

731
29

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO



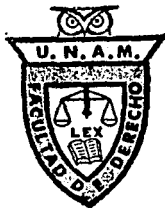
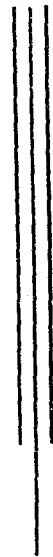
“LA TRASCENDENCIA DE LOS EFECTOS DEL ADULTERIO EN MATERIA DE DERECHO FAMILIAR”

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

MARIA CRISTINA SHIMIDZU PEREA



México, D.F. FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA AUXILIAR DE
EXÁMENES PROFESIONALES 1988



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	I
I.- EL ADULTERIO	1
A) Concepto	1
B) Antecedentes Históricos	6
II.- EL ADULTERIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	21
A) En el Derecho Penal	22
B) En el Derecho Civil	31
III.- INSTITUCIONES DE DERECHO FAMILIAR RELACIONADAS CON EL ADULTERIO	38
A) Matrimonio	38
B) Divorcio	47
C) Filiación	56
D) Patria Potestad	62
IV.- LOS EFECTOS JURIDICOS DEL ADULTERIO EN MATERIA CIVIL	66
A) Como causal de divorcio	66
B) Como impedimento para contraer matrimonio	70
C) Como causa de nulidad de matrimonio	73
D) Efectos civiles de la sentencia penal de adulterio	80
CONCLUSIONES	88
BIBLIOGRAFIA	91

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

El adulterio y sus efectos jurídicos con respecto a las instituciones que se relacionan directamente con su comisión, constituye a mi juicio, un tema en el que además del interés que desde el punto de vista jurídico puede suscitar, también implica una posibilidad real de profundizar en aspectos relacionados con el propio adulterio que inciden en otras instituciones reguladas por nuestra legislación, principalmente con la del matrimonio, la filiación y el ejercicio de la patria potestad.

De acuerdo a lo anterior, en la elaboración y estructuración de este trabajo, me he fijado como propósito primordial, por una parte el de plasmar la regulación del adulterio en nuestra legislación y por otra, un análisis de las consecuencias jurídicas en el ambiente del derecho civil; sin embargo, y por la íntima relación que guardan dichas consecuencias con el tipo delictivo regulado en nuestra legislación penal, abordo los aspectos que considero más trascendentes en esa relación.

En este contexto, y partiendo de la premisa de que el adulterio en el derecho positivo mexicano es regulado de acuerdo a los efectos que tiene su comisión, doy de manera general los efectos que dicha comisión entraña. Para ello, y mediante una breve descripción de esos efectos, he procurado mostrar la serie de consecuencias de orden civil y penal, tanto con respecto a los adúlteros como a los cónyuges y sus descendientes; estos aspectos, a mi juicio constituyen el tema central de este trabajo, y por ello el título que le he dado.

Nadie ignora las repercusiones en el orden social que entraña el adulterio como tal. En la medida - que nuestra legislación pueda adecuarse a las condiciones sociales que nos rigen, se avanzará en una mejor solución de la problemática que enfrenta la regulación de esta figura.

En mi opinión, como podrá verse en el desarrollo del tema y en sus conclusiones, se hace necesaria, -- una revisión legal de las consecuencias o efectos jurídicos del adulterio. Si las aportaciones que contiene este trabajo coadyuvan a ello, estimo que el objetivo primordial, lo habrá cumplido.

C A P I T U L O I

EL ADULTERIO

A) CONCEPTO.

Antes de entrar en materia, con el objeto de establecer el concepto de adulterio que servirá como base para el desarrollo de este trabajo, estimo pertinente abordar algunas consideraciones importantes respecto del tema que se plantea.

En el Derecho Familiar, la figura jurídica del matrimonio da origen a una relación entre los cónyuges - que reviste diversas facetas, mismas que en su mayoría - están reconocidas por nuestra legislación, estableciendo se específicamente su regulación; sin embargo, existen otras que no han sido recogidas por dicha legislación, - aún cuando forman parte esencial del propio vínculo matrimonial.

A este respecto, Planiol y Ripert, citados por Galindo Garfias (1) nos explican que "El matrimonio crea para cada uno de los esposos deberes morales. Estos deberes no han sido transformados en obligaciones legales, sino en la medida posible para asegurar su sanción..."

Tales deberes, aunados a los que expresamente reconoce la norma jurídica, ya sea en forma expresa o -- tácita, permiten dar firmeza y validez a la institución, principalmente al establecerse sanciones jurídicas para

(1) GALINDO Garfias Ignacio. Derecho Civil, Méx. 1987 pag. 531, Editorial Porrúa, S.A.

lograr aún por medio de la coacción, cuando ella es posible, el exacto cumplimiento de los deberes que, siendo de contenido fundamentalmente ético, constituyen la estructura orgánica del matrimonio.

Atento a lo anterior, Galindo Garfias (2) concluye que "...el matrimonio forma un estado entre los consortes constituido por un conjunto de vínculos que imponen deberes y derechos que no pueden ser renunciados por la sola voluntad de las partes, permanentes, recíprocos, y que establecen un conjunto de relaciones de contenido ético y jurídico."

Los derechos y deberes a que se ha venido haciendo referencia no son ni han sido fijos o estáticos ya que, al igual que la ciencia del Derecho, la legislación familiar debe amoldarse al devenir histórico-social del hombre y ajustarse a las ideas y valores que prevalecen en una época determinada.

Así como se corroborará más adelante, al examinar los antecedentes históricos del adulterio, la dualidad que actualmente existe respecto de su esencia jurídica y su ubicación dentro del derecho civil o penal, no siempre se ha manejado de igual manera y por las tendencias que se presentan es probable que dicha figura llegue a ser sustraída del campo del derecho penal.

Entre los deberes que el matrimonio impone a los cónyuges, tradicionalmente se han contemplado:

(2) Idem

- a) El deber de cohabitación;
- b) El deber de fidelidad, y
- c) El deber de asistencia.

De ellos, el deber de fidelidad es el que sufre menoscabo al presentarse la conducta del adulterio, que - si bien no ha sido definida expresamente en nuestra legislación, ha sido contemplada de la siguiente manera por -- los diversos autores:

Etimológicamente, la palabra adulterio proviene del latín *adulterium* del verbo *adulterare*, y sólo de manera figurada significa "viciar, falsificar alguna cosa."

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba (3) "En -- nuestro lenguaje usual vale tanto como 'ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados'".

El Diccionario Jurídico Mexicano nos señala que la acepción adulterio en el lenguaje común "...se entiende que es la relación sexual de una persona casada con -- otra que no es su cónyuge." (4)

Como se ha mencionado, nuestra legislación no define expresamente el concepto de adulterio, sin embargo, dentro de la tesis jurisprudencial que encontramos bajo -- el rubro "Adulterio, elementos del delito de." (5) se manifiesta lo siguiente, con respecto al concepto que nos -- ocupa: "la infidelidad de un casado consiste en su acceso carnal (coito), con persona ajena a su matrimonio..."

- (3) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, A. Edit, Ancalo S.A. Buenos Aires 1976, pag. 531.
- (4) Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I A-B, Edit. Porrúa S.A., Mex. 1985 Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (5) Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, vol. CXI, Segunda parte, Sept. de 1976, Primera Sala, pag.17

Abundando a este respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido (6) que "A pesar de la ausencia de definición sobre el delito de adulterio, - que en general se nota en todos los ordenamientos que rigen en la República, para su caracterización jurídica se ha tenido a su significación gramatical ordinaria; es decir, la prueba se ha dirigido a demostrar las relaciones extra maritales de los cónyuges y aunque estas por su propia naturaleza son de muy difícil justificación en un proceso, son susceptibles de apreciarse a través de determinadas - circunstancias que no dejan duda alguna respecto al acreditamiento de aquellas relaciones íntimas con persona ajena a la ligada por el vínculo conyugal."

Por su parte, Joaquín Escriche (7) nos menciona que el adulterio es "El acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra -- persona; o el acceso carnal que un hombre casado tiene -- con otra que no sea su mujer legítima o una casada con -- otro hombre que no sea su marido." y nos ilustra que en las Partidas españolas, en la 7a. de la Ley 1, título 17 se define al adulterio como "yerro que home face yaciendo a sabiendas con mujer que es casada con otro..." (8) entrando a continuación a explicar el porqué de la exclusión del adulterio del varón casado, lo que será examinado detenidamente al referirme a los antecedentes del adulterio.

Igualmente, Escriche nos refiere que en el derecho Canónico se consideraba la existencia del adulterio cuando "El hombre y la mujer a sabiendas tienen acceso --

- (6) Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXI, volumen CXI. Segunda parte. Sept. de 1966, Primera Sala pag. 17.
- (7) ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación Y Jurisprudencia pag, 28 Editora e Impresora Norbaja -
- (8) California, Ensenada Baja California 1974.

entre sí estando los dos o uno de ellos casado con otras - personas." (9) definición en la cual es importante destacar que no se hace referencia directa al deber de fidelidad y que se exige que los adúlteros tengan cabal conocimiento del vínculo matrimonial que une a uno de ellos o - a ambos con otras personas.

Planiol y Ripert (10) nos dicen que el Código - Civil Francés al referirse al adulterio, distingue un --- elemento material, consistente en las relaciones sexuales con una persona distinta al cónyuge, y un elemento intencional, la libre voluntad de cumplir el acto en cuestión, señalando que a pesar de que existe una distinción entre el adulterio como delito penal y el adulterio como causa de divorcio (adulterio civil), la figura del adulterio -- en ambos casos es la misma. A este respecto cabe mencionar que lo que distingue en nuestra legislación al adulterio penal del civil, es que en el primero se exigen con condiciones objetivas de punibilidad consistentes en la realización del hecho en el domicilio conyugal o con escándalo, mismas que se han analizadas en el Capítulo II. Con referencia a lo anterior, Planiol y Ripert (11) abundan - sobre la relación del adulterio civil y penal al decir - "ahora bien, si la definición del adulterio es la misma - en materia civil que en materia penal, en cambio no hay - ningún lazo de dependencia entre el delito y el hecho que constituye causa para el divorcio.

Por último, si bien el adulterio es una figura única, su regulación en la legislación mexicana se ha dado tanto en materia civil como en materia penal, por lo - que en la doctrina se ha clasificado al adulterio, como - civil y penal.

(9) ESCRICHE Joaquín, op. cit. pag. 161

(10) PLANIOL Marcelo y Jorge RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés Tomo II, Edit. Cultural, S.A. Habana 1946, pag. 932

(11) Idem

B) ANTECEDENTES HISTORICOS.

Tal como se menciona en el apartado precedente, las diversas legislaciones han contemplado al adulterio - dentro del campo del Derecho Civil, del Penal o de ambos, a pesar de que la esencia del concepto no varía en el -- tiempo ni en el espacio.

Es importante recalcar, aún con riesgo de ser - reiterativa, que la ubicación del adulterio en el campo - de lo civil o lo penal ha tenido una tendencia progresiva que va de los más severos castigos en la antigüedad a la despenalización de esta figura en algunas de las legisla- ciones modernas.

Así, al entrar al estudio de los antecedentes históricos del adulterio, nos encontraremos con referen- cias que indistintamente van del campo civil al penal y - viceversa, lo cual no significa falta de método en el aná- lisis, sino por el contrario, implica una necesidad para poder consolidar una idea global del desarrollo histórico de este concepto.

Las referencias mas lejanas que respecto de la figura del adulterio mencionan los diversos autores, nos hablan de atroces penas contra los sujetos adúlteros, -- pero con tendencia al castigo en especial de la mujer -- adúltera, posiblemente derivada de la consideración de - ésta como una posesión del varón.

En el Derecho Hebráico, únicamente cometía adulterio la mujer infiel a su marido, es decir, que no era delincuente el hombre que rompía la fe conyugal. El rigor de las penas era tan grande que se tomaba como una presunción del delito el hecho de que la mujer estuviera sola con un hombre que no fuera su marido por breve tiempo, -- castigándola en los tiempos más remotos con lapidación, -- forma de ejecutar la pena de muerte que posteriormente -- fué substituida por la horca o el fuego.

Entre los pueblos prehispánicos, encontramos -- una similitud bastante amplia entre los castigos que se imponían a la mujer adúltera, tal como la lapidación entre los aztecas, así como diversas formas de ejecución entre las tribus que habitaban lo que hoy es Colombia y Venezuela, en donde se consideraba a la mujer como una cosa propia del hombre.

Lo mismo cabe mencionar respecto de los Calchiques y sobre todo en los Araucanos, quienes hacían una equiparación del adulterio con el delito de robo, que se consideraba como una de las más graves infracciones.

De igual manera, en el Derecho Incáico encontramos que la mujer adúltera era castigada con la pena capital, en tanto que el marido uxoricida únicamente era objeto de destierro como pena atenuada por tal conducta.

En otros lugares de América, como la Tierra del Fuego, independientemente de que el marido ofendido podía

dar muerte a su cónyuge, existían castigos de igual severidad para el codelincuente.

En el derecho Romano sólo existían penalidades aplicables a la mujer adúltera, siendo en un principio -- acciones de carácter privado que debían ser resueltas por el propio marido ofendido. Posteriormente, conforme a la Ley Julia de Adulteriis se declaró público este delito, -- diferenciándose tres clases de acusaciones: Iure marite, parentum et extraneorum; pero Constantino abolió esta última facultad: "probatam e nima marita, et acquiescens -- matrimonium non deben iusturbare atque inquietare" a -- partir de lo cual sólo se abarcaban los parientes próximos, y en adelante se instituyó el principio que prevalece en todos los derechos modernos, relativo a la exclusividad de la acción en favor del marido ofendido: "Maritus genitalis thori solus vindex." (12)

Es importante destacar que, para que el marido ofendido pudiera ejercitar su derecho en contra de la mujer adúltera, era necesario que la apartara de su lado, -- que no existiera reconciliación y que no existiera connivencia de su parte, pues en este caso se le consideraba -- igualmente como reo del delito.

Respecto de las penas que se impusieron en Roma a los adúlteros, éstas variaron en el devenir de cada etapa de esta civilización; así en la más primitiva el marido tenía derecho a darle muerte a la adúltera; durante la República, la pena fué solamente de destierro, pero al --

(12) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, A. Edit. Ancafo S.A. Buenos Aires 1976.

aumentar la corrupción se establecieron penas más severas; en la Lex Julia de Adulteriis se castigó el adulterio con relegación; Constantino impuso la pena de muerte y Justiniano modificó estos castigos, en lo que se refiere a la mujer adúltera ordenando que fuera azotada y recluida en un monasterio, en donde el marido podía sacarla a los dos años, de lo contrario, quedaba ahí como monja. Los demás codelincuentes siguieron conminados con la pena capital.

El primer antecedente que encontramos respecto de la comisión de adulterio por parte del hombre es en el Derecho Canónico.

Siguiendo la tradición románica, el antiguo Derecho Español consideraba que la mujer no podía acusar al marido de adulterio en virtud de que "los daños a las deshonras no son iguales." (13)

Igualmente, la reconciliación anulaba este delito, aceptándose las formas tácitas de hacerlo y dice de manera presuntiva a fin de permitir la persecución que: "... no la tenga en su mesa, ni en su lecho" después del adulterio. (14)

Por lo que respecta a las penas impuestas a los adúlteros, el Fuero Real ponía a éstos a disposición del marido y las Leyes de Partidas adoptan las regulaciones que dió Justiniano en sus Novelas e Instituta; la Recopilación volvió al viejo criterio de entregar los cul-

(13) Idem.

(14) Idem.

pables al marido, dejando a su arbitrio su persona y - sus bienes, pero "no puede matar al uno y dejar al otro pudiéndolos a ambos a dos matar", de su propia autoridad en su caso de encontrarlos en flagrante adulterio. (15)

Por otra parte, se estableció la Partida 7a. - la pena de muerte para el que comete adulterio, o sea, - "yerro que faze home a sabiendas yaciendo con mujer casa da o desposada con otro" (16) castigándose a la mujer -- adúltera igual que en el derecho Romano, enviándola a un monasterio después de ser azotada, con la agravante de - perder su dote.

Por la influencia que el Derecho Francés ha -- tenido en todas las legislaciones derivadas de la corriente románica, cabe señalar como antecedente que en la Ordenanza Prusiana de 1721, así como en el primer Código Francés, incluyendo el vigente de 1810, figura el uxoricidio por adulterio como excusable (el beneficio radica en una atenuante muy privilegiada), en el párrafo segundo del artículo 234.

El sistema legal francés se funda en la diferente consideración de las violaciones a la fidelidad conyugal por parte del marido o de la mujer, pues el varón lo comete únicamente cuando su conducta se agrava con determinadas circunstancias, de igual manera que la mayoría de las legislaciones de origen latino.

(15) Vid.

(16) GARRIDO Luis. "Adulterio un Delito Controvertible" Criminalia año XXII, No. 3, marzo 1957, Méx. D.F.

Por lo que respecta al aspecto delictivo de la figura del adulterio, el vigente Código Penal Francés se ñala que el adulterio sólo se comete por la mujer; el marido es el único que puede denunciarlo, y él mismo, si toma de nuevo a su mujer, hace cesar la condena. El cómpli ce de la mujer adúltera es castigado con la misma pena - que a esta se imponga, admitiéndose únicamente como pruebas en su contra, independientemente del flagrante delito, cartas u otros papeles escritos por él.

Al hombre no se le aplica la figura jurídica - del adulterio, sino la de concubinato, cuando tenga a la manceba en el domicilio conyugal. La querrela corresponde a la esposa.

Pasando a examinar los antecedentes en América Latina, es de comentarse la legislación Colombiana, en -- donde como precedente, encontramos que en todos los códigos de los denominados Estados Soberanos (1858-1886) figuraba el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido, ya como causales de separación de cuerpos (divorcio imperfecto) o de divorcio vincular.

Desde 1936 desapareció en la legislación penal de Colombia, el adulterio como delito, ya que la doctrina estaba acorde en que, al exigirse el adulterio a la mujer y el amancebamiento al hombre, se consagraba una desigualdad que no tenía justificación y que atentaba contra la -- igualdad jurídica entre los cónyuges. Según Valencia -- Zea citado por el Dr. Marto Gerardo Monroy y Cabra (17) - "Este diverso tratamiento del incumplimiento de los debe

(17) Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario "Las Relaciones Sexuales Extramaritales como Causal de Divorcio", Vol. 71, No. 506-507 Ene-Dic.-Bogotá, Colombia 1978.

res conyugales para el hombre y la mujer tenían sus antecedentes en el más viejo derecho que otorgaba una suma - de potestades al hombre sobre la persona y cuerpo de la - mujer..." y, dentro del matrimonio, disponer de su cuerpo y de su persona con cierta libertad.

Una vez ubicados dentro del contexto de los derechos románicos, dentro de los cuales se encuentra nuestro propio sistema jurídico, estimo importante remontarme a la época prehispánica con el objeto de agotar en lo posible las influencias que han determinado nuestra legislación actual.

En general, entre los indígenas el adulterio se consideraba como un grave delito que se castigaba con la pena de muerte, la cual se aplicaba a los dos criminales y el marido ofendido era el encargado de ejecutar la sentencia, teniendo la facultad de conmutarla contentándose con cortar al adúltero la nariz, las orejas y los labios. Entre los Teotihuacanos era raro el adulterio, pero si se encontraba uno que hubiere cometido este delito, se le -- condenaba a morir a flechazos que le disparaban todos -- los del pueblo, arrojando cada uno cuatro flechas.

En la Península de Yucatán el marido podía perdonar a la adúltera y entonces quedaba libre, pero si no encontraba piedad, moría bajo la presión de una piedra -- que dejaban caer sobre su cabeza.

Entre los mexicas se sometía a los adúlteros a un proceso y sólo podían ser condenados si los delincuen

tes confesaban, para lo cual les atormentaban, o si se rendía una prueba suficiente.

El régimen jurídico de los pueblos precortesianos fue rudimentario, pues apenas se iniciaban las relaciones contractuales y no se había llegado al estado de complejidad social que hace que se desarrollen el derecho y su filosofía.

Los antiguos cronistas hablan de diversos contratos existentes entre los indios a la llegada de los españoles, pero más bien se limitan a darnos noticias de ellos sin indicarnos cuáles son las fuentes de los derechos que en esa época prevalecían. No nos relatan acerca de alguna codificación y su derecho era predominantemente consuetudinario (por medio de sus jeroglíficos) promulgados por el Rey.

En los antiguos tiempos de los señores chichimecas, Nopaltzin dictó algunas leyes, entre ellas encontramos que los adúlteros eran condenados a muerte.

La mujer adúltera era profundamente despreciada, se le consideraba como una mujer alevosa, perdía su reputación, vivía deshonrada y se le consideraba como muerta.

En la época Colonial, el derecho indígena incipiente llegó a su fin debido a la imposición del derecho español en la Nueva España, que casi con integridad se aplicó durante los tres siglos de la dominación española.

Cabe destacar que el predominio del hombre sobre la mujer se robusteció, especialmente en lo que respecta a los matrimonios de españoles con indígenas, negras o mulatas, en donde prácticamente no se les confería a éstas derecho alguno y sí se les aplicaba todo el rigor de la ley, de incurrir en la conducta adulterina.

Como una cuestión de vital trascendencia en relación al adulterio, es de señalarse que hasta el siglo - XVI, en el cual fué celebrado el concilio de Trento, no existía ley que obligara a observar cierta o determinada formalidad para que el matrimonio fuera válido, ya que -- bastaba el acto conyugal con intención de perdurar.

En este orden de ideas, el adulterio, tal como lo conceptuamos en la actualidad, sólo se podría configurar hasta que la legislación contemplara específicamente la figura del matrimonio, ya que esta es la que consagra como uno de sus fines el deber de fidelidad, necesario - para la preservación de la familia monogámica.

En nuestro país, no es sino hasta las Leyes de Reforma en que el Derecho interviene en la regulación de las relaciones matrimoniales, dando con ello el marco - adecuado para la conceptualización moderna del adulterio.

Es por lo anterior que la etapa que transcurre entre la guerra de independencia y la expedición de las - citadas Leyes de Reforma, no reviste mayor trascendencia para los fines del presente Capítulo, independientemente de que el manejo que se daba al adulterio hasta ese mo --

mento ya fue tratado al referirnos al tratamiento que dicha figura recibió en España y, posteriormente en la - Colonia, en virtud de que al inicio de la etapa independiente de nuestro país no se realizaron cambios trascendentes al respecto.

El origen de la conceptualización civil del matrimonio acogida por las Leyes de Reforma tiene su origen en - la primera Constitución Francesa de 1791, en la que se -- consagra en el artículo 7o. que "La Ley sólo considera al matrimonio como un contrato civil."

Es así como en la Ley Orgánica del Registro del Estado Civil de 27 de febrero de 1857, se establece como obligatorio en toda la República el registro del estado - civil, apoyándose en los conceptos recogidos de la legislación francesa y estableciendo categóricamente en el artículo 72 que "El matrimonio que no está registrado no -- producirá efectos civiles." (18)

Sin embargo, es importante destacar que no se - excluyó totalmente a la iglesia respecto de su jurisdicción sobre el matrimonio, pues las disposiciones relativas se dirigían a imponer la inscripción de los actos sacramentales en el Registro del Estado Civil.

Es hasta la Ley del Matrimonio Civil de 23 de julio de 1859 que se excluye a la iglesia de la competencia del matrimonio, al establecerse en su artículo primero que "el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil." En esta -

(18) CHAVEZ Asencio Manuel, La Familia en el Derecho, -- Edit. Porrúa, S.A., México 1984, pag. 48.

Ley no se contempló la figura del divorcio y por tanto el matrimonio era indisoluble, aún cuando alguno de los cónyuges incurriera en adulterio, haciendo la aclaración de que la figura de divorcio que contemplaba esta ley, se refería a un divorcio temporal que no dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio y que por tanto no se ajusta al concepto moderno del divorcio.

Posteriormente, esta Ley fué complementada por la Ley Orgánica del Registro Civil de 28 de julio de 1859, en donde se estableció todo lo relativo a las actividades y obligaciones de los funcionarios públicos encargados de averiguar y hacer constar el estado civil de los mexicanos y a quienes se llamó jueces del Estado Civil.

Durante el Imperio de Maximiliano se suspendió parcialmente la aplicación de estas leyes en virtud de modificaciones emitidas al respecto, pero al reintegrarse Benito Juárez al poder el 5 de diciembre de 1867 recuperaron vigencia, aún cuando se revalidaron los actos del estado civil registrados durante el Imperio.

El 13 de diciembre de 1870 se publica el Código Civil que deroga toda la legislación anterior y que está inspirado en el Código Napoleónico, considerando ya en su artículo 198 la obligación de fidelidad de los cónyuges al contraer matrimonio.

Este Código disponía que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, pues se contraía a suspender sólo algunas de las obligaciones civiles de los cónyuges.

Finalmente, este Código Civil implementó la -- clasificación de hijos legítimos e ilegítimos, subdivi-- diendo a estos últimos en naturales y espurios. Los hi-- jos espurios eran los nacidos en virtud de relaciones a -- dulterinas o incestuosas, y el objeto de esta classifica-- ción se enfocaba a otorgar distintos derechos heredita-- rios a los hijos según su condición.

El Código Civil de 1884, en relación al tema - que nos ocupa, no introdujo modificaciones trascendentes salvo la abolición de la herencia forzosa por la cual el testador no podía disponer de ciertos bienes por estar - asignados legalmente a sus herederos forzosos, con lo que los hijos ilegítimos entraron a la posibilidad de heredar en la proporción que libremente eligiera el testador.

Como un hecho trascendente que se suscitó en la época revolucionaria, es importante citar que con fechas 29 de diciembre de 1914 y 29 de enero de 1915, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos decretos en los que - institucionalizó el divorcio en la forma en que actualmente lo conocemos, es decir, que a partir de ese momento el divorcio disolvía totalmente el vínculo matrimonial y de-- jaba a los consortes en aptitud de contraer nuevas nup -- cias.

El nueve de abril de 1917, Venustiano Carranza expide la Ley de Relaciones Familiares, la cual fué expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso al cual le correspondían las facultades para hacerlo, razón por la cual se estima que se encuentra viciada de origen. Esta Ley derogó los capítulos y títulos relativos del Código Civil de 1884, destacándose entre otras disposiciones el establecimiento del divorcio por mutuo consentimiento, el cual al igual que el divorcio necesario, disolvía el vínculo matrimonial y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Por otra parte, esta Ley borra la distinción -- entre hijos naturales e hijos espurios, disponiendo que los hijos naturales tenían el único derecho de llevar el apellido del progenitor, sin disponer nada en relación -- al derecho a alimento ni al derecho a heredar en relación con dicho progenitor, aún cuando estos ya se encontraban regulados por los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

En la actualidad, la figura del adulterio en -- las legislaciones extranjeras, se concibe, en términos generales como causal de divorcio. (Alemania, Francia, Grecia, Italia, Suiza, Bélgica, Dinamarca y Suecia).

En los países latinoamericanos, resulta conveniente señalar que en el Salvador, se prevee como causal -- de divorcio el adulterio de la mujer u hombre, si está -- acompañado de escándalo público o con abandono de la mujer.

En Guatemala, Honduras y Nicaragua entre otros, se contempla como causal de divorcio el adulterio de la mujer y el concubinato del marido cuando se haya manifestado notoriamente, y en algunos casos, con determinadas condiciones como que la concubina habite con él en la casa del domicilio conyugal o que el concubinato se lleve a cabo en circunstancias que constituya en si mismo una injuria.

En Argentina, el adulterio sin distinción alguna entre hombre y mujer se consagra como causa de separación de cuerpos. En Colombia y México, se asimila el adulterio de la mujer al del hombre.

También es importante mencionar que en Cuba y Costa Rica, se ha suprimido la figura del adulterio, como tipo penal. (19)

Por lo que respecta a México, también se han observado diversas adecuaciones en la regulación jurídica del adulterio. En este sentido cabe destacar que si bien el Código Civil para el Distrito Federal en materia Federal da una connotación al adulterio, que será analizada en los siguientes capítulos, como causal de divorcio, causa de nulidad y como impedimento para contraer matrimonio, y que en el Código Penal, se considera un delito sexual, el adulterio lo comete tanto el hombre como la mujer sin distinción. Asimismo no en toda la República, el adulterio tiene los mismos efectos jurídicos.

(19) MONROY Cabra, Marco Gerardo, op. cit; p.p. 101, 102 y 103.

En efecto, actualmente algunas legislaciones de las entidades federativas se han inclinado a la supresión del adulterio en los códigos represivos, tales como, los Códigos Penales de Michoacán (1963), Puebla (1943), Veracruz (1947) y Yucatán (1938). (20)

Como podrá advertirse el adulterio ha tenido -- una evolución de acuerdo a las circunstancias tanto, sociales como, culturales de cada país y región, en función de lo cual su determinación para efectos punibles, observa diversas tendencias. En términos generales, subsisten las definiciones antiguas respecto de los elementos que integran el adulterio, sólo modificados en cuanto a sus condiciones, principalmente respecto de las que corresponden al hombre para ser motivo de adulterio y por lo que se refiere a la demostración de la existencia del propio adulterio.

Asimismo se advierten dos corrientes en la actualidad, respecto de las consecuencias del adulterio, pasando desde los mas severos castigos hasta, meras sanciones de carácter civil y su despenalización. Esto también se observa en lo que toca a las legislaciones civiles y penales de México.

(20) CARRANCA y Trujillo Raul y otro. Código Penal Comentado; 3a. Edición; Edit. Porrúa, S.A.; 1971; México D.F.; pp. 675 y 676.

C A P I T U L O I I

EL ADULTERIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

El propósito primordial de este Capítulo, analizar en el ámbito del derecho mexicano la figura del -- adulterio, entendido éste último desde un punto de vista formal, como un tipo delictivo específico y, por otra parte, como acto causal de consecuencias jurídicas específicas en el ámbito civil.

Aún cuando en teoría se ha manejado la distinción formal del adulterio civil y penal, en realidad considero que no debemos partir de tal supuesto, pues existen elementos para estimar al adulterio como una figura unitaria. En efecto, atendiendo exclusivamente a las consecuencias del adulterio, encontramos que son éstas, por su esencia, las que hacen distinguir entre el concepto civil y el penal. Por otra parte, podemos afirmar que aunque en el derecho mexicano se regula como un tipo delictivo y como causal de divorcio, de nulidad de matrimonio o impedimento para contraerlo, ello no debe significar que tal regulación obedezca a factores o circunstancias que diferencien la figura del adulterio, sino única y exclusivamente a la vía que el cónyuge ofendido puede elegir para que se sancione al adúltero, partiendo del supuesto de que sólo dicho cónyuge ofendido es quien puede iniciar la acción ante la autoridad civil o penal.

A) EN EL DERECHO PENAL

La polémica respecto de la inclusión del adulterio dentro del Derecho Penal no es nueva. Ya desde el siglo XVI Julio Claro sostuvo que la infidelidad conyugal era problema de la competencia exclusiva del campo de la moral, sosteniendo, al igual que Beccaria, la improcedencia de incluirlo dentro del catálogo de los hechos punibles, por responder a sentimientos, a pasiones, a impulsos biológicos irresistibles y tan fatales como la ley de la gravedad, así como la dificultad que ofrece su prueba. (21).

Por otra parte, Tissot, citado por González -- Blanco, expresa que "El adulterio es un simple atentado a la moral. No es un delito por ser violación de una promesa, ya que el perjuicio por sí mismo sólo es un atentado a la moral. El deber conyugal no ha sido objeto nunca de una ley, aunque la incapacidad absoluta, haya sido considerada algunas veces motivo de divorcio. No es la violación de la promesa lo que se castiga, sino las consecuencias dañosas que de ella se derivan: introducción de hijos extraños, etc., etc... Es decir, que en el adulterio no se castiga el hecho en sí mismo, sino las consecuencias. El hecho en sí --el perjurio-- es solamente un -- atentado a la moral." (22)

A lo anterior es necesario agregar la observación de que la norma penal preserva un deber, el de fidelidad, que se manifiesta por una conducta externa del --

-
- (21) Tratado de los Delitos y de las Penas. Librería la Rosa. París 1828, pag. 157. Tomado de Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano Editorial Porrúa, S.A. México 1969.
- (22) GONZALEZ Blanco Alberto, Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano, Edit. Porrúa México 1969, pag. 198.

hombre; sin embargo, este deber está íntimamente vinculado con una expresión sentimental afectiva, que no puede ni debe ser regulada ni reprimida por el derecho, así como con manifestaciones de índole sexual, que se rigen por principios eminentemente biológicos, los cuales pueden -- derivar en patologías, sea por falta de satisfacción o -- por superabundancia, que hacen dudar de la libre voluntad del sujeto activo del delito en la realización de la conducta.

González de la Vega cita entre otros autores a Langle Rubio y a Vicente Tejera, quienes sostienen que el adulterio, al originarse por la falta de amor, constituye un hecho absolutamente privado, el cual puede ser remediado con medidas de Derecho Privado, según nos comenta González Blanco (23), agregando que si la consideración del adulterio como delito se apoya en el hecho de que altera el orden de la familia, entonces el delito debe tener un carácter público y no el carácter privado que se le confiere en nuestra legislación vigente al considerarlo como un delito de querrela necesaria en el que cabe la posibilidad de otorgarse el perdón y con ello dejar extinguida la acción penal.

En el derecho positivo actual, las legislaciones de Inglaterra, Suecia, Uruguay, Colombia y Costa Rica, entre otros, han excluido la figura del adulterio como hecho delictivo, en tanto que en nuestro país, con excepción del Estado de Veracruz, así como en España, Francia, Alemania, Italia, Brasil, Chile, Nicaragua, El Salvador,

(23) Idem.

Honduras, Paraguay, Panamá, Venezuela, Guatemala y Ecuador, el Derecho Penal sigue albergando el tipo penal del adulterio. (24)

Ahora bien, antes de referirnos a nuestro derecho positivo en materia penal, y específicamente al --tratamiento que da a la figura del adulterio, es importante señalar qué es lo que se entiende por delito, para de ahí tener una base sólida que nos permita valorar si el adulterio debe considerarse como tal.

El artículo 7o del Código Penal nos da la definición legal de delito, al disponer que "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

En esta definición se contemplan los aspectos positivos y negativos de la actividad humana, el hacer y el no hacer, que pueden constituir conductas delictivas; de las cuales, adelantando un poco al análisis del tipo que nos ocupa, la de acción es la única que puede dar origen al delito de adulterio, toda vez que éste entraña un hacer consciente y voluntario que se expresa con la propia realización de la conducta típica.

Igualmente, en la definición de delito encontramos que el requisito sine qua non para que un acto u omisión puedan ser catalogados como delitos, es que la --ley penal los sancione. Con lo anterior la discusión sobre si el adulterio es o no un delito, queda resuelta bajo el criterio de que al haber sido estimada por el legis

(24) Idem.

lador como un delito, su sola inclusión como figura típica en el Código Penal le otorga tal carácter.

Luego entonces, lo que a partir de las anteriores consideraciones cabe preguntarse, es si el legislador aplicó un criterio acertado para conferir al adulterio el carácter de conducta delictiva, ya que dicha calificación en sí queda fuera de toda duda en atención a la definición legal del delito.

Nuestro Derecho Positivo Penal encuadra al adulterio dentro de los llamados delitos sexuales, aún cuando no comparte con los otros delitos de la clasificación (atentados al pudor, estupro, violación, rapto e incesto) la característica de ataque a las garantías de la libertad sexual, ya que éste presupone la voluntad de sus autores.

Aún cuando ya se mencionó repetidamente, es importante recalcar que la Ley Penal no proporciona una definición del concepto de adulterio ni refiere específicamente en qué consiste la conducta que lo integra. A este respecto es indudable el hecho de que el legislador dejó una laguna en este sentido, toda vez que al referirse a otras conductas que igualmente son del conocimiento público en cuanto a su esencia, p.e. el homicidio, el legislador no omitió el establecer el contenido de la conducta, con lo que evitó las interpretaciones contradictorias que ahora se presentan con respecto al adulterio, pues aunque se conozca lexicográficamente su connotación, otra cosa -

es lo que jurídicamente deba entenderse por ella para los efectos penales.

Un aspecto que nos revela la necesidad de la descripción de la conducta adulterina, lo es el que en la tradición legislativa española y sus derivaciones se considera únicamente posible sujeto activo del delito a la mujer casada, toda vez que para el hombre se han manejado figuras como amancebamiento o concubinato (25), de donde al no existir un concepto unitario y generalizado respecto de tal conducta, la ley debió ser descriptiva al efecto, máxime cuando de su contexto se infiere que tanto el hombre como la mujer casados o que tengan cópula con un casado pueden ser sujetos activos del delito.

Aún cuando el presente trabajo no pretende ser un estudio dogmático del delito de adulterio, para los efectos de este apartado es importante describir las notas esenciales de la conducta delictiva.

El tipo penal de adulterio es un tipo incompleto anormal en virtud de que carece de una descripción de la conducta típica al establecer que "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." (26)

La omisión de la descripción de la conducta que se presenta en nuestro Código Penal fué subsanada por el Código Penal de Aguascalientes que establece que "Cometen el delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan --

(25) Con la palabra concubinato se hace referencia al delito que con tal nombre manejan algunas legislaciones, el cual no debe ser confundido con la figura del mismo nombre que contempla nuestra legislación. N. del A.

(26) Art. 273 Código Penal para el Distrito Federal

entre sí 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." (27)

Al igual que otros aspectos, se ha discutido -- por los diversos autores cuál es el bien jurídico tutelado por el tipo del adulterio, proponiendo que lo es el deber de fidelidad conyugal, la garantía de pureza de los hijos, la integridad de la familia, la honestidad o el de recho de exclusividad de las relaciones sexuales, sin embargo, en mi particular criterio la tutela recae sobre la integridad del vínculo matrimonial, conllevando en cierto sentido los conceptos antes mencionados, pero esencialmente desde el punto de vista de protección a una institución jurídica que conforma la unidad fundamental del grupo social.

Aún cuando no hay una definición de la conducta adulterina, no puede considerarse que las disposiciones - relativas al adulterio son ineficaces en aplicación del principio que señala que no hay delito ni pena sin ley, - toda vez que no es necesario que la descripción legal de la conducta deba ser exhaustiva para que el dogma de la - legalidad tenga vida jurídica.

Por otra parte la jurisprudencia ha establecido que la caracterización jurídica del adulterio se debe --- realizar atendiendo a su significación gramatical ordinaria, tal como fue mencionado en el Capítulo I, independientemente de que, agotando la extracción del concepto - de adulterio, el artículo 310 del Código Penal al descri-
(27) Código Penal de Aguascalientes Art. 249

bir una modalidad atenuada del homicidio, denominada uxoricidio, se apoya la atenuación en el hecho de que una - una persona casada sorprenda a su cónyuge en el acto carnal o próximo a su consumación, lo que indirectamente nos describe la conducta adulterina.

Es presupuesto de delito de adulterio la existencia de un vínculo matrimonial absolutamente válido por lo menos de uno de los sujetos activos, con persona distinta del otro de ellos.

Se clasifica al adulterio como delito autónomo ya que no depende de otro, normal por ser de mera descripción objetiva, de acción y formal porque se consuma al -- realizarse la cópula, entre los sujetos.

La conducta típica en el adulterio se integra por la conjunción carnal voluntaria entre hombre y mujer, estando ambos o uno de ellos casados con otro. La naturaleza del acto sexual conlleva una serie de problemas - respecto de su esencia, entre ellos el establecer si se configura exclusivamente por la cópula normal, si se -- exige la seminatio intra vas, es decir, la introducción - del órgano sexual masculino en un conducto femenino o si se requiere únicamente la unión de los órganos genitales. De estos tres criterios, el último es el más aceptado por la doctrina aunque al igual que los otros dos criterios, evita referirse a las relaciones homosexuales y a si éstas pueden configurar adulterio; a este respecto, estimo que no debe descartarse el adulterio por relaciones homosexuales entre hombres, ya que en ellas es posible la cópula,

aún cuando ésta tenga un carácter impropio, pues de lo contrario existiría contradicción con el citado criterio.

La conducta del adulterio exige dos requisitos de procedibilidad, consumandose el delito al concurrir uno de ellos, los cuales son el escándalo o la comisión del adulterio en el domicilio conyugal.

El domicilio conyugal, para los efectos del delito que nos ocupa, es aquel que los cónyuges establecen para su convivencia, sin importar su carácter de permanente o transitorio.

El escándalo implica la comisión del adulterio en condiciones tales de publicidad, que causen ofensa no sólo a la sociedad sino también, al cónyuge ofendido por el ridículo a que se le expone ante los demás.

La atipicidad en este delito surge por la violencia para el acceso carnal o por el desconocimiento inculpable del sujeto activo célibe de la situación de casado del otro.

Para la integración del delito se requiere de la participación de los sujetos, ambos agentes. El adulterio es un delito de daño y requiere de dolo específico, es decir, de la voluntad de realizar la conducta típica.

Nuestra Ley reconoce como causas de inimputabilidad los estados mentales anormales y la edad del sujeto menor de 18 años. No existen excusas absolutorias.

De igual manera la legislación penal admite la coparticipación por complicidad o encubrimiento, pero al ejercitarse la acción en contra de alguno de los sujetos, la aplicación debe referirse a todos, al igual que el otorgamiento del perdón los beneficia a todos.

El adulterio puede concurrir con otros delitos, pero nuestra legislación niega la existencia de este delito en grado de tentativa al disponer expresamente que sólo se sancionará el adulterio consumado.

Del anterior análisis estimo que la pena de hasta dos años de cárcel para los autores del adulterio, no resulte un medio eficaz para combatirlo, máxime que el ejercicio de la querrela corresponde al cónyuge ofendido, de donde se desprende que su consideración como delito no es de orden público y por tanto implica un grado de persecución y venganza particulares.

No hay discusión sobre la inmoralidad de la conducta adulterina, pero sí sobre la justificación de un tipo penal para su sanción, toda vez que de conformidad con la evolución manifiesta del Derecho, sería conveniente resolver civilmente esta cuestión, pues del examen de las disposiciones penales salta a la vista que más que al adulterio por sí mismo, el castigo corresponde a las circunstancias en que este se ejecuta, por considerarlas altamente gravosas para el cónyuge ofendido y para la integridad del vínculo matrimonial.

B) EN EL DERECHO CIVIL

Como se ha mencionado en repetidas ocasiones, nuestra legislación no incluye precepto alguno en el que se dé la definición del concepto de adulterio ni en el Derecho Civil, ni en el Penal.

Atento a lo anterior, la conducta adulterina carece de una definición legal a pesar de que su realización conlleva diversos efectos civiles y de que está contemplada dentro de un tipo penal que la encuadra y sanciona bajo ciertas condiciones objetivas de punibilidad.

En efecto, confirmando lo anterior, nos encontramos dispersas en el Código Civil, diversas disposiciones relacionadas con el adulterio, así se hace referencia a este último como impedimento para celebrar un contrato de matrimonio (artículo 156, fracción V), como causa de nulidad del matrimonio (artículo 235, fracción II) y como causa de divorcio (artículo 267 fracción I), dando -- por sentado en cada uno de los preceptos indicados que la conducta que lo constituye es del conocimiento público y por tanto opta por excluir una definición.

En este orden de ideas, la trascendencia del adulterio en el campo del Derecho Civil, se reduce a la regulación de los efectos que la propia ley atribuye a -- tal conducta, sea entre los sujetos que la realizan, con respecto al cónyuge ofendido o a los hijos habidos de la relación.

Tales efectos constituyen la parte toral del presente trabajo y su análisis será objeto de un detallado estudio en el Capítulo IV, por lo que en este apartado sólo me circunscribiré a destacar la necesidad de integrar a nuestra legislación una definición específica que incluso puede ser tomada de las propias ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación citadas en el Capítulo I, con el objeto de evitar en lo posible la incertidumbre que propicia la ausencia de dicha definición en -- cuanto a su contenido y alcance legales.

Por otra parte, no es dable un sistema jurídico organizado en el que se pretenda regular una conducta tan sólo por sus efectos, sin atender a la exposición de su naturaleza y características dentro de un contexto jurídico

co, aún cuando tal conducta se encuentre definida en el lenguaje común.

A pesar de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que el adulterio en materia civil, consiste en la infidelidad de los cónyuges -- sexualmente consumada, sin que necesariamente existan los extremos de punibilidad que en materia penal se exigen, -- es decir, en el domicilio conyugal o con escándalo. Sobre este particular, podemos citar la tésis sustentada -- por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala que "Tomando en consideración que de acuerdo con la tésis jurisprudencial No. 55 de la compilación 1917-1954 para la comprobación de las relaciones sexuales como elemento constitutivo del delito de adulterio, basta la prueba presuntiva, con mayor razón lo será para la demostración del adulterio civil como causa de divorcio, que no exige que el acto sexual se realice en el domicilio conyugal o con escándalo, como lo requiere el código penal. Para aceptar la prueba indirecta del adulterio, se ha dicho -- de como los actos adulterinos se realizan clandestinamente, sería casi imposible demostrarlos mediante prueba directa." (28)

De acuerdo con lo expresado en la anterior -- tésis jurisprudencial, es dable afirmar que en materia civil la figura del adulterio tiene entre otros efectos, la constitución de una causal de divorcio, ya que, por su propia naturaleza, el adulterio afecta a uno de los deberes que nacen del matrimonio, es decir, el deber de fideli-
dad de los cónyuges.

(28) ADULTERIO, Como causal de divorcio prueba del; amparo directo 72261 1965. Antonio Verde Barrón, oct.-G-1961; Unanimidad de 5 votos; Ponente Maestro --- José López Lira 3o. Sala, Suprema Corte de Justicia.

Al respecto, estimo conveniente señalar que, tal como se establece en el siguiente Capítulo, el adulterio, tanto en materia civil como penal requiere de la existencia legal del matrimonio, es decir, que los cónyuges sean civilmente casados, además de que existan hechos que creen la presunción venemente de que existe la violación a la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, derivada del citado vínculo matrimonial.

Por lo que respecta a ésta última afirmación, relativa a la presunción vehemente de que exista violación al deber de fidelidad conyugal, la jurisprudencia ha sostenido que para la comprobación de las relaciones sexuales, al igual que en materia penal, basta la prueba presuntiva. Lo anterior en virtud de que por la esencia de los actos adulterinos y la forma en que éstos se realizan, sería casi imposible demostrarlos mediante prueba directa.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que "Como los actos adulterinos se realizan clandestinamente, si para demostrarlos se exigiera únicamente la prueba directa, equivaldría a imponer al cónyuge ofendido una carga casi imposible de realizar, y es por ésto que salvando el escollo insuperable de la prueba directa, se admita la prueba presuntiva."

(29)

Si los testigos estuvieron acordes en la parte substancial de su declaración sobre lo que se trataba de probar, no importa que hayan discrepado en las cuestiones

(29) Adulterio Civil, comprobación del; amparo directo -- 7226/1965. Antonio Verde Barrón, oct 6/1961 Unanimidad de 5 votos. Ponente Maestro José López Lira; 70. sala 6o. época vol. LVII, cuarta parte, pag. 16, Suprema Corte de Justicia.

accidentales, de modo que los testigos ofrecidos por la actora en el juicio de divorcio para probar el adulterio, estuvieron contestes en que el tercero perjudicado estuvo en el interior de un motel (cuyo nombre y ubicación se -- precisa) en la tarde del día de los hechos, y en que lo vieron cuando salía del establecimiento en su automóvil acompañado de una señora, no es motivo para desestimar -- su testimonio del hecho de que uno de los declarantes ha -- ya dicho que todos salieron de la casa del otro incluso a la actora y en cambio el otro testigo declaró que ambos salieron de su casa y que la actora los esperó en las -- afueras del motel; tampoco tiene relevancia que, mientras uno de los testigos declaró que fue el otro el que le informó a la actora del paradero de su esposo, en cambio el otro declarante dijo que fué la actora quien le llamó pa -- ra que la acompañara; ni menos importa aún que ambos tes -- tigos hayan declarado que ninguno habló con el demandado (tercero perjudicado en este amparo) mientras que la actora dijo que para hablar con su esposo la acompañó un solo abogado, por que tales cuestiones son accidentales o se -- cundarias frente a la esencia del hecho que se trataba -- de probar con las declaraciones de los testigos: el adul -- terio como causal de divorcio invocado por la actora en -- la demanda (30)

En la especie, si los testigos llamados por la actora o por su abogado, para que se percatara de que -- cierto día a determinada hora se hallaba el demandado en el interior del un motel del establecimiento salió el de -- mandado en su automóvil acompañado de una mujer, es indis --

- (30) ADULTERIO, como causal de divorcio, prueba de testi -- gos amparo directo 226G/62/2a fallado el 2o. de octu -- bre de 1964; Ponente: Maestro Mariano Azuela; 3a. -- sala. Suprema Corte de Justicia.

cutible que estos hechos crean la presunción vehemente, - por no decir la certeza de que el demandado tuvo ayuntamiento sexual con dicha mujer, quedando así evidenciado - con las declaraciones de dichos testigos el adulterio, -- si se tiene en cuenta que el demandado está casado civilmente con la actora, según consta de la copia certificada del acto matrimonial que corre agregada a los autos del - juicio del orden común y puesto que en el derecho civil, se entiende por adulterio, la violación de la fidelidad - que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, -- siendo uno de los dos o ambos casados. (31)

En lo que respecta al grado que debe existir en las relaciones sexuales, no se exige que el acto carnal sea de suyo apto para la generación de la prole como en el derecho canónico, por lo que basta la presunción de la cópula carnal aunque no sea perfecta, independientemente de que basta que ésta se realice una sola vez, ya que la ley no exige estabilidad o frecuencia en las relaciones sexuales.

En este sentido, la doctrina sostiene que "la cópula perfecta implica la penetración del miembro viril en la vagina de la mujer, de modo natural y la efusión de verdadero semen dentro del órgano femenino, cópula imperfecta, consiste en la penetración indicada, sin efusión de semen dentro de la vagina de la mujer y sin polución; coito vestibular (inseminatio ad os vagine); onomástica, que tiene lugar cuando la unión carnal es desviada de ma-

(31) ADULTERIO como causal de divorcio, prueba del ... amparo directo 2260/G2/2a; octubre 2 de 1964. -- unanimidad de 4 votos, Ponente; Maestro Mario Azue la 3a. sala; Suprema Corte de Justicia

nera positiva de su eficacia procreadora" (32)

La prueba testimonial de las relaciones sexuales como elemento de adulterio, ha sido aceptada por la Suprema Corte de Justicia, sin que medie grado en cuanto se refiere a la unión carnal, estableciendo en diversas tesis jurisprudenciales, que si el cónyuge adúltero se halla en determinado día y hora en el interior de un hotel, y de dicho establecimiento salió el demandado en su automóvil, acompañado de una mujer, es indiscutible que esos hechos presuman, por no decir la certeza que el demandado tuvo ayuntamiento sexual con dicha mujer.

Para finalizar, es importante mencionar que la conducta del adulterio puede producir consecuencias de carácter civil independientemente de la consumación del delito, así como también pueden coexistir con éste y se puede dar el caso de que se sancione penalmente sin que se produzcan consecuencias civiles.

(32) MONROY Cabra Gerardo, "Las relaciones sexuales extramatrimoniales como causal de divorcio; Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Vol. 71 Nos. 506-505 Ene-Dic. 1987, Colombia, pag. 107

CAPITULO III.
INSTITUCIONES DE DERECHO FAMILIAR RELACIONADAS CON
EL DERECHO MEXICANO

A) MATRIMONIO

Por lo que corresponde a nuestro estudio, dado que para la existencia del adulterio es necesario que uno o ambos de los sujetos adúlteros deben estar casados civilmente, a continuación se precisan aquellos elementos de mayor importancia que, conforme a la legislación civil vigente permiten establecer la existencia y validez del matrimonio.

En principio, conviene mencionar que la palabra matrimonio deriva de la voz latina Matrimonium, que significa "Carga de la Madre" (32), y en cuanto a su esencia se le ha definido desde diversos puntos de vista, lo que no ha permitido establecer un concepto único o universal al respecto. Al igual que en el caso del adulterio, nos encontramos con que nuestra legislación no nos proporciona una definición de esta figura jurídica.

En la doctrina dentro de nuestro derecho positivo se concibe al matrimonio como la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinadas por la propia Ley" (33)

Por otra parte Sara Montero Duhalt cita a diversos autores que definen al matrimonio, entre ellos a Baudrit Lacantinerie que dice que "es el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley" (34)

Desde el punto de vista canónico, P. Ferreres estima que el matrimonio "es un sacramento de la Nueva - Ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer y para engendrar y educar pía y santamente la prole" (35)

Asimismo Joaquín Escriche, inspirado en las partidas, define al matrimonio como "la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte." (36)

Por otra parte, el matrimonio produce derechos y obligaciones con respecto a los cónyuges, ya sea por la naturaleza en sí de la propia institución, o bien, por -- disposición de ley.

En este sentido, el Código Civil, en el capítulo Denominado "De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio", dispone que:

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, y que los derechos y obligaciones que na-

(34) MONTERO Duhalt Sara Derecho de Familia; Edit- Porrúa S.A.; Mex. 1984, pag. 76

(35) Idem

cen del matrimonio serán siempre iguales para los cónyuges e independientemente de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

No obstante ello, existen diversos deberes, no previstos en forma expresa en el propio Código Civil, pero que algunas disposiciones del mismo las reconocen tácitamente como en el caso del deber de fidelidad, que a -- pesar de no ser reconocido expresamente, su violación -- constituye una causal de divorcio a donde a contrario -- sensu se infiere la existencia de la obligación conducente.

Por cuanto se refiere a la naturaleza jurídica del matrimonio, ha dado origen a diversas concepciones -- que la doctrina ha plasmado sobre el particular, de las cuales prevalece la que lo considera un acto jurídico bilateral, mediante el cual se atribuye a los consortes un estado civil particular.

El matrimonio es un acto jurídico porque implica la manifestación de voluntad, sancionada por el derecho conforme a las disposiciones que lo rigen, y una vez realizado, produce consecuencias jurídicas, entre los cónyuges.

Asimismo, podemos señalar que el matrimonio es un acto jurídico de contenido no económico, pues no debemos involucrar los bienes y derechos económicos de los -- contrayentes que son materia de acuerdo en las capitula--

ciones matrimoniales. En relación a las partes que intervienen se ha dicho que es un acto bilateral, por el acuerdo de voluntades de los esposos y por las consecuencias - jurídicas que se darán en la esfera jurídica de ambos consortes; hay quienes sostienen que es un acto plurilateral y mixto en razón de las personas que intervienen en él, ya que en el mismo los contrayentes expresan su consenti -- miento, y en forma administrativa el juez bilateralmente expresa su declaración.

Su efecto es crear un estado familiar, de donde derivan deberes familiares y derechos y obligaciones - patrimoniales. En relación a los menores que se casan, - produce su emancipación, que significa adquisición de una relativa capacidad de ejercicio y, como consecuencia, extinción de esa incapacidad.

Por lo que respecta a la delimitación de la especie del acto jurídico, se estima que es bilateral, en - virtud de que debe surgir por el acuerdo de voluntades - de las personas que lo celebran, y por las consecuencias jurídicas que implica para dichas personas.

En razón de lo anterior, se afirma que el matrimonio es un convenio en sentido lato, es decir, un contrato por que es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir deberes y obligaciones recíprocas entre los cónyuges.

En este sentido Sara Montero afirma que "sin-

desconocer que el matrimonio configura un estado civil de las personas, y que el mismo está regido por un conjunto de normas de carácter imperativo que armónicamente enlazadas forman una institución; el matrimonio, creemos surge a través de un contrato". (37)

Tomando en consideración que una institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regulan un todo orgánico y persiguen una finalidad de interés público, el matrimonio también tiene esta calidad, ya que en la ley se establecen los diferentes aspectos que lo integran, requisitos para contraerlo, y derechos y obligaciones que origina, los cuales son independientes e imperativos a la voluntad de las partes que lo contraen.

Como sucede en todos los actos jurídicos familiares, los fines institucionales están previstos, o bien en la naturaleza del acto, en la ley, o en ambos, sin que las partes estén en posibilidad de omitirlos o pretender la obtención de fines contrarios. En ese sentido, en el matrimonio existen elementos que permiten garantizar la consecución de sus fines, los cuales se derivan de su naturaleza y de la ley. Cabe señalar que ésto no impide que en cada acto jurídico familiar las partes puedan tener motivos determinantes de la voluntad, personales y propios.

Dado que el matrimonio es un contrato, su constitución conlleva a la necesaria conjunción de elementos

(37) MONTERO Duhalt, Sara Derecho de Familia; Edit. Porrúa S.A.; Mex. 1984, pag. 112.

para su existencia y validez, para que surja a la vida jurídica y surta efectos plenos. Así pues, los elementos de existencia son: La voluntad expresa de ambos cónyuges; objeto (fundar una familia, establecer comunidad de vida permanente entre un hombre y una mujer, y ayuda mutua), y solemnidad la cual consiste en que el juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud del matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, e interrogar a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud. En caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad (art. 102 del Código Civil, y levantamiento del acta (art. 103, fracción I y VI del Código Civil.)

A partir de que el contrato de matrimonio queda perfeccionado, se puede afirmar que la conducta de adulterio en materia civil, puede darse en los términos que han quedado asentados.

Es importante tener en cuenta los elementos y requisitos para la existencia del matrimonio, toda vez que para la existencia del adulterio, es indispensable que el matrimonio esté perfeccionado y no existan causas de invalidez o de nulidad del mismo.

Conforme a nuestra legislación, son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio la falta de edad requerida por la Ley, cuando no haya sido dispensada; la falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos; el parentesco de consanguinidad legítima o natural sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa; el parentesco de afinidad en línea recta; el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado; el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; la fuerza o modo graves. En caso de raptó subsistente el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad, la embriaguez habitual; la morfomanía, la eteromanía y el uso indebido y persistente de las demás drogas enervantes; la impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables que sean además contagiosas o hereditarias; el idiotismo y la imbecilidad; el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

De dichos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual. (artículo 156 del Código Civil).

Por otra parte, conviene señalar, que conforme al Código Civil, son causas de nulidad del matrimonio el error acerca de la persona con quien se contrae cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra; que el matrimonio se halla celebrado concurriendo algunos de los impedimentos ennumerados en el Artículo 156 de dicho Código Civil que se señalan en el párrafo anterior, y en los que se encuentra el adulterio; que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del propio Código (artículo 235 del Código Civil).

Las causas antes citadas dan origen a acciones que deben deducirse ante la autoridad judicial en forma y términos que en el propio Código se prevén para cada una de ellas. Por lo que se refiere a la relativa a la nulidad del matrimonio por cuestión del adulterio, en los términos previstos en el artículo 156 fracción V del Código Civil, en el Capítulo IV de este estudio se analizarán con mayor profundidad.

Por último, estimamos pertinente señalar que el vínculo matrimonial se disuelve mediante el divorcio en nuestra legislación vigente, mismo que se tratará en el siguiente apartado.

B) DIVORCIO

La acepción Divorcio, proviene de las voces -- latinas "divortium y divertere" que significa separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes.

"Según el pensamiento etimológico, el divorcio significa[dos sendas que se aparten del camino]"

"En un sentido metafórico, mas amplio y moderno divorcio es la separación de cualesquiera cosas que -- estaban unidas" (38)

Desde el punto de vista jurídico, el divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial y sólo -- tiene lugar mediante la declaración judicial y en ciertos casos de la autoridad administrativa, dentro de un procedimiento señalado por la ley; en este procedimiento se -- debe comprobar la imposibilidad para que subsista la vida matrimonial, ya sea por que en el juicio se comprueben hechos graves que se consideren dentro de las causas señaladas por la ley, que en éste caso se le denominaría Divorcio Contencioso o Necesario; o por que los -- cónyuges estén de acuerdo en hacer cesar su vida matrimonial, al que se le llama Divorcio por mutuo consentimiento.

Como ya lo hemos visto con anterioridad, al -- igual que otros conceptos, tenemos que la legislación civil no ha definido al divorcio ya que únicamente nos ---

(38) ROJINA Villagas, Rafael; Derecho Civil Mexicano, -- Edit. Porrúa, S.A.; Méx. 1975, pag. 383.

habla de sus efectos en el artículo 266 del Código Civil, el cual establece que "El divorcio disuelve el vínculo - del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En la doctrina encontramos que se ha conceptuado por distintos autores de la siguiente manera:

Rafael de Pina nos dice que "la palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de separación; en el sentido jurídico, significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, es un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso". (39)

Para Sara Montero, "el divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad - encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo conyugal.

Divorcio es rompimiento del vínculo de la -- unión. Seguir sendas diferentes las que antes marchaban por el mismo camino." (40)

Asimismo, la autora mencionada nos dice que - el concepto jurídico de divorcio es "la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por autoridad competente que permite a los -- mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio - válido." (41)

(39) DE PINA, Rafael; Derecho Civil Mexicano; Edit. -- Porrúa, S.A.; Méx. 1963; pag. 340

(40) MONTERO Duhalt, Sara; Derecho de Familia; Edit. - Porrúa, S.A.; Méx. 1984, pag. 196.

(41) Idem.

Para que se pueda dar la figura del divorcio - es necesario que exista un matrimonio válido, como ya se ha mencionado, cuando se contrae matrimonio se deben de cumplir todos los requisitos sustanciales y formales que la ley exige para que éste sea perfecto y por lo tanto - válido, y sólo puede extinguirse en forma natural, por la muerte, y anticipadamente por el divorcio. En los ca sos en que el matrimonio se realizó incumpliéndo con alguno o varios requisitos necesarios para su validez, ope ra la nulidad, pero no el divorcio.

Por lo anterior, para extinguir un matrimonio válido en forma anticipada, el orden jurídico consagra - la figura jurídica del divorcio, mismo que sólo puede -- llevarse a cabo ante y por decisión del juez de lo fami- liar, cuando se ha demandado por las causas que específi- camente señala la propia ley, o por la autoridad adminis- trativa cuando ha transcurrido más de un año desde su ce lebración, no se procrearon hijos y de existir sociedad conyugal se encuentra disuelta o no se han aportado bie- nes a la misma.

Por otra parte, Chávez Asencio, sostiene que - "el divorcio engendra un estado civil especial entre los divorciados, ya que origina restricciones a sus respecti- vas capacidades para contraer nuevo matrimonio y produce además, otras consecuencias en cuanto a la patria potes- tad y custodia del hijo. Se pasa de casados a divorcia- dos. En cuanto a la posibilidad de contraer un nuevo

matrimonio, está la limitación de esperar un año para poder celebrar segundas nupcias, en caso de divorcio voluntario; en el contencioso, el cónyuge culpable deberá esperar dos años." (art. 289, Código Civil) (42)

A lo anterior cabe aclarar que la ley no reconoce, sino dos estados civiles únicamente, el de casados o el de solteros, aunque hayan sido casados y se hubiere extinguido el matrimonio por divorcio.

El adulterio constituye una causa perentoria - del divorcio, es decir, es una sanción civil a la violación del deber de fidelidad que se origina con el matrimonio. Cabe señalar que el divorcio no constituye la -- única sanción civil de dicho deber, como se advertirá - en el desarrollo de este estudio.

En nuestra legislación civil vigente, se puede decir que contempla cuatro formas distintas de divorcio que son:

- Divorcio necesario, también llamado Contencioso.
- Divorcio voluntario o de mutuo consentimiento.
- Divorcio voluntario de tipo administrativo.
- Separación de cuerpos.

(42) CHAVEZ Asencio Manuel; La Familia en el Derecho; - Edit. Porrúa, S.A.; Méx. 1984 pag. 257.

El divorcio necesario o contencioso tiene su origen en las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil, el cual sólo puede ser demandado por el cónyuge inocente, y dentro de los seis meses siguientes al día que se tuvo conocimiento de los hechos que funden la demanda, de acuerdo a lo establecido por el artículo 278 del Código Civil, para que esta acción pueda llevarse a cabo; por otra parte, se requiere que no haya perdón expreso o tácito, por parte del cónyuge ofendido, ya que éste extingue la causa.

La ley es enunciativa y limitativa en cuanto al establecimiento de las causales de divorcio, a saber:

"Artículo 267.- Son causas de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido lo haya hecho directamente sino que se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal;

- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o la mujer con el fin de corromper a -- los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII. Padecer enajenación mental incurable;
- VIII. La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- 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;
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita -- para que se haga que proceda la declaración de ausencia;
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias -- graves de un cónyuge para otro;
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin justa causa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168;

- XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV. Los hábitos del juego o embriaguez, o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan de causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.
- XVII. El mutuo consentimiento.

Otra de las formas de divorcio es el voluntario o de mutuo consentimiento, en el que los cónyuges que pretendan divorciarse deberán acudir ante el juez competente. Con su demanda deberán presentar un convenio, en el que estipulen las cláusulas que exige el artículo 273 del Código Civil, debe de haber transcurrido por lo menos un año desde la celebración del matrimonio; si los cónyuges se reconcilian durante la tramitación del divorcio se da fin al litigio y cuando antes de dictarse sentencia de divorcio los cónyuges convengan en una reconciliación, no podrán volver a solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, sino pasado un año a partir de la misma.

Al solicitar el divorcio voluntario el convenio que ha de agregarse a la solicitud deberá contener:

- I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio tanto durante el 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, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;
- V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar.

Como tercera forma de divorcio, tenemos el Divorcio voluntario de tipo administrativo, que es una forma de facilitar la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, al cumplirse los requisitos que menciona el artículo 272 del Código Civil para que los consortes puedan acudir ante el Oficial del Registro Civil, para que levante un acta que dé por terminado el matrimonio, la cual, ratificada a los quince días, surte todos sus efectos legales.

Toda esta facilidad que les dá el legislador a los consortes, es con la condición de que no haya hijos del matrimonio;

haya transcurrido un año desde su celebración, y de -- común acuerdo, se haya liquidado la sociedad conyugal, si fue el régimen bajo el cual se casaron; en este tipo de divorcio no interviene la autoridad judicial.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad y no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquéllos sufrirán las penas que establece el Código de la materia.

Por último, a la separación de cuerpos, se le ha considerado como un tipo de divorcio, aunque no encuadra en el concepto de divorcio, ya que el vínculo matrimonial perdura. Para su tramitación, deben concurrir -- las causales de las fracciones VI y VII del artículo 267, que contemplan los casos en que uno de los cónyuges sufre alguna enfermedad crónica o incurable y que además sea contagiosa o hereditaria, o que después de celebrado el matrimonio padezca de impotencia, o bien, cuando sufra enajenación mental incurable, en donde el cónyuge sano, si no desea hacer valer éstas causas para disolver el vínculo matrimonial, puede solicitar del Juez competente la autorización de la suspensión del deber de cohabitación, quedando subsistentes las demás obligaciones del matrimonio, como el deber de fidelidad y de ayuda mutua. Como consecuencia de la extinción del deber de cohabitación, termina también la figura del domicilio conyugal, ya que cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio.

Sobre el particular Sara Montero nos dice que "El legislador estableció estas causales con sus consecuencias disyuntivas de divorcio o simple separación to mando en cuenta dos factores primordiales: primero, que la convivencia de los cónyuges en las circunstancias de enfermedad descritas puede ser nociva y hasta peligrosa para el esposo sano y para los hijos; y segunda, los posibles sentimientos religiosos o afectivos del cónyuge sano y la ausencia de culpa en el que da la causa. No se quiere romper el vínculo, sino sólo suspender la convivencia sin incurrir el que quiere separarse en la causal de divorcio señalada en las fracciones VIII y IX -- que hablan de la "separación de la casa conyugal. Al extinguirse el domicilio conyugal no puede haber separación del mismo, justificada ni injustificada." (43)

La figura del divorcio se relaciona con el -- adulterio en que la realización de éste concede al cónyuge inocente la acción para demandarlo en la vía con-tenciosa descrita como divorcio necesario, en donde la sentencia que resuelve la cuestión, independientemente de la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, de la sociedad conyugal, puede traer aparejada la pérdida de la custodia o de la patria potestad de los hijos, imponer la obligación de proporcionar alimentos tanto a los hijos habidos del matrimonio, como al cónyuge ino-cente y la prohibición de contraer matrimonio por un -- término de dos años en forma genérica y específicamente la imposibilidad permanente de contraerlo con el copartícipe del adulterio.

(43) MONTERO Duhalt Sara; Derecho de Familia, Edit. Porrúa Mex. 1984, pag. 219.

C) FILIACION

En principio, conviene señalar que por filiación se entiende la relación entre padres e hijos reguladas por la ley, siendo a la vez el punto para establecer derechos y deberes entre padres e hijos recíprocamente. A este respecto, diversos autores nos dan su concepto -- de filiación:

Galindo Garfias cita la definición de Ripert -- en la que señala que es "... la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre -- de otra" (44)

Para Rafael de Pina es " una relación de origen que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física." (45)

De acuerdo con el criterio sostenido por la -- Suprema Corte de Justicia de la Nación, "es la procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos, recíprocos, dando origen a la patria potestad". (46)

-
- (44) GALINDO Garfias, Ignacio; Derecho Civil; Edit. -- Porrúa, S.A., Mex. 1987, pag. 618.
 (45) DE PINA Rafael; Derecho Civil Mexicano; Edit. -- Porrúa, S.A. Mex. 1963, pag. 352
 (46) Semanario Judicial de la Federación, T. XXV, pag. 817

Junto al concepto de filiación van unidos los de maternidad y paternidad, la primera viene a ser un -- hecho indudablemente comprobado por los datos del embarazo y del parto. El segundo es siempre una presunción jurídica juris tantum, solamente surge con certeza relativa dentro del matrimonio, la paternidad fuera del matrimonio es incierta y solo puede reconocerse voluntariamente por parte del padre o por sentencia que lo declare en un juicio de investigación de la paternidad.

El Código vigente, a diferencia de las legislaciones anteriores, reconoce tres clases de filiación:

Por matrimonio, habida fuera del matrimonio y por adopción. En estas clases de filiación las consecuencias jurídicas son iguales para todos, no hay discriminación para los hijos ni diferentes calidades entre ellos, como en las antiguas legislaciones, lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación.

Para los fines que nos ocupan, me referiré a la problemática del adulterio con relación únicamente a los hijos de matrimonio y a los habidos fuera de él, toda vez que los hijos adoptivos por la naturaleza de su relación filial, quedan fuera de los mismos.

Los hijos nacidos de matrimonio son considerados aquellos cuyo padre y madre estaban casados en el momento de la concepción, se dice que son hijos de los --

cónyuges los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, (artículo 325 Código Civil), asimismo la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de matrimonio de sus padres y con la partida de su nacimiento, si éstas son defectuosas, incompletas o falsas, se puede probar con la posesión del estado de hijo nacido de matrimonio, y en defecto de ésta, son admisibles todos los medios de prueba que la ley autoriza. La posesión constante del estado de hijo nacido de matrimonio es, a falta de la prueba normal de la filiación la más segura. Los elementos que constituyen la posesión de estado son el nombre, el trato, la fama y la diferencia de edad.

La filiación extramatrimonial se establece por el reconocimiento voluntario que realiza el presunto padre en la forma y con los requisitos legales o por la imputación de paternidad que en sentencia definitiva recaiga a la acción de reclamación de estado, ejercitada por el hijo o su representante legal.

Genéricamente la filiación, tanto matrimonial, como extramatrimonial tiene las consecuencias jurídicas que la ley establece para todo parentesco, es decir el derecho-deber alimentario, la sucesión legítima, la tutela legítima, etc., además, en lo particular, la filiación tiene como consecuencia el derecho al nombre, la -

patria potestad y la posibilidad de la existencia de ciertos delitos, tales como el infanticidio y el parricidio.

El padre es el único que puede desconocer la filiación del hijo habido durante el matrimonio, y sólo lo puede hacer en casos muy especiales que son: si el hijo de su mujer nació fuera de los plazos legales, es decir, antes de transcurridos 180 días contados a partir de la celebración del matrimonio, o después de 300 días contados a partir de la autorización judicial de separación; en casos de nulidad de matrimonio o de divorcio al igual que si nace durante la vigencia del matrimonio bajo los supuestos que el Código Civil establece en sus artículos 325 y 326, normas que para algunos autores parecen contradictorias, en atención a que la primera señala que contra la presunción de la paternidad no se admite más prueba que la de haber sido impedido físicamente a tener relaciones sexuales con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento, y la segunda dispone que el marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposo.

La contradicción, según tales autores, consiste en que los dos preceptos mencionados contienen el mismo

supuesto, o sea que la esposa tenga un hijo dentro de los plazos legales para reputar la paternidad al marido y que el propio marido no pudo ser el que engendró al -- hijo por no haber tenido relación sexual con su esposo en la época en que ésta quedó encinta, pero aunque el -- supuesto es el mismo, en ambas normas, la disposición legal es diferente.

Cierto, ya que sin fundamento alguno se disponen plazos distintos para uno y otro caso, a pesar de que las posibilidades de paternidad quedan totalmente -- excluidas en el primer supuesto y no existe razón alguna para ampliar el plazo que en él se dispone.

En el artículo 325 sólo se exige la prueba de que el marido no tuvo relación con su mujer durante -- los 120 días primeros de los 300 que precedieron al nacimiento, en tanto que en el artículo 326 se exige que -- se pruebe que durante los 300 días que precedieron al nacimiento el marido no haya tenido contacto sexual con su esposa.

Al respecto, cabe mencionar, la interrogante -- que surge respecto de cual de las dos pruebas admitirán los jueces cuando tengan que resolver sobre el desconocimiento de la paternidad basados en esos supuestos.

Ahora bien, la legislación vigente dispone que el marido que pretende desconocer la paternidad del hijo habido en las circunstancias antes mencionadas, cuenta únicamente con un término de 60 días para deducir su acción, mismos que correrán a partir del nacimiento si -- está presente; a partir del día en que llegó al lugar, -- si estuvo ausente, o desde el día en que descubrió el -- fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Es de mencionar que el artículo 326 del Código Civil, sujeta la acción de desconocimiento a dos elementos que son: primero, el adulterio y segundo, la ocultación del nacimiento o la ausencia del marido, siendo incorrecta la interpretación del numeral en comento, que -- pretende establecer que genéricamente para el desconocimiento de paternidad no se puede alegar el adulterio, ya que del texto completo de esta disposición, encontramos una salvedad o excepción a este planteamiento que consiste precisamente en el ocultamiento del nacimiento o la ausencia del marido, casos en los cuales se considera la imposibilidad de que el hijo sea producto de la relación conyugal, pues se presume que lo es de la relación ilegítima y por tanto es posible alegar el adulterio .

Para concluir vale hacer la observación de que los hijos habidos de una relación adúltera, a pesar del impedimento legal para contraer matrimonio entre los -- adúlteros, pueden llegar a ser legítimados si los padres

contraen matrimonio y la acción de nulidad no es ejercitada dentro de los seis meses siguientes a su celebración, en cuyo caso el matrimonio adquiere plena validez y la legitimación puede llevarse a efecto.

D) PATRIA POTESTAD.

La patria potestad tiene su origen en la filiación y ha sido definida por Sara Montero como "...la institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad." (47)

Por su parte, Rafael de Pina nos dice que es "...el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella con el objeto de salvaguardar en la medida necesaria." (48)

Galindo Garfias señala que "Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, hijos habidos fuera de él, o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación." (49)

(47) MONTERO Duhalt, Sara; Derecho de Familia; Edit. -- Porrúa S.A., mex. 1984; pag. 339

(48) DE PINA Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano Edit. Porrúa, S.A. Mex. 1963, pag. 377

(49) GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil; Edit. Porrúa S.A., Méx. 1987, pag. 669

Respecto de la denominación de éste concepto - jurídico se ha señalado por diversos autores que en la actualidad resulta inadecuado, toda vez que no es "Patria" por no ser ejercida exclusivamente por el padre, ni -- "Potestad", por no ser tanto un poder, sino una verdadera función que conlleva deberes y obligaciones.

En cuanto a su contenido, de la propia definición encontramos que se conceden facultades y se imponen deberes a quien o quienes la ejercen y que conforme a la ley son, sucesivamente, el padre, la madre, el abuelo y la abuela paternos y el abuelo y abuela maternos.

Estos deberes y derechos se reputan a los sujetos activos y al menor, dividiéndose los correspondientes a los primeros según se relacionen con los bienes o con la persona del menor; entre los primeros tenemos, la administración de los bienes y el derecho a la mitad del usufructo de los bienes que el menor adquiriera por título distinto del trabajo, entre otros; y entre los segundos, la obligación de educación y ejemplaridad, la guarda y asistencia, la facultad de corregir y castigar moderadamente y la representación del menor en juicio y fuera de él. En cuanto al menor tiene la obligación de obediencia y respeto a quienes la ejercen, tienen su domicilio legal en la casa de quien la ejerce, no pueden abandonar dicho domicilio sin autorización y no pueden comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin el expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan.

Se han señalado como características de la patria potestad su naturaleza de cargo de interés público, irrenunciable (pero excusable), intransferible (salvo en el caso de la adopción), imprescriptible y temporal.

La excusa para el ejercicio de la patria potestad se concede a quien la ejerce cuando se solicita por un mal estado habitual de salud o por tener más de sesenta años de edad.

La patria potestad se inicia con el nacimiento del menor y concluye por extinción, suspensión o pérdida.

La extinción de la patria potestad se da por haber llegado el sujeto pasivo a la mayoría de edad, por haberse emancipado o por la muerte. La suspensión procede por la incapacidad de quien la ejerce por ausencia declarada judicialmente y por sentencia expresa. La pérdida de la patria potestad sólo puede ser decretada por condena expresa, por comprometerse la salud, seguridad o moralidad del menor, por su exposición o abandono prolongado por más de seis meses o cuando el sujeto activo es condenado dos o más veces por delitos graves.

Finalmente es importante señalar que anteriormente a las reformas de diciembre de 1983, la Patria Potestad también se perdía por causa de divorcio. En este sentido al decretarse el divorcio por causa de adulterio, el cónyuge adúltero no pierde necesariamente la patria potestad respecto de sus menores hijos, salvo que su con

ducta adúltera entrañe costumbres deprabadas, abandono de sus deberes o algún otro hecho que resulte igualmente nocivo para los hijos. En cuanto hace a la suspensión de derechos civiles que puede contener la sentencia penal de adulterio, el derecho al ejercicio de la patria potestad, puede ser suspendido sin menoscabo de que las obligaciones del padre para con el menor queden subsistentes y la suspensión afecte exclusivamente las facultades o derechos que le corresponden al sujeto activo.

CAPITULO IV.

LOS EFECTOS JURIDICOS DEL ADULTERIO EN MATERIA CIVIL.

A) COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Las causas de divorcio son aquellas circunstancias que permiten obtenerlo, apoyadas en una disposición expresa de la legislación y mediante el procedimiento -- que la misma ley prevé para el efecto. Dichas causas ordinariamente se encuentran señaladas en forma taxativa -- por el Código Civil o por las leyes especiales que regulan esta Institución.

En este orden de ideas, es dable concluir que no existen más causas que permitan declarar el divorcio que las que el legislador ha señalado, en nuestro caso, en el Código Civil para el Distrito Federal, excluyéndose la aplicación de alguna otra causa, aún por analogía.

Las causas de divorcio pueden derivar de culpa de uno o de ambos cónyuges o por alguna otra razón que se ha estimado trascendente y en la que no se puede imputar culpa a alguno de ellos.

Para la clasificación de las causales de divorcio se han empleado diversos criterios doctrinales, no existiendo una hegemonía en virtud de que algunas de las causas pueden clasificarse en distintos grupos atendiendo a los criterios aplicados, así, específicamente por lo

que respecta al adulterio se le ha considerado como delito, como divorcio sanción, como incumplimiento de los deberes que implica el matrimonio, como conducta desleal, - como injuria, por citar algunos.

A este respecto, Consentini, citado por Rafael de Pina, realiza la siguiente clasificación:

I.- Causas de orden criminológico, conexas a un hecho castigado, más o menos seriamente, por la ley.

II.- Causas de orden eugénico, ligadas a ciertas ineptitudes físicas para la vida conyugal (alcoholismo, abuso de estupefacientes y de excitantes, enajenación mental incurable, enfermedades crónicas, contagiosas y hereditarias, impotencia).

III.- Causas indeterminadas, admitidas por algunas legislaciones para abarcar todos aquellos casos graves de perturbación de la vida familiar, que sería difícil precisar de una manera categórica y concreta.

IV.- Causas de orden puramente individual (incompatibilidad de caracteres, consentimiento mutuo). (50)

En general, los criterios de clasificación de las causas de divorcio se pueden agrupar en dos sectores, a saber, causas que implican culpa y causas objetivas, las cuales tienen en común el ser muestra de la quiebra efectiva, total y comprobada del matrimonio.

(50) DE PINA, Rafael, Derecho Civil Mexicano; Edit Porrúa S.A; México 1963; p.p. 342 a 344

Nuestra legislación civil, en la fracción I del artículo 267 del Código de la materia, establece que es causal de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges. De acuerdo a lo anterior se entiende que, independientemente de que al cónyuge ofendido le pueda corresponder el ejercicio de una acción penal al integrarse la conducta típica, el simple acto del adulterio le confiere el derecho de demandar el divorcio, siendo necesario que éste se pruebe en cualquier circunstancia en que hubiere ocurrido.

Por lo que respecta al término que el cónyuge ofendido tiene para demandar el divorcio, es de seis meses contados a partir de que se tuvo conocimiento del adulterio.

En cuanto hace a la prevención de que el adulterio tiene que estar debidamente probado, es importante tomar en consideración lo que Sara Montero Duhalt nos dice al respecto:

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

Existen otros casos de prueba plena del adulterio sin que ésto implique la prueba directa de la comisión

del mismo in fraganti. Cuando un hombre casado registra un hijo habido con mujer distinta a su cónyuge, o cuando vive probada y públicamente con otra mujer. Este segundo caso se conoce como "adulterio permanente" y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio: "tratándose de adulterio permanente - debe considerarse que, aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses de concluido tal estado: pensar de otro modo llevaría al absurdo de que si ese estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente, que por amor y respeto a los hijos por ejemplo, haya prolongado por más de seis meses -- sus instancias de reconciliación a padecer indefinida e irremediablemente, esa forma de agravio. (51)

De lo anterior, encontramos el razonamiento que la citada autora apoya en los criterios vertidos por la - Suprema Corte de Justicia, por lo que nos dejan marcada - la directriz para la valoración de los medios de prueba del adulterio.

Al tenerse por comprobado el adulterio procede la declaración de divorcio en sentencia definitiva, en la que se puede condenar al cónyuge culpable, independientemente de la disolución del vínculo matrimonial y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal si la hubiere, a la pérdida de la custodia, la tutela y aún de la patria potestad con respecto de los hijos habidos del matrimonio.

(51) MONTERO Duhalt Sara; Derecho de Familia; Edit. Porrúa S.A. Méx. 1984; p.p. 224-225

Igualmente, el cónyuge culpable podrá ser sancionado con dos años de espera para contraer otro matrimonio, con la pérdida de todo lo recibido por el otro, o -- por otra persona en consideración al matrimonio, la imposibilidad de reclamar sus donaciones, la obligación de -- dar alimentos a sus hijos y en los casos expresamente previstos por la ley, también al cónyuge inocente y el pago de daños y perjuicios en caso de que se le originen al -- inocente.

La sanción de dos años de espera para contraer matrimonio es genérica e independiente de la condena civil que impide permanentemente contraer matrimonio con el coautor del adulterio.

Para finalizar es necesario subrayar que tanto la reconciliación como el perdón extinguen la causal de -- divorcio por adulterio.

B) COMO IMPEDIMENTO PARA CONTRAER MATRIMONIO:

La falta de los elementos esenciales o de los -- requisitos de validez del matrimonio, impide que éste pueda celebrarse válidamente.

La palabra impedimento significa, según Rafael de Pina "... En orden al matrimonio que se pretende contraer, cualquier circunstancia que produzca prohibición -- de llevarse a efecto. Constituye, pues, el impedimento, un obstáculo legal para celebrar el matrimonio." (22)

(52) PINA Rafael de, Derecho Civil Mexicano, Edit. Porrúa S.A. Méx. 1963, pag 329.

Los impedimentos para el matrimonio han sido divididos para su estudio en dos especies:

a) Impedimentos Dirimentes, que son aquellos en los que la violación de la prohibición produce la nulidad o inexistencia del matrimonio. Dentro de ésta especie se encuentra el adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio.

b) Impedimentos Impedientes, que son aquéllos - en los que la trasgresión de la prohibición legal no invalida el matrimonio y sólo produce su ilicitud dando lugar a la aplicación de sanciones de otra índole que se aplican al Juez del Registro Civil que autoriza un matrimonio prohibido por la Ley.

La prohibición que entraña el impedimento para contraer matrimonio en virtud del adulterio habido entre los contrayentes cuando haya sido judicialmente comprobada, está contemplada en la fracción V del artículo 156 -- del Código Civil.

Galindo Garfias sostiene que "Obvias razones de orden moral y social, impiden que dos personas que han -- perpetrado entre si el delito de adulterio, que constituye un atentado grave en contra de la solidez de la familia, puedan contraer matrimonio, para constituir de esta manera legalmente una familia. Se requiere sin embargo, - que el delito de adulterio haya sido comprobado fehacientemente y declarado en una sentencia judicial firme". (53)

(53) GALINDO Garfias Ignacio, Derecho Civil, Edit. Porrúa, S.A. Mex. 1987 pp. 494,495.

Sin embargo, estas consideraciones, en primer término el citado autor las refiere exclusivamente al delito de -- adulterio, lo que resulta inesacto en atención a los argumentos vertidos con anterioridad en el sentido de que el adulterio es simplemente una conducta que contraviene -- el deber de fidelidad a que están obligados los cónyuges, lo cual puede tener consecuencias de índole civil o penal sin que ésto haga variar la esencia de la conducta adulterina, por lo que la referencia es aplicable a la conducta en sí y no en lo particular a su faceta como delito. En segundo lugar la afirmación de que las personas que han -- perpetrado el adulterio están impedidas para contraer matrimonio por las razones que apunta Galindo Garfias, en -- cierto sentido y desde un punto de vista práctico implica un medio de venganza que se le otorga al cónyuge ofendido y que trasciende al matrimonio y su extinción, ya que a -- pesar de haber sido disuelto el vínculo matrimonial o de haber sido impuesta una pena al autor del delito, todavía el cónyuge inocente puede seguir interviniendo en la vida privada del otro, en virtud de la acción de nulidad que -- le corresponde al trasgredirse el impedimento que se analiza; Galindo Garfias se apoya en obvias razones de orden social y moral, y no obstante existen iguales razones para impedir que una vez sancionado el cónyuge adúltero, -- el inocente detente un derecho de venganza para intervenir en la vida post matrimonial del adúltero.

Existe una íntima relación entre el impedimento para contraer matrimonio en virtud del adulterio y su -- transgresión como causa de nulidad del mismo, en virtud --

de lo cual las consideraciones que expresaré en el si --
guiente inciso están íntimamente vinculadas con el presen-
te.

C) COMO CAUSA DE NULIDAD DEL MATRIMONIO:

En este apartado entraremos al estudio de un --
punto que por su naturaleza requiere de un amplio preámbu-
lo, toda vez que, al estimar nuestra legislación al adul-
terio como causa de nulidad del matrimonio, se presenta -
una problemática muy compleja que debe ser examinada con-
detenimiento.

Galindo Garfias nos advierte que "La invalidez
del matrimonio, entraña problemas, algunos de ellos muy
graves de naturaleza específica y con características pro-
pias, que no pueden ni deben ser resueltos aplicando sin
más, la teoría general de las nulidades, relativa a los
actos patrimoniales, de la autonomía privada." (54).

Esta afirmación se apoya esencialmente en el he-
cho de que el matrimonio, al prolongarse en el tiempo, -
origina situaciones jurídicas en relación a los hijos y
a los propios cónyuges que no pueden pasarse por alto, --
independientemente de que la sentencia que resuelve la nu-
lidad del matrimonio no puede tener efectos restitutorios.

El autor en comento, nos indica que para poder -
abordar debidamente estas cuestiones es necesario tomar -
en cuenta los siguientes principios:

(54) GALINDO Garfias, Ignacio, Derecho Civil; Edit. Porrúa
S.A. Méx. 1987; pag. 517

"a) El matrimonio, tiene a su favor una presunción de validez, mientras no se haya pronunciado una sentencia que declare su nulidad (artículo 253 del Código Civil).

b) El matrimonio declarado nulo, pero contraído de buena fé, produce todos sus efectos, mientras dure, en favor de aquel de los consortes que ignora los vicios del acto (artículo 225 Código Civil).

c) Siempre se presume la buena fe de los cónyuges, salvo prueba en contrario (artículo 257 Código Civil).

d) La sentencia de nulidad no destruye los efectos del matrimonio, en favor de los hijos (art. 255 -- Código Civil).

e) La posesión del estado de matrimonio, unido a la existencia del acto, subsana los vicios de forma de que adolezca el acto e impide la impugnación de su validez (artículo 250 del Código Civil). (55)

Ahora bien, con el propósito de partir de una base concreta, a continuación cito el concepto que Sara - Montero nos refiere sobre la nulidad de matrimonio, como "la disolución del vínculo en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del matrimonio, o por faltar formalidades en el acto de celebración." (56)

(55) Op. Cit. pag. 518

(56) MONTERO Duhalt Sara; Derecho de Familia; Edit. -- Porrúa; Méx. 1984; pag. 174.

Ahora bien, para ubicar adecuadamente la nulidad del matrimonio derivado del adulterio, es necesario -- distinguir la nulidad de la inexistencia y señalar que és ta última sólo puede derivarse de la falta de declaración de voluntad, de la falta de solemnidad o de la falta del objeto. Nuestra legislación no se ocupa expresamente de los matrimonios inexistentes, sino únicamente de los matri monios nulos, pero del contexto de la misma, se infiere - que la existencia de alguna de las tres hipótesis plantea das, impide que el estado jurídico matrimonial surja verda deramente.

Respecto de la inexistencia del matrimonio, cabe apuntar lo que Galindo Garfias nos dice: "La inexisten cia del matrimonio no requiere declaración judicial, no - produce ningún efecto legal. La nada no produce ningún - efecto. Las consecuencias que produjere el matrimonio -- inexistente; son consecuencias de hecho y no de derecho." (57)

Por lo que respecta a las causas de nulidad del matrimonio, el artículo 235 del Código Civil, los agrupa - de la siguiente manera:

- a) El error sobre de la persona
- b) La existencia de impedimentos
- c) La falta de formalidades que deben observar se en la celebración del matrimonio.

(57) GALINDO Garfias, Ignacio; Derecho Civil; Edit. Porrúa S.A., México 1987, pag. 523.

El adulterio como causa de nulidad del matrimonio se encuentra contemplado en la fracción b), toda vez que es correlativo al impedimento por la misma causa que ha sido examinado con anterioridad.

Para que el adulterio constituya causa de nulidad del matrimonio, debe haber sido judicialmente probado. Toda vez que la prueba judicial del adulterio puede darse en el juicio penal por el delito del mismo nombre o durante el juicio de divorcio necesario, a mi juicio cualquiera de ellos basta para que pueda aplicarse la causa de nulidad y no necesariamente que dicha prueba se verifique en el juicio de divorcio, pues en el caso de que el adulterio se pruebe penalmente y que los cónyuges opten por el divorcio por mutuo consentimiento en vías de evitar mayores trastornos, igualmente se debe tener por probado judicialmente el adulterio.

El efecto de esta causa de nulidad según Sara Montero es que: "cuando un matrimonio se ha extinguido -- por divorcio necesario por causa de adulterio de uno de los cónyuges, el declarado cónyuge culpable queda impedido legalmente para contraer matrimonio con la persona -- con quien cometió el adulterio."(58)

Con la salvedad de que, conforme con lo antes mencionado, es mi opinión que el adulterio también puede comprobarse en la vía penal, aún cuando no haya divorcio necesario, la prohibición legal de referencia, al servirla, concede la acción de nulidad del cónyuge ofendido y al

(58) MONTERO Duhalt Sara, Derecho de Familia, Edit. Porrúa S.A., Méx. 1984, pag. 179.

Ministerio Público, la cual debe ejercitarse dentro de -- los 6 meses siguientes a la celebración del matrimonio en tre los adúlteros.

Con sobrada razón Sara Montero, analizando la misma inquietud que dió origen al presente trabajo nos -- dice que "El derecho de la acción de la nulidad al cónyuge ofendido se convierte en un medio de venganza otorgado por la ley y, lo peculiar del caso es el otorgamiento de la acción al Ministerio Público, como si toda la sociedad se hubiere visto ofendida por el adulterio cometido." (59)

A mayor abundamiento es de destacarse que ni si- quiera el derecho penal, que es un derecho público, le -- confiere al adulterio el carácter de delito público toda vez que lo cataloga dentro de los delitos que se persiguen a petición de la parte interesada exclusivamente.

Es cierto que el adulterio es una conducta daño- sa jurídicamente reprochable, sin embargo su gravedad es relativa y de difícil apreciación, en virtud de que el daño que se produce es eminentemente moral en perjuicio única y exclusivamente del cónyuge ofendido, por lo que su sanción debe ser en todo caso proporcional a dicho daño y no pro- longarse indefinidamente en perjuicio del cónyuge adúltero.

Los efectos civiles que la Ley prevé respecto del cónyuge culpable en el divorcio necesario, así como -- la penalidad que la ley de la materia establece para el -- delito de adulterio, son a mi juicio consecuencias más que (59) Idem. pag. 179

suficientes para sancionar al adúltero y está por demás el conferirle al cónyuge inocente una acción que entraña esencialmente un medio de venganza que tendrá efectos con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial, -- cuando se supone que cada uno de los cónyuges trata de -- reorganizar su vida.

Sara Montero (60) nos dice que, entre un número infinito de causas a las que puede obedecer el adulterio, tenemos frivolidad, aburrimiento, inmadurez, insatisfacción con el propio cónyuge, crisis emocional, necesidad de reafirmar el ego, situaciones circunstanciales pasajeras, y a los que podemos agregar estados patológicos, -- venganza, celos y muchos otros más de carácter personal, y que en gran parte de los casos pasan por alto, sea por el desconocimiento por parte del cónyuge o por la existencia de arrepentimiento y perdón por lo que no puede establecerse una consecuencia idéntica para cada caso de adulterio, ya que en otras circunstancias éste produce el -- rompimiento total y absoluto del matrimonio, sin olvidar que de igual manera se puede generar una nueva relación -- afectiva con el copartícipe del adulterio.

A pesar de lo reprochable de la conducta adúltera, en base a la naturaleza humana existe una tendencia a que una vez disuelto el vínculo matrimonial, el cónyuge culpable desee entablar una relación lícita y permanente con la nueva pareja, con la que incluso pudo ya haber procreado descendencia. En ese sentido Sara Montero recalca que "La prohibición legal para contraer matrimonio en estas circunstancias y la destrucción del vínculo a través --

(60) MONTERO Duhalt Sara, Op. Cit.

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

de la acción de nulidad si, pese al impedimento los adúlteros hubieren contraído matrimonio, trae consigo la -- disolución de la familia, propicia el concubinato y condena a los hijos a ser nacidos fuera del matrimonio, situaciones todas ellas contrarias al espíritu de interés público y protección al núcleo familiar que se persigue a través de la normatividad del derecho de familia."(61)

Para concluir, el carácter relativo de la nulidad que nos ocupa, en atención al término de seis meses -- posteriores a la celebración del matrimonio que la ley -- concede al cónyuge ofendido y al Ministerio Público para ejercitar la acción correspondiente, provoca que los adúlteros recurran al disimulo y al ocultamiento para provocar la ineficiencia de la nulidad, es decir, que al no -- exigir la ley que el Ministerio Público o el cónyuge ofendido deban tener conocimiento del matrimonio y que a partir de ese momento corra el término para ejercitar la -- acción correspondiente, basta con que los adúlteros eviten que el mismo llegue al conocimiento de los titulares de la acción durante los seis meses siguientes a su celebración, para que éste sea totalmente válido.

(61) Idem., p.p. 179,180

D) EFECTOS CIVILES DE LA SENTENCIA PENAL DE ADULTERIO.

Como se ha establecido a lo largo del presente trabajo, la conducta del adulterio se maneja en forma independiente, en el Derecho Civil y en el Penal, siendo necesario que para que la conducta se encuadre dentro del tipo penal correspondiente, ésta debe cometerse en el domicilio conyugal o con escándalo. Al integrarse los elementos materiales del ilícito y realizarse su comprobación en el juicio penal, así como de la culpabilidad del o los procesados el juzgador debe dictar una resolución en la que se les condenará a una pena que, de conformidad con el artículo 273 del Código Penal, consistirá en prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años.

Ahora bien, para los efectos de nuestro estudio y toda vez que es trascendente en el campo del derecho civil a continuación se estudiará la suspensión de derechos civiles a que alude el precepto antes mencionado, así como la reparación del daño, consistente en el pago de alimentos para los hijos que llegaren a resultar a consecuencia de la comisión del adulterio, al igual que a la madre de éstos, que dispone el artículo 276 bis del Código Punitivo.

Antes de abordar los dos aspectos antes referidos - considero conveniente exponer una noción general respecto de la naturaleza jurídica de la pena y del tratamiento -- que el Código Penal da a la suspensión de derechos dentro de la clasificación de las penas y medidas de seguridad -- contenida en el capítulo I del Título Segundo.

Por pena debemos entender la consecuencia que la Ley señala para el autor de un delito, que sólo puede ser impuesta por el Estado mediante las resoluciones de los Tribunales previamente establecidos para el efecto.

Franco Sodi nos refiere las siguientes definiciones de Pena, según los siguientes autores:

Según Carrara " Es el mal que se inflige al delincuente - por razones de justicia, con el fin de tutelar jurídicamente los bienes de las personas "; en tanto que Para Carran- cá " La pena es un mal infligido legalmente al delincuente, como consecuencia del delito y del proceso correspondiente ". (62)

(62) FRANCO Sodi, Carlos ; Nociones de Derecho Penal, ediciones Botas, Méx. 1950, P.P 111 y 112.

Por otra parte, Fernando Castellanos nos dice que Bernaldo de Quiros lo definió como " La reacción social jurídicamente organizada contra el delito ", que para -- Cuello Calón es " El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal", y que para Franz Von Liszt " Es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor ", y nos dice que en su concepto " La pena es - el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico". (63)

De lo anteriormente expuesto encontramos que la nota determinante de la pena es un castigo que se inflige al delincuente atendiendo el interés de la sociedad de -- preservar el orden jurídico.

Sin hacer una distinción en particular, nuestra legislación penal, en el artículo 24 del Código de la materia, enumera las penas y medidas de seguridad, de donde es necesario aclarar que la diferencia entre unas y otras, - aún cuando no ha quedado totalmente resuelta por los tratadistas, consiste en que los primeros llevaron consigo - la idea de expiación en tanto que los segundos se encami-

(63) CASTELLANOS Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, edit. Porrúa, S.A. Méx. 1981 P.P. 305 y

nan principalmente a evitar la comisión de nuevos delitos.

El precepto antes mencionado, cataloga en su fracción XII a la suspensión o privación de derechos dentro de las penas y medidas de seguridad.

La suspensión de derechos puede aplicarse de dos maneras a saber como consecuencia necesaria que resulta de otra sanción y por disposición expresa de la sentencia que le impone como sanción.

En el primero de los casos tenemos que la prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, arbitro, arbitrador o representante de ausentes, prolongándose dicha suspensión de derechos desde que cause ejecutoria la sentencia y hasta que concluya la condena.

En el segundo caso tal como se establece para el adulterio, la propia Ley dispone como pena por la comisión de un delito la propia suspensión de derechos.

Ahora bien, el diccionario jurídico mexicano nos dice que los derechos civiles son las " Prerrogativas básicas y libertades fundamentales reconocidas y garantizadas a todo ser humano, por el sólo hecho de serlo, donde quiera que se encuentre y sin distinción de ninguna especie. También suele denominárseles " Derechos Individuales o, P.E., en México garantías Individuales " (64).

En este orden de ideas tenemos que el adulterio -- probado judicialmente en un proceso del orden penal puede implicar para el o los procesados una sanción que -- abarca dos aspectos: por una parte la pena corporal de -- prisión hasta por dos años que, de conformidad con la legislación vigente se podrá conmutar por una multa, y por otra la limitación temporal de la capacidad jurídica del condenado hasta por seis años lo cual resulta además de injusto desproporcionado.

Cierto, tal como se asentó al hablar del adulterio como una figura del Derecho Penal, se debe estimar que -- el tipo delictivo correspondiente afecta exclusivamente -- intereses particulares, razón por la cual es necesario la querrela del ofendido para proceder en contra del adúltero

(64) Diccionario Jurídico Mexicano, tomo III-D, Edit. Porrúa, S.A. Méx. 1985 P.P. 209 y 210

ro, extinguiéndose la acción por el perdón que aquel le otorgue a esté. Si estimamos además, que el bien jurídico tutelado es el deber de fidelidad a que están obligados los conyuges, el cual es objeto particular de su relación matrimonial, la imposición de una pena corporal - al adúltero, que como se ha mencionado, constituye prácticamente un medio particular de venganza, debe ser en todo caso castigo mas que suficiente para el cónyuge culpable, y no existe un razonamiento legal que justifique que además se le pueda restringir drásticamente su capacidad de obra y de ejercitar sus derechos civiles, máxime que no ha existido una ofensa a la sociedad de tal gravedad que amerite afectar los derechos del adúltero para ejercer la patria potestad, la tutela los derechos conyugales, el patrimonio y su disposición o administración, etc.

En atención a lo anterior, resulta que la suspensión de derechos civiles con que puede ser castigado el adúltero, redundando en efectos más perjudiciales para éste, que los que la propia pena corporal puede producirle, -- independientemente de que, el haber violado el deber de fidelidad hacia su cónyuge, no debe traer aparejada la -- presunción de que su desempeño en el ejercicio de sus de

rechos civiles se encuentra viciado, y por tanto, le debe ser restringido.

A este respecto, González de la Vega (65) nos dice que la suspensión de derechos generalmente es una pena - complementaria de otra mas grave que priva al delincuente de su ejercicio cuando se ha mostrado indigno o incapaz en sus relaciones.

Considero que si no se justifica la exclusión del tipo penal del adulterio por las circunstancias especialmente gravosas que la Ley exige para que sea punible, la exclusión de la pena de suspensión de derechos civiles - hasta por seis años, si lo es en virtud de la desproporción que existe entre la gravedad de la conducta y la de la sanción, independientemente de la violación del deber conyugal de fidelidad, no implica que el adúltero sea indigno o incapaz de ejercitar sus derechos civiles, por lo que la aplicación de esta pena es desproporcionada e inadecuada para sancionarla.

Por otra parte, la cita que González de la Vega hace de Cuello Calón en el sentido de que "... la declaración de estas incapacidades no constituye hoy día una --

agravación de la pena, ni tienen como fin marcar al condenado con una nota de infamia; son simples medidas que tienden a impedir males futuros y a garantizar el ejercicio y la dignidad de ciertas funciones" (66). No es aplicable la suspensión de derechos al adúltero, toda vez que con la misma no se logra el impedir males futuros en virtud de que el delito no se comete en el ejercicio de los derechos civiles que se le restringen al adúltero con dicha sanción.

Finalmente, cuando a consecuencia del adulterio se procrean hijos, el artículo 276 bis del Código Penal dispone que 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. En este aspecto, se procura la protección para el producto del adulterio que nada tiene que ver con la relación que dió origen a su nacimiento, así como a la madre en los términos que la legislación civil dispone para el divorcio, sin embargo, el aspecto económico no es el único en el que se les ocasiona perjuicio a los hijos habidos del adulterio, ya que su situación como hijos nacidos fuera del matrimonio, no deja de entrañar por lo menos en algunos sectores sociales, el rechazo del núcleo en que ha de desenvolverse, o por lo menos la deshonra y el menosprecio.

(66) IDEM.

C O N C L U S I O N E S

Después de valorar el contenido del presente trabajo, estimo pertinente proponer las siguientes conclusiones:

- I. Nuestra legislación no contempla la definición del concepto de adulterio y, a pesar de que en la doctrina ha sido profusamente tratado el tema, sería conveniente que se expresara con claridad en el derecho positivo, el contenido y alcances de dicho concepto.
- II. El adulterio es la violación del deber de fidelidad conyugal, consistente en la cópula de un cónyuge -- con persona distinta del otro cónyuge.
- III. Existe una tendencia en el plano histórico que va del adulterio como delito público, a ser considerado como delito privado con consecuencias limitadas al ámbito del Derecho Civil.
- IV. En estricta técnica jurídica no existe en realidad un adulterio civil o penal; se trata tan sólo de una misma conducta que puede tener efectos en el campo civil y/o en el campo penal.
- V. La distinción entre la conducta adulterina que puede producir sólo consecuencias civiles y la que --- además puede tener efectos penales, radica en que ésta se cometa con escándalo o en el domicilio conyugal.

- VI. En la actualidad, conforme a nuestro derecho positivo, el adulterio es delito en virtud de que el Código Penal lo encuadra como tipo sancionable.
- VII. El adulterio no es en realidad un delito sexual, -- aún cuando la ley lo clasifique como tal, ya que -- sólo se pretende proteger la institución del matrimonio y las obligaciones inherentes a esta y no -- restringir la libertad sexual.
- VIII. Para que el adulterio llegue a tener consecuencias tanto civiles como penales, es necesario que concurra la voluntad del cónyuge ofendido.
- IX. Nuestra legislación civil contempla al adulterio como causal de divorcio, consecuencia que a mi juicio es la única que debe prevalecer como sanción para dicha conducta.
- X. El adulterio debe despenalizarse en atención a que su inclusión como delito de querrela necesaria, implica hasta cierto punto un medio de venganza.
- XI. La convalidación de que puede ser objeto el matrimonio contraído entre los adúlteros redundaría en la ineficiencia de las disposiciones relativas a su nulidad.
- XII. La sanción penal a los adúlteros consistente en la privación de derechos civiles hasta por seis años es exagerada, inadecuada y excesiva.

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

1. BORDA, Guillermo.
La Ley; T. 87; Argentina 1957
2. CASTELLANOS, Fernando
Criminalia; Año XXVI No. 11;
México 30-Noviembre-1960.
3. Código Civil para el Distrito Federal en Materia de
Fuero Común y para toda la República en Materia de
Fuero Federal.
Editorial Porrúa, S.A.
México 1987.
4. Código Penal para el Distrito Federal en Materia de
Fuero Común y para toda la República en Materia de
Fuero Federal.
Editorial Porrúa, S.A.
México 1987.
5. Código Penal Comentado; CARRANCA TRUJILLO, Raúl y
otro; Editorial Porrúa, S.A.;
México 1971.
6. Código Penal del Estado de Aguascalientes.
Editorial Porrúa, S.A.;
México 1987.
7. COUTO, Ricardo
Derecho Civil Mexicano; T. II; Editorial La Vasconia;
México 1919

8. CHAVEZ ASENCIO, Manuel
La Familia en el Derecho; Editorial Porrúa, S.A.;
México 1984.
9. DE PINA, Rafael.
Derecho Civil Mexicano; Editorial Porrúa, S.A.;
México 1963
10. Diccionario Jurídico Mexicano.
T.I-A-B; Editorial Porrúa, S.A.;
México 1985; Instituto de Investigaciones Jurídicas.
11. Enciclopedia Jurídica Omeba; T. I-A; Editorial
Ancalo, S.A.;
Buenos Aires 1976
12. ESCRICHE, Joaquín.
Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia;
Editora e Impresora Norbacaifornia;
Ensenada, Baja California 1974.
13. GALINDO GARFIAS, Ignacio.
Derecho Civil; Editorial Porrúa, S.A.;
México 1987.
14. GONZALEZ BLANCO, Alberto.
Delitos Sexuales en la Doctrina y en Derecho Positivo
Mexicano;
Editorial Porrúa, S.A.
México 1979.

15. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco
El Código Penal Comentado; Editorial Porrúa, S.A.;
México 1982
16. HERNANDEZ CARRELLO, Esteban.
Exegesis; Vol. I y II; Nos 11 y 12;
México 1981-1982
17. KIPP, Teodoro y Martín Wolff
Derecho de Familia; Volúmen I; Editorial Bosh
18. MONROY CABRA, Marco Gerardo.
Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del
Rosario; Vol. 71 Nos. 506-507
Bogotá, Colombia. Enero-Diciembre 1978
19. MONTERO DUHALT, Sara
Derecho de Familia; Editorial Porrúa, S.A.;
México 1984.
20. PALAFOX VAZQUEZ, Carlos
Criminalia; Año XXXIII No. 6;
México 1966.
21. PLANIOL Marcelo y Jorge Ripert.
Tratado Práctico de Derecho Civil Francés; T. II;
Editorial Cultural, S.A.;
Habana 1956.
22. ROJIN VILLEGAS, Rafael
Derecho Civil Mexicano, T. Segundo; Editorial Porrúa,
S.A.;
México 1975.

23. Semanario Judicial de la Federación
Sexta Epoca; Vol. CXI 2a. Parte; Septiembre de 1976,
Primera Sala.

24. Tratado de los Delitos de las Penas.
Librería La Rosa;
París 1828, Tomada de Delitos Sexuales en la Doctrina
y en el Derecho Positivo Mexicano; Editorial Porrúa,
S.A.;
México 1969.