPITULO II

2.1.-	GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS.....	26 pág.
2.2.-	DEFINICION DE CONTRATO.	27 pág.
2.3.-	ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.	28 pág.
2.4.-	NULIDAD E INEXISTENCIA.	34 pág.
2.5.-	EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.	35 pág.
2.6.-	EL CONTRATO DE MATRIMONIO.	37 pág.
2.7.-	NATURALEZA JURIDICA.	38 pág.
2.8.-	ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ	39 pág.
2.9.-	EFFECTOS	42 pág.
2.10.-	EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.	44 pág.
2.11.-	LA NULIDAD.	45 pág.
2.12.-	LA MUERTE DEL CONYUGE.	48 pág.
2.13.-	EL DIVORCIO.	49 pág.

CAPITULO III

- 3.1.- CONCEPTO DE ADULTERIO..... 58 pág.
- 3.2.- EL TIPO PENAL DE ADULTERIO.....61 pág.
- 3.3.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL..... 64 pág.
- 3.4.- DIFERENCIAS DEL ADULTERIO EN MATERIA CIVIL Y PENAL..... 75 pág.
- 3.5.- TIPICIDAD..... 75 pág.
- 3.6.- PROCEDIMIENTO.....78 pág.
- 3.7.- EXCLUYENTES..... 80 pág.
- 3.8.- PRUEBA EN EL ADULTERIO.....82 pág.
- 3.9.- DIRECTAS.....85 pág.
- 3.10.- INDIRECTAS..... 85 pág.

CAPITULO IV

ADULTERIO COMO CAUSAL DE LA DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL..

- 4.1.- EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS. 87 pág.
- 4.2.- DESCRIPCION EN EL DERECHO FAMILIAR. 90 pág.
- 4.3.- EL MATRIMONIO LEGITIMO COMO PRESUPUESTO IMPRESCINDIBLE.91 pág.
- 4.4.- ANALISIS METODOLOGICO DE LA FRACCION I DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL CON EL RELATIVO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS..94 pág.
 - 4.4.1.- LEGISLATIVO. 94 pág.
 - 4.4.2.- CONSUETUDINARIO.95 pág.
 - 4.4.3.- JURISPRUDENCIAL. 96 pág.
- 4.5.- COMPARACION DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL CON EL RELATIVO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS 102 pág

CAPITULO V

- 5.1.- ADHESION AL CODIGO CIVIL DE LOS ELEMENTOS QUE
DEBEN PROBARSE EN EL CASO DE ADULTERIO . 103 pág.**
- 5.2.- REALIZAR OBSERVACIONES AL LEGISLADOR, EN
CUANTO AL CRITERIO TAN CERRADO PARA PODER
ACREDITAR Y PROBAR EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE
DIVORCIO..... 105 pág.**
- 5.3.- PROPUESTAS GENERALES..... 109 pág.**
- 5.4.- CONCLUSIONES.....110 pág.**

CAPITULO I

CAPITULO I

INTRODUCCION

El adulterio ha sido a lo largo de los años objeto de estudio, ya que no ha podido desaparecer de nuestro contexto social, tal parece como si fuera un mal necesario.

La infidelidad en el matrimonio, por llamarse así al adulterio, ha sido señalado con sanciones severas, se consideró un deber exclusivo de la mujer de cuya observancia dependía el éxito o el fracaso de las relaciones matrimoniales.

El varón gozaba de gran libertad sexual, sus relaciones sexuales fuera de matrimonio legítimo vistas en forma normal, sólo dañaban a su familia cuando eran realizadas en el domicilio conyugal, con escándalo o con una concubina.

Toda esta situación ha sufrido grandes cambios, desde que se manifestó la igualdad del hombre y la mujer en nuestra Constitución Política, esto ha ocasionado que actualmente el Código Civil para el Distrito Federal, sancione de igual manera la infidelidad de cualquiera de los cónyuges y considera causa suficiente para solicitar el divorcio, al adulterio debidamente probado de uno de los esposos o cónyuges; asimismo, la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme, que el adulterio consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada.

En algunas ocasiones la infidelidad conyugal, integra contituye delito, es decir siempre y cuando se promueva el adulterio por la vía penal, en este caso el Código Penal para el Distrito Federal establecía pena privativa de libertad hasta por dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio.

Ahora, es importante señalar que el adulterio es un delito que desapareció de la legislación mexicana, debido a la inoperancia de éste en materia penal, pero se pretende que se conserve únicamente como

causal de divorcio. La infidelidad de uno de los cónyuges produce la ruptura de las relaciones familiares, sobre todo si el adulterio es permanente, ocasionando la inobservancia de las obligaciones matrimoniales.

La investigación del adulterio deja al descubierto la infidelidad de que ha sido objeto el cónyuge inocente con sus consecuencias inmediatas, bajo comentarios, burlas, compadecimientos, escándalo, etc. Se agrega también el abandono económico de la familia por parte del cónyuge adúltero.

Es por todos estos motivos que el adulterio como causal de divorcio, ha sido para nosotros de gran interés y lo he manifestado realizando el presente trabajo, a través de un ardua investigación que ayude a desaparecer algunas dudas que se tenían al respecto, a quien tenga en sus manos dicho trabajo.

ANTECEDENTES DEL ADULTERIO

1.1.- AZTECAS

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

Poco se habló del divorcio en el México prehispánico. Comparecían los casados ante el juez y éste otorgaba primero el uso de la palabra al cónyuge quejoso que exponía sus razones. El adulterio entrañaba grave peligro. Severa era la Ley: los adúlteros habían de morir aplastándoles la cabeza a pedradas.

“Acostumbraban castigar a los adúlteros de la siguiente manera: hecha la pesquisa y convencido alguno del adulterio, se juntaban los principales en la casa del señor y traído el adúltero, atábanle a un palo, lo entregaban al marido de la mujer delincuente y si él lo perdonaba era libre, si no, lo mataba con una piedra en la cabeza. A la mujer por satisfacción, bastaba la infamia que era grande y común. Por eso a las mujeres las dejaban” (1).

Las penas que aplicaban los aztecas eran realmente fuerte, pues el adulterio implicaba la pena de muerte para aquel hombre o mujer, que incurriese en él, la muerte se ejecutaba mediante el aplastamiento de la cabeza a pedradas, siendo previamente estrangulada la mujer.

Entre el pueblo azteca se castigaba con suma severidad el adulterio, por ello, según nos dice el autor Jaques Soustelle, es difícil decir si estaba muy extendido. “El rigor extremo de la represión, la frecuencia de las referencias que se hacen en los textos a la ejecución de los culpables parecen indicar que la sociedad se daba cuenta de que

¹ LEON PORTILLA Miguel y otros. “Historia Documental de México” Tomo I. Primer edición UNAM, México, 1964, pag 64.

entrañaba un grave peligro y que reaccionaba contra él con violencia" (2). Entre los aztecas esta pena se aplicaba de manera general a todos aquellos que cometieran adulterio no importando que fuera hombre o mujer, nobles o plebeyos, "ni siquiera los más altos designatarios escapaban a este castigo".

"La ley, por severa que pueda haber sido, exigía, sin embargo que el crimen estuviera bien probado; el sólo testimonio del marido era tenido por nulo; era necesario que otros testigos imparciales viniesen a confirmar sus afirmaciones, si el marido encontraba en flagrante delito a su mujer, no podía matarla, si lo hacía se le aplicaba la pena de muerte y el marido mataba a su mujer, aún cuando la encontrara en flagrante delito, en la capital era castigado con la pena capital" (3).

1.2.- MEXICO

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

"Esta legislación continuó aplicándose en México después de la consumación de nuestra independencia. Así lo dispuso el Reglamento Provisional Político del primer Imperio Mexicano de enero 10 de 1822. Establece el artículo 2º: "Quedan sin embargo, en su fuerza y vigor las leyes, órdenes y decretos promulgados con anterioridad en el territorio del imperio hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente reglamento y con las leyes, órdenes, decretos expedidos o que se expidiesen en consecuencia de nuestra independencia" (4).

² JACQUES SOUSTELLE. La Vida Cotidiana de los Aztecas en vísperas de la Conquista. Editorial Fondo de la Cultura Económica, México, pág. 186

³ JACQUES SOUSTELLE Ob. Cit. Pág. 186

⁴ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO Bernardo "Apuntes para la Historia del Notariado en México". Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México, 1979, pág. 33.

menor importancia, de entre las demás que rigieron a México en su etapa Colonial.

1.2.1.- LEGISLACION CIVIL.

En el Código Civil de 1870, aunque no existía aún la disolución del vínculo matrimonial propiamente dicho, este se daba como la separación de cuerpos y como consecuencia de las causales de divorcio, mismas que en el artículo 240 del ordenamiento decía "Son causales legítimas de divorcio: 1ª. El adulterio de uno de los cónyuges". Junto con otras seis causales más, y que por no ser el objeto de esta investigación omitimos tales.

Este Código fue un gran protector del matrimonio, pues al ser indisoluble debido a la dificultad de las causales para divorciarse y a la incitación por parte del juez para conciliarse en la última audiencia. Además de la postura prohibicionista en cuanto a la separación de cuerpos debido a que el matrimonio llevará más de veinte años constituido.

De lo anterior podemos deducir que aunque el adulterio fuese causal de divorcio (separación de cuerpos) si ya habían transcurrido veinte años de vivir en consumo los cónyuges, el adúltero podía seguir con esa conducta sin que siquiera se le separara del cónyuge ofendido. Por otra parte el adulterio en los primeros dos años no podía ser causal debido al término que el legislador sostuvo de que era improcedente la acción del divorcio si no habían transcurrido dos años como mínimo desde la celebración del matrimonio.

En el Código Civil de 1884 se sigue con la postura prohibicionista de disolver el vínculo matrimonial y por lo tanto a lo más que se aspiraba era a la separación de cuerpos con la suspensión de algunas obligaciones que imponía el matrimonio.

Las causales fueron las mismas que en el anterior Código sólo se aumentaron algunas más. Pero seguía como primera causal el adulterio de uno de los cónyuges, por otra parte se facilitó la separación de cuerpos con la reducción de trámites.

Pero aún perduraba al igual que en el anterior Código, que el adulterio de la mujer fuese causal, ya que el hombre de esta sociedad machista se le toleraba sino había escándalo, no existiera por parte de la adúltera ofensas de obra o de palabra hacia la esposa del adúltero y que no se cometiera en el domicilio conyugal.

En la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 se estatuye la disolución del vínculo matrimonial dejando en éste caso a los adúlteros en condición de contraer nuevas nupcias con la salvedad de que se les extiende el plazo para volver a casar transcurridos dos años después de pronunciada la sentencia de divorcio.

En el Código Civil vigente se da una innovación importante por parte del legislador, pues ya no se da una distinción entre el adulterio del hombre y el de la mujer, se equipara el adulterio de ambos, limitándolo como sigue "el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges", sin exigir más requisitos, además de otro precepto legal que agrega que cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge. Sólo lo limita en cuanto a hacer valer dicha causal, pues esta acción (adulterio) dura seis meses contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio, sin necesidad de que haya una sentencia de orden penal para alguno de los cónyuges.

"Como la jurisdicción civil es autónoma, y en el juicio de divorcio se pueden rendir pruebas distintas de aquellas que se presentaron en la causa penal, podrá el juez de divorcio considerar probado el adulterio para los efectos de disolver el matrimonio, justamente porque está operando sobre distintas pruebas de aquellas que haya tomado en cuenta el Juez Penal" (5).

Cabe señalar que dicha causal es operante sólo en el divorcio necesario y que la separación de cuerpos es sólo una medida precautoria durante el proceso del juicio de divorcio, y que analizaremos posteriormente en su capítulo respectivo.

5 ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil" Tomo I. Cuarta edición, Ed. Porrúa. México, 1968, pag 371

Por último el adulterio en la legislación civil tiene dos consecuencias jurídicas importantes, que son dos, el impedimento para contraer matrimonio y la causal de divorcio, ambas las veremos en los capítulos subsiguientes.

1.2.2.- LEGISLACION PENAL

En el Código Penal de 1871, en los artículos 816 y 821, sólo se consideraba adulterio el cometido por la mujer casada, en cambio la esposa sólo podía quejarse en tres casos, cuando su marido lo cometiese en el domicilio conyugal, o con la concubina o con escándalo, los motivos de tal reglamentación se explica de la siguiente manera:

“Respecto al adulterio, nos hemos desviado de la legislación vigente, concediendo a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos latitud que a este; porque si no se puede negar que moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúltera, no son por cierto iguales las consecuencias, pues aquel queda infamado, con razón o sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de esta no se empaña por las faltas de su marido; la mujer adúltera defrauda su deber a sus hijos legítimos introduciendo herederos extraños en la familia y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera del matrimonio”⁽⁶⁾.

En el Código Penal de 1929 fue incluido el delito de adulterio, en el título de los delitos contra la familia y lo reglamentó sin hacer distinción alguna en cuanto al sexo del cónyuge adúltero, al establecer en su artículo 891 “El adulterio sólo se sancionará cuando sea cometido en el domicilio conyugal o cuando cause escándalo”.

Esta vertiente fue tomada por las demás legislaciones de las entidades federativas de la República como consecuencia del centralismo en nuestro país.

En el Código Penal de 1931, se modifica el artículo en cuanto a la sanción, además se adicionan otros artículos relativos al adulterio y que son los que actualmente rigen dicho delito.

⁶ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, op. cit. Pág. 436

Ya no sólo se sanciona al cónyuge adúltero sino al amante adulterino, además se procede por querrela, es decir a petición del cónyuge ofendido, antes de procedía de oficio por atentar en contra de la familia, por último se agrava la condición de consumación del adulterio que antes era fácil comprobar con presunciones vagas y calumniosas, además de que en el Código vigente se prevé que como consecuencia del delito de adulterio resultaren hijos, la reparación del daño comprende el pago de alimento para estos y la madre, en los términos del Código Civil para los casos de divorcio.

Esta tendencia duró hasta el año de 1938, cuando la corriente abolicionista hizo su aparición en la legislación de Yucatán quien excluyó dicho delito por no estar acorde a su realidad social, después este ejemplo fue seguido por los códigos penales de Campeche, Oaxaca, Tlaxcala y Veracruz.

Dicha postura se basa en que "A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente por inmoralidades que sólo afectan al si propio ... Luego no puede servir de base al delito de inmoderación lujuriosa de los culpables... ¿Será la honestidad del marido inocente la que sufre el ultraje? Apenas tiene sentido la pregunta, imposible alegar que es un ultraje al honor, porque es injusto proclamar que sufra ultraje la honra de una persona inocente por la conducta de otra culpable. Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia. Observemos, en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor de una manera nominal ficticia. En segundo término si el adulterio perturba el orden de la familia debe sostenerse que infiere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello, las legislaciones lo declaran delito privado". (7)

"El adulterio no es delito, ni público ni privado, es el incumplimiento de un pacto civil voluntario o legal que tiene que ser ventilado ante los tribunales civiles y por medio de las leyes civiles. Toda otra conclusión sería contraria a la razón, a la ciencia y al derecho". (8)

⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas "Diccionario Jurídico", Cuarta edición, Ed. Porrúa, México 1975, pág. 116.

⁸ *Ibidem*

Esta definición se basa en que la fidelidad nace del contrato de matrimonio como consecuencia del mismo, ya que regula una conducta natural del hombre como es la cópula en la relación sexual y que mientras se da el consentimiento entre los sujetos de la relación, casados o no, dicha conducta no debe ser sancionada penalmente, pues sólo afecta al cónyuge que se siente defraudado por la violación que se hace a su contrato de matrimonio, originando así el incumplimiento en cuanto al objeto del mismo, es decir el débito carnal entre los cónyuges y no con otra persona.

1.3.- ROMA

Este derecho proviene de la costumbre social que imperaba en Roma, mismo que fue reconocido por las autoridades Romanas en el año 476 A.C. y que después de la división del Imperio Romano, sigue siendo reconocido por las autoridades bizantinas hasta el año de 1453.

Cabe mencionar que el Derecho Romano en su conjunto se dividía en el IUS PUBLICUM, que regulaba la constitución del Estado, la organización del culto y relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos. Y en el IUS PRIVATUM, que regulaba las relaciones entre los particulares, que a su vez se dividía en tres ramas específicas como consecuencia de la división social en Roma.

1) IUS NATURALE: Es el conjunto de principios que emanaban de la divinidad, investidos de justicia, inmutabilidad e intrínsecamente relacionados a la naturaleza humana.

2) IUS GENTIUM: Es el derecho de gentes, base de la regulación jurídica que se aplicaba a todo individuo, ciudadanos romanos, plebeyos y peregrinos.

3) IUS CIVILE: Es el derecho que se aplicaba exclusivamente a los ciudadanos romanos.

De esta manera, con la regulación Romana del IUS CIVILE la figura del adulterio tiene sus antecedentes en las Leyes de Partidas, en la séptima partida título XVII, la misma que lo define en los siguientes términos:

“Adulterio es yerro que omne faze a sabiendas, yaciendo con mujer casada, o desposada con otro. Este nombre, proviene de dos palabras del latín alterius et thorous, que quieren tanto decir como omne que va o fue al lecho de otro; por cuanto la mujer es contada por lecho del marido con quien es ayundada, é non el della”.⁽⁹⁾

Debido a la figura del paterfamilias, quien era considerado como el monarca y dictador de su pequeño núcleo social, que era la familia tenía sobre esta derechos y obligaciones, entre ellos era dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de la iura patronatus sobre los libertos, tiene la patria potestad sobre los hijos y nietos, así como un vasto poder sobre la propia esposa y las nueras, era el juez y el sacerdote dentro del hogar pues inclusive imponía la pena de muerte a sus súbditos, con el ius vitae necisque. ⁽¹⁰⁾

Como se puede apreciar este sistema patriarcal tan rígido, es claro que el adulterio que era sancionado era el cometido por la mujer, pues se derivaba del hecho de que los romanos consideraban que al practicar la mujer un acto sexual con persona distinta a su esposo, contaminaba la especie familiar, pues traía genes diferentes a los de su marido, contaminando así a su familia.

Esto originó para la mujer que cometía adulterio, una legislación Civil y Penal muy severa, regulado en la época de la República como delito privado, y que era equiparado a un robo de la esposa en perjuicio de su marido. ⁽¹¹⁾

En el año 127 A.C. bajo el mando de César Octavio se promulgó la denominada Ley Julia, la cual tenía por objeto el desarrollo de la familia pues esta se estaba desintegrando por la caída de Roma y existía una falta de interés por procrear ciudadanos romanos. Dentro de esta ley se publicó la denominada Ley Julia Adulteris, la cual consideraba al adulterio como crimen público, sancionado con penas de relegación y repudio; lo anterior con el objeto de evitar que los bienes del paterfamilias se cediera a la esposa adúltera, la cual era considerada parte del

⁹ GONZALEZ DE LA VEGA Francisco. “Derecho Penal Mexicano”. Los Delitos Vigésima cuarta edición, Ed. Porrúa, Mexico 1991, pag. 433.

¹⁰ FLORES MARGADAT, Guillermo. “El Derecho Privado Romano” Sexta edición, Ed. Esfinge, Mexico 1975, pag 196.

¹¹ Cfr MORALES, JOSE Ignacio “Derecho Romano” Tercera edición, Ed. Trillas, México 1970, págs. 27 y 29.

patrimonio del esposo y por lo tanto le correspondía al amante adulterino, esto ocasionaba que los valores de la familia empezaran a decaer.

El Derecho Romano primitivo no sancionaba de manera alguna el adulterio de la mujer, su castigo estaba reservado al Tribunal doméstico. Con la Ley Julia sobre adulterio, una de las leyes más trascendentales del Derecho Penal Romano, se convierte en delito público, dado que podía ser acusado por todos los ciudadanos. "La frecuencia de los divorcios suscitaron las leyes de Augusto sobre matrimonio y adulterio. El número de solteros promovió sus leyes favorables a la gente casada y sus impuestos sobre los solteros". (12)

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

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

"El derecho de interponer la acción por causa de ofensas a la honestidad era muy extenso. La Ley otorgaba un derecho general de preferencia a personas que la promovieran en su propio interés, cuando se diera el caso de haber precedido el divorcio por motivo del adulterio. Lo anterior demuestra la circunstancia de sí, pasados sesenta días después de la acción aludida a otras personas más que al marido en primer lugar y después al padre de la mujer. Para conceder este derecho, de preferencia de un matrimonio romano plenamente legítimo". (13)

¹² BLOCH RAIMOND y COUSIN Jean Traducción de Juan GODO COSTA. Roma y su Destino. Ed. Labor, S.A. Barcelona. Mexico 1967. pag. 388.

¹³ MOMMSEN Teodoro "Derecho Penal Romano" Tomo II. Ed. La España Moderna. Madrid, 1946. Pág. 164.

La acción por ofensas a la honestidad se ejercitaba contra la mujer que hace vida marital. No se podía entablar acción penal por ofensas al matrimonio existente, se requiere la previa separación de los cónyuges. Si la mujer separada vive en nuevo matrimonio sin la ruptura del anterior se puede promover la acción del adulterio. La acción se dirige contra el hombre designado amante suyo y sólo una vez condenado éste, se ejercita contra la mujer, fuera de este caso, queda a voluntad del actor el entablar la querrela contra mujer y después contra el varón. El marido no puede ejercitar la acción contra los dos adúlteros al mismo tiempo.

El procedimiento probatorio para el adulterio resulta severo. Los esclavos no prestan testimonio contra su señor.

“La acción del adúltero prescribe de la siguiente manera en primer lugar todas las acciones derivadas de la Ley Julia prescriben por el transcurso de cinco años, contados desde el día de la comisión del delito.

En segundo lugar, separados los cónyuges por causa de adulterio la acción debe interponerse en un plazo de seis meses si la mujer es célibe y desde el día de la separación de los cónyuges si es casada. De estos seis meses los dos primeros quedan reservados al marido anterior y al padre de la adúltera para ejercitar el derecho preferente de querrellarse” (14)

Las penas establecidas a las culpables de adulterio eran: relegación, repudio y una merma del patrimonio. A las personas de condición inferior no se les aplicaban estas sanciones. Se hacía uso de los derechos corporales. A la mujer condenada se le prohibía contraer nuevo matrimonio. Constantino decretó la pena de muerte para la mujer casada y su amante adúlterino. Justiniano dispuso para la mujer culpable de adulterio: azotes y reclusión en monasterio con obligación de tomar hábito si el marido no perdonaba.

Estableció causas legales para la disolución del matrimonio: adulterio probado de la mujer, atentado contra la vida del marido, trato con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con

¹⁴ MOMMSEN Teodoro “Derecho Penal Romano”. Tomo II. Ed. La España Moderna, Madrid 1946, pag 168.

ellos, alejamiento de la casa marital sin la voluntad del esposo y asistir a espectáculos públicos sin licencia.

La esposa podía pedir el divorcio bajo las siguientes circunstancias: alta traición, ocultamiento contra su vida, intento de prostituirla, la falsa acusación de adulterio y si el marido tenía amante en la casa conyugal de un modo ostensible.

El adulterio se consideró delito contra la moral pública. Merecedor de pena de muerte para la mujer adúltera y su amante. Se atenuó la pena en azotes y reclusión.

El delito cometido por el varón era difícil de probar. No basta la comprobación de la infidelidad conyugal. Debe ser deshonrosa para la mujer y verificarse en la casa común o fuera de ella con escándalo.

Para el año 314 D.C. Constantino con base a sus ideas y apoyo al cristianismo, estableció medidas más rígidas para el adulterio sancionándolo con la pena de muerte tanto a la mujer casada que cometió el adulterio, como al amante adúltero.

Esta legislación duró hasta que Justiniano llegó al poder, quien en la codificación que tiene que llevar a cabo como consecuencia de la confusión que reinaba en Roma debido a tantas luchas internas, disminuyó la pena a la mujer al imponerle únicamente la sanción de azotes y reclusión en un monasterio, siempre y cuando el esposo no la perdonara, sin embargo para el amante adúltero se conservó la pena de muerte.

1.4.- FRANCIA

En 1537, Lutero declaraba que "el divorcio o la separación son siempre pecados salvo en caso de adulterio, porque entonces es Dios mismo el que realiza la ruptura del matrimonio". Lutero fijó 4 causas: el adulterio, la impotencia sobrevenida en el transcurso del matrimonio, la negativa al deber conyugal y el abandono de la mujer por el marido o una ausencia prolongada que dejase a la mujer sin recursos. Erasmo sólo admitía el divorcio en caso de adulterio (invocando el texto de San Mateo). La disciplina anglicana se mostró más severa, la jurisprudencia no otorgó el divorcio sino en raras ocasiones. En Francia, la disciplina

ginebrina prevaleció, esta no autorizaba el divorcio más que por adulterio y por abandono del domicilio conyugal, la jurisprudencia se opuso con firmeza a los intentos de introducir otros motivos de divorcio. ⁽¹⁵⁾

Pero debido al triunfo de la primera República de Francia, dónde la caída de la monarquía trajo consigo que la separación de cuerpos no fuese exclusivo de la burguesía, sino para todos los hombres por igual, con la Constitución de 1791 donde se proclamó la igualdad de derechos entre ciudadanos, en otras palabras la revolución francesa vino a dar un giro de 360° pues las ideas católicas referentes a la indisolubilidad perdieron su valor, así al año siguiente se codificó el divorcio en Francia en el Título VI, Capítulo I, Artículo 1° y 3°.

“Ley de diciembre 20 de 1792 instituye el divorcio. Es una consecuencia de la libertad: los cónyuges han sido libres para unirse, deben ser libres para separarse. Se admite el divorcio por mutuo consentimiento. Los contratantes pueden destruir por acuerdo el contrato formado por su voluntad. Se admite el divorcio por voluntad unilateral de uno de los consortes, incompatibilidad de caracteres, dispuesto a crear con su conducta la incompatibilidad que justifique la ruptura del vínculo matrimonial. ⁽¹⁶⁾

El Código Civil Francés, resultado de la Revolución Francesa fue el de 1792 y en el cual dentro de su cuerpo normativo ya se contemplaba el divorcio por causas determinadas, no se encontraba sin embargo la causa del adulterio, dichas causas fueron la demencia, la condena a una pena infamante, crimen, malos tratos, injurias graves contra el cónyuge, total desenfreno de costumbres, abandono de cónyuge durante al menos dos años y, ausencia sin dar noticias durante cinco años; posteriormente se añadieron la incivildad y la emigración. ⁽¹⁷⁾

Para el proyecto del Código Napoleón de 1804, no se mencionaba el adulterio, pero las injurias graves, incompatibilidad de caracteres, permitían considerar al adulterio como causal.

¹⁵ JEAN GAUDEMONT. “El matrimonio en occidente” Segunda edición, Ed Taurus, España 1993, pág. 453

¹⁶ LEON MAZEAUD Henri y MAZEAUD Jean Lecciones de Derecho Civil Traducción de Luis ALCALA ZAMORA Y CASTILLO. Pare primera, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1959 Pág. 378

¹⁷ “Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano, Ed Porrúa, México 1982, págs 40 y 41

a la persona más amada por mí. Mucho lo he pensado antes de resolverme. Ella misma supo resignarse con la abnegación que siempre ha tenido para mí. Acepto su sacrificio por ser indispensable. Josefina muy digna hace dar lectura a su consentimiento. Enseguida todos firman el protocolo de separación. “(19)

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

Finalmente en el Código Napoléon quedaron reducidas las causales de divorcio, de siete en el Código de 1792 a tres, siendo las siguientes: El adulterio de la mujer o el mantenimiento de una concubina en el domicilio conyugal, la condena a una persona infamante y los malos tratos o injurias graves.

Después del Código Civil la Ley Francesa de mayo 8 de 1816 declaró abolido el divorcio dejando subsistente la separación de cuerpos. Señala el Artículo 1º: se declara abolido el divorcio. Artículo 2º: Todas las demandas e instancias del divorcio por causas determinadas se convertirán en demandas e instancias de separación. Artículo 3º: quedan anulados todos los actos hechos para obtener el divorcio por mutuo consentimiento. Las sentencias dadas en este caso pero no seguidas de la declaración de divorcio, se considerarán como no pronunciadas conforme al Artículo 292.

Asimismo en el año de 1816 el Código Napoléon continuó con el divorcio por las causales referidas en el Código de 1792, pero con motivo de una Carta Constitucional de 1814 se le dio al catolicismo el valor de religión de Estado, por lo que la Ley de 1816 suprimió el divorcio misma que permaneció hasta 1884 en donde se reimplanta el divorcio en los términos del Código Napoléon, continuando con las mismas causales de 1804. (20)

¹⁹ LUDWING EMILL Napoléon Traducción Carlos E. Norvan Ediciones Encilla. Santiago de Chile, 1936, pág. 282

²⁰ ROJINA VILLEGAS Rafael "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Ed. Porrúa, México 1980, pag 361.

Así las cosas, la Cámara de Diputados restablece el divorcio al aprobar la Ley de Julio 27 de 1884, conocida como la Ley Naquet. Esta Ley no admite el divorcio por mutuo consentimiento ni por incompatibilidad de caracteres. Adopta únicamente el divorcio sanción como pena pronunciada por el Tribunal contra el cónyuge culpable. Limitan su aplicación a las culpas más graves: Adulterio o abandono del domicilio conyugal.

El parlamento es requerido para admitir el divorcio por mutuo consentimiento. No lo aprueba "pero lleno de compasión por el esposo adúltero y su cómplice, autoriza su matrimonio luego del pronunciamiento del divorcio: Ley de diciembre 15 de 1904. Este texto cuya derogación rechaza la comisión de Reforma del Código Civil, multiplica los adulterios y los divorcios. Las relaciones adúlteras se anudan en lo sucesivo sobre una promesa de matrimonio. Después, la Ley de junio de 1908 abre una brecha considerable en la concepción del divorcio-sanción: el Tribunal está obligado a convertir la separación de los cuerpos en divorcio, incluso si la conversación es pedida por el cónyuge contra el que se pronunció la separación" (21)

Tomando este ejemplo en México, la ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, permite a los adúlteros contraer nuevamente nupcias, como lo referimos en los antecedentes mexicanos.

Toda postura liberal Francesa fue acogida por varios países europeos, entre ellos España, que como resultado de la colonización a nuestro país, transfirió al Continente Americano las disposiciones del Código Napoleón.

La ley civil no hace con razón, distinción entre el adulterio del marido y el adulterio de la mujer. Se alega en vano la tolerancia de nuestras costumbres para el adulterio del marido y se pretende que no produce una herida tan grave en el corazón de la esposa como lo experimenta un marido engañado por su mujer, la falta es igual solamente se justifica una desigualdad de tratamiento con respecto a la ley penal. Cuando se le considera desde el punto de vista social como el delito, el adulterio del marido es mucho menos peligrosos que el de la mujer, porque no pone en duda la filiación de los hijos y se concibe que

²¹ LEON MAZEAUD Henn y MAZEAUD Jean, O. Cit. Pág. 385.

sólo sea reprimido en ciertas condiciones. En la legislación civil actual en los artículos 229 y 230 regulan la conducta del adulterio tanto para la mujer como para el hombre.

1.5.- ARGENTINA

El derecho argentino analiza el adulterio desde dos puntos de vista correlacionados entre sí, por un lado como incumplimiento civil de las obligaciones derivadas del matrimonio y por otro lado como delito sancionado por el Estado.

Desde la colonización de Argentina, se aplicaban las leyes de Castilla (Las Siete Partidas, Los Fueros, La Novísima Recopilación, posteriormente surgen Las Leyes de Indias).

De estas leyes fue acogida el adulterio, de la siguiente manera: Para el Fuero Juzgo (ley 1ª., tit. 4, lib III), si el adulterio fuere hecho de la voluntad de la mujer, la mujer y el adúlterador sean metidos en manos del marido, haga de ellos lo que se quisiere. El Fuero Real igualmente facultaba al marido para hacer de los adúlteros y de sus bienes lo que quisiere, pero se prevenía que no puede matar a uno y dejar al otro. Las Partidas (Partida VII, tit. 17, ley 1ª) también limitaban la represión al adulterio de la casada, excluyendo el del esposo por las siguientes razones. La primera, porque del adulterio que hace el varón con otra mujer no hace daño ni deshonra a la suya. La otra, porque el adulterio que hace la mujer con otro, finca el marido deshonorado, recibiendo la mujer a otro en su lecho; y además porque el adulterio de la misma puede venir al marido un gran daño. Casi se empeñare de aquél con quien hiciese el adulterio, ocurría el hijo extraño heredero en uno con los hijos; lo que no ocurría a la mujer del adulterio que el marido hiciese con otra; por ende, pues que los daños y las deshonoras no son iguales, guisada cosa es, que el marido haya esta mejoraría, él puede acusar a su mujer de adulterio si lo hiciese, ella no a el...; la de monasterio, y para su copartícipe de muerte. La Novísima Recopilación (lib. VI, tit. 28, ley 1ª) facultaba al marido para hacer de la mujer casada que hiciera el adulterio y el adúlterador lo que quisiere, sin que pueda matar a uno y dejar al otro.

En el Código Civil de 1889, seguía vigente la disposición que permitía la separación de cuerpos por la causa de adulterios.

En el Código de 1936, seguían las mismas causales para la separación personal de los cónyuges, sólo que en esta ocasión era optativa tal decisión, además se equiparaba a los hijos adulterinos reconocidos, como naturales.

Para 1954, el artículo 67, fracción I, del Código Civil establecía como causal de divorcio el adulterio de la mujer o del marido tal y como es contemplado actualmente en su artículo 50.

“Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal”.

En relación al deber de fidelidad se puede diferenciar del adulterio propiamente dicho en los siguientes términos:

“Está superada la concepción que identificaba la violación del deber de fidelidad con el adulterio, es decir, con las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero. Actualmente existe criterio coincidente en el sentido de que no sólo puede existir infidelidad material (adulterio) sino también infidelidad moral, la que se da cuando sin medir relaciones sexuales extraconyugales se establece con una persona del otro sexo una relación afectiva capaz de lesionar los sentimientos del otro cónyuge o de hacer presumir objetivamente la existencia de una relación amorosa o en otros términos cuando hay una relación de intimidad o afectuosidad excesiva con persona de otro sexo susceptible de lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge”. (22).

La doctrina concluye que no todo adulterio viole el deber de fidelidad y que no toda violación al deber de fidelidad es considerado como adulterio, en consecuencia se han establecido diversos elementos del deber de fidelidad y que deben ser respetados por ambos cónyuges.

RECIPROCIDAD: La Ley del matrimonio civil establece que el deber de fidelidad es recíproco, es decir, igual para ambos cónyuges.

²² BELLUSCIO AUGUSTO, Cesar “Derecho de Familia”. Tomo II, Ed. Palma, Buenos Aires 1979, pag. 333

ABSOLUTO: Se refiere al cumplimiento del deber de fidelidad debe ser total y completo, el hecho de que uno de los cónyuges no cumpla con dicha obligación no libera al otro de su cumplimiento, sino sólo consagra el derecho de ejercer la acción de divorcio fundada en dicha causal, pero no permite la compensación, de actuar de la misma manera al cónyuge ofendido.

PERMANENCIA: El deber de fidelidad nace con el matrimonio y permanece por todo el tiempo que éste dure, independientemente de que los esposos vivan juntos o separados, mientras no se sigan los trámites del divorcio, el deber de fidelidad debe permanecer activo. (23)

Para el adulterio se contemplan otros elementos que son:

ELEMENTO MATERIAL: Este se refiere a la cópula carnal completa.

ELEMENTO INTENCIONAL: Este se refiere a la voluntad del cónyuge adúltero para copular con un tercero.

ELEMENTO IGUALDAD: Ese se refiere a que la conducta de adulterio es igual para el hombre y para la mujer.

CONVIVENCIA DE ADULTERIO: Este elemento se refiere a que el deber de fidelidad no es renunciable, aunque el cónyuge ofendido hubiese estado de acuerdo con el adulterio de su pareja no exime al adulterio de la responsabilidad penal o civil.

MEDIOS PROBATORIOS: Debido a la dificultad de probar el adulterio la doctrina Argentina ha establecido lo siguiente:

"Por índole del hecho resulta generalmente imposible la prueba directa del adulterio; de ahí que se admita unánimemente la posibilidad de acreditarlo mediante presunciones graves, precisas y concordantes. Aun cuando algunos fallos primitivos fueron algo más rigurosos, la orientación jurisprudencial uniforme admitió la demostración a través de presunciones graves, precisas y concordantes que lleven el ánimo del juzgador la convicción de su sentencia". (24)

²³ BELLUSCIO AUGUSTO, César. "Derecho de Familia" Tomo III, Ed. Palma, Buenos Aires 1981, pág. 208.

²⁴ Idem Págs. 213 - 215.

En conclusión en materia civil, el Código Civil de Argentina establece dos opciones para el adulterio la separación de personas (Artículo 202, I y 206) y el divorcio (67, inciso I).

Desde el punto de vista Penal del Código respectivo de 1886 se estableció la diferencia entre el hombre y la mujer que cometiese adulterio y se sancionaba de uno a tres años de prisión para la mujer adúltera y de igual tiempo de destierro para su cómplice, así como de uno a tres años de prisión para el marido que tuviera manceba dentro o fuera de la casa conyugal y el mismo tiempo de destierro para ella.

Cabe señalar que desde 1922 hasta la fecha no se conocen condenas dictadas por el delito de adulterio pues se trata de un hecho privado que haya adecuada sanción en la ley civil, pues ya sea por obstáculos legales o por falta de ejercicio de la acción, la disposición penal es letra muerta.

Actualmente el Código Penal Argentino sanciona el delito de adulterio con penas de un mes a un año de prisión (Artículo 118) dicha sanción recae sobre la mujer adúltera y su codeincente; sobre el marido sólo si tuviese manceba dentro o fuera de la casa conyugal.

Por último en la Legislación Civil Argentina no existe diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer, pues sólo se trata de una violación al deber de fidelidad, cuyo cumplimiento no admite grados y es exactamente igual para ambos cónyuges absoluto y recíproco. En cambio en la Legislación Penal si existe diferencia, ya que la represión del delito debe tener en cuenta los intereses jurídicos tutelados que determinan las modalidades de la figura delictiva (Seguridad de filiación).

“En términos generales, pues se reprime la relación sexual de la esposa con un tercero y el amancebamiento del marido dejando subsistente una diferencia entre el hombre y la mujer que sólo se explica como resabio de una antigua concepción que ponía mayor acento en la rigidez del incumplimiento de la obligación de fidelidad por parte de la esposa fundada en la diferente apreciación de la falta de uno y otro, y en el peligro de introducción en el hogar de descendencia extraña al marido cuando el incumplimiento material del deber de fidelidad proviene de ella. Diferencia que carece de justificación en la actualidad: En primer

lugar porque si la sanción se aplica como consecuencia de la violación del deber de fidelidad no hay razón para distinguir, entre la que proviene del marido y la imputable a la mujer; en segundo término porque lo que la Ley Penal tiene en vista considerar al adulterio como delito, no es el interés social en la pureza de la filiación sino simplemente la ofensa al otro cónyuge, ya que de otro modo no se explicaría que el adulterio fuese un delito de acción privada”.

CAPITULO II

EL CONTRATO CIVIL DE MATRIMONIO

2.1. GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS.

Los contratos civiles tienen en general, ciertas características que nos ayudan a distinguirlos, la principal de ellas es la relativa a su naturaleza jurídica como fuentes de obligaciones, ya que es un acto jurídico que en estricto sensu es una especie del convenio, con una función positiva que es la de crear o transferir derechos y obligaciones, al contrario del convenio lato sensu que además de la función positiva tiene una función negativa para modificar o extinguir derechos y obligaciones. (²⁵)

Otras características, son clasificadas por la doctrina y el derecho positivo desde varios puntos de vista, así tenemos que por el número de participantes en cuanto a derechos y obligaciones a los contratos unilaterales que obligan sólo a una parte y a los contratos bilaterales que obligan recíprocamente a ambas partes; desde el punto de vista económico se dividen en onerosos que imponen provechos y gravámenes recíprocos entre las partes y que si estos son ciertos y conocidos por el contrario cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término reciben el nombre aleatorios, y los contratos gratuitos donde los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra; en cuanto a la importancia tenemos a los contratos principales que son aquellos que existen por si mismos, ya los contratos accesorios que dependen de un contrato principal, son llamados también de garantía en cuanto al término para su celebración tenemos a los contratos instantáneos que son aquellos que se cumplen en el momento en que se celebran.

Y a los contratos de tracto sucesivo donde el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado; desde el punto de vista de su constitución tenemos a los formales que requieren de una forma escrita, pública o privada para su validez, y a los consensuales que tienen validez por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento; otra clasificación se refiere a los contratos reales que

²⁵ SOTO ALVAREZ, Clemente. "Introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil". Ed. Limusa, México, 1975, pag. 131.

se constituyen por la entrega de la cosa, y a los consensuales en oposición a los reales que consisten en que la entrega de la cosa no es necesaria para la constitución del contrato. ⁽²⁶⁾

Por último, otras características de los contratos civiles son las relativas a los elementos de existencia y de validez que todo contrato debe de contener y que explicaremos más adelante.

2.2. DEFINICION DE CONTRATO

El significado etimológico de contrato proviene del latín *contratus* que significa pacto.

“Esta acepción gramatical aparece en el derecho romano en el Siglo I de la Era Cristiana; sin embargo su connotación jurídica se determina por primera vez en la recopilación de Justiniano, publicada en el año 529 D.C., bajo el nombre de *codex justinia neus*, cuando al referirse al *negotium contractum* le dio el contenido jurídico que se conoce hasta nuestros días”.⁽²⁷⁾

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, define al contrato en su artículo 1793, de la siguiente manera. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

Como consecuencia ya se mencionó anteriormente el contrato es una especie del convenio, ya que toma sólo la función positiva de este, como lo apreciaremos en el artículo 1792 del Código Civil en comento.

Artículo 1792: “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.

Una vez hecha la distinción entre contrato (especie) y convenio (género) pasemos a los elementos que todo contrato debe de contener.

²⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Compendio de derecho civil” Tomo IV Ed Porrúa. México, 1976, págs. 9-18.

²⁷ CHIRINO CASTILLO, Joel “Derecho Civil”. Tomo III Contratos civiles Ed Mc Graw-Hill México, 1996, pag. 3.

2.3. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ

Para que un contrato se considere perfecto, se deben de reunir los elementos tanto de su existencia como los de su validez, pues de ello depende que el contrato surta eficazmente sus objetivos y que no pueda ser nulificado por alguna causa de inexistencia o de nulidad.

ELEMENTOS ESENCIALES

Los elementos esenciales son los requisitos para la existencia del contrato y aunque el Código Civil del Distrito Federal sólo exige en el artículo 1794 el elemento de consentimiento y el de objeto cabe añadir por parte de la doctrina y el derecho positivo los elementos de solemnidad y el de norma como requisitos esenciales del contrato.

Consentimiento

Es el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones. ⁽²⁸⁾

De la anterior definición resalta el acuerdo de voluntades como objeto esencial del convenio lato pero de manera particular encuadra también al contrato.

El consentimiento contiene dos voluntades que quieren hacer algo y deben manifestarse, exteriorizándose expresa o tácitamente respecto al objeto de su contrato, para que así, se compruebe fehacientemente dicha manifestación de voluntad.

Objeto

Es la prestación, y su contenido es la acción u omisión a que esta obligado el deudor, esto es, la conducta que le es exigible. La prestación considerada activamente es crédito y pasivamente es deuda. ⁽²⁹⁾

²⁸ MARTINEZ ALFARO, Joaquín. "Teoría de las obligaciones" Ed Porrúa México, 1991, pág. 23.

²⁹ MUÑOZ, Luis "Doctrina General del Contrato". Ed Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1992, pág. 56

La doctrina ha analizado al objeto del contrato, desde dos puntos de vista, de la siguiente manera:

Objeto directo: Consiste en crear o transmitir derechos y obligaciones.

Objeto indirecto: Consiste en la cosa o hecho que el obligado debe dar, hacer o no hacer, debe ser posible física y jurídicamente.

Solemidad

Es el uso de determinadas fórmulas que le dan relevancia al acto jurídico, como lo son, la pronunciación de ciertas palabras (Sacramentales como en el matrimonio o legales como en la toma de protesta), la presencia de ciertas personas (testigos, herederos, socios, etc.), el lugar requerido (Juzgado, Iglesia; Registro Civil, Notaría, etc.) y la autoridad ante la cual se realiza el acto (Juez, Ministerio Público, Oficial del Registro Civil, Delegado Político, etc.). Todas ellas exigidas para la validez del acto jurídico.

Norma

Es necesario que todas las actividades relativas al contrato, estén reguladas por una ley que observe el cumplimiento del contrato y en su defecto sancione a la parte que incumpla con las obligaciones contraídas en el mismo.

Es decir debe de encuadrarse el contrato en un cuerpo normativo que prevea los presupuestos y consecuencias del consentimiento, para dar mayor seguridad y certeza a las partes.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

Los elementos de validez no son enumerados como requisitos en el Código Civil, sin embargo el artículo 1795 los menciona en sentido negativo.

Artículo 1795: "El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
- II. Por vicios del consentimiento.
- III. Porque su objeto, su motivo o su fin sea ilícito.
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Interpretando este artículo a contrario sensu, obtenemos los elementos de validez, que son la capacidad, la licitud, la formalidad y la ausencia de vicios en el consentimiento.

I. Capacidad

Es la aptitud de una persona que hace valer sus derechos o cumplir sus obligaciones, celebrar actos jurídicos, etc.

“Es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, así como por sí mismo, hacerlos valer, cumplirlos y comparecer en juicio”.⁽³⁰⁾

En consecuencia son personas con capacidad de goce y de ejercicio los mayores de edad que no estén perturbados de sus facultades mentales mismos que disponen libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que impone la ley. ⁽³¹⁾

II. Ausencia de vicios del consentimiento.

La voluntad de manifestarse sin vicio alguno; debe de manifestarse en forma libre y cierta, es decir la voluntad debe de manifestarse sin que haya error, dolo, violencia o lesión.

El artículo 1812 dice al respecto “El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”.

Error: Es una creencia no conforme con la realidad, es una noción falsa o un falso concepto de la realidad.

El Código Civil no establece ninguna definición acerca del error, sólo se clasifica en sus artículos 1813 y 1814, que son respectivamente el error del derecho consistente en que cuando suponiendo falsamente

³⁰ MARTINEZ ALFARO. Joaquín, Op Cit Pág 57

³¹ Idem. Págs. 63-64.

que la ley prohíbe una conducta se encamina la voluntad en otro sentido y el error de aritmética que sólo da lugar a que se rectifique el calculo mal aplicado; por otra parte el error de hecho referido también en el artículo 1813 se da cuando tomando en base un hecho falso se encamina la voluntad en un sentido distinto.

En consecuencia tenemos tres grados de error: 1) El error obstáculo impide la formación del consentimiento, debido al desacuerdo de voluntades respecto al objeto, este error origina la inexistencia del contrato. 2) El error nulidad produce la nulidad relativa del contrato debido a que si se hubiera conocido este error, el contrato no se hubiera celebrado, puesto que recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes. 3) El error indiferente no nulifica la operación pues no recae sobre el motivo determinante de la voluntad y sólo da lugar a rectificarlo subsanando la falla. ⁽³²⁾

Dolo: Es la sugestión o artificio empleado para inducir a error o mantenerlo en él, al o a los contratantes.

El dolo sólo es un vicio, cuando induce a la voluntad a caer en un error, por medio de maquinaciones o artificios, ya que si estos fracasan y el contratante no es víctima de aquéllos, no se puede pedir la nulidad del acto por la conducta ilícita de la otra parte, porque la voluntad se manifestó sin el error que se quiso provocar. ⁽³³⁾

El dolo lo contempla el artículo 1815 del Código Civil aludido y lo define de la siguiente manera:

“Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.

De la anterior definición, tenemos que la mala fe es también un vicio del consentimiento.

Violencia: La violencia es regulada por el artículo 1819 del Código Civil, que textualmente dice:

³² ROJINA VILLEGAS, Rafael Op Cit Tomo I. Págs 139-143

³³ Idem Pág 145.

Artículo 1819: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes o de parientes colaterales dentro del segundo grado".

Como requisito objetivo para que la violencia constituya un vicio del consentimiento, es necesario que las amenazas sean legítimas, es decir, que dichas amenazas importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad o los bienes de uno de los contratantes, de su cónyuge, ascendientes o parientes colaterales hasta el segundo grado; o que sean contrarias a derecho, por lo que las consideraciones sobre los provechos y perjuicios que puedan resultar de celebrar o no determinado contrato, no constituyen o engendran este vicio de la voluntad. ⁽³⁴⁾

Lesión: Es el perjuicio ocasionado por la desproporción entre el provecho y la carga. ⁽³⁵⁾

Este vicio produce la nulidad del contrato, tal y como lo establece el artículo 17 del Código Civil.

Artículo 17: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año".

III. LICITUD

Se refiere a que el acto no sea contrario a las leyes del orden público ni a las buenas costumbres, que interpretando a contrario sensu el artículo 1830 que dice: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", tenemos que el objeto del contrato sea lícito, que la finalidad del contrato no contravenga ninguna norma jurídica, que las partes tengan la capacidad de contratar y

³⁴ SANCHEZ MEDAL, Ramon "De los contratos civiles". Ed. Porrúa. México, 1993, Págs. 53-54

³⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael Op. Cit Tomo III Pag. 125

celebrar actos jurídicos, que se cumplan las formalidades legales para que la celebración del contrato y que no existan vicios del consentimiento que puedan afectar la licitud del contrato.

El artículo 1831 dispone que: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Por último el artículo 2225 dice: "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".

IV. FORMALIDAD

La forma es un elemento de validez del acto jurídico que se refiere a la manera de exteriorizar el consentimiento, el que se puede manifestar de dos modos: expreso o tácito. ⁽³⁶⁾

El artículo 1803 del Código Civil, señala las formas de manifestar el consentimiento de manera expresa, es decir, verbalmente, por escrito o por signos inequívocos o de manera tácita es decir por hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo.

Este elemento se ve afectado, si el contrato no se manifiesta con las formalidades legales, originando así la nulidad relativa, pues no se le esta dando certeza jurídica al contrato, requerida en ocasiones por el Código Procesal.

En consecuencia tenemos el artículo 1796 que establece: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionó obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

³⁶ MARTINEZ ALFARO, Joaquin. Op. Cit Pag 75

2.4. NULIDAD E INEXISTENCIA

La nulidad e inexistencia son las sanciones impuestas a los contratos ya sea porque faltan algunos elementos esenciales o algunos de validez, según el caso.

INEXISTENCIA

Esta sanción impuesta a los contratos, por la falta de algún elemento esencial, hace imposible el nacimiento del acto jurídico, tal y como lo es el contrato, es decir, el acto no nace por la falta de consentimiento o de objeto.

La inexistencia la puede hacer valer cualquier interesado, es imprescriptible y es inconfirmable tal y como lo establece el artículo 2224 del Código Civil.

Artículo 2224: "El acto jurídico es inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo lo interesado".

La inexistencia por falta de consentimiento se da por medio del error obstáculo que impide el acuerdo de voluntades.

La inexistencia por falta de objeto se da por falta del objeto indirecto, es decir, por falta de cosa o del hecho o porque éstos sean jurídica o físicamente imposibles; en caso de falta de objeto directo será jurídicamente imposible porque una norma se contraponga a la finalidad de este contrato. ⁽³⁷⁾

Nulidad absoluta.- Cuando falte el elemento de licitud.

Nulidad relativa.- Cuando falte el elemento de formalidad, o el de capacidad, o se encuentre viciado el consentimiento.

³⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Tomo I Págs 129 y 130

Puede pedirse por cualquier interesado, es imprescriptible, es inconfirmable y 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 prevalecer todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción. ⁽³⁸⁾

Nulidad relativa.

La acción y la excepción por falta de forma competen a todos los interesados. La nulidad por causa de error, dolo, violencia o lesión y por causa de incapacidad sólo puede ser invocada por el que sufre los vicios del consentimiento. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos. Es prescriptible y además confirmable. (Artículos 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2233) ⁽³⁹⁾

Artículo 2227: "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior, siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos".

La nulidad por violencia prescribe a los seis meses, desde el día en que cesó ese vicio. (Artículo 2237).

2.5. EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

La extinción de las obligaciones se lleva a cabo por tres medios, en el primero el acreedor queda satisfecho, en el segundo el acreedor no queda satisfecho y en el tercero se ataca al acto mismo que las generó.

El acreedor queda satisfecho.

Dentro de esta forma de extinción tenemos el pago, la dación en pago, la novación, la compensación, la confusión y el término extintivo.

El pago: Es el cumplimiento efectivo de la obligación contraída por el deudor. (2062 C.C.)

³⁸ SOTO ALVAREZ, Clemente, Op Cit Pág 35

³⁹ Ibidem

Se ataca el acto que las generó.

Dentro de esta forma de extinción, tenemos a la nulidad, a la resolución, a la rescisión y a la revocación.

La nulidad: Es el modo de atacar la validez de un acto jurídico ya sea relativa o absoluta, una vez declarada dejará de producir sus efectos. (2226 y 2227 C.C.)

La resolución: Esta no es sino una de las formas de la condición (la resolutoria), la cual depende de un acontecimiento futuro de realización incierta para su extinción. (1938 C.C.)

La rescisión anular: Esta consiste en dejar sin efectos la obligación contractual, debido a que ha sufrido violaciones considerables respecto a las condiciones estipuladas en el contrato, por lo que la parte afectada puede optar por el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios.

"Las facultades de resolver, las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe". (1949 C.C.)

La revocación: Es el acto en virtud del cual se priva de efectos a ciertos actos jurídicos, haciendo cesar las obligaciones que de los mismos deriven con la particularidad de que sólo opera para el futuro, pues las obligaciones que ya se han producido subsisten. (40)

2.6 EL CONTRATO DE MATRIMONIO.

Una vez que se ha explicado, someramente los contratos civiles, enfocaremos nuestro estudio al contrato de matrimonio.

Hasta entonces de las reformas a la ley suprema de la Nación de 1992 se consideraba al matrimonio como contrato civil en el párrafo tercero decía textualmente "El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos del estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los

⁴⁰ Idem Págs 125-128

más elementos esenciales como el de la solemnidad y la norma que lo regula. ⁽⁴¹⁾

Aunque a partir de 1917 ya no aparece una definición del matrimonio en el código Civil, podemos definirlo de los artículos 146, 147, 1623, 163 y 182 del Código Civil de la siguiente manera.

Es la unión legal de dos personas de distinto sexo con el propósito de cohabitar juntos para los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente y decir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos.

Otra definición del matrimonio es:

La sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con un vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.

2.8. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ EN EL CONTRATO DE MATRIMONIO.

Como hemos señalado el matrimonio reviste los mismos elementos establecidos en la teoría general de los contratos, por lo que cotejaremos a la misma.

ELEMENTOS ESENCIALES.

Debido a la disposición de los artículos 1858 y 1859 los contratos que no estén regulados en este código, se les aplicarán las disposiciones legales sobre contratos análogos, a todos los convenios y actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos. Por lo tanto son aplicables los elementos mencionados en el artículo 1794, cabe añadir por la importancia del contrato de solemnidad.

I.- Consentimiento.

Al igual que en la teoría general de los contratos, consiste en el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común, la manifestación de

⁴¹ ROJINA VILLEGAS Ratacl. Op. Cit. Tomo I, Pág. 283

la voluntad en el matrimonio se da expresamente al manifestar que es su deseo tomar por esposo o esposa a la persona que ésta presente, y por medio de la firma o huella digital de los contrayentes estampada en el acta de matrimonio. (artículo 103 c.c.)

II.- Objeto.

Tal y como lo define la doctrina, consiste en dos tipos de objeto, el objeto directo que se refiere a la creación de derechos y obligaciones entre los consortes, tales como hacer vida en común, ayudarse y socorrerse mutuamente; el objeto indirecto consiste en guardarse fidelidad recíproca y la perpetuación de la especie.

III.- Solemnidad.

La solemnidad se refiere a la serie de formalidades como la de pronunciar ciertas palabras, así como la celebración del acto por los funcionarios del Registro Civil y su declaración, solemne de que en nombre de la sociedad y de la ley los declara unidos en matrimonio. ⁽⁴²⁾

ELEMENTOS DE VALIDEZ.

En cuanto a los elementos de validez, en el matrimonio se requiere como en todos los actos jurídicos, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la formalidad y la licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto.

I. Capacidad

La capacidad del ejercicio es un elemento de validez requerido para la celebración del contrato de matrimonio, ya que, si sólo se tiene la capacidad de goce en la edad núbil, es decir dieciséis años para el varón y catorce para la mujer, les es permitido contraer matrimonio con autorización de sus padres o tutores, los menores de esta edad sólo podrán contraer nupcias cuando tengan la autorización antes señalada y se les otorgue la dispensa de edad por parte del gobernador del Distrito Federal o de los delegados políticos, según el caso. (artículo 98 y 148 del C.C.)

⁴² MAGALLON IBARRA, Jorge Mario "Instituciones de Derecho Civil". Tomo III. Derecho de la Familia. Ed. Porrúa, México 1988. Pag. 242.

II. Ausencia de vicios del consentimiento.

Los vicios en el consentimiento, en el contrato de matrimonio los encontramos en el artículo 235, fracción I del C. C. relativa al error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra, en otro artículo el 245 del C. C. encontramos que el miedo y la violencia serán causa de nulidad cuando uno u otro importe peligro de perder la vida, honra, libertad, salud o una parte considerable de los bienes del otro cónyuge, que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a sus representantes al celebrarse el matrimonio y que uno u otro hayan subsistido al tiempo de celebrarse éste; en el artículo 156, fracciones V y X del C. C. relativas al dolo, debido al adulterio de uno de los contrayentes judicialmente probado, y al matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer, en la fracción VIII del artículo en comento, se refiere a la mala fe consistente en la impotencia, enfermedades crónicas e incurables, contagiosas o hereditarias, por parte de uno de los cónyuges.

III. Licitud.

La licitud en el objeto, motivo, fin y condición del matrimonio se ve condicionada por el artículo 182 del C.C. que dice: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio", además el artículo 147 del C.C. estatuye: "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

Por otra, parte tenemos una regulación especial en los artículos 156 fracciones V, VI y VII, el 243 y 244 del C.C. que estatuyen la nulidad del matrimonio, por querer celebrarlo con conductas ilícitas como el adulterio, tentativa de homicidio, raptó, bigamia e incesto.

IV. Formalidades.

El artículo 103 del C. C. consagra las formalidades que deberán de observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente, exceptuándose como solemnidad, la fracción VI del mismo precepto, relativo a la declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez del Registro Civil en nombre de la ley y la sociedad. Por consiguiente, del artículo 97 al 101 del C. C. se regulan las formalidades antes de celebrarse el matrimonio y en los artículos 102 y 103 del C. C. en el momento de su celebración.

Las formalidades antes de contraer matrimonio son:

La presentación del escrito de quienes pretendan contraer matrimonio, los documentos que acompañan a dicho escrito, acta de nacimiento, constancia del consentimiento otorgado por las personas a que se refieren los artículos 149, 150 y 151 del C. C., declaración de dos testigos, certificado médico, convenio respecto a sus bienes, copia de defunción en caso de viudez y copia de dispensa de impedimentos si los hubo, cabe hacer mención que si los contrayentes no pueden redactar el convenio respecto a sus bienes el Juez del registro está obligado a redactarlo con los datos que se le suministren, el matrimonio se celebrará dentro de los ocho días siguientes. Las formalidades al momento de contraer matrimonio son: El lugar, día y hora donde se presentarán los pretendientes con dos testigos por cada uno de ellos, con su apoderado en su caso y ante el Juez del Registro Civil quien los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad, y levantará el acta correspondiente; como se puede apreciar, formalidades sobran para este contrato. ⁽⁴³⁾

2.9. EFECTOS DE CONTRATO DE MATRIMONIO.

Los efectos del matrimonio, los veremos desde tres puntos de vista:

1) Efectos entre consortes; 2) En relación con los hijos y 3) En relación con los bienes.

1) Efecto entre consortes.

⁴³ ROJINA VILLEGAS Rafael Op Cit. Tomo I. Pags. 297-300.

El matrimonio trae consigo derechos subjetivos, tales como: El derecho a la vida en común con la obligación de cohabitar, el derecho a la relación sexual, con el débito carnal correspondiente, el derecho a la fidelidad, con la obligación de cada uno de los esposos, el derecho y obligación de alimentos, con la facultad de exigir asistencia y ayuda mutua.

La cohabitación es con el objeto de cumplir con los fines del matrimonio: El débito carnal es el deber de sexualidad existente entre los consortes, el cual si de una parte hay negativa injustificada implica una injuria grave que es causa de divorcio aun y cuando el varón sufra de impotencia, además de pedir nulidad del matrimonio desde el día en que se celebre hasta pasados setenta días (artículos 156 fracción VIII y 246 C. C.) pues si no lo hace se tendrá que proceder por la vía del divorcio (artículo 267, fracción VI, C. C.), ya que se considerara que dicha impotencia sobrevino después de celebrado el matrimonio; el derecho de exigir la fidelidad recíproca implica obtener una conducta decorosa en el matrimonio excluyendo así, que existen relaciones íntimas con otra persona que no sea su cónyuge, y que sin llegar al adulterio si implican un ataque a la honra y honor del otro cónyuge, pero que sin embargo el legislador por razones de seguridad jurídica y de interés público protege a la institución familiar, concediendo ya sea la acción de divorcio o la acción penal en su caso, cuando el adulterio sea consumado; El socorro y la ayuda mutua tienen como objetivo consolidar la institución familiar, asistiéndose ambos cónyuges no sólo en el ámbito económico sino también en el de la salud, religioso, moral, etc. Estrechando aun más sus lazos de amistad y de amor; el derecho a los alimentos impone obligación a ambos cónyuges (artículos 164, C. C.), aunque en la medida de sus posibilidades, que por lo general casi siempre la carga de contribuir es para el varón pues la mujer y los hijos tienen derecho preferente en materia de alimentos (artículo 165, C. C.).

2) Efectos en relación con los hijos.

Los principales efectos son atribuirles la calidad de hijos legítimos, tanto a los reconocidos dentro del matrimonio como los naturales con la condición de contraer subsecuentemente matrimonio; además si el ser responsable de sus hijos por medio de la patria potestad; así como el de tener a quien designar sus bienes en el caso de fallecer alguno de los

Causas de nulidad absoluta.

De conformidad con lo antes expuesto, existen cinco causas de nulidad absoluta, pero la legislación civil sólo le da importancia a dos, que son la bigamia (artículo 156, fracción X C. C.) y el incesto (artículo 156, fracción III C.C.), pero debido a la importancia de las tres restantes (adulterio, tentativa de homicidio y raptó) comentaremos algo al respecto.

La bigamia.- Contemplada en la fracción X del artículo 156 del C.C., que son el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer, es un impedimento para contraer matrimonio. El artículo 248 del C.C., nos habla acerca de esta nulidad: "El vínculo de un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraer el segundo, anula éste, aunque se contraiga de buena fe, creyéndose fundadamente que el consorte anterior había muerto. La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo. No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público".

El adulterio.- Contemplado en la fracción V del artículo 156 del C. C., donde el adulterio habido entre las personas que pretenda contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado, será impedido para casarse; el artículo 243 del C. C., nos habla de su nulidad: "La acción que nace de la causa prevista en la fracción V del artículo 156 del C. C., podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa del divorcio; y sólo por el Ministerio Público, si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido. En uno y otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio de los adúlteros", éste último párrafo nos hace reflexionar acerca de la nulidad si es absoluta o relativa, debido al plazo en que prescribe dicha acción.

El atentado contra la vida.- Contemplado en la fracción VI del artículo 156 del C. C., es otro impedimento para contraer matrimonio pues se ha atentado en contra de la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; el artículo 244 del C. C., nos

habla acerca de su nulidad: "La acción de nulidad que proviene del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio", nuevamente se da un plazo para ejercitar dicha acción de nulidad.

El rapto.- Contemplada en la fracción VII del artículo 156 del C. C., cuyo impedimento para contraer matrimonio se da por la fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar su voluntad; el artículo 245 del C. C., nos habla de nulidad: "El miedo y la violencia serán causa de nulidad del matrimonio si concurren las siguientes circunstancias: I) Que uno u otro importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes. II) Que el miedo haya sido causado o la violencia hecha al cónyuge o a la persona o personas que le tienen bajo su patria potestad o tutela al celebrarse el matrimonio, y III) Que uno u otro haya subsistido al tiempo de celebrarse el matrimonio. La acción que nace de éstas causas de nulidad sólo pueden deducirse por el cónyuge agraviado dentro de sesenta días desde la fecha en que cesó la violencia o intimidación", nuevamente encontramos la prescripción de la acción y el derecho a invocarla por parte del agraviado.

En los tres últimos casos cabe mencionar que el artículo 2225 del C.C., establece que: "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce nulidad, ya sea absoluta, ya relativa según lo disponga la ley".

Causas de nulidad relativa.

Dentro de estas causas tenemos todas las contempladas en el artículo 156 del C. C., excepto la bigamia (fracción X) y el incesto (fracción III); por lo que respecta a las restantes tenemos la falta de edad de los contrayentes cuando no hayan obtenido la dispensa requerida por la ley (I), la falta de consentimiento de los que ejerzan la patria potestad (II), el parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación de grados (IV), el adulterio (V), el atentado contra la vida (VI), el rapto (VII), la impotencia para la cópula y las enfermedades crónicas e

incurables que sean además contagiosas o hereditarias (VIII), y padecer una enfermedad mental (IX).

Sus respectivas nulidades están consagradas en los artículos 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248 y 249 del C.C..

Artículo 235.- Enumera tres causas de nulidad de matrimonio: 1) El error en la persona con quien se contrae, 2) El que se celebre el matrimonio concurriendo los impedimentos del 156 y 3) La falta de formalidades exigidas en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del C. C.

Artículo 236.- La acción por error sólo se invocará con el cónyuge engañado y de inmediato, pues si no lo hace se tendrá por consentido.

Artículo 237.- Los menores de edad de dieciséis años en el hombre y catorce en la mujer, salvo haya habido hijos o hubiesen llegado a los dieciocho años sin intentar nulidad.

Artículo 238.- La falta de consentimiento de los ascendientes prescribe en treinta días a partir de que se tenga conocimiento del matrimonio.

Artículo 239.- Cesa la causa anterior si han pasado treinta días, o si dentro de ese término se otorgó el consentimiento.

Artículo 240.- La falta de consentimiento del tutor o del Juez, prescribe a los treinta días, cesa al igual que en el artículo anterior.

Artículo 246.- La impotencia sólo podrá ser pedida por los cónyuges prescribe a los sesenta días de celebrarse el matrimonio.

Artículo 247.- La perturbación de las facultades mentales de uno de los cónyuges, sólo puede ser invocada por el otro cónyuge o por el tutor del incapacitado.

Artículo 249.- La falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio.

Cabe mencionar que la facultad de demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley se los conceda expresamente, siendo este derecho intransmisible.

Por último el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria (artículo 253 C. C.)⁽⁴⁵⁾

2.10.2. LA MUERTE DEL CONYUGE.

Este estado jurídico, viene a constituir un especial concisión jurídica del sujeto titular de los derechos responsables de las obligaciones como supuesto para producir consecuencias de derecho, ya que este acontecimiento natural es en contra de su voluntad. Pero sin embargo genera consecuencias de derecho como la patria potestad, la sucesión testamentaria o legítima, el albaceazgo, la herencia y la disolución del vínculo matrimonial, entre otras.

Como extinción de las obligaciones y derechos que nacen del contrato de matrimonio, tenemos que la muerte de uno de los cónyuges por ser parte vital en este contrato bilateral personalísimo, exime al occiso de toda obligación, ya que este contrato queda sin objeto, motivo y fin para los cuales fue creado.

Por lo tanto el cónyuge supérstite que ha quedado viudo, puede contraer nuevas nupcias y además tiene el derecho de heredar en la sucesión legítima siempre y cuando no contraiga matrimonio durante el tiempo en el que se resuelve el juicio sucesorio.

Como prueba fundamental para contraer nuevamente matrimonio, basta con el acta de defunción del cónyuge occiso, requerida para la cancelación de su antiguo matrimonio y para la aprobación del nuevo.

Por último, cabe mencionar que si los cónyuges estaban promoviendo su juicio de divorcio la muerte de alguno de ellos pone fin a dicho juicio, y por lo tanto sus herederos conservan los mismos derechos y obligaciones, es decir la materia de la sentencia consistía en

⁴⁵ Idem. Pags. 308-312

disolver el vínculo matrimonial, por medio de un acto jurídico, sólo en un hecho natural del hombre que se les adelanto.

2.10.3. EL DIVORCIO.

“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. (artículo 266 C. C.)”

Tal y como lo menciona el artículo 266 del Código Civil, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, por ende las obligaciones y derechos consagrados en el contrato de matrimonio. En nuestro derecho existen tres tipos de divorcio que son a) Divorcio voluntario o administrativo, b) Divorcio voluntario judicial, y c) Divorcio necesario contencioso. Todos contemplados dentro del capítulo X, del divorcio; título quinto, del matrimonio; del Código Civil del Distrito Federal.

a) Divorcio voluntario o administrativo.

Este divorcio se lleva a cabo personalmente, ante el Juez del Registro Civil, el lugar de su domicilio, cuando los esposos son mayores de edad, no hayan procreado hijos durante su matrimonio y de común acuerdo liquiden la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron, comprobando con copias certificadas que son casados y mayores de edad, manifestando de manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. (Artículo 272 C. C.)

El Juez levantará un acta, en que hará constar la solicitud de divorcio y los exhortará para que dentro de quince días lo ratifiquen, si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro civil los declarará divorciados levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior. ⁽⁴⁶⁾

b) divorcio voluntario judicial.

Este divorcio se lleva a cabo personalmente ante el Juez Familiar de primera instancia del lugar del domicilio conyugal (artículo 156, XII CPCDF), cuando los esposos no sean mayores de edad y si lo son, que

⁴⁶ PALLARES, Eduardo "El divorcio en México", Ed Porrúa, México 1980 Pág 37

hayan procreado hijos, que estén de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial (Artículo 272, último párrafo) deberán acudir al Tribunal competente presentando el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil, así como una copia certificada del acta de matrimonio y de las de nacimiento de los hijos menores (artículo 674 CPCDF). Dicho convenio contendrá los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, durante le procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para asegurarlo. Este derecho es igual para ambos cónyuges sino tienen suficientes recursos y mientras no contraigan nuevas nupcias o se unan con otra persona en concubinato. (Artículo 288 C. C.)

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante le procedimiento y la de liquidar dicha voluntad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Hecha la solicitud ante el Tribunal competente se citarán a los cónyuges y al representante del Ministerio Público a una Junta donde se identificarán ante el Juez y que se efectuará antes de los quince días siguientes, al asistir los interesados se les exhortará para que reconcilien y si no lo logran aprobará provisionalmente los puntos del convenio oyendo al Ministerio Público versar sobre los mismos. (Artículo 675 CPCDF)

Si los cónyuges insisten en divorciarse se les citara nuevamente a una junta que se efectuará después de los ocho días y antes de los

CODIGOS Y LEYES CONSULTADAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México, 2000.

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 2000.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 1996.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 2000.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 1999.

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

Ley Sobre Relaciones Familiares, México, 1917

Analizaremos brevemente, cada una de las causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil.

I. "Adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges".

La prueba de esta causa es muy difícil de producirse directamente, por lo cual sólo se logra en muchos casos mediante presunciones graves, cuya calificación queda al prudente arbitrio del Juez.

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

El hijo sólo puede ser declarado ilegítimo cuando nace antes de que se cumplan los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción por esta causa sólo puede ser intentada por el marido con la sentencia ejecutoria que declare la ilegitimidad del hijo.

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

El lenocinio como causa de divorcio necesita que el marido reciba una recompensa a cambio de la prostitución de su esposa, por otra parte la ley exige una condición que dificulta la causal y consiste en el consentimiento expreso del marido, lo cual sucede con frecuencia y es muy difícil de comprobar.

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

La más frecuente es que uno de los cónyuges mueva al otro a cometer un delito contra las personas, ya sean lesiones, homicidio, plagio y hasta violación.

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

Esta causa está relacionada con el delito de corrupción de menores pero no se identifica con el. La corrupción puede consistir en la embriaguez, prostitución, práctica del robo e incluso mendicidad.

VI. "Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sean además contagiosas o hereditarias y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio".

Estas enfermedades ya son curables con el uso de antibióticos cuando no se ha llegado a períodos extremos, la impotencia sobrevinida después del matrimonio es causa de divorcio, porque la que existía al celebrarse produce la nulidad del matrimonio.

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

En cuanto a las enfermedades mentales hacen la vida en común imposible por ejemplo, la psicosis que es incurable y no contagiosa.

Cabe mencionar que en el caso de las fracciones VI y VII el cónyuge no quiera mencionar en pedir el divorcio, puede solicitar que se suspenda cohabitar con el cónyuge enfermo (artículo 277 C.C.).

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

Consiste no en el hecho material de marcharse del hogar sino en romper las relaciones matrimoniales, no suministrando alimentos, no cuida a sus hijos y se desatienda de sus deberes familiares.

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

No se puede argumentar que la norma es injusta respecto del cónyuge que abandonó el hogar por una causa grave que de ofendido se convierta en ofensor al poder ser demandado por su consorte, porque la ley le ha dado la oportunidad bastante para pedir el abandonado que lo agravió, el divorcio necesario.

XVIII. "El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar."

XIX. "El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a este uso, que produzcan efectos psicotrópico, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia."

XX. "El empleo de métodos de fecundación asistida realizada sin el consentimiento de su cónyuge, y

XXI. "Impedir uno de los cónyuges al otro desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 del C.C."

Por último cabe mencionar que es un juicio al mismo tiempo declarativo y de condena e incluso constitutivo. Declara la culpabilidad de uno de los cónyuges y el derecho del otro de pedir la disolución del vínculo matrimonial; condena al cónyuge culpable por regla general, a la pérdida de la patria potestad y en algunos casos a la suspensión de la misma; lo condena igualmente el pago de la pensión alimenticia y a la pérdida de las donaciones hechas en consideración al otro cónyuge. Finalmente según los procesalistas modernos, es el tipo de juicios constitutivos, porque en él, se da fin a un estado de derechos y se constituye otro por completo diferente. ⁽⁴⁷⁾

⁴⁷ Idem Págs 62-98

II. FIGURA DEL ADULTERIO COMO DELITO.

3.1 EL DELITO DE ADULTERIO.

Cabe señalar que el delito de adulterio, en nuestra legislación dejó de ser delito, debido a que el mismo fue derogado con fecha 17 de Septiembre de 1999, publicado en la gaceta oficial del Distrito Federal, por lo que en el presente trabajo hablaremos del delito de Adulterio como comentario únicamente. La etimología de la palabra adulterio dada en forma común por los autores, es alterius et thorus. Su significado "andar en tálamo ajeno", aunque un poco inexacto, expresa su sentido material: la violación del lecho conyugal.

Carranca define el adulterio de la manera siguiente: "es el ayuntamiento cometido entre una mujer casada y un hombre extraño, o entre el hombre casado y la concubina que tiene en la casa conyugal".⁽⁴⁸⁾

Bernardo de Quiróz sostiene "adulterio es la conjugación carnal de mujer casada con cualquier otro varón que no sea cónyuge o de varón casado con cualquier otra mujer, en condiciones de relativo escándalo".⁽⁴⁹⁾

Sobre el delito de adulterio agrega González de la Vega: "es la relación carnal-coito normal, completo o incompleto de un casado con persona que no sea su cónyuge, realizado en condiciones de grave afrenta para el cónyuge inocente, domicilio conyugal o con escándalo".⁽⁵⁰⁾

El Código Penal para el Estado de Aguascalientes define el adulterio en su artículo 249: comete el delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan entre si relaciones sexuales, si uno de ellos o los dos están casados con otra persona, siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo.

⁴⁸ CARRANCA Francisco. Programa de Derecho Criminal Parte Especial, Volumen III. Editorial Themus. Bogotá, 1959 Pág. 286.

⁴⁹ BERNARDO DE QUIROZ Constantino Derecho Penal Parte Especial Segunda Edición. Ed. José M Cájica, JR, S.A. México-Buenos Aires, 1957. Pág. 206.

⁵⁰ GONZALEZ DE LA VEGA Francisco. Código Penal Comentado. Tercera Edición Ed Porrúa, S.A México, 1976 Pág. 340.

Del delito de adulterio casi nunca se puede probar el acto mismo, la doctrina, la jurisprudencia y la ley admiten que bastan antecedentes y consecuentes, como reunión en recinto cerrado, sorpresa en ropas menores y actitud de estar uno en brazos del otro, para establecer la presunción incontrovertible de la ejecución del tipo delictual.

Amparo directo 1565/1956. Julieta Moreno de Fonseca. Noviembre 14 de 1957. Unanimidad de votos. Ponente: Lic. Ruiz de Chávez. Primera Sala. Informe 1957, página 711.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, no define el adulterio. Lo sanciona el artículo 273: se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables del adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

"La comparación legislativa nacional y extranjera, señala que no hay concepto unitario jurídico del adulterio. Hay legislaciones que sólo consideran como posible al sujeto activo del delito a la mujer casada y no al hombre casado, entendiéndose que éste sólo puede cometer concubinato'. Se hace patente una vez la necesidad de una definición en los códigos penales". (51)

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

Comprendemos entonces que no toda infidelidad conyugal es delictuosa, puesto que para considerarlo como tal, es necesario que se cumpla con todos los elementos como son: que debe realizarse en el domicilio conyugal o con escándalo.

Estas dos últimas circunstancias marcan la diferencia entre el adulterio causal de divorcio y el delito del mismo nombre.

El actual Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, el adulterio es considerado como delito dentro del libro segundo, título décimo quinto denominado

⁵¹ CARRANCA y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado. Segunda Edición. México, 1966, Pág. 650.

“Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual”, capítulo IV, artículo 273, en el cual no se da la definición de dicho delito, sólo nos señala la sanción correspondiente y sus elementos constitutivos.

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

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

Esto se entiende en el caso de que los dos adúlteros vivan, estén presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país; pero cuando no sea así, se procederá contra el responsable que se encuentre en estas condiciones”.

Artículo 275. “Sólo se castigará el adulterio consumado”.

Artículo 276. “Cuando el ofendido perdone a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no se producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables”.

Artículo 276-bis. “Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este título resulten hijos la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil para los casos de divorcio”.

Como hemos visto, la legislación penal no define la conducta de adulterio, por ello se ha atendido a su significado gramatical ordinario, obteniendo el siguiente concepto: Adulterio es la relación sexual voluntaria entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge. Pero gracias a la Jurisprudencia podemos subsanar la falta de definición, emitida por el legislador.

el legislador de la conducta, a su vez el tipo penal se integra por elementos objetivos y elementos subjetivos, indispensables para que el Ministerio Público ejercite la acción penal. (artículo 122 c.p.p.d.f.)

Elementos Objetivos:

Actividad o inactividad.- Se refiere a la acción (hacer) u omisión (no hacer) del individuo, es decir una participación o una abstención de obra.

Resultado material.- Es la transformación que se produce en el mundo externo, puede ser corpóreo o incorpóreo.

Nexo causal.- Es la relación lógica que existe entre la causa y el resultado, es la exigibilidad en el delito, de que exista una causa material.

Sujeto activo.- Es aquella persona que está en la posibilidad de concretizar la conducta descrita en el tipo penal; puede concurrir la circunstancia de cantidad o calidad, según lo requiera el delito.

Sujeto pasivo.- Es aquella persona concretamente señalada por el tipo penal, como el titular del interés Jurídico protegido por el tipo penal, al igual que en el sujeto activo algunos delitos requieren la cantidad y calidad.

Bien jurídico.- Es el interés individual o colectivo, tutelado y protegido por la ley.

Medios específicos.- Son aquellas formas o instrumentos específicos requeridos por el tipo penal, para la realización de la conducta o para la producción del resultado.

Objeto material.- Es aquel ente corpóreo, sobre el cual recae directamente la conducta.

Modalidades.- Es la referencia en cuanto a tiempo, lugar u ocasión, exigida por el tipo penal y en la cual se realizó la conducta o se produjo el resultado.

La culpabilidad es la disponibilidad interna del sujeto para actuar conforme a la norma, es decir un juicio de reproche que se le hace, al autor de un injusto penal (delito), por no haber adecuado su comportamiento a la norma, aún y cuando las circunstancias le favorecían para su comportamiento. ⁽⁵⁵⁾

La culpabilidad, consta a su vez, de tres elementos, que son. La imputabilidad, la cognocibilidad y la exigibilidad.

Imputabilidad.- Es la capacidad psíquica condicionada por la madurez y la salud mental, por la cual un sujeto puede comprender el carácter ilícito de sus acciones o dirigir las.

Cognocibilidad.- Es la capacidad de internalizar o introyectar el sujeto, a su ética individual, los valores o ética de grupo, es decir capaz de comprender, más que de conocer el injusto. Es la conciencia de antijuricidad.

Exigibilidad.- Es el actuar conforme a derecho por parte del sujeto, debido a que las circunstancias son racionalmente exigibles para adecuar su comportamiento a la norma.

Las causas de inculpabilidad, las vamos a encontrar en el artículo 15, fracción VII, VIII y IX del Código Penal para el Distrito Federal, que son respectivamente la imputabilidad, el error de prohibición invencible y las circunstancias reductoras de la autodeterminación.

3.3. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE ADULTERIO.

ADULTERIO, ELEMENTOS DEL DELITO DE.- El delito de adulterio calificado en el artículo 212 del Código Penal del Estado de Guanajuato, tiene y señala como elementos: PRIMERO, un acto de adulterio, esto es, la infidelidad de un casado consistente en su acceso carnal, coito con persona ajena de su matrimonio. SEGUNDO, un vínculo matrimonial del sujeto del delito contra otra persona. TERCERO, que el acto se cometa en condiciones de grave afrenta:

⁵⁵ Idem Pags. 328-342

a) En el domicilio conyugal, entendiendo éste no en el concepto técnico del derecho civil, sino en su sentido vulgar de residencia o lugar permanente o transitorio, de convivencia de los dos cónyuges, o

b) Con escándalo, es decir, acompañado el estado o acto adulterino de grave publicidad, afrentosa para el cónyuge inocente.

Amparo directo 9741/65. Antonio Hernández Hernández.

Septiembre 28 de 1996. Cinco votos.

Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Primera Sala. Sexta Epoca. Volumen CXI. Segunda Parte, Pág. 17,

“Los elementos constitutivos del delito de adulterio, de los cuales algunos no están tipificados por el legislador son: la relación sexual, la consumación de tal relación, el hecho de que uno de los adúlteros sea casado, que sea cometido en el domicilio conyugal o que sea cometido con escándalo. (56)

La relación sexual a que se refiere el delito del adulterio, es la que se da entre varón y mujer, mejor conocida como cópula y que consiste en la introducción del miembro viril en la vagina de la mujer esto en sentido estricto, pues lato sensu el Código Penal del Distrito Federal en el artículo 265, párrafo segundo, relativo a la violación le da otra connotación al concepto de cópula, extendiendo la introducción del miembro viril por vía anal y oral, independientemente de su sexo.

Para la comprobación de este elemento basta la prueba presuntiva, pues así lo señala la jurisprudencia.

ADULTERIO, COMPROBACION DE LAS RELACIONES SEXUALES.

“Para la comprobación de las relaciones sexuales, como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva”.

Semanario Judicial de la Federación, 6ª. Epoca, Volumen LXXXVI, Pág. 9.

⁵⁶ MORENO, Antonio de P “Curso de Derecho Penal mexicano”. Ed. Porrúa, México. Pags. 265-267

Debido a que la comprobación directa de las relaciones sexuales es comúnmente imposible, es aceptada la prueba indirecta tal y como lo es la testimonial.

ADULTERIO, DELITO DE. PRUEBA TESTIMONIAL.

“Aunque los testigos de cargo que asignan a los acusados el carácter de los amantes, ciertamente no hayan presenciado ninguno de los actos sexuales que supone el delito de adulterio, ésta circunstancia no desvirtúa su valor probatorio, dado por su naturaleza del delito, era imposible que los testigos presenciaran cuando los inculpados lo consumaban; y no se debe derivar de tal circunstancia un vicio procesal que inhabilita su eficacia probatoria”.

Semanario Judicial de la Federación, 5ª. Epoca, Tomo CXXII, Pág. 437.

3.3.1. ACCION DEL ADULTERIO.

La acción del delito consiste en un acto de adulterio. Implica dos requisitos: tener uno de los autores en antecedente del matrimonio, y la relación del acto sexual con persona ajena a su vínculo (cónyuge o consorte). Es presupuesto del delito la existencia del vínculo matrimonial, cuando menos respecto a uno de los sujetos.

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

a) El que exige la cópula normal, coito, y por lo tanto descarta los actos libidinosos y los contra natura. Este es el punto de vista de Carrara: “...para la consumación de este delito se exige ciertamente, la cópula propiamente dicha, realizada en su forma natural. Los besos, las caricias obscenas y los actos hasta contra natural, no constituyen adulterio... en cuanto a los actos contra natura y respecto a la cuestión propuesta por Sánchez sobre ‘si el varón con el varón y la mujer con la mujer cometen adulterio’ ...juzgó que en esos actos torpes, con razón puede verse una atrasícima injuria contra el marido, por el envilecimiento, tal vez mayor, en que cae la mujer, pues aquél tiene

derecho a que ésta conserve íntegra su propia dignidad. Por más que produzca repugnancia el declarar la impunidad de hecho, aún a solicitud del marido, sin embargo no me atrevería a hacer caer este hecho estrictamente hablando, bajo la denominación del adulterio, ni en él podría ver, aplicando rigurosamente los principios, de una verdadera y propia violación del derecho del marido". (57)

b) El que exige simplemente la *seminatio intravas*, es decir, la introducción del órgano genital masculino en un conducto femenino.

"Garraud, sigue este criterio y lo mismo Lucchini, pero a condición de que la *seminatio intravas* sea por conducto normal. Manzini, objeta esta postura pues en su concepto, se dejarían de considerar aquellos casos en donde se observan precauciones anticoncepcionales y los ejecutados son estériles". (58)

c) El que estima no ser precisa el *seminatio intravas*, sino simplemente la unión de los órganos genitales. "A este criterio se adhiere entre otros Ferrer, al expresar, la conducta en el delito de adulterio viene determinada por el contacto de los órganos genitales con la intención de consumir el acto carnal, siendo imposible independizar los actos realmente ejecutados, del elemento internacional que los preside. Moreno, sostiene que no es necesario que el acto alcance su perfección fisiológica". (59)

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

Sujeto activo. Es el cónyuge culpable realizador de la infidelidad sexual. El adulterio es considerado delito plurisubjetivo, requiere la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo, salvo si opera a favor de uno de los sujetos alguna causa de inculpabilidad.

⁵⁷ CARRANCA Francisco. Ob Cit. Págs. 296-297

⁵⁸ GONZALEZ BLANCO Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano Cuarta Edición Ed Porrúa, S A , Méxco, 1979. Pág 216.

⁵⁹ GONZALEZ BLANCO Alberto Ob Cit. Pág. 216

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

“Puede objetarse, con fundada razón, el indebido carácter limitativo del precepto. Si el motivo sobre la disminución de penalidad, de naturaleza fundamentalmente subjetiva, es el trauma psíquico producido en el agente por el súbito descubrimiento de la infidelidad, resulta a todas luces evidente que en esa misma situación puede llegar a encontrarse el concubinato al descubrir el engaño sexual de su compañero. La crítica alcanza no sólo al precepto, si no al tratamiento de las circunstancias atenuantes en el homicidio y las lesiones, por dejar en el olvido situaciones análogas.

El móvil impulsor lo constituye un estado de emoción violenta que, si bien nulifica la capacidad del sujeto para entender y querer, si disminuye considerablemente la misma”. (61)

Existe una tesis sentada por la suprema Corte de Justicia en el amparo directo 80/59/2ª., en donde se establece: la voz “cónyuge” proviene indiscutiblemente del Derecho Privado y está ligada por consecuencia a la familia de orden monogámico, que a través del matrimonio civil permite la perpetuación de la especie con la seguridad de la decencia cierta y la conservación de lo adquirido; por ello el Derecho Penal, tutelador de esas instituciones, reprime conductas atentadoras contra ellas, estableciendo delitos patrimoniales, adulterio, bigamia, abandono de cónyuge e hijos, estupro, conyugicidio y, por consecuencia no es factible aplicar la aceptación a situaciones de concubinato que riñen esencialmente con esas ideas. Además, la interpretación por analogía o mayoría de razón se encuentra prohibida en forma terminante por nuestro régimen constitucional; es decir, la voz “cónyuge” no debe emplearse para designar a la concubina.

⁶¹ PAVON VASCONCELOS Francisco, Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Cuarta Edición. Ed Porrúa, S.A., Mexico, 1982, Pag 197.

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

"La única interpretación correcta de nuestro texto legal, es en el sentido de disociar por completo el homicidio o las lesiones a los adúlteros de la legítima defensa del honor. Al fijarse la penalidad de la infracción consistente en matar o lesionar, aún en presencia del acto carnal mismo del cónyuge adúltero, tal acto no significa agresión al honor. Explica la libertad de conducta de la esposa, pugna con las costumbres de nuestro medio pero no puede estimarse como agresión al honor. El uxoricida de adulterio, representa de todas suertes un sujeto peligroso. Su conducta no puede considerarse legítima y por lo mismo debe dar lugar a la pena, si bien, atenuada".⁽⁶²⁾

La ley considera otra figura llamada conyugicidio por adulterio. De acuerdo con la legislación penal vigente, el cónyuge que mate o lesione a su consorte o con quien él realice adulterio, o ambos, no se hayan amparado por la causa de justificación de defensa legítima; sólo se beneficia con una pena atenuada.

Con respecto a éste apartado la legislación lo ha considerado un delito especial. De menor gravedad al homicidio simple y calificado por haber sido cometido por móviles o impulsos especiales.

⁶² CARRANCA y Trujillo Raúl. Citado por Fernando CASTELLANOS TENA. Ob. Cit. Pág. 193.

También la jurisprudencia ha hecho observaciones al respecto como se muestra a continuación:

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

Amparo Directo 2781/63. Serafín Fernández Pérez, Marzo 3 de 1966. Cinco votos./ Ponente: Lic. Manuel Rivera Silva./Semanao Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen CV. Segunda Parte, Marzo 1966./1ª, Sala, Pág. 48.

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

Concluimos que al decir que, para que proceda la atenuación de la pena de conyugicidio por adulterio establecido en el artículo 310 del Código Punitivo es necesario que el sujeto o próximo, anterior o posterior, a su consumación. La actitud de sorpresa implica por parte del cónyuge inocente, la revelación repentina de un acto de su cónyuge y dicho acto resulta inesperado para él, o sea la obtención de un conocimiento inesperado de la infidelidad sexual. No se da en el caso que el agente haya tenido ya conocimiento de la conducta sexual existente entre su cónyuge y la otra persona.

Esto impide que surja el elemento sorpresa indispensable para la atenuación de la pena. Sin sorpresa no existe la violenta perturbación en el ánimo del agente.

3.3.2. EN EL DOMICILIO CONYUGAL.

El delito de adulterio configura un tipo de formulación casuística alternativamente formado. Se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas, en este caso nos referimos específicamente al llamado domicilio conyugal.

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

La legislación penal vigente ha suprimido toda definición expresa del domicilio conyugal.

La jurisprudencia ha interpretado dicho concepto, no en el sentido técnico del derecho civil sino es su sentido vulgar de residencia o lugar, permanente o transitorio, de convivencia entre los cónyuges.

"Domicilio conyugal es la casa o el lugar donde están establecidos o donde viven en forma permanente o transitoria los casados, conforma a la ley civil". (63)

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

"El adulterio cometido en el domicilio conyugal presenta una cantidad natural menor al cometido en casa ajena o en despoblado. No se puede negar, según el común sentir de las gentes el considerar con mayor repugnancia a la mujer audaz que goza introducir al amante en el lecho conyugal y no a la aventurera por arreglarse con él en caso de un tercero o en campo abierto. Esta manera de pensar siempre me ha parecido hija de un perjuicio y contraria la apreciación real de los daños derivados de la ofensa. La idea tuvo su origen en cierto prestigio del lecho conyugal, como residuo de las tradiciones supersticiosas de antiguas religiones. En nuestra religión la idea del sacrilegio aplicada al tálamo nupcial no sería aceptable, con todo y ser remota, sino por fantasía de un poeta. Esa veneración no puede tener peso alguno en el derecho penal para aumentar la cantidad del delito en razón del lugar. La única consideración digna de tener en cuenta es la mayor o menor publicidad, sea efectiva o potencial, de la deshonra hecha al marido. Esta consideración conduce a reconocer en el delito de adulterio cometido por la mujer dentro de su propio domicilio, no un aumento, sino una disminución de la cantidad natural. Si se tiene en cuenta la cantidad política, se comprueba que ella también es menor cuando se comete el adulterio en el domicilio conyugal del marido, donde éste, por el hecho de poder vigilar mejor a la esposa, encuentra más firme la confianza en la defensa privada. El marido tiene menor necesidad y protección por parte de la defensa pública contra los desenfrenos de la esposa en su propia casa. Puede emplear para con ella todos los medio de vigilancia y custodia. Tienen mayor necesidad de esa defensa si la mujer se haya sola fuera de los lares domésticos, caso en donde la vigilancia del marido es menos eficaz y a menudo imposible". (64)

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

⁶³ CARRANCA Francesco. Ob. Cit. Pág. 304-305.

⁶⁴ CARRARA Francesco. Ob. Cit. Pág. 304-305.

física, objetiva del delito, quedando comprendida la comunicación de enfermedad contagiosa y la fecundación de la mujer.

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

3.3.3. CON ESCANDALO.

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

"La locución escándalo es demasiado ambigua y muchos la utilizan sin captar su realidad. Intentaremos fijarla: es una murmuración que nace y corre en torno a un hecho. Es una ofensa al sentido moral de un gran número de ciudadanos. No es posible admitir el nacimiento del escándalo, de la maldad, de los chismosos y de las comadres que contaminan del ambiente con sus difamaciones sepultadas en la máscara de la hipocresía. El escándalo entendido de éste modo sería un instrumento arbitrario por la ley para placer de los viles y maievolos".⁽⁶⁵⁾

La legislación penal mexicana no define el elemento escándalo. La jurisprudencia ha interpretado dicha palabra en un sentido amplio de notoriedad y publicidad de las relaciones de una persona casada con otra ajena a su vínculo matrimonial.

ADULTERIO. ESCANDALO COMO ELEMENTO DEL DELITO DE.-

El elemento escándalo se produce cuando la acción o palabra, está en su acepción lata, es conocida por una colectividad o grupo humano y provoca, por la gravedad de los hechos cometido, una reacción que afecta a los sentimientos de las personas que resultan víctimas del delito y a la vez, la reprobación de los mismos, como consecuencia de los comentarios y juicios que se emiten y transmiten en torno del acto o de las palabras.

⁶⁵ CARRANCA Francesco Ob. Cit. Pág 451.

1) Por el resultado material: Es la transformación o cambio que se produce en el mundo externo y que es requerido por el tipo penal, se debe de acreditar.

2) Por el resultado formal: Son delitos de mera conducta, no es necesario acreditarlos.

3) Por su forma de manifestación de la conducta: Se refiere al dolo (conocer y querer la realización de la conducta), y a la culpa (violación de un deber de cuidado, que se debía y podía observar).

4) Por la forma de realización de la conducta: Se refiere a la acción (enervación muscular), y a la omisión (abstención) por parte del sujeto activo.

5) Por la forma en que los expresa el legislador: Esta a su vez se divide en tres.

a) Cerrados.- Son aquellos donde el legislador ha cerrado perfectamente la materia de prohibición.

b) Abiertos.- Son aquellos donde el legislador no ha dotado completamente los datos de la prohibición y por lo tanto se requiere una labor del Juez para cerrarlo.

c) En blanco.- Son aquellos que definitivamente se discute su existencia, en virtud de que no regulan o no contemplan nada es decir no determinan la prohibición.

Por otro lado, la doctrina ha clasificado a los tipos penales en tipos básicos y tipos derivados. Los tipos básicos son aquellos llamados también tipo troncal, porque son los que integran la columna vertebral del tipo punitivo, no dependen de ningún otro tipo penal y por el contrario de ellos dependen otros. Los tipos derivados son aquellos que derivan precisamente de un tipo básico y que son diferentes y en algunas ocasiones independientes del tipo básico, estos a su vez se dividen en coordinados, subordinado, circunstanciado cualificado o privilegiado los cuales se les agrega una circunstancia que incrementa (cualificado) o que disminuye (privilegiado), la sanción en relación al tipo básico, son diferentes pero no independientes del tipo básico; otra división del tipo derivado son los tipos especiales cualificados o privilegiados que son

tipos a los cuales se les agrega un requisito que incrementa (cualificado) o que disminuya (privilegiado) la sanción en relación al tipo básico. ⁽⁶⁶⁾

Ahora bien, el delito de adulterio es un tipo básico, pues de él se derivan los subsecuentes artículos relativos a éste, además no depende de ningún otro, por otra parte por su forma de manifestación de la conducta se trata de un delito de comisión dolosa pues el adúltero de antemano conocía la prohibición, si bien religiosa que se desprende de la epístola de Melchor Ocampo de guardarse fidelidad con su pareja, la cual contiene preceptos de moralidad y por lo tanto, el derecho que es defensor de la moral pública y las buenas costumbres trata de prevenir dicha conducta con el delito de adulterio, además el querer que prevé el dolo lo encontramos en la voluntad de tener relaciones sexuales con otra persona distinta de su cónyuge. En cuanto a la forma en que los expresa el legislador estamos en presencia de un tipo abierto, pues el legislador no describe en que consiste la conducta de adulterio, por lo que el Juez tiene que recurrir a la jurisprudencia para poder cerrarlo, por último refiriéndonos al resultado material, nos encontramos que el tipo penal más difícil de acreditar ya que los encontramos en el artículo 275 del ordenamiento jurídico aludido y que exige la circunstancia de consumación de adulterio.

Analizando el artículo 273 para acreditar sus elementos, cabe hacer mención que la primera parte del artículo se refiere a la punibilidad que es la sanción dada por el legislador al autor del delito, y que junto con el tipo penal integran la ley penal.

Punibilidad: "Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años".

Tipicidad: "A los culpables de adulterio, cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

Como podemos ver el legislador, omite la descripción de la conducta de adulterio, faltando así, el elemento de actividad y sólo se limita a decir a los culpables de adulterio (¿Cuántos sujetos activos?, porque el artículo 274, nos da dos y los demás que aparezcan como codelincuentes), el sujeto pasivo lo da el tipo derivado del 274 primer

⁶⁶ PORTE PETIT CANDAUDAO, Celestino. "Apuntes de la parte general del Derecho Penal". Editorial y litografía Regina de los Angeles, Mexico, 1975, Pags 448 451.

párrafo y que es el cónyuge ofendido, el resultado material se infiere que es la cópula entre los adúlteros consumada, el bien jurídico es el desarrollo psicosexual de la familia, el medio específico es la relación sexual, el objeto material es el ente corpóreo del cónyuge adúltero y las modalidades del lugar y ocasión son respectivamente el domicilio conyugal y el escándalo. En consecuencia es un tipo penal mal encuadrado, ya que tiene que recurrirse a la jurisprudencia y a otros tipos derivados para acreditar su presunta responsabilidad, debido a la falta de una depurada técnica jurídica por parte del legislador.

3.6. PROCEDIMIENTO.

La querella.

Para iniciar el procedimiento por el delito de adulterio, tenemos que ver si es un delito perseguido de oficio o de querella, por lo que el artículo 274 del Código Penal del Distrito Federal estatuye.

Artículo 274. "No se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido; pero cuando este formule su querella contra uno sólo de los culpables se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincentes..."

Una vez definido el delito, el Ministerio Público, iniciará una averiguación previa fundado en el artículo 262 fracción I y el 263, fracción III, ambos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los cuales lo obligan a perseguir los delitos a petición de parte (querella). Cabe mencionar que el artículo 264 del Código aludido no permite la presentación de la querella por medio de algún apoderado, pues tiene que ser presentada directamente por alguna persona prevista en el artículo 30-bis del Código Penal del D. F., que son en el siguiente orden, el ofendido, el cónyuge supérstite, el concubinario o concubina, los hijos menores de edad y los ascendientes o descendientes que dependen económicamente del ofendido, para que después sea perfeccionada en la mesa de trámite correspondiente y reunidos los requisitos del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales se podrá ejercer la acción penal en contra de la presunta responsabilidad del inculpado y consignarlo ante el Juez competente.

para proponer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal y si al desahogarla aparecen nuevos elementos probatorios, se les dará otro plazo de tres días para desahogarse dentro de los cinco días siguientes, términos renunciables para ejercer el derecho de la defensa pública.

La audiencia se realizará dentro de los cinco días siguientes al auto admisorio de pruebas, donde se fijará fecha para aquélla.

Las conclusiones deberán ser formuladas verbalmente de la cual los puntos esenciales se harán constar en la acta relativa.

La audiencia se desarrollará en un solo día ininterrumpidamente, salvo falten pruebas por desahogar, se citará para continuarla al día siguiente o dentro de tres a más tardar. El Juez podrá dictar sentencia en la misma audiencia o disponer de un término de tres días. Es irónico que todo este proceso, conjunto de dedicación, tiempo, esfuerzo y dinero, por parte del Estado, se borre en un abrir y cerrar de ojos porque el cónyuge ofendido perdona al adúltero. Esto demuestra una total burla a las instituciones judiciales, que se esmeran por administrar justicia y por ende la ineficacia del delito de adulterio, ya que en el artículo 276, establece. "Cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables". (67)

3.7. EXCLUYENTES.

El delito de adulterio, se excluye por alguna de las circunstancias que la doctrina ha determinado y son las que enumera el artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, que son la ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad.

La ausencia de conducta, señalada en la fracción Primera del artículo 15, dice. "El delito se excluye cuando: I. El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente", es decir, por una fuerza física irresistible, inconciencia absoluta, estados hipnóticos o sugestivos,

⁶⁷ COLIN SANCHEZ, Guillermo "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" T.d Porrúa, Mexico, 1975
Pag. 250-252

sonambulismo, etc., pero como el adulterio requiere de la voluntad de las partes, es muy difícil, excluir el delito por esta causa.

La atipicidad, indicada en la fracción segunda, se refiere a que falta alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate. Pero la jurisprudencia se ha encargado de cerrar el tipo penal de este delito, aportando en ella los elementos constitutivos del delito. Otra causa de atipicidad es el error de tipo a que se refiere la fracción octava inciso A), que dice "Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, A) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal", es decir que se tenga un falso conocimiento o ignorancia respecto a los elementos objetivos de tipo penal debido a la falta de definición del delito de adulterio, el autor habiendo puesto todo el cuidado necesario no le es posible salir del error ésta causa anula al dolo y a la culpa y por lo tanto podría excluir la tipicidad del delito.

Las causas de justificación anulan a la antijuricidad de la conducta y son la legítima defensa, el estado de necesidad justificado y el ejercicio de un derecho contempladas en el artículo 15, fracción IV, V y VI de las cuales sólo podría servir el estado de necesidad, en virtud de que el adúltero obre para salvaguardar un bien jurídico de un peligro real, no ocasionado dolosamente, lesionando otro bien de igual o menor valor que el salvaguardado, que no sea evitable por otros medios, y no se tenga el deber jurídico de afrontarlo. La hipótesis sería que el adúltero haya actuado bajo coacción, es decir por amenazas de muerte para él o su familia, orillándolo a actuar de esa manera.

Las causas de inculpabilidad se encuentran en las fracciones VII, VIII inciso B) y IX del artículo 15 y se refieren respectivamente a la inimputabilidad, el error de prohibición invencible y a las circunstancias reductoras de la autodeterminación. En el primer caso se refiere a que el adúltero padezca trastorno mental o un desarrollo intelectual retardado en consecuencia no comprende el carácter ilícito de la conducta: En el segundo caso se refiere a que el adúltero crea que está actuando lícitamente ya sea porque desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. En el último caso se refiere a que existan circunstancias (situación de peligro) que obliguen al adúltero a reducir su autodeterminación, ya que no es exigible otra conducta debido a la coacción ejercida sobre un bien jurídico de igual o mayor valor que el que se lesiona.

Cabe mencionar, que estas excluyentes son tan difíciles de comprobar, como las pruebas mismas del adulterio, y por lo tanto no hace sino exhibir a los participantes de este delito.

“Se afirma que el castigo de adulterio no ha impedido ni siquiera un solo adulterio; pero esta manera de razonar nos llevaría a abolir el Código Penal, que tiene la culpa de no haber acabado con el delito. Se dice que un proceso por adulterio pone en ridículo al marido burlado, si cree más decente el honor de los cuernos que el deshonor de un proceso. Se asegura que no paga los gastos de una querrela la pena ridícula que se aplica a los culpables; pero esta es la culpa de la ley, que conmina penas a precio de absoluta convivencia. Se objeta que al amor no se le manda y que hay que ser benignos con las pasiones; pero no se exige que los candidatos adúlteros le den órdenes al amor, sino a los bajos pruritos de los sentidos; y el argumento de la pasión sirve para justificar cualquier delito, ya que toda infracción implica algún elemento pasional, y se lanza por último el argumento final y contundente es decir, la persistencia de los uxoricidios, a pesar de la vía legal que se le abre al marido burlado para querrellarse por adulterio; responderemos que este hecho prueba sólo una cosa; la insuficiencia de las penas establecidas para este delito”. (68)

“Para concluir sólo en un punto podemos estar de acuerdo con los abolicionistas del adulterio: En que sería mejor borrar del número de los delitos esta causa de tantas desgracias familiares y sociales, que castigarlo con penas ridículas, cuyo efecto es estimular las tentaciones con el placer del fruto prohibido”. (69)

3.8 PRUEBA EN EL ADULTERIO

El adulterio es un delito que desapareció de nuestra legislación y conserva únicamente como causal de divorcio. Debido principalmente a la escasa aplicación de las sanciones y de la mayor gravedad del daño u ofensas insitos en el hecho. En materia civil son invocados otro tipo de causales para justificar la disolución del vínculo matrimonial, siendo el origen de la desavenencia la infidelidad conyugal.

⁶⁸ MAGGIORE GIUSEPPE. “Derecho Penal” Volumen IV. E. Temis, Bogotá Colombia, 1989, Pág. 187

⁶⁹ Idem. Pag. 188.

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

Amparo directo 4991/1970. María Teresa López Nuñez.

Agosto 19 de 1971. Mayoría de tres votos.

Ponente: Lic. Ernesto Solís López.

Tercera Sala. Séptima Epoca. Volumen XXXII. Cuarta parte. Pág. 18.

Tesis que ha sentado precedente:

Amparo directo 5152/1955. Regino Fernández Ocaña.

Marzo 7 de 1956. Mayoría de tres votos. Quinta Epoca.

Tomo CXXVII, Pág. 809.

Los cónyuges se deben fidelidad recíproca, consecuencia de la celebración del matrimonio civil, que es la base de cada grupo familiar legalmente constituido. La infidelidad de uno de los cónyuges origina la causal del divorcio prevista en la fracción I del artículo 267 del Código Civil: son causas de divorcio, el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges. No exige ningún otro requisito, basta demostrar que uno de los cónyuges le ha sido infiel el otro para disolver el matrimonio.

Esta infidelidad adquiere también relevancia en el campo penal, pero se limita a los adulterios realizados en el domicilio conyugal o con escándalo. Esa es la principal diferencia entre el adulterio causal de divorcio y el delito sancionado por la ley penal.

Si se deja de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente hasta la última diligencia.

Prueba indirecta. En materia de divorcio por adulterio, la jurisprudencia ha establecido la prueba indirecta para la demostración de las relaciones sexuales. La prueba directa es casi imposible de aportar al juzgador, por lo que requiere el momento mismo del acceso carnal. No admite actos anteriores o posterior a su realización. La prueba indirecta sirve para demostrar la verdad de un hecho pero por medio de otros con los que tiene íntima relación.

En ningún caso se admite la prueba presuncional para demostrar la infidelidad de uno de los cónyuges y decretar la disolución de un matrimonio basado en una presunción, porque la institución del matrimonio es de orden público y la sociedad está interesada en su mantenimiento. En consecuencia, el adulterio invocado causa divorcio, debe estar plenamente probado y la acción ejercida en forma oportuna.

Prueba prenupcial. Para la comprobación de las relaciones sexuales en el delito de adulterio es pena privativa de libertad y cumplida la pena, las cosas pueden volver a su estado normal entre los cónyuges.

El vínculo matrimonial subsiste y produce todos los efectos jurídicos. No son las mismas consecuencias jurídicas basadas en la infidelidad conyugal, producidas por una sentencia civil a una sentencia penal. Aquella produce la desintegración del núcleo familiar. Esta es una simple privación de libertad que la mayoría de los casos no se aplica. El derecho Penal es más flexible, trata intereses puramente personales y privados.

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

para tener la calidad de cónyuges. Si la reconciliación se produce antes de dictarse sentencia ejecutoria, las cosas volverán a su estado normal.

Perdón del cónyuge ofendido. El adulterio es un delito que se persigue por querrela, necesaria en base a la consideración de que, en ocasiones la persecución oficiosa acarrea a la víctima mayores daños que la misma conducta del delincuente. El perdón y el consentimiento del ofendido en determinados casos, produce la extinción del derecho de acción. Por excepción, el Código Penal vigente faculta al ofendido por el delito de adulterio, a otorgar el perdón en cualquier tiempo, aún después de pronunciada la sentencia.

Dictada la sentencia, no producirá efecto legal alguno. Esta disposición favorece a todos los responsables.

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

Amparo indirecto 5262/58. Enrique López Escobar. Junio 11 de 1959.

Unanimidad de cuatro votos.

Ponente: Lic. José Castro Estrada.

Tercera Sala. Informe 1959, Pág. 54.

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

recíprocos. Los principales efectos del matrimonio son entre los cónyuges. Posteriormente éstos se transmiten a los hijos y también a la comunidad civil y eclesial.

Los autores señalan como efectos del matrimonio el socorro y la ayuda mutua, que otros lo denominan como de asistencia o de mutuo auxilio, el débito conyugal, la fidelidad y la vida en común. Se debe mencionar al respecto que los efectos, no lo son, es decir, que lo que se considera como efectos más bien vendrían a ser las obligaciones que se generan o nacen con el matrimonio mismo.

Del matrimonio se derivan diversas consecuencias jurídicas que crean estados jurídicos familiares y conyugales y relaciones jurídicas generadas por otros actos jurídicos que no constituyen el matrimonio, que son distintas a éste, y en otros casos su existencia sólo puede explicarse por su relación de causa a efecto con el matrimonio, a saber.

Estado de familia. Como primer efecto del matrimonio está el cambio del estado de familia. Dejan de ser los contrayentes para transformarse en cónyuges; los novios (solteros) dentro del matrimonio se convierten en cónyuges con todas las consecuencias.

Parentesco. El parentesco por afinidad se crea por el matrimonio, por el cual un cónyuge es pariente de la familia del otro, que al igual que el parentesco consanguíneo puede ser en línea recta ascendente o descendente o colateral. Las consecuencias jurídicas son pocas, pues no da derecho a alimentos, ni crea obligaciones patrimoniales; lo importante es el impedimento entre parientes afines.

Régimen matrimonial de bienes. El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer que llevan como principal propósito el integrar una comunidad conyugal de vida; pero como toda comunidad requiere de bienes, dentro de la legislación se ha tomado en consideración el régimen matrimonial de bienes para reglamentarlo, según época y lugar.

En el Código Civil se habla del contrato de matrimonio con relación a los bienes, es decir, es el estatuto que regula los intereses pecunarios de los esposos entre sí y en sus relaciones con terceros. José Castán Tobeñas, lo define "como el conjunto de reglas que limitan los intereses

Es sabido que en el matrimonio, especialmente la familia, constituyen la célula básica de la sociedad. Los grandes defectos nacionales son reflejos de las carencias o problemas que en los matrimonio o familias se presentan. Una familia fuerte hará fuerte al país.

4.2. DESCRIPCION EN EL DERECHO FAMILIAR.

Jurídicamente carecemos de una definición de adulterio. El Código Civil vigente señala como primer causal de divorcio el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges sin darle una definición o connotación específica.

En consecuencia buscamos su significado vulgar o genérico: es el ayuntamiento sexual ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos casados.

Se ha dicho que el adulterio es la violación a una obligación esencial en el matrimonio; la fidelidad, que significa la lealtad, observancia de lo que uno debe a otro. Por virtud del matrimonio los cónyuges adquieren el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos, se deben fidelidad recíproca. La violación a éste deber esencial origina la causal de divorcio prevista en la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los juristas han dado diferentes definiciones sobre el particular, entre ellos tenemos: "el adulterio es el trato carnal de cualquiera de los cónyuges con quien no sea su consorte" (71).

La expresión "trato carnal" es muy extensa y no implica a nuestro parecer la esencia del adulterio que es la relación carnal y sexual con un tercero. El calificativo "cónyuge" lo tiene o adquiere únicamente quien ha celebrado una matrimonio civil.

⁷¹ GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil Primer curso. Cuarta Ed. Editorial Porrúa, S.A. México 1980, Pág. 598.

“El adulterio consiste en la unión sexual que no sea contra natura de dos personas no unidas por matrimonio civil estando una de ellas o las dos casadas civilmente con un tercero” (72)

La Tercera Sala de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece: se entiende por adulterio la violación a la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges consistente en el ayuntamiento sexual ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados. Amparo directo 2660/62/2ª Octubre 2 de 1964.

Cabe señalar que el Derecho Familiar lo que pretende regular a conciencia son las relaciones familiares, si bien es cierto que el Estado se encarga de mantener a la familia como un núcleo importante o a caso el más importante dentro de la sociedad, el adulterio como lo hemos venido observando es una figura que rompe con ese papel de mantener unida a la familia, la resquebraja, incluso pone en tela de juicio el papel del Estado como protector de las buenas costumbres y los buenos principios.

Por lo tanto, no debemos espantarnos ante tal situación al contrario, debemos buscar que es lo que lo origina, como lo pretendemos hacer en este trabajo, no saliéndonos del objetivo que nos ocupa.

4.3. EL MATRIMONIO LEGITIMO COMO PRESUPUESTO IMPRESCINDIBLE.

Para que la relación conyugal interpersonal sea posible y sana, y como consecuencia de la relación jurídica sea llevada a cabo, se requiere la preservación de los atributos necesarios.

Estos atributos de licitud, que corresponden a las características o cualidades del matrimonio son los siguientes: singularidad, unidad, igualdad, libertad, capacidad y fidelidad. Estas son las condiciones necesarias para que puedan cumplirse los deberes jurídicos conyugales.

El acto jurídico conyugal, al igual que cualquier acto jurídico requiere, para poder ser, de elementos de existencia y de validez.

⁷² PALLARES Eduardo El Divorcio en México. Tercera Edición Ed. Porrúa, S.A. México 1981. Pág. 63

Como los primeros están: la diferencia de sexos, el consentimiento, el objeto posible y la solemnidad. Para la validez se requiere que el objeto, motivo o fin sean lícitos, el consentimiento libremente manifestado, es decir, que no hubiere error, dolo o violencia, la capacidad de las partes y las formalidades anteriores y coetáneas a la boda. Dados esos elementos, el acto jurídico matrimonial existente y siendo válido produce el estado jurídico que es la comunidad íntima debida, comunidad que requiere la preservación de los atributos que le son propios innecesarios para su permanencia y poder cumplir los fines objetivos del matrimonio. Esto se observa al analizar cada uno de los atributos antes mencionados.

Singularidad. El matrimonio de un hombre y una mujer, es un elemento esencial por requerirse para el matrimonio, la diferencia de sexos entre los contrayentes y ser una exigencia la monogamia. El hecho de que algún consorte violara éste elemento además de cometerse una infidelidad, haría insana la relación jurídica, dando lugar a que se pudiera invocar como causal de divorcio el adulterio o la prostitución de la mujer a propuesta del marido.

Igualdad. La igualdad está reconocida constitucionalmente en el artículo 4º que previene que “el varón y la mujer son iguales ante la Ley”, y confirmado en el Código Civil en el artículo 2º que dispone, la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida por razón de su sexo a restricción alguna en adquisición y en ejercicio de sus derechos civiles. La igualdad es necesaria en cualquier contrato o acto jurídico; de no haberla se puede presentar la lesión como causa de invalidez.

Libertad. Es esencial en cualquier relación humana y en toda relación jurídica. Sin plena libertad del acto jurídico es anulable, es decir, cuando se obtenga el consentimiento por error, dolo o violencia, se producirá la anulación del acto jurídico. Para la celebración del matrimonio se requiere que los contrayentes sean capaces. Se trata de una capacidad que abarca o comprende la edad y la aptitud para la vida matrimonial.

Capacidad. La capacidad es en relación a la edad, los menores de edad, pero mayores de catorce años en la mujer y dieciséis en el varón pueden contraer matrimonio con el consentimiento de los que ejerzan la patria potestad, tutores o el juez de lo familiar en ausencia de los anteriores.

Fidelidad. La fidelidad no hace referencia sólo al adulterio de uno de los cónyuges, sino también al incumplimiento de las promesas dadas, y a la forma y manera de vida a la que se comprometieron, que trae como consecuencia la permanencia del matrimonio civil o la indisolubilidad del religioso. La infidelidad es una grave ofensa que se hace al consorte que busca el cumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales.

En relación al tema que nos ocupa, el matrimonio es un factor muy importante puesto que es necesario para la existencia del delito de adulterio que una de las personas que participan en la comisión del hecho ilícito o las dos se encuentran casadas legalmente, en el momento de la unión carnal, no disuelto por la muerte del otro cónyuge o por el divorcio y que no hubiere sido anulado, la promesa de matrimonio no puede concretar el adulterio.

Si el matrimonio es anulable, mientras la nulidad no se declare por el tribunal competente en sentencia ejecutoria, el matrimonio subsiste y por tanto es posible el adulterio. Siendo irrelevante desde el punto de vista penal, que exista matrimonio religioso o concubinato.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, siempre es calificado, pues se trata del cónyuge inocente y en todo caso necesariamente debe tener la calidad de persona casada civilmente con el sujeto activo. Es decir, el cómplice del otro actor material del ilícito penal. "La acción material del delito consiste en el acceso carnal adulterino. Sus hipótesis son los ayuntamientos entre mujer casada y varón libre; hombre casado y mujer libre; y hombre y mujer casados en distintos matrimonios. A éste último se le denomina adulterio doble" (73).

⁷³ GONZALEZ DE LA VEGA Francisco Derecho Penal Mexicano Ed Porrúa, México 1994 Pág. 9

Como se observa claramente, el anterior precepto legal, no da en sí una definición clara del término que se trata en el presente trabajo de investigación, sino que sólo hace mención a la causal que puede ejercitar el llamado cónyuge inocente sea el hombre o la mujer para intentar el divorcio necesario y así obtener la disolución del vínculo matrimonial.

De la misma manera sucede con la Legislación Penal para el Distrito Federal, en su artículo 273 que dice lo siguiente:

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

Y visto que ambas legislaciones no nos dan una visión clara de lo que en realidad es el adulterio, recurrimos a las otras definiciones.

4.4.2 CONSUECUDINARIO.

Como quedó escrito anteriormente las leyes que se han creado para regular esta Institución Jurídica, no dan una definición clara y precisa, por lo que recogeremos el significado que la costumbre social ha creado y que es más explícito que los anteriores.

A este respecto la Enciclopedia Jurídica dice lo siguiente: "en nuestro lenguaje usual vale tanto como 'ayuntamiento carnal' y legítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados" (74).

También el jurista Eduardo Pallares, dentro de su obra El Divorcio en México, quien hace alusión al significado consuetudinario que se le ha dado al adulterio al decir lo siguiente: "consiste en la unión sexual que sea contra natura de dos personas que no estén unidas por el matrimonio civil; y de las cuales una de ellas o las dos estén civilmente casados con un tercero" (75).

⁷⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, Pág. 531.

⁷⁵ PALLARES Eduardo El Divorcio en México Cuarta Edición. Ed. Porrúa, México 19984 Pág. 63.

la causa de divorcio es de tracto sucesivo el término para ejercerla se inicia cuando concluye dicho tracto. (77)

Antes de continuar con la comprobación del adulterio por medio del concubinato, explicaremos brevemente en que consiste dicho estado jurídico.

Matrimonio civil, para vivir como marido y mujer, imitando en su mayoría los derechos y obligaciones del contrato matrimonial como lo serian el débito carnal, la cohabitación, los alimentos, la infidelidad, los hijos etc. Por otra parte está sujeto a una condición de temporalidad entendida por la continuidad, la regularidad o duración de las relaciones sexuales o bien, frecuencia, permanencia o hábito en las mismas, al respecto el artículo 1635 del Código Civil del Distrito Federal relativo a la sucesión entre concubinos, considera que éstos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante cinco años como mínimo o bien sin ningún término de años cuando hayan tenido hijos en común y que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato tendrán derecho a heredarse recíprocamente, cabe señalar la condición de singularidad pues si existen varias concubinas o concubinarios ninguno de ellos heredara. Como se puede apreciar la condición para heredar entre concubinos establece que ambos sean célibes, o sea que no existía el impedimento de un vínculo anterior. Pero para este tema nos interesa sólo la infidelidad de uno de los cónyuges debido al adulterio permanente con otra persona. (78)

Ahora bien, observemos los criterios jurisprudenciales que, tanto los tribunales colegiados como la Suprema Corte de Justicia han considerado para la comprobación de adulterio permanente, es decir, el concubinato.

DIVORCIO, ADULTERIO PERMANENTE COMO CAUSAL DE.

Tratándose de adulterio no ocasional sino permanente por cuanto los autores prolongan sus relaciones en forma de amasiato, debe considerarse que aunque la antigüedad de su iniciación exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses después de concluido tal estado, pues de otro modo, no llegaría al absurdo de que si dicho estado no terminara en

⁷⁷ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 65

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Tomo I, pp. 337-345.

muchos años se reduciría al cónyuge inocente que haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediamente esa forma de agravio.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca, Volumen LXXIII, Pág. 94.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. NO CADUCA LA ACCION, SI EL DEMANDADO HACE VIDA MARITAL CON OTRA PERSONA.

El cónyuge ofendido conserva su derecho para demandar el divorcio después del término de seis meses establecido por el artículo 269 del Código Civil para el Distrito Federal y territorios federales, cuando la causal invocada en el adulterio que sea ha venido cometiendo ininterrumpidamente por la vida en común que lleva el otro cónyuge con otra persona, aunque el demandante haya reconocido que tuvo conocimiento del adulterio desde la fecha en que este comenzó, ya que en tales condiciones, el término de seis meses dentro del cual se puede ejercitar la acción de divorcio ya comenzando a correr minuto a minuto mientras dure esa vida adulterina, de tal suerte que conforme a esta hipótesis siempre aparecerá presentada la demanda de divorcio en tiempo porque siempre habrá un momento inicial de la vigencia del adulterio comprendido dentro del aludido término.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca, Volumen LXVIII, Pág. 20.

DIVORCIO, ADULTERIO CONTINUADO COMO CAUSAL DE FECHA EN QUE EMPIEZA A CORRER EL TERMINO DE LA PRESCRIPCION.

Cuando en autos está demostrado el adulterio continuado y se hace valer como excepción la prescripción, el término relativo empieza a correr a partir de la fecha en que el cónyuge inocente tenga conocimiento de la terminación del tracto sucesivo del adulterio, y eso corresponde probarlo a quien opone la excepción; por lo que al no cumplirse con esa exigencia procesal, se obra en forma correcta al ordenarse la sentencia impugnada a la disolución del vínculo matrimonial, pues se vulneró uno de los fines esenciales del matrimonio como lo es la fidelidad, ya que sería contrario a la moral y al derecho pretender que se sostenga la validez de un matrimonio en tales

circunstancias, lo cual traería consigo una alteración del orden social y de las buenas costumbres.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca, Volumen LXXXV, Pág. 34.

Otra forma de comprobar la causal de divorcio pro adulterio es la sentencia penal que condena a los adúlteros, pues se debe de considerar como cosa juzgada en el juicio civil de divorcio, ya que por ser competencia de los Juzgados de Paz en Materia Penal, ya que la ley no concede recurso alguno en contra de las sentencias pronunciadas por estos, salvo el juicio de garantías. El juez de lo familiar podrá comprobar la causal con base en la comisión del delito de adulterio siempre y cuando se relacionen con los demás elementos de convicción traídos a juicio.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. ACTUACIONES PENALES, SU VALOR PROBATORIO.

El hecho de que exista relación entre las actuaciones penales derivadas del proceso seguido en contra de la demandada por el delito de adulterio, y la causal de adulterio invocada por su parte en su demanda inicial de divorcio, delito respecto del cual se dictó auto de libertad por falta de elementos, es circunstancia de que ninguna forma obliga al juez civil a no tener por demostrada la causal del adulterio pues la opinión del juez penal no obliga legalmente a que el juez civil emita la misma opinión, puesto que los juicios civiles cuentan con sus propias pruebas y las actuaciones penales sirven con meros indicios para la comprobación de los hechos, que deben ser tomados en cuenta y valorados por el juzgador civil, en relación con los demás elementos de convicción traídos a juicio.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca, Volumen CIII/CVIII, Pág. 110.

ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

El delito de adulterio requiere para su integración circunstancias especiales que no son necesarias para que el adulterio se considere como causa de divorcio de modo que el hecho de que en el respectivo proceso penal se haya absuelto al ahora quejoso, no implica que, como

una consecuencia necesaria debe tenerse por no probada la causal de divorcio fundada en el adulterio. Aún cuando los hechos de que haya conocido el juez civil pudieran ser los mismos de que conocido el juez penal, la absolución en el proceso penal no acredita por sí sola la inexistencia del hecho imputado, puesto que la absolución puede deberse a diversa causa.

Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, Volumen XXIV, Pág. 11.

Como podemos observar de las anteriores tesis jurisprudenciales, se concluye que mientras la sentencia sea absolutoria el juez civil no está obligado a sentenciar de la misma forma en que lo hizo el juez penal.

Cabe señalar que la sentencia penal condenatoria sirve de medio de prueba para el juicio de divorcio, en tanto, la sentencia que concede el divorcio, destruye el proceso penal debido a que ha quedado disuelto el vínculo matrimonial y por lo tanto la calidad de cónyuges desaparece.

DIVORCIO EFECTOS DE LA SENTENCIA DE.

El divorcio desliga completamente a los cónyuges quienes quedan en aptitud para contraer nuevo matrimonio y hacer cesar todos los efectos del procedimiento y de la sentencia que se haya dictado por el delito de adulterio; de modo que la acusación por este delito carece de base, si se ha dictado sentencia definitiva en el juicio de divorcio, concediendo este, puesto que desaparecen los motivos que el legislador tuvo para poner en manos del cónyuge ofendido, la acción encaminada a perseguir el adulterio, y por virtud de la sentencia, desaparecen los intereses o derechos que pudo tener el cónyuge ofendido para su acusación, puesto que si persiste en tal actitud, sólo está motivado por deseos de venganza, que no son propios para establecer la paz en las relaciones sociales, ni deben ser protegidas jurídicamente.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tomo LIV, Pág. 475.

Sin embargo, aunque la sentencia penal que condena a los adúlteros, favorece a la causal para su comprobación, no es indispensable pues se puede comprobar cualquier otro medio probatorio.

DIVORCIO, ADULTERO COMO CAUSAL DE. PRUEBA PRESUNCIONAL.

La prueba del adulterio puede hacerse por cualquiera de los medios que autoriza el Código de Procedimientos Civiles y no es necesario una sentencia que declare comprobada la existencia del delito y la responsabilidad de la persona que lo hubiese cometido. El divorcio origina una acción civil que puede ser demostrada como cualquiera otra acción ya que el actor se funda para pedir la disolución del vínculo matrimonial.

Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Tomo CXXVI, Pág. 629.

4.5 COMPARACION DEL ARTICULO 267 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL CON EL RELATIVO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS.

En nuestra República Mexicana, existen dieciocho Entidades Federativas que en sus Ordenamientos Penales existe el tipo del delito de adulterio, aunque esté condicionado para que sea punible y son los siguientes:

El estado de Aguascalientes en su artículo 249, Coahuila artículo 249, Colima artículo 239, Chiapas artículo 275, Chihuahua artículo 186, Distrito Federal artículo 273, Durango artículo 234, Guanajuato artículo 262, Hidalgo artículo 259, Jalisco artículo 182, Oaxaca artículo 256, San Luis Potosí artículo 294, Sinaloa artículo 238, Sonora artículo 179, Estado de México artículo 185, Tabasco artículo 251, Tamaulipas artículo 287, Zacatecas artículo 275.

El bien jurídico tutelado en el delito en cuestión es la fidelidad conyugal, cabe señalar que lo preceptuado acerca del delito en estudio en esas dieciocho Entidades Federativas se contrapone a ese bien jurídico protegido, dicho de otra forma, el adulterio se comete fuera del domicilio conyugal o sin escándalo, no es punible, pero lesiona el bien jurídico protegido por la ley, debiendo ser punible todo acto o conducta

que lleve a la infidelidad conyugal y en tal virtud debe de describirse la conducta del delito de adulterio sin condicionarla para su punibilidad.

A contrario sensu los estados que no lo contemplan son: Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

Las legislaciones antes mencionadas son de reciente creación con respecto a las demás de la República Mexicana, ya que las mismas fueron elaboradas en la presente década, por legisladores jóvenes que tratan de plasmar como parte integrante de aquellos solamente los actos jurídicos que dañan realmente a la sociedad. Y en tal virtud parece ser que el adulterio no es considerado como un acto dañoso a la colectividad, por lo que ya no es motivo de represión penal actualmente.

5.1.- ADHESIÓN AL CODIGO CIVIL DE LOS ELEMENTOS QUE DEBEN PROBARSE EN EL CASO DE ADULTERIO.

Dentro del presente capítulo, es necesario mencionar las lagunas que por así decirlo encontramos a lo largo de nuestra investigación, decidimos dejarlas para el final, porque constituyen nuestras conclusiones y propuestas, esperando sean tomadas en cuenta.

Observamos que en nuestro derecho positivo mexicano y sobre todo dentro de la vida social del país, el divorcio es considerado un mal necesario, es decir, ha sido tal su influencia que nuestro Código Civil regula estipulando una serie de causales que acrediten o no dicha figura.

Por ser tantas las causales decidimos enfocarnos sólo a la fracción I del artículo 267 del Código Civil, siempre fue regulada y nunca fu sustituida por alguna otra, debido a la gran importancia adquirida dentro de nuestro contexto social, a tal grado, que se equipara con un delito sancionado por la Ley Penal. Ante estas circunstancias sería conveniente se legislara un capítulo especial sobre esta fracción primera, ya que por ser contemplada en ambas legislaciones, tanto penal como civil, se llega a dar una confusión con dicha figura y su dificultad para su comprobación.

que lleve a la infidelidad conyugal y en tal virtud debe de describirse la conducta del delito de adulterio sin condicionarla para su punibilidad.

A contrario sensu los estados que no lo contemplan son: Baja California Norte, Baja California Sur, Campeche, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán.

Las legislaciones antes mencionadas son de reciente creación con respecto a las demás de la República Mexicana, ya que las mismas fueron elaboradas en la presente década, por legisladores jóvenes que tratan de plasmar como parte integrante de aquellos solamente los actos jurídicos que dañan realmente a la sociedad. Y en tal virtud parece ser que el adulterio no es considerado como un acto dañoso a la colectividad, por lo que ya no es motivo de represión penal actualmente.

5.1.- ADHESIÓN AL CODIGO CIVIL DE LOS ELEMENTOS QUE DEBEN PROBARSE EN EL CASO DE ADULTERIO.

Dentro del presente capítulo, es necesario mencionar las lagunas que por así decirlo encontramos a lo largo de nuestra investigación, decidimos dejarlas para el final, porque constituyen nuestras conclusiones y propuestas, esperando sean tomadas en cuenta.

Observamos que en nuestro derecho positivo mexicano y sobre todo dentro de la vida social del país, el divorcio es considerado un mal necesario, es decir, ha sido tal su influencia que nuestro Código Civil regula estipulando una serie de causales que acrediten o no dicha figura.

Por ser tantas las causales decidimos enfocarnos sólo a la fracción I del artículo 267 del Código Civil, siempre fue regulada y nunca fu sustituida por alguna otra, debido a la gran importancia adquirida dentro de nuestro contexto social, a tal grado, que se equipara con un delito sancionado por la Ley Penal. Ante estas circunstancias sería conveniente se legislara un capítulo especial sobre esta fracción primera, ya que por ser contemplada en ambas legislaciones, tanto penal como civil, se llega a dar una confusión con dicha figura y su dificultad para su comprobación.

5.2.- REALIZAR OBSERVACIONES AL LEGISLADOR, EN CUANTO AL CRITERIO TAN CERRADO PARA PODER ACREDITAR Y PROBAR EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Por lo que corresponde el presente apartado, hemos revisado infinidad de jurisprudencias, siendo las siguientes:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE PRUEBA INDICIARIA.

La presunción de la existencia del adulterio, no tratándose de una mujer pública, amerita la evidencia de actos amorosos de hecho o de palabra (como abrazos, besos o cartas), de un adultero para el otro, de lo que se deduzca esa situación, pero si en el juicio ninguna prueba se aporta para demostrar tales actos, se carece de indicios que hagan presumir fundadamente la consumación del adulterio aducido como causal de divorcio que se demande.

Amparo directo 5335/72. Andrés Ortiz Pérez. 5 de junio de 1974. unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez. Secretario Efraín Ochoa Ochoa.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 66 Cuarta Parte. Tesis: pagina 25. Tesis Aislada.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.

La acción de divorcio por adulterio fundada en el hecho debidamente probado de que la esposa dio a luz un hijo durante la ausencia del marido es procedente, por que dicho alumbramiento obedeció a relaciones adulterinas y, por lo mismo, no debe exigirse como requisito de procedibilidad que primero se obtenga en juicio autónomo, respecto al desconocimiento de la paternidad de dicho menor.

Amparo directo 4634/71. José Angel Arroyo Sánchez, 9 de julio de 1973. Mayoria de 3 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Desidentes: Ernesto Solís López y Rafael Rojina Villegas .

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 55 Cuarta Parte. Tesis Aislada.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.

Esta Tercera Sala, al contemplar las distintas hipótesis que pueden presentarse tratándose del adulterio, ha establecido que tratándose de la acción de divorcio no opera la prescripción sino la caducidad y que hay que distinguir entre el adulterio que se comete en un solo acto y el que revista el carácter de conducta permanente, continúa o sucesiva y subsiste al momento de promover el juicio. Que en el primer caso, que es el contemplado por la ley, la acción caduca a los seis meses de haberse enterado el cónyuge inocente de los hechos y en el segundo puede intentarse en cualquier tiempo, aunque dicho cónyuge se hubiere enterado antes de los seis meses que señala el código civil.

Amparo directo 6442/68. Roberto Yépiz Rosas, 28 de agosto de 1969, unanimidad de 4 votos, Ponente: Mariano Azuela.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 8 Cuarta Parte. Tesis: pagina 19. Tesis Aislada.

DIVORCIO ADULTERIO COMO CAUSAL DE. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).

Es cierto que la Tercera Sala de la Suprema Corte de la Nación ha sostenido que cuando se demande el divorcio invocando la causal de adulterio, debe admitirse la prueba indirecta para su demostración, ya que la prueba directa es comúnmente imposible; sin embargo, para que pueda considerarse acreditada en esta forma dicha causal, es indispensable que de los hechos demostrados pueda derivarse de manera lógica y consecuente la infidelidad del cónyuge demandado, pues debe de tenerse presente que para que legalmente las presunciones humanas sean aplicables como medios de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir, haya un enlace preciso mas o menos necesario. Por otra Parte, debe observarse que la fracción I del artículo 267 del Código civil del Estado de Coahuila menciona como causa que da origen al divorcio: "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges", lo que significa que las pruebas que aduzcan para demostrar la causal, deben de producir en el juzgador certidumbre que de uno de los cónyuges le fue infiel a otro, y que si los elementos de convicción allegados a los autos provocan dudas, incuestionablemente no debe de considerarse probada la causal de divorcio de que se trata. La causal de adulterio ésta señalada en la fracción I del artículo 267 del Código civil del Estado de

Coahuila. Tal precepto exige en términos claros, que para el efecto de que prospere la causal de divorcio, es necesario, que esta causal este "debidamente probada". La expresión que se acaba de transcribir se refiere a que las pruebas que se aduzcan para demostrar el adulterio, produzcan en el juzgador la certidumbre de que uno de los cónyuges le fue infiel al otro. Si los elementos de convicción allegados a los autos, provocan dudas y su valor es incierto, incuestionablemente no debe considerarse probada la causal de divorcio de que se trata.

Amparo directo 4705/71 Jesús Arnulfo Ramírez Robles. 7 de septiembre de 1972. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Séptima Época, Cuarta Parte:

Volumen 6, pág, 69. Amparo directo 825/68. Francisco García Koyoc. 20 de junio de 1969. 5 votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Instancia : Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Época: Séptima Época . Volumen 45 Cuarta Parte. Tesis: página 22.

Tesis Aislada.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE LA PRUEBA INDIRECTA PARA DEMOSTRARLA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido la procedencia de la prueba indirecta para demostrar el adulterio, dada la imposibilidad en la mayoría de los casos para hacerlo en forma directa, sólo para que pueda considerarse acreditada dicha causal es indispensable de que los hechos demostrados se puedan deducir de manera lógica y consecuentemente, la infidelidad que se le alegue, ya que para que las presunciones humanas merezcan fe, es menester que entre el hecho afirmado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso mas o menos necesario, al grado de que produzca en el juzgador la certidumbre de la existencia del hecho alegado; en el caso, lo mas que llegan a demostrar los testimonios aportados es que hubo un reconocimiento extrajudicial por parte del demandado y de la otra persona en relación con la vida extramarital que dicen llevaban, lo cual es insuficiente para evidenciar el adulterio que invoca la actora, por que no es la conducta infiel en su mecánica, la que se está demostrando en los testimonios, sino tan solo el reconocimiento de ellos y son dos cosas diferentes ejecutar una conducta y reconocerla.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 33/90. Juana García Díaz. 28 de Febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente Carlos Hidaigo Riestra. Secretario Jorge Quezada Mendoza.

Instancia: Tribunal Colegiado de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: octava Epoca. Tomo V Segunda Parte-1. Tesis: Página 186. Tesis Aislada.

Las cuales nos remite a que no podemos encontrar la forma en que el legislador se abstenga un poco de su papel y que mejor pueda asumir otras formas de interpretar el adulterio para acreditarlo y que sea una forma de llevar a cabo el divorcio, más bien sería crear una reforma en donde se plasmaran los elementos y no dejarla al arbitrio del juzgador la facultad de determinar la existencia o no del adulterio.

Cabe señalar que el criterio que se le acredita al juzgador, es decir, la amplitud de criterio, es otorgada por el legislador puesto que éste, quien de alguna forma estipula que el juez encargado de cada caso pueda dictaminar su forma muy particular de resolver un caso.

En este sentido hemos querido realizar la observación, de que el criterio de un juez varia mucho en torno a otro criterio de otro juez, es así como llega a haber una disparidad de decisiones. Lo que ocasionará que la impartición de justicia no sea equitativa, el juzgador puede dejarse llevar por situaciones personales y no ser objetivo como lo marca la Ley.

En el margen de criterio es lo que ocasionaría la subjetividad en los juzgadores, por ello hacemos un llamado para que el legislador sea el encargado de estipular en un apartado especial, los lineamientos que deben seguir, marcando un margen para evitar esta subjetividad de la que ya hablamos en párrafos anteriores.

CONCLUSIONES

1.- El adulterio es el incumplimiento de una obligación civil voluntario de Matrimonio que tiene que ser ventilado ante los tribunales civiles y por medio de leyes civiles. Toda otra conclusión sería contraria a la razón, a la ciencia y al derecho.

2.- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible acreditarla, por lo que se debe de admitir la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable.

3.- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba indirecta debe de encaminarse a demostrar precisamente la conducta infiel del cónyuge demandado, así como la mecánica del adulterio, por tanto la parte actora tiene la carga de probar en juicio las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los hechos.

4.- Para la comprobación de la causal de divorcio por adulterio, se requiere que exista una relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero, en el momento mismo del acceso carnal, dicha comprobación resulta imposible de acreditar, en el momento, lo cual se requiere para su comprobación, que el cónyuge culpable o la tercera persona confiesen haber tenido relaciones sexuales.

5.- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio el juzgador debe de ser más flexible en tomar en cuenta las presunciones de actos amorosos de hecho o de palabra (como los abrazos, besos o cartas), como medios de prueba que hagan presumir fundadamente la consumación del adulterio.

6.- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio la legislación mexicana únicamente toma en cuenta las relaciones sexuales entre hombre y mujer, pero hoy en día han proliferado las relaciones sexuales entre homosexuales, lo cual se debe de tomar muy en cuenta para que exista una reforma a la fracción I del artículo 267 del

País, en el sentido de que el adulterio únicamente se da por relaciones sexuales entre uno de los cónyuges y un tercero (entre hombre y mujer), sino también entre uno de los cónyuges y un tercero (entre hombre con hombre o mujer con mujer) . Lo anterior debido a que si uno de los cónyuges descubre a su cónyuge teniendo relaciones sexuales con un tercero de su mismo sexo, no puede solicitar el divorcio por la causal de adulterio, quedando el cónyuge ofendido en total estado de indefensión, y de todos modos nos encontramos en la hipótesis de la infidelidad, produciendo la desintegración del núcleo familiar.

BIBLIOGRAFIA

Belluscio Augusto César. Derecho de la Familia: nulidad e inexistencia, relaciones jurídicas personales entre cónyuges. Tomo II. Primera Edición. Editorial de la Palma Buenos Aires, México 1979.

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

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

Carranca y Trujillo, Raúl, Carranca y Rivas. Código Penal Comentado. Editorial Porrúa. México, 1994.

Carranca, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen III. Editorial Themis. Bogotá, 1959.

Cisneros, José Angel. Derecho Penal y Criminología. Trabajos de Divulgación. Primera Edición, Publicaciones Criminalia. México, 1990.

Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho: relaciones jurídicas conyugales. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, 1990.

De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa, México, 1988.

González Blanco, Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A.. México, 1980.

Jacques Soustelle. "La vida cotidiana de los Aztecas en visperas de la conquista". Editorial Fono de Cultura Económica. México.

León Mazeaud, Henry y Mazeaud Jean. Lecciones de Derecho Civil. La participación del Patrimonio Familiar. Traducido por Luis

Alcalá-Zamora y Castillo. Parte Primera. Volumen IV. Ediciones Jurídicas, Europa-América. Buenos Aires, 1969.

León Portilla, Miguel, Barrera Vázquez Alfredo, González Luis, De la Torre Ernesto, Velázquez María del Carmen. Historia Documental de México. Tomo I. Primera Edición. UNAM; 1964.

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

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

Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.

Pallares, Eduardo, El Divorcio en México. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México, 1984.

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

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

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo Y. Introducción, Personas y Familia. Vigésima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.