

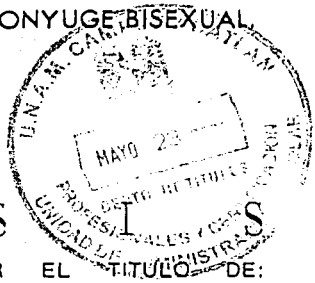
162



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO, EN TRATANDOSE CON CONYUGO BISEXUAL



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAUL HERRERA ROQUE

ASESOR: LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA

ACATLAN, EDO. DE MEX.

NOVIEMBRE 2001



TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PAGINACION DISCONTINUA

A mis padres, hermanos, hermanas,
con gratitud y cariño.

A Lety, mi esposa y compañera
con amor y respeto.

Al Lic. Antonio Vargas Salas
que con su paciencia y sobre todo
desinterés, me ha impulsado a
culminar una meta muy difícil,
que muchos no llegan a alcanzar.

Al Lic. Isidro Maldonado Rodea,
por su comprensión y apoyo para
llegar a la culminación de
esta tesis.

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN.....	I - III
-------------------	---------

CAPITULO I.- MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DEL ADULTERIO

1

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ADULTERIO	1
1.2 DESDE LA ROMA ANTIGUA, HASTA NUESTROS DÍAS	4
1.3 EL ADULTERIO EN OTRAS NACIONES COMO EGIPTO, GRECIA Y ESPAÑA	8
1.3.1 EGIPTO	8
1.3.2 GRECIA	10
1.3.3 ESPAÑA	14
1.4 CONCEPTO GENERAL DEL ADULTERIO	16
1.4.1 DEFINICIÓN	16

CAPITULO II.- ANTECEDENTES DEL ADULTERIO EN MÉXICO

19

2.1 LOS AZTECAS	19
2.2 ÉPOCA CORTESIANA	21
2.3 ÉPOCA INDEPENDIENTE	24
2.4 CÓDIGO CIVIL DE 1870	31
2.5 CÓDIGO CIVIL DE 1884	35
2.6 LEGISLACIÓN VIGENTE	37
2.7 ACEPCIÓN GRAMATICAL	38
2.8 DEFINICIÓN LEGAL	39

CAPÍTULO III.- EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

41

3.1	DEL ADULTERIO	41
3.2	JUICIO DE VALOR FRENTE A LA CONCEPTUALIZACIÓN GRAMATICAL DEL ADULTERIO	42
3.3	ELEMENTOS QUE COMPRENDEN LA CAUSAL DE DIVORCIO ARTÍCULO 267 FRACCIÓN I DEL CÓDIGO CIVIL	45
3.4	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO	47

CAPÍTULO IV.-

NECESIDAD DE ADECUAR LA FRACCIÓN I

	DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL	55
4.1	ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL DIVORCIO	55
4.2	ELEMENTOS PROBATORIOS QUE INTEGRAN LA CAUSAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO	59
4.3	PROBLEMA QUE SE PRESENTA AL APLICAR LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES EN LA CAUSAL DEL DIVORCIO POR ADULTERIO	61
4.4	ATENDIENDO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO	63
4.5	MARGEN DE ERROR AL APLICAR CRITERIO O JUICIO DE VALOR POR EL JUZGADOR	65
4.6	PROPUESTA A LA NECESIDAD DE ADECUAR LA REDACCIÓN DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL, EN TRATÁNDOSE DE CÓNYUGE BISEXUAL	66

	CONCLUSIONES	69
--	--------------------	----

	ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	71
--	----------------------------	----

INTRODUCCIÓN

Al estudiar la regulación jurídica que se contiene en el Código Civil, respecto de una institución tan importante como es la familia, resaltan dos hechos: Uno que las relaciones familiares son reguladas de manera muy escueta, por lo tanto, insuficiente y el segundo, que muchos preceptos se encuentran anquilosados.

La explicación a esos dos hechos puede ser que nuestro Código Civil en lo concerniente a la familia, tenga su origen en la Ley de Relaciones Familiares de principios de siglo, cuya esencia se toma del Código Napoleónico, que a su vez tiene una marcada influencia del Derecho Romano. En este último, el sustento de la familia, radicaba primordialmente en su forma de organización a través de las llamadas "DOMUS", donde el centro de toda relación familiar era decidido por el "Pater Familias", quien era la máxima autoridad, además de que era el único que podía ser considerado "hombre libre" con la capacidad suficiente para determinar el destino de los integrantes de esas "domus", ya que sus miembros giraban alrededor de sus decisiones, las cuales eran inapelables, en pocas palabras era un semi-dios o también llamado "amo absoluto". De tal forma que la sociedad romana no contemplaba causales de divorcio tan sofisticadas.

Al ir evolucionando el derecho, como otras ramas del saber científico, humanístico y cultural, sometido por las distintas sociedades y sus costumbres, es que se ha venido adecuando las relaciones familiares; sin embargo en nuestro medio aún es insuficiente el contenido, en esta materia, en los Códigos Sustantivo y Adjetivo; por estas razones consideramos que al penetrar en los laberintos de la historia, no

encontramos muchos antecedentes que nos pudiesen dar luz, sobre un tema tan delicado como es el divorcio que tiene como causal el adulterio, tal vez por ser hasta hace unos años, un tema tabú, pero que es necesario abordar, más que con el ánimo de crítica, con el ánimo de adecuar nuestra ley civil a una realidad que ya la rebasó.

Así cabe apuntar: Si la fracción I del artículo 267 del Código Civil contiene en su texto como causal de divorcio "el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges" es suficientemente clara, ¿será acaso necesaria su modificación?

Entonces podemos decir que el estudio sobre la misma nos lleva a sostener que es necesaria esa modificación, ya que ésta refiere la necesidad de que exista el adulterio de uno de los cónyuges; sin embargo no aclara cual es el alcance legal de tal definición, es decir, en nuestro concepto resulta insuficiente, por eso proponemos una adecuación mas ajustada a la realidad vigente, introduciendo elementos novedosos como las relaciones homosexuales, las cuales obviamente no son consideradas ni estimadas en nuestro Código Civil.

En suma pretendemos que al insertar una nueva redacción en la causal de divorcio en estudio, se minimice el grado de libre albedrío del juzgador, es decir, consideramos se debe limitar que se produzcan sentencias contradictorias, debido al criterio de quien juzga, para sujetarlo a una prueba tasada, rígida para el que juzga, pero medianamente adecuada para quien ejercita la acción de divorcio por la causal de adulterio, la cual desde siempre ha sido considerada como solo imputable al varón, lo cual en nuestros días, es mero espejismo de la historia; porque bien es sabido que la mujer en infinidad de casos, sostiene una relación

extramarital, no solamente con un varón, sino también es frecuente que la tenga con otra mujer.

Por las causas anotadas, justo debemos convenir en la adecuación de la fracción I del artículo 267 del Código Civil, relativa a su texto, porque de esa forma, podemos tener un elemento contundente al resolver las controversias que sobre el particular se presenten; por lo demás, no debemos perder de vista que esta causal se puede justificar con la llamada "prueba indirecta", es decir, de la suma de presunciones, que la conviertan en prueba plena.

Dejar al arbitrio del juzgador la procedencia de la acción, no es del todo saludable en nuestro sistema jurídico, por ello, debemos rediseñar nuestro derecho privado, adecuarlo a la realidad actual, sin importar signos religiosos, políticos o culturales, ya que la familia debe ser como antaño, el sustento y base de nuestro ser.

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL DEL ADULTERIO

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ADULTERIO.

Si entendemos el concepto "Derecho" como un producto social integrado por un conjunto de normas reguladoras del comportamiento de los individuos en sus relaciones con sus semejantes, es posible tratar de encontrar los orígenes mismos de la figura del adulterio, para ello es menester identificar las formas de regulación de la conducta de los hombres antiguos, hasta nuestros días y así lograr un mejor conocimiento del marco histórico y conceptual acerca del tema que aquí abordamos.

Las raíces históricas del adulterio las encontramos tal vez desde la aparición del hombre sobre la faz de la tierra; sin embargo solo haremos un breve recorrido por las páginas de la Historia Universal donde encontramos una constante que asume tanto en las culturas orientales como occidentales, y ésta es una definición de adulterio, la cual prevalece hasta nuestros días en la legislación mexicana, la definición dice:

ayuntamiento carnal voluntario establecido entre personas de ***distinto sexo***, cuando una de ellas, al menos, se encuentra unida a otra por el vínculo del matrimonio.

Como veremos, en distintos países se observa y reprime esta conducta antisocial en menor o mayor medida, desde una amonestación pública, hasta la muerte, por

ello es pertinente decir que existe discrepancia entre algunos doctrinarios porque unos proponen que el adulterio sea tratado por el derecho privado y otros por el derecho público, pero en suma, todos esos autores coinciden en que el adulterio ha existido, desde siempre, en todas las razas y culturas, no es privativo de clase social alguna, ni de ninguna posición económica, habiendo aparecido unido a la Institución del matrimonio, ya que sin la existencia de ese vínculo jurídico entre las personas, sencillamente no existiría el adulterio.

Para Groizard, el adulterio, más que un delito contra la honestidad, es un delito contra los deberes de la familia, de aquí su enorme trascendencia social.

Vicente Tajera (en su conocida monografía el adulterio), partiendo de la base de que todos los actos de la vida familiar pertenecen al orden privado, entiende que el adulterio debe ser objeto de sanciones civiles, no de sanciones penales.

El adulterio dice, ataca en muchos casos la Institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser también privadas y deben ser tratadas dentro del derecho privado en general.

Sin embargo, los intereses de la familia, la defensa de esta Institución no debe ser considerada como asunto privado.

Para González de la Vega, el objeto de la tutela penal en este delito radica en el interés de asegurar el orden matrimonial contra los daños o peligros causados por los actos adúlteros realizados en condiciones de grave afrenta contra el cónyuge inocente (escándalo o violación del domicilio conyugal).

1.2. DESDE LA ROMA ANTIGUA HASTA NUESTROS DIAS.

En Roma la muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio, como es lógico. La muerte debe equiparse al caso de la "capitis deminutio máxima", ya que un esclavo no puede ser parte en un matrimonio, sino en un "contubernium"; en cuanto a la "capitis deminutio media", normalmente significaba también la pérdida del "connuvium", de manera que produce, en tal caso, la degradación de las "iustae nuptiae" hasta el nivel del concubinato.

Además el matrimonio se disolvía en la Roma antigua unilateralmente por uno de los cónyuges mediante la "repudium".

Desde los triunfos sobre Cartago, es decir desde el momento que un espíritu cosmopolita reemplazó la austeridad rústica de antes, el divorcio se hizo cada vez más frecuente, el censor ya no se metía tanto en asuntos privados, y el nuevo individualismo disminuía la importancia de la familia.

La sociedad contemplaba el divorcio con creciente indiferencia y el principal freno quizás, era el miedo del marido para tener que devolver la dote.

Los escritos de Séneca, Tertuliano y otros nos demuestran que los Romanos del principado se casaban y divorciaban muy frecuentemente.

La tan alabada definición de Modestino referente al matrimonio como una "coniunctio maris et femine, et consortium omnis vitae; divini ete humani iuriscommunicatio", no era en tiempos de este jurisconsulto, sino nostálgico recuerdo de los siglos pasados.

Cuando a partir de Constantino, los Emperadores cristianos inician la lucha contra la facilidad del divorcio, no atacan éste cuando se efectúa por mutuo consentimiento.

Más bien combaten el "repudium" fijado las causas por las cuales un cónyuge puede obtener la disolución del vínculo matrimonial aunque la otra parte no consienta en ello.

En cambio se prohíbe o cuando menos, se castiga el divorcio efectuado contra la voluntad de uno de los cónyuges, si no se comprueba la existencia de una de las causas de divorcio limitativamente establecidas en la ley.

Justiniano sube al trono y se encuentra con cuatro clases de divorcio; para ninguno de los cuales se necesitaba una sentencia judicial:

El primero por mutuo consentimiento;

El segundo por culpa del cónyuge demandado en los casos tipificados en la ley;

El tercero sin mutuo consentimiento, y sin causa legal en cuyo caso el divorcio es válido pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio;

Por último la "bona gratia" es decir no-basada en la culpa de uno de los cónyuges, pero si fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio como pudiera ser la impotencia, la cautividad prolongada o inmoral, y voto de castidad.

Justiniano aporta nuevas restricciones a esta materia, castigando también el divorcio por mutuo consentimiento; pero con esto va más lejos de lo que permite su época, de manera que su sucesor tiene que derogar las normas correspondientes.

Sólo más tarde en la Edad Media el Derecho Canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones inaguantables el "divortium quod torum ade mensan, nom quoad vinculum" que significa: "divorcio en cuanto a cama y mesa pero no es cuanto al vínculo".

La declaración de nulidad por dispensas por no haberse consumado el matrimonio y el privilegio Paulino. La teología protestante generalmente admite el divorcio por adulterio, de acuerdo con el evangelio de San Mateo versículo 32¹.

En vista de la secularización del derecho matrimonial, se admite con creciente facilidad el divorcio por causas enumeradas en la ley, el divorcio por mutuo consentimiento e inclusive, en unos pocos casos, la repudiación unilateral.

¹ VERSICULO 32.- " Más yo hoz digo con quien quiera repudio a su mujer, si no es por causa de fornicación, se hace causa de adulterio con ella y el que toma una mujer repudiada comete adulterio ".

También debemos hacer notar como lo advertimos líneas arriba que Paulino ya permitía la admisión del divorcio; es entonces esta una de las principales raíces y antecedentes de divorcio por adulterio.

1.3. EL ADULTERIO EN OTRAS NACIONES COMO EGIPTO, GRECIA Y ESPAÑA.

1.3.1. EGIPTO.

Los antiguos egipcios consideraban al adulterio como un pecado, el cual se incluía en el Libro de la muerte, las mujeres eran tratadas generalmente igual por comisión del adulterio; sin embargo existen numerosos indicios sobre los castigos que le eran impuestos a la mujer adúltera, incluso podía ser condenada a la muerte en la hoguera, en tanto, no existe ningún antecedente sobre los castigos que pudiesen imponerse al varón.

El adulterio se sancionó con diversidad de penas dependiendo que el delincuente fuese el marido o la esposa. En un principio se castigó con la pena de muerte, posteriormente con la mutilación de la nariz a la mujer y con cien palos al hombre; en la comisión del adulterio mediaba la sanción que implicaba la castración o la falotomía.

Este último caso prevé la situación de violencia que las Legislaciones contemporáneas, al menos así sucede en la nuestra, se penaliza de manera diferente al adulterio.

La finalidad que perseguían los encargados de fijar la pena a la mujer adúltera es decir la mutilación de la nariz, era de alejar de ella a sus amantes pues se creía

que lo que impulsaba a cometer adulterio a los hombres era la atracción física que poseía la mujer, y por tal motivo una vez mutilada dejaba de ser atractiva para el hombre con quien cometió el delito.

Igualmente el adulterio de la mujer daba origen a que fuese despedida por su marido sin compensación alguna, en cuanto al esposo, hasta donde podemos saber, los Arcanos, la fidelidad del marido era tan esmerada como en cualquier cultura posterior y la posición de la mujer era más avanzada que en la mayoría de los países hoy en día ².

² Nuestra Herencia Oriental. Ed. Sudamericana, Buenos Aires 2ª. Ed. Jornada 1956, pág.86.

1.3.2 GRECIA.

En Grecia la familia tenía una gran importancia en la estructura social, dado que con la práctica de relaciones adúlteras la mujer ponía en peligro a ésta por la posibilidad que había de que introdujera sangre extraña a la misma.

Esta conducta era severamente castigada, el esposo tenía la obligación de repudiarla, quedaba excluida de los templos religiosos; si intentaba asistir a uno de ellos, cualquiera podía atacarla y despojarla de sus adornos, pero no podía ser mutilada o muerta.

El varón podía matar al cómplice de su mujer infiel o infringirle cualquier otro castigo como lo era el pago de una cantidad de dinero; sin embargo el adulterio del varón no era castigado a menos que dañara los derechos de otra familia.

Asimismo en Grecia la manera de sancionar el adulterio durante los llamados tiempos heroicos fue el derecho de venganza

ya que este delito se equiparaba al crimen, la pena era aplicada por el ofendido dando muerte al adúltero en el acto criminal, pero si el culpable escapaba, tenía el ofendido derecho de persecución contra aquél en su persona y aún en contra de su familia.³

³ DURÁN James, William "La civilización del extremo oriente", Ed. Sudamérica. Buenos Aires, 2ª. Ed, 1956, pág. 283

Esta forma de sancionar el adulterio entre el pueblo griego no era única, pues aplicar determinada pena dependía de la ciudad donde se realizará el acto delictuoso.

Así tenemos que en Esparta se permitía en ciertos casos el adulterio y según lo refiere Plutarco, legislador Espartano, Liturgo Gobernador, se esforzó en apartar de la unión matrimonial los celos y llegó incluso burlarse de quienes castigaban con el homicidio las infidelidades de las esposas, por ello, han llegado a afirmar varios autores que en la Esparta, el adulterio de la mujer no existía, según las costumbres que imperaban entre las sociedades primitivas, pues la mayoría de ellas, consideraban cuando menos, la falta de la fidelidad conyugal de la mujer, digna de una severa pena como ha quedado establecido en los pueblos que hemos visto.

En Atenas era radicalmente contraria la manera de ver el delito del adulterio a como era considerado entre los Espartanos, los Atenienses eximían de toda pena al marido que sorprendiera in fraganti a los adúlteros y tomará venganza.

Más Tarde el legislador Zeluco ordenó como pena que le fuera sacados los ojos a quien cometiera tal delito.

Posteriormente, asistió al marido una acción pública contra el adúltero, en dicha acción el ofendido podía tener una compensación con una base pecuniaria con el culpable pidiendo el primero retener a este último en calidad de esclavo mientras no pagase o no diese fianza si en la comisión del delito mediaba la violencia, el precio de la multa era el doble.

En Atenas se daba el caso como en la mayoría de los pueblos que hemos tratado, de no considerar como delito el que un hombre faltare a la fidelidad conyugal sin embargo la falta de la mujer era considerado como adulterio aunque ella no fuese casada, como es el caso de las concubinas.

Otros ejemplos de las diversas maneras de sancionar el adulterio entre los pueblos de la antigua Grecia eran las siguientes:

Entregar al adúltero a la risa e insultos del pueblo;
Pasear a los adúlteros en un asno;
Maniatar y arrastrar al reo por tres días a través de la ciudad;
Obligar a la mujer a sentarse once días consecutivos en el mercado ligeramente vestida etc.

También se dice que en Atenas Dracón y Solón se propusieron realizar la dignidad del matrimonio y combatir el adulterio, pero no se procedió con tanto rigor como en otras legislaciones pues se autoriza a la mujer para que se entregue a los más próximos parientes con el fin de encontrar descendencia con la venia del marido fuera de estas circunstancias en el Derecho clásico Griego no deja de ser castigado el delito del adulterio.

La pena era arbitraria y variada, pero se respetaba esencialmente el derecho de venganza del marido el cual podía acusar a la mujer ante el tribunal familiar que tenía posibilidad de decretarla muerte de la esposa.

En cuanto a Esparta, no puede hablarse de fidelidad conyugal ni de adulterio punible o al menos censurable.

Reveladora es la aseveración de Plutarco que en su vida de licurgo nos habla de que se favorecía el adulterio de la mujer a fin de que pudiera tener descendencia masculina.

1.3.3 ESPAÑA.

La mujer española tenía una consideración ante el derecho superior a la que tenía aún la mujer Romana, de aquí que si bien no se castigaba el adulterio del marido en el fuero juzgo, en el caso de que se haya cometido con la mujer casada, y entonces si tenía el adúltero hijos legítimos quedaban sus bienes para éstos y él puesto en poder de la mujer si había hecho en esta violencia y si no los tenía era puesto en poder del marido, lo que también ocurría cuando el adulterio se consumaba con sentimientos del cómplice.

Al igual que otros pueblos de esta época el Español sancionaba la comisión del adulterio y aunque habiendo diferencia en la penalidad considerando como tal la unión sexual de un hombre con una mujer casada, mediara o no la violencia física, siendo este último caso un delito de violación. Así consideramos que la penalidad aplicada al adulterio propiamente dicho, era la de entregar al marido ofendido al culpable.

Las Siete Partidas se refieren al adulterio en el Título Noveno que hace mención al divorcio, ley segunda que autoriza el divorcio por causa del adulterio y ordena al marido que tiene conocimiento de éste delito, acuse a su mujer, si no lo hace peca mortalmente.

La acusación deberá presentarse ante el Obispado o ante un Oficial suyo. Como quedó señalado aquí, es donde encontramos el divorcio por causa de adulterio regulado de manera más formal, más trascendental, incluso para otras legislaciones que rigen en la actualidad como la nuestra y la Española misma.

La solicitud de divorcio a causa del adulterio únicamente opera a favor del marido ofendido.

Las mismas Partidas señalan otras penalidades por éste delito las cuales veremos en Capítulo referente a México durante la Colonia.

1.4. CONCEPTO GENERAL DEL ADULTERIO.

1.4.1 DEFINICIÓN.

No hay definición legal de adulterio; se entiende en su acepción gramatical:

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

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas distintas:

A) Adulterio como casual de divorcio, y

B) Como delito cuando es cometido en la casa conyugal o con escándalo.

Probado el adulterio como casual de divorcio, el demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor; probado el adulterio como delito, el culpable será condenado con sanción privativa de la libertad.

Para que proceda el divorcio por la casual de adulterio, no es necesario que se reúnan los requisitos que exige el tipo penal, basta la comprobación del trato carnal del cónyuge, con persona distinta de su consorte, en cualquier circunstancia.

En la mayoría de los casos se dificulta la prueba plena, por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable "constituye prueba plena el registro de un hijo de un hombre casado habido con mujer distinta de su cónyuge, o cuando vive probada y públicamente con otra mujer" (Apéndice de jurisprudencia de 1917-1988 del Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, Tercera Sala p. 496)

González de la Vega indica que en su moderno significado general o común, que es el que corresponde al derecho civil, el adulterio es la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual, realizado entre una persona casada de uno u otro sexo y persona ajena a su vínculo matrimonial.

Por otro lado Agustín Verdugo en sus principios de Derecho Civil Mexicano, dice que el Derecho Canónico lo define como violación de la fe conyugal, considerándolo como un grave delito en cualquier circunstancia que sea cometido bien sea por una mujer casada que tenga acceso carnal con un hombre soltero o casado o bien cuando el hombre casado, lo comete con mujer casada o soltera. Adulterio es según la Iglesia "acesus ad alterius thorum".

Para Eduardo Pallares el adulterio consiste en la unión sexual que no sea contra natura de dos personas que no estén unidos por el matrimonio civil y de los cuáles una de ellas o las dos estén casadas civilmente, con un tercero.

De esta última definición se desprende que cuando el matrimonio se haya contraído según los cánones de la Iglesia pero sin las formalidades de la ley civil, la

infidelidad no constituye ningún efecto jurídico; ya que nuestro ordenamiento civil no le da valor ni reconoce de manera alguna al matrimonio puramente religioso y por tal razón no puede atribuirle acción cualquiera al cónyuge ofendido.

Igual problema surge en cuanto al acto material los criterios esenciales del adulterio presenta especiales dificultades.

En general para la consumación de este delito se exige ciertamente la cópula realizada en su forma natural de suerte que los besos las caricias y hasta los actos contra natura no constituyen.⁴

Tanto doctrinariamente, como en la legislación Civil y Penal el delito sólo existe como acto consumado, por que esa es precisamente, la esencia del acto, el que se consume.

Sin embargo como se verá en el punto referente a la jurisprudencia el juez goza de facultades discrecionales en la apreciación del elemento injurioso que constituye la causa del divorcio.

⁴ARRAZOLA, Lorenzo. Enciclopedia Española de Derecho y Administración. Tomo II Ed. 1849 Pág. 92

CAPITULO II

ANTECEDENTES DEL ADULTERIO EN MÉXICO.

2.1. LOS AZTECAS

Entre los Aztecas se consideraba adulterio únicamente la unión de un hombre con una mujer casada; pero no la unión de un hombre con una mujer soltera, ya que el trato de un hombre con mujer soltera, no era considerado como adulterio; sólo se reputaba violación del matrimonio el trato con mujer casada; el hombre no violaba con ello, su matrimonio si no solamente el de la mujer con la cual delinquía.

De igual manera el pueblo azteca castigaba con suma severidad el adulterio, ya que el mismo implicaba la pena de muerte para ellos, hombre o mujer, que incurriesen en el.

La muerte se ejecutaba mediante el aplastamiento de la cabeza a pedradas, siendo previamente estrangulada la mujer así mismo esta pena se aplicaba de manera general a todos y cada uno de aquellos que cometieran adulterio no importando que fuera hombre o mujer, nobles o plebeyos, pues ni siquiera los más altos dignatarios escapaban a este castigo.

La ley por más severa que pueda haber sido al igual que en nuestros días exigía sin embargo, que el crimen estuviera bien probado; no sólo el testimonio del marido era tenido por nulo, era necesario que otros testigos imparciales viniesen a

confirmar sus afirmaciones y él marido que mataba a su mujer, aún cuando la encontrará en flagrante delito, era castigado con la pena capital.

También se dice que el castigo de dar muerte a la mujer adúltera, y a su amante podía ser ejecutada por el marido ofendido quien podía elegir, no matar al hombre que cometió adulterio con su mujer y en su lugar cortarle la boca, la nariz y las orejas. Cabe destacar que en la cultura azteca el derecho de matar únicamente le correspondía al rey, así pues si una persona se tomase justicia por propia mano matando a los responsables de adulterio incluso tratándose del cónyuge ofendido encontrándolos en el acto mismo, este a su vez era muerto.

2.2. ÉPOCA CORTESIANA

Las legislaciones vigentes durante la época colonial en México eran las Siete Partidas así como también la Novísima Recopilación, leyes que se aplicaban con una autoridad muy superior, a la que les daba la ley escrita y en la práctica esos códigos eran los que se aplicaban para decidir la generalidad de los casos, en materia de adulterio la etapa colonizadora fue un medio idóneo para su proliferación, y por ende en este tiempo tal delito figura entre los que más procesos originaron.

Las penas que eran aplicadas durante este período variaban en rigor según el origen étnico de quienes incurrían en él sin embargo casi siempre su aplicación era por debajo de la pena señalada en las leyes.

La pena de muerte, muy común durante la época precolombina, no se aplicaba casi nunca, más cuando se imponía y se ejecutaba, predominaba la horca, la decapitación el garrote estrangulamiento por medio de una cuerda que se aplicaba con un torniquete y el fusilamiento.

Las Partidas señalaban en el Título XVII de la Séptima Partida lo relativo al adulterio en dieciséis leyes.

Se establece radical diferencia entre el adulterio del marido y la mujer, no castigándose éste.

La facultad de acusar se concede exclusivamente al marido, pero por su negligencia o tolerancia, si ella fuese porfiosa en la maldad, se autorizaba al padre, al hermano y al tío de la mujer para acusarla.

Sólo después de disuelto el matrimonio, por muerte del cónyuge o por otro motivo, se concedía acción popular.

El homicidio del adúltero sorprendido in fraganti por el marido, lo mismo que el de la hija y su seductor por el padre no eran punibles, si bien el marido debía entregar a su mujer al juez absteniéndose de matarla.

Las penas del adulterio eran las de la muerte para el hombre y la de azotes y reclusión en un monasterio y pérdida de la dote y las arras para la mujer.

La novísima recopilación aceptada únicamente como adulterio era el de la mujer casada y su cómplice, señalaba que sólo el marido tenía la facultad de querellarse, debiendo acusar a ambos adúlteros, en un plazo no mayor de cinco años, contados a partir de la comisión del delito.

Si sorprendía a los adúlteros en el mismo acto sexual, podía matarlos sin restricción alguna, pero fuera de éste caso quedaba obligado a acusarlos para reservarse a la justicia exclusivamente la imposición del castigo.

Al igual que en la época precolombina, durante la colonia, el adulterio era sancionado únicamente cuando era cometido por la esposa, si bien dejó de aplicarse la pena de muerte impuesta por el juzgador no así la impuesta por el marido en el acto adulterino mismo, ya que si el marido mataba a la adúltera y su

cómplice en tales circunstancias, no se hacía acreedor a pena alguna pues como a quedado señalado, la ley le otorgaba esa facultad.

Tenia si no acontecía así, la obligación de entregar a su mujer y a su amante a las autoridades para la aplicación de la justicia.

2.3. ÉPOCA INDEPENDIENTE.

Al consumarse la independencia de México en 1821, los gobernantes del nuevo Estado no tuvieron otra opción que dejar vigentes las leyes españolas que rigieron durante la colonia, las 7 partidas y la novísima recopilación, a fin de mantener la vida jurídica del país.

Las primeras inquietudes legislativas del nuevo gobierno estuvieron encaminadas a la creación de ordenamientos de índole política, pues en ésta en donde se había causado más conmociones al producirse la independencia.

El adulterio como hemos visto ha existido desde los albores mismos de la humanidad, primeramente como hecho delictuoso, sin olvidar claro está el repudio que practicaban algunos pueblos.

Por otra parte, muchos tratadistas acordes con esta distinción basan su postura al equiparar, por ejemplo, el fruto de una infidelidad de la mujer al robo, pues según Carrera "el que crea una falsa obligación a mi nombre y me obliga a pagar mil escudos a una hija suya, y el que introduce a una hija suya a mi familia, y crea la obligación a mi cargo de pagarle mil escudos a título de dote, no acierto a encontrar diferencia jurídica⁵.

Si nos guiamos como dice Carrera, por la incertidumbre de la legitimidad de la prole para sancionar el adulterio de la mujer, nos dice Bousquet:

"que tanto la buena lógica lleva a no castigarlo tampoco en la mujer ella no queda en cinta o cuando no esta en condiciones de ser fecundada."

⁵ CARRARA, Francisco "Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. III, Ed, Temis, Bogotá 1959, Pág. 272.

Otros dicen que el adulterio del hombre priva únicamente de un placer momentáneo a su mujer

"en nada se afecta su honor, ni tampoco su patrimonio y como ama y señora de su casa continua abrazando a sus hijos con la seguridad de ser su madre⁶."

En tanto que la infidelidad de la esposa, amén del escarnio crea el riesgo de alimentar prole ajena, mientras la frialdad de las sospechas, la hace esquivar los abrazos de sus hijos.

Otro motivo de la injusticia sufrida deja en la herida un veneno que tal vez la atormentará por el resto de su vida ⁷.

Esto es que el adulterio de la mujer crea en el esposo una inseguridad respecto de su paternidad y con ello se ven marcados los lazos de la familia, se debilitan y en ocasiones las más de las veces, se rompen al caer en divorcio.

La fidelidad a que se obliga, tanto el hombre como la mujer al contraer matrimonio no es proporcional al daño causado y por tanto, debe ser causa de acción, debe ser causa de una acción por parte del cónyuge inocente contra el que incurra en tal falta.

Si ambos cónyuges se deben mutua fidelidad y no en grados diferentes, aunque se le alegue la tolerancia que rodea frecuentemente en nuestras costumbres el adulterio del marido y esa afrenta no infiera al corazón de la esposa, es una lesión

⁶ Ídem. Pág. 284.

⁷ Ídem. Pág. 284.

tan viva como la que experimenta un marido engañado por su mujer, ante la moral la culpa es igual^B.

Esto viene a colación porque la legislación Mexicana, también manifiesta en sus ordenamientos post - coloniales tal diferencia y ello queda establecido en los Códigos de 1870 y 1884, así como también en la ley de relaciones familiares del 1917, esta última la incluiremos en el presente punto para, posteriormente analizar solamente el Código Civil vigente.

Iniciado por Don Miguel Hidalgo y Costilla el movimiento de Independencia en 1810, el 17 Noviembre de este año Morelos decreto en su cuartel General de "Aguacatillo", la abolición de la esclavitud. (I) Confirmando así el anterior decreto expedido en Valladolid por el cura de Dolores.

La grave crisis producida en todos los ordenes de disposiciones tendientes a remediar en lo posible la nueva y difícil situación se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia la mendicidad, el robo y el asalto, posteriormente (1938) se dispuso para hacer frente a los problemas de entonces, que quedarán en vigor las leyes existentes durante la dominación.

Como resumen de esta época queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delinquentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total las diversas constituciones que se suceden no ejercen ninguna influencia en el

^B ROJINA Villegas, Rafael "Derecho Civil Mexicano" Tomo II, Derecho de Familia Vol. II Antigua Librería Robledo, México, D. F., pág. 279.

desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas Instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado⁹.

El Gobierno en su noble empeño de que la Nación tuviera Códigos propios, el 28 de septiembre de 1868, formó una Comisión integrada por los señores Licenciados Antonio Martínez de Castro, José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M de la Zamacona que trajo teniendo como modelo de inspiración el Código Español de 1870.

La Comisión antes citada empleó dos años y cinco meses para formar el proyecto y en fecha 7 de Diciembre de 1871 fue promulgado como Ley bajo el nombre de "Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación".

Este ordenamiento se conoce como Código de 71 ó Código de Martínez de Castro y se afiló como su modelo a las tendencias de la Escuela Clásica. Estuvo vigente hasta 1929 y fue adoptado por la mayor parte de los Estados en ejercicio de su Soberanía.

El Código Penal de 1871 en su Título VI denominado "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres" en su Capítulo VI trata lo relativo al delito del adulterio y respecto del mismo concede a la mujer la acción criminal contra el marido, aunque con menos libertad que a éste pues el legislador inspirándose en el Código de las Partidas, pensó que aún cuando moralmente hablando cometen la misma falta el marido y la mujer culpables de adulterio causa

⁹ ABARCA, Ricardo "El Derecho Penal en México", 1941, pág. 109.

más daño ésta, ya que puede introducir herederos extraños al seno de la familia, circunstancia que no sucede con el adultero que tiene hijos fuera de su hogar.

En 1929 se expide el Código Penal conocido como Código Almaráz, en éste cuerpo de leyes, en su Libro Tercero Título Decimocuarto denominado "De los delitos cometidos en contra de la familia" en el capítulo III está reglamentado lo referente al delito del adulterio.

A diferencia del Código anterior que sancionaba el adulterio cometido dentro y fuera del domicilio conyugal, el código de 1929 reconoce únicamente el cometido en circunstancias de grave cinismo, o sea con escándalo, criterio que prevalece hasta nuestros días.

Siendo presidente de la República el Licenciado don Benito Juárez, se publicó el Código Civil de 1870 bajo el nombre "Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California" integrando la Comisión redactora de dicho ordenamiento, los C. C. Licenciados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé y que basándose en el respeto que la familia exigía, creyó conveniente que no se hiciese constar el nombre de los padres, salvo que estos lo pidieran prohibiéndose en forma absoluta que conste el nombre del hombre casado si el hijo fuere adulterino, y el del hombre así como también si una mujer en las circunstancias antes referidas daba a luz un hijo adulterino, la Ley no le tenía como tal, por tanto, en este caso figuraba el registro del marido.

Cierto es que se corría el peligro de que los hijos adulterinos aparecieran como naturales pero el legislador pensó acertadamente que era preferible ese mal y no el que acarreasen revelaciones más comprometidas para el cónyuge infiel.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 fue expedida por Don Venustiano Carranza en fecha 9 de abril de 1917 se publicó en el "Diario Oficial de la Federación" del 14 de abril del mismo año al 11 de mayo siguiente, entrando en vigor el mismo día.

Dejó regir el 1º de octubre de 1932 fecha en que entró en vigor el "Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales" según Decreto Publicano en el "Diario Oficial" del 10 de septiembre de 1932.

A esta ley se le consideró como un medio destructor del núcleo familiar Instrumento portador de la emancipación de la mujer en los aspectos económico jurídico y social.

Los tradicionalistas de la época objetaron que con tales reformas se atacaba la organización unitaria de la familia pues se equiparaba a la mujer en el mismo plano de igualdad que el hombre, lo cual a la postre es la ley vigente en nuestros días.

El matrimonio obtuvo la calidad de contrato perdiéndose con ello el concepto de Institución social que antes tenía; al mismo tiempo se facultó a la mujer para contraer y comparecer en juicio, concediéndosele además, sobre los hijos, la misma autoridad que la del hombre.

Se concibió el divorcio como un medio suficientemente fuerte y capaz de romper el vínculo matrimonial, aunque por desgracia no se le puede considerar un patrimonio de las sociedades más morales ya que puede ser correlativo de un

mayor número de adulterios, de ebrios consuetudinarios y de suicidios respecto a éstos dice Jacques-Bertillon

"Los suicidios y los casos de enajenación mental siguen en todos los lugares una progresión paralela a la de los divorcios."

Tal ordenamiento, sin embargo representa un paso decisivo en el progreso de nuestro Derecho Civil, pues además de los cambios de que se viene hablando, contempla el reconocimiento forzoso de la paternidad cuando hay posesión de estado; castiga a los padres que abandonan a sus hijos; suprime la antigua clasificación de hijos adulterinos e incestuosos encuadrándolos como hijos naturales, protege también los bienes del hogar prescribiéndolos como inembargables y concede a la mujer el derecho de arbitrase recursos para la subsistencia personal de la familia, a cargo del esposo e implanta el régimen de separación de bienes en el contrato del matrimonio. Esta legislación es el antecedente inmediato de nuestras leyes civiles actuales que nos rigen.

2.4. CÓDIGO CIVIL DE 1870.

En éste ordenamiento quedan regidas las causas de divorcio en el artículo 240 que dice:

I.- El adulterio de uno de los cónyuges.

II.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer;

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

IV.- El conato del marido o la mujer para corromper a los hijos a la convivencia para su corrupción;

V.- El abandono sin causa justa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años;

VI.- La sevicia del marido con su mujer o la de esta con aquél;

VII.- La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro.

Hasta aquí parece todo de iguales condiciones en materia de adulterio tanto para el hombre como para la mujer, sin embargo el mismo ordenamiento señala en artículos posteriores las dificultades siguientes:

Artículo 241 El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, salvo las modificaciones que establece el Art. 245.

Artículo 245 El adulterio no es causa precisa de divorcio cuando el que intenta esta convencido de haber cometido igual delito o de haber inducido al adulterio al que lo cometió. El juez sin embargo puede otorgar el divorcio si lo cree conveniente, atendidas las circunstancias del caso.

Artículo 242 El adulterio del marido es una causa de divorcio solamente cuando en el concurre alguna de las circunstancias siguientes:

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

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

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

IV.- Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o por su causa se haya maltratado de algún de esos modos a la mujer legítima.

Como vemos la diferencia queda marcada inmediatamente en el contenido inicial de los artículos 241 y 242 pues mientras en el primero se señala que el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio en el segundo dice que el marido solamente lo es cuando cumple con alguna de las cuatro circunstancias que señala con posterioridad fuera de las cuáles no cabe el divorcio por adulterio contra el marido, es decir que no siempre era causa de divorcio.

La fracción primera pide como único requisito el que se haya realizado la falta a la fidelidad conyugal en el domicilio conyugal aunque se hubiera cometido por una sola vez era suficiente para que solicitara el divorcio por adulterio del marido.

Contrariamente la fracción segunda pide como condición el que la relación que guarden los adúlteros sea de concubinato, y si entendemos como tal a la unión ilegítima de un hombre con una mujer libre que hacen vida en común sin celebrar matrimonio, desprendemos de aquí la fracción en cuestión pide como presupuesto que los adúlteros mantengan una unión, unas relaciones más o menos continuas y sostenidas brindando la apariencia externa de que la adúltera es la esposa usurpando con ella el lugar de la mujer legítima.

Es intrascendente el lugar donde el acto adúlterino fuera cometido.

Con relación a la fracción tercera se pide que el marido adúltero manifieste tal conducta para con su esposa que constituya una afrenta mayor para ésta, ya por la publicidad que le da a su falta, a tal grado que cause escándalo dentro de su ámbito social constituyendo una ofensa que rebasa los límites de la intimidad del matrimonio contra la esposa, minimizando el valor que como humano tiene toda persona.

Más parece que escudarse en la ley, el esposo podía inferir todas estas ofensas en suma extremas para que la esposa pudiera pedir el divorcio por adulterio.

Siguiendo con la tercera fracción, se consideró a la cónyuge como un ser inferior, indigno de la menor atención y respeto, pues aparte de que se pide de la mujer adúltera infiera ofensas contra ella; ya sea de palabra o de obra, es menester, si no ocurre así el escarnio sea sufrido por una persona ajena totalmente a esta relación.

Aquí procede el divorcio por adulterio del marido sin fundarse en una ofensa agregada por parte de él, sino se basa en un hecho de la mujer adúltera o lo que aún más extremo, este hecho puede ser también emanado de una tercera persona.

2.5. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Este ordenamiento mantiene inalterable las siete causas de divorcio enunciadas en el Código Civil de 1870 y agrega cinco más.

Asimismo en este Código se contempla por vez primera la posibilidad de que los consortes soliciten el divorcio por mutuo consentimiento.

En lo que a adulterio se refiere se sigue manteniendo en vigencia lo que establecía su antecesor de 1870. Incluso se repletaron las cuatro fracciones que enumeran las circunstancias únicas en que era posible pedir el divorcio por adulterio del marido.

Es preciso hacer notar que ambos Códigos el de 1870 y 1884 aceptan el divorcio pero únicamente como separación de cuerpos es decir prevalecía el vínculo conyugal conservándose las obligaciones inherentes al matrimonio solamente tiene como consecuencia este tipo de divorcio, la separación corporal de los cónyuges extinguiéndose con ello la obligación de vivir juntos y por tanto la imposibilidad de hacer vida marital.

Lo anterior se desprende de los artículos 239 y 226 de los códigos de 1870 y 1884 respectivamente que disponían

"el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; no suspende algunas de las obligaciones civiles como son la fidelidad suministro de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias."

La idea de mantener al matrimonio con la característica de insoluble, que le distingue en ésta época manifiesta una voluntad protectora hacia él, como base de la familia de la sociedad, idea mantenida hasta nuestros días por algunas legislaciones del mundo y por el derecho canónico que es a fin de cuentas el iniciador de tal postura, si tomamos en cuenta que en esta época se practicaba la teocracia.

En lo que a divorcio voluntario se refiere que como ya señalamos es en este Código donde se reglamenta originalmente, regía igualmente el divorcio por separación de cuerpos, cuando los consortes de común acuerdo desearan separarse del lecho y habitación "deberían acudir ante el juez para que éste la decretara, no siendo bastante el simple hecho de la separación para considerarse como efectuado el divorcio, sino que este debía ser declarado por autoridad judicial competente" ¹⁰

¹⁰ ROJINA Villegas, Rafael "Derecho Civil Mexicano " Tomo II Derecho de Familia Volumen II antigua librería Robledo, México, D. F., pág. 279

2.6. LEGISLACIÓN VIGENTE.

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 26 de marzo de 1928, y que entró en vigor el día 10 de octubre de 1932, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 1º de septiembre de 1932, contempla la fracción I del artículo 267 en la que establece:

"Son causales de divorcio: El adulterio debidamente probado de alguno de los cónyuges."

De lo anterior se desprende que el Código Civil que rige hasta nuestros días, se limitó a recoger los conceptos de los anteriores Códigos en la materia, pero sin reparar en la existencia misma de la contra-natura humana, en virtud de que es de sobra conocido, que existen diferentes preferencias sexuales y sus clases como son: "el homosexualismo"; "el bisexualismo"; "el heterosexualismo"; "la transformación y mutación sexual", etc.

Lo anterior provoca la necesidad de adecuar la legislación civil que data del año 1928, por los constantes cambios en la forma de pensar y conducta de obrar del ser humano en la que ahora se insiste mantener la igualdad del hombre y la mujer, pero no solo en el aspecto netamente humano, sino jurídico.

2.7. ACEPCIÓN GRAMATICAL

La Real Academia de la lengua Española señala que adulterio del latín *adulterium* es el ayuntamiento carnal ilegítimo del hombre con una mujer siendo uno de los dos o ambos casados. Por delito que comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, el que yace con ella sabiendo que es casada.

Esta acepción gramatical refiere al ayuntamiento carnal de un hombre con una mujer, pero nada nos dice cuando ese ayuntamiento se da entre hombre con hombre o mujer con mujer, de ahí la ausencia de un concepto idóneo para definir a esta figura desde el punto de vista jurídico, pues el juzgador en todo momento debe atender a la descripción gramatical como juicio de valor, lo que deja impune la conducta desviada si así se quiere calificar, de las relaciones sexuales entre personas de un mismo sexo.

2.8 DEFINICIÓN LEGAL.

Sabido es que el adulterio de *ad alter thorum*- es yacer ilícitamente en el lecho ajeno. Es el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados.

"yacimiento que ome faz a sabiendas con mujer casada o desposada con otro"

Según la definición de las Partidas (VII, título 17 ley 1^{ra}.) Beccaria Voltaire, Filangiere, Prissina, entre los clásicos Manzini contemporáneamente, han sostenido la inutilidad de la punición penal del adulterio.

Pero aunque se conozca lexicográficamente la connotación de la palabra "adulterio" otra muy distinta es lo que jurídicamente se debe entender por ella.

Entre nosotros la fracción I del artículo 267 del Código Civil refiere que es causa de divorcio el adulterio **debidamente probado** de uno de los cónyuges lo cual es indicativo de la necesidad de trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido, o la inversa, del hombre casado con mujer que no sea su esposa.

Para considerar el adulterio como casual de divorcio, éste debe ser plenamente probado.

En materia de adulterio pues, no es posible otorgar la compleja red histórica con ideas Españolas que sostienen que es más grave el adulterio de la mujer, que del hombre porque debe atenderse a la naturaleza del ser. Para el tema estudiado debemos anotar que el adulterio es como definición legal, la relación carnal de un hombre o una mujer, con persona distinta al marido o la esposa, sin importar las circunstancias de ser ejecución o consumación pues la legislación civil lo único que exige es esa relación extramarital, sin importar las condiciones de su relación.

CAPITULO III

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

3.1. DEL ADULTERIO.

Hemos referido antecedentes históricos, conceptuales y gramaticales, lo cual permite observar que el adulterio tiene dos clasificaciones, una civil y otra la penal.

Algunos Códigos penales suprimen esa figura por considerar fáctica y jurídicamente imposible su prueba así lo hacen en la República Mexicana los Códigos de Michoacán (1962), Puebla (1943), Veracruz (1947), y Yucatán (1938); y en toda la América lo anterior en el aspecto penal pues los elementos del tipo penal exigen que ese adulterio sea precisamente en el **domicilio conyugal** o con **escándalo** materia en extremo ardua y de casi imposible probatoria.

En cambio para la clasificación civil solo se exige la comprobación plena de la casual sin tener importancia el lugar tiempo o modo de ejecución, solo basta acreditar el trato carnal de un hombre con una mujer casada o la inversa y para ello como la prueba directa es comúnmente refractaria, se apela a la prueba indirecta, de indicio o de presunción lo que importa al Legislador es el hecho de acreditar por cualquier medio la existencia de relaciones carnales extramaritales pues de entender que la sociedad no puede darse el lujo de tolerar al infiel, como medio de protección integral para su propia existencia y valor, por ello afirmamos que el adulterio es un mal social, como una lacra de la cual debe desprenderse esa sociedad, so pena de corrupción y desintegración.

3.2 JUICIO DE VALOR FRENTE A LA CONCEPTUALIZACIÓN GRAMATICAL DEL ADULTERIO.

En el mundo fáctico tanto el postulante, el juzgador, el Agente del Ministerio Público, el Jurista pueden enfrentar la cuestionante ¿será procedente el adulterio solo cuando se cumpla la hipótesis contenida en la definición gramatical y legal de esta figura?.

Es obvio que debemos de recurrir al juicio de valor que admita a la norma como la expedición de un deber ser para que esa norma sea válida.

El anterior contexto, cabe establecer que el juicio de valor que se llegará a aplicar no puede de forma alguna encontrarse en un sistema libre de apreciación, si no por el contrario, debe encontrar su respuesta en un sistema legal o tasado, los elementos que debemos reunir, deben satisfacer los siguientes principios:

- I.- El derecho debe realizar los valores morales.
- II.- El derecho debe tener como fin en su aplicación, la realización de la justicia.
- III.- El derecho debe tener como finalidad el establecimiento de un orden y dar seguridad jurídica al gobernado.
- IV.- El derecho tiene como desiderátum el bien común.

Ahora bien, el juicio de valor debe recoger los anteriores argumentos que derivan de la relación entre la moral y el derecho porque ambos son regulatorios de la conducta del hombre; por esa causa cuando el legislador toma en cuenta los propósitos e intenciones, lo hace con visión de estabilidad social, no movido por cuestiones éticas; sin embargo al recurrir por conceptos y descripciones legales y gramaticales surgen inevitablemente los principios sociales, morales y éticos en consecuencia, estimamos sana la mezcla de unos y otros para arribar precisamente a un juicio de valor que esté impregnado de los valores propuestas y así emerger a una conclusión de justicia, porque finalmente la aplicación del derecho arroja como fin la realización de ciertos valores morales.

En esencia, asumiendo las circunstancias del hecho generador de la conducta, en nuestro concepto debe prevalecer el juicio de valor, frente a la descripción gramatical del adulterio, pues consideramos que es más lato el primero de ellos viendo que la esencia de lo justo abarca las tres clases preponderantes: La justicia legal (o justicia en sentido amplio) y sus dos formas restantes, la distributiva y la conmutativa.

Las reglas anteriormente expuestas no limitan la esencia de lo justo, son simples fórmulas de interés abstracto a las que nunca se responde de un modo absoluto. Cada caso es distinto y los dos más semejantes que sea dable imaginar, difieren entre sí como las hojas de un mismo árbol.

Las leyes escritas también son abstractas enunciados generales incapaces de proveer todas las situaciones que en la práctica pueden presentarse.

La norma y la vida no siempre coinciden.

Así lo justo será lo que es conforme a 1 ley, lo injusto será lo ilegal y lo desigual.

Lo justo legal, se aparta a veces de lo justo absoluto.

El caso nuevo no encaja dentro del molde viejo, y si el juzgador no quiere ser injusto al aplicar la ley de modo estricto ante el postulante debe proponer basado en circunstancias absolutas previamente valoradas, hechos claros y concisos surgidos de un juicio de valor, para que ese juzgador recurra a la equidad en busca de un correctivo adecuado.

Es por estas razones es que reiteramos la importancia de comparación entre definiciones gramaticales jurídicas, morales éticas etc.

Para dar a cada cual lo que le corresponde, es necesario que tanto el juez como el jurisconsulto o el simple destinatario de un precepto legal, estén capacitados para estimar críticamente la bondad intrínseca de éste; y en su calidad de seres libres, tienen la facultad de cumplir con él o de violarlo, se opone a sus convicciones personales.

En esta pugna de formación y de criterio, debe imperar el principio de seguridad jurídica con el sacrificar del Interés moral particular ya que al ver la descripción del legislador en cuanto al adulterio no podemos sino pensar en una incompleta definición que puede dar lugar o margen para concluir dogmáticamente que la conducta no se ubica en la hipótesis legal descrita en la ley, cuando un elemento no se actualice, veamos: dijimos que el adulterio es el ayuntamiento carnal habido entre dos seres de diferente sexo, cuando uno es casado, aquí surge la interrogante ¿y cuando ese ayuntamiento es con un ser del mismo sexo? Necesario resulta entonces recurrir al juicio de valor propuesto.

3.3 ELEMENTOS QUE COMPRENDEN LA CASUAL DE DIVORCIO ARTÍCULO 267 FRACCIÓN I DE CÓDIGO CIVIL

Art. 267 Fracción I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

Así como los principios supremos de la lógica pura se fundan en los correspondientes de la Ontología General, los supremos principios de la lógica jurídica encuentran sustento en la ontología formal del derecho.

Los elementos descritos por la norma:

El adulterio debidamente probado.- Asume el principio de identidad ya que el juicio que afirma un objeto consigno mismo es necesariamente verdadero.

Pero también contiene una contradicción, ya que por un lado ésta el adulterio, por el otro, introduce como elemento "**debidamente probado.**"

De lo cual surge el hecho de que dos juicios en un mismo enunciado, no pueden ambos ser verdaderos, pero a la vez si ambos se contradicen, no pueden ambos ser falso bajo el principio de **tercero excluido.**

En otras palabras al existir el adulterio, trae consigo el ineludible hecho de ser probado, por ende, el elemento debidamente probado, resulta innecesario y se presta a confusión, ya que como se dijo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acepta la prueba indirecta, comúnmente refractaria a la verdad que se busca; pero se reitera, es admisible, en el caso del adulterio civil.

Sobre este punto cabe determinar que el elemento adulterio debidamente probado resulta complementario, pues bien puede existir el adulterio, pero en caso de no ser probado, carece de importancia el texto debidamente probado.

Ahora bien ¿qué debemos entender por "dεδbidamente" probado?, acaso existe lo indebidamente probado.

Entonces debemos partir de esta contradicción de la norma ya que por un lado permite y por otro lado prohίbe al mismo sujeto la misma conducta.

Por lo tanto la norma prohίbe el adulterio, y por otro lado lo permite, pues limita su procedencia hasta en tanto sea debidamente probado.

Es por consiguiente incorrecto, interpretar este elemento en un sentido normativista absoluto ya que incluso el criterio jurisprudencial permite no la prueba plena como justificante de su existencia sino la simple prueba indiciaria precisamente por la curiosa dificultad que representa lo debidamente probado.

3.4 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SOBRE EL ADULTERIO COMO CASUAL DE DIVORCIO.

120 DIVORCIO ADULTERIO PERMANENTE COMO CASUAL 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 por seis meses después de concluido tal estado, pues de otro modo se llegaría al absurdo de que si dicho estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente que haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediable esa forma de agravio.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época Vol. 73 Cuarta Parte: Enero 1975 Tercera Sala Pág.94.

Esta jurisprudencia en nuestro concepto, lejos de proteger al cónyuge ofendido, lo limita a cierto tiempo que es el de seis meses, pero no de que las relaciones extramaritales hayan tenido inicio, sino se debe interpretar en el sentido de que de respecto de esas relaciones, el cónyuge inocente tiene conocimiento y al tener ese conocimiento, cuenta con seis meses para acudir al juicio de divorcio.

Lo anterior supone otra interrogante y esta es ¿cómo saber el momento en el que el cónyuge ofendido ha tenido conocimiento de la conducta adulterina de su otro cónyuge?.

La solución debe ser pragmática y aceptar, por parte del juzgador, la manifestación que haga ese cónyuge inocente, puesto que sostener lo contrario, daría pauta para que el agresor, quedase impune al precluir el derecho de su contraparte si han transcurrido más de seis meses.

121 DIVORCIO, ADULTERIO COMO CASUAL 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 casual invocada es el adulterio que se ha venido cometido 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 éste comenzó, ya que en tales condiciones, el término de seis meses dentro del cual se puede ejercitar la acción de divorcio, va comenzando a correr minuto a minuto, mientras dure esa vida adulterina, 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.

Informe. 1974 Tercera Sala Pág. 29

Esta jurisprudencia nos sitúa en una posición muy sui generis que nos da claridad respecto de la anterior tesis y se observa que se da mayor capacidad legal al cónyuge ofendido para hacer valer sus derechos, ya que el hecho de que la Ley Civil contemple el lapso de seis meses, se debe a que el Legislador estimó que en

ese período de tiempo, las personas comunes piensan sobre sus relaciones conyugales o cuando menos pueden acudir a un asesoramiento legal sobre el particular.

Consideramos pues, acertado el criterio que se sostiene en la tesis transcrita, dando así la posibilidad legal de contar con un instrumento legal que se ajusta a nuestra realidad.

122.- DIVORCIO, ADULTERIO COMO CASUAL DE PRUEBA.- El adulterio como casual para demandar el divorcio, es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge demanda habido con persona distinta a su esposo legítimo, porque aun cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente la casual, en cambio sí hace prueba plena en cuanto al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsistía el vínculo matrimonial queda deducida la existencia del adulterio, que es una consecuencia de aquel hecho, y establecida la presunción relativa a la existencia de la casual invocada.

Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época Vol. CXXI, Cuarta Parte. Julio 1967 Tercera Sala. Pág.39.

Esta tesis recoge el principio de la presunción legal, que pretende encontrar la verdad legal que se busca, partiendo de un indicio, relacionado con otros indicios, para así conformar una prueba plena, ya que aquí debemos apuntar que el nacimiento del hijo natural, debe constar que el padre y la madre son los que presentan ante el Oficial del Registro Civil, al nacido y ambos lo reconocen, ya que

en caso de no existir en el acta de nacimiento la firma de alguno de los que se presentan como padres a dicho registro, invalidaría dicha prueba como presuntiva de adulterio.

124. - DIVORCIO, ADULTERIO COMO CASUAL DE.- Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y el adulterio como delito sancionado por la ley penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo haber sido en el domicilio entre el cónyuge demandado y un tercero constituye casual 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.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala, Pág. 491.

La tesis transcrita es sumamente explícita, ya que es común que el adulterio en la materia penal, resulta casi imposible de probar dado el requisito de que debe ser en el domicilio conyugal aunque se haya introducido otra variante "o con escándalo".

Suele suceder que existen muchos adulterios en la casa conyugal; sin embargo, normalmente no se sorprende al adulterino, salvo que se tenga la completa seguridad de su conducta.

Es más fácil que se pueda dar el **escándalo**, pero no es lo normal, por ello es muy raro que se pruebe el adulterio, penalmente hablando.

Por las anteriores razones, consideramos un acierto que se otorguen ciertas facilidades al cónyuge ofendido, para que cuando menos, pueda probar en la materia civil, con la prueba indirecta.

126. - DIVORCIO, ADULTERIO COMO CASUAL 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 adúltero para el otro juicio ninguna prueba se aporta para demostrar tales actos, se carece de indicios que hagan presumir fundadamente la consumación del adulterio aducido como casual de divorcio que se demande.

Boletín Año I junio, 1974 Núm. 6 Tercera Sala. Pág. 83.

Esta tesis presupone cuando menos que existan indicios que hagan presumir la conducta del adultero, ya que no basta la sola imputación al demandado para que la acción prospere.

Lo anterior encuentra su justificación legal bajo el principio que nos dice "el que afirma, está obligado a probar".

129. - DIVORCIO, ADULTERIO CONTINUADO COMO CASUAL DE FECHA EN QUE EMPIEZA A CORRER EL TERMINO DE LA PRESCRIPCIÓN.- Cuando en autos esta 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 esto corresponde probarlo a quien opone la excepción; por lo que al no cumplirse con esa exigencia procesal se obra en forma correcta al ordenarse en la sentencia impugnada 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 las buenas costumbres.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época Vol. 85
Cuarta Parte. Enero 1976 Tercera Sala. Pág. 34.

Esta tesis es otro acierto, ya que la carga de la prueba la arroja a quien pretende eludir su responsabilidad legal en la causal de adulterio, ya que si de por sí, es en extremo complicado, probar el adulterio, más lo sería probar la fecha en que cesaron esos actos, ya que se estaría obligando al demandante a probar un hecho negativo, lo cual no es permitido por nuestra legislación procesal civil vigente.

130. - DIVORCIO, ADULTERIO COMO CASUAL DE.- Si bien es cierto que adulterio admite prueba indirecta para demostrar la infidelidad del cónyuge culpable, según el criterio sustentado por este alto tribunal, esto no quiere decir que el actor que de revelado de la carga de acreditar en el juicio las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se produjeron los hechos, de los cuales se pretende deducir

que el culpable tuvo relaciones sexuales con persona distinta de su cónyuge, tanto para que el tribunal pueda apreciar la conducta Indebida que se le imputa al demandado, como para que pueda determinar si la acción se ejercitó oportunamente, o sea, que no había caducado precisamente la prueba de esas circunstancias la que permitiera concluir si se probó el hecho del adulterio.

Semanario Judicial de la Federación Séptima Época. Vol. 86 Cuarta Parte. Febrero, 1976 Tercera Sala Pág. 35.

La anterior tesis pone de manifiesto una vez más, que la carga de la prueba corresponde al que afirma un hecho, resulta necesario pues, que se especifique no solo en el escrito de demanda, el lugar, modo y tiempo en que suceden los hechos, sino que es pertinente probar los mismos. Esto se puede lograr como se dijo, a través de la prueba indirecta, es decir, si se aporta como elemento de juicio un atestado del registro civil donde aparezca reconocido el nacimiento de un hijo habido fuera del matrimonio, hace innecesario que se especifique el lugar, modo y tiempo en que tuvo lugar el adulterio, ya que ello sería materialmente imposible de probar y se convertiría en una trampa legal.

Por las anteriores razones, podemos presumir que la tesis en comento, va dirigida mas bien a hechos que pudieron haber sido captados por los sentidos y por terceras personas o cuando en un alarde de impunidad, el cónyuge culpable hace público su adulterio, que es lo que se necesita probar.

131. - DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE ACTUACIONES PENALES SU VALOR PROBATORIO.- El hecho de que exista relación entre las actuaciones generales derivadas del proceso seguido en contra de la demanda por el delito de adulterio, y la causal del adulterio invocada por su contraparte en su demanda inicial de divorcio, delito respecto del cual se dictó auto de libertad por falta de méritos, es circunstancia que de ninguna forma obliga al juez civil a no tener por demandada la casual de 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 como meros indicios para la comprobación de los hechos, que deban ser tomados en cuenta y valorarlos por el juzgador civil, en relación con los demás elementos de convicción traídos a juicio.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 103-108
Cuarta Parte, Julio-Diciembre 1977 Tercera Sala Pág. 110.

Constituye un principio generalmente aceptado que las actuaciones habidas en un proceso penal, sean tomadas en cuenta como indicios en la materia civil; por consecuencia se tiene que al igual que la acción, la excepción se debe probar plenamente, máxime tratándose de una causal de divorcio. En estas condiciones, no se puede exigir al juzgador de la materia civil, que se pronuncie en el mismo sentido que invoca el de la materia penal, ya que efectivamente cada proceso tiene reglas diferentes para valorar los elementos de convicción que se hacen llegar por las partes, de ahí, lo justificado de la tesis que comentamos.

CAPITULO IV

NECESIDAD DE ADECUAR LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL.

4.1. ANÁLISIS DOCTRINARIO DEL DIVORCIO.

Como es sabido desde la época de la Roma arcaica y aún desde los tiempos primitivos, los conceptos, definiciones, formas y procedimientos, ha venido evolucionando unas veces lento y otras las más, vertiginosamente, en el derecho en general.

Como el tema que nos ocupa no escapa de esa evolución, consideramos esta perspectiva que efectivamente existe la necesidad de adecuar la fracción I del artículo 267 del código civil para identificar a esa acción más plenamente es decir, insertando a la ya establecida "en tratándose con cónyuge bisexual".

La diferencia propuesta pretende abarcar el contenido del derecho consistente en una descripción aguda de esta casual ya que por desgracia ni en la ley sustitutiva ni en la ley adjetiva civiles, se proporciona definición alguna y todo se deja al prudente arbitrio del juzgador, de ahí el hecho y justificación de ampliar el contenido de la casual de divorcio en estudio, con el evidente propósito de no dar margen al juzgador de imponer su juicio de valor, sino por el contrario el propósito mismo es englobar y sujetar a ese juzgador a una razonada administración de justicia, es decir desde el momento mismo de la propuesta de la acción como una facultad jurídica, una relación jurídica una posibilidad de inquietar y porque no de corregir al infiel sea cual fuere su origen.

Muchos jurisconsultos han pretendido descubrir varias definiciones insistiendo en afirmar que se puede definir al divorcio desde diversos ángulos, diferencias o perspectivas queriendo establecer desde la definición gramatical hasta una definición jurídica pasando por una definición filosófica que utiliza el método indicativo.

Unos afirman que el divorcio se puede conceptuar como una simple separación o distanciamiento entre la pareja.

Otros sostienen que el divorcio es la simple divergencia de ideas es decir que no existe punto de coincidencia en ellas, lo que determina precisamente ese divorcio.

Para nosotros es de interés solo el aspecto jurídico por lo que podemos afirmar que de acuerdo con la legislación Mexicana, el divorcio es la culminación de la disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro; sin embargo, en algunos regímenes matrimoniales se comprende dentro del término divorcio la mera separación de cuerpos sin disolución del vínculo jurídico que une a la pareja.

Por otra parte, estimamos que desde el punto de vista jurídico, la causal de divorcio en estudio, produce la obligación de separación, hasta en tanto la acción se deduce, porque no estamos frente a un derecho público subjetivo, es decir oponible al Estado, sino a una relación privada de la pareja por lo tanto la acción que se intenta ante los tribunales, debe ir precedida de una separación física, en aras de una salud mental, que por lo demás, no implica el incumplimiento de ninguna obligación civil.

La acción de divorcio es un "derecho potestativo" o sea el poder jurídico de crear un estado de sujeción y ser capaz de producir una nueva situación jurídica.

Entendamos que el derecho potestativo al que hacemos referencia, le falta por completo lo que es característico de los derechos subjetivos, que presupone una obligación a cargo del sujeto pasivo.

En suma, mediante el derecho potestativo el actor da vida a la condición para la actuación de la ley, en este entendido los tribunales por regla general no actúan de oficio ya que el ejercicio de la acción procesal esta encomendada a las partes y el divorcio no es la excepción a la regla ya que como método o medio para romper el vínculo jurídico con las exigencias procesales que le dan origen.

El divorcio en suma es pues en nuestro concepto, la demostración del interés del matrimonio al cual tiene implícito la necesidad de preservar el orden social exigiendo la prueba plena de los hechos en materia de la controversia.

Lo anterior es de fácil entendimiento ya que desde siempre ha existido el interés de la sociedad en preservar la célula atómica del matrimonio como fundamento base y justificación de la existencia de esa sociedad.

En suma ha de existir una verdadera necesidad de anteponer obstáculos y trabas a ese divorcio porque se entiende que es un mal social, aunque muchos doctrinarios lo definen como un mal necesario, esta justificación pudiera más bien encaminarse al aspecto filosófico pues más bien va encaminada a justificar la

presencia del divorcio debe entenderse como una obra peligrosa creada por el legislador para justificar un mal social.

4.2. ELEMENTOS PROBATORIOS QUE INTEGRAN LA CASUAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO.

Los elementos para la comprobación del adulterio como casual de divorcio, van dirigidos más bien a la prueba indirecta o de referencia porque la prueba directa es comúnmente imposible para demostrar la culpabilidad del infiel ya que la casual solo refiere el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges; en estas condiciones justo es convenir que cualquier medio de prueba reconocido por la ley como puede ser la documental (acta de nacimiento del hijo habido fuera del matrimonio), la testimonial (deposado de personas dignas de crédito que afirmen el estado de hijo habido fuera del matrimonio) la de posiciones (aceptación de una relación extramarital sin necesidad de la flagrancia), etc.

En pocas palabras la prueba indirecta es la usualmente aceptada por los tribunales para determinar la procedencia de la acción que se deduce.

Por lo tanto debemos de acreditar la existencia en primer término del vínculo jurídico que une a la pareja lo cual se logra mediante el acta de matrimonio (no puede haber adulterio, como consecuencia de un concubinato).

En segundo término debemos acreditar con los elementos de prueba que hemos descrito anteriormente, una relación infiel de cualquiera de los dos cónyuges (vía indirecta).

En tercer lugar que el adulterio sea solo de uno de los cónyuges porque evidentemente frente a la ley no se puede decir que ambos cónyuges sean culpables, porque la ley sustantiva solo faculta al inocente para ejecutar la acción respectiva.

4.3 PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN AL APLICAR LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN LA CASUAL DE DIVORCIO POR ADULTERIO.

El problema que se presenta para determinar si es procedente o no la casual de divorcio por adulterio conlleva al litigante a la necesidad de influir en el ánimo del juzgador tanto como sea posible con relación a la existencia del divorcio por adulterio según sea el caso.

Ahora presentamos un ejemplo hipotético: ¿será procedente la casual de divorcio cuando la relación extramarital sea con persona del mismo sexo? ¿una mujer? comete adulterio al tener relaciones con otra mujer ¿el hombre que guste (sic) de tener relaciones extramaritales con otro hombre, provoca la procedencia de la casual de adulterio?.

Muchos tratadistas contemplan como hemos visto, al adulterio como la mera infidelidad, pero ¿acaso una caricia un beso entre personas del mismo sexo, es común y corriente?.

Entonces el problema se traslada al juzgador quien atendiendo al caudal probatorio debe determinarse si en su concepto tales actos constituyen causa de divorcio y ahí es en donde surge el problema que consiste precisamente en el juicio de valor, el cual por obvio es distinto en cada ser pensante.

Siendo sabido que en nuestro sistema jurídico existe la valoración de las pruebas adoptando un sistema mixto, es decir, el tasado y el libre; sin embargo esto nos lleva al problema del criterio que aplica el juzgador, por ello insistimos en la necesidad de adecuar las hipótesis legales a la conducta del hombre actual, y así no dar márgenes de error en la valoración de los elementos probatorios de la causal de divorcio por adulterio por considerar a esta como la afrenta máxima que pueda recibir el matrimonio como institución social y jurídica.

4.4. ATENDIENDO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

La naturaleza jurídica del matrimonio se encuentra contenida de los artículos 139 al 265 del Código Civil para el Distrito Federal por lo que debemos distinguir que existen varias clases de matrimonio; civil, clandestino, consumado morganático, por poder y rato.

Todos ellos tienen una definición así vemos que el civil es el contraído con sujeción a las normas establecidas en la legislación civil; el artículo 130 de la Constitución dispone que el matrimonio es un contrato civil y que este y los demás actos del estado civil de las personas, son de exclusiva competencia en los términos prevenidos por las leyes, teniendo la fuerza y validez que los mismo les atribuye.

En una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que puede definirse como un acto bilateral solemne, el cual surte efectos entre las dos partes que lo contraen de realización voluntaria de sexo distinto, con el propósito de convivir perfectamente.

Se denomina canónico al matrimonio celebrado con arreglo al código de derecho canónico (codex iuris canonici) que tiene carácter de obligatorio y que desde el punto de vista de la Iglesia católica es un sacramento, ese contrato matrimonial solo puede celebrarse entre bautizados siendo su fin primario la procreación y educación de la prole y su fin secundario de la consuplencia (Cánones 1012 y 1013).

Clandestino.- es aquel en cuya celebración se han omitido los requisitos referentes a la publicidad.

Consumado.- Aquel en el que los cónyuges se han unido carnalmente luego de su legítima celebración.

Morganático.- Es el contraído entre personas de polarizado extracto social.

Por poder.- Es el que se lleva a efecto por la intervención de su apoderado para tal fin.

El rato.- es aquel que contempla como válida la unión matrimonial pero que no se consuma la unión carnal.

En síntesis el matrimonio es la unión legal de dos personas de distinto sexo que lo realizan libre y espontáneamente con la finalidad de inherentes ya descritas.

4.5. MARGEN DE ERROR AL APLICAR CRITERIO O JUICIO DE VALOR POR EL JUZGADOR.

Hemos visto en el ejercicio jurisdiccional, sentencia o resoluciones acerca de un mismo punto de controversia, y en no pocas ocasiones sostenida con criterio aún opuesto, el uno del otro; claro ejemplo de ello son las resoluciones de las contradicciones de tesis jurisprudenciales.

Todo orden normativo concreto subordina la actividad intelectual del jurisconsulto a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores; pero como hemos visto la tarea de valoración no es fácil, aunque las más de las veces se soslaya en su profundidad, lo que da lugar a la aparición de un margen de error.

Puede suceder que para un juzgador la conducta desplegada y que se cuestiona de alguno de los cónyuges, solo sea meritorio de llamar la atención (un beso, una caricia, una palabra una seña o conjunto de todas ellas) pero no son suficientes para declarar procedente la acción deducida. Para otros estos extremos son sin lugar a dudas el pleno justificante de la infidelidad conyugal.

Nosotros diríamos que los fines y valores de lo jurídico, van encaminados a tratar de poner obstáculo tratando así de evitar la ruptura medular del matrimonio, consideramos por otra parte que en la casual de divorcio por adulterio se deben atender con todo cuidado y esmero, aspectos teológicos de la relación de la pareja., procurando entender esa finalidad en el actuar, pero también vigilando las circunstancias fácticas que rodean el mundo existencial del matrimonio.

**4.6. - PROPUESTA A LA NECESIDAD DE
ADECUAR LA REDACCIÓN DE LA FRACCIÓN I
DEL ARTICULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL
EN TRATÁNDOSE DE CÓNYUGE BISEXUAL.**

Proponemos como redacción de la fracción I del artículo 267 del código civil. La siguiente:

Actual fracción I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

Propuesta a la fracción I.- El adulterio probado cometido por alguno de los cónyuges, habido con persona distinta al matrimonio sea cual fuere el sexo de aquellos.

Esta propuesta se justifica porque en ella se prevé la amplitud de la posible relación adulterina porque visto esta que en los tiempos actuales han aparecido con fuerza inusual homosexuales, lesbianas y todo género de desviaciones (mal llamadas preferencias sexuales).

Además se retira el término "debidamente", ya que frente a la ley, invariablemente existe la obligación de "probar debidamente", como elemento de procedencia de la acción que se deduce, porque sostener que se pueda probar "indebidamente" es una aberración jurídica que hay que superar en esta redacción.

En otras palabras la realidad actual que enfrentamos nos permite visualizar al tercerista ajeno a la preferencia sexual de la pareja haciendo notoria su aceptación por una sociedad indiferente, anacrónica y decadente por ello, es importante dar una descripción más amplia a la fracción I del artículo 267 del Código Civil.

Como se aprecia la ley sustantiva debe en nuestro concepto superar criterios vagos e imprecisos con la idea de amplitud propuesta, ya no se tendría que recurrir a ningún juicio de valor puesto que la redacción comprende a todo genero de persona ajena al vínculo del matrimonio.

En otras palabras, no todos los matrimonios son iguales, como no es igual la sociedad en su conjunto, por estas razones afirmamos que no bastan los valores como sustento de los fines, por ello se exige que el hombre refleje con claridad sus metas y con ello se obtiene el resultado que pretende o quiere realizar.

Entonces vemos que el margen de error al aplicar criterios del juzgador, se reduce en gran medida si se toman en cuenta dos aspectos fundamentales:

A). - En lo que concierne a la actividad del legislador, resulta particularmente claro que el despliegue de está exige no solo la correcta intuición de los valores jurídicos y humanos sin que permita interpretación lógica con lo que quiere y con el deber ser

B.- En el antecedente de la residencia natural de los hechos los conceptos subjetivos de significación axiológica destaca el carácter abstracto de la rigidez de las percepciones relativas al medio socioeconómico en el que se desarrollan las relaciones maritales, la costumbre, las maneras los usos la tradición.

El papel de la **equidad** tan admirablemente señalada por el estagirita en la reforma¹¹, y en la ética nicomaguea¹² confirman la tesis de que los órganos del Estado no pueden llevar a buen término sus respectivas funciones si no toman en cuenta las exigencias de los valores jurídicos y humanos.

¹¹ ARISTÓTELES, Retórica 1374, 4^a., II-1374b.

¹² ÉTICA NICOMANGUEA V. 10.

La eficacia de la aplicación de los preceptos del derecho dependerá entonces del agudo análisis del mundo fáctico de la controversia a resolver, pero inevitablemente existirá el margen de error que no se puede atribuir a otro concepto que no sea el ejercicio de la actividad intelectual del juzgador.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desde los tiempos remotos, ha existido la preocupación por guardar y preservar el orden jurídico que rija las relaciones entre los hombres. Así es creado el Estado, cuya meta fundamental es el bienestar social; pero más allá de ese bienestar, se encuentra toda una estructura de Instituciones, organizaciones, asociaciones, juntas, que entre si procuran un fin lícito.

Nosotros pensamos que el matrimonio es una Institución, base y sostén de la familia, por ello el legislador se ha preocupado por captar las posibles dificultades y relaciones entre los individuos, acertando en cada artículo o capítulo, disposiciones que han sido diseñadas como medidas precautorias o previsibles.

Es pues nuestro Código Civil, reflejo de esas relaciones entre los particulares, en este ordenamiento se señalan cuáles son los derechos y obligaciones de unos y otros; sin embargo, las circunstancias previstas en ese cuerpo de leyes, data del 26 de marzo de 1928 y entró en vigor el 10 de octubre de 1932, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1° de septiembre de 1932.

SEGUNDA.- Es entonces fácil entender que hasta nuestros días, las costumbres y relaciones entre los hombres, han ido evolucionando, cambiando, adecuándose, pero nuestro Código Civil, cuando menos respecto del divorcio, poco se ha ocupado, como si se quisiera minimizar su impacto o tal vez, en el otro extremo, es tan cotidiano promover demandas de divorcio, que ya no nos sorprende bajo qué causal se intente.

Ante esta realidad, resulta indiscutible que el divorcio por adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, es prácticamente imposible de probar con la prueba directa; por ello, proponemos una adecuación a la redacción de la fracción I del artículo 267 del Código Civil, atendiendo primordialmente al hecho de que cada vez con mayor frecuencia, las personas manifiestan abiertamente sus preferencias sexuales, ya es común ver en la calle a homosexuales vestidos de mujer ofreciendo sus servicios al mejor postor. En otras palabras existe un total relajamiento de la moral social, ya que son aceptados cada vez más, las lesbianas, homosexuales, transexuales y toda clase de desviaciones, mal llamadas, preferencias sexuales.

Pero también es inobjetable que debemos prever esas conductas en nuestro derecho privado, proporcionar mayores elementos de juicio al impartidor de Justicia, tratando de evitar en la medida de lo posible la aplicación de criterio, sino más bien, se busca la aplicación de la ley.

TERCERA.- Al realizar este estudio, nos podemos percatar que proponemos una sencilla, pero significativa modificación a nuestra legislación civil, con el ánimo de que desaparezcan las más de las injusticias, debido a requisitos sofisticados que a nada práctico conducen y se prestan a manipulaciones perversas, en el mayor de los casos en detrimento de la mujer, que si bien es considerada como igual frente a la ley, no menos cierto es, aunque con nada honrosas excepciones, el llamado lado débil o que menos recursos tiene para demostrar sus afirmaciones; por lo que pensamos que dotar de un instrumento modificadorio, es y resulta adecuado para que en todo caso, se pueda examinar la conducta del otro, derivada de una relación homosexual.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

MONTERO Duhant, Sara, Derecho de Familia, Edit. Porrúa.

CHÁVEZ Ascencio, Manuel, Matrimonio, Edit. Porrúa.

GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Edit. Porrúa.

ROJINA Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Edit. Porrúa.

PALLARES, Eduardo, El divorcio, Edit. Porrúa.

DE PINA, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa.

MARGADANT, Floris, El Derecho Romano, Edit. Esfinge.

DICCIONARIO de la Real Academia de la Lengua Española.

LA VIDA COTIDIANA de los Aztecas en vísperas de la conquista, Edit. Fondo de Cultura Económica.

MENDIETA y Núñez, Lucio, Derecho precolonial, Edit. Porrúa.

DICCIONARIO Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN