

301809

28
209

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

**ESCUELA DE DERECHO CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**



**EL ADULTERIO EN MEXICO EN EL DERECHO CIVIL
COMO CAUSAL DE DIVORCIO**

**TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
MARIO ALBERTO GUTIERREZ ANGEL**

PRIMER REVISOR:

LIC. J. ADRIAN GODINEZ GARCIA

SEGUNDO REVISOR:

LIC. JESUS ARMANDO JIMENEZ REYES

FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1991



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

EL ADULTERIO EN MEXICO EN EL DERECHO
CIVIL COMO CAUSAL DE DIVORCIO

INDICE

	PAG.
INTRODUCCION.	I-V
CAPITULO I	
LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO	
1.1 La Familia.	1
1.2 El Matrimonio.	3
a) Su Concepto.	
b) Su Naturaleza Jurídica.	
1.3 El Matrimonio en el México Precortesiano.	11
1.4 El Matrimonio en el México Colonial.	13
1.5 El Matrimonio en el México Independiente.	15
1.6 Códigos Civiles en 1870, 1884.	17
1.7 Ley de Relaciones Familiares y Código Civil de 1928.	19

CAPITULO II**ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO**

2.1 Etimología y Definición del Divorcio.	22
2.2 En el Derecho Romano.	26
2.3 En el Derecho Canónico.	30
2.4 En el México Prehispánico.	32

CAPITULO III**CONCEPTO DE ADULTERIO**

3.1 Su Concepto.	35
3.2 Antecedentes Históricos.	39
a) Grecia.	
b) Egipto.	
c) Roma.	
e) Israel.	
e) Edad Media.	
f) España.	
g) Francia.	
h) México.	

	PAG.
3.3 Naturaleza Jurídica.	57
3.4 Elementos del Adulterio.	71

CAPITULO IV

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

4.1 Como Causal de Divorcio.	74
a) Código Civil de 1870.	
b) Código Civil de 1884.	
c) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.	
d) Código Civil de 1928.	
4.2 Elementos del Adulterio.	89
a) Existencia de un Matrimonio Civil.	
b) Relaciones Sexuales con Persona Distinta del Cónyuge.	
c) Los Actos entre los Homosexuales.	
d) Inseminación Artificial.	
4.3 La Acción del Divorcio.	105
1) La existencia de un Matrimonio Válido.	
2) El ejercicio de la acción en tiempo.	
3) Perdón del cónyuge inocente.	

4) Jurisdicción.

5) Capacidad Procesal.

6) La Demanda debe ser ajustada a los presupuestos procesales.

4.4 Pruebas en el Adulterio.

110

a) Prueba Directa.

b) Prueba Indirecta.

c) La Confesión.

d) Testigos.

e) Caducidad de la Acción.

f) Adulterio Ocasional.

g) Adulterio No Ocasional.

h) Autonomía de las Causales.

i) Las Causales deben Probarse Plnamente.

CAPITULO V

ADULTERIO CIVIL

5.1 Efectos del Adulterio como Causal de Divorcio.

140

a) Respecto de los propios cónyuges.

b) Con respecto a los hijos.

c) Con respecto de los bienes.

	PAG.
5.2 El Adulterio entre otras Figuras Jurídicas.	152
a) Bigamia.	
b) Concubinato.	
c) Hijos Adulterinos.	
CONCLUSIONES.	166
BIBLIOGRAFIA.	168

INTRODUCCION

La problemática de la familia actual es grande y por lo tanto apasionante, al concurrir en ella todos los aspectos del saber humano. De ahí parten y ahí convergen en una innumerable cadena de causas-efectos que la han hecho evolucionar y degradarse hasta llegar a la crisis que ahora vive.

Al meditar sobre el tema que debía tratar para efectuar la investigación de Tesis Profesional, llegué a la conclusión de que el aspecto jurídico de la familia era el de mayor interés, tal vez porque considero a la familia como la verdadera célula social.

Al realizar el estudio de la familia y sus repercusiones en el campo del derecho, comprendí que debía ser analizado un solo punto de la enorme gama de aspectos que ello ofrece, porque lo abundante del tema propicia una gran dispersión que impide realizar un análisis profundo, a menos que intentase crear un tratado. Hube de sacrificar entonces las inquietudes personales que provoca la problemática familiar, a cambio de una mejor precisión de análisis que espero haber logrado, al tratar un solo aspecto de las relaciones familiares.

Pero, ¿cuál punto me inquietaba más? Fueron varios, comprendidos desde la creación de una legislación en Materia Familiar e independiente

de la reglamentación del Código Civil hasta aspectos más breves, como lo son filiación, matrimonio, alimentos, divorcio e incluso el aborto y la planificación familiar. Por fin la decisión fué tomada: Divorcio. Pero, ¿Porqué divorcio? simple y llanamente porque es el termómetro de la crisis familiar, cada vez es mayor el número de matrimonios que se disuelven. Pero, ¿cuál causal?

La causal: La primera, del Artículo 267 del Código Civil para el D.F., el Adulterio.

Se hace necesario aclarar, lo que a mi parecer debe ser considerada la fidelidad aplicada al matrimonio.

La fidelidad conyugal debe desprender de las voluntades libres de los contrayentes al celebrar el matrimonio, para otorgar su persona a la satisfacción psíquica y sexual; entrega que debe ser exclusiva de una con respecto a la otra.

Si el amor conyugal hace indisoluble al matrimonio, cuando aquel desaparece debe desaparecer éste, a fin de evitarse daños mutuos, originados por el desamor conyugal.

Cuando el amor existe, debe basarse en la buena fé, en la confianza recíproca y en la continua voluntad de permanecer unidos para la

conservación del matrimonio y la consecución de sus fines primordiales. De tal manera, la fidelidad conyugal requiere de la madurez emocional de ambos, porque durante la vida de las personas existen un sinnúmero de circunstancias que pueden orillar a cualquiera de los cónyuges a quebrantar la promesa de exclusividad amorosa, poniendo a prueba la congruencia de su criterio con sus actos.

Durante el matrimonio se presentan situaciones que conflictúan a las parejas, provocando desavenencias, en ocasiones tan graves, que pueden llevarlo al fracaso si no existen la comunicación y la confianza necesarias, aunadas a la comprensión de la imperfección propia del ser humano. El desinterés en cualquiera de los cónyuges, puede provocar conductas negativas tendientes al rompimiento definitivo de los lazos matrimoniales, afectando por tal motivo a la pareja y a toda la familia. Esta ruptura puede ser originada por infidelidad, lo cual indica inmadurez por parte de quien la realiza o desamor e incluso desprecio por parte de la pareja; o bien, puede provocar la búsqueda de afectos nuevos, desintegrando de algún modo la armonía familiar. No necesariamente termina con la ruptura definitiva, pero sí con la confianza y voluntad debidas.

La infidelidad conyugal también puede ser indicativa de problemas económicos familiares, aspecto realmente importante, por las constantes crisis económicas actuales, que pueden llegar a inducir a la mujer (aunque

ocasionalmente también al hombre), quien aún amando y respetando a su pareja, a prostituirse para subvenir a los gastos familiares urgentes; ésto refleja impreparación por parte de quien la practica y del cónyuge que la solapa. En tal caso el origen de la infidelidad puede no parecerles inmoral, pero refleja grave incapacidad de educar de manera correcta a su descendencia.

El respeto es otro elemento imprescindible de la fidelidad nacida del matrimonio

Respeto a sí mismo, porque quien se quiere se respeta y respeta a los demás, se tiene en gran estima, por lo que evita la dispersión psicológica nacida de las relaciones sexuales realizadas con diferentes personas durante la misma época; impidiendo de esta manera desarrollar todo su potencial humano en el trabajo y con su familia.

Respeto al cónyuge, nacido del amor que le tiene y la voluntad de llevar en común sus vidas, en la que para ambos tenga la misma finalidad, que significa la realización personal de cada uno sin menoscabo del otro.

Respeto que le merece la familia propia, de quien es fundador al unirse voluntariamente en matrimonio y que le requiere de toda su capacidad para llevarla con buen término. Lo cual no excluye el hecho de la existencia de cariño hacia otras personas que no forman parte de la

familia pero este afecto debe ser libre de cualquier ilicitud familiar, social, jurídica, moral o religiosa.

CAPITULO I

LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

1.1 LA FAMILIA

La familia es definida por Antonio Cicú como un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad. (1)

El ámbito de la familia moderna es más reducido que el que tuvo en la antigüedad. La acepción primitiva designada a la familia como el conjunto de miembros que vivían bajo el mismo techo, bajo la misma dirección y con los recursos del jefe de la casa. Se entiende ahora generalmente por familia el grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos, con exclusión de los demás parientes o por lo menos de los colaterales.

La familia se considera en nuestro estado actual de civilización como una institución necesaria. La protección y la educación de los hijos imponen al padre y a la madre deberes que no pueden ser cumplidos útilmente, sino por medio de la unión duradera de los dos padres, aún en el caso de que la unión duradera del hombre y la mujer resulte infecunda, no deja de constituir una sociedad natural. La agrupación familiar es en la sociedad política un núcleo irreductible. Las leyes que la gobiernan son dictadas por la religión o por la moral; el legislador lejos de establecerlas libremente, no hace más que sancionarlas.

(1) El Derecho de Familia, Pág. 27.

Este grupo natural tiene, según las épocas y en relación con los pueblos distintas características.

La evolución histórica de la familia, se inicia a partir de su constitución patriarcal. Los pueblos más antiguos como Roma, la consideran como la base misma de su organización social, integrada bajo la autoridad del padre y constituida por todos los hijos e hijas y aún por los esposos de éstas. La familia Romana constituye una unidad religiosa, política y una estructura económica sólida.

El Cristianismo fundó la familia sobre la base del matrimonio sacramento y del amor a los hijos, como reducto sólido e indisoluble. La fidelidad recíproca, la abnegación, la potestad marital en nombre de Dios y con la responsabilidad de las almas confiadas al jefe de familia.

El triunfo del individualismo, el protestantismo, la Reforma, la Revolución Francesa y los demás movimientos que conmovieron al mundo desde el Renacimiento, suprimieron los lazos más estrechos del grupo familiar, regulándose no desde el punto de vista del interés del grupo, sino en consideración al interés del individuo, la familia es para el individuo, su mujer, sus hijos, sus bienes, sus relaciones, deberes y derechos.

Multitud de factores han determinado la disgregación de la familia, como son la separación de los hijos del hogar de la mujer en busca de

nuevos ingresos, etc. En defensa del fortalecimiento familiar los juristas de todo el mundo han efectuado notables trabajos, las soluciones que se han dado al problema son de que debe restaurarse el matrimonio indisoluble de que debe considerarse a la familia como núcleo que no sólo resulta de los vínculos biológicos, sino que debe vigorizarse haciéndola unidad económica, política y religiosa; deben cuidarse sus fuentes constitutivas, por ejemplo dando efectos al matrimonio de hecho al religioso, al concubinato; preservando de toda amenaza que haga peligrar su estabilidad incrementando el patrimonio familiar; constituirla en persona moral imponiéndole deberes rigurosos a sus miembros en razón del grupo; evitar por todos los medios posibles la disolución familiar limitando el divorcio a situaciones que amenacen al grupo.

La constitución de la familia en nuestro derecho obedece a las siguientes fuentes; el matrimonio, la filiación y la adopción.

1.2 EL MATRIMONIO

a) Su Concepto.- Es el matrimonio la base fundamental en la estructuración de las sociedades modernas, y es fuente principal, moral y

legal, para la constitución de la familia; con la palabra matrimonio se designa a la comunidad formada por el marido y la mujer.

Podemos considerar para los fines de nuestro estudio, tres tipos diferentes de matrimonio: el natural, religioso y civil.

En el matrimonio natural encontramos la forma original y primitiva de unión entre un hombre y una mujer. En nuestro derecho actual, su importancia es mínima, debido a las escasas consecuencias jurídicas que produce, únicamente viene a llenar una de las necesidades y uno de los fines del hombre, la reproducción.

Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, la primera pareja, Adán y Eva, se unieron en matrimonio natural, el cual fué bendecido por el Ser Supremo; el matrimonio era la unión corporal del hombre y la mujer, para permanecer juntos y lograr su multiplicación.

En el seno de la Iglesia Católica, también evoluciona el concepto del matrimonio, llegando a ser elevado por Jesucristo a la categoría de sacramento, y es dentro de éstos el más grande, ya que significa la unión de Cristo con la Iglesia estando Cristo representado por el hombre y la Iglesia por la mujer

La reforma religiosa surgida en Europa cambia la concepción que con

respecto al matrimonio tradicionalmente se había tenido; el Estado, como único representante de la sociedad desconoce a la Iglesia atribuciones y deja para sí la legislación en materia matrimonial. En Austria en el año de 1783, José II quita a la Iglesia, basándose en la división entre contrato y sacramento, la competencia en materia matrimonial y establece que, siendo el matrimonio un contrato, su jurisdicción corresponde al Estado.

Con la Ley 2025 de Septiembre de 1792, emanada directamente de la Revolución Francesa, se desvincula completamente el matrimonio de la Iglesia y surge el matrimonio civil como único reconocido por el Estado careciendo el religioso de toda relevancia jurídica. Es así como con la Revolución francesa empieza un nuevo periodo en la evolución histórica del matrimonio: de Francia pasa a los demás países europeos el surgimiento del matrimonio civil como el único válido ante el Estado.

En México es hasta con las Leyes de Reforma expedidas por el Lic. Benito Juárez en el año de 1859 en el Puerto de Veracruz, cuando surge a nuestra vida jurídica del matrimonio civil, consecuencia inmediata de la separación del Estado y de la Iglesia.

En el fondo, nos dice Marcel Planiol, el matrimonio no es sino la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad de contrato, por la

ley, y a la de sacramento por la Iglesia. (2)

El matrimonio es una realidad del mundo jurídico, es la organización social necesaria para la convivencia humana, que se presenta como una manifestación libre de voluntades, sancionada por la Ley, de un hombre y una mujer, para constituir una comunidad destinada a perpetuar la especie y a socorrerse mutuamente, la que no pueden disolver por su sola voluntad.

b) Su Naturaleza Jurídica.- Dos son las posiciones doctrinales que desde el punto de vista netamente jurídico, tratan de establecer la naturaleza del matrimonio; la primera de ellas la forman los diferentes autores que consideran al matrimonio como un contrato, y la segunda los que consideran una institución.

El Matrimonio considerado como contrato.- En su libro "Elementos de Derecho Civil", el Dr. Rafael de Pina nos dice que la concepción del matrimonio como contrato, surge ante la de matrimonio como sacramento, como una manifestación del poderío del Estado ante la Iglesia, pero, es una fórmula fallida como justificación de una actitud política (3)

(2) Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil Pág. 307

(3) Rafael de Pina. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Pág. 317.

De acuerdo con la primera posición de las enumeradas el Lic. Edmundo Pallares nos indica: "El matrimonio es el contrato civil que celebran los contrayentes respecto al régimen legal a que van a quedar sujetos sus bienes durante el matrimonio". (4)

Y como notas esenciales del contrato de matrimonio, el mismo autor señala:

a) Es un contrato de orden público que concierne sólo al patrimonio de los esposos.

b) Es forzoso celebrarlo. El art. 178 del Código Civil dice: "El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad legal o bajo el de separación de bienes".

c) Es contrato formal porque exige para su validez el requisito de la escritura.

d) Es contrato de tracto sucesivo bilateral, oneroso y conmutativo". (5)

Marcel Pantiol afirma que la "idea del matrimonio como contrato es rechazada por muchas personas, debido a una preocupación religiosa, porque la institución del sacramento del matrimonio ha absorbido, al contrato", y nos define al matrimonio como "el contrato por el cual el

(4) Eduardo Pallares. Revista Foro de México No. 94. Pág. 15.

(5) Eduardo Pallares. Obra Citada. Pág. 15.

hombre y la mujer establecen entre si una unión que la ley sanciona y que no pueden disolver a su gusto". (6)

En el Código Civil para el Distrito Federal, se establece claramente la naturaleza contractualista del matrimonio y no podía ser de otra forma, ya que la Constitución General de la República nos dice en su artículo 130, que el matrimonio es un contrato civil.

El matrimonio considerado como una institución jurídica.- Los sostenedores de esta tesis consideran al matrimonio una institución como lo son el contrato y la letra de cambio, por ejemplo. Esta postura es defendida, entre otros por D'aguanno, en Italia, por Sánchez Román, en España, y por Julián Bonnecasse, en Francia.

Bonnecasse, toma el concepto de institución elaborada por Hauriou, el que considera, por lo menos preferentemente, a la institución jurídica, desde el punto de vista interno, un punto de vista moral-social; de acuerdo con él, "el matrimonio es una institución formada de un conjunto de reglas de derecho, esencialmente Imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo, a la familia, una organización social y moral". (7)

(6) Marcel Píanol. Obra Citada. Pág. 305

(7) Julián Bonnecasse. Filosofía del Código de Napoleon, aplicado al Derecho de Familia. Pág. 218 v 219

Rafael Rojina Villegas, afirma, que no debe considerarse que el legislador mexicano, al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fué únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la regulación jurídica del matrimonio. (8)

Ihering afirma que las instituciones, nacen, actúan y mueren. "Las instituciones jurídicas son existencias individuales lógicas, seres jurídicos, que conservamos y animamos mediante la idea de una existencia y vida individual. Nacen, mueren y entran en conflicto una con otras; tienen su misión y sus fines; para realizarlos cuentan con fuerzas y cualidades particulares". (9)

Como dice Hauriou, la institución es "una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea, se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos". (10)

(8) Citado por Rafael de Pina. Obra mencionada. Pág. 318.

(9) Citado por Pablo Roubier. Teoría General del Derecho. Pág. 24.

(10) Citado por Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil, Tomo I. Pág. 281

"El matrimonio como idea de obra significa la común finalidad que persiguen los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida permanente entre los mismos. Para la creación de las finalidades comunes que impone la institución, se organiza un poder que tiene por objeto mantener la unidad y establecer la dirección dentro del grupo, pues toda comunidad exige necesariamente tanto un poder de mano como un principio de disciplina social". (11)

De acuerdo con Hayriou, como institución se entiende un hecho social que vive y se desarrolla sin necesidad de las voluntades individuales, en este sentido la institución se compone de una idea objetiva lanzada al medio social y que al mismo tiempo recluta voluntades que subordina a su servicio de una manera indefinida.

Aplicando este concepto de institución al matrimonio, tenemos que la idea objetiva viene a ser la constitución de la familia con todo lo que ello implica; las voluntades adheridas a esta idea son las de los cónyuges que celebran el matrimonio entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico.

(11) Rafael Rojina Villegas. Obra Citada. Pág. 281.

1.3 EL MATRIMONIO EN EL MEXICO PRECORTESIANO.

Al hablar de los grupos étnicos que antes de la llegada de Hernán Cortés, poblaban lo que hoy es nuestro territorio, es necesario citar preferentemente a los Aztecas; al estudiar al matrimonio en el México Pre-Cortesiano, en nuestro trabajo, nos referimos exclusivamente a ellos, dignos exponentes de la raza de bronce.

La totalidad de los pueblos indígenas pre-hispánicos eran politeístas fanáticos, adoradores de la naturaleza y de sus elementos. Los actos más trascendentales de su vida, estaban rodeados de una gran significación religiosa, a esta norma general, producto de la importancia que la religión tenía en su vida, no podía escapar el matrimonio, que a su celebración siempre lleva unidas grandes festividades de tipo profano-religioso.

Entre los Aztecas, el matrimonio dependía de la voluntad del padre, debido a su organización de tipo patriarcal. Los hombres pertenecientes a las clases superiores, podían tomar tantas esposas como su posición económica se los permitiera, pero de entre todas sus esposas, había una que era considerada como la principal, y cuyos hijos gozaban de los derechos del padre, al morir éste, esta esposa recibía el nombre de Cihuatlantli y las restantes o secundarias, el nombre de Chihualpilli que quiere decir, damas distinguidas. Dentro de éstas también podemos

distinguir dos clases: Las Chihuanemactli, que eran las entregadas por sus padres a los futuros esposos, y las Tlacihuasantin, que eran las mujeres que los grandes señores robaban para hacerlas sus esposas.

La costumbre de este pueblo era que los hombres se casaran entre los 20 y 22 años y las mujeres entre los 14 y 18 años, a quien pasaba la edad antes mencionada, y no había contraído matrimonio, se le expulsaba de la sociedad juvenil y se le cortaba el pelo, sucediendo a veces, que ya no podía casarse, ni tener contacto sexual con ninguna mujer.

Entre los Aztecas, para deliberar sobre el matrimonio del hijo, se reunía la familia bajo la dirección del padre, una vez que el punto era discutido por ellos, se llamaba al joven para que diera su consentimiento para contraer nupcias con una joven determinada; aceptada la decisión del consejo de familia por el hijo, todo el grupo se trasladaba a la casa de la elegida para pedir el consentimiento de su padre, el cual, generalmente no la entregaba al primer requerimiento, la segunda petición se hacía acompañándola de regalos a manera de dote del novio, si se obtenía consentimiento, se fijaba la fecha en que debía de celebrarse el matrimonio y se empezaba a hacer los preparativos para la boda.

Nos dice Alfredo Chavero, que llegada la fecha de la boda, la novia era conducida a cuestras por una mujer a la que acompañaban cuatro ancianas conduciendo antorchas. En el hogar conyugal, novio y novia eran

purificados con humo; la unión la efectuaba el sacerdote cuando estando en un tapete, ataba los vestidos de los novios y los bendecía. (12)

En este pueblo también existía un tipo de matrimonio corporal, el cual era disuelto por la voluntad del hombre, volviendo la mujer al hogar de sus padres; para la celebración de este tipo de uniones, no se efectuaba ninguna ceremonia de tipo religioso, no siendo necesario más que el consentimiento del padre de la joven, a esta esposa se le llamaba Temecauh o Tlascalcahuil-II.

1.4 EL MATRIMONIO EN EL MEXICO COLONIAL

A la llegada de los españoles a México, se efectuó el choque brutal de dos grandes culturas, la cultura Europea traída por los conquistadores y la cultura indígena, dignamente representada por los Aztecas, quienes formaban el pueblo más poderoso de lo que llegaría a ser la Nueva España; resultando triunfante la cultura europea, más que por la fuerza de las armas que la apoyaban, por la superstición y división de los pueblos indígenas.

(12) Alfredo Chaverro. México a través de los Siglos. Tomo I. Pág. 565.

Aunada a su cultura, los españoles impusieron a los indígenas americanos, su religión.

En México, como todo el resto de Iberoamérica, fué el concubinato el medio por el cual se inició el mestizaje, siendo sumamente raros los matrimonios entre españoles e indígena que se celebraban siguiendo los preceptos establecidos por la Iglesia.

Los primeros misioneros españoles que llegaron a América, dedicaron sus esfuerzos a la conversión de los indígenas al catolicismo tratando de suprimir la poligamia e imponiéndoles el matrimonio según lo establecía la doctrina cristiana.

Para combatir la poligamia, el Papa Pablo III, ordenó que se reconociera a los indígenas como única y legítima esposa, a la primera que hubiera tenido, y en caso de no poder determinarlo, se le dejaba en libertad para elegir una, debiendo en cualquiera de los casos, dar una dote a manera de indemnización a las mujeres que dejaba.

A fines del Siglo XVI, y una vez que fueron dados los postulados del Concilio de Trento, todos aquellos matrimonios que no eran celebrados mediante todos los ritos establecidos por la Iglesia, eran considerados concubinato. Entre los españoles sí eran seguidas y efectuadas todas las ceremonias exigidas por la Iglesia, cosa que no sucedía entre los mestizos

y entre los indígenas, quienes hacían del concubinato la fuente principal de la creación de la familia americana.

A medida que la religión católica va siendo aceptada, su influencia se comienza a hacer notar en la reglamentación de la vida familiar y el matrimonio llega a ser en la colonia, la única forma reconocida de legitimidad, combatiendo la Iglesia las uniones libres, pero sin dar una solución adecuada al problema.

Durante el tiempo que duró la colonia en la Nueva España, sucesivamente tuvieron vigencia tres legislaciones de tipo diferente: la primera de ellas estaba constituida por el derecho ya existente en el reino español, a esta legislación la sustituye la que expresamente se dió en la Metrópoli para todas las colonias españolas en América, y por último tenemos el derecho dado especialmente para la Nueva España.

1.5 EL MATRIMONIO EN EL MEXICO INDEPENDIENTE

Consumada la Independencia política de México, era muy difícil romper de un sólo golpe con una estructura jurídica que nos había regido durante tantos años, así pues, en el México independiente se siguieron aplicando

los ordenamientos legales vigentes durante la colonia. En materia matrimonial, el derecho secular y el religioso seguían un paralelismo, según se puede observar en la Ley del Registro Civil de 1857, en la cual el matrimonio religioso era aceptado por el Estado, con el único requisito de que los cónyuges o en su defecto el sacerdote, lo registrarán en la oficialía correspondiente.

Las Leyes de Reforma en el año de 1857, en su afán de borrar la influencia que hasta entonces había ejercido la Iglesia en las cuestiones del Estado, afirmaban, que siendo el matrimonio una sociedad emanada de la voluntad de los que querían unirse, esta voluntad y esta sociedad debían ser reguladas por el derecho secular, independientemente de la voluntad eclesiástica.

En virtud de la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, dada en el Puerto de Veracruz por el entonces Presidente de la República, Lic. Benito Juárez, el matrimonio pasó a ser un contrato civil disoluble por la muerte de cualquiera de los cónyuges, lo que quedaba claramente establecido en su artículo cuarto. Además se establecía que debido a la independencia de los negocios civiles de los eclesiásticos, cesaba la delegación que el soberano había hecho al clero, para que con su sola intervención en el matrimonio, este contrato surtiera todos sus efectos civiles. Que considerando la importancia trascendental del mismo, éste debía celebrarse con todas las solemnidades que para su validez y firmeza

juzgara el Estado, no obstante que en virtud de esta ley el matrimonio pasó a ser competencia exclusiva del Registro Civil, se siguieron los lineamientos del Derecho Canónico, conservando su indisolubilidad, existiendo el divorcio únicamente en su acepción de separación de cuerpos.

En su efímero imperio Maximiliano de Habsburgo reconoce capacidad jurídica a la Iglesia para dar fé y autenticidad de los actos en que intervinieron ministros eclesiásticos. Dicta una ley que tiende a reorganizar la familia, estudia el matrimonio y sus impedimentos y con respecto al divorcio, sólo acepta la separación de cuerpos y no la disolución del vínculo jurídico.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no varía el concepto que del matrimonio se tenía en la ley expedida en el año de 1859.

El art. 159 del Código Civil de 1870, define al matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

En este código, aún sin separarse de la teoría tradicional del matrimonio establecida por la Iglesia Católica, se desconoce toda validez al régimen eclesiástico en materia matrimonial, reconociéndoles autoridad en esta materia, únicamente las autoridades civiles; este Código veía en el

matrimonio el origen de la familia, y en la familia, la fuente legal del parentesco, la patria potestad y el derecho de sucesión.

El Código civil de 1884 sigue los lineamientos de su antecesor y sigue considerando al matrimonio como una sociedad de personas para la realización de fines determinados; dicha sociedad debe estar compuesta por un solo hombre y una sola mujer; es indisoluble y se forma para realizar la procreación y prestarse ayuda mutua.

Fué en la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917, que entró en vigor el 2 de mayo del mismo año, que fué expedida por don Venustiano Carranza, cuando cambian los caracteres del matrimonio en nuestra legislación; el fin principal de esta ley, "es establecer a la familia sobre bases más racionales y justas, que eleven a los consortes a la alta misión que la sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, que consiste en propagar la especie y fundar la familia". Esta ley como lo explica en su considerando, trata de proteger a la mujer de la voracidad del marido, haciendo de ella una mártir y considerándola como la única expuesta a ser víctima familiar.

La más grande innovación de esta ley, la encontramos al leer su art. 13, el cual nos dice: "El matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen en vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Como vemos en el artículo

anteriormente transcrito, se establece claramente la disolubilidad del vínculo matrimonial aduciendo que si el objeto del matrimonio es la perpetuación de la especie y prestarse ayuda mutua su Indisolubilidad no está de acuerdo con su misión, pues como se ha demostrado, puede ser contraria a los fines de las nupcias. Esta ley establece el divorcio en su art. 75.

El Código Civil de 1928 no define al matrimonio, pero en su articulado señala las características esenciales del mismo, las que coinciden en el fondo con la definición dada por la Ley de Relaciones Familiares.

Si analizamos el contenido de tales preceptos, nos podemos forjar una figura jurídica que viene a constituir la unión voluntaria sancionada por la ley, de un solo hombre y una sola mujer, la que tiene como finalidades la perpetuación de la especie y la ayuda mutua para soportar el peso de la vida, por medio de la constitución de la familia.

En este Código encontramos algunas reformas, las que ya están apuntadas en su exposición de motivos, y que fueron motivadas como queda establecido, porque: "La equiparación legal del hombre y la mujer se hacia necesaria, en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales, y en muchos países toma parte activa en

la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, sustentada por el Código anterior".

Estas reformas consistieron, con relación al matrimonio, en que: "... se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y consideraciones legales iguales al marido y que, por lo mismo de común acuerdo arreglaran todo lo relacionado a la educación y establecimiento de los hijos y la administración de los bienes de estos.

Se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autorización marital servir en un empleo, ejercer una profesión o industria, dedicarse al comercio, con tal de que no descuidara la dirección y los trabajos del hogar.

La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. También puede administrar los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo.

La mujer casada tiene derecho de pedir que se dé por concluida la sociedad conyugal cuando, teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente.

No pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios

anteriores, aún cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias.

El Código vigente considera que el matrimonio es esencialmente solemne y que sólo se puede llevar a efecto observando determinados requisitos de forma externa. El divorcio queda establecido en su artículo 266.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO

2.1 ETIMOLOGIA Y DEFINICION DEL DIVORCIO

Galindo Garffas, nos da la etimología de divorcio y nos dice en su libro: "Divortium deriva de Divertere", que significa "irse cada uno por su lado" y agrega que "la ley, previa la consideración de que para las causas en ella establecidas, no es jurídica o moralmente posible que subsista la vida en común entre los consortes y establece la posibilidad de la ruptura del vínculo, que une a marido y mujer, aún cuando la intención de los consortes al celebrar el matrimonio es la de que subsista la vida conyugal". (13)

El término latino Divortium, i i (diverto o divorto), n: "división de un camino, encrucijada / punto en que se bifurca la corriente de agua / límite / separación divorcio / ruptura". (14)

A su vez, Henri Capitant, nos dice: "Divorcio (Divorce "Latin Divortium. Disolución del matrimonio pronunciada por la justicia en vida de ambos esposos, a requerimiento de uno de ellos o de los dos y por una de las causales determinadas en la ley (Código Civil arts. 266)". (15)

- (13) Ignacio Galindo Garffas. Derecho Civil. Tomo I. Ed. Porrúa, S.A. México 1975. Pág. 542
(14) Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino. Vicente Blanco García. Aguillar, S.A. Ed. Madrid.
(15) Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1961 Pág. 233.

Lo expuesto, nos lleva a adherirnos a la definición que, inferida de lo dispuesto por el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, que a la letra dice:

"El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Otros criterios y opiniones al respecto son: por una parte, la de Galindo Garfias, que define al divorcio en la forma siguiente:

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido en la vida de los esposos, decretada por la autoridad competente y fundada por alguna de las causas expresamente establecidas por la ley". (16)

Hemos encontrado y considerado adecuada la explicación que nos da Rafael de Pina, respecto del sentido que se le puede dar a la palabra divorcio y dice:

"La palabra divorcio, en el lenguaje corriente, contiene la idea de

(16) Ignacio Galindo Garfias. Obra citada. Pág. 542.

separación; en el sentido jurídico significa extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa de modo expreso". (17)

Rafael Rojina Villegas, por su parte dice al respecto:

El divorcio es la disolución del vínculo otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias". (18)

Para Flores Barroeta, define el divorcio de la siguiente forma:

"El divorcio es la disolución del vínculo del matrimonio, en vida de los cónyuges, por una causa posterior a su celebración y que deja a los mismos cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio". (19)

Tratando de realizar un bosquejo que nos aclare y precise parte por parte, de las anteriores definiciones, llegamos a que:

Primeramente, según la tradición canónica y según el criterio de la

(17) Rafael de Pina. Obra citada. Pág. 340.

(18) Rafael Rojina Villegas. Obra citada. Pág. 346.

(19) Benjamín Flores Barroeta. "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil". México 1960. Pág. 382.

legislación que se inspira en ella, se entiende por divorcio "la separación de cuerpos", es decir el estado de los esposos dispensados por sentencia de la obligación de cohabitar. Subsisten todas las demás obligaciones, excepto la de hacer vida marital y compartir la mesa con el cónyuge, es decir, no están obligados a tomar los alimentos juntos, pero sí proporcionarse ayuda para adquirirlos, según las necesidades del que los requiere y en medida de la posibilidad de quien los da, entendiendo el divorcio como "separación de cuerpos", no siendo permitida la disolución del vínculo conyugal.

Posteriormente fué permitida la disolución del vínculo conyugal, en la medida de la necesidad de sanear la situación en que se encontraba la institución matrimonial, a sólo permitir separación corporal y con ello se percibe en otro sentido las definiciones que describe al Divorcio, en el que existen requisitos y formalidades que se deben llenar, tratándose de la disolución del vínculo conyugal, pronunciada tal disolución por decisión judicial, como consecuencia de la demanda interpuesta por alguno de los esposos, cuando se trata de divorcio necesario, y mediante la solicitud de los dos cónyuges en el divorcio por mutuo consentimiento y apoyándose en los términos que la ley previamente determina.

Como se ha observado la diferencia que existe entre la separación de cuerpos y la disolución del vínculo conyugal está en que:

Separación de cuerpos.

Subsiste el vínculo matrimonial quedando, todas las consecuencias y las obligaciones, excepto la de cohabitar en el mismo lecho.

Disolución del Vínculo.

Se rompe con la obligación de fidelidad al cónyuge, quedando en la posibilidad de contraer nuevas nupcias. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos hasta que lleguen a la mayor edad.

2.2 EN EL DERECHO ROMANO

Desde los orígenes de Roma, el divorcio fué conocido y regulado jurídicamente, tenía lugar en diferente forma, si el matrimonio había sido celebrado "cum manus" o "sine manus", es decir quedando la mujer bajo la potestad del marido en el primer caso, o libre de ella en el segundo.

En el matrimonio "cum manus", el divorcio consistía en un derecho de repudio por parte del marido. Según Cicerón, este tipo de divorcio fué

admitido desde la ley de las XII tablas. En esta forma de matrimonio, el repudio era un acto unilateral y exclusivo del marido, quedando el mismo con la única obligación de restituir la dote de la mujer.

Si el matrimonio había sido celebrado en forma solemne por medio de la "confarreatio", se disolvía por la "disfarreatio", como el hacer una ofrenda a Júpiter, dios tutelar del matrimonio, acompañada de expresiones verbales. El sacerdote podía negarse a officiar en la "disfarreatio" cuando existían algunas de las causas de divorcio reconocidas por el derecho sacro.

El matrimonio celebrado "coemptio" (compra de la mujer), se disolvía por "remancipatio" de la mujer casada, equivalía a la emancipación de la hija y era solamente un repudio.

En el matrimonio celebrado "sine manus", el derecho de disolver el vínculo era recíproco y asumía a su vez dos formas: el divorcio "bona gratia" que no requería ninguna formalidad y surtía sus efectos por el mutuo consentimiento, llamado también "divortium comuni sensu", y se le daba únicamente carácter de seriedad y notoriedad a la intención de divorciarse, a través de una declaración expresa. La segunda forma era el repudio sin causa "repudium sine nulla causa", por la sola voluntad de cualquiera de los esposos y sin la intervención del magistrado o sacerdote y sin necesitarse el consentimiento de la otra parte. Las consecuencias de

la repudiación eran un tanto semejantes, para ambos consortes. La mujer que repudiaba, perdía su dote y las donaciones matrimoniales. Si era el marido quien repudiaba perdía el derecho a la dote y a las donaciones, y cuando éstas no existían, tenía que darle a la mujer la cuarta parte de su patrimonio.

Bajo el imperio de Augusto, se promulgó la "Ley Julia de Adulteris", que exigía la notificación de la voluntad ante siete testigos mediante un acta "libellus repudi", o por medio de palabras, bastando decir "tua restibi habeto" o sea, "ten para ti tus cosas".

A fines de la República y bajo la época del Imperio, la de mayor esplendor y extensión del poder Romano, advino el relajamiento de las costumbres, otrora severas, de los patricios. El divorcio proliferó en forma alarmante y coadyuvó a disolver la sólida unidad familiar primitiva romana, a la decadencia del Imperio y a su posterior caída en manos de los bárbaros.

Bajo el Imperio de Justiniano, se reconocían cuatro tipos de divorcio: 1) el mutuo consentimiento, suprimido posteriormente; 2) a petición de un cónyuge invocando una causa legal; 3) la voluntad unilateral sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante, y 4) "bona gratia", que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad

Las causas de divorcio eran para el hombre las siguientes: a) que la mujer hubiera encubierto algún crimen contra la seguridad del Estado; b) adulterio probado de la mujer; c) atentado contra la vida del marido; d) tratos con otros hombres contra la voluntad del marido o haberse bañado con ellos; e) alejamiento de la casa marital sin voluntad del esposo y f) asistencia de la mujer a espectáculos públicos (banquetes y circos), sin permiso del marido

Las causales para la mujer: a) la alta traición oculta del marido; b) atentado contra la vida de la mujer; c) tentativa de prostituirla; d) falsa acusación de adulterio; e) locura y f) que el marido tuviera su amante en la propia casa conyugal o fuera de ella en el mismo pueblo.

El siguiente emperador, Justiniano, tuvo que establecer el divorcio por mutuo consentimiento por exigirlo así la opinión pública, ya que esta forma se encontraba arraigada profundamente en el espíritu del pueblo romano.

A partir de Constantino, en el siglo III en que empezó a difundir el cristianismo, el divorcio se hizo más difícil, aunque no fue suprimido. El cónyuge que repudiaba, tenía que precisar las causas legítimas de repudiación. Con posterioridad, en distintas instituciones imperiales se publicaron diversas penas contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima, o

contra el esposo culpable. (20)

2.3 EN EL DERECHO CANONICO

Tiene como característica la indisolubilidad del matrimonio, por considerarlo un sacramento perpetuo. Al respecto, el canon 1118 declara: "El matrimonio válido y consumado no puede ser divorciado por ninguna potestad humana, ni por ninguna causa, fuera de la muerte".

Establece solamente ciertas formas de disolver el vínculo matrimonial: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados. Con respecto al primero, el canon 1119 señala: "El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por la disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

La segunda forma de disolver el matrimonio es el privilegio Paulino,

(20) Sara Montero Duhalt. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México, 1985. Pág. 205

expresado en el canon 1120:

1. "El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fé por el privilegio Paulino".

2. "Este privilegio no tiene aplicación en el matrimonio que se ha celebrado con dispensa del impedimento de disparidad de cullos, entre una parte bautizada y otra que no está".

De acuerdo con los canones 1121, 1123, 1124 y 1126, el cónyuge convertido y bautizado puede contraer un nuevo matrimonio válido.

Aparte de las dos causas señaladas que permiten la disolución del vínculo matrimonial y otorgan libertad a los cónyuges de contraer nuevo matrimonio, el derecho canónico regula el llamado divorcio-separación. Consiste el mismo en la separación de lecho, mesa y habitación que son varias, entre ellas el adulterio (canon 1129), el separarse un cónyuge de los principios católicos, lleva vida de vituperio o ignominia, y la sevicia (canon 1131).

La influencia del derecho canónico fué evidente en la Europa medieval. Pese a ello, persistió el divorcio vincular sobre todo en los países de influencia del derecho germánico por lo arraigado de su uso. Fué hasta el Concilio de Trento (1545-1563) cuando se elevó el matrimonio a la

categoría de sacramento que se prohibió totalmente el divorcio vincular, salvo las dos únicas excepciones ya señaladas del matrimonio consumado y del privilegio Paulino. (21)

2.4 EN EL MEXICO PREHISPANICO

Entre los Nahuas no existía propiamente el divorcio. Roberto Mantilla Molina, tuvo la paciencia de coleccionar los nombres en náhuatl de los diversos funcionarios judiciales: Mixcoatláyócatl, Esquaguácatl, Acatlinecapanécatl, Tequiquinasnácatl, etc. Eran éstos seleccionados entre los ancianos y los hombres sabios o principales. Cuando alguno de los cónyuges se presentaba ante ellos solicitando divorcio, se resistían a otorgarlo, y solamente después de muchas gestiones autorizaban al peticionario para hacer lo que quisiera. Podía entonces el quejoso separarse de su cónyuge, lo que de hecho equivalía al divorcio. Sólo se otorgaba la autorización por grave causa: diferencia de caracteres, mala conducta de la mujer o esterilidad.

(21) Sara Montero Duahlt. *Obra Citada*. Pág. 209.

En caso de divorcio, los hijos pertenecían al esposo, y las hijas a la esposa. El culpable perdía la mitad de sus bienes. Los divorciados no podían volverse a casar entre sí; la infracción a esta regla se castigaba con la muerte. Como había separación de bienes durante el matrimonio, ya que se registraba lo que cada cónyuge había aportado en caso de divorcio, no siendo culpable ninguno de los consortes, se devolvía a cada uno cuanto le pertenecía.

Siempre fue el divorcio muy mal visto por la sociedad, aunque permitido por las leyes. Poco se habló de él en el México Prehispánico. Comparecían los casados ante el Juez, y éste otorgaba primero el uso de la palabra al cónyuge quejoso, que exponía prolijamente sus razones. Podía quejarse el hombre de que su mujer no cumplía con sus obligaciones de esposa, o que era floja, estéril, descuidada, sucia, pendenciera e incompetente, en suma, para las tareas del hogar; la mujer podía alegar a su vez, que recibía malos tratos, que el esposo no cumplía con sus obligaciones de sustento a la familia, que había abandonado el hogar y otras por el estilo. En estos casos, quedaba la mujer ejerciendo la patria potestad. Podía contraer nuevo matrimonio.

Ambos podían decir al mismo tiempo que no era su voluntad seguir siendo casados. "divorcio voluntario". Manifestada la voluntad de ambos,

preguntaba el juez en que calidad existía la unión. Tratándose de simple concubinato, los separaba tras imponerle una sanción que posiblemente consistía en una multa. Si eran casados, comenzaba el funcionario una serie de duras amonestaciones con las que le hacían ver el mal ejemplo que daban al pueblo y la inconveniencia social y familiar de su proceder.

Si continuaban firmes en su resolución, como un reproche a su actitud, el juez declaraba concluido el juicio con una sentencia tácita, negándose a pronunciar el fallo expresamente, como si de hacerlo participara en esa conducta antisocial. Parece haber existido, cuando menos en Texcoco, la pérdida de la mitad de los bienes del esposo culpable, pero el texto es confuso. El repudio de las mujeres sin las formalidades del juicio hacía al hombre merecedor de la pena infamante de chamuscamiento de los cabellos.

Para la sociedad nahua, el adulterio entrañaba grave peligro: había que combatirlo. Severa era la ley: Los adúlteros habían de morir aplastándoseles la cabeza a pedradas. El delito debía de estar plenamente probado. No valía el sólo testimonio del marido: Debía éste ser reforzado por testigos imparciales que lo confirmaran. Por otra parte, aunque el marido encontrase en delito flagrante a su mujer, no podía matarla, ya que, de hacerlo se le aplicaba la pena de muerte. Los adúlteros eran arrojados al agua, tal como se desprende del Código Florentino.

CAPITULO III

CONCEPTO DEL ADULTERIO

3.1 SU CONCEPTO

ADULTERIO.- 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 mujer con un hombre que no sea su marido. (22)

Adulterio, del latín *adulterium*: Ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados.

Escribano comenta la definición habida en la "Ley 1, tit. 17 Part. 7: "Adulterio, dice, es yerro que ome face haciendo a sabiendas, yaciendo con mujer casada o desposada con otro. El tomó este nombre de dos palabras del latín, *alterius ethorus*, que quieren tanto, *deri* como ome que va o fué al lecho de otro, por quanto la mujer es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el de ella". (23)

Adulterio es la unión carnal ilegítima habida entre un hombre y una mujer, siendo alguno de ellos casado.

La Ley de las 7 partidas señala como culpable de adulterio únicamente

(22) Joaquín de Escribano. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Pág. 97

(23) Joaquín de Escribano. Obra citada. Pág. 91.

a la mujer casada y su amante, cuando dicha mujer pertenecía ya a un hombre distinto, al cual debía fidelidad absoluta. Significando delito cometido en lecho ajeno, por tal motivo. El adulterio del hombre sólo era considerado por su comisión en el hogar conyugal, con escándalo o concubina

Con el afianzamiento del patriarcado en los diferentes pueblos se encuentran sanciones muy severas para los adúlteros. La pena de muerte ha sido la más violenta, en estos casos era ejecutada ya por dapilación, garrote, fuego y horca. "Los bramas condenaban a las mujeres adúlteras a ser comidas por los perros. (24) También se concedió derecho al marido de matar a los adúlteros cuando los encontraba infraganti, pero no podía dejar vivo alguno de ellos.

Hubo con el tiempo, sanciones menos violentas para con los adúlteros; llegando al destierro y al pago de una pena pecuniaria. La mujer casada que cometía adulterio era recluída en un monasterio de dueñas, con la pérdida de la dote, arras y gananciales.

El adulterio en el México actual, es reglamentado por el Código Civil, como causal de divorcio y en materia penal, como delito por el Código

(24) Joaquín de Escribiche. Obra citada. Pág. 97

Penal. Siendo sancionado para cualquier cónyuge, sin distinción de sexo.

"El concepto de adulterio desde el punto de vista genérico y ampliamente gramatical, encierra la idea de engaño, falsificación o alteración de alguna cosa o ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos casados". (25)

El Código Civil no define la infidelidad conyugal, ésta se encuentra de manera implícita en el artículo 267, fracción I, al establecer como causal de divorcio al adulterio debidamente probado de cualquiera de los cónyuges, de lo que se desprende que toda infidelidad conyugal constituye adulterio civilmente contemplado y es por tanto causa de divorcio.

En materia penal, la infidelidad conyugal no es suficiente elemento constitutivo del delito de adulterio, requiere para su realización, bien se ejecute en el domicilio conyugal, o bien con escándalo, como lo establece el artículo 273 del Código Penal, lo que requiere para la adecuación de la conducta al tipo penal, que el adulterio sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

El ilícito penal, adulterio, tiende a desaparecer de la legislación

(25) Mariano Jiménez de Azua. Derecho Penal Mexicano. Tomo V. Editorial Porrúa, S.A. México 1970. Pág. 19

mexicana por sus características especiales de inicio de la acción penal, por Querrela Necesaria; su escasa penalidad, hasta de dos años de privación de la libertad; y por el hecho que el perdón del ofendido procede en cualquier momento del procedimiento y aún en la aplicación misma de la sentencia que declare la culpabilidad del adúltero; asimismo parece más bien venganza, justa o no, que el derecho concede al ofendido.

A mayor abundamiento, el espíritu originador del adulterio ha ido cayendo en desuso, tanto en lo relativo con la procreación (anticoncepción, inseminación artificial y aborto inclusive), como también a la desaparición del concepto de propiedad de una persona con respecto a la otra.

El adulterio, en materia civil, como causal de divorcio no puede desaparecer fácilmente, porque protege en algo los derechos patrimoniales de los inocentes que padecen las consecuencias de una conducta que los ofende. En cuanto que el comportamiento infiel lesiona los intereses familiares al distraer la propia persona causante del adulterio y recursos económicos de los fines de la familia. Provocando desavenencias conyugales serias. Tal conducta debe ser considerada y sancionada por la Legislación Familiar, toda vez que destruye a la familia, donde por lo general hay hijos menores de edad y por tanto incapaces de valerse por sí mismos

3.2 ANTECEDENTES HISTORICOS

La aparición de la familia patriarcal, representó para la humanidad una evolución, porque vino a conformar la estructura básica de las sociedades actuales y a dar origen a los estados políticamente establecidos.

El patriarcado nace como sistema organizativo de la familia, con la aparición del concepto de propiedad privada y que se opone al concepto de propiedad comunal, único que tenía aplicación hasta entonces y del que se dice tenía como forma de organización al matriarcado, por ser la línea materna de parentesco la única conocida y posible de conocer.

El patriarca fué adquiriendo el derecho de propiedad exclusiva sobre las extensiones territoriales que consideraba suyas (sea por concenso popular o por la fuerza) y por tanto, de la producción obtenida en ellas, incluyendo a los animales; derecho que transmitía a través de la herencia a sus descendientes. Pero para saber quienes eran sus descendientes necesitaban asegurarse de la conducta fiel femenina y por tanto la total sumisión a su potestad. Dicha sumisión indica violencia física o moral, que pudo existir o no, y que fué dándose como todos los procesos evolutivos de la humanidad, a través del trabajo, configurándose la primer división del trabajo y es la referida a la división por sexus, en la cual los

roles femeninos fueron dirigidos a la procreación de los hijos y al desempeño de las labores del hogar, no obstante, tal división se encontraba directamente proporcionada a la cantidad de riquezas posibles de obtener en la extensión patriarcal. A mayor riqueza natural, menor mano de obra femenina, mayor sumisión al no ser necesario su trabajo en el campo o el pastoreo; caso contrario, si la extensión territorial del hombre ofrecía pocas ganancias, la mano de obra femenina era necesaria.

El pater familia, para poder heredar a sus hijos, necesitaba de certeza de quienes lo eran, originando la opresión femenina a través de su calidad como mujer, por el simple hecho de nacer hembra fué incapaz y sometida a los arbitrio de los varones pertenecientes a su familia, quienes ejercían alguna potestad sobre ella.

Para considerar ciertos los lazos de parentesco entre los miembros de la familia patriarcal, la sexualidad femenina quedó sujeta a la reproducción de la especie, siendo duramente castigada si daba uso distinto a su sexo. Así es como nace el concepto de adulterio y tal es el motivo de castigo violento a los adúlteros, considerados como tales a la mujer casada que compartía el lecho con hombre distinto de su marido. Mientras que en el hombre, el adulterio no fué considerado siquiera social o jurídicamente inmoral, en un principio.

La historia del sometimiento femenino es la historia misma del

patriarcado, no siendo tan brutal en todas las sociedades antiguas, sobre todo al principio, las mujeres tuvieron igual estimación que los hombres, pero poco a poco fueron quedando sujetas irremisiblemente, conforme la institución patriarcal evolucionaba.

a) GRECIA.- Así tenemos por ejemplo, que en la sociedad de la Grecia de Homero, era mayormente repudiado el adulterio cometido por el marido, mientras que para los espartanos, el adulterio era casi desconocido, debido a la gran libertad sexual que gozaban los jóvenes antes de contraer matrimonio. También se debía al hecho que la familia era considerada de orden público y no privado, al grado que la soltería era delito. La edad para contraer matrimonio entre ellos, era para los hombres de 30 años, mientras que para las mujeres 20 años. Las mujeres gozaban de gran libertad sexual, igual que los hombres.

Ya en Atenas fué reglamentada la prostitución, quedó establecida la prohibición de violencia a mujeres libres y fué otorgado el derecho de matar a cualquiera que cayera a otro en la comisión de adulterio. Aparece ya el repudio como manera de disolver el vínculo matrimonial, dándose al hombre la potestad de realizarlo por cualquier motivo.

b) EGIPTO.- La poligamia para los egipcios, era considerada como derecho masculino, exclusivo de las clases altas dándose a una de las esposas el rango honorífico de favorita. A la mujer adúltera le era cortada

la nariz como señal de deshonra.

c) ROMA.- En la Roma primitiva la sanción para el adulterio femenino quedaba reservada a las decisiones familiares; el masculino no era contemplado, por considerarse de orden privado y al hecho que el pater familia tenía derecho absoluto sobre la vida y bienes de los miembros de su familia.

La Ley Julia, sienta las bases definitivas para la interpretación del adulterio y la severidad de sus sanciones, de ahí su importancia, le otorga al adulterio la calidad de delito público pudiendo ser acusado por cualquier ciudadano. Posteriormente aparecen las Leyes de Augusto sobre el matrimonio y el adulterio debido a la cantidad alarmante de divorcios y de solteros, siendo creado el impuesto sobre solteros y leyes favorables a la gente casada.

Considerando el adulterio como ofensas al pudor, la Ley Julia se hacía cargo respecto a las mujeres libres y casadas; dejando al margen de su aplicación a las mujeres esclavas a las públicas, casadas o no. Sin embargo, éstas últimas fueron sujetas a las sanciones de las leyes penales relativas a delitos contra la honestidad, abarcaba también la aplicación a sus amantes, a menos que probasen desconocer el estado civil que guardaban dichas mujeres.

La Ley Julia considera el adulterio de las mujeres casadas y de las concubinas, en cuanto a las uniones por esponsales, las relaciones carnales las consideraban estupro.

"El derecho de interponer acción por causas de ofensas a la honestidad era muy extenso. La Ley otorga un derecho general de preferencia a personas que la promovieron de su propio interés, cuando se diera el caso de haber procedido el divorcio por motivo de adulterio. Lo demuestra la circunstancia de si pasados sesenta días después de la separación de los cónyuges no se permitía hacer uso de la acción aludida a otras personas, que al marido en primer lugar y después al padre de la mujer. Para conceder este derecho, de preferencia, era preciso la existencia de un matrimonio romano plenamente legítimo. (26)

Para que la acción por ofensas a la honestidad pudiese ser ejercitada, el requisito de que la mujer hiciera vida marital con tercero era necesario. No se podía entablar esta acción penal por ofensas al matrimonio existente, la separación de los cónyuges era requerida. La acción se dirigía contra el hombre designado amante y a su condena, se ejercitaba contra de la mujer. Cuando el adulterio era cometido por mujer no separada del marido, el actor podía establecer querrela contra de la mujer y luego en contra del hombre. No pudiendo hacerse en contra de ambos a la vez. La prueba de adulterio fué severa y no podían rendir testimonio los esclavos en contra de su amo.

"La acción de adulterio prescribe de la siguiente manera: en primer lugar todas las acciones derivadas de la Ley Julia prescriben por el transcurso de cinco años, contados desde el día de la comisión del delito. En segundo lugar, separados los cónyuges por causas de adulterio, la acción debe interponerse en un plazo de seis meses si la mujer es cèlibe y desde el día de la separación de los cónyuges si es casada. De estos seis meses los dos primeros quedan reservados al marido anterior al padre de la adúltera para ejercitar el derecho preferente de querrellarse". (27)

Las penas establecidas a los culpables de adulterio fueron: relegación, repudio y merma del patrimonio; para las clases sociales inferiores las penas corporales fueron aplicadas. La mujer adúltera no podía contraer matrimonio nuevamente.

Constantino decretó la pena de muerte para los condenados por adulterio. Justiniano la suaviza y aplica para la mujer adúltera azotes y encierro en monasterio con la obligación de tomar los hábitos si el marido otorgaba el perdón.

Las causas legales para la disolución del matrimonio, concedidas a los hombres fueron: adulterio probado de la mujer atentado contra la vida del

(27) Teodoro Mommsen. *Obra Citada*. Pág. 168.

marido, trato de la mujer con hombres sin autorización del esposo y asistencia a actos públicos sin licencia. Para que la mujer pudiese pedir divorcio de su marido, atentado contra su vida, intento de prostitución, falsa acusación de adulterio, concubinato ostensible del esposo y en el hogar conyugal.

d) ISRAEL.- Donde la familia patriarcal tuvo su mayor expresión fué sin duda, en las sociedades de origen semita. De hecho en los pueblos musulmanes, sigue siendo la forma de constitución social.

Encontrándose la mujer en calidad de esclava del marido sin derecho a recibir instrucción o ser escuchada en juicio.

Entre ellos la poligamia era práctica común, el hombre vivía con una esposa y varias concubinas, los hijos de aquella eran considerados legítimos, los de éstas naturales. El repudio como disolución del matrimonio era práctica común teniendo el esposo mayor facilidad para hacerlo válido, la mujer sólo tenía derecho de repudio en contra del esposo si éste padecía lepra o la obligaba a hacer votos abusando de su dignidad. El hombre sólo perdía el derecho cuando acusaba falsamente a la mujer de comercio carnal premarital o la obligaba antes del desposorio.

Con la venida de Jesucristo, ya en el Nuevo Testamento encontramos la elevación de la mujer a la misma calidad del hombre: Evangelio de San

Marcos "... y se acercaron los fariseos y le preguntaron para tentarle si era lícito al marido repudiar a su mujer. El respondiéndoles dijo: ¿qué, os mandó Moisés? Ellos dijeron: Moisés permitió dar carta de divorcio y repudiarla. Jesús respondiéndoles dijo: por la dureza de vuestro corazón os escribo este mandamiento, pero al principio de la creación varón y hembra los hizo Dios. Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer. Los dos serán una sola carne. Lo que Dios juntó, no lo separe el hombre. En casa volvieron los discípulos a preguntarle de lo mismo y les dijo: cualquiera que repudia a su mujer y se casa con otra, comete adulterio con ella. Si la mujer repudia y se casa con otro, comete adulterio".

De la interpretación al citado pasaje bíblico se desprende que:

- a) Igualó al hombre y a la mujer, con los mismos derechos y responsabilidades.
- b) Instituyó la indivisibilidad del matrimonio.
- c) Declaró al matrimonio monogámico como único posible.
- d) Equiparó el adulterio masculino con el femenino.

No obstante, ésto no le evitó perdonar a la mujer que siendo encontrada en adulterio, protegió con la celeberrima defensa: "el que esté libre de culpa, que arroje la primera piedra" y al consolarla le dijo: "vete y no peques más". Sentado un criterio más, el de que el adulterio no merece la

pena de muerte.

Se analiza al pueblo israelí, toda vez que sus principios son determinantes para la formación de sociedad mexicana, que de ella se deriva su conformación de tipo religiosa.

e) EDAD MEDIA.- Al principio del medioevo, debido a la inexistencia de una forma pública que diese validez a los matrimonios, las uniones libres fueron comunes, la excomunión de la Iglesia Cristiana era la sanción más severa que recibían los adúlteros. Pero aún no llegaba en aquel entonces a ser tan poderosa la iglesia como posteriormente lo fué.

Poco a poco fué que se consolidó la conformación de la familia judaico - cristiana, cuyos fundamentos básicos establecidos por Jesucristo, son la indisolubilidad del matrimonio y la monogamia como única forma válida de establecimiento familiar.

"Es verdaderamente asombroso y figura entre las contradicciones de la Edad Media como, mientras de una parte se enlazaban y encarecían entre los deberes más importantes la virtud de la castidad y fidelidad conyugal, de otra parte se contemplaba con cierta pasividad las infracciones a estos preceptos. Su frecuencia la señalan dos obispos al declarar en un sínodo celebrado en Aquisgran el año 862: "son pocos y hasta nos atreveríamos a decir ninguno, los hombres que van al matrimonio en estado de completa

castidad". (28)

Así pues, en estas circunstancias, la existencia de hijos naturales era común, por lo que no caían sobre ellos infamia alguna, la única restricción para este tipo de hijos, era de que no heredaban las dignidades sociales del padre ni compartían derechos de familia. Aunque sus padres podían dejarles legados por testamento, asimismo eran educados de igual manera que los hijos legítimos y considerados miembros de la familia.

El carácter patriarcal del cristianismo se acentúa en esta época, las mujeres tenían derechos limitados, la Iglesia les ordenaba obediencia, paciencia y humildad para soportar las injusticias sociales. Las consideran sujetas a sus maridos quienes eran dueños y señores con derecho de castigarlas.

f) ESPAÑA.- El adulterio fué considerado delito contra la castidad. Cometido por mujer casada y el hombre sólo si conocía el estado civil de ésta. Perseguido por querrela del marido.

La regulación jurídica del adulterio quedó asentada en las legislaciones:

(28) Johannes Buhler. Vida y Cultura en la Edad Media. Versión Española de Wencoslao Robes. Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires 1957. Pág. 240.

Fuero Juzgo, Fuero Real, Código de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.

*Fuero Juzgo, Libro III, Título Sexto.

a) Se prohíbe al varón casarse con mujer dejada por su marido, salvo el caso de haber sido dejada por escrito o con testigos. Si viola la prohibición y las personas unidas en segundo matrimonio son de calidad social, el señor de la ciudad, el vicario o el juez, deben dar conocimiento al rey de ese hecho. Si no son personas de alta alcurnia social, las citadas autoridades deben separarlos inmediatamente y poner a disposición del primer marido a la mujer y al casado con ella para hacer con ellos su voluntad.

b) Si el marido abandona a su mujer sin motivo legal, pierde la dote recibida y no tiene derecho a los bienes de su mujer.

c) Si la mujer abandonada en forma injustificada le ha dado a su esposo algún bien por escrito, la donación no vale".

Con claridad se nota, ya en esta legislación el carácter sumiso de la posición femenina, respecto del hombre; ella no puede disolver el matrimonio, quedando sujeta al antojo de su marido. El que a su vez, la mayor pena que puede recibir es de tipo pecuniario.

"Fuero Real. Libro IV. Título VII, de los adulterios:

Ley 2a. - Si la desposada legitimamente se casa y hace adulterio con alguno, ambos con sus bienes, sean sometidos en poder del esposo como siervos y no los puede matar. De los bienes haga lo que quisiera si no tiene el esposo ni ella hijos legítimos.

Ley 3a.- A la desposada o casada adúltera, cualquiera puede acusarla de este delito, a menos que el marido lo impida o contradiga.

Ley 4a.- La esposa adúltera puede impedir la acusación de su marido, si prueba antes de la contestación que él había adulterado.

Ley 5a.- El marido no puede acusar de adulterio hecho de su orden o consejo, ni debe admitir a su mujer en la mesa ni a su lecho después de conocer el delito. Si la acepta, no puede acusarla ni tiene derecho a los bienes de ella. Estos bienes pasan a los hijos legítimos y a falta de éstos, a los parientes más cercanos".

El Fuero Real reglamentada con mayor precisión al adulterio, subsistiendo el principio anterior y tradicional de que el cometido por mujer casada es sancionable, mientras que el del hombre sólo le sirve a la mujer como defensa. Las penas pecuniarias son aplicadas, desaparece la pena de muerte como sanción al adulterio.

"Código de las Siete Partidas. Partida 7. Título 17.

De los adulterios, uno de los mayores errores que los ome pueden fazer es adulterio. Non se les levanta tan sólo daño, más aún deshonra. Onde, pues, que en el Título anteseste fablamos de los engaños, queremos qui dezir en este de los adulterios, que se fazen engañosamente"

"La Novísima Recopilación, Ley 2, Título 28 Libro 12, dió facultad al marido para matar a los adúlteros sorprendidos infraganti, con tal de que al mismo tiempo quitase la vida a los dos y no tan sólo a uno. Aparece castigado el hombre casado por tener concubina dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella".

"He aquí el resumen de nuestras leyes sobre las penas de adulterio. Más la pena capital es demasiado rigurosa y no tiene proporción ni analogía con el delito; y la de azotes a las mujeres es contraria al decoro y a las costumbres. La de poner a los adúlteros en poder del marido para que disponga de ellos como quisiere, equivale ponerlos legalmente hasta este punto, al estado natural en que no había leyes, pues por ella se resucita la venganza individual cuya supresión había sido uno de los principales objetos de la institución de la sociedad civil y se orilla la venganza de la ley, que siendo arreglada por la razón y la justicia, debía hacerse siempre con

utilidad del ofendido y ofensor". (29)

g) FRANCIA.- Con el triunfo de la Revolución Francesa, el matrimonio secularizado sale del derecho canónico y pasa a formar parte del Código Civil Francés. El divorcio es reglamentado por primera vez en este país. "La ley de diciembre veinte de 1872, instituye el divorcio. Es una consecuencia de la libertad; los cónyuges han sido libres para unirse, deben ser libres para separarse. Se admite el divorcio por mutuo consentimiento. Los contratantes pueden destruir por acuerdo el contrato firmado por su voluntad. Se admite el divorcio por voluntad unilateral de uno de los consortes, incompatibilidad de caracteres, dispuesto a crear con su conducta la incompatibilidad que justifique la ruptura del vínculo matrimonial. (30)

Reglamentado de esta manera el divorcio, los franceses se dan a su desenfrenado uso, lo que provoca discusiones largas entre sus redactores, llegando al acuerdo de la subsistencia del divorcio, pero su reglamentación fué más estricta a fin de frenar los abusos. El divorcio - sanción aparece entonces: el abandono del domicilio conyugal o adulterio de su cónyuge. El

(29) Joaquín de Escribano. *Obra Citada*. Pág. 98.

(30) Henri León Mazeud y Jean Mazeud. *Lección de Derecho Civil*. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. 1a. Parte. Vol. IV. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1959. Pág. 378

divorcio por mutuo consentimiento subsiste, limitándolo a una triple reiteración de la voluntad de los esposos, cada uno por trimestre. La obligación de obtener el consentimiento, se referia a la situación que guardarían los hijos del matrimonio solicitante. Reaparece la separación de cuerpos para quienes no querían divorciarse.

En el título sexto, capítulo primero, artículo 299 del Código de Napoleón, aparece como causal de divorcio el adulterio de la mujer y el del hombre, siendo éste último caso el cometido por el esposo en el hogar familiar.

La Ley Francesa del 8 de mayo de 1816, declara abolido el divorcio y deja subsistente la separación de cuerpos. Para los franceses, que ven en el matrimonio la existencia de un contrato libremente creado y por tanto, posible de romper por voluntad, se oponen a la citada ley y así el 27 de julio de 1884, aparece la Ley Naquet, donde se concede el divorcio necesario por las causales de adulterio y abandono del domicilio conyugal. El divorcio por mutuo consentimiento no puede ser obtenido por la sociedad francesa nuevamente. Con la Ley de 6 de junio de 1908, se vislumbra ya la aparición del divorcio voluntario, al establecer la obligatoriedad del Tribunal de lo Civil de convertir la separación de cuerpos en divorcio. Quedando restringida esta obligatoriedad, por Ley del 2 de abril de 1941 a:

- a) La disposición de un poder de apreciación respecto de la demanda

presentada por el cónyuge culpable. b) Queda prohibida la formulación de demanda durante los tres primeros años de celebrado el matrimonio. c) Castigo para los agentes de negocios que inciten al divorcio por mutuo consentimiento. Y ya por último, por ordenanza del 12 de abril de 1945, se deja sin efecto la anterior ley, reestableciendo la obligación de los tribunales de pronunciar la conversión de separación de cuerpos en divorcio, incluso la presentada por el cónyuge culpable. Desaparece la prohibición de pedir divorcio durante los primeros tres años de matrimonio.

h) MEXICO.- Los Códigos Civiles pronunciados en México Independiente, tienen como fuentes formales el Derecho Romano y la doctrina francesa. También quedan remembranzas de las viejas legislaturas españolas y el derecho prehispánico.

En las sociedades existentes antes de la conquista española, el divorcio era ya conocido. Comparecían los casados ante el Juez a dirimir sus controversias conyugales; el adulterio era sancionado con pena de muerte por aplastamiento de la cabeza de los adúlteros, el delito debía ser plenamente comprobado. Si el marido encontraba a su mujer en adulterio, no podía matarla, si lo hacía, recibía igual pena.

"Acostumbran castigar a los adúlteros de la siguiente manera: hecha la pesquisa y convencido del adulterio, se juntaban los principales en casa

del señor y traído el adúltero atábane a un palo, lo entregaban al marido de la mujer delincuente y si él lo perdonaba era libre, si no, lo mataban con una piedra grande en la cabeza. A la mujer por satisfacción, bastaba la infamia que era grande y común. Por eso a las mujeres, los hombres las dejaban. (31)

Con la conquista, fué aplicada la legislación de Castilla, Las Siete Partidas y otras leyes españolas, siendo complementadas por disposiciones contenidas en cédulas, provisiones, ordenanzas e instrucciones reales, que iban resolviendo casos concretos y que fueron reunidos en la Recopilación de las Indias.

La Recopilación de las Indias, siguió en vigor por disposición de 10 de enero de 1822 del Reglamento Provisional Político del Primer Imperio Mexicano. Donde se establece que "seguirán siendo aplicadas las disposiciones contenidas en las leyes, órdenes o decretos promulgados con anterioridad y hasta el 24 de febrero de 1821, en cuanto no pugnen con el presente decreto"

Durante los primeros años de vida de México ya como nación

(31) León Portilla. Alfredo Berrera Vázquez, Luis González, Ernesto de la Torre, Historia Documental de México. Tomo I, 1a Edición. U.N.A.M México 1964. Pag. 64.

Independiente, no hubo codificación civil propia, seguía siendo de aplicación de Recopilación de Indias, con las modificaciones que iban siendo necesarias, a través de leyes y decretos, que dieron por fin forma al primer Código Civil Mexicano en 1870. Sin embargo, en Oaxaca apareció en 1828 la primera legislación de la materia de origen mexicano, considerada como la primera en Iberoamérica. Reglamenta el divorcio en el libro primero. Título sexto, artículo 144 : por divorcio debe entenderse solamente la separación de marido y mujer en cuanto al lecho y habitación. El divorcio puede ser perpetuo y temporal. El artículo 145 permite la solicitud de divorcio perpetuo, pudiendo efectuarla tanto el marido como la mujer. Conoce de los divorcios por adulterio exclusivamente el tribunal eclesiástico. El artículo 147 pone fin al divorcio por adulterio el perdón otorgado por el cónyuge inocente al culpable, no pudiendo solicitar el divorcio por el mismo adulterio, siendo factible por otro adulterio acaecido posteriormente al perdón, donde sirve de apoyo el adulterio perdonado. También pone fin a la acción de divorcio, cuando el demandado prueba la infidelidad del actor y del que no ha mediado el perdón.

En cuanto a la situación de los hijos, estos quedaban bajo la custodia paterna, fuere demandado o actor en el juicio sin embargo, el juez podía disponer lo contrario para bienestar de los propios hijos. Las sanciones económicas que establecía la mencionada ley, para el cónyuge culpable de adulterio eran la pérdida de las donaciones hechas antes del matrimonio. Las posteriores quedaban sin efecto.

Los primeros Códigos Civiles mexicanos, contenidos entre ellos el de Oaxaca no reconocen al divorcio como desvinculador del matrimonio, sino como la simple separación de cuerpos de los cónyuges, pudiendo ser temporal o perpetua, según la causa en que se funde la solicitud, siendo la de adulterio, causal perpetua de divorcio.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, establece la desvincularización del matrimonio, por divorcio, quedando los cónyuges libres para contraer uno de nuevo.

3.3 NATURALEZA JURIDICA DEL ADULTERIO

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

En la antigüedad, el adulterio de la mujer fué sancionado severamente, al considerarse como violador del honor de su esposo. dándose mayor valor al honor que a la vida. Sin embargo, tal valoración es resultante del afianzamiento patriarcal y de sus fundamentos: la propiedad privada y la herencia de la misma. Esta es la razón por la que el adulterio femenino fué jurídicamente considerado grave, la posible introducción de un hijo

ilegítimo en la familia del esposo, legítimamente constituida. Lógico es suponer que los hombres tuvieran hijos nacidos fuera de su familia, éstos no heredaban el haber familiar, ni sus tradiciones.

Por tanto no conflictuaban a la familia, si bien, podía recibir legados, pero no dignidades. Mientras que el hijo concebido por mujer casada, por causa de adulterio, llegaba a formar parte de la familia. Habida la imposible prueba de filiación, heredando igual que un hijo legítimo. De ahí parte la apropiación del ser femenino por parte del hombre; y de ahí la sanción penal. Siendo justificada jurídica y considerada lógicamente válida, la pena de muerte de los adúlteros (la esposa y su amante), para lavar el honor patriarcal, elevándose a la calidad de bien jurídico el citado honor.

Al igual que evoluciona el sistema familiar, evoluciona la concepción del adulterio; suavizándose la pena, deja de ser la pérdida de la propia vida el castigo para convertirse en encierro y azotes; la infamia cafa como sanción social, apareciendo el honor femenino en su aspecto negativo, el deshonor. La fidelidad conyugal, término subjetivo, aparece como bien jurídico, la familia civil también lo es, porque con la sanción al adulterio se separa a la mujer del hogar, quedando a salvo de hijos adúlteros.

No siempre la única sujeta a las consecuencias del adulterio fué la esposa, también lo fueron la concubina y la desposada, al ser equiparadas.

Sólo hubo dos casos en que la mujer unida a un hombre no podía cometer adulterio: prostituyéndose o siendo esclava. La prostituta con otro tipo de penas; mientras que la esclava carecía de personalidad jurídica.

El adulterio fué siempre castigado cuando lo cometía una mujer, pero para que el hombre fuese sujeto de sanción, requería cometerlo con mujer casada o en concubinato o con manceba, cuando éstos últimos fueren ocasionadores de grave afrenta para la esposa.

Desde antes de la aparición del Imperio Romano, el divorcio por repudio era ya conocido y una de sus causales más graves era el adulterio, principalmente el femenino y aparece por tanto la sanción civil.

Cuando Jesucristo reconoció al matrimonio monogámico, como único posible y válido, equiparó a la mujer con el hombre consideró al adulterio como acto igualmente culpable para ambos, y le negó la pena de muerte como sanción, por injusta.

La doble sanción al adulterio (civil y penal), ha sido guardada desde entonces, siendo castigado con penas menos violentas y causal de divorcio, y así llega hasta nuestros días.

La defensa doctrinaria que considera al adulterio como ilícito, se divide en cuanto a la esfera jurídica de aplicación ya civil, ya penal.

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

Para Pacheco, citado por González de la Vega: "Sería necio y sería mal sonante, el detenerse un momento a demostrar que el adulterio debe ser, no puede menos de ser considerado por la ley como delito. El adulterio es el más grave de los de esta esfera, porque ninguno causa a la sociedad, a la vez, tanto desorden material".

Siguiendo a González de la Vega "Carrara manifiesta: Que la fidelidad conyugal constituye un deber jurídico porque a él corresponde el derecho en el otro cónyuge, a exigir su observancia. La violación de este derecho reprobable enfrente de la ley moral y de la jurídica, es el adulterio, tanto, como la infidelidad se comete por la mujer en perjuicio del derecho marital, como cuando se comete por el marido en ofensa de su consorte. De esta verdad jurídica extraen algunos la consecuencia de que debe elevarse a delito civil tanto el adulterio del marido con el de la mujer y que ambos son inmerecedores de igual represión penal, aún cuando generalmente, los publicistas y los legisladores disiente en tal parecer considerando el adulterio de la mujer como delito gravísimo y no admitiendo la punibilidad del marido (32)

(32) Francisco Gonzalez de la Vega. Derecho Penal Mexicano. 2a. Edición. Edit. Porrúa, S.A. Mex. 1958. Pág. 426.

El Código Penal Frances de 1810, explica "Es una infracción contra las costumbres menos públicas que la prostitución, transformada en oficio, pero casi es tan culpable; si el adulterio no supone como la prostitución hábitos tan depravados, presenta en cambio la violación de múltiples deberes.

Colocando en todos los Códigos en el número de los más graves atentados contra las buenas costumbres, con perjuicio de la moral, la opinión parece excusar lo que la ley debe punir; esta contradicción entre la opinión y la ley ha obligado al legislador a hacer descender a la categoría de delito lo que no estuvo en su potestad colocar en el rango de los crímenes".

En opinión de González de la Vega, el delito de adulterio debe seguir considerado en la legislación penal: Nos parece indudable que, por lo menos los adulterios cometidos en forma de grave ultraje contra el ofendido alteran o comprometen la paz y tranquilidad de la familia matrimonial, por eso nos parece plausible la cautelosa actividad del legislador mexicano que, limitadamente contempla como delito la injuriosa y despectiva actitud de ejecutar el adulterio invadiendo la residencia matrimonial o con la grave publicidad que entraña el escándalo. Más que un delito sexual propiamente dicho, el adulterio es delito de injuria en su lato sentido, siendo el vínculo del menosprecio la despectiva actitud asumida por su protagonista contra el cónyuge burlado. Arguelles

reconoce que "El delito de adulterio debería sancionarse en casos muy especiales y sólo en razón de la injuria que se causa al cónyuge inocente". Ceniceros acepta la anterior interpretación e indica: "Propiamente, más que el adulterio, lo que se pune es la vergüenza de los adúlteros". (33)

Mientras que otros autores sostienen que el adulterio debe ser considerado únicamente como causal de divorcio:

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

"Tissot al referirse a esta cuestión expresa: "El adulterio es un simple atentado a la moral. No es delito por ser violación de una promesa. 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, son las consecuencias dañosas derivadas de ella: introducción de hijos extraños. En el adulterio no se castiga el derecho en sí, el perjuicio es sólo un atentado a la moral"

(33) Francisco González de la Vega. Obra Citada. Página 426.

Pessina señala: Si hay una materia en donde un arcano y misterioso poder superior a nuestra libertad manifiesta toda su terrible eficacia, es la vida afectiva. Recorre todos los estratos de la naturaleza humana desde los pensamientos más puros de la inteligencia hasta las efusiones de los sentimientos. El predominio del pathos en la vida sexual, llega a tal punto de superabundancia, que la exigua parte dejada a la libre voluntad confina con la falta de responsabilidad jurídica en el más alto sentido de la palabra; así los hechos relativos a la misma son más necesidad por predestinación que fruto de libre elección. El amor no puede ser materia de precepto jurídico. El buen sentimiento dicta la fidelidad, como observancia de las más graves. ¿Qué marido, o que esposa pueden aceptar dignamente que su consorte le ame, mejor dicho, finja demostraciones de cariño por deber, por espíritu de sacrificio o por puro acatamiento de la ley penal? ¿Qué valor puede tener en tales circunstancias una caricia, y la vida en común?, (34)

Langley Rubio, expone: "Reprimir el adulterio por entener que quebrante la fidelidad conyugal, equivaldría castigar la infracción de los deberes morales más que jurídicos, pero aunque llegásemos a admitir que dicha fidelidad fuese un deber jurídico por corresponder a él, en el otro cónyuge

(34) Alberto González Blanco. Delito Sexual en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. 3a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1974. Págs. 199 y 200.

un derecho de exigir su observancia, eso no bastaría para elevar su incumplimiento a la categoría de delito . . .”

“A nadie se ha de procesar y condenar criminalmente – dice I angle –, por immoralidades que sólo afectan a sí propio . . . Luego no puede servir de base el delito de la inmoderación lujuriosa de los culpables . . . ¿Sería la honestidad del marido inocente la que sufra ultraje?. Apenas tiene sentido la pregunta. “Imposible alegar que es un ultraje al honor porque es absurdo e injusto proclamar que sufra ultraje a la hora de una persona inocente por la conducta de otra culpable”. “Tampoco puede apoyarse su punibilidad en que ataca el orden de la familia. Observamos en primer lugar, que cuando en un matrimonio se da el adulterio, ya no existe el orden, la armonía y el amor familiar, sino de una manera nominal, ficticia . . . En segundo término, si el adulterio perturba el orden de la familia debe sostenerse que inflere a la sociedad un daño de carácter público; en contra de ello, las legislaciones lo declaran delito privado”. (36)

Diego Vicente Tejera, en su monografía *El Adulterio*, indica: “La familia propiamente dicha es la que crean dos seres de sexo contrario por el amor. El adulterio de uno de los cónyuges destruye esta unidad formada para la propagación de la especie, si no estaba de antemano destruida, porque

(36) Francisco González de la Vega. Obra citada. Pág. 426.

produce abandono por parte de uno de esa entidad, o la desatención de sus obligaciones, perjudicándose grandemente los productos del matrimonio... Pero lo que afecta a este grupo tan necesario para la vida ¿debe considerarse como productor de efectos sociales? ciertamente no. Todos los actos de la familia son de orden privado... ¿Por qué, pues, cuando se comete un acto que no es más que una violación de un pacto que ataca a la familia ha de llevarse el asunto al Derecho Penal? ¿No hay bastantes sanciones civiles para castigar y evitar el estado de desilusión que crea un adulterio? Ciertamente sí, está el divorcio; está la pérdida de gananciales, de los dotales están las indemnizaciones y muchas más, incluso la prohibición de nuevas nupcias. El adulterio ataca en muchos casos la institución privada de la familia, pero todas sus consecuencias deben ser privadas y deben ser tratadas dentro del Derecho privado general. (36)

Jiménez Huerta señala: "El adulterio debe ser únicamente causal de divorcio. Su signo antijurídico no puede rebasar este ámbito. Es atentatorio contra la dignidad y la libertad humana el servicio en nuestro tiempo es base a una condena penal. (37)

El doctor González Blanco, manifiesta: "El problema de la incriminación

(37) Mariano Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. 5a. Edición. Editorial Porrúa. México 1958. Pág. 32.

del adulterio se rige en su contenido y efectos por el derecho privado. No vemos razón para continuar concediéndole relevancia en materia penal. Salvo si la conducta humana ocasiona un daño mayor al previsto por la norma. Para borrar el adulterio del catálogo de los delitos, será necesario prevenir y reprimir en su caso, el daño al estado civil. La supresión del adulterio deberá ir acompañada de la creación de una figura del delito contra el estado civil. Así lo hizo el proyecto argentino, suprimió y aceptó la suposición de filiación legítima hecha por mujer casada en favor de un hijo adulterino". (38)

Hay por fin, autores que se refieren a la falta de amor, como causa de adulterio, debiéndose remediar con medidas del derecho privado al ser violación de un deber privado. El divorcio es la sanción; no justifican la penal incriminación.

De las anteriores argumentaciones se deduce que no existe opinión unánime en cuanto al bien jurídico protegido, aunque, si convergen con el criterio de que la conducta de deslealtad conyugal provocan ruptura familiar.

La familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica

(38) Alberto González Blanco. Obra citada. Página 51.

dentro del matrimonio legalmente contraído, único reconocido por la legislación mexicana, cuya conformación monogámica es creadora del deber jurídico de exclusividad sexual recíproca entre los cónyuges, siendo su consecuencia natural la perpetuación de la especie. Al sobrevenir la conducta adúltera de alguno de los cónyuges, puede provocar desestabilidad y ruptura de pacto matrimonial, habida la concepción tradicional de ofensa implicativa de apropiación sexual, cuyo término común es conocido como infidelidad conyugal.

Por tanto se deduce, que los posibles bienes protegidos con la sanción al adulterio son: El amor, la fidelidad conyugal; el deber de exclusividad sexual, sociedad, familia y el honor. Incluyéndose, por la aparición del adulterio como delito dentro del catálogo de los delitos sexuales, la libertad sexual y la inexperiencia sexual.

El amor.- es una actitud afectiva del hombre, de manera subjetiva, no puede ser impuesto normativamente. No hay ley que nos obligue a amar a las personas. Por tanto carece de consideración jurídica, no puede ser tutelado por el derecho.

La fidelidad conyugal.- Fidelidad "Observancia de la fé que uno debe al otro". (Infidelidad.- "Falta de Fidelidad deslealtad"). Este concepto subjetivo, implica fé, confianza, el derecho no puede tutelar aspectos

meramente intelectuales, aunque este aspecto contiene valor cultural, requiere de una materialización y ésta con el adulterio se presenta al violarse el débito conyugal, no la confianza.

El honor.- Jiménez de Azúa dice: "Imposible alegar que es el adulterio un untraje contra el honor, porque es absurdo e injusto proclamar que padece menoscabo la honra del marido o de la mujer engañado por la conducta del cónyuge infiel". Diego Tejera Jr. sostiene: "Es verdad que hay franca agresión contra el derecho de fidelidad y que esta agresión es ilegítima, porque no lo autoriza ningún precepto legal, ni las conveniencias sociales". Considera también que: "Los actos de otra persona no pueden jamás, sin contar con la voluntad del agente pasivo, quitarle su honor". (39) El honor requiere de consideraciones subjetivas, se refiere a la estimación que una persona tiene de sí misma, al mismo tiempo también se refiere a un aspecto cultural que la sociedad considera como elemental para la convivencia pacífica de todos los elementos que la conforman. El honor pues, es bien que el derecho protege contra las agresiones injustas; sin embargo, con la conducta adúltera no creo sea agredido, pues considero, igual que Tejera Jr. que los actos de otra persona no pueden jamás, sin contar con la voluntad del agente pasivo, quitarle su honor. Y lógicamente en el adulterio, el cónyuge inocente jamás consentirá la conducta desleal,

(39) Francisco González de la Vega. Obra citada. Página 51.

por tanto no puede afectar su honra la comisión de la figura a estudio.

Deber de exclusividad sexual recíproco: Como consecuencia del carácter monogámico del matrimonio, aparece el deber jurídico de relaciones sexuales exclusivas entre los cónyuges.

Es deber jurídico, porque cada uno de los esposos tiene la obligación de observarlo y al mismo tiempo, el derecho de exigir su cumplimiento. Es pues, este bien uno de los protegidos por el derecho. Porque de esta manera se asegura la adecuada organización jurídica de la familia y, al sancionarse el adulterio, se busca provocar el menor daño posible.

La sociedad encuentra repercusión en su seno, cuando se cometen ilícitos, todo tipo de violación jurídica de alguna manera afectan, algunos en menor, otros en mayor grado, por tanto, regula las relaciones sociales a través de un sistema de organización jurídica adecuado, creador de normas, cuya aplicación general son de carácter coercitivo.

Dichas violaciones, cuyo grado de gravedad dependen de su repercusión en la misma sociedad, de su posible sanción de los sujetos afectados. Con el adulterio encontramos que los afectados directamente son el cónyuge inocente y la familia de ambos, por tanto, han sido creados los instrumentos jurídicos necesarios para la sanción debida, a fin de reparar

en algo el daño causado por el citado adulterio. Siendo por tanto, objeto de tutela de manera inmediata la familia, solamente de manera mediata es protegida la sociedad.

En cuanto a las garantías sexuales, protegidas por la legislación penal, dentro del capítulo de los Delitos Sexuales, se excluyen en lo relativo a la comisión del adulterio, porque éste presume la existencia de voluntad por parte del casado, al ayuntamiento sexual ilícito, siendo dos los elementos constitutivos del adulterio general: el estado de casado y la voluntad en la relación sexual con tercero ajeno al vínculo matrimonial.

Por todo lo anterior expuesto, se desprende que la naturaleza jurídica del adulterio es: Las relaciones sexuales voluntarias ilícitas habidas entre hombre con mujer, siendo uno o ambos casados.

En cuanto a su ámbito de aplicación debe considerarse los bienes jurídicos que se protegen con la sanción: la familia y el débito conyugal de exclusividad sexual recíproca y la sociedad de manera mediata.

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

Mientras que la sanción penal la constituye: la privación de la libertad y la pérdida de los derechos civiles al declarado culpable. Por tanto ni la

familia se beneficia con la condena, ni se desvincula el matrimonio, por lo tanto la sociedad no encuentra reparación alguna porque la familia, su grupo más importante, queda desprotegida.

3.4 ELEMENTOS DEL ADULTERIO

Si el adulterio es la relación sexual, voluntaria, habida entre una persona casada con otra ajena al vínculo matrimonial, se desprende que sus elementos son:

a) **Ayuntamiento sexual voluntario:** La voluntad por parte del casado, es requisito indispensable, porque ésta es constitutiva del adulterio.

Las relaciones sexuales son derechos inherentes y correlativos del matrimonio, la procreación su consecuencia natural:

El artículo 40. Constitucional y su correlativo, artículo 162 del Código Civil establecen: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos. En el matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los

cónyuges”.

Con el adulterio se corre el peligro de violar el derecho del cónyuge inocente, la mujer puede introducir un hijo de otro a la familia; el hombre, si bien no llega a introducirlo de manera directa, puede llegar a hacerlo de manera indirecta, al sustraer recursos económicos de su familia. En ninguno de los casos se encuentra, obviamente, la voluntad conyugal de nacimiento de un hijo, por haber sido concebido fuera de matrimonio.

La exclusividad de las relaciones sexuales conyugales se pierden cuando uno de los cónyuges realiza ayuntamiento carnal con un tercero ajeno al matrimonio, produciendo consecuencias de derecho, divorcio o delito, según las circunstancias del caso concreto.

En materia penal, el conocimiento y voluntad por parte de los activos en la realización delictiva es esencial para considerarlos culpables del delito que se les imputa. La ausencia de alguno de estos elementos origina la inculpabilidad del Sujeto”. (40)

b) Existencia de un matrimonio legítimo.- La ley reconoce únicamente

(40) Silvia Alma Villanueva Castillo. Adulterio Como Causal de Divorcio y Adulterio Penal. Tesis Profesional UNAM 1984.

eficacia jurídica al matrimonio civil, celebrado con las formalidades establecidas en el artículo 146 del Código en la Materia, ante los funcionarios por ella señalados.

Entre las formalidades encontramos la de expresar claramente, que no se tiene impedimento legal alguno para contraer matrimonio. Uno de los impedimentos lo encontramos, cuando los presuntos contrayentes hayan sido causantes de divorcio por adulterio.

Celebrado el matrimonio, con las formalidades debidas, éstas empiezan a tener eficacia jurídica, desde el momento de su celebración.

c) Ayuntamiento carnal con tercero ajeno al matrimonio.- para la ejecución del adulterio, es un elemento indispensable, porque viola la exclusividad de las relaciones sexuales.

Por tanto, la naturaleza jurídica del adulterio se puede establecer en la violación de la exclusividad sexual debida por uno de los cónyuges, en virtud de un contrato matrimonial eficaz, siendo esta violación voluntaria.

CAPITULO IV

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

4.1 COMO CAUSAL DE DIVORCIO

El Código Civil vigente, en su exposición de motivos establece: "... se equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer y al referirse en cuanto fue posible las causas de divorcio, en lo que se refiere al hombre y a la mujer, procurándose que quedaran debidamente garantizados los intereses de los hijos que casi siempre resultan víctimas de la disolución de la familia". Ya en el capítulo X, del Divorcio, el artículo 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Encontramos que para el legislador de 1928, el divorcio rompe de manera definitiva el vínculo matrimonial, entendiéndolo al vínculo como la unión de una persona con otra, por lo tanto con el divorcio, se deshace la unión de hombre mujer legalmente establecida.

De la equiparación de la capacidad jurídica del hombre y de la mujer, se puede decir que al haber sido tradicional la desigualdad de trato jurídico entre mujer y hombre, por el sometimiento femenino a la potestad del varón reflejada un atraso cultural y social insultante en la dignidad de la mujer, resultando ser apenas una decisión justa.

El artículo 267 expresa: "Son causas de divorcio: I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges ... "Ningún precepto del Código

Civil define al adulterio; para tener por establecido un criterio jurídico, sobre la definición de la causal a estudio es necesario recurrir a la Jurisprudencia. La 3a. Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación a la letra señala: "Se entiende por adulterio la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos o ambos casados". Amparo directo 2260/62/2a. Octubre dos de 1964.

La anterior definición coincide con el criterio doctrinal de la unión sexual, que no sea contra natura, de dos personas no unidas en matrimonio civil, estando una de ellas o las dos civilmente casados con un tercero. Reconociendo como la unión sexual natural, la habida entre hombre y mujer. En cuanto a lo referido por ayuntamiento sexual ilegítimo, se entiende aquel que se comete habiendo de por medio matrimonio legalmente válido con un tercero.

Reglamentaciones en las Legislaciones Mexicanas que antecedieron al actual Código Civil.

a) Código Civil de 1870.

Para el Código Civil de 70, el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, dando lugar únicamente a la separación de cuerpos. Quedó establecido en el artículo 239, al señalar que el divorcio no disuelve el

vínculo matrimonial, suspende sólo alguna de las obligaciones civiles.

La separación de cuerpos podía ser temporal o perpetua. La primera se concedía cuando la causal era por enfermedad o cualquier otra razón considerada como grave. La separación perpetua se establecía como sanción a quien hubiese dado causa grave para la solicitud del divorcio. Entre las causas graves encontramos al adulterio.

La Ley Civil de 1870, no equiparaba el adulterio masculino con el femenino, por tanto, el varón podía acusar a su mujer de adulterio en todos los casos; la mujer por su parte sólo podía pedir el divorcio cuando el adulterio se cometiese en el domicilio conyugal o fuera de él con escándalo; si hubo concubina, o habiendo insulto público proferido a la mujer por el marido o si la adúltera la hubiera maltratado de palabra o de obra.

Cuando la mujer daba causa de divorcio perdía la patria potestad de sus hijos, quedando la administración de los bienes a cargo de su marido, perdiendo las donaciones o promesa de donación de su consorte o tercera persona en consideración al matrimonio. Cuando la causa de divorcio era por adulterio, perdía el derecho de recibir alimentos, por parte de su marido.

La acción de divorcio por adulterio correspondía al conyuge inocente

puediendo dejar de ser causa cuando el que intenta la acción a su vez ha cometido adulterio o induce al cónyuge a su comisión. El perdón otorgado por el cónyuge inocente cesaba toda acción de divorcio. Presumiéndose el caso de cohabitación de los cónyuges, incluso después de decretada la separación de cuerpos.

b) Código Civil de 1884.

En lo concerniente al adulterio como causal de divorcio resultó ser copia fiel de 1870.

Se autoriza la separación de cuerpos y de habitación, dejando vivo el matrimonio y por consecuencia imposibilitando contraer uno nuevo.

El artículo 277, fracción I, señalaba como causal de divorcio el adulterio cometido por alguno de los cónyuges. El artículo 278, establece nuevamente diferencias entre el adulterio del hombre y el cometido por mujer. Quedando, como el anterior, restringida la causal de divorcio por adulterio del esposo, si concurren a alguna de las siguientes circunstancias a) si ha habido concubinato, dentro o fuera de la casa conyugal; b) si el adulterio lo cometió en la casa común; c) si hubo escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; d) si la adúltera maltrató de palabra o de obra a la esposa y e) si el maltrato fué causado por el marido por culpa de la adúltera.

En cuanto a la acción de divorcio por adulterio, seguía las mismas reglas que en la legislación anterior.

Para comprender las razones que guiaron a los Legisladores de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, al establecer diferencias específicas entre el adulterio cometido por la mujer y el adulterio del varón, es necesario considerar la situación que guardaba la mujer en la sociedad mexicana del siglo pasado, situación que ha ido cambiando conforme la propia mujer ha ido evolucionando.

Se consideraba como obligatoria la conducta virtuosa de las mujeres, para ser respetadas socialmente. Carecían en su mayoría de instrucción, cuando mucho primaria; ignoraban toda innovación científica y filosófica, que apareció durante el siglo XIX, su educación se encontraba centrada a las labores del hogar y en la reproducción de la especie. Con excepciones exclusivas de la clase alta, económicamente considerada, llegaron a ser instruidas, pero dicho aprendizaje quedó sujeto a las condiciones de opresión, que en razón del sexo, le eran proferidas.

Por eso se comprende, la consideración al hecho de que es obligación principal para la mujer la fidelidad conyugal, mientras que para el hombre es sólo secundaria. "Por ser la infidelidad de la mujer, posible introductora de hijos mal habidos y deshonrosa para la dignidad del marido, provocando con ello la desestabilización de la familia, al perder la

incolumidad tan necesaria para conservar su prestigio de mujer y esposa; mientras que la del hombre no deshonra a la mujer, ni introduce hijos ajenos al hogar familiar". (41)

Sin embargo, no es posible justificar la infidelidad conyugal de cualquiera de los esposos, por ser violatoria de la confianza nacida de la unión de la pareja y de la exclusividad sexual natural del matrimonio.

c) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

A partir de esta Ley expedida por Venustiano Carranza, se logró el paso definitivo en materia de divorcio, al establecer la disolución del vínculo matrimonial y por tanto, permitió a los divorciados celebrar nuevo matrimonio.

La Ley de Relaciones Familiares, tiene como antecedente inmediato a la Ley sobre el Divorcio Vincular, expedida también por Carranza en Diciembre de 1914 que establece dos tipos de divorcios: por mutuo consentimiento y necesario.

(41) Ricardo Couto. Derecho Civil Mexicano. Torno I. Editorial La Vasconia. México 1919. Pág. 234.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

El primero, puede ser solicitado, por los cónyuges, sin expresión de motivos; en cuanto al divorcio necesario, la Ley de 1914 no hace enumeración de las causas, quedando esta por el artículo 1o. "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

De las faltas graves a que se refiere el artículo mencionado, Rojina Villegas señala: "En la segunda serie de causas podían considerarse a su vez, las siguientes: a) Faltas graves de alguno de los cónyuges que hiciera irreparable la desavenencia conyugal. Es decir, se incluían los delitos de un cónyuge contra el otro, de un cónyuge contra los hijos y de un cónyuge contra terceras personas..." (42)

Para el citado autor, las causas de divorcio deben ser clasificadas conforme a las siguientes reglas: I.- Las que impliquen delitos; II.- Las que constituyan hechos inmorales; III.- Las contrarias al estado

(42) Rafael Rojina Villegas. Obra citada. Pág. 367.

matrimonial que impliquen el incumplimiento de las obligaciones conyugales; IV.- Determinados vicios y V.- Ciertas enfermedades.

Al hacer referencia de las causas que impliquen delitos, sostiene que el adulterio, constituye delito, del cual no es necesaria la existencia de sentencia penal para que proceda la acción de divorcio por adulterio. A pesar de la clara contradicción del autor referido, se atenderá al hecho de que, para él, y así se desprende de la lectura del artículo 10. de la Ley de Divorcio de 1914, el adulterio de cualquiera de los cónyuges, era causa de divorcio necesario, en cuanto al concepto de la desigualdad jurídica del hombre y de la mujer. Desafortunadamente, la equiparación jurídica expresada en el párrafo anterior, desaparece en la Ley de Relaciones Familiares de 1917; en cuanto a la clasificación de las causales de divorcio el adulterio es la primera y el artículo 77 establece: "El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio. El del marido lo es si con él concurren alguna de las siguientes circunstancias: Si hubo concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa; si el adulterio se cometió en la casa común; si existió escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima. Si la adúltera maltrató de palabra o de obra, o por su causa se ha maltratado de alguno de estos modos a la mujer legítima

Las reglas para solicitar el divorcio las establece el artículo 88: el divorcio solo puede ser solicitado por el cónyuge inocente y dentro de los 6 meses en que tuvo conocimiento de los hechos fundatorios de su demanda.

El artículo 90 sostiene que pone fin al juicio de divorcio la reconciliación antes de la sentencia de los cónyuges, debiendo ésta ser puesta del conocimiento del juez; su omisión no destruye los efectos producidos por la reconciliación; la Ley presume reconciliación, cuando después de presentada la demanda hubo cohabitación de los cónyuges.

Ejecutoriado el divorcio, los hijos quedan bajo la potestad del cónyuge inocente, cuando ambos cónyuges son culpables, la patria potestad la ejercerán los ascendientes, primero los paternos y a falta de ambos, los maternos, cuando no exista ni unos ni otros, se procederá a nombrarle un tutor. Los padres, aunque pierdan la patria potestad, tendrán todas las obligaciones para con sus hijos. La madre perderá la patria potestad, aunque hubiere sido cónyuge inocente cuando vive en mancebía o tiene un hijo ilegítimo.

Como se desprende de lo anterior y siguiendo las disposiciones de la ley referida, el trato jurídico hacia la mujer es completamente diferente que el trato dado al hombre.

d) Código Civil de 1928.

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928 y puesto en vigor el 1.º de octubre de 1932. Equipara la situación jurídica del hombre con la mujer, según lo menciona en la exposición de motivos: "Se

equiparó la capacidad jurídica del hombre y la mujer, estableciéndose que ésta no quedaba sometida, por razón de su sexo, a restricción legal alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos.

Como consecuencia de esta equiparación, se dió a la mujer domicilio propio, se dispuso que tuviera en el matrimonio autoridad y que, por lo mismo, de común acuerdo arreglaran todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

Se estableció que la mujer pudiera, sin necesidad de autoridad marital, servir un empleo, ejercer una profesión o industria o dedicarse al comercio "con tal de que no descuidará la dirección y los trabajos del hogar".

La mujer casada mayor de edad puede administrar libremente sus bienes propios y disponer de ellos. También puede administrar los bienes de la sociedad conyugal, si así lo hubiere convenido con su esposo.

La mujer casada tiene derecho de pedir que se dé por concluida la sociedad conyugal, cuando teniendo el marido la administración de los bienes comunes, se revele un administrador torpe o negligente

Se hizo desaparecer la incapacidad legal para que la mujer pudiera ser tutriz, fiadora, testigo en testamento, albacea y para que ejerciera el

mandato.

Al llegar a la mayor edad tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, estando igualmente capacitada para celebrar toda clase de contratos.

No pierde la patria potestad sobre los hijos de los matrimonios anteriores, aún cuando contraiga segundas o ulteriores nupcias". Artículo 149.- "El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieran ambos, o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aun cuando haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella ..."

"La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria, en vista de la fuerza arrolladora que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a todas las actividades sociales y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones, era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil, sustentada por el Código anterior".

De la simple lectura de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928, se denota que no fué estudiado a fondo su contenido, cuando a pesar de las soluciones de 1975, la Declaración de los derechos de la mujer en el

Foro de las Naciones Unidas, las modificaciones habidas entonces en el propio Código de 1928, no cambió para nada el criterio que la mujer es la encargada de las labores del hogar, a pesar de que anteriormente queda señalado que las consideraciones en el hogar serían iguales para el hombre y para la mujer. Aunque desapareció el articulado del Código a estudio, el espíritu de tal criterio continúa por el simple hecho de no haber desaparecido de la Exposición de Motivos. La Legislación Civil no debe considerar tal limitación, porque va más allá de su alcance, violando la garantía contenida en el artículo 5o. Constitucional.

Siguiendo con la lectura de la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928, encontramos referente a la filiación "por lo que toca a los hijos, se comenzó a borrar la odiosa diferencia, entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; ..."

"Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quien es su madre y estableció en favor de los hijos nacidos en concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina". ¿No que había desaparecido la odiosa diferencia de los hijos naturales e hijos legítimos? ... siguiendo con el párrafo de estudio" ... se

ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen medios de vivir; pero se procura que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo de explotación por parte de las mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución.

Si no tuviéramos al alcance criterios que ayudasen a comprender el contenido de la última parte del párrafo anterior y que fué subrayado, constituiría por sí un verdadero escándalo, porque el legislador de 1928, prejuzga el hecho de que las mujeres que tuvieran hijos fuera del matrimonio, eran todas prostitutas, y no burladas como la mayoría lo son de hecho. Lo anterior se comprende, si consideramos que las mujeres en su mayoría no son dueñas de su persona, debido a la formación tradicional, en que no pueden disponer de su sexualidad, sino hasta que hayan contraído nupcias, de la que dispondrán sus esposos, a fin de cumplir con uno de los objetivos también tradicionalmente considerados como naturales del matrimonio, la procreación.

Debido a la educación dada a los hombres referente a la sexualidad masculina, éstos pueden hacer uso de ella cuando así lo deseen y generalmente seducen a mujeres ingenuas o las chantagean con promesas que saben no van a cumplir, provocándoles embarazos y desconociendo posteriormente su paternidad. Nadie puede obligarlos al reconocimiento de

un hijo propio, cuando no media matrimonio, provocando, por tal circunstancia, la irresponsabilidad de la paternidad. Esta actitud va desapareciendo paulatinamente, principalmente en las mujeres, quienes buscan ya mejor preparación, evitándose de esta manera problemas derivados de la concepción no deseada.

En cuanto al párrafo de la Exposición de Motivos, en materia de filiación, el mismo Código, en su artículo 62 establece. "Si el hijo fuere .adulterino, ..." y el artículo 64: "Podrá reconocerse al hijo incestuoso, ..." aunque los mismos artículos establecen la prohibición de asentar en el acta de nacimiento "adulterino" o "incestuoso", según el caso, esta comparación ya de por sí es odiosa e injusta, por tanto debe quedar borrada para siempre en el pensamiento legislativo y del derecho positivo. Las diferencias son infamantes en estos hijos concebidos, quizá con más amor y anhelo que los llamados "legítimos", de cuyo origen ninguna culpa tienen.

Por último, en lo relativo al divorcio encontramos en la exposición de motivos, que fueron equiparados, en cuanto fué posible las causas de divorcio en lo que se refiere al hombre y a la mujer. Así encontramos las disposiciones de los artículos 267 y 269.

Artículo 267.- Son causas de divorcio: I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

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

La acción de divorcio, que se deriva del adulterio, tiene derecho a ejercerla el cónyuge inocente, perdiendo tal si ha mediado perdón, expreso o tácito. Una vez iniciado el juicio, le pone fin a la reconciliación de los cónyuges, siempre y cuando no exista sentencia ejecutoria; de haberla, deberán contraer matrimonio nuevamente.

El criterio del legislador del 28, en lo relativo a los derechos de los hijos, éstos los conservan integros, aunque el padre o la madre, o ambos perdiesen la patria potestad sobre aquellos.

Según la doctrina, existen dos tipos de divorcio, en cuanto a las consecuencias de vinculación del matrimonio; y son a saber: el que no rompe el vínculo matrimonial (Código de Oaxaca 1828, Código Civil de 1870, Código Civil de 1884) y aquel que disuelve el vínculo matrimonial o vincular. (Ley sobre el Divorcio vincular de 1914, Ley de Relaciones Familiares de 1917 y Código Civil para el Distrito Federal de 1928).

En cuanto a la causa, aparecen: Divorcio por mutuo consentimiento y Divorcio Necesario.

El Divorcio por mutuo consentimiento puede ser, administrativo y judicial.

El Divorcio Necesario puede ser: Divorcio Sanción y Divorcio Remedio. El primero se dá cuando uno de los cónyuges no cumple con las obligaciones que le son propias, por el hecho de estar unido en matrimonio. El segundo, cuando uno de los cónyuges ha contraído alguna enfermedad que pone en peligro al cónyuge sano y sus hijos.

El divorcio por adulterio, se clasifica, según los anteriores criterios como: vincular, necesario y sanción.

4.2 ELEMENTOS DEL ADULTERIO

La existencia de un matrimonio civil; las relaciones sexuales con persona distinta del cónyuge; la comprobación de las relaciones ilícitas son los elementos del adulterio.

a) La existencia de un matrimonio civil

Para nuestra legislación, el matrimonio es la unión de un solo hombre y

una sola mujer para la consecución de sus fines; siendo por tanto monogámico. Los fines del matrimonio son: La perpetuación de la especie, la ayuda mutua y la cohabitación. La perpetuación de la especie, fin conformador de la familia, se deriva de las relaciones sexuales entre los cónyuges quienes por motivo del matrimonio, adquieren el derecho y contraen el deber de exclusividad sexual recíproca.

La ayuda mutua consistente en el deber jurídico de darse alimentos recíprocamente, de atención solícita por causas de enfermedades, defunciones, etc. También va en referencia al apoyo para la realización personal de los cónyuges.

La cohabitación, derivada del artículo 163 del Código Civil, establece que la vida en común deberá ser en el domicilio conyugal, que para tal efecto establezcan de común acuerdo salvo los casos de excepción establecidas por el mismo numeral.

a) Traslado del domicilio de uno de los cónyuges fuera del país, salvo por servicio público social. b) Cuando se establezcan en lugar insalubre e indecoroso.

El matrimonio civil forma la familia legalmente reconocida por nuestro derecho y con él se da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges. Quienes de manera libre expresan su voluntad de unirse

en matrimonio, ante el Juez del Registro Civil, debiendo cumplir con los requisitos establecidos por los artículos 97 y 98, quedando legitimamente unidos conforme las solemnidades exigidas por el artículo 146 del Código Civil.

Al quedar unida la pareja en matrimonio contrae los derechos y obligaciones que se le derivan.

Los fines fundamentales del matrimonio tienen un alcance mayor al de la ayuda mutua, la vida en común y la perpetuación de la especie, ya que éstos pueden ser cumplidos cabalmente por cualquier pareja no casada. "Lo esencial el matrimonio, desde el punto de vista jurídico, radica en que a través de él la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica. (43)

Por ser el matrimonio la única forma eficaz de atribución de todos los efectos jurídicos a la familia, es que requiere su celebración solemne en el Registro Civil respectivo. El artículo 39 del vigente Código establece: El estado civil se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo,

(43) Ignacio Gallindo Garfias. Derecho Civil. 4a. Edición. Editorial Porrúa, 1981. Página 472.

salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

Por reciprocidad internacional, existe una forma de comprobación de matrimonio celebrado en el extranjero por algún mexicano, encontrándose disposición al respecto en el artículo del multicitado Código Civil, que a la letra dice: "Para establecer el estado civil adquirido por los mexicanos fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles y siempre que se registren en la Oficina que corresponda del Distrito Federal de los Estados.

De entre los efectos jurídicos nacidos con el matrimonio, encontramos la exclusividad sexual recíproca, atendiendo a la procreación. De cuya violación acarrea consecuencias de derecho, al reconocerle la Ley al cónyuge que no cometió adulterio, acción para demandar el divorcio necesario, siendo ésta la mayor sanción impuesta por la ley al cónyuge culpable.

Por ser el adulterio causal tradicionalmente considerada de mayor gravedad, en la conclusión de la vida conyugal, constituye impedimento para la celebración de un nuevo matrimonio civil, entre quienes hayan sido encontrados culpables de adulterio y dieran causa de divorcio. Según queda establecido por el artículo 156: "Son impedimentos para celebrar contrato de matrimonio: Fracción V El adulterio habido entre las personas que

pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado . . . De estos impedimentos sólo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral".

Mientras que el artículo 234 establece: "La acción de nulidad que nace de la causa prevista en la fracción V del artículo 156, podrá deducirse por el cónyuge ofendido o por el Ministerio Público en el caso de disolución del matrimonio anterior por causa de divorcio; y sólo por el Ministerio Público si este matrimonio se ha disuelto por muerte del cónyuge ofendido.

En uno y otro caso, la acción debe intentarse dentro de los seis meses siguientes a la celebración del matrimonio.

De la simple lectura del artículo 156, fracción V, y del párrafo último, encontramos que el impedimento, no dispensable, para contraer matrimonio, el adulterio debidamente comprobado de quienes pretenden contraer uno nuevo, produce nulidad como se deriva de la Interpretación del "artículo 2225 del propio Código Civil.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley".

Conforme los requisitos señalados por el artículo 2226 para que el acto pueda ser considerado de nulidad con el término de absoluto, es necesario que sea imprescriptible, imposible de ser convalidado y por último, que

cualquier persona pueda hacer valer la acción en contra; debiendo existir los tres elementos en conjunto.

Para la consideración de nulidad relativa, con la simple falta de cualquiera de los requisitos de la nulidad absoluta basta, y así puede decirse que el impedimento para la celebración del matrimonio, entre los pretendientes, cuyo adulterio ha sido debidamente comprobado, es anulable, por ser el cónyuge inocente, del matrimonio disuelto por adulterio y el Ministerio Público los únicos que pueden hacer valer la acción. En cuanto al término de seis meses que se da para hacer valer la acción de nulidad, es un caso de caducidad.

Ahora bien.- 1o. Si la fracción I del artículo 267 establece la condición para la disolución vincular del matrimonio que el adulterio debe ser debidamente probado. 2o. Si la fracción V del artículo 156 señala como impedimento para contraer matrimonio el adulterio judicialmente comprobado. 3o. Si el último párrafo del propio artículo 156 a contrario sensu declara el adulterio comprobado como impedimento no dispensable. 4o. Al ser impedimento no dispensable el adulterio cometido entre los contrayentes su matrimonio está afectado de nulidad. 5o. El artículo 243 otorga el derecho de acción de nulidad al Ministerio Público y al Cónyuge ofendido, en el divorcio causado por adulterio de los esposos cuyo matrimonio es anulable. 6o. Si la acción de nulidad es derivada de un matrimonio desvinculado por adulterio debidamente comprobado 7o.

¿Cómo puede anular un matrimonio, aunque mediando el adulterio, éste no fué probado en juicio, aún habiendo sido demandado el divorcio provocado por infidelidad conyugal y así admitido, si lo que da fin al matrimonio es la muerte del cónyuge ofendido y no la sentencia definitiva de divorcio por adulterio debidamente probado en juicio? Esto es una clara contradicción en nuestro Código Civil.

El adulterio debidamente comprobado, anula un matrimonio subsecuente entre los culpables, quedando sancionada de esta manera su conducta ilícita; considero lo anterior como un desquite más que la ley otorga al cónyuge que no dió motivo de divorcio, pues pone en sus manos acción que disuelve una situación matrimonial celebrada con posterioridad al divorcio y que es ajeno a su vida actual. Puede parecer poco ética y jurídica esta postura; no lo es, si se considera que el propio legislador establece un término para hacer valer la nulidad, término realmente corto, comparado con el daño causado por el divorcio necesario y más aún, el hecho de que el plazo comienza a correr a partir de la fecha de celebración del subsecuente matrimonio.

Cuando dos personas a pesar de las normas jurídicas, morales, sociales y religiosas, mantienen relaciones sexuales ilícitas, están manifestando la poca importancia que para ellos tiene el matrimonio legalmente establecido entre uno de ellos con un tercero. Ante este hecho, el derecho otorga al cónyuge inocente acción de divorcio necesario por adulterio, a fin

de reparar el daño que tal conducta acarrea, terminando así con las desavenencias conyugales que han provocado inestabilidad en la vida de la familia.

El daño en tales circunstancias no puede ser reparado, porque éste va más lejos que el económico y el mora, se produce daño psíquico, por las consideraciones que tradicionalmente tenemos acerca de los que debe ser el matrimonio. Se pierde la confianza en el amor, provocando amargura, la cual puede tener como salida en algo, la posibilidad de anular el matrimonio que celebren quienes ese mal le causaran, pero que no cambia en nada su situación jurídica actual.

b) Relaciones sexuales con personas distintas del cónyuge.

Como he referido anteriormente, la exclusividad sexual es una consecuencia del matrimonio, la violación de dicha exclusividad, dá motivo al divorcio.

Esta violación debe contener ciertas características como son: persona distinta del cónyuge, del sexo opuesto y que el fin sea la obtención de la cópula.

El concepto de persona distinta del conyuge, por sí mismo establece la

obviedad en su explicación, porque para la existencia de relaciones sexuales, se requieren de dos personas, y si alguna de ellas se encuentra casada legítimamente en matrimonio con tercer, la otra es, por consecuencia, distinta del cónyuge.

El criterio de que la persona distinta del cónyuge por necesidad deba ser del sexo opuesto al cónyuge infiel, se deriva de la definición de matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer y de la ejecutoria ya referida en cuanto a la definición de adulterio. Ejecutoria dictada por la 3a. Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo Directo 2260/62/2a. de octubre dos de 1964 y que a la letra dice: "Se entiende por adulterio la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados".

"La expresión: "ayuntamiento sexual ilegítimo de hombre con mujer" establece por sí sola la necesidad de que el tercero ajeno al matrimonio sea del sexo opuesto del adúltero, por ser la familia el bien jurídico tutelado y estas relaciones pueden provocar procreación de manera ilícita por el acto que le da nacimiento.

Existen actos violatorios del deber conyugal de fidelidad que por sí no llegan a constituir adulterio. Que pueden dar lugar a una injuria grave. La Jurisprudencia ha establecido un concepto general de la injuria: "la

expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensas y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto debido entre los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención como se profirieron o ejecutaron, para desprestigiar y humillar al ofendido".

Todas las conductas expresadas por el criterio jurisprudencial referido, pueden causar injuria grave en la persona del cónyuge ofendido; dentro de estas encontramos situaciones que puedan llegar a comprometer el buen nombre social de quien las realiza, sin embargo no constituir adulterio, las caricias que públicamente da un cónyuge a otra persona, pueden presuponer deseo sexual, pero que por sí solas no constituyen adulterio por faltar el elemento cópula.

Por cópula debe entenderse: "la unión de sexo femenino con uno masculino". Esta unión va en referencia a la penetración. Se dice que el fin perseguido y constitutivo de la cópula es la eyaculación, sin embargo, para la mujer es secundario; la satisfacción propia es lo deseado. Sin embargo, tal criterio no carece de fundamento al proteger a la familia de concepciones extramaritales, en donde la eyaculación es de primordial importancia.

Las relaciones entre hombre mujer traen como consecuencia lógica y natural la perpetuación de la especie; cuando las parejas se encuentran unidas en matrimonio civil, las relaciones en cuestión son exclusivas de manera reciproca entre los cónyuges, sancionándose su violación a fin de garantizar a la familia, de quienes cumplieron debidamente las formalidades, por considerársele como la organización celular social plena.

Al violarse la exclusividad sexual, las consecuencias son graves, traen como mayor sanción para el culpable del divorcio, la pérdida de la patria potestad, el pago de la pensión alimenticia para los hijos nacidos del matrimonio y en su caso, del cónyuge inocente. Sin embargo, hay actos violatorios de la exclusividad sexual, que no constituyen adulterio, por no cumplir con alguno de los requisitos de dicha exclusividad sexual: la cópula o la perpetuación de la especie. Tales actos son: los homosexuales, por la imposibilidad de procreación y la inseminación artificial heteróloga, cuando falta el consentimiento de alguno de los esposos, por no traer como origen la cópula.

c) Los actos entre homosexuales.

El legislador pasó por alto, los casos muy frecuentes ahora que el marido sea un invertido y mantenga relaciones sexuales con otro varón, hecho que no constituye un auténtico adulterio, aunque tenga grandes

semejanzas con él. Con menos frecuencia la esposa es la que practica esa degeneración. No puede ser asimilada al verdadero adulterio". (44)

El artículo 147 del Código de la materia considera que la perpetuación de la especie es uno de los fines del matrimonio; por lo tanto las relaciones sexuales tendientes a la consecución de tal fin, no pueden realizarse contra natura.

Criterio con el que coincide la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya tesis ya ha sido expuesta anteriormente al referirse a las "relaciones sexuales", ilícitas de hombre con mujer", por ser éstas las creadoras de la especie humana. Protegiéndose de este modo a la familia y el derecho que tienen los hijos de nacer de matrimonio legalmente contraído.

Pero la referida protección va más lejos, al sancionar con el divorcio la conducta adúltera define la educación que deben recibir los hijos, porque el buen ejemplo que los padres den a sus hijos configura la base para su desarrollo sano.

De ahí que las conductas homosexuales deban ser consideradas como

(44) Eduardo Pallares. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. México 1981 Página 60

causal de divorcio. Aunque de hecho la homosexualidad no es en sí una conducta antijurídica, sí lo es en cuanto existe un matrimonio civil legalmente establecido, pues viola la exclusividad sexual debida de los cónyuges. No son culpa del cónyuge quien la padece, por ser una consecuencia ya biológica, ya de deformaciones psíquicas debidas al medio ambiente en que se desarrolló; si implica ya en forma de conducta, mal ejemplo a sus hijos y una ofensa a su cónyuge, quien contrajo matrimonio de buena fé. Pero no se puede seguir pasando por alto tal conducta anormal, cuyo ejemplo puede llegar a provocar trastornos muy serios en la vida familiar y en la educación de los hijos, debiéndose establecer una nueva causal de divorcio, por los efectos perjudiciales que produce.

d) Inseminación Artificial.

Sin embargo, el criterio de la perpetuación de la especie, por sí solo, no es un fin de existencia para el matrimonio.

El hecho de que existen parejas estériles, lo confirma y dentro de las causales de divorcio no se encuentra alguna relativa a la esterilidad, a lo más que se llega, es a establecer como causa de divorcio la impotencia incurable sobrevenida después del matrimonio, cuando ésta aparece antes, configura nulidad.

Por ser la impotencia, incapaz de la perpetuación de la especie, haciendo imposible toda relación sexual, impide el cumplimiento de los fines procreadores del matrimonio y eso es lo que se sanciona.

Cuando ambos cónyuges se encuentran en plenitud sexual pueden ser estériles, por lo menos uno. Siendo dicha esterilidad definitiva o temporal. Pudiendo ser también que las hormonas de los cónyuges sean incompatibles. En fin, existen gran variedad de causas, en la que la pareja por sí sola no pueda tener descendencia. Cuando su origen se ubica en los órganos reproductores, pueden ser atendidos por la medicina moderna, consiguiéndose con ello la reproducción.

Cuando ambos cónyuges son capaces de procrear, pero por alguna razón no consiguen realizar tal función, o bien el esposo es estéril y la mujer fértil, pueden resolver su impedimento a través de la inseminación artificial

La inseminación artificial no es contemplada aún, en nuestra legislación, por ser una figura relativamente nueva. Esta consiste en la introducción de esperma en el aparato genital femenino con miras a la fecundación y fuera de cópula. Puede ser homóloga, cuando el esperma introducido es del propio esposo y heteróloga en que el sémen proviene de hombre distinto del cónyuge.

En cuanto al primer caso, no creo que pueda producir efectos jurídicos que perjudiquen a la relación matrimonial, por ser hijo concebido de ambos esposos, quienes solucionaron el impedimento biológico por medios médicos modernos.

La inseminación artificial heteróloga, por su parte, si puede llegar a producir efectos jurídicos que conflictuén a la pareja. Toda vez que al ser el semen donado, de hombre distinto del esposo, provoque desavenencias, cuando no hay consentimiento de ambos cónyuges.

Lo primero que llega a la mente, es el hecho de que la mujer que, pudiendo concebir, no tiene hijos por esterilidad del marido, se somete al tratamiento de inseminación artificial e introduce un hijo, que le es propio, pero ajeno del marido. Este no puede alegar adulterio, toda vez que ella no cometió tal acto quedando protegida a contrario sensu, por lo dispuesto en el artículo 325. "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento". La presunción a que se refiere el artículo citado, es la de imputación de la paternidad del esposo.

Por su parte, tal conducta femenina viola la garantía contenida en el artículo 4o. Constitucional y su correlativo 162, párrafo 2o. del Código Civil: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e

informada sobre el número y el espaciamento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este hecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges". Tal violación se dá porque simplemente no hubo acuerdo, pero el marido no puede desconocer su paternidad, por que no se encuentra en el caso previsto. Y aunque le hubiere sido físicamente imposible el acceso carnal con su esposa. Por el término establecido, no existe adulterio; pudiendo ser comprobado por los documentos que la mujer presente, en que conste que la infidelidad no fué llevada a cabo, toda vez que, por ética médica ni siquiera conoce al donante del semen.

Por su parte, el hombre puede ser donante del semen, hecho que por sí solo puede producir en la mujer oposición (justificada o no). De hecho, la esterilidad aquí no es el problema de la pareja, sino de otra persona ajena al vínculo matrimonial. El hombre, por el simple hecho de la donación seminal, puede considerarse que viola la exclusividad que debe a la mujer, al engendrar en potencia un nuevo ser. Si como violatorio de la garantía constitucional ya referida, toda vez, aunque no llegue siquiera a conocer al producto de la concepción, de hecho, procreó sin contar con la anuencia de la esposa.

En ambos casos, podemos estar ante la figura de injuria grave que se encuentra establecida como causal de divorcio. Sin embargo, su prueba puede llegar a hacerse imposible; porque para que exista la injuria grave es necesaria la intención de preferirla, o por lo menos, mala fe por parte de

quien la realiza. Siendo que, en cualquiera de los casos encontramos presumida la buena fé, por parte de la esposa, al introducir un hijo deseado, cosa que es natural en el ser humano desear hijos, y por parte del marido, quien de manera desinteresada ayuda a una mujer que desea tener un hijo, ambos desconocen a la tercera persona de la relación fecundadora, no puede existir por tanto intención de cometer injuria en contra del cónyuge.

El hecho es, sin embargo, en que no ha mediado la voluntad, el consentimiento de la pareja, para llevar a cabo la inseminación. Lo que puede llegar a provocar causas de continuas desavenencias, por lo cual, también es preferible el divorcio, haciéndose necesaria, por lo tanto la causal, derivada de la inseminación artificial heteróloga, de divorcio necesario, cuando no medie consentimiento de ambos esposos.

4.3 LA ACCION DE DIVORCIO

La comprobación de relación sexual ilícita se refiere al ejercicio de la acción de divorcio, cuya causal es el adulterio, la que se encuentra contenida en la fracción I del artículo 267 multicitado.

Par hacer valer el adulterio como causal de divorcio, se requiere:

- 1.- La existencia de un matrimonio válido.
- 2.- El ejercicio de la acción en tiempo.
- 3.- Que no medie perdón, expreso o tácito.
- 4.- Que el Juez que conozca el caso tenga Jurisdicción sobre éste.
- 5.- Tener el promovente capacidad legal.
- 6.- La demanda debe ser ajustada a los presupuestos legales.

La acción de divorcio nace cuando, siendo necesario, uno de los cónyuges da causa, o cuando ambos cónyuges deciden separarse de mutuo acuerdo. Así se comprende de lo dispuesto por el artículo 267.- Son causas de divorcio: y en cada uno de los numerales se establecen los elementos para su solicitud. En el caso de adulterio encontramos en el artículo 269 "Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio por adulterio de su cónyuge . . ." Esto es, el derecho del ejercicio de la acción lo tiene el cónyuge inocente.

1.- Como primer requisito, para el ejercicio de la acción de divorcio, por adulterio y en general por cualquier causa, el presupuesto lógico es la existencia de un matrimonio civil. El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por la autoridad competente y en fundada en alguna de las causas establecidas expresamente por la ley.

2.- El ejercicio de la acción en tiempo. El artículo 269, segundo párrafo establece: Esta acción dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del adulterio.

Derivándose por tal motivo, que el término es fatal y caduca una vez transcurrido el plazo de seis meses. Pero no siempre es igual, como se analizará posteriormente, los criterios jurisprudenciales establecen entre el adulterio ocasional y el adulterio no ocasional.

3.- El cónyuge inocente puede perdonar el adulterio de su pareja, dando fin al juicio de divorcio. Cuando por el perdón medie la reconciliación, ésta para el proceso en el momento en que se produzca, debiendo los cónyuges denunciar el hecho al juez. La omisión de tal hecho no destruye los efectos de la reconciliación. Cuando la reconciliación acaiga, después de que medie sentencia ejecutoriada, si ésta disuelve el vínculo matrimonial, deben celebrar, si así lo desean, nuevo matrimonio, dado que el anterior quedó desvinculado.

Quando medie perdón del cónyuge que no dió motivo de divorcio y siempre que no haya sentencia definitiva, que ponga fin al proceso, puede desistirse del ejercicio de la acción y "obligar a su cónyuge" a reunirse con él. No puede volver a pedir el divorcio por los mismos hechos en que fundó su demanda, pero si por hechos supervenientes, aunque sean de la misma índole.

El perdón extingue por tanto, la acción de divorcio. Pone fin a cualquier proceso de divorcio de manera unilateral, voluntaria. El artículo 279 señala ninguna de las causas enumeradas en el artículo 267 puede alegarse para pedir el divorcio si ha mediado perdón expreso o tácito.

El perdón expreso es otorgado mediante palabra o por escrito; el tácito, cuando hayan mediado hechos determinados que necesariamente lo presuponen, la cohabitación por ejemplo, aunque un beso puede bastar.

4.- El Juez que conozca del caso tenga jurisdicción sobre él. Esto es, el juez competente, quien en asuntos del orden familiar es juez de lo familiar. El artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala en su Fracción XII; "Es Juez competente en los juicios de divorcio, el tribunal del domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el domicilio del cónyuge abandonado.

Por tanto, tiene Jurisdicción para conocer el divorcio por adulterio, el Juez de lo Familiar, del domicilio conyugal.

5.- Tener el promovente capacidad procesal. Las personas físicas adquieren capacidad jurídica desde la concepción y hasta la muerte. La capacidad jurídica puede ser: de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce la adquiere toda persona física desde que fué concebido y concluye con la muerte.

La capacidad de ejercicio, se ve restringida cuando medie la menor edad, el estado de interdicción y otras que la misma ley va estableciendo. Debiendo por tanto, tener representantes que hagan uso de la capacidad de ejercicio que por sí, a ellos, les ha quedado limitada.

La ley supone que el menor de edad no tiene discernimiento necesario para obligarse, por lo que su voluntad no puede ser otorgada de manera libre. Para esto requiere representación legal, la que ejerce naturalmente quien tiene a su cargo la patria potestad; esta recae en los padres o en uno solo, cuando faltare el otro, a falta de ambos, los ascendientes consanguíneos; en su ausencia un tutor. Con la mayoría de edad, se adquiere la capacidad absoluta del ejercicio, o cuando haya dado fin el estado de interdicción. La mayoría de edad, se obtiene cuando la persona física ha cumplido 18 años; existe también el caso de la emancipación. Esta se da cuando el menor de edad contrae matrimonio. Sin embargo, no adquiere la capacidad de ejercicio, pudiendo administrar libremente sus bienes, hipotecar o gravar sus bienes raíces. Para los negocios judiciales necesita tutor. La intervención del tutor en el procedimiento de divorcio de menores de edad, tiene por objeto integrar y no subsistir la voluntad del pupilo. El divorcio es una decisión personalísima del cónyuge.

6.- La demanda debe ser ajustada a los presupuestos legales. Significa fundar la acción de divorcio en el articulado del código de la materia. Que en el caso de adulterio son los artículos 266 y 267 Fracción I y 269, en lo relativo al fondo y en cuanto al procedimiento debe quedar fundada en las disposiciones relativas del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los fundamentos deben ser invocados de manera precisa y congruente.

4.4 PRUEBAS EN EL ADULTERIO

El adulterio, primera causal de divorcio establecida en el numeral 267 del Código Civil, requiere como esencia la prueba de tal contingencia, la demostración de la infidelidad conyugal que deben producir en el juzgador la certeza de que el adulterio fué cometido, si no llega a crear esta certidumbre provocando dudas, el valor de las pruebas es incierto y por tanto, deben ser desechadas, sin tener por probada la causal de divorcio invocada.

Para los tratadistas existen dos categorías de pruebas Directa y Presuncionales. Las primeras son elementos directos de convicción

presentados durante el juicio para acreditar la verdad de los hechos. Las segundas son elementos que conducen al juez a la convicción, partiendo de datos suministrados por las presunciones. El artículo 379 del Código de Procedimientos Civiles, señala: "Presunción en la consecuencia deducida por la ley o por el juez de un hecho conocido para averiguar otro desconocido". cuando la ley establece la presunción y señala de manera expresa la consecuencia que nace de inmediato y de manera directa, estamos ante la presunción legal. La presunción humana se da cuando de un hecho debidamente probado, se deduce otro que es consecuencia directa de aquel.

El artículo 381 del citado Código adjetivo, establece que contra la presunción legal no existe prueba en contrario, cuando así lo establece la propia ley y si el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción. Cuando se tiene a favor la presunción legal, sólo hay que probar un hecho fundatorio. Contra las demás presunciones legales y humanas, se admite prueba en contrario.

La clasificación de las pruebas, propiamente dichas, se sigue el criterio siguiente: En atención a la naturaleza del procedimiento pueden ser prueba penal o prueba civil; por el grado de convicción que produce en el juzgador pueden ser directa o indirecta. La prueba directa, es llamada, cuando por ella se demuestra la realidad o certeza de los hechos. Indirecta, cuando sirve para demostrar los hechos, pero recayendo en o por

mediación de otros con el que se está íntimamente ligado.

a) PRUEBA DIRECTA.

El adulterio, por su propia naturaleza, resulta muy difícil, pues requiere de la consumación del acto. Su prueba directa no admite actos próximos o aproximados; los besos, las caricias, reunión en recinto cerrado, sorpresa en ropas íntimas, no conforman prueba directa del adulterio aducido.

El hecho de que se requiera, como prueba directa, el acto sexual mismo, por la forma secreta en que éste es consumado, hacen prácticamente imposible tal prueba.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido el siguiente criterio:

Divorcio, Adulterio Como Causal De, Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, la prueba directa es comunmente imposible, por lo que debe admitirse prueba indirecta para la demostración de infidelidad del cónyuge culpable.

Quinta Epoca: Tomo CII. Pág. 695. Amparo directo 414/54. Díaz Candelaria. Mayoría 4 votos.

Sexta Epoca: Volumén XIV. Pág. 9 Amparo directo 2809/57. Jesús Ruiz Jiménez. 5 votos. Volumén XXX. Pág. 120. Amparo Directo 7803/58. Maria Cristina de Borgón Mayoría 4 votos. Volumén XXXIII. Pág. 69. Amparo directo 7226/60. Antonia Verde Barrón. 5 votos.

Apéndice de Jurisprudencia 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la Federación Cuarta Parte 3a. Sala.

Así pues, para comprobar la existencia de Adulterio, es necesario comprobar la existencia de relaciones sexuales ilícitas. Si ya de suyo, las relaciones sexuales implican un estado íntimo realizado aparte entre la pareja, cuando éstas son ilícitas requieren la ejecución en clandestinidad; por lo general no son públicas. Cuando media el abandono conyugal, haciendo público el hecho de existencia de conducta infiel, existe la certeza de adulterio.

Ignacio Galindo Garfias sostiene que la prueba, en el divorcio, ha de ser objetiva. No pudiendo ser admisible la presuncional. En cuanto al adulterio, por ser causal absoluta requiere prueba objetiva.

El adulterio debe quedar probado plenamente, por ser la familia institución de orden público y su disolución repercute de alguna manera en la sociedad. Sin embargo, la prueba directa es difícil de aportar, por lo que debe ser admitido cualquier medio de prueba, relacionada de manera directa con los actos que establecen la causal de divorcio. A fin de obtener en el juzgador la certeza de la existencia de la violación de la fidelidad conyugal. Así lo establecen las tesis de la H. Suprema Corte de Justicia siguientes:

Adulterio Civil, Comprobación Del.- Como los actos adulterinos se realizan clandestinamente, si para demostrarlos se exigiera únicamente la prueba directa equivaldría imponer al cónyuge inocente a una carga imposible de realizar. Es por esto que salvando el escollo insuperable de la prueba directa, se admite la prueba presuncional.

Amparo Directo 7226/1960. Antonia Verde

Barrón. Octubre 6 de 1961. Unanimidad 5 votos. 3a. Sala. Sexta Epoca. Volumén LII. Cuarta Parte. Pág. 10.

Divorcio, Adulterio Como Causal De.- Pruebas. El adulterio invocado como causal de divorcio, es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural de la cónyuge demandada, habido con persona distinta de su esposo legítimo; porque aún cuando se trata de un documento público que no constituye prueba para demostrar directamente el adulterio, si hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron. Queda demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, al tiempo de subsistir el vínculo matrimonial y deducida la existencia de aquel hecho. Es presunción relativa la existencia de la causal invocada.

Amparo Directo. 1431/1974 Faustino García Esteva. Enero 23 de 1975. Unanimidad de 4

votos. Ponente: Lic. Ernesto Solís López. 3a.
Sala Séptima Época. Volumen LXXIII. Cuarta
Parte. Pág. 93.

La mujer casada no puede reconocer a su hijo habido con persona distinta del marido. En la partida de nacimiento el Juez no podrá asentar como padre a hombre distinto del marido. Salvo si éste lo desconociera y así hubiere quedado solucionado por sentencia definitiva ejecutoriada. El acta de nacimiento es un medio probatorio de la existencia de un hijo, cuando éste ha sido desconocido por el esposo, su sola acta de nacimiento, produce certeza de adulterio.

Aunque no encontré Jurisprudencia relativa al adulterio del hombre, comprobado por medio del acta de nacimiento donde conste el reconocimiento del hijo nacido de adulterio; es de interpretarse que tal criterio jurisprudencial es aplicable también al caso que deba tenerse como prueba de adulterio, el acta de nacimiento de un hijo habido en tales circunstancias y reconocido por el padre.

Para decretar el divorcio por adulterio, el juez debe tener la certeza de los hechos fundatorios de la demanda y la copia certificada del acta de nacimiento de un hijo, nacido en las circunstancias antes referidas, hace prueba de la conducta infiel.

Divorcio, Adulterio Como Causal De.- La acción de divorcio por adulterio fundada en el hecho debidamente probado de que la esposa dió a luz durante la ausencia del marido, es procedente porque dicho alumbramiento obedeció a relaciones adúlteras y no debe exigirse como requisito de procedibilidad, la obtención de sentencia en juicio autónomo sobre el desconocimiento de la paternidad del menor.

Amparo Directo 4634/1971. José Angel Arroyo Sánchez. Julio 9 de 1973. 3 votos. Ponente Lic. Enrique Martínez Ulloa. 3a. Sala. Informe 1973. Pág. 41.

El artículo 326 del vigente Código Civil: el marido no puede desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, salvo el caso de que el nacimiento le fuera ocultado o que no tuviera relaciones con la esposa durante diez meses que precedieron al parto. Aunque la mujer hubiere tenido acceso carnal con hombre distinto del esposo, si ocurre cualquiera de los supuestos normativos, al hijo es considerado de matrimonio, e imputable la paternidad al esposo. No quiere

decirse con esto, que el marido pierde el derecho de ejercitar la acción de divorcio alegando adulterio de la mujer.

Sin embargo, cuando queda debidamente establecido, por juicio de divorcio, la certeza de que el esposo no es el padre del hijo de la mujer, no se requiere un juicio autónomo de desconocimiento de la paternidad. Cuando, por sentencia definitiva, se declare que el esposo de la madre no es el padre del hijo, por haberle sido ocultado el alumbramiento, o por haber sido imposible el ayuntamiento sexual entre los cónyuges, sirve como medio probatorio del juicio de divorcio por adulterio.

b) PRUEBA INDIRECTA.

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

Divorcio. Adulterio Como Causal De.- Si de conformidad con la Tesis Jurisprudencial número 152, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la procedencia de la prueba indirecta para demostrar el adulterio, los elementos de esta convicción con los que se pretende integrar

esta prueba indirecta deben satisfacer las exigencias legales para poder ser tomados en cuenta por el juzgador.

Amparo Directo 6590/1968. Gildardo Pérez Moncada. Octubre 8 de 1969/1. Mayoría de 3 votos. Ponente: Lic. Mariano Ramírez Vázquez. 3a. Sala. Séptima Epoca. Volumen X, Cuarta Parte. Pág. 23.

Así también, se admite como medio de comprobación los indicios que hacen suponer la existencia de adulterio. Sin embargo, para que estos sean concluyentes, es necesario probar la existencia de los hechos fundatorios de la demanda de divorcio por adulterio. Así quedó establecido por el Criterio Jurisprudencial de la 3a. Sala. :

Divorcio, Adulterio Como Causal De, Indicaría.- La presunción de la existencia de adulterio, no tratándose de una mujer pública, amerita la evidencia de los actos amorosos de hecho o de palabra (como abrazos, besos o cartas), de un adúltero para el otro, de lo que se deduzca esa

situación, pero si en el juicio ninguna prueba se aporta para demostrar tales actos, se carece de indicios que hagan presumir fundamentalmente la consumación del adulterio aducido, como causal de divorcio que demanda".

Amparo Directo 2916/73. Julio César Jesús Acosta. 19 de agosto de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente David Franco Rodríguez.

Existen circunstancias especiales, que hacen presumir la realización del adulterio, sin embargo, deben quedar debidamente probados los hechos, recayendo en o por mediación unos de otros con aquel que están íntimamente relacionados. De no ser así, no lleva a constituir en elemento de convicción en el juzgador.

Adulterio Como Causal de Divorcio.- La circunstancia de que por la ventana trasera de la alcoba donde tienen su hogar conyugal el actor y la demandada, se hayan visto salir un hombre a las once de la noche, no es suficiente lógica ni jurídicamente para tener

por comprobado debidamente el adulterio de la esposa, si no existen otros datos que puedan presumir su comisión, o sea, la ejecución de actos para integrar el adulterio, consistente en violar la fidelidad conyugal debida entre los esposos, porque la mujer conceda favores a otro hombre distinto de su marido.

Amparo Directo 6603/56 Gloria Mendoza de Manuel. Enero 29 de 1958. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Lic. Vicente Santos Guajardo. 3a. Sala. Informe 1958. Pág. 14.

Divorcio Adulterio Como Causal De.- Si se demuestra que desde cinco años anteriores a la demanda de divorcio, la quejosa y su esposo no habían tenido relaciones conyugales y no obstante, posteriormente a esta separación se le práctico una operación cesárea, que consiste en abrir la matriz para extraerle un feto, de estos dos hechos se deriva lógica y consecuentemente la infidelidad de la cónyuge demandada.

Amparo Directo 950/1976. Lidia Torres Granados. Junio 17 de 1977. Mayoría de 4 votos. Ponente: Lic. Raúl Lozano Ramírez. 3a. Sala. Informe 1977. Segunda Parte. Tesis 70. Pág. 87.

c) LA CONFESION.

Divorcio. Adulterio Como Causal De.- La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se admita la prueba indirecta. La misma debe estar encaminada a demostrar la conducta adulterina o infiel del cónyuge y la mecánica del adulterio. Si sólo se trata de acreditar una confesión vertida por uno de los cónyuges, no es suficiente para comprobar el adulterio.

Amparo Directo 6110/1967. Waldo San Alcalá. Julio 8 de 1977. Segunda Parte. Tesis 69. Pág. 87.

La confesión por sí sola, no produce prueba plena en los juicios de divorcios; requiere ir acompañada de otros elementos que induzcan en el juzgador a tener como cierta la causal invocada. Lo importante por tanto es probar la conducta infiel de un cónyuge con los elementos plenos y no simples presunciones.

d) TESTIGOS.

El Código de Procedimientos Civiles, establece en su artículo 356: "Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deban probar, están obligados a declarar como testigos.

Adulterio Como Causal de Divorcio, Prueba Del.- Si los testigos llamados por la actora o su abogado para percatarse de que cierto día a determinada hora se hallaba el demandado en el interior de un motel, y pudieron darse cuenta de que del interior salió en su automóvil, acompañado de una mujer. Estos hechos prueban

la presunción vehemente, por no decir la certeza del ayuntamiento sexual del demandado con dicha mujer, quedando así evidenciado con las declaraciones de dichos testigos, el adulterio. Si tomamos en cuenta el estado civil que guarda el demandado con la actora, según consta en la copia certificada del acta de matrimonio agregada a los autos de este juicio, y puesto que en el derecho civil se entiende por adulterio la violación del deber de fidelidad recíproco entre los cónyuges, consistente en el ayuntamiento carnal ilegítimo, de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados.

Amparo Directo 2260/62/2da. Octubre 2 de 1964. Unanimidad de 4 votos. Ponente Mariano Azuela. 3a. Sala. Suprema Corte de Justicia.

El valor probatorio de la testimonial, consiste en la concordancia de las declaraciones de los testigos en la substancia sobre lo que se trata de

probar, no importa que los aspectos accidentales haya discrepancia. Si todos se percataran que el cónyuge se encontraba dentro de un motel, cuyo nombre y ubicación se precisa, la hora aproximada y si lo vieron salir del establecimiento acompañado de una mujer, la que saben no es esposa del demandado, porque la conocen, es motivo suficiente para establecer certeza en el juzgador de la consumación del adulterio, no importando circunstancias tales como el color de la ropa o el modelo del automóvil en que iban; estas discrepancias son accidentales, secundarias.

Si bien es cierto que las partes en el proceso presentan como testigos personas de su confianza y, quienes declaran en favor de quienes los ofrecen, éstos deben narrar los hechos ciertos y objetivamente. La testimonial debe ser desahogada por quienes no pueden ser tachados, como el caso de investigadores, quienes conocen los hechos por haber sido contratados para vigilar a la contraria, recibiendo por tal investigación un pago, desnaturalizando así su testimonio en juicio.

Divorcio, Causales De. Pruebas del Adulterio Mediante Testigos Dependientes De La Parte Que Los Presenta.- No puede atribuir su eficacia a las declaraciones de los testigos presentados por el esposo para tener por probado el adulterio de su esposa. La

circunstancia de haber sido pagados por el propio esposo para vigilar a su propia esposa, afecta credibilidad.

Quinta Epoca: Amparo Directo 5152/55. Rufino Fernández Ocaña. Mayoría de 3 votos. 3a. Sala. Tomo CXXVII. Pág. 810.

e) CADUCIDAD DE LA ACCION.

Caducidad en el ejercicio de la acción de divorcio en el adulterio. El artículo 269, otorga un plazo de 6 meses para hacer válida la acción de divorcio por adulterio. A este plazo hay quienes lo consideran como prescripción y otros como caducidad. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación establece:

Divorcio. Caducidad De La Acción De. La caducidad es la extinción de la acción por el transcurso del tiempo marcado por la ley. No vale ningún acto u omisión para interrumpir o suspender el término fijado. Sólo el ejercicio oportuno del derecho impide la

caducidad de las relaciones jurídicas pero se funda primordialmente en la inercia del sujeto activo de la relación durante cierto tiempo. El fundamento de la caducidad depende exclusivamente del hecho objetivo de la falta de ejercicio del derecho durante el lapso estipulado por la ley, por la exigencia de limitar el tiempo de dicho ejercicio cuando así se estima para proteger un interés de orden público como lo es la preservación del matrimonio, en la que está interesado el estado y la sociedad permitiendo su disolución, sólo en casos excepcionales. "Existe la caducidad, cuando la ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio de un derecho de tal modo que, transcurrido el término, no pueda ya el interesado verificar el acto o ejercitar la acción . . . en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de las razones objetivas . . . negligencia del titular o imposibilidad del hecho". (Nicolás Coviello. Doctrina General del Civil. Trad. de Felipe de J. Tena. Ed. Mexicana,

pp. 535, 536). La caducidad debe declararse si transcurrido el plazo señalado por la ley, no se ejercita el derecho caracterizándose por la extinción fatal, necesaria e inevitable de la acción. Sólo es posible evitarla haciendo valer el derecho dentro del plazo señalado por la ley. Rojína Villegas sostiene: "Si no se lleva a cabo el acto del ejercicio, por lógica misma del sistema jurídico de manera irremediable, se extinguirá la acción. La Ley considera condición sine qua non, es decir, esencial para mantener vivo el derecho a la acción ejercitar el acto para evitar la extinción fatal del derecho" (Rojína Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo II. Derecho de familia. Edición 1975. Pág. 484). De lo que se desprende el no ejercicio del derecho en el plazo de seis meses marcado por la ley, extingue necesariamente la acción de divorcio a favor del cónyuge inocente. Si dicho ejercicio se hace con fecha posterior, nada puede impedir la configuración de la caducidad. Sólo puede hacerlo el ejercicio oportuno de la acción. La caducidad interrumpe o suspende. Añade Rojína

Villegas: "La ley no admite la suspensión de la caducidad por considerarla de orden público con las acciones de divorcio. El término correrá necesariamente, extinguiéndose el derecho a la acción, aún si existe causa para imposibilitar su ejercicio" (Tomo citado, Pág. 485) Santoro Passarelli abunda sobre el tema y dice: "No sufre suspensión, precisamente porque el derecho debe ejercitarse durante un cierto tiempo. La caducidad no acepta interrupción porque al no tenerse en cuenta la inercia del titular, no puede bastar para ello un acto cualquiera, del titular o de la otra parte idónea para excluir la inercia. Es necesario el ejercicio del derecho consistente en la realización del acto previsto por la ley" (Santoro Passarelli, tratado General del Derecho Civil. Trad. de Agustín Luna Serrano. Ed. Revista de Derecho Privado (1964. Pág. 137). La ley señala un término fatal para el ejercicio de la acción porque la caducidad no admite suspensiones ni interrupciones al protegerse un interés de orden público se escapa a la voluntad privada. Únicamente el

ejercicio de la acción dentro del plazo señalado por la ley impide la caducidad, no deja de realizarse aunque exista causa que imposibilite su ejercicio. Se concluye: Si la demanda de divorcio no es presentada dentro del término de ley sino en forma posterior, la caducidad procede de manera fatal, sin posibilidad de prórroga en su término.

Amparo Directo 980/79. Pedro Lima Ahuacatzing. Agosto 16 de 1971. 5 votos. Ponente Lic. José Alfonso Abitia Arzapalo 3a. Sala. Informe 1979, Tesis 26, Pág. 22.

f) ADULTERIO OCASIONAL

La infidelidad conyugal puede presentarse bien ocasionalmente, quiere decir en un solo acto o puede ser no ocasional, cuando existe ya una relación más o menos firme entre los adúlteros.

En el caso de infidelidad conyugal, la caducidad del ejercicio de la acción de divorcio, empieza a correr desde la fecha en que se entera el

cónyuge inocente de la infidelidad de su consorte.

Divorcio, Adulterio Como Causal De.- Esta Tercera Sala. Al contemplar las distintas hipótesis presentadas en el adulterio, ha establecido que tratándose de la acción de divorcio no opera la prescripción sino la caducidad. Debemos distinguir entre el adulterio cometido en un solo acto y el que reviste el carácter de conducta permanente, continua o sucesiva y subsistente al momento de promover el juicio. El segundo puede intentarse en cualquier tiempo; aunque dicho cónyuge se hubiere enterado antes de los seis meses señalados en el Código Civil.

Amparo Directo 6442/1968, Roberto Yépez Rosas. Agosto 28 de 1969. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. Mariano Azuela.

Divorcio, Adulterio Como Causal De. No Todos Los Casos Son Posibles Considerarlos Como Tracto Sucesivo.- Es inadmisibile sostener en

términos absolutos que el adulterio reviste siempre la naturaleza de causal de tracto sucesivo. Esta característica, para los efectos de caducidad de la acción, está supeditada a los hechos invocados en cada caso particular. De esta manera, si en un determinado juicio, el cónyuge inocente demuestra la causal como una serie de hechos de realización continua, sucesiva y repetida, desde su conocimiento hasta la fecha de interposición de la demanda, en el supuesto de probarse el día en que concretamente tuvo conocimiento de los hechos, con anterioridad a los seis meses previstos en la ley, no influirán para tener por extinguida la acción. En cambio, si la causal se hizo descansar en hechos acaecidos en un lapso muy anterior a los seis meses, sin indicarse expresamente por el cónyuge demandante que hubieran seguido repitiéndose con posterioridad a la fecha límite abarcada por aquel, debe estimarse entonces que la fecha en que aparezca haberse enterado de tales hechos, servirá de punto de partida para la verificación del cómputo correspondiente.

Amparo Directo 2569/1967. Carlos Medina Cerda. Abril 10. de 1968. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. 3a. Sala. Sexta Epoca. Volumen CXXX. Cuarta Parte. Pág. 45.

El ejercicio de la acción en tiempo es uno de los puntos que debe estudiar el juez de la causa para darle entrada a una demanda de divorcio por adulterio; cuando la infidelidad fué cometida en un solo acto, debe deducirse que el plazo para que opere caducidad, empieza a correr desde que fué del conocimiento del demandante tal hecho.

La razón del plazo que se otorga al cónyuge inocente es debido a que una vez transcurrido el tiempo, medió su perdón, toda vez que no intentó el ejercicio de la acción. Puede ocurrir que el conocimiento de la conducta infiel, sea motivo de inestabilidad familiar, debido a las constantes amenazas de divorcio, por parte del cónyuge que no violó el débito conyugal.

Sucede también que el cónyuge infiel cometa de tracto sucesivo el adulterio, la caducidad de la acción opera de manera distinta.

g) ADULTERIO NO OCASIONAL

Cuando la infidelidad en el matrimonio toma carácter de conducta permanente, el plazo, corre de manera distinta, debido a que los hechos

ocurren uno tras otro, de seis meses fijado por la Ley no corre, mientras perdure el adulterio, o se ejercita la acción de divorcio.

Divorcio, Adulterio Permanente Como Causal De.- Tratándose de adulterio no ocasional, sino permanente, por cuanto a los autores prolongan sus relaciones en forma de amasiato, debe considerarse que aunque el tiempo de su iniciación excede de seis meses después de concluido tal estado. De otro modo, se llegaría al absurdo de que si dicho estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente que haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, a padecer indefinida e irremediamente esa forma de agravio.

Amparo Directo 9641/1949/2a. Enrique Cerezo. Agosto 3 de 1951. Unanimidad de 4 votos. Quinta Epoca. Tomo XIX, Pág. 1074.

Amparo Directo 1271/1959 María Concepción Taboada. Marzo 2 de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. Gabriel García Rojas. 3a.

Sala. Sexta Epoca. Volumen XXXIII. Cuarta Parte. Pág. 141.

Divorcio. Caducidad De La Acción De Adulterio.- El adulterio como causal de divorcio puede ser instantáneo o permanente. En el primer caso el término para caducidad de la acción puede empezar a computarse desde el momento de conocida su realización. En el segundo caso, hasta que el adulterio no termine. Si las relaciones son de concubinato constituyen actos continuos y sucesivos. No se concibe a dos personas de distinto sexo que, viviendo bajo un techo durante un lapso prolongado, hayan realizado un solo ayuntamiento. Por el contrario, dicho acto lo han llevado a cabo con repeticiones más o menos continuas. Estos hechos, aunque la misma naturaleza, son distintos entre sí. Cada uno de ellos configura la causal de divorcio provista en la fracc. I del artículo 267 del Código Civil.

Amparo Directo 158770. Jorge Torres

Velázquez, en representación de Bertha Montoyo de Iragori. Junio 22 de 1972. Mayoría de 3 votos. Séptima Epoca. Volumen XLII, Cuarta Parte. Pág. 25.

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

h) AUTONOMIA DE LAS CAUSALES.

Las causales expresadas en el art. 267 del Código Civil incluso la señalada por el artículo 268 del mismo ordenamiento son autónomas entre sí, siendo igualmente las únicas que pueden invocarse en los juicios de divorcio en el D.F., siendo por tanto limitativa. Para poder ejercitar el derecho de acción de divorcio, debe mencionarse una, y solamente esa, a la que se adecúen los hechos; también está prohibido interpretarlas de manera extensiva o por mayoría de razón, no admiten equiparación.

Divorcio, Autonomía De Las Causales.- La enumeración de las causales de divorcio hecha por el Código Civil para el Distrito Federal y los Códigos de los Estados con iguales disposiciones, son de carácter limitativo y no ejemplificativo. Cada causal tiene carácter autónomo y no puede involucrarse unas con otras, ni ampliarse por analogía ni por mayoría de razón.

Así la causal invocada fué adulterio, no puede alegarse injuria grave, porque cada una es causal autónoma, constituida por distintos elementos.

Divorcio, Causales de Adulterio, Legislación Del Distrito Federal.- Si la causal de divorcio no fué invocada expresamente como base de la acción, no debe tomarse en cuenta. No procede que el adulterio de uno de los cónyuges se interprete como injuria grave para el otro. El adulterio es una causal autónoma, tipificada en la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.- Es un recurso inaceptable querer subsanar el error de no haber invocado específicamente la causal de divorcio y presentarlo como injuria "lato

sensu".

Quinta Epoca: Amparo Directo 2971/53. Juan Neuman. 5 voto. Tomo CXVI. Pág. 582.

1) LAS CAUSALES DEBEN PROBARSE PLENAMENTE.

Para que la causal de divorcio invocada pueda ser considerada como motivo grave de desvinculación matrimonial, debe quedar plenamente probados los hechos, de manera tal, que lleven a crear la certidumbre en el juzgador de la necesidad de disolución matrimonial.

La familia considerada la célula social, requiere seguridad jurídica, por lo que encuentra en el matrimonio civil el modo idóneo de organización. Cuando el matrimonio no cumple de manera eficaz con sus objetivos, el estado permite su disolución creando para ello, los casos, que de manera excepcional procede la desvinculación del matrimonio, por considerarlos de gravedad. Por lo tanto, se requiere que dichas causas queden plenamente probadas.

Divorcio. Las Causales Deben Probarse Plenamente.- La institución del matrimonio es

de orden público. La sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite la ruptura del vínculo matrimonial. En los divorcios necesarios es preciso probar plenamente la causal invocada y ejercitar la acción en forma oportuna, es decir, antes de su caducidad.

Sexta Epoca. Cuarta Parte: Amparo Directo 5329/58 Beatriz Margarita Machín de Moreno. 5 votos. Volumen XXXVI, Página 69.

Amparo Directo 5295/59. José Guadalupe Sánchez. Unanimidad de 4 votos. Volumen XLIII, Página 50.

Amparo Directo 1383/62. Raulfo Pérez Cuervo. 5 votos. Volumen LXVIII. Página 21.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. 3a. Sala. Jurisprudencia No. 174.

CAPITULO V
ADULTERIO CIVIL

5.1 EFECTOS DEL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

Los conyuges deben cumplir con los fines matrimoniales, para ello requieren observar el débito conyugal de exclusividad sexual de manera continua, su violación origina la causal prevista por la Fracción I del artículo 267 de divorcio necesario, en materia civil.

Artículo 267.- Son causales de divorcio:

I. El adulterio debidamente comprobado de cualquiera de los cónyuges. Haciéndose necesario demostrar la deslealtad de cualquiera de los conyuges para que sea desvinculado el matrimonio. Cuando esta violación, además se comete en el domicilio conyugal o escándalo nos encontramos con el tipo de adulterio.

La inactividad del ejercicio de la acción de divorcio produce caducidad. Mientras que en el ejercicio de la acción penal en el delito de adulterio, se presenta la prescripción.

Caducidad.- Es la extinción de la acción por el transcurso del tiempo marcado en la ley. No se interrumpe ni suspende por acto u omisión. Es condición para el ejercicio de la acción y debe de estudiarse de oficio.

La jurisprudencia ha establecido:

Divorcio. Caducidad De La Acción y No Prescripción.- El término fijado por la ley para el ejercicio de la acción de divorcio, es un término de caducidad y no de prescripción. Ambas son formas de extinción de derechos que se producen por el transcurso del tiempo. Se diferencian, fundamentalmente, en que la primera es condición para el ejercicio de la acción, por lo que debe estudiarse de oficio. La segunda sólo puede analizarse cuando se hace valer por parte legítima. En materia de divorcio, dado su carácter excepcional porque, pone fin al matrimonio, el término señalado por la ley para el ejercicio de la acción, debe estimarse como un término de caducidad, porque si la acción de divorcio estuviera sujeta a prescripción su término no correría entre consortes y la amenaza del cónyuge con derecho a solicitarlo sería constante, afectándose con la incertidumbre del estado civil del matrimonio, intereses que dejan de ser de orden privado y pasan a afectar la estabilidad de la familia y el orden público. La ley señala término para el ejercicio de la

acción de divorcio cuando se trata de un causal que implica una situación permanente. En este último caso la causal por su propia naturaleza, es de tracto sucesivo y de realización continua. Puede ejercitarse la acción en cualquier tiempo, si los hechos que la motivan subsisten cuando se ejercita. Cuando la ley señala término para el ejercicio de la acción de divorcio, debe promoverse éste precisamente dentro de él, pues se trata de una condición necesaria para el ejercicio y la autoridad judicial no sólo está facultada, sino tiene la obligación de estudiar si la acción se ejercitó oportunamente.

Sexta Epoca. Cuarta Parte. Apéndice de Jurisprudencia 1917-1965 del Semanario Judicial de la Federación. 3a. Sala. Jurisprudencia No. 161.

Cuando el adulterio es considerado como causal de divorcio, la ley fija como término para el ejercicio de la acción de divorcio, seis meses a partir de la fecha que se tuvo conocimiento del acto. Quiere decir, que una vez transcurrido el término señalado, el juzgador debe desechar la demanda

por haber sido presentada extemporáneamente; pero solamente se aplica cuando el hecho de adulterio fué realizado una vez o en forma ocasional. Cuando por la naturaleza de las relaciones adúlteras, sean de tracto sucesivo, la caducidad no opera mientras subsistan dichas relaciones, empezando a correr el término de seis meses, a partir de la fecha en que dejó de existir la conducta de adulterio.

Mientras que en el ejercicio de la acción penal lo que opera es la prescripción, que supone un hecho negativo: la abstención. En el caso de las acciones consiste en no ejercitarlas. Es un medio extintivo de la pena de la acción penal. Opera por el transcurso del tiempo. El delito de adulterio se persigue por querrela del cónyuge ofendido. La acción penal prescribe en un año contado a partir de que tuvo conocimiento del hecho el cónyuge inocente. Como la prescripción trata de intereses puramente personales, es necesario hacerla valer en el juicio por parte interesada. Puede interrumpirse y suspenderse, por acciones procesales; una vez que dejó de actuarse, empieza a correr el término nuevamente.

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

los que tiene íntima relación, no se admite, en ningún caso la prueba presuncional para demostrar la infidelidad de uno de los cónyuges y decretar la disolución del vínculo conyugal. El legislador no admite la disolución de un matrimonio basado en una presunción, porque el matrimonio es de orden público y la sociedad está interesada en su mantenimiento. En consecuencia, el adulterio invocado causa de divorcio debe estar plenamente probado y la acción ejercida en forma oportuna.

Prueba Presuncional.- Para la comprobación de las relaciones sexuales en el delito de adulterio, se admite la prueba presuntiva. La sanción para el adúltero es pena privativa de la libertad y cumplida la condena, las cosas pueden volver al estado normal entre los cónyuges. En vínculo matrimonial subsiste y produce todos sus efectos jurídicos. No solo las mismas consecuencias jurídicas basadas en la infidelidad conyugal.

Perdón del cónyuge inocente.- El perdón expreso o tácito extingue la acción de divorcio por adulterio, la reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si no ha sido declarada la sentencia ejecutoria. Esta pone fin al procedimiento, en caso de conceder el divorcio, es necesario contraer un nuevo matrimonio, para que vuelvan a quedar vinculados los cónyuges. Mientras que el perdón del ofendido, por ser el adulterio delito que se persigue por querrela, el perdón y el consentimiento del ofendido, producen la extinción del derecho de acción. Aún cuando haya sido dictada la sentencia y habiendo sido

declarada ejecutoria, el perdón no sólo extingue la acción, sino la ejecución misma. Como aquí no hay desvinculación matrimonial, la situación jurídica del matrimonio vuelve a quedar en el estado anterior en que se encontraba antes de la conducta ilícita. Pudiendo el cónyuge inocente, demandar el divorcio por adulterio delictivo.

Divorcio. El Adulterio Como Causal De. El delito de adulterio requiere para su integración, circunstancias especiales no necesarias para considerarlo como causa. Si en el proceso penal se absuelve al reo, no implica no tener por comprobada la causa de divorcio, fundada en el adulterio aún cuando los hechos que conoció el juez civil sean los mismos conocidos por el juez penal. La absolución en el proceso no acredita por sí sola la inexistencia del hecho imputado, dicha absolución puede deberse a causas diferentes. Es menester conocer los términos de la sentencia dictada por el proceso penal para poder determinar la razón por la que se decretó la absolución.

Escobar. Junio 11 de 1959. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. José Castro Estrada. 3a. Sala. Informe 1959, Pág. 54.

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

Siendo otro elemento de diferenciación el bien protegido o tutelado por la sanción. Como consecuencia del matrimonio el deber de exclusividad sexual protegido, con la sanción desvinculatoria del matrimonio, igualmente la familia, porque al declararse tal desvinculación, se establecen las bases para garantizar los derechos familiares, quedando protegidos de algún modo.

Mientras que en la figura de adulterio penal, el bien jurídico tutelado desaparece; con la sanción no se obliga a reparar el daño cometido, pues éste por su propia naturaleza es irreparable. La sanción penal priva de la libertad y de derechos civiles al declarado culpable, pero no garantiza para nada la situación jurídica de la familia, ni del matrimonio.

EFFECTOS DEL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

El divorcio es la sanción impuesta por la ley al cónyuge culpable. Que en caso de adulterio, es provocado por la violación del deber de exclusividad sexual. Al ser decretado el divorcio por adulterio, se producen los efectos jurídicos.

a) Respecto de los propios cónyuges.- El primero es el de recobrar la capacidad para celebrar nuevo matrimonio, como lo establece el artículo 266 del Código Civil: El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Agrega el artículo 289.- En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio. Aparece la primera limitación: El cónyuge culpable no podrá volverse a casar sino después de dos años, contados desde que se decretó el divorcio.

Una limitación lógica, es la que queda establecida por el artículo 158: La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo.

En los casos de nulidad o divorcio puede contarse este tiempo desde que

se interrumpió la cohabitación. Tal limitación se relaciona con la filiación. La presunción de la paternidad es un hecho, la maternidad es siempre conocida, la paternidad es presumida. El artículo 334 establece las presunciones de la paternidad, en caso de que la mujer quede viuda, divorciada o su matrimonio haya sido declarado nulo.

El adulterio, debidamente probado en juicio, establece un impedimento para la celebración de nuevo matrimonio civil, entre quienes hayan sido declarados culpables del adulterio, causantes del divorcio.

En cuanto a los alimentos, el artículo 288 establece: En los casos de divorcio, el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente. Este derecho lo disfrutará en tanto viva honestamente y no contraiga nupcias. Además, cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

La deuda alimenticia entre consortes forma parte del deber asumido por el marido y la mujer de contribuir al sostenimiento de la familia. Según las posibilidades de cada uno de ellos, la ayuda mutua representa uno de los fines primordiales del matrimonio que se manifiesta en una distribución justa entre los cónyuges, de las cargas del hogar. Se exime

del cumplimiento de este deber, al cónyuge que, sin culpa, no se encuentra en situación económica de cumplir por su imposibilidad para trabajar y por carecer de bienes propios. Se manifiesta la ayuda mutua porque el otro cónyuge soporta íntegramente la carga de suministrar alimentos a su consorte, el sostenimiento del hogar y la educación de los hijos de ambos.

b) Con respecto a los hijos.- Al ser declarado culpable el cónyuge que dió causa de divorcio, pierde la patria potestad de sus hijos, no así las obligaciones para con ellos. El artículo 267 en sus causales I, II, III, IV, V, VIII, XIV Y XV, establecen las causas de divorcio, que de ser comprobadas en juicio, producen la pérdida de la potestad mencionada. Motivada por la conducta indebida, considerada inmoral, cuyo ejemplo produce trastornos en la educación de los hijos. Quedando éstos encomendados a la potestad del cónyuge inocente. Cuando ambos cónyuges sean declarados culpables, la patria potestad pasa a los ascendientes, según proceda. En caso de que falten ascendientes, se les nombrará tutor.

El artículo 283, establece: La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad

a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

Por la importancia que tiene el valor de la vida y la formación educativa de los hijos, para el derecho, es que surge esta nueva disposición. Dando facultades amplias al juzgador, para obtener los elementos de juicio necesarios, a fin de que se aseguren de mejor manera los intereses de los hijos.

El artículo 285 del Código Civil establece: El padre y la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Aunque la patria potestad es el cúmulo de deberes de los padres para con los hijos, aquellos ejercen el derecho de educar a éstos, pero cuando la conducta de cualquiera de los progenitores causa mayores daños que beneficios en los hijos, es necesario una separación que evite trastornos mayores.

Antes de preveer definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que considere benéfica para los menores; establece el artículo 284 del multicitado Código Civil.

c) Con respecto a los bienes.- Cuando por divorcio se disuelve el

vínculo matrimonial, los efectos jurídicos respecto de los bienes son los siguientes: Cuando los cónyuges se han casado bajo régimen de separación de bienes, éstos no sufren alteración alguna, puesto que se encuentren separados de antemano.

Quando el matrimonio se celebró bajo el régimen de Sociedad Conyugal, establece el artículo 287: Ejecutoriado el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden entre los cónyuges y los hijos.

Hay ocasiones en que el matrimonio se celebra bajo régimen de Sociedad Conyugal, pero contando como bienes de ésta los adquiridos a partir de la celebración matrimonial, o ingresando a la sociedad mencionada determinados bienes, propios de cualquiera de los contrayentes y quedando excluidos de otros. Los efectos jurídicos por virtud de divorcio, serán mixtos, aplicándose las disposiciones sobre la división de los bienes conyugales, los relativos a la sociedad conyugal, quedando excluidos los que no le pertenecieron

Sin embargo, pueden gravarse los bienes propios de cualquiera de los cónyuges, ajenos a la sociedad conyugal, cuando sirvan para garantizar el pago de las pensiones alimenticias a los hijos y al cónyuge inocente en caso de que lo haya.

El artículo 286 del Código Civil: "El cónyuge que diera causa al divorcio, perderá todo lo dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste. El cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

El artículo 228 establece. Las donaciones antenuptiales son revocables y se entienden revocadas por el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario, cuando el donante fuere el otro cónyuge.

Opera, de esta manera, la renovación de las donaciones antenuptiales, por ministerio de ley.

El divorcio no deja a la familia desprotegida, al establecer por sentencia las condiciones de pago de las pensiones alimenticias y demás créditos, en favor de los hijos y del cónyuge que no dió causa de disolución del vínculo matrimonial dicha protección es, desafortunadamente pecunaria, porque la familia quedó disuelta en virtud de una conducta ilícita.

5.2 EL ADULTERIO ENTRE OTRAS FIGURAS JURIDICAS

a) Bigamia:

Viene de la raíz latina bigamia. ae. Bi. di. dualidad, dos veces, y gamos, mujer, boda, nupcia. Bigamia significa: doble boda, duplicidad de nupcias, dos mujeres.

El Código Penal para el Distrito Federal de 1931 establece: La clasificación de la bigamia en el título XVI, capítulo único: delito contra el estado civil y la bigamia. Artículo 279. Se impondrán hasta cinco años de prisión y multa hasta de quinientos pesos al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo todavía, celebre otro nuevo con las formalidades por la ley

El objeto jurídico protegido en este tipo es de carácter monogámico de la familia. Este delito tiende a desaparecer a raíz de la institución del divorcio vincular. Anteriormente fué una figura muy conocida, toda vez que el divorcio no rompía los lazos vinculares matrimoniales.

El delito formal, se integra por la celebración de matrimonio, sin que el anterior haya quedado disuelto, ya sea por divorcio, nulidad o muerte. Se requiere la intención, no admite culpa, por parte del casado. Cuando el segundo consorte desconoce el estado civil de casado del bigamo, opera la excluyente de responsabilidad. Sujeto pasivo, es el cónyuge inocente, titular de los intereses jurídicos de índole familiar procedentes del matrimonio civil lesionado. Cuando el cónyuge del segundo matrimonio ignora el vínculo matrimonial anterior. Se considera sujeto pasivo también.

La bigamia es delito de lesión, doloso e instantáneo, se consuma por el hecho mismo de contraer distinto matrimonio, firmando el acta respectiva que lo registra fehacientemente, no importa si el matrimonio queda roto o no se consuma por el acceso carnal. El dolo consiste en que el agente tenga conciencia y voluntad de contraer matrimonio legal, sabiendo que su matrimonio anterior no ha sido disuelto. (45)

La bigamia produce efectos, tanto en aspecto civil como en lo relativo en materia penal.

Artículo 156 del Código Civil: Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio: Fracción X el matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer: Es un impedimento no dispensable.

El impedimento, dirigido a la protección del orden monogámico de la familia y del matrimonio mismo concebido por la ley entre un hombre y una mujer. Es de los considerados dirimientes. Produce la nulidad absoluta del subsiguiente matrimonio. La bigamia se caracteriza como una causa de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 248 del Código Civil, debido a que la acción puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por

(45) Raúl Carranca y Trujillo. Código Penal Anotado 2a. Edición México, 1966. Nota 906.

sus hijos o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio y de no ser intentada por ninguna de las personas citadas, la deducirá el Ministerio Público. No contiene el precepto un término de prescripción para demandar la nulidad. En consecuencia, la acción se concede a todo interesado e imperativamente determina la ley que será deducida por el Ministerio Público si las personas que enumera el artículo 248 no la hacen valer. Al no señalarse un término de prescripción para intentar la nulidad, se caracteriza en la ley como imprescriptible. Por último, es evidente que no cabe en el caso de convalidación, por ratificación expresa o tácita de alguna de las partes interesadas y a que en ningún caso podía aceptarse la validez del segundo vínculo a pesar de que el conocimiento del primero se ratificara, pues el contrario se incurriría en nuevo acto ilícito. Cuando por la naturaleza misma del matrimonio se consuma por acceso carnal, se establece causa de divorcio por adulterio, e incluso, cuando por el establecimiento del domicilio, del matrimonio nulo, se ubica cerca del domicilio conyugal, puede quedar integrado el tipo de adulterio penal.

Divorcio. Adulterio Como Causal Fundada En Bigamia.- La bigamia, independientemente de originar una acción civil de nulidad absoluta del segundo matrimonio, también constituye el adulterio como causal de divorcio. La convivencia y cohabitación permanente del

marido con mujer diversa de la esposa, se califica de concubinato o unión libre, por una parte y por otra, la celebración del segundo matrimonio forma evidente de escándalo en la sociedad.

Amparo Directo 5435/1965. Alfonso Arenas Baez. Septiembre 21 de 1967. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Lic. José Castro Estrada. 3a. Sala. Sexta Epoca. Volumen CXXVII. Cuarta Parte, Pág. 19.

Las relaciones sexuales entre los cónyuges del segundo matrimonio estando subsistente un vínculo conyugal con persona distinta son calificados de concubinato, al concederles el derecho mexicano ciertos efectos, éstos únicamente pueden operar en favor de los hijos, toda vez que el vínculo matrimonial subsistente anula los posibles derechos derivados de esta figura conocida por nuestra ley. Para que el concubinato sea reconocido con toda eficacia, se requiere que los concubinos se encuentren libres de matrimonio o de concubinato.

El artículo 251 del Código Civil: El derecho para demandar la nulidad del matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente. No es transmisible por herencia ni de cualquier otra manera. Sin embargo, los

herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan. Cuando opere la mala fé por parte de los cónyuges cuyo matrimonio quedó anulado, se repartirán los productos de los bienes conyugales.

b) Concubinato.

Nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 no reglamentaron el concubinato. Aparece tímidamente regulado en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, pero como es una figura que adquiere fuerza cada vez mayor, se ha visto la necesidad de ampliar cada vez más su esfera jurídica.

"El concubinato como unión de grado inferior al matrimonio. La actitud asumida por el derecho en relación con el concubinato, ha consistido en regular jurídicamente para conocer una unión de grado, inferior. Ya en el derecho romano encontramos en un principio esta tendencia. En la actualidad podemos considerar que nuestro Código Civil vigente, tiende a dar efectos al concubinato entre las partes y no sólo para beneficiar a los hijos. Independientemente de las disposiciones que facilitan la investigación de la paternidad y la prueba de la filiación, se ha reconocido en el artículo 1635 el derecho de la concubina para heredar en la sucesión

legítima del concubinato si vivió con ésta como si fuera su marido durante los cinco años anteriores a su muerte o tuvo hijos con él, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y él no haya tenido varias concubinas. También para el caso de sucesión testamentaria se permita a la concubina cumpliendo las condiciones antes citadas, exigir una pensión alimenticia dentro de las limitaciones mismas del caudal hereditario". (46)

La exposición de Motivos de nuestro Código Civil señala "Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar en formar la familia: El concubinato, hasta ahora se había quedado al margen de la ley, los que en tal estado vivían. El legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo de ser muy generalizado en algunas clases sociales. En el proyecto se reconoce a esta figura, la producción de algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos ya en forma de la concubina, que al mismo tiempo es madre y ha vivido por mucho tiempo con el jefe familiar. Estos efectos se producen cuando ninguno de los concubinos es casado. Se quiso rendir homenaje al matrimonio, única forma legal y moral de constituir la familia y si se trata del concubinato, es por encontrarse muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar".

(46) Alberto González Blanco. Obra citada, Pág. 147.

Lo que motiva verdaderamente la existencia del concubinato, o por lo menos las uniones libres, jurídicamente consideradas, es la existencia del matrimonio religioso, católico principalmente, considerado por quienes practican tales ideas religiosas como válido, el verdadero, al quedar unido ante Dios.

Los requisitos, para considerar como concubinos al hombre y a la mujer son: llevar vida en común, o bien tener hijos y estar libres de matrimonio civil, durante la existencia de la figura a estudio.

"Junto al matrimonio de derecho, la legislación mexicana reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato. Entendiendo por tal, la unión de un hombre y una mujer, sin formalización legal, para cumplir los fines del matrimonio". (47)

Es estado permanente de vida en común entre el hombre y la mujer y encontrarse libres de matrimonio civil. Son los elementos integrantes del concubinato; las uniones transitorias no son consideradas por el derecho, la duración debe ser de por lo menos 5 años o si hay hijos, para considerarse concubinato. La cohabitación debe ser permanente. El concubinato es una situación de hecho susceptible de ser probada por

(47) Raúl Carranca y Trujillo. *Otra Citada*. Nota 906.

cualquier medio.

Concubinato. Prueba Del.- El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración. No puede obtenerse de éste un conocimiento cierto y verídico en un instante y menos si no penetra al interior de la morada de los concubinos para cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia en común.

Amparo Directo 825/68. Francisco García K. Julio 20 de 1969. 5 votos. Ponente: Lic. Enrique Martínez Ulloa. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen VI, Página 39.

Adulterio y concubinato.- La vida marital de los concubinos se realiza sin que haya sido declarado formalmente, con las solemnidades exigidas por la ley, la voluntad de los contrayentes de celebrar el vínculo jurídico del matrimonio. Existe una convivencia marital permanente y ambos concubinos se encuentran libres de matrimonio civil, pudiendo formalizar su situación en cualquier momento. Entre los adúlteros tampoco existe un vínculo conyugal que justifique sus relaciones, por el contrario, uno de ellos se encuentra unido en matrimonio civil con un tercero y esta violando

el deber de exclusividad sexual, esencial para la conservación del núcleo familiar. El concubinato es la vida marital de hombre con mujer solteros sin que hayan celebrado el acto solemne del matrimonio.

El adulterio es la relación sexual habido con un casado y un tercero ajeno al vínculo.

Si bien el concubinato es reconocido por nuestra ley, no se le atribuyen eficacia jurídica matrimonial.

5.3 HIJOS ADULTERINOS.

Se les dá este nombre a los hijos habidos de relaciones adúlteras. Pena infamante aplicada a seres que sin haber nacido, son condenados de por vida por simple ley biológica al darse la unión de un espermatozoide con óvulo, originado por un acto sexual. Aparece un concepto cultural: el acto sexual es ilícito.

Las reflexiones comunes acerca de que si los hijos reciben los rigores de la ley, por las conductas ilícitas de los padres, tienen un fundamento equivocado, basado en prejuicios sociales y no en la objetividad debida.

La exposición de motivos del Código Civil de 1928 dice: "... Se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio. Se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos. Es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres y verse privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron en matrimonio y de esto ninguna culpa tienen. Se ampliaron los casos de investigación de la paternidad. Los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir . . . Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quien es su madre y se estableció en favor de los hijos nacidos en concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina . . . Tal exposición es muy romántica, pero sin embargo, la procreación se deriva de un acto natural, físico, por tanto los padres biológicos son los responsables de la nueva vida.

Como la sociedad prohíbe cierto tipo de uniones sexuales, a través de sus instituciones jurídicas, basada en la experiencia y en opiniones tradicionalistas protectoras de la familia patriarcal, es que los hijos concebidos en contravención a las normas legales así establecidas, provocan irritación social, por tanto se castiga a los progenitores a través de tales hijos, informándolos.

Aunque en la exposición de motivos transcrita, el legislador señala que

desaparece la diferencia de hijos nacidos en matrimonio y de hijos naturales, establece, en el mismo texto una distinción con respecto de los hijos nacidos de concubinato. Igualmente en el articulado se dan diferencias: así encontramos con que los numerales 62 y 64 los llaman adúlteros o incestuosos, cuando la relación sexual originada es ilícita, violatoria del matrimonio monogámico, civilmente reconocido.

La prueba de la filiación es una distinción evidente, que prueba la desigualdad entre los hijos nacidos en matrimonio y los que no lo fueron:

De los hijos de matrimonio, la filiación queda establecida por el hecho del parto de la esposa de donde se deduce la paternidad del marido. El artículo 340 señala: "La filiación de los hijos nacidos en matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".

A falta de actas o si éstas fueron defectuosas o incompletas, se probará con la posesión del estado de hijo nacido en matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autorice, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si uno de los registros faltare o estuviese inutilizado y existen duplicado, de este deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

La madre no puede desconocer nunca a su hijo; el padre puede hacerlo cuando no medie matrimonio, entre la madre y éste. Se considera como hijos de matrimonio, los nacidos de casamiento declarado nulo y aquellos en que la ley establece la presunción de ser hijos del marido, cuando el nacimiento sucede después de ejecutoriado el divorcio o es posterior a la muerte del padre. También se da el caso de los nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres. También la ley, admite como legítimos a los nacidos antes del término estipulado y aún cuando los padres se casen después de acaecido el nacimiento, en todos los casos la presunción de la paternidad admite prueba en contrario.

No es necesario que el padre reconozca a un hijo, cuando nació después de 180 días de celebrado el matrimonio, con el acta de matrimonio respectiva se establece la presunción legal, sin embargo puede desconocerlo demandando en juicio por dos razones: cuando el parto le fué ocultado o bien, le fué materialmente imposible tener acceso carnal con su mujer, durante los primeros 120 días de embarazo.

La filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio se establece para con la madre, por el simple hecho de su nacimiento, mientras que el padre puede o no reconocerlo, siendo pues el reconocimiento voluntario del padre, matiz para la filiación.

También se establece las presunciones de filiación donde un hijo puede

deducir en juicio la paternidad y habida sentencia que así declare el hecho, el padre no podrá desconocerlo.

Señala el artículo 388; las acciones de investigación de la paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres si fallecieron durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derechos de intentar la acción antes de cumplir cuatro años de su mayoría de edad.

Tal como se deduce en los artículos 62 y 63 del Código Civil, el desconocimiento de la paternidad y su prueba en juicio, colocan al hijo con la calidad de adulterino. La sentencia que declare la procedencia de desconocimiento, hace prueba plena en juicio de adulterio, dejándose desprotegido económicamente e infamado socialmente al hijo así concebido.

Una vez reconocido el hijo por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho de llevar el apellido de sus progenitores. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan, a percibir la porción hereditaria y a percibir los alimentos fijados en la ley, establece el artículo 388.

CONCLUSIONES

I. El adulterio debe ser considerado únicamente como causal de divorcio, sancionando al cónyuge culpable por las desavenencias conyugales con la disolución del vínculo matrimonial; el pago de las pensiones alimenticias que se derivan; el pago de daños y perjuicios, y con la pérdida de los gananciales y donaciones motivadas con el matrimonio. Con la finalidad de garantizar los derechos familiares.

II. Debe desaparecer el adulterio penal, porque el bien tutelado con su sanción es incierto; además de la escasa aplicación de las penas; la dificultad que ofrece su demostración procesal y la mayor gravedad del daño que la condena causa a la familia.

III. Debe ser considerado de mayor gravedad el conyugicidio por adulterio, por ser un acto voluntario y violento aunque motivado por un trastorno psíquico momentáneo, demuestra la peligrosidad del homicida.

IV. El comportamiento sexual normal ha sufrido desviaciones cada vez más frecuentes, los actos homosexuales entre un cónyuge y un tercero pueden llegar a afectar a los hijos creandoles trastornos físicos e incluso sexuales. Por tanto debe ser considerada como causal de divorcio.

V. La inseminación artificial heteróloga, puede llegar a causar

desavenencias conyugales, cuando no existe mutuo acuerdo entre los esposos, por introducir o engendrar hijos ajenos al matrimonio. Debe ser considerada también causal de divorcio cuando no medie consentimiento por parte de ambos cónyuges.

VI. Es de urgente necesidad la creación de una Ley Familiar separada del Código Civil; que regule los derechos de las personas y las relaciones derivadas de la vida familiar. Debiendo realizarse un análisis profundo, serio y justo de la familia actual.

LEGISLACION CONSULTADA Y OTRAS FUENTES

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

BIBLIOGRAFIA

Buhler, Johannes. Vida y Cultura en la Edad Media. Fondo de Cultura Económica. 1957.

Carranca y Trujillo Raúl. Código Penal Anotado. 2a. Edición. México, 1966.

Cicú, Antonio. El Derecho de Familia.

Couto, Ricardo. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Ed. La Vasconia. México 1919.

Chavero, Alfredo. México a través de los Siglos. Tomo I.

Diccionario Ilustrado Latino - Español. Español - Latino. Edit. Madrid 1968.

Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1961..

Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. México 1960.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Tomo I. Ed. Porrúa. México 1973.

González Blanco Alberto. Delitos Sexuales en la Doctrina y en el Derecho Positivo Mexicano. Ed. Porrúa. 4a. Edición. 1979.

González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 5a. Edición. 1958.

Jiménez de Azua, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo V. Ed. Porrúa. 1970.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. 5a. Edición 1958.

León Mazeud, Henri y Jean Mazeud. Lecciones de Derecho Civil, 1a. Parte Vol. IV. Ed. Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1959.

León Portilla Miguel, Barrera Vázquez Alfredo, González Ma. del Carmen. Historia Documental de México. Tomo I U.N.A.M. 1a. Ed 1964.

Mommsen, Teodoro. Derecho Penal Romano. 1a. Parte. Tomo II. Ed. La España Moderna. Madrid, 1954.

Montero Duhalt. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. 1985.

Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición.

Pallares, Eduardo. El Divorcio en México. Ed. Porrúa. 1981.

Pallares, Eduardo. "Revista Foro de México" No. 94.

Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, Vol. IV.

Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. 1983.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Segundo 1946.

Villanueva Castillo, Silvia Alma. Adulterio Como Causal de Divorcio.
Tesis Profesional U.N.A.M. 1984