

321909

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

1



ESCUELA DE DERECHO

**“EL ANÁLISIS, EVOLUCIÓN Y ESTUDIO DE
LA DIFICULTAD DE PROBAR EL ADULTERIO
COMO CAUSAL DE DIVORCIO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
GABRIELA AMAYA LUNA**

**DIRECTOR DE TEIS:
LIC. MA. DE LOS ANGELES ROJANO ZAVALZA**



MÉXICO. D.F..

200



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**He aquí una parte de mí,
en ella encontrarás una gran batalla
ganada a la vida,
una ilusión hecha realidad,
el dolor y sacrificio de los años convertidos
en bellos recuerdos,
las lágrimas transformadas
en experiencia y sobre todo,
encontrarás el amor hecho esencia,
la esencia de una mujer enamorada de la vida,
luchando por dejar en el tiempo,
la huella de su verdad.**

G.A.L.

**A LA MEMORIA DE MI PADRE
MODESTO**

A la memoria de mi Padre,
a quien la muerte torpe y cruel
me arrebató en los momentos más
gratos de la vida.

En honor al dulce recuerdo
de sus virtudes y ejemplos,
por la sabiduría que me dio,
por el camino de la vida
en el cual siempre llevaré presente su
gallarda imagen y sus inapreciables palabras.

**A MI MADRE
OFELIA**

He aquí tu obra,
aquella que creaste y moldeaste
con tus manos, trabajando día con día,
a veces hasta sangrar tu corazón
no importando cansancio y sacrificio.
Aquella por quien diste
y seguirás dando sin pensar,
tu vida misma.
Aquella que lloró contigo
como niña,
y que ahora llora como mujer,
por no poder agradecerte
ni con su vida, la obra que hiciste de ella.
Tu hija.

Gabriela

GRACIAS DIOS

A MIS HERMANOS GRACIAS

MARIANO, por lo que me has enseñado, por tu rectitud y entrega a la carrera que tenemos en común.

GERARDO, por ser toda fortaleza y por tu manera de dar todo lo que tienes a manos llenas sin importar lo que te cueste.

CARMEN, por ser mi mejor amiga, por apoyarme en lo que decido y hacerme ver mis errores cuando los he tenido.

JORGE, por ser un ejemplo a seguir como estudiante, amigo, hermano y ahora como padre.

VIRGINIA, por estar conmigo en las buenas y en las malas, también por ser mi cómplice en todas mis travesuras y locuras.

JAVIER, por todos los momentos que he pasado tan agradables contigo compartiendo amigos, tristezas y alegrías.

A TODOS USTEDES HERMANOS

Con especial dedicación, cariño y agradecimiento por la etapa de su vida que con vivimos juntos y el ejemplo que me han dado que nunca olvidare.

**A MIS SOBRINOS
FÁTIMA, MONSERRAT, MARIANO, ANDREA, JORGE, FERNANDO Y
ERNESTO.**

Para que este trabajo les sirva de ejemplo y cuando crezcan lleguen a realizarse profesionalmente como yo en este momento, gracias por su ternura, amor y por todo lo que me enseñan pese a lo pequeños que son, los amo.

AMIGOS

RODOLFO Y ALEJANDRO,

con estimación y añoranza por todos los momentos difíciles y agradables que pasamos como estudiantes, a cada una de sus familias por el apoyo brindado, los quiero mucho.

CECILIA, con cariño, por ser una amiga incondicional en todo momento, gracias por el apoyo desinteresado que he recibido de tu parte y de tu familia, te quiero mucho.

LAURA, con especial cariño y agradecimiento le doy gracias a Dios porque te puso en mi camino para apoyarme en tu hombro cuando he caído en recompensa te doy mi amistad y esta humilde dedicación.

KARLA, porque a pesar de las tormentas nuestra amistad se ha mantenido firme y ha superado los obstáculos, gracias por todos los momentos que hemos pasado juntas, te quiero mucho.

WENDY, gracias porque has dejado una huella en mi corazón en tan corto tiempo.

LUZ Y GUILLE, esta pequeña dedicación, por todo lo que me han enseñado en lo profesional por ser ante todo mis amigas, las quiero.

A MIS PROFESORES

Por ser guías que han colaborado de una manera incondicional a mi formación profesional, por su apoyo, orientación y ejemplo.

A MI ASESORA DE TESIS

Lic. María de los Angeles Rojano, por todo lo que me ha enseñado, por ser un ejemplo a seguir como mujer y profesionalista, gracias.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1 MATRIMONIO

| | | |
|----------|--|----|
| 1. | Antecedentes Historicos | |
| 1.1. | Derecho Romano..... | 1 |
| 1.2. | Derecho Canónico..... | 8 |
| 1.3. | El Matrimonio en México..... | 10 |
| 1.3.1. | Epoca Prehispánica..... | 10 |
| 1.3.1.1. | Cultura Azteca..... | 11 |
| 1.3.1.2. | Cultura Maya..... | 12 |
| 1.3.2. | Epoca Colonial..... | 13 |
| 1.3.3. | Epoca Independiente..... | 14 |
| 1.3.3.1. | Código Civil 1870..... | 15 |
| 1.3.3.2. | Código Civil 1884..... | 15 |
| 1.3.3.3. | Código Civil 1917..... | 16 |
| 1.3.3.4. | Código Civil 1928..... | 17 |
| 1.4. | Concepto de Matrimonio..... | 18 |
| 1.5. | Efectos del Matrimonio..... | 21 |
| 1.5.1. | Relativos a los Cónyuges..... | 22 |
| 1.5.1.1. | Derecho la vida en común..... | 22 |
| 1.5.1.2. | Relación Sexual..... | 23 |
| 1.5.1.3. | Fidelidad..... | 24 |
| 1.5.1.4. | Ayuda Mutua..... | 24 |
| 1.5.1.5. | Realizar cualquier actividad..... | 25 |
| 1.5.2. | Relativos a los hijos..... | 25 |
| 1.5.3. | En cuanto a los Bienes..... | 27 |
| 1.6. | Naturaleza Jurídica del Matrimonio..... | 33 |
| 1.6.1. | Como Institución..... | 34 |
| 1.6.2. | Como Sacramento..... | 35 |
| 1.6.3. | Como Contrato..... | 36 |
| 1.6.4. | Como Acto Jurídico..... | 37 |
| 1.7. | Elementos esenciales y de validez del Matrimonio..... | 39 |
| 1.7.1. | De existencia..... | 40 |
| 1.7.2. | De validez..... | 40 |

CAPITULO 2 DIVORCIO

| | | |
|------------|---|----|
| 2. | Antecedentes Históricos..... | 44 |
| 2.1. | Derecho Romano..... | 44 |
| 2.2. | Derecho Canónico..... | 47 |
| 2.3. | El Divorcio en México..... | 49 |
| 2.3.1. | Epoca prehispánica..... | 49 |
| 2.3.1.1. | Cultura Azteca..... | 49 |
| 2.3.1.2. | Cultura Maya..... | 50 |
| 2.3.2. | Epoca Colonial..... | 51 |
| 2.3.3. | Epoca Independiente..... | 52 |
| 2.3.3.1. | Código Civil 1870..... | 53 |
| 2.3.3.2. | Código Civil 1884..... | 54 |
| 2.3.3.3. | Código Civil 1917..... | 54 |
| 2.3.3.4. | Código Civil 1928..... | 55 |
| 2.3.3.4.1. | Divorcio Necesario..... | 56 |
| 2.3.3.4.2. | Divorcio Voluntario Administrativo..... | 61 |
| 2.3.3.4.3. | Separación de Cuerpos..... | 61 |
| 2.3.3.4.4. | Divorcio Voluntario Judicial..... | 63 |
| 2.4. | Concepto de Divorcio..... | 64 |
| 2.5. | Elementos de Divorcio..... | 66 |
| 2.6. | Naturaleza Jurídica del Divorcio..... | 77 |
| 2.7. | Efectos Jurídicos del Divorcio..... | 78 |
| 2.7.1. | Con respecto a los Hijos..... | 78 |
| 2.7.2. | En relación a los Cónyuges..... | 83 |
| 2.7.3. | Con respecto a los Bienes..... | 86 |

CAPITULO 3 ADULTERIO

| | | |
|----------|------------------------------|----|
| 3. | Antecedentes Historicos..... | 87 |
| 3.1. | Derecho Romano..... | 87 |
| 3.2. | Derecho Canónico..... | 89 |
| 3.3. | El Adulterio en México..... | 90 |
| 3.3.1. | Epoca Prehispánica..... | 91 |
| 3.3.1.1. | Cultura Azteca..... | 92 |
| 3.3.1.2. | Cultura Maya..... | 93 |
| 3.3.2. | Epoca Colonial..... | 93 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 3.3.3. | Epoca Independiente..... | 97 |
| 3.3.3.1. | Código Civil 1870..... | 97 |
| 3.3.3.2. | Código Civil 1884..... | 98 |
| 3.3.3.3. | Código Civil 1917..... | 100 |
| 3.3.3.4. | Código Civil 1928..... | 100 |
| 3.4. | Concepto de Adulterio..... | 102 |
| 3.5. | Efectos del Adulterio..... | 106 |
| 3.5.1. | Relativos a los Cónyuges..... | 107 |
| 3.5.2. | Relativos a los hijos..... | 109 |
| 3.5.3. | En cuanto a los Bienes..... | 110 |
| 3.6. | Naturaleza Jurídica del Adulterio..... | 110 |
| 3.7. | Elementos del Adulterio..... | 110 |
| 3.8. | Causas que pueden dar origen al Adulterio..... | 112 |
| 3.8.1. | Causas Fisiológicas..... | 114 |
| 3.8.2. | Causas Psicológicas..... | 116 |
| 3.8.3. | Causas Sociales..... | 121 |
| 3.9. | Problemática actual del Adulterio..... | 122 |

CAPITULO 4

| | | |
|------------|---|-----|
| 4.1. | Procedimiento de Divorcio Necesario .. | 125 |
| 4.1.1. | Existencia de un Matrimonio Válido.... | 125 |
| 4.1.2. | Acción ante juez competente..... | 125 |
| 4.1.3. | Expresión de causa específica determinada..... | 125 |
| 4.1.4. | Legitimación Procesal..... | 126 |
| 4.1.5. | Tiempo hábil..... | 127 |
| 4.1.6. | Que no haya habido reconciliación o perdón..... | 128 |
| 4.1.7. | Formalidades procesales..... | 128 |
| 4.1.7.1. | Demanda..... | 128 |
| 4.1.7.2. | Contestación y reconvención en su caso..... | 132 |
| 4.1.7.3. | Traslado de la reconvención..... | 132 |
| 4.1.7.4. | Ofrecimiento de pruebas..... | 133 |
| 4.1.7.5. | Recepción y desahogo de pruebas..... | 133 |
| 4.1.7.5.1. | Documental Pública..... | 134 |
| 4.1.7.5.2. | Testimonial..... | 137 |
| 4.1.7.5.3. | Confesional..... | 138 |
| 4.1.7.5.4. | Inspección Judicial..... | 140 |
| 4.1.7.5.5. | Pericial..... | 140 |
| 4.1.7.6. | Alegatos..... | 142 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 4.1.7.7. | Sentencia..... | 142 |
| 4.1.7.8. | Incidente de sentencia ejecutoria..... | 142 |
| 4.1.7.9. | Envío de copia de sentencia al juez del Registro Civil..... | 143 |
| 4.2. | Estudio comparativo del Adulterio en el Derecho Internacional..... | 143 |
| 4.2.1. | En Egipto..... | 144 |
| 4.2.2. | Entre los Hebreos..... | 145 |
| 4.2.3. | En la India..... | 146 |
| 4.2.4. | En países Latinoamericanos..... | 146 |
| 4.2.4.1. | En Argentina..... | 146 |
| 4.2.4.2. | En Chile..... | 147 |
| 4.2.4.3. | En Uruguay..... | 147 |
| 4.2.4.4. | En Brasil..... | 148 |
| 4.2.4.5. | En Bolivia..... | 148 |
| 4.2.4.6. | En Perú..... | 149 |
| 4.2.4.7. | En Colombia..... | 149 |
| 4.2.4.8. | En Ecuador..... | 149 |
| 4.3. | Estudio Comparado del Adulterio con los Estados de la República Mexicana... | 150 |
| 4.3.1. | Desde el punto de vista Penal en los Estados de la República Mexicana..... | 150 |
| 4.3.2. | Desde el punto de vista Civil en los Estados de la República Mexicana..... | 152 |
| 4.4. | El Adulterio con otras figuras jurídicas... | 153 |
| 4.5. | Jurisprudencia..... | 153 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El planteamiento del problema de la presente investigación se encuentra establecido en el estudio y análisis y el hecho de demostrar la imposibilidad de promover el divorcio necesario señalando como causal el adulterio.

El problema se encuentra establecido dentro de las áreas del Derecho Civil Familiar y socialmente en la familia, estudiando desde los inicios del Derecho Civil en México hasta nuestros días.

El objetivo y propósito de esta investigación es dar una definición con los elementos necesarios, para poder demostrar el adulterio como causal de divorcio y como consecuencia adecuar la legislación civil de manera que se pueda promover y probar tal causal.

En la práctica no se promueve el adulterio como causal de divorcio ya que en el artículo 267 fracción I, únicamente se señala que será causal de divorcio el adulterio debidamente probado, sin embargo la pregunta en cuestión es como se podría probar tal situación si no hay elementos para poder establecer el mismo.

Actualmente en la Legislación civil ni en ley supletoria a ésta, se encuentra establecida una definición de adulterio por lo que se ha dado la necesidad de definir el adulterio de la siguiente manera:

"El adulterio es cuando una persona casada tiene relaciones sexuales con otra distinta de su cónyuge, violando la fidelidad conyugal que se deben desde el momento de contraer matrimonio, alterando la paz y tranquilidad de éste, no necesariamente debe ser cometido en el domicilio conyugal o con escándalo ya que los adúlteros lo hacen discretamente, y para probarlo no es necesario encontrarlos en el acto sexual o coital para poder demostrar que le es infiel al cónyuge inocente"

El Método utilizado es el Derecho Positivo en virtud de que se señaló de la Legislación actual el Código Civil para el Distrito Federal, por lo que se hace una propuesta de definir el adulterio y actualizar dicha legislación.

Los conceptos relacionados con el tema principal de esta investigación son el matrimonio, en virtud de que para promover la causal de divorcio debe existir previamente un matrimonio; el divorcio, toda vez que para promover el adulterio como causal de divorcio se deberá promover en la vía ordinaria civil el divorcio necesario para solicitarlo; el adulterio ya que el tema principal de la misma es éste.

Para la comprobación de llevar a cabo la causal de adulterio se utilizó la documentación respecto de los expedientes solicitados en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal así como en los libros y leyes consultadas. Las entrevistas a los jueces de lo familiar en el sentido de que para poder promover la causal es suficiente lo que establece la definición, de acuerdo a esto señalaron que no siempre porque cada juzgador tiene un criterio diferente que al dictarse la sentencia y de acuerdo a los elementos aportados como prueba se valorarán de acuerdo a los mismos y al criterio de este.

CAPITULO 1

MATRIMONIO

1.- ANTECEDENTES DEL MATRIMONIO

1.1.- DERECHO ROMANO (siglo VII a. C. hasta la caída del Imperio Romano de Occidente siglo V d. C.)

La cultura Romana abarca varios períodos desde su fundación (siglo VII a. C.) hasta la caída del imperio de occidente (siglo V D. C.) razón por la que los matrimonios fueron evolucionando en las etapas históricas referidas, enunciando brevemente los más destacados:

Antes de enunciarlos es importante señalar a una figura que existió desde esos tiempos, previa al matrimonio, los llamados esponsales, que constituyen una convención que implica la promesa mutua de futuras nupcias. (*sponsio et repromissio nuptiarum futurarum*).

Sponsalia deriva de *sponsio*, es decir, era un contrato verbal que, originalmente, se perfeccionaba mediante una pregunta seguida de una respuesta adecuada en términos solemnes.

A las personas que celebraban esta convención se les denominaba *sponsi* que significa esposo.

Los esponsales no obligaban jurídicamente a los esposos quienes podían anular la promesa a voluntad.

Tenían capacidad para celebrar esponsales quienes podían contraer matrimonio; excepcionalmente se permitió que los impúberes mayores de siete años lo hicieran, sólo podían celebrarlo con el

conocimiento de sus representantes legítimos. Quien hubiera celebrado esponsales no podía contraer nuevos sin haber extinguido los primeros.

En el Bajo Imperio, con reiterada frecuencia, los esponsales se acompañaban con la entrega a la esposa de arras (*arrhae sponsalitia*) y otras donaciones mutuas que se hacían los esposos (*sponsalitia largitatis*), a condición de que el matrimonio se realizase; y si este no se efectuaba las donaciones se anulaban.

Después de esta breve referencia de los llamados esponsales hablaremos de el matrimonio que en Roma era llamado *iustae nuptiae* (justas nupcias), el cual consistía en la " cohabitación de dos personas de distinto sexo, con la intención de ser marido y mujer, de procrear y educar a sus hijos y constituir entre ellos una comunidad absoluta de vida "1. La importancia de esta unión no recaía en el acto jurídico en sí, sino en la cohabitación y convivencia de los cónyuges. Tenía dos elementos importantes: el objetivo, representado por la cohabitación, es decir, donde inicia la vida conyugal, el cual existía aún en los casos de que los esposos no compartieran el mismo hogar y podía llevarse a cabo cuando el marido estuviera ausente siempre que la mujer impedía el perfeccionamiento del matrimonio; el Subjetivo o intencional también llamado espiritual se refería a la voluntad de la pareja de quererse mutuamente crear y mantener la vida en común, así como perpetuar la especie humana, este matrimonio en su inicio era denominado *in manu* entendiendo por esto que la mujer al ingresar a la familia del esposo lo hacía junto con todos sus bienes, los cuales pasaban al poder del esposo colocándola a ella en una situación de hija.

1 ARGUELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1990, p. 421.

Para que dos personas se unieran con esta forma de matrimonio debía existir entre ellos la *affectio maritalis* considerando a ésta como una manifestación de consentimiento que debía ser duradera.

Mientras que la *manu* significaba un poder eventual del marido sobre la mujer, es decir, que todas las mujeres que contraían matrimonio estaban sujetas a la mano marital, ya que la manus no era necesaria para la existencia del matrimonio.

Existían diferentes formas de matrimonio, cada uno tenía sus propias características, una de las cuales se le conocía como las justas nupcias y podía celebrarse de dos tipos:

a) *cum manu* en donde la mujer casada entraba a formar parte de la familia del marido bajo su potestad, rompiendo el vínculo con la familia de la cual procedía, es decir, quedaba sometida al nuevo pater; ocupaba el lugar de hija si su cónyuge era el pater y de hermana de sus hijos o de nieta si el marido se encontraba bajo la potestad paterna. El esposo se hacía propietario, a título universal, de todos sus bienes. Esta forma de matrimonio sólo se podía disolver por el marido. La *cum manu* no nacía por la sola celebración del matrimonio, ya que requería de un acto legal especial para que el marido adquiriera tal potestad.

La manus se adquiría de tres maneras:

Por medio de la *confarreatio* que consistía en una ceremonia de carácter religioso social, reservada para los patricios, en la que los desposados se hacían solemnes interrogaciones y declaraciones. Esto lo realizaban ante diez testigos ciudadanos romanos asistidos por el pontífice y un sacerdote en la que los consortes compartían una torta de

trigo para simbolizar la vida en común; esa costumbre puede ser reminiscencia actualmente de la celebración social de compartir el pastel de bodas. Desde ese momento la mujer era admitida en la comunidad familiar del pater, quedando bajo su potestad y estaba reservada a los patricios. Dicha unión se disolvía mediante un rito desconocido llamado *difarreatio*.

También podía adquirirse por la *coemptio*, que era semejante al matrimonio por compra y consistía en que el consorte entregaba una cantidad simbólica al padre de la novia o al ascendiente más directo adquiriendo la mujer una participación civil y religiosa en la familia del esposo. Posiblemente el símbolo de las arras en el matrimonio católico tenga su origen en ésta. Este tipo de matrimonio era propio de los plebeyos y posteriormente se generalizó para los patricios.

Y por último la *usus o usucapio* que se llevaba a cabo cuando el matrimonio no era celebrado con las formalidades de algunos de los anteriores, consistía en que el marido retenía a la mujer en posesión durante un año. En este año la esposa podía interrumpir la *usucapio* permaneciendo fuera de casa del marido durante tres noches.

b) *sine manu*, consistía en que el marido no tenía poder alguno sobre la mujer, ésta quedaba en la misma situación familiar que tenía antes del matrimonio, por lo que la mujer continuaba sometida a la potestad de su padre. El marido no era su autor legítimo. Esta forma de matrimonio podía disolverse por voluntad del padre de la mujer.

Como se quería la igualdad entre la pareja; posteriormente en la República los matrimonios *in manu* decayeron dando paso al *sine manu*, que consistía en la forma típica de las justas nupcias que probablemente

sea la forma de los actuales regímenes conyugales (separación de bienes y sociedad conyugal), es decir, la mujer no caía bajo la potestas maritali ni entraba a la familia del marido.

Otra forma de comunidad conyugal fue el concubinato (*concubinatus*), el cual consistía en la unión de hombre y mujer sin intención recíproca de estar unidos en matrimonio. Se distinguía de las justas nupcias (*iustae nuptiae*), por la condición social que la mujer ocupaba, como por la condición jurídica de los hijos que de la unión provenían. A la mujer le faltaba el honor matrimonial, es decir, no era considerada una mujer casada, mientras que los hijos no entraban bajo la potestad ni en la familia del padre, denominándose *liberi naturales* y no *iusti* o *legitimi*, nacían *sui iuris* y, consecuentemente, seguían la condición personal de la madre.

Antes de Justiniano se presumía que existía matrimonio cuando los esposos eran de la misma situación social y concubinato cuando su condición era diversa.

Durante los primeros siglos de Roma esta unión constituyó un simple hecho natural, no reglamentado ni reconocido por el derecho civil; la primera disposición legal que ocupa del concubinato es la ley *julia de adulteriis*, dada bajo Augusto, que lo exceptúa de las penas que impone en los casos de adulterio. No fue sino hasta la época imperial cuando se reconoció y sancionó, expresamente, el concubinato, llamado *inaequale conjugium*, otorgándole efectos jurídicos.

Justiniano, asemejó el concubinato al matrimonio considerándolo una especie de él, aunque de rango inferior prohibió que un hombre soltero tuviera varias concubinas. La mujer debía tener doce años y no

podía ser concubina del hijo al mismo tiempo que del padre, repudiando su infidelidad como adulterio, igual que en una mujer casada si lo llegaba a realizar.

Es importante señalar los elementos comunes de las justas nupcias y del concubinato. Ambos son respetados por la sociedad siendo uniones duraderas de hombre con mujer y teniendo como fin la intención de procrear.

En esa época los requisitos para contraer nupcias consistían en que los cónyuges debían de ser de origen patricio, capaces (el hombre mayor de catorce y la mujer mayor de doce), dar su consentimiento tanto los paterfamilia como ellos, no tener otros lazos matrimoniales, no tener parentesco hasta cierto grado, en línea recta la prohibición era absoluta hasta el infinito, en línea colateral la prohibición alcanza hasta el tercer grado, es decir entre tíos y sobrinos; en el parentesco por afinidad la prohibición es absoluta en línea recta, en línea colateral. A partir de Constantino se prohibió el matrimonio entre cuñado y cuñada; la prohibición entre afines dura hasta en tanto no se disuelva el matrimonio que da origen al parentesco " se prohibió también el matrimonio entre adoptante y adoptado, y los descendientes de éste"², Justiniano prohibió el matrimonio entre padrino y ahijada, entre tutor o pupilo; ser del mismo rango social o que hubiera gran diferencia social ya que entre patricios y plebeyos estuvo prohibido, lo cual duro hasta la *Ley Canullia* de 309 de Roma, posteriormente se prohibió el matrimonio entre Ingenuos y libertinos, hasta la aparición de las *Leyes Julia y Papia Poppaea* que exigía que los casados tuvieran hijos legítimos y premiaba la tenencia de ellos, pues la ingenua que tuviera tres y la libertos cuatro, quedaban libres de la tutela de las mujeres; y únicamente prohibió el

matrimonio entre libertos, senadores y sus hijos; entre el gobernador y sus hijos quienes no podían casarse con una mujer domiciliada en su provincia; si la que quería contraer matrimonio era viuda o divorciada debía dejar pasar un tiempo para hacerlo, no podía celebrarse entre adúltera y amante, entre raptor y raptada, entendiéndose por este " el apoderamiento de una mujer por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse"³, dichos motivos se fundan en razones de parentesco, en consideraciones jurídico- político sociales y en la existencia del lazo matrimonial anterior.

Sin embargo no existían requisitos para ser concubina. Pero conforme paso el tiempo los requisitos para el matrimonio justo eran casi los mismos que para el concubinato, en consecuencia éste obtuvo algunas ventajas jurídicas tales como la sucesión legítima y la allmentación, pero aún así seguía teniendo menos consecuencias jurídicas, toda vez que no existía la *afectio maritalis*

También es importante señalar los efectos jurídicos que nacían con las justas nupcias, en primer lugar los cónyuges se debían fidelidad, aunque el derecho romano trato más severamente la infidelidad de la esposa que la del marido; en este sentido la mujer adúltera cometía un delito público que se castigaba muy fuerte, en cambio el adúltero del marido no era causal de divorcio cuando éste se realizaba en ciudad distinta a la de su domicilio conyugal.

2 LEMUS G ARCÍA, Raúl, *Compendio de Derecho Romano*, 5ª ed., México, Ed. Umsa, 1979, p. 89.

1.2. DERECHO CANÓNICO (siglo X d. C. Al XV d. C.)

Con la caída del Imperio Romano de Occidente, la Iglesia se adueña de la regulación de los principales actos del Estado Civil de las personas, con sus registros parroquiales. Ésta se olvida de los ritos romanos y crea su propio Código llamado Concilio de Trento en el que se intentaba relacionar elementos jurídicos- teológicos contrato sacramento, dando con ello base para la jurisdicción eclesiástica del matrimonio. Este tipo de matrimonio que fue reconocido por la Iglesia, el Estado y el pueblo cristiano como única base legal de la familia, establece en el Canón 1118 que "el matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por ninguna causa fuera de la muerte".⁴ El término rato y consumado hace referencia a que el matrimonio lo eleva a "sacramento"⁵ cuando los cónyuges han realizado el acto conyugal. Si falta la sacramentalidad (no es matrimonio rato), o si bien es rato y no ha sido consumado, es indisoluble por derecho divino y no puede ser disuelto por ninguna potestad humana. Así también en el canón 1082 señala que el matrimonio es una sociedad prominente entre varón y mujer para engendrar hijos.

El texto bíblico señala:

Una vez que partió de allí, se fue a los límites de Judea, al otro lado del Jordán. Nuevamente las muchedumbres se pusieron en camino para ir a donde él, y él volvió a enseñarles de la manera que solía hacerlo. En eso unos fariseos vinieron a él con ánimo de probarlo y le preguntaron: ¿Puede el marido despedir a su esposa? El les respondió: ¿Qué les ha ordenado Moisés? Ellos contestaron: Moisés ha permitido firmar el acta de separación y después divorciarse. Jesús les dijo: Moisés escribió esta ley porque ustedes

3 CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, México, Ed. Porrúa, 1997, p- 576.

4 BERNARD Y, Canton, *Las causas canónicas de separación conyugal*, España, Ed. Tenus, 1990, p. 11.

5 SACRAMENTO etimológicamente proviene del latín *Sacramentum*, *Sacer* que significa sagrado, es decir, algo digno de referencia.

son duros de corazón. Pero la Biblia que al principio, al crearlos, Dios los hizo hombre y mujer. Por eso dejará el hombre a su madre para unirse con su esposa y serán los dos uno solo. De manera que ya no son dos, sino uno solo. Pues bien lo que Dios unió, que separe el hombre. Y, cuando estaban en casa, los discípulos le empezaron a preguntar lo mismo y él les dijo: El que se separe de su esposa y se casa con otra, comete adulterio contra la primera; y si ésta deja a su marido y se casa con otro, también comete adulterio ⁶, desde el punto de vista religioso esto es la unión de Cristo con su Iglesia.

Dicho Código señala los principios que regulan la vida matrimonial consistentes en la fidelidad entre los cónyuges, el perfeccionamiento material o corporal, el perfeccionamiento espiritual, el vivir juntos, es decir, como elemento fundamental del matrimonio canónico es la relación sexual de los cónyuges, ya que mientras esta no exista, estima que el matrimonio no se ha consumado; el bien material y espiritual de los hijos habidos. Asimismo le dio gran poder a sus Tribunales, los cuales resolvían los conflictos entre las parejas de matrimonio, y ellos mismos eran quienes sancionaban a los esposos cuando no cumplían con los deberes anteriormente señalados.

Así es como el Derecho Canónico tomo fuerza Religiosa y Civil, reconocida por el Estado e investida de gran solemnidad; seguida de festividades sociales como se acostumbra actualmente. Pero la aparición del protestantismo fue la primera manifestación de la decadencia del principio de la indisolubilidad del matrimonio. La doctrina protestante no reconociendo la naturaleza sacramental del matrimonio, admite el divorcio vincular, el que se hacía durante algún tiempo mediante la declaración de la autoridad.

⁶ BIBLIA, *El matrimonio y el divorcio*, Marcos 10.1, y Mateo 19, México, Ed. Verbo Divino, 1996, p 103.

1.3. EL MATRIMONIO EN MEXICO

El matrimonio en México ha cambiado conforme el paso del tiempo como en todos los países del mundo influenciados por otras culturas, haremos una breve referencia de los más importantes cambios ocurridos en las diferentes épocas.

1.3.1. EPOCA PREHISPANICA

La organización jurídico-política de nuestros pueblos como en todas las demás culturas fue rudimentaria, pues su jefe era siempre la persona de más edad sin importar si era ideal para dirigir los destinos de la tribu, no obstante lo anterior, hubo pueblos que destacaron en su organización jurídico-política y por su importancia destacan los aztecas y mayas.

En la época prehispánica para todos los habitantes que poblaban nuestro territorio, el matrimonio fue una importante Institución ya que desde entonces se consideraba la base de la organización familiar.

Cabe señalar una gran diferencia entre las dos culturas antes mencionadas, los aztecas permitían la poligamia (condición del hombre casado simultáneamente con varias mujeres), mientras que los mayas solo permitían el matrimonio monogámico (una persona sólo puede tener un cónyuge legal a la vez).

1.3.1.1. CULTURA AZTECA

Esta cultura consideraba al matrimonio como base de la familia. Era un acto exclusivamente religioso, carecía de validez cuando no se celebraba de acuerdo a las costumbres y ceremonias de ritual.

El pueblo azteca lo consideraba obligatorio y debían contraerlo los hombres entre los 18 y 22 años. El soltero después de esta edad, no era considerado un hombre útil desde el punto de vista social e inclusive era obligado a abandonar su población.

Cuando un joven deseaba contraer nupcias, lo consultaba a su padre informándole quien era la mujer elegida, una vez que el padre daba su autorización, el joven llevaba regalos al padre de la mujer elegida quien los aceptaba o no, en caso de admitirlos era señal de que daba su consentimiento a la petición de matrimonio, en la que intervenían mujeres llamadas casamenteras y el sacerdote del culto, quien realizaba algunos actos de magia, como exorcismo para atraer los buenos espíritus y alejar los malos así como lograr que la mujer quedara embarazada antes de un año pues de no ser así podía disolverse el matrimonio.

Celebrado el matrimonio con los rituales de rigor se anudaban las vestiduras de los esposados, quienes debían ayunar y hacer penitencia durante cuatro días para consumir finalmente su matrimonio, también cabe señalar que predominaba el sistema de separación de bienes combinado en ocasiones con la necesidad de pagar un precio por la novia y a veces a cambio recibir dote que la esposa traía al hogar.

Cuando la mujer quedaba viuda podía contraer nuevas nupcias, siempre que el segundo esposo no fuera de rango inferior al primero, preguntándole a los padres de la novia y a las autoridades de su barrio si estaba éste en condiciones de satisfacer las necesidades de dos o tres familias.

1.3.1.2. CULTURA MAYA

Entre los mayas, el sacerdote intervenía en el matrimonio, atando también las vestiduras de los contrayentes.

Los varones solo podían casarse a los veinte años de edad y con la mujer escogida por sus padres, quienes utilizaban los servicios de casamenteras profesionales.

Llegado el día de la ceremonia, se reunían los parientes e invitados en la casa del padre de la novia. Al entrar el sacerdote, los padres de los contrayentes presentaban a los jóvenes. El sacerdote pronunciaba un discurso dando a conocer los pormenores del convenio matrimonial, después de lo cual sahumbaba la casa, decía sus oraciones y bendecía a la pareja. Luego se sentaba la concurrencia a comer, con lo que terminaba la ceremonia. Desde ese día se permitía a los miembros de la joven pareja que vivieran juntos; el yerno se quedaba en la casa de los padres de su mujer trabajando para ellos por espacio de seis o siete años. La suegra tenía cuidado de que su hija le diera al joven esposo de comer y beber en señal de que reconocían el matrimonio; pero si el dejaba de trabajar por el tiempo convenido, podían hecharle de la casa ⁷

Entre los mayas los viudos y las viudas se volvían a casar sin ceremonia, el hombre iba sencillamente a la casa de la mujer que escogía y si ella lo aceptaba, le daba algo de comer. Era costumbre que

⁷ SYLVANUS G, Morley, *La Civilización Maya*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 183

los viudos y las viudas esperaran por lo menos un año después de la muerte de sus consortes.

1.3.2. EPOCA COLONIAL

Con la conquista, los españoles trajeron a nuestro país sus costumbres y leyes; sin embargo para poder imponerlas tuvieron que hacerlo con cautela ya que comprendieron que tratar de imponer a los hombres de aquellas razas las mismas costumbres en que se había sustentado toda una civilización de siglos, sería difícil.

De ahí que, por lo menos en los primeros tiempos de la Colonia, se reconoció como legal y se tuvo como válido el matrimonio celebrado consensualmente por los indios, entre tanto eran gradual y definitivamente incorporados a la religión católica.

Los monarcas españoles dispusieron que los indígenas continuaran con sus usos, costumbres y derechos propios siempre que tales disposiciones no contravinieran a la legislación de Indias, al derecho natural, a la religión católica y a las buenas costumbres. En materia familiar y específicamente en matrimonios y divorcios, la regulación de los indígenas era distinta a la que traían los españoles.

Así fue como en los principios de la evangelización tuvieron que dejarse fuera de aplicación algunos impedimentos de matrimonio cristiano como los de parentesco entre los indígenas, ya que ellos tenían otros conceptos que no fueron fáciles de abolir. Entre las prohibiciones más importantes para los indígenas se encontraba la poligamia; los misioneros al realizar el proceso de evangelización y explicar a los indígenas que en la nueva cultura a la que ellos entraban

el matrimonio era un sacramento de unión entre un hombre y una sola mujer, los conminaban a la monogamia, tuvo que pasar mucho tiempo para que lo llevarán a la práctica.

1.3.3. EPOCA INDEPENDIENTE

Al principio de la Independencia lo relacionado con las Instituciones Familiares se regía principalmente por el derecho Español (siete partidas) y el Derecho Canónico. Durante este período la Iglesia Católica registro los tres hechos más importantes del ser humano nacimientos, matrimonios y muerte, asumiendo facultades de interés general para la sociedad.

Se ordeno desde España que los asientos de los registros parroquiales debían someterse y ajustarse a determinados modelos, señalando ciertas disposiciones que tendían a la conservación y custodia de los mismos. Perduraron entre nosotros estas disposiciones hasta 1857 en que se promulgó la Ley de 27 de Enero de ese año. Por medio de la cual se estableció en el México Independiente el Registro Civil.

Posteriormente en el año de 1859 Don Benito Juárez promulgó una ley llamada "Ley del Matrimonio Civil" relativa a los actos del Estado Civil y su registro, quedando en esta forma secularizado el matrimonio dándosele la naturaleza de Contrato Civil, el Estado adquirió las facultades para celebrarlo, estableciendo sus elementos de existencia y de validez contando con la influencia del derecho Canónico en el sentido de considerarlo indisoluble.

Conforme el paso del tiempo y con la creación de nuevas leyes y Códigos se reglamento el matrimonio, por lo que a continuación se hará

referencia de algunos de esos códigos civiles que rigieron en diferentes épocas del México Independiente y de aplicación para el Distrito Federal actualmente, ya que los demás Estados de la República Mexicana cuentan con su propio Código que los regula.

1.3.1.1. CÓDIGO CIVIL DE 1870

Este Código en su capítulo V. reguló lo relativo al divorcio, estableciendo que el matrimonio era una unión indisoluble y por lo tanto no admitía el divorcio vincular. También prohibió el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio llevaba 20 años o más de constituido.

1.3.1.2. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Este Código en su artículo 155 definía al matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculos indisolubles para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.

1.3.1.3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES (ABRIL DE 1917)

Fué una ley revolucionaria que estableció, " el matrimonio es un vínculo disoluble y el divorcio da término a dicho vínculo, permitiendo así a los divorciados celebrar nuevas nupcias."

En su artículo 102 señalaba que los cónyuges recuperaban su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio, excepto cuando el divorcio se había declarado por causa de adulterio, ya que el cónyuge

culpable no podía contraer un nuevo matrimonio sino después de dos años de pronunciada la sentencia de divorcio.

Mientras que el artículo 140 mencionaba que la mujer no podía contraer segundo matrimonio hasta pasados trescientos días después de la disolución del primero.

Se establecieron para el matrimonio civil ciertas reglas que debían cumplir los contrayentes, llamándolas "EPISTOLA DE MELCHOR OCAMPO", llamadas de esa forma porque ese es el nombre del autor de la misma, la cual a continuación se transcribe:

Declaro en nombre de la ley y de la Sociedad, que quedan ustedes unidos en legítimo matrimonio con todos los derechos y prerrogativas que la ley otorga y con las obligaciones que impone, y manifiesto: que este es el único medio moral de fundar la familia de conservar la especie y de suplir las Imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Este no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Los casados deben ser y será sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. El hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar y dará a la mujer, protección, alimento y dirección, tratándola siempre como a la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con la magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando este débil se entrega a él, y cuando por la Sociedad se le ha confiado. La mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo, consejo tratándola siempre con la veneración que se debe a persona que nos apoya y defiende y con la delicadeza de quien no quiere exasperar a parte brusco, irritable y dura de sí mismo propia de su carácter. El uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se esperaba del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión.

Que ambos deben prudenciar y atenuar sus faltas. Nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados deshonoran al que la vierte, prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de fuerza.

Ambos deben prepararse con el estudio, amistosa y mutua corrección de sus defectos, a la suprema magistratura de padres de familia, par que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos un ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. La doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera o adversa, y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o el castigo, la ventura o la desdicha de los padres.

La sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándoles buenos y cumplidos ciudadanos, y la misma, censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último que cuando la Sociedad v que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, sino que sólo debían haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libre y dirigirse por sí mismos hacia el bien.

Esta Epístola se acostumbra que en los matrimonios civiles el juez del Registro Civil la lea en voz alta es una formalidad de este matrimonio.

1.3.1.3. CÓDIGO CIVIL DE 1928

La exposición de motivos del proyecto del Código en cuestión establece que los matrimonios son instituciones estables y de difícil disolución; lo es también que en los hogares no haya disgustos y desavenencias, en forma alguna se perjudican derechos de terceros por lo que debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez.

Este Código denominado actualmente Código Civil para el Distrito Federal es el que actualmente nos rige, el cual ha sufrido varias reformas desde su creación hasta la fecha, en las reformas de fecha 25 de mayo del 2000, ya nos da una definición de matrimonio, estableciendo los requisitos de validez y existencia de éste, así como los derechos y obligaciones que nacen del mismo en forma más extensa.

1.4. CONCEPTO DE MATRIMONIO

El matrimonio tiene un significado diferente desde el punto de vista común, jurídico, etimológico y doctrinal que a continuación mencionaremos:

Etimológicamente proviene del latín *matrimonium*, que significa "carta de la madre"⁸, lo que da origen a las obligaciones que tenían los matrimonios, entre otras las que le correspondían a la madre en la casa ya que se le atribuía el cuidado y educación de los hijos, el cuidado y organización del hogar; al marido se le atribuía la obligación de proveer de recursos suficientes para el sostenimiento de la familia, por lo que en esta circunstancia la palabra matrimonio deriva de la palabra latina *patris numium*, que quiere decir "carga del padre en el matrimonio".

La Enciclopedia jurídica Omeba establece que "proviene de las palabras latinas *matris munium*, que significa oficio de madre"⁹; y no se llama patrimonio, porque la madre contribuye más a la formación y crianza de los hijos en el tiempo de preñez y lactancia.

⁸ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *El Matrimonio*, Madrid, Ed. Litúrgica Española, 1987, p.6

En forma gramatical significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo.

Existen diferentes puntos de vista doctrinarios entre los cuales se encuentran los siguientes:

Para BAUDRIT LACANTINERIE "Es el estado de dos personas de sexos diferentes, cuya unión ha sido consagrada por la ley" ¹⁰.

Señala WESTERMARCK "Es una relación más o menos duradera entre el hombre y la mujer que es la del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progeniture" ¹¹

Opina P. FERRERES "Es un sacramento de la nueva ley que confiere gracia para santificar la legítima unión entre el varón y la mujer y de esta manera engendrar y educar pía y santamente la prole" ¹²

Define JOAQUIN ESCRICHE "Es la sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudar a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte" ¹³

Para SARA MONTERO "Es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinadas por la propia ley" ¹⁴

10 MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1987, p. 96.

11 M. DUHALT SARA, *ob. cit.*, p.96

12 *Idem.*

13 *Idem.*

14 *Idem.*

El DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO nos define el matrimonio como " una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones entre los cónyuges, creando un estado de vida permanente derivado de un acto jurídico solemne"¹⁵

Para el maestro GALINDO GARFIAS "El matrimonio es un contrato civil"¹⁶

PORTALIS señala que es " la sociedad del hombre y la mujer, que se une para perpetuar su especie, para ayudarse mutuamente a llevar el peso de la vida y para compartir su común destino" ¹⁷

El gran tratadista PLANIOL opina que "Es el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad" ¹⁸

El ilustre maestro BONECASSE lo define, "El matrimonio es un acto solemne que produce una comunidad entre un hombre y una mujer y que crea un vínculo permanente pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, o bien por disposición de la ley" ¹⁹

Mientras que el Art. 146 del Código Civil para el Distrito Federal lo define : "Es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua en la posibilidad de procrear hijos de manera libre,

15 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t L-O, México, Ed.Porrúa, 1987, p.276.

16 GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1984, p.472.

17 *Ibidem*, p 473.

18 *Idem*.

19 *Ibidem*, p.477.

responsable e informada. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”

Nosotros opinamos que el matrimonio es la unión de un hombre y de una mujer con el fin de perpetuar la especie, ayudarse recíprocamente en todos los aspectos de la vida en común, brindándose respeto, estímulo y cumpliendo las obligaciones inherentes al hogar y a la familia de forma equilibrada; unión que debe estar basada en el entendimiento y el cariño que se prodiguen como marido y mujer, independientemente de la solemnidad legal o religiosa de la que se invista.

1.5. EFECTOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio a partir de su celebración produce diversas obligaciones especiales para las personas que lo celebran, siendo éstas consecuencia de su estado de esposos.

Las relaciones entre los cónyuges tienen su fundamento en la moral y sólo son incorporadas al derecho en la limitada medida en que es posible lograr su sanción y efectividad por los medios legales.

Los efectos del matrimonio son los derechos y obligaciones que surgen de éste con relación a los cónyuges, a los hijos y a los bienes mismos que se detallan a continuación:

1.5.1. RELATIVOS A LOS CÓNYUGES.

a) DERECHO A LA VIDA EN COMÚN, relacionado con la obligación de la cohabitación. Este derecho y obligación es el principal, dado que sólo a través de este puede existir la posibilidad física de cumplir con los fines del matrimonio.

Es una de las consecuencias de mayor trascendencia en la vida matrimonial, ya que implica una serie de conductas variadas y permanentes de solidaridad entre los cónyuges, desde el punto de vista económico y moral.

La vida en común se encuentra establecida categóricamente en el artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal "los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutaran de autoridad propia y consideraciones iguales....."

La vida en común es la esencia del matrimonio ya que cada uno de los consortes puede exigir al otro el cumplimiento de este deber. De acuerdo con el artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal, serán nulos los pactos que hagan los contrayentes, esto quiere decir, que a pesar de que exista un pacto el marido o la mujer podrán exigir a su cónyuge el deber de cohabitación. (Débito conyugal).

Esta obligación termina por efecto de la separación de cuerpos, cesa de manera provisional durante la instancia de divorcio o separación de cuerpos, en virtud de una autorización del juez.

En nuestro derecho Civil de aplicación para el Distrito Federal desde la presentación de una demanda de divorcio el artículo 282 Fracción I con relación al 258 del Código Civil para el Distrito Federal, permite al juez, a petición de uno de los cónyuges, decretar su separación tanto en los juicios de divorcio como de nulidad del matrimonio.

El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal señala que "los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente." La igualdad, el respeto, la procreación y la ayuda mutua, son los fines que el derecho realiza en el matrimonio como la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. El Código Civil para el Distrito Federal da una definición de matrimonio y con claridad establece los fines del mismo, pero estos están regulados en diversos artículos.

b) RELACIÓN SEXUAL, con el débito conyugal correspondiente. En algunas definiciones del matrimonio tanto en la doctrina como en la ley señalan la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en esa virtud debe entenderse que es para ese efecto, fundamentalmente cada cónyuge esta facultado para exigir el débito carnal.

Independientemente de la procreación, los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales. La ley no lo señala con éstas palabras, sino expresando que ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, aceptando en forma universal, la relación sexual lícita y si no cumple con esta obligación puede constituir una causal de divorcio. (Artículo

267, fracción XII en relación con la fracción VI y el artículo 156 fracción VIII del Código Civil para el Distrito Federal)

Se establece como impedimento para contraer matrimonio, la impotencia incurable para la cópula; pero "la nulidad del vínculo solo se puede demandar dentro de los 60 días siguientes a la celebración del matrimonio". (artículo 246 del Código Civil para el Distrito Federal).

c) FIDELIDAD. Tal derecho implica la facultad reconocida en la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, y por lo tanto, excluye la posibilidad de que existan relaciones íntimas con personas diferentes al cónyuge. El adulterio constituye la forma máxima de incumplimiento e ilícitud por lo que se refiere a este deber.

El deber de fidelidad que recíprocamente se deben los cónyuges no solo se impone por la ley moral, sino es una obligación jurídica que consignan todas las legislaciones.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal pone a ambos esposos en situación igual respecto a esta obligación y cualquiera de ellos puede promover la causal de adulterio establecida en el artículo 267 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal.

d) AYUDA MUTUA.- "El artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal establece que ambos cónyuges contribuirán al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de estos, según sus posibilidades." Si alguno de los cónyuges estuviera imposibilitado para hacerlo el otro lo hará íntegramente, los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán iguales para los cónyuges independientemente de su aportación

económica, ya que el "artículo 164 Bis establece que el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar."

Pero el deber de socorrer también comprende la asistencia recíproca en los casos de enfermedad y sobre todo el auxilio espiritual que mutuamente deben dispensarse los cónyuges. De tal manera existe un contenido patrimonial en la obligación de alimentos y un contenido moral en el auxilio y ayuda de carácter espiritual que en nuestro derecho se reconoce expresamente en los artículos 146, 147 y 162 del Código Civil para el Distrito Federal, bajo los términos de ayuda mutua, socorro mutuo, desde el punto de vista Civil los artículos 322 y 323, regulan principalmente las sanciones que se imponen al deudor alimentario, y con relación a esto el Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 336, 336 Bis y demás relativos y aplicables regulan el delito de abandono del cónyuge enfermo así como a sus hijos.

e) REALIZAR CUALQUIER ACTIVIDAD. El Código Civil para el Distrito Federal establece que los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre y cuando no dañe la moral de la familia, señalando que si se opone uno de ellos a que realice una actividad que crea que va en contra de la moral lo someterán a que un Juez de lo familiar lo resuelva.

1.5.2. RELATIVOS A LOS HIJOS.

Respecto a las consecuencias jurídicas con respecto a los hijos, en México se ha eliminado la desigualdad de los hijos legítimos y naturales, ya que una vez establecida la filiación, los hijos son simplemente hijos, sin ningún calificativo de legítimos, naturales, etc.

usuales en otras épocas. Únicamente se hace mención a los hijos nacidos en matrimonio o habidos fuera de él. En razón del matrimonio los hijos habidos fuera de él con persona distinta a su conyuge, será necesario obtener una de las formas legales establecidas en nuestro Derecho Civil siendo éstas:

- a) Reconocimiento voluntario del padre,
- b) Imputación forzosa de paternidad impuesta por sentencia en el juicio de Investigación de la paternidad.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que se presumen hijos del matrimonio:

I.- los hijos nacidos dentro del matrimonio, y II.- los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio ya provenga este de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Probada la filiación del hijo nacido fuera de matrimonio, éste tiene "derecho a recibir alimentos, a llevar el apellido de su padre y a participar en la sucesión hereditaria de éste", artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal.

Notamos entonces, que las relaciones jurídicas entre padres e hijos son numerosas, además existe una obligación alimentaria recíproca entre ambos.

1.5.3. EN CUANTO A LOS BIENES

Las consecuencias jurídicas en cuanto a los bienes de los cónyuges que del matrimonio nacen, son establecer una comunidad de vida total y permanente entre los cónyuges, dividiéndose en personales y patrimoniales.

Las patrimoniales o económicas presentan diversos aspectos: las cargas económicas que traen consigo la vida en común en el hogar; las donaciones antenuptiales, las donaciones entre consortes y los regímenes patrimoniales que establecen los cónyuges respecto a sus bienes propios.

Las donaciones antenuptiales se encuentran reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 219 al 234. Se entiende por Donaciones antenuptiales los regalos u obsequios, que un prometido hace a otro o los que hacen los terceros a uno de ellos o a ambos, ante y en razón del matrimonio.

Son una especie de donación, las llamadas por el Código Civil para el Distrito Federal Donaciones comunes las cuales se encuentran reguladas en los artículos 2332 a 2383. El primero de ellos define la donación como: "un contrato por el que una persona transfiere a otra gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes"

Las donaciones antenuptiales que hace un cónyuge a otro no podrán exceder en su conjunto de la sexta parte de los bienes del donante, el exceso se considerará inoficioso. Las donaciones no deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales (convenio que celebran los cónyuges entre sí, para establecer el régimen de propiedad

referente a los bienes que les pertenecen ó que en lo futuro les pertenezcan, así como de los frutos de éstos)

La naturaleza de las capitulaciones matrimoniales es la de un convenio, que como requisito necesario forma parte integrante del acto matrimonial, así lo señala el artículo 98 fracción V con relación al artículo 178 del Código en mención, exigiendo que con la solicitud de matrimonio los futuros consortes deberán presentar el convenio con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante su matrimonio a efecto de decidir si los mismos entran a la sociedad conyugal o a la separación de bienes o bien podrán señalarse en forma mixta.

En el convenio se expresará con claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de separación de bienes ó sociedad conyugal que se explican a continuación:

1.5.3.1. SEPARACIÓN DE BIENES.

En este régimen patrimonial cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que tenía al contraer matrimonio y si la separación es total como sucede normalmente, también de los productos de esos bienes y de los que adquiera durante el matrimonio. Por tanto puede disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización de su cónyuge, el cual no tiene ningún derecho sobre esos bienes. (Arts. 212 y 213 del Código Civil para el Distrito Federal). Con este régimen, la situación patrimonial de los esposos sigue siendo la misma que antes del matrimonio, y éste no afecta al patrimonio de los contrayentes, con excepción de las obligaciones que se adquieren

necesariamente en todo matrimonio, como son "la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar (Art. 164 del Código en mención), la de darse alimento cuando se necesiten" (Art. 302 del Código anteriormente citado).

Los bienes de los cónyuges pueden quedar sujetos a un régimen mixto, cuando la separación de bienes no es absoluta. En este caso, debe determinarse con precisión cuáles bienes quedan comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos. (Art. 208). Parecería con esta disposición que el Código considera el régimen de separación de bienes como la excepción, pues todo lo no comprendido en las capitulaciones de separación, queda bajo el régimen de sociedad conyugal. Sin embargo, la redacción del Art. 208 del Código Civil para el Distrito Federal es oscura y no nos parece legítimo concluir de su texto que el régimen de sociedad conyugal sea el supletorio, pues a su vez se exigen capitulaciones expresas para constituir ésta. Lo que sí parece válido es afirmar que en estos matrimonios con regímenes patrimoniales mixtos, los bienes que no se mencionen expresamente en las capitulaciones de separación, forman parte de la sociedad conyugal, aunque en las capitulaciones que constituyan ésta no se les mencione específicamente. Esta conclusión, sin embargo, contradice a las fracciones I y II del Art. 189 del Código Civil para el Distrito Federal, pues según se ordena en ellas, las capitulaciones matrimoniales en que se establezca la sociedad conyugal, deben contener la lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad y la lista específica de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad. Leyendo solo estas fracciones puede pensarse que los bienes no enumerados en esas listas, no caen bajo la sociedad conyugal, y por tanto seguirán siendo de cada cónyuge, o sea, quedan en separación de

bienes, lo cual a su vez, contradice a lo que habíamos concluido al leer el Art. 208 del Código en cuestión. Aquí nos encontramos con una más de las muchas incongruencias que contiene nuestra legislación en materia de regímenes patrimoniales del matrimonio.

Sin embargo, la cuestión no puede quedar en constatar contradicciones, pues es necesario aportar soluciones a la vida real. ¿De quien es el bien que por olvido u omisión voluntaria no fue incluido en las capitulaciones matrimoniales? En nuestro parecer, el problema puede solucionarse teniendo en cuenta que las cosas son de su dueño mientras no haya un acto positivo de la voluntad de éste que modifique, extinga o transmita a otro ese derecho; ahora bien, el que es propietario de algo, lo sigue siendo aunque se case, ya que el matrimonio no es un negocio de por sí traslativo del dominio de bienes patrimoniales, o modificador de los patrimonios de los contrayentes, pues sólo grava a éstos con nuevas obligaciones. Para que una cosa entre a la sociedad conyugal, se necesita un acuerdo expreso de su dueño, pues no hay aportaciones tácitas de bienes concretos; también puede entrar a la sociedad conyugal porque los cónyuges hayan acordado que los bienes que adquieran en adelante o de una especie determinada formen parte de ella, ya que tampoco puede haber sociedad conyugal tácita.

Si la sociedad conyugal tiene que pactarse expresamente y las aportaciones a ella deben ser también expresas, parece claro que cuando no se pacta o no se aporta expresamente, no se modifica la situación patrimonial de quien eran y en el futuro cada uno los adquiere para sí; o sea, el régimen supletorio, cuando no se pactó nada, o cuando un bien no se incluyó en las capitulaciones, es el de separación de bienes.

Es claro la inutilidad práctica del Inventario a que se refiere el Art. 211 del Código en mención que deben contener siempre las capitulaciones que establezcan separación de bienes, pues si los cónyuges no están modificando en nada sus derechos patrimoniales, ni la situación jurídica de sus bienes, no se sabe para qué debe hacerse el Inventario, y el efecto jurídico de no hacerlo o no incluir algunos bienes en él, no puede ser que esos bienes queden bajo sociedad conyugal, pues ésta nunca puede ser tácita, como ya indicamos. Aún en los casos de separación de bienes parcial, el Inventario es inútil, pues un Inventario Incompleto mantiene en separación de bienes a los no incluidos.

Sin embargo, en la práctica, el régimen supletorio es el de sociedad conyugal, en el sentido de que si alguna persona casada que va a contratar con terceros no puede acreditar bajo qué régimen se casó, se pide la comparecencia de su cónyuge para que le surta efectos el acto que va a celebrarse y no pueda posteriormente alegar algún derecho si el acto lo realiza sólo su cónyuge. Esta práctica obedece solo a una razón de seguridad que hace intervenir a todos los posibles interesados, más que a razones jurídicas de peso y está propiciada por la jurisprudencia errática de la Suprema corte de Justicia que ha separado artificialmente en el convenio de los cónyuges sobre sus bienes unas capitulaciones matrimoniales, que pueden existir o no existir sin que esto tenga mayores consecuencias prácticas, de la sola mención que el contrayente hace en el acta del nombre del régimen al que vaya a sujetar su matrimonio, y así, la jurisprudencia sostiene que puede haber sociedad conyugal sin capitulaciones, atribuyendo a esa sociedad conyugal unos efectos que ni la ley ni las partes quisieron otorgarle.

1.5.3.2. SOCIEDAD CONYUGAL

Como ya indicamos, la sociedad conyugal debe pactarse expresamente en las capitulaciones matrimoniales; la aplicación supletoria de las disposiciones relativas al contrato de sociedad que permite el Art. 183 del Código Civil para el Distrito Federal, no autoriza o supone nunca una posible sociedad conyugal tácita. Rechazamos por tanto, por considerarlos contrario al texto de la ley, el criterio de la Suprema Corte en el sentido de que puede existir una sociedad conyugal sin capitulaciones que la regulen, pues es tanto como esta aplicando como supletorios de la voluntad de los cónyuges unos criterios impuestos a las partes y que estos nunca pactaron.

La sociedad conyugal, en nuestro código, es un vaso que hay que llenar, y no podemos suponerle el contenido porque las partes hayan escogido sólo el continente. La ley tampoco establece normas supletorias para llenar el continente, sino que éste debe ser siempre llenado por voluntad expresa de los contrayentes, que en teoría, deben pactar siempre y en cada caso, al menos lo que señalan las fracciones del Art. 189 del Código en mención.

El error consiste en pensar que el solo enunciado de que el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal tiene en el Código un contenido específico y unas consecuencias conforme a su naturaleza, siendo que el legislador quiso que los cónyuges, en cada caso, dieran a su sociedad conyugal el contenido que quisieran. No hay por tanto, en la sociedad conyugal, ningunas consecuencias que se deriven de su naturaleza, pues el legislador quiso que fueran los cónyuges quienes en cada caso lo hicieran.

Cabe notar desde un principio que la sociedad conyugal no tiene personalidad propia, pues ningún texto legal lo autoriza. La gran mayoría de los autores que han tratado de la sociedad conyugal que organiza el Código Civil para el Distrito Federal, están de acuerdo en que ésta no tiene personalidad diferente a la de los cónyuges sino que se trata de una comunidad peculiar. La naturaleza propia de ésta comunidad es que sólo puede existir entre cónyuges, y su finalidad es la protección patrimonial de la familia, más que los intereses personales de los cónyuges.

Además el Art. 194 del Código Civil para el Distrito Federal que claramente es opuesto a la personalidad de la sociedad conyugal, hay otros muchos textos legales que así lo indican, pues sería ésta una sociedad tan sui generis que sólo tendría remota semejanza con una sociedad (Arts. 191, 190, 204 del ordenamiento antes invocado); además, si la sociedad conyugal tuviera personalidad diferente a la de los cónyuges, cuando se ha pactado para incluir todos los bienes de éstos, los dejaría sin patrimonio sin posibilidad de tenerlo, pues todo lo presente y futuro sería de la sociedad, y sólo la sociedad sería la que pudiera contratar con tercero.

Tampoco se trata de una copropiedad, pues no obstante que el Art. 194 del Código en mención dispone que "el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges mientras subsista la sociedad conyugal", no podemos aplicar a los bienes de los casados bajo este régimen las reglas de la copropiedad, pues podría cualquiera de ellos pedir la terminación de la misma (Art. 939) que es venidera si no hay acuerdo o cómoda división (Art. 940), y los productos de la cosa común serían propios de cada consorte (Art. 950), y no de la comunidad;

ambos estarían obligados a contribuir a los gastos de conservación de la cosa (Art. 944).

1.6. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO

El matrimonio constituye uno de los temas más controvertidos en el campo jurídico, y es difícil intentar precisar la naturaleza jurídica que tiene, pues de acuerdo a cada autor o corriente jurídica, se le han atribuido características que tratan a éste en unos casos como Institución Jurídica, Sacramento, Contrato, Acto Jurídico Condición entre otros.

A efecto de hacer resaltar las ideas y conceptos que del matrimonio se tiene, transcribiremos algunas de ellas:

1.6.1. COMO INSTITUCIÓN

"Houriou y Bonecasse, sostienen que el matrimonio es una institución jurídica, ya que por ellas se entiende una organización de reglas de derecho unidas por un fin común y a la que se someten los esposos al declarar su voluntad en el acto de celebración."²⁰

Esas reglas establecen los diferentes aspectos del matrimonio: requisitos para contraerlo, derechos y deberes derivados del mismo, que surgen con independencia de la voluntad de los sujetos, emanados directamente de la norma imperativa. Los requisitos para contraerlo tienen que ser forzosamente cumplidos y si por alguna circunstancia se

²⁰ BAQUEIRO, Edgar y BUENROSTRO, Rosalia, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Ed. Haria, 1995, p. 41.

Incumplen, el matrimonio estará afectado de nulidad, es decir solamente se declarará que el matrimonio es ilícito pero no nulo.

Una vez contraído el matrimonio, nacen para los cónyuges independientemente de su voluntad, ciertos derechos y obligaciones recíprocos derivados directamente de la ley, por ser el matrimonio una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en ese sentido. De lo anterior se deduce que los esposos podrán disponer de la forma que han de llevar la convivencia, ellos pueden planear no procrear, incluso no tener relaciones sexuales, vivir separados y tantas cuestiones más en contravención a las dictadas por la ley, y nadie estará a reclamarles su decisión, aún más ellos mismos no podrán exigir coercitivamente uno al otro el cumplimiento de la mayor parte de los deberes matrimoniales; como ejemplo en un contrato civil sí se puede obligar a su contraparte a cumplir con lo pactado o a cumplir o a rescindir el mismo.

El matrimonio no es rescindible por incumplimiento, únicamente dará lugar a la acción de divorcio, cuando la conducta de uno de los cónyuges, en incumplimiento de los deberes matrimoniales esté establecido como causal de divorcio.

1.6.2. COMO SACRAMENTO

Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, el matrimonio es un sacramento que adquieren los esposos por voluntad libre y espontánea, manifestada en el acto en que ellos son los ministros y el sacerdote testigo que da ante la iglesia y ante Dios de que los consortes declaran su voluntad de unirse en matrimonio y de permanecer fieles a la promesa que hicieron ante Dios.

1.6.3. COMO CONTRATO

Marcel Planiol, lo define como "la unión sexual del hombre y de la mujer, elevada a la dignidad del contrato por ley, y de sacramento por religión."²¹

Los actos jurídicos bilaterales se llaman convenios, el matrimonio es un convenio porque es un acuerdo de voluntades, los convenios se subclasifican en convenios en el sentido estricto y en contratos. Los primeros tienen por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones y los contratos crear o transmitir consecuencias jurídicas. En este orden de ideas, el matrimonio es forzosamente un contrato porque crea entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas.

Inúmeras opiniones se han vertido negándole al matrimonio la naturaleza jurídica de contrato, deduciendo que el matrimonio escapa a la figura contractual, pues los contratos se refieren fundamentalmente al aspecto patrimonial de las relaciones jurídicas, y el matrimonio es producto de las relaciones personales de carácter moral no patrimonial. Los que le niegan como contrato, ponen el acento en el carácter de estado permanente en que consiste el matrimonio ó en la categoría de institución jurídica a la que el mismo pertenece. Sin desconocer que el matrimonio configura un estado civil de las personas y que el mismo esta regido por un conjunto de formas de carácter imperativo, que armónicamente enlazadas forman una institución, el matrimonio, el cual surge a través de un contrato.

21 BAQUEIRO, Edgar y BUENOSTRO, Rosalia, *ob. cit.*, p.41.

El matrimonio es auténticamente un contrato, pero de naturaleza peculiar, y al respecto las teorías son varias.

Todos los anteriores criterios son en parte verdaderos, por ello diremos que el matrimonio es un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que los contraen el estado civil de casados con todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico a través de la institución del mismo nombre.

1.6.4. COMO ACTO JURÍDICO

Se distinguen en el derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos, y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad.

El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye, no solo por el consentimiento de los consortes sino también por la intervención que tiene el juez del registro civil. Este órgano desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, no existiría desde el punto de vista jurídico.

La naturaleza jurídica del matrimonio es la de ser indiscutiblemente un acto jurídico, pues es la manifestación de la voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas. El matrimonio es un acto jurídico porque surge de la manifestación de la voluntad de los que lo contraen, acorde con las normas que lo regulan y una vez realizado, produce las consecuencias jurídicas previamente establecidas por la ley.

La complicación doctrinaria surge con respecto al tipo de acto jurídico al cual pertenece.

De los actos jurídicos se han realizado innúmeras clasificaciones, por ejemplo: unilaterales, bilaterales y plurilaterales; simples, complejos y mixtos; actos unión, actos condición; actos instantáneos, de tracto sucesivo, de prestación derivada; actos consensuales, formales y solemnes; actos simples, condicionales, perfectos e imperfectos.

Las clasificaciones pueden extenderse largamente, crearse nuevas de las ya existentes, dependiendo de los diversos criterios clasificadores y de los innumerables puntos de vista.

Deteniéndose en la primera y universalmente aceptada clasificación de unilaterales, y plurilaterales en que se clasifican los actos en razón de las personas que intervienen en él, el matrimonio es indubitadamente un acto por excelencia bilateral o, para algunos autores plurilateral. Es un acto jurídico bilateral en razón de surgir por el acuerdo de voluntades de los esposos y por las consecuencias jurídicas que se darán en la esfera jurídica de ambos consortes, quienes sostienen que es un acto de carácter plurilateral afirman que la manifestación de voluntad de quienes pretenden contraer matrimonio

debe ir acompañada forzosamente de la manifestación de voluntades de la autoridad competente (juez del registro civil), como elemento de existencia de este acto jurídico; de manera tal, que la sola manifestación de los contrayentes es insuficiente para que se realice el acto jurídico matrimonio.

Ninguna de las figuras enunciadas u otras definiciones determinan exactamente el carácter del matrimonio; consideramos que todas ellas se complementan, porque el matrimonio no es una figura jurídica específica, ya que a través de los cambios morales y culturales en la sociedad, dicha figura también cambia.

Y así sucesivamente se podrían analizar cada una de las clasificaciones de los actos jurídicos con relación al matrimonio teniendo diversos criterios para encuadrarlo en ellos sin poder llegar a algo claro y conciso, toda vez que cada una tiene sus propios fundamentos.

1.7. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

Siendo el matrimonio un acto jurídico, éste tiene elementos esenciales y de validez.

Podemos definir los elementos esenciales como aquellos que sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltarían al mismo un elemento de gran importancia para ese acto; mientras que los elementos de validez son aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley.

1.7.1. DE EXISTENCIA

Los elementos de existencia lo integran: la manifestación libre y sin vicios de la voluntad de los consortes de unirse en matrimonio, misma que debe estar acompañada de la declaración del juez del registro civil, en donde los une en matrimonio, en nombre de la ley y la sociedad. Así mismo, el objeto que persiguen los cónyuges al unirse consiste en crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer de acuerdo con la ley, que se traduce en ayudarse y socorrerse mutuamente, formar una familia y procrear hijos de donde nacen otros derechos y obligaciones.

El último elemento de existencia es la solemnidad, en donde es necesario que los cónyuges se presenten ante el juez del registro civil el día y la hora señalados por este, con dos testigos cada uno para poder llevar a cabo la celebración matrimonial.

1.7.2. DE VALIDEZ

Los elementos de validez son los siguientes:

a) La capacidad de goce de los contrayentes que es cuando los sujetos cumplen con la edad establecida por la ley para poder contraer matrimonio.

b) La ausencia en la voluntad para los contratos en general el artículo 1795 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal establece que...“el contrato puede ser invalido....II.- por vicios en el consentimiento”

Los artículos 1812 al 1823 del ordenamiento antes Invocado regulan el error, el dolo o mala fe y la violencia como vicios en el consentimiento y por lo tanto tales disposiciones son aplicables en lo conducente al matrimonio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1859 del Código en cuestión que hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos, en lo que se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones de ley sobre los mismos.

En consecuencia, la ausencia de vicios en el consentimiento constituye un acto de validez para el matrimonio. Disponiéndose al efecto en los artículos 235 fracción I y 245 del Código en mención, que son causas de nulidad tanto el error en la persona con quien se contrae el matrimonio, como el miedo y la violencia cuando se incurre en las circunstancias que se enumeran en las tres fracciones del artículo 245 del Código Civil para el Distrito Federal.

Con relación al matrimonio en cuanto a la licitud en el objeto, motivo, fin y condición se aplican las disposiciones generales del acto jurídico contenidas en los artículos 1830 y 1831 del Código de referencia, es decir, dicho acto debe ser lícito en su objeto, motivo y fin.

Existe una modalidad de importancia, en el matrimonio ya que para el caso de licitud, fin o condición no se establece la nulidad del acto jurídico, como se dispone en la regla general contenida en el artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal sino que subsista el matrimonio, pero son nulos los pactos que vayan en contra de sus fines o bien, se tienen como no puestas las condiciones que pretendan ser contrarias a las mismas.

Independientemente de esta regulación especial los artículos 156 fracción V,VI,VII, 243 y 244 del Código Civil en comento estatuyen la nulidad del matrimonio cuando en sí mismo es ilícito por los siguientes casos: "Son impedimentos para celebrar el matrimonio: a) fracción V, el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado; b) fracción VI, el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre; fracción VII la violencia física o moral para la celebración del matrimonio."

En los casos anteriores se nulifica el matrimonio por ilicitud en el acto mismo.

La forma de celebrarse el matrimonio esta regulada en el artículo 103 del Código Civil para el Distrito Federal, donde están consagradas las formalidades que deberán observarse en la celebración del matrimonio y en la redacción del acta correspondiente. Solo se exceptúa la solemnidad que se exige en la fracción VI del propio precepto.

La omisión de alguno de estos requisitos de forma da lugar a la nulidad del matrimonio, solo puede invocarse por las personas que deben dar su autorización para celebrarlo y caduca dentro de los treinta días, contados a partir de que tengan conocimiento del matrimonio. Vencido este termino, cesa ésta causa de nulidad conforme lo dispuesto por los artículos 238 y 239 del Código Civil para el Distrito Federal.

La omisión en el acta respecto del régimen a que se sujetan los bienes de los consortes no afecta la validez del acto, porque no atañe al vínculo matrimonial, sino al régimen de patrimonio de los consortes.

Finalmente teniendo en cuenta que el dicho de los testigos que deben comparecer y declarar en el momento de la celebración del matrimonio, no pueden invalidar éste.

Las formalidades del acta pueden ser suplidas por otros medios de prueba y la omisión puede ser dispensada en ciertos casos.

CAPITULO 2

DIVORCIO

2.- ANTECEDENTES DEL DIVORCIO.

El divorcio es una Institución jurídica que surgió al mismo tiempo que el derecho intervino para organizar al matrimonio, constituyéndolo sobre la base de un nexo obligatorio entre el varón y la mujer que deciden hacer vida en común. Apareció como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en ciertos casos, por causa de adulterio de la esposa y también con menor frecuencia, se aceptaba el derecho de repudiar en caso de esterilidad de la mujer.

2.1. DERECHO ROMANO.

Los romanos previnieron la posibilidad de disolver el matrimonio, cuando éste no funcionaba, llevándolo a cabo por causas tales como la muerte de alguno de ellos, la ausencia de alguno durante mucho tiempo (esto se daba cuando uno de los esposos vivía largo tiempo sin tener noticias del otro y en circunstancias que hicieran presumir su muerte), cuando alguno perdía la capacidad física, por sobrevenir un impedimento como por ejemplo si el suegro adoptaba al yerno, ya que éste se convertía en hermano de su esposa, y por una causa específica como el divorcio (*divortium*), ésta se daba cuando ya no existía la *affectio maritalis* de uno o de ambos cónyuges. La disolución de las nupcias por divorcio fue un sentimiento tan adentrado en los romanos que desde la antigüedad rigió el principio de que el matrimonio era una institución esencialmente disoluble. Por aplicación a tal principio los cónyuges no podían obligarse contractualmente a no divorciarse.

En esa época surgieron diversas leyes entre ellas las siguientes que hacen referencia al divorcio:

A.- LEX IULIA DE ADULTERIIS (LEY DE CESAR AUGUSTO)

En los tiempos clásicos el divorcio se realizaba por la simple declaración unilateral de uno de los cónyuges (*repudium*) éste podía ser oral o por escrito.

Una excepción a esta regla fue la establecida por la *lex iulia de adulteriis* ya que esta establecía que el *repudium* podía manifestarse por un liberto en presencia de siete testigos, pero si no se realizaba así se consideraba una declaración no formal y esto bastaba para disolver el matrimonio.

La jurisprudencia de esta época consideraba realizado el divorcio cuando por cualquier medio fehaciente (una larga separación, otro matrimonio o la restitución de la dote), se probaba la terminación de la *affectio maritalis* por uno o ambos cónyuges, causa que motiva la disolución del matrimonio.

B.- EPOCA DE JUSTINIANO. (527 - 565 d. C.)

En ese período existían cuatro clases de divorcio, ninguno necesitaba de una sentencia judicial, los cuales eran:

1.- Por mutuo consentimiento (*comuni consensu*) se daba por el simple acuerdo de voluntad de los cónyuges.

2.- Repudio o divorcio unilateral ocurría por culpa de uno de los cónyuges (*ex iusta causa*), era lícito cuando se daban las siguientes causas: Adulterio o malas costumbres de la mujer, alejamiento de la casa del marido, insidias al otro cónyuge, falsa acusación de adulterio

por parte del marido y comercio frecuente de éste con otra mujer dentro o fuera de la casa conyugal. La mujer podía llevar a cabo este divorcio siempre y cuando no estuviera bajo la *manus* del marido. La *ley iulia de adulteriis* establecía que el que intentaba divorciarse por medio del repudio tenía que notificarlo a través de un liberto al cónyuge culpable.

3.- Sin mutuo consentimiento dando lugar a un castigo por el cónyuge que haya insistido en el divorcio (*sine causa*), no era lícito porque traía aparejado un castigo para el cónyuge que lo provocaba.

4.- Bona gratia fundada en una causa que hacía imposible la continuación del matrimonio, tal como la impotencia incurable o cuando existían votos de castidad. Los jurisconsultos romanos fundaron esta Institución basándose en que "el mutuo disenso disuelve lo que el consentimiento ha unido."²²

Justiniano estableció las causas por las que el marido podía solicitar la disolución del vínculo matrimonial; cuando la mujer encubría maquinaciones contra el Estado, probado el adulterio de la mujer, atentado contra la vida del marido, tratos con otros hombres contra la voluntad del marido, cuando la mujer se bañaba con otros hombres, cuando se alejaba de la casa marital sin voluntad del esposo y la asistencia de ésta a espectáculos públicos sin licencia.

También señalo las causas en que la mujer lo podía solicitar: por traición oculta del marido, atentado contra la vida de la mujer, intento de prostituirla, falsa acusación de adulterio, cuando el marido tuviera a su amante en la casa conyugal o fuera de ella de un modo ostensible.

22 ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I*, 17ª ed., México, Ed. Porrúa, 1980, p.347.

Así es como era visto el divorcio en Roma, el cual tuvo diversos cambios siendo los más importantes y trascendentales los mencionados aquí.

2.2.- DERECHO CANÓNICO (siglo X d. C. al XV d. C)

Durante los primeros siglos de la Iglesia Católica y con apoyo en el Nuevo Testamento (San Mateo, San Lucas y San Marcos) el divorcio fue condenado en términos generales.

A partir del siglo X la Iglesia tomo para sí, plena jurisdicción del matrimonio y fundándose en los textos evangélicos de San Marcos y San Lucas pronunció la indisolubilidad del matrimonio.

El Derecho Canónico a la ceremonia del matrimonio la denomino promesa de presentis, esa promesa solemne debe mantenerse permanentemente, en cada momento de la vida matrimonial, pero dicha promesa afecta sólo al matrimonio consumado (matrimonio *ratum et consummatum*). La consumación del matrimonio tiene lugar en el derecho canónico, por la realización de la cópula carnal.

El matrimonio no consumado según el Derecho Canónico, puede ser disuelto en dos casos: por profesión solemne en una orden religiosa reconocida por la Iglesia y por dispensa pontificia.

Sin embargo dicho derecho acepta en ciertos casos, la supresión de la comunidad conyugal, es decir, los supuestos para la separación de los cónyuges, consistentes en:

a) Nulidad de matrimonio, indica que el vínculo conyugal no ha surgido no existe, ya sea por impedimentos, por ausencia o vicio típico de consentimiento.

En donde no han surgido derechos y deberes conyugales.

b) Disolución matrimonial, sí hay vínculo conyugal éste queda disuelto por muerte de los cónyuges o por algún otro supuesto.

c) Separación conyugal en el que también existe un vínculo conyugal pero se produce una suspensión de los derechos y deberes conyugales, permaneciendo el vínculo matrimonial.

La separación puede ser perpetua o temporal. La única causa que puede dar la separación perpetua es el adulterio. "La separación de los cuerpos es el estado de dos esposos que han sido dispensados por la justicia competente de la obligación de vivir juntos"²³, siempre ha de ser decretada por la autoridad eclesiástica competente y nunca por simple voluntad de los cónyuges. Mientras que la separación temporal permanecerá o subsistirá mientras exista la causa que lo motivó.

Otras causas de Separación son el daño corporal del cónyuge o de los hijos, el daño espiritual del cónyuge o de los hijos y el abandono malicioso.

Todas estas reglas se encuentran detalladas en el Derecho Canónico, dicho Código señala los principios informadores de la vida matrimonial consistentes en la fidelidad entre los cónyuges, el

23 BERNARD Y, Canton, *Las causas canónicas de separación conyugal*, España, Ed. Tenus, 1990, p. 431.

perfeccionamiento material o corporal, el perfeccionamiento espiritual, el vivir juntos, el bien material y espiritual de los hijos habidos

2.3. EL DIVORCIO EN MÉXICO

El divorcio en México ha sufrido varios cambios en diferentes épocas las cuales mencionaremos a continuación:

2.3.1. ÉPOCA PREHISPÁNICA

Esta época es de gran importancia para nosotros, toda vez que nuestros antepasados ya contemplaban el divorcio, entre las culturas más importantes se encuentran los mayas y aztecas que se describen a continuación:

2.3.1.1. CULTURA AZTECA

Entre los aztecas el divorcio no se ordenaba con sentencia formal, ya que no era bien visto por este pueblo, podían solicitarlo tanto el hombre como la mujer; excepto los matrimonios a prueba estaban fuera del divorcio.

Las causas de divorcio para que el hombre lo solicitara eran las siguientes: la esterilidad de la mujer, la pereza de la esposa, ser la esposa descuidada y sucia, ser pendenciera y la incompatibilidad de caracteres.

Las causas de divorcio para que la mujer pudiera solicitarlo eran los maltratos físicos, el no ser sostenida por el marido en sus necesidades y la incompatibilidad de caracteres.

Así es como los esposos desavenidos se presentaban ante los jueces para exponer alguna de las causas anteriormente señaladas para pedir la separación u oponerse a ellas, pero estos no daban su autorización tácita para que se efectuara la separación, sin haber tratado antes de invitarlos a la reconciliación y a vivir en paz; si estos aceptaban dicha invitación y decidían continuar su vida matrimonial, el asunto quedaba terminado; pero si los esposos insistían en la separación los jueces los despachaban rudamente dándoles así su tácita autorización, perdiendo el cónyuge culpable la mitad de sus bienes a favor del cónyuge inocente, y con respecto a los hijos, los varones se quedaban con el padre y las hijas con la madre, ambos divorciados quedaban en aptitud de volverse a casar, salvo entre ellos mismos.

2.3.1.2. CULTURA MAYA

Entre los Mayas no existía el divorcio, como se conoce actualmente a esta figura jurídica, pero los jueces, cuando se presentaba alguno de los cónyuges solicitándolo, se resistían a otorgarlo y solamente después de reiteradas gestiones, otorgaban al peticionario para hacer lo que quisiera. El quejoso podía entonces separarse del otro cónyuge lo que de hecho equivalía al divorcio.

La autorización judicial de que hemos hablado solamente se daba cuando tenía por fundamento una causa de divorcio y se reconocían como tales: la diferencia de caracteres, la mala conducta de la mujer y la esterilidad.

En caso de divorcio los hijos pertenecían al esposo, las hijas a la esposa, y el culpable, perdía la mitad de sus bienes.

Los divorciados no podían volver a casarse, la infracción se castigaba con la muerte.

Había separación de bienes durante el matrimonio, toda vez que se registraba lo que cada cónyuge había aportado cuando se casaban y en caso de divorcio, no siendo culpable ninguno de los consortes, se les devolvía lo que a cada cual le pertenecía.

2.3.2. ÉPOCA COLONIAL

En esta época el Nuevo Mundo fue regulado por las leyes españolas.

En materia familiar y específicamente en matrimonios y divorcios, la regulación de los indígenas era distinta a la que traían los españoles.

El Fuero Juzgo en la ley II permite el divorcio por adulterio de la mujer, mediante autorización del obispo, en la ley III autoriza a los cristianos para separarse de la mujer o del marido con quien estaba casado antes por otra ley no cristiana.

Así fue como en esa época todas las leyes españolas estuvieron rigiendo nuestros actos hasta la Independencia.

2.3.3. EPOCA INDEPENDIENTE

En nuestro Derecho existió el divorcio hasta que lo implanto en Veracruz, a fines del año 1914, en plena guerra civil, Don Venustiano Carranza por decreto el 29 de Diciembre de ese año, publicado el 2 de Enero de 1915 en el periódico oficial de la Federación "El Constitucionalista".

Carranza con las facultades que le concedía el Plan de Guadalupe (donde no menciona nada referente al matrimonio), reformó el Código Civil introduciendo el Divorcio Vincular. Esta reforma modificó la legislación anterior que sólo permitió un divorcio consistente en la separación de los cónyuges, sin romper el vínculo, y por tanto sin autorizar un nuevo matrimonio de los separados.

El divorcio desde entonces se ha considerado como un mal necesario que se debe atender y admitir, sobre todo en aquellos casos cuando la falta de alguno de los cónyuges es grave y evita la convivencia conyugal, entre ellos el adulterio. Otros dicen que lo mejor es que subsista el matrimonio ya que es la única forma de salvar los derechos de los hijos.

En nuestro derecho se admite el divorcio vincular desde la Ley de Relaciones Familiares de 1917 hasta el actual Código Civil para el Distrito Federal, existiendo antes de éstos otros códigos que a continuación estudiaremos brevemente.

2.3.3.1. CÓDIGO CIVIL DE 1870

Este Código en su capítulo V reguló seis causas de divorcio (separación de cuerpos), cuatro de las cuales constituían delitos y "además establecía que deben inducir sospecha fundada de mala conducta sembrando resentimiento y desconfianza, haciendo sumamente difícil la unión conyugal"²⁴.

Señala que el divorcio es la separación del marido y la mujer de manera temporal e indefinida, permaneciendo íntegro el vínculo del matrimonio y algunas obligaciones que de él emanan.

Este Código no admitía el divorcio vincular, únicamente la separación de cuerpos que les eximia de llevar vida común, solo por causas muy graves que hicieran imposibles la convivencia entre los cónyuges.

Dicho ordenamiento en su artículo 240 establecía las causas legítimas de divorcio, la mayoría de ellas se encuentran en el Código que actualmente nos rige.

El adulterio de uno de los cónyuges; la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; la incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea éste de incontinencia carnal; el conato del marido o de la mujer

²⁴ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tr. Santiago Sentís Melendo, t III, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1954, p. 93.

para corromper a los hijos, o a la convivencia en su corrupción; el abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años; la sevicia del marido con su mujer o la de esta con aquel y la acusación falsa por un cónyuge al otro ²⁵.

También prohibía el divorcio por separación de cuerpos, cuando el matrimonio llevaba 20 años o más de constituido.

2.3.3.2. CÓDIGO CIVIL DE 1884

Dicho ordenamiento reduce los tramites para el divorcio, haciendo más fácil dicha separación. Establece además de las causales del Código anterior las siguientes: el hecho de negarse a ministrar alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego y embriaguez; la enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa o hereditaria anterior al matrimonio; la infracción a las capitulaciones matrimoniales; el mutuo consentimiento.

Planteaba también la situación de que cuando los consortes de común acuerdo deseaban separarse del lecho y habitación tenían que acudir ante el juez para que éste lo decretara.

²⁵ *Ibíd.*, p. 349.

2.3.3.3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES (ABRIL DE 1917)

Esta ley regulaba en sus artículos 75 al 106 tanto el divorcio así como las causales, siendo éstas doce, muy semejantes a las que señalaba el Código Civil de 1928, en su artículo 267.

Para el divorcio por mutuo consentimiento se requería de tres juntas de avenencia.

Incluye a las enfermedades como causales de divorcio o de simple separación y regula los efectos del divorcio en forma semejante al Código derogado.

2.3.3.4. CÓDIGO CIVIL DE 1928

Siguió los lineamientos de la Ley de Relaciones Familiares, reglamentó en su artículo 272 el divorcio en forma judicial y administrativa. En el primero quien declara disuelto el vínculo matrimonial es una autoridad judicial, mientras que en el segundo quien lo disuelve es una autoridad administrativa. Se agregan a las causales de divorcio otras.

Se distinguen cuatro formas de divorcio, tres de las cuales se encontraban ya reglamentadas en la ley de relaciones familiares, consistentes en:

2.3.3.4.1. DIVORCIO NECESARIO

Éste procede cuando se dan los supuestos de las causales señaladas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

ARTÍCULO 267: Son causales de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse éste contrato, y que judicialmente sea declarado legítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;
- VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

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

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga esta que proceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, sin justa causa por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoria en el artículo 168.

XIII.- La acusación calumniosa hecha por algún cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- El mutuo consentimiento;

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

XIX.- las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos. Para los efectos de este artículo se entiende por violencia familiar lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código;

XX.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar hacia el otro cónyuge o los hijos, por el cónyuge obligado a ello.

Las citadas causales estuvieron vigentes hasta el 1º de junio del 2000, ya que el día 25 de mayo del mismo año salio publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal un decreto donde se derogaron, reformaron y adicionaron diversas disposiciones del código en comento y entre ellos se reformo el artículo 267, para quedar como sigue:

ARTÍCULO 267: Son causales de divorcio:

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

II.- El hecho de que durante el matrimonio, nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;

III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él;

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito;

V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.

VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;

VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto al cónyuge enfermo;

VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses;

IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga esta que proceda la declaración de ausencia.

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, sin justa causa por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoria en el artículo 168.

XIII.- La acusación calumniosa hecha por algún cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada;

XV.- El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada;

XVII.- La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código;

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

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

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

XXI.- Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este Código.

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.

2.3.3.4.2. DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO ADMINISTRATIVO.

Este tipo de divorcio facilita la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento, debiéndose llenar las formalidades que menciona el artículo 272 del ordenamiento antes invocado que en resumen señala: que haya transcurrido un año o más de la celebración del mismo, ambos convengan divorciarse, sean mayores de edad, que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no debe estar embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad y estos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges.

Los consortes reuniendo estos requisitos podrán acudir ante el Juez del Registro Civil, el cual comprobará que los solicitantes sean mayores de edad, requiriendo se identifiquen. Después se levantará un acta en la que conste la solicitud de divorcio y se les citará para que se presenten a ratificar dicha solicitud a los quince días. Si los cónyuges la ratifican, el juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en el acta de matrimonio. (Artículo 272 del actual Código Civil para el Distrito Federal)

2.3.3.4.3. SEPARACIÓN DE CUERPOS (DIVORCIO SEPARACIÓN)

Consiste en el derecho que tienen los cónyuges de concluir la habitación con el otro, con la autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Cada cónyuge tiene derecho a señalar su propio domicilio voluntario. Puede ser solamente una suspensión temporal o definitiva de la obligación de la cohabitación, subsistiendo los demás efectos y obligaciones nacidos del matrimonio y conservando en parte, al menos,

la estructura familiar, por ejemplo: la persona que contrae matrimonio se obliga, entre otras cosas a realizar con su cónyuge los actos de suyo aptos para engendrar, pero exclusivamente con él, o sea, al contraer matrimonio renuncia a realizar legítimamente cualquier acto sexual con otro que no sea su cónyuge: tal es el contenido del deber de fidelidad y de la natural monogamia de las nupcias. Ese deber no desaparece, caduca o se aminora porque uno de los cónyuges no pueda realizar el acto carnal durante una temporada o en forma permanente, por enfermedad o por impotencia superveniente.

Esta separación de cuerpos es autorizada por la ley cuando se presentan dos causales establecidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dicen:

“VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada; ”

VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de Interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;”

La Suprema Corte al respecto ha admitido que es válido y obligatorio para las partes un pacto de separación sin romper el vínculo y esto en virtud de la libertad contractual de que gozan los cónyuges, pues tales pactos no están prohibidos por la ley ni van contra la moral ni las buenas costumbres, pues si bien es cierto que el matrimonio obliga a cohabitar, nada impide que de común acuerdo los cónyuges suspenderán temporalmente esta obligación, como tampoco termina el matrimonio ni puede hablarse de acción ilícita cuando uno de los

cónyuges interrumpe la cohabitación por enfermedad, ausencia, trabajo, etcétera.

2.3.3.4.4. DIVORCIO VOLUNTARIO DE TIPO JUDICIAL

Este tipo de divorcio procede cuando por mutuo consentimiento los cónyuges se presentan ante un juez de lo familiar, habiendo transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio, acompañen junto con la demanda de divorcio un convenio que reúna los requisitos establecidos por el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal que consisten en:

I.- Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio;

II.- El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deban darse alimentos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio, especificando la forma de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

III.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso de la morada conyugal, en su caso, y de los enseres familiares, durante el procedimiento de divorcio;

IV.- La casa que servirá de habitación a cada cónyuge y a los hijos durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, obligándose ambos a comunicar los cambios de domicilio aún después de decretado el divorcio, si hay menores o incapaces u obligaciones alimenticias;

V.- La cantidad o porcentaje de pensión alimenticia a favor del cónyuge acreedor, en los términos de la fracción II;

VI.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición; y

VII.- Las modalidades bajo las cuales, el progenitor que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

En esta forma de divorcio, la mujer tendrá el derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias.

2.4. CONCEPTO DE DIVORCIO

El divorcio desde el punto de vista etimológico, gramatical, jurídico y doctrinal tiene un concepto diferente que a continuación mencionaremos:

Etimológicamente deriva de la "voz latina *divortium* y *divertere* que significa separarse lo que está unido, tomar líneas divergentes, irse cada uno por su lado."²⁶

Gramaticalmente significa separación.

26 GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1984, p 575

Jurídicamente de acuerdo con el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal "es la disolución del vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Mientras que doctrinalmente tiene diversos significados:

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias, "Es la acción y efecto de divorciar y divorciarse, de separar un juez competente, por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio"²⁷

Opina Silvia Martínez Rodríguez, "Es la separación de dos personas que celebraron un contrato llamado matrimonio y puede ser con o sin consentimiento de uno de los cónyuges"²⁸

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia señala que "Es una de las formas de disolver el vínculo matrimonial decretada por autoridad competente, que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio valido"²⁹

Así mismo establece que "Es una Institución por medio de la cual se rompe o disuelve voluntariamente el lazo matrimonial, viviendo los dos cónyuges, y deja a éstos en libertad de contraer nuevo vínculo."³⁰

Define Alejandro Ramírez Valenzuela, "Es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a

27 MARTINEZ RODRIGUEZ, Silvia, *El adulterio homosexual como causal de divorcio*, Facultad de Derecho UNAM, México, 1994, p.32

28 *Idem.*

29 ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t II, Bogotá Colombia, Ed. Temis, 1993, p 261

30 *Idem.*

los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido."³¹

También señala, "Es un mal por la manifestación del rompimiento de la unidad familiar pero es un mal menor y por ello necesario porque evita la vinculación legal de por vida de los que ya están desvinculados de hecho."³²

2.5. ELEMENTOS DEL DIVORCIO

Los elementos del divorcio lo componen las diferentes causales de divorcio que constituyen circunstancias graves consideradas por la ley que además pueden causar mal a los hijos y a los mismos cónyuges, por lo tanto, la ley establece la necesidad de que se separen los esposos para evitar males mayores.

La ley señala como causales que dan lugar al divorcio necesario las establecidas en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, mismas que analizaremos a continuación:

"I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges." Se entiende por adulterio gramaticalmente el ayuntamiento carnal y legítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados.

Nuestro derecho asumía dos formas diferentes de adulterio: como causal de divorcio y como delito, éste último ya derogado en el Código Penal para el Distrito Federal el 30 de septiembre de 1999,

31 RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro, *Elementos de Derecho Civil*, 2ª ed., México, Ed. Limusa, 1986, p.88.
32 *Idem*.

reformas que entraron en vigor el 1º de octubre del mismo año, dicho artículo señalaba que el adulterio debía ser cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

La fracción que analizamos habla de adulterio debidamente probado. La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, pues los adúlteros se refugian en la clandestinidad. Por ello la Suprema Corte admite la prueba indirecta "para la comprobación del adulterio como Causal de divorcio, la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable."

Existen otros casos de prueba plena del adulterio sin que esto implique la prueba directa de la comisión del mismo in fraganti. Cuando un hombre casado registra a un hijo habido con mujer distinta a su cónyuge, o cuando vive públicamente con otra mujer. Este segundo caso se conoce como adulterio permanente y al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio: tratándose de adulterio permanente debe considerarse que, aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses de concluido tal estado: pensar de otro modo llevará al absurdo de que si ese estado no terminará en muchos años se reduciría al cónyuge inocente, que por amor o respeto a los hijos haya prolongado por más de seis meses sus instancias de reconciliación, al padecer indefinida e irremediamente esa forma de agravio. Esta causal se analizará más a fondo en el capítulo tercero de la presente investigación.

"II.- El hecho que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éstas, con persona distinta a su

cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia.”

Esta causal implica una conducta desleal de la mujer hacia su cónyuge al no confesarle su estado de gravidez antes de contraer matrimonio, y por consiguiente, quererle atribuir una falsa paternidad.

De acuerdo con el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal señala cuando se presumen hijos de los cónyuges los hijos nacidos dentro del matrimonio así como los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge.

La ley otorga al marido acción de desconocimiento de ese hijo, esta acción no podrá operar en el supuesto señalado en el artículo 329 del Código antes mencionado en el que se consintió expresamente en el uso de métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

“III.- La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando él mismo lo ha hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.”

Implica esta causal una conducta inmoral, injuriosa y en ciertos casos delictiva. Se puede configurar el delito de lenocinio si se prueba que el marido o la mujer recibieron dinero o cualquier otra retribución por prostituir o permitir la prostitución de su cónyuge.

El Artículo 207 del Código Penal para el Distrito Federal establece que comete lenocinio el que explote el cuerpo de otra sin su consentimiento por medio del comercio sexual u obtenga de él un lucro cualquiera; al que induzca a otra para que comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución. y al que administre o sostenga prostíbulos, casa de cita dedicados a la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

"IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito."

Contempla esta fracción una conducta inmoral del que quiere provocar un delito en el otro y totalmente lesivo para éste.

La conducta que señala esta fracción puede constituir un delito, previsto por el artículo 209 del Código penal cuyo texto dice: "al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de 10 a 180 días jornadas de trabajo a favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido".

Conforme al artículo transcrito se requiere que la provocación se haga públicamente, en cambio la fracción analizada no lo requiere. Si la provocación no es pública, no se estará en el supuesto de un delito, pero sí dentro de la causal de divorcio. La incitación para cometer un delito puede tomar dentro del matrimonio inúmeras formas. Puede ser de palabra, por escrito y hasta por medio de determinados actos como el desprecio, la sonrisa burlona, el negarse a cumplir con el débito

conyugal y otros análogos con los que de una manera u otra se llegue a la provocación conyugal.

"V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción."

El vocablo corrupción tiene un sentido amplio que cabe dentro de él toda clase de conductas inmorales y de miserias humanas, entre otras: la embriaguez, fármaco-dependencia, la mendicidad, el robo, o la comisión de cualquier delito.

La ley no exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de las malas costumbres de sus hijos. Basta que la corrupción sea provocada o tolerada por los padres para que se configure la causal de divorcio.

"VI.- Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada;"

"VII.- Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo;"

Con respecto a estas dos fracciones el cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la separación de cuerpos.

Dicha fracción nombra en general cualquier enfermedad incurable como lo es actualmente el SIDA, enfermedad que no se ha encontrado el medicamento para su cura, los juzgadores acertaron al generalizar las enfermedades ya que actualmente han venido apareciendo

enfermedades desconocidas, por los científicos y las cuales no hay formas de prevenirlas ni mucho menos curarlas. Estas causales podrán solicitarse cuando el cónyuge tenga conocimiento de esa enfermedad por lo que la ley no da un término para poder solicitarla.

"VIII.- La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses."

Significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges: vivir juntos en el domicilio conyugal.

No importa que el cónyuge que deje la casa sin causa justificada siga cumpliendo con las demás obligaciones del matrimonio. Basta el hecho de haberse roto la cohabitación por más de seis meses para que se presente esta causal.

El Código no habla de abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de la separación de la casa conyugal.

Si además del abandono físico de la casa conyugal, se incumple el deber de alimentos y asistencia que en su caso debe cumplir el cónyuge abandonador, se estará además configurando un delito, el abandono de personas, establecido en el Código penal para el Distrito Federal en su artículo 336 que a la letra dice: " al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, aún cuando posteriormente cuenten con el apoyo de familiares o terceros, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión o de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa; privación de los derechos de familia, y pago, como

reparación de daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.”

“IX.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.”

El cónyuge que abandona la casa conyugal porque ya no soporta la vida en común, sobre la base de que el otro le ha dado causas de divorcios, debe demandar él mismo antes de que transcurra un año, o corre peligro de ser él el demandado por abandono de hogar.

“X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia.”

El estado de ausencia y el de presunción de muerte no operan en forma autónoma como disolución del vínculo matrimonial sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara este estado, la causa de divorcio.

“XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos.”

Mediante la sevicia se hace sufrir, con las amenazas se intimida y con las injurias se ofende.

Para calificar la sevicia, las amenazas o la gravedad de las injurias, el juez cuenta con un gran margen de arbitrio. Tomando en cuenta diversos factores como la frecuencia y reiteración de la conducta

del ofensor, el grado de educación de los cónyuges y de los hijos, la clase social a que pertenecen y sus particulares formas de convivencia.

“XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del artículo 168.”

El artículo 164 señala las obligaciones de los cónyuges dentro del matrimonio tales como: ayudar económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos.

El artículo 168 del Código Civil para el Distrito Federal reitera que los cónyuges tendrán igualdad jurídica, es decir, la misma autoridad; por tanto resolverán de común acuerdo todo lo relacionado con el hogar, la educación de sus hijos y la administración de sus bienes. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente.

Independientemente que los cónyuges hayan recurrido al juez para solicitar su intervención en la forma de cumplir con sus obligaciones de cargas del hogar y que el juez haya otorgado sentencia ejecutoriada, la simple negativa a cumplir con los deberes señalados en el artículo 164 es causa de divorcio.

“XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.”

Para que exista esta causal de divorcio, no es necesario que esta de lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una

sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el ministerio público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo, puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el juez civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas que es inoperante, que esta inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de una falta de estimación entre los cónyuges que hacen imposible la vida en común.

"XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada."

El hecho de que el cónyuge culpable deje de hacer vida conyugal por este lapso de tiempo es causal de divorcio, ya que es importante para el cónyuge inocente tener el apoyo del otro en cuanto a los derechos y obligaciones derivados del matrimonio.

"XV.- El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia."

Esta debe reunir dos circunstancias: el hábito vicioso y la amenaza viciosa de la ruina de la familia, o el vicio que provoca una constante desavenencia conyugal. El juez debe calificar si se aúnan las dos circunstancias, pues puede suceder que los hábitos de vicios señalados en alguno de los cónyuges hayan sido siempre tolerados por el otro y no amenacen la ruina de la familia, y ante circunstancias

posteriores (el interés sentimental en un tercero por parte del cónyuge demandante).

"XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada."

Los delitos que se realizan entre familiares se perseguirán por querrela de parte ofendida. Cuando el delito de esta naturaleza lo cometa un cónyuge contra el otro, éste puede optar por acusarlo penalmente, o pedir divorcio o ambas acciones.

Dicha causa consiste realmente en la conducta desleal hacia el cónyuge, que implica además falta de consideración, de respeto y de protección a los intereses del cónyuge.

"XVII.-La conducta de violencia familiar cometida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos."

Se entiende por violencia familiar la descrita en el artículo 323 Quater de este Código estableciendo "por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones.

Existen muchos casos en los que los cónyuges entre sí permiten que haya violencia en contra de los hijos o del mismo cónyuge

provocando diversos problemas en cuanto a su crecimiento y convivencia con las demás personas.

“XVIII.- El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativa o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar;”

Cuando exista una resolución no judicial pero sí administrativa, los cónyuges deberán seguir al pie lo resuelto en la misma y si no lo realizan podrán acudir ante una autoridad judicial para solicitar el divorcio por incumplimiento a lo determinado con anterioridad.

“XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinada a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.”

Los cónyuges al consumir estas sustancias provocan cambios en su estado de ánimo de los cuales no están conscientes de ellos y pueden llegar a hacer actos de los cuales no tengan conciencia de ellos perjudicando tanto los bienes del cónyuge como de los hijos.

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

Este método ya esta permitido por el Código Civil para el Distrito Federal, será valido cuando la fecundación se realiza con el consentimiento del otro cónyuge, pero si éste no dio su consentimiento y no estaba enterado podrá promover la presente causal, ya que el hijo

producto de esa fecundación obtendrá todos los derechos y obligaciones como si fuera un hijo engendrado por ambos, desde la fecundación.

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

Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre y cuando ésta sea lícita, según artículo mencionado en esta causal, toda vez que la vida de casados actual requiere del apoyo económico de ambos cónyuges para poder salir adelante.

2.6. NATURALEZA JURÍDICA DEL DIVORCIO

El divorcio se considera como una institución prácticamente necesaria, como un mal necesario, pues remedia una situación familiar conflictiva, aunque lo hace a través de su desintegración.

Por lo que "el divorcio es más que una alternativa funcional, que la sociedad pone al servicio de la pareja, cuando su relación ha dejado de ser satisfactoria o ha dejado de cumplir sus fines o se ha vuelto tan conflictiva que deja de tener sentido real el menester la unión externa".³³

No se puede dejar de reconocer que, en el mundo actual, existe un verdadero y pavoroso problema del divorcio, difícil de resolver por medios exclusivamente legislativos, sin que esto suponga que las leyes

33 PÉREZ DUARTE Y NUÑEZ, Alicia Elena, *Derecho De Familia*, México, Ed. UNAM, 1990, p.41

sobre esta institución no deban ser reformadas convenientemente para que, en lo posible, se impida la destrucción caprichosa del vínculo matrimonial, con ofensa de la moral y agravio de los derechos de los hijos (cuando los haya). Porque, evidentemente, la práctica del divorcio, en algunos países, revela, con una generalidad lamentable, la infracción de deberes morales fundamentales y una vergonzosa interpretación de los fines de esta institución.

2.7. EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO

Los efectos jurídicos del divorcio son diversos e importantes sobre todo cuando hay hijos, mismos que se detallan a continuación:

2.7.1. CON RESPECTO A LOS HIJOS

Los hijos habidos en el matrimonio tienen derecho no sólo a ser alimentados por sus padres, sino a satisfacer sus necesidades materiales, (a ser educados incluyendo la cultura y todo el ambiente necesario para desarrollar las potencias que el hombre lleva al nacer). El divorcio, por tanto, en el campo jurídico, es siempre violatorio de los derechos de los hijos.

Durante el procedimiento de divorcio, en específico divorcios voluntarios los hijos quedan bajo la custodia de la persona que los divorciantes hayan acordado, así lo señala el artículo 273 fracción I, en divorcios necesarios el artículo 282 fracción V del Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 282.-Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I.- La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar este el lugar de su residencia. La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del artículo 267 de este Código.

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos deben dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes par que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecerá ambos cónyuges la anotación preventiva de la demanda en el Registro Publico de la Propiedad del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deberán quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el

procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;

VI.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII.- En los casos en el que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

a) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde se habita el grupo familiar.

b) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabaja o estudian los agraviados.

c) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VIII.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX.- Requerirá a ambos cónyuges porque le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tiene, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante

el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise;

X.- Las demás que considere necesarias.

En caso de divorcios necesarios la sentencia fijará la situación definitiva de los hijos conforme a lo que indica el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual, otorga facultades al juez para resolver todo lo relativo a las obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los mismos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los hijos incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas.

Para el caso de mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas necesarias.

Lo anterior esta relacionado con los artículos 311, 311 Bis, 311 Ter, 311 Quater que se mencionan a continuación:

Artículo 311.- Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente.

Este artículo es tan importante ya que la alimentación de los hijos, educación, salud, dependen económicamente de la aportación recibida por parte del deudor alimentario.

"Artículo 311. Bis.- Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos."

En su contenido el artículo en cuestión señala a bien que las personas mencionadas necesitan alimentos toda vez que los menores no tienen la capacidad jurídica para poderse valer por sí solos y sobre todo para mentenerse, así también el discapacitado aún mayor de edad necesitará sus padres para toda su vida con algunas excepciones ya que depende la discapacidad que tenga, así también el que se dedique al hogar tendrá derecho a recibirlos ya que no cuenta con recursos para alimentarse.

"Artículo 311. Ter.- Cuando no sean comprobables el salario o los ingresos del deudor alimentario, el juez de lo familiar resolverá con base

en la capacidad económica y nivel de vida que el deudor y sus acreedores alimentarios hayan llevado en los dos últimos años."

Este artículo le da toda la facultad de resolver al juez correspondiente de acuerdo al estudio socioeconómico que deberá hacersele a los acreedores alimentarios, siendo este discrecional ya que cada juzgador cuenta con un criterio diferente.

"Artículo 311. Quáter.- Los acreedores alimentarios tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga dicha obligación, respecto de otra calidad de acreedores."

Este artículo estuvo a bien agregar al presente Código ya que muchas veces los deudores alimentarios por no cumplir con esta obligación su actual cónyuge promovía alimentos para que el porcentaje fuera menor.

2.7.2. CON RELACIÓN A LOS CONYUGES

Cuando el divorcio se ha producido por falta o culpa de alguno de los cónyuges el juez "sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente" (art. 288 del Código Civil para el Distrito Federal), tomando en cuenta las circunstancias establecidas en este artículo que a la letra dice:

ARTÍCULO 288.- En los casos de divorcio necesario, el juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta:

I.- La edad y el estado de salud de los cónyuges;

- II.- Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo;
- III.- Duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia;
- IV.- Colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge;
- V.- Medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades; y
- VI.- Las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En todos los casos, el cónyuge inocente que carezca de bienes o que durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos.

Con respecto al Divorcio voluntario de tipo administrativo los cónyuges deciden con respecto a ambos. Así mismo en el divorcio voluntario judicial estas circunstancias las establecen en el convenio que presentan al momento de iniciar dicho procedimiento.

En la fracción IX del Art. 267 del Código Civil para el Distrito Federal es criticable desde muchos puntos de vista, pues legitima al cónyuge culpable para ejercer la acción de divorcio contra el inocente: un cónyuge comete faltas que configuran causal de divorcio; el otro, ante esas faltas, interrumpe la convivencia conyugal, pero no desea pedir el divorcio tratando de salvar la familia; al año, el culpable, queda legitimado para pedir el divorcio. Esta acción de divorcio tendría que comenzar por probar la propia falta del actor, y el inocente sería el que da causa al divorcio por su falta de no pedirlo durante el año de ausencia. Ahora bien, con esto el inocente sería quien dio causa al divorcio, y por tanto perdería lo donado o prometido por su cónyuge (art. 286 del Código Civil para el Distrito Federal) y podría resultar

condenado a pagar una pensión al inocente pues este no obstante su falta original, es quien demanda el divorcio ante la culpa de no pedirlo en un año.

Las pensiones derivadas del divorcio no son realmente pensiones de alimentos, pues se deben independientemente de la necesidad del acreedor o de la posibilidad del deudor a la sentencia en caso de divorcio necesario como una indemnización a cargo del culpable.

El principal efecto del divorcio con relación a los cónyuges es hacer desaparecer el vínculo conyugal y todos sus efectos, es decir, quedar en absoluta libertad para contraer nuevo matrimonio como lo señala el artículo 289 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cuando se haya ejecutoriado una sentencia de divorcio, el juez que haya dictado la sentencia enviará copia al Juez del Registro Civil, para que levante el acta correspondiente y publique un extracto de la misma durante quince días, en las tablas destinadas para tal efecto.

La supuesta protección a la divorciada y a los hijos menores, a cuyo favor se ha decretado una pensión se vuelve con frecuencia una situación de desamparo pues las pensiones se pagan mal y tarde; si no es que son insuficientes desde el principio, se vuelven irrisorias por la inflación o por la irresponsabilidad del cónyuge deudor que de hecho, en un gran porcentaje de casos simplemente se abstiene de entregar las cantidades a que ha sido condenado, lo cual se agrava cuando ha contraído nuevo matrimonio, con lo que el cónyuge y los hijos del primero, dejan de tener interés para él.

2.7.3. CON RESPECTO A LOS BIENES

El cónyuge culpable pierde todo lo que le hubiere sido dado o prometido por su consorte o por otra persona, en consideración al matrimonio. Debe pagar al cónyuge que no ha dado causa al divorcio los daños y perjuicios que le cause.

La sentencia de divorcio pone fin a la sociedad conyugal, la que debe liquidarse desde luego.

Al respecto el artículo 287 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la sentencia que decreta el divorcio y tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que quedan pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges 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 llegan a la mayoría de edad.

CAPITULO 3

ADULTERIO

3. ANTECEDENTES DEL ADULTERIO

3.1. DERECHO ROMANO

El adulterio en el Derecho Romano era únicamente penado cuando lo cometía la mujer.

En tiempos de Rómulo el marido con la facultad que le daba el consejo de familia no sólo perseguía a la adúltera, sino que era el árbitro en cuanto a la penalidad.

Después, y conforme a la ley *julia de adulteriis*, se declaró público éste delito, diferenciando tres clases de acusaciones: *iure mariti, parentum et extraneorum*; Constantino abolió esta última facultad y sólo abarco a los parientes próximos, triunfando la que persiste en todos los derechos vigentes, es decir, solo el cónyuge inocente podrá hacerla valer.

La acción para perseguir a la mujer adúltera prescribía a los cinco años y no podía ejercerla si existía connivencia en el adulterio de la mujer, pues en tal caso el marido era indigno y por tal tolerancia se hacía reo del delito. La acción se extinguía si había reconciliación, y ésta se presumía si no arrojaba de su lado a la adúltera.

En la época de Augusto tuvo gran importancia la *lex de adulteriis Coercendis* en la se señalaba que el padre podía matar a la hija adúltera, el marido podía (según los casos) matar o detener al cómplice.

La acusación se reservaba al marido y al padre durante sesenta días, si dejaban transcurrir este periodo sin presentarla quedaba expedito el camino a *quivis de populo*.

Por otra parte "se sancionaba con pena pública, como alcahuetería al marido que no repudiaba a la esposa adúltera las penas eran todas pecuniarias, pero gravísimas"³⁴

La penalidad de la adúltera en Roma varió en el decurso de los tiempos. En los más primitivos, el marido tenía el derecho de darle muerte. Durante la República, la pena fue sólo de destierro; pero al aumentar la corrupción, se establecieron penas más severas.

La *lex julia de adulteriis* castigaba el adulterio con relegación. Constantino impuso la pena de muerte; Justiniano modificó esos castigos, a la mujer adúltera ordeno que fuera azotada y recluida en un monasterio de donde el marido podía sacarla a los dos años, de lo contrario, quedaba allí como monja. Hizo una distinción cuádruple de divorcios entre los cuales se encontraba el repudio o divorcio unilateral por culpa, el cual era lícito cuando se presentaban las siguientes causas: conjura u ocultación de conjuras contra el soberano, insidias al otro cónyuge, adulterio o malas costumbres de la mujer o el lenocinio intentado por parte del marido o el comercio asiduo de éste con otra mujer, aún fuera de la casa conyugal, o falsa querrela de adulterio por parte suya, en esos casos era castigado el cónyuge culpable.

Así fue como el adulterio en las distintas Epocas del Imperio Romano fué conocido y penado.

³⁴ RUIZ, Aranglo, *Historia del Derecho Romano*, Tr, Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez, España, Ed. Reus Madrid, 1983, p 314.

3.2. DERECHO CANÓNICO

En los países influenciados por el Derecho Canónico, el adulterio constituye la principal causal para el denominado divorcio católico (separación de lecho, mesa y habitación), pudiendo cometerlo el hombre como la mujer.

Para este Derecho la única causa de separación total y perpetua de los cónyuges, es el adulterio cometido por uno de los cónyuges, de acuerdo con lo establecido en su canon 1.129 que señala las condiciones o requisitos para la consumación del hecho que da motivo a la separación personal de los consortes, siendo ellos: a) formal y culpable, es decir, a sabiendas de que se comete; b) consumado por la unión carnal, no obstante otros actos torpes, adulterinos; c) moralmente cierto.

El segundo párrafo del mismo canon, se refiere a la condonación tácita de uno de los cónyuges que consiente el adulterio del otro, cuando expresamente lo manifiesta así, cuando sabiendo que va a cometerlo y pudiendo fácilmente impedirlo, no lo impide o cuando uno de los cónyuges impulsa o provoca al otro a cometerlo. Hay compensación cuando los dos cónyuges cometen adulterio, importando poco quien lo haya cometido antes o más veces. El adulterio que reúna las condiciones expresadas en el canon es causa para que el cónyuge inocente pueda separarse del adúltero; pero no tiene obligación de hacerlo.

El subsiguiente canon establece que el cónyuge inocente, una vez que se ha separado legítimamente, ya sea por sentencia del juez o por autoridad propia, no tiene obligación alguna de admitir de nuevo al cónyuge adúltero al consorcio de vida.

El Canon 2.357 párrafo uno establece que los seglares que hayan sido legítimamente condenados por delitos contra el sexto mandamiento, cometidos con menores que no han llegado a los dieciséis años de edad, o por estupro, sodomía, incesto o lenocinio, son *ipso facto infames* además de otras penas. El canon 2359 párrafo 2° determina que si "los clérigos *in sacris concubinarios* sean seculares o religiosos que cometan esos delitos con menores de dieciséis años que practiquen adulterio, estupro, bestialidad, sodomía lenocinio o incesto con sus consanguíneos o afines en primer grado, debe declarárseles infames, privárseles de cualquier otro oficio, beneficio, dignidad o cargo, y en los casos más graves debe deponérseles.³⁵

El Derecho Canónico establece en su noveno mandamiento "No deseares a la mujer de tu prójimo", sancionando a los adúlteros desde el punto de vista religioso.

3.3. EL ADULTERIO EN MEXICO

En México, la figura jurídica de adulterio no ha tenido muchos cambios ya que desde la época prehispánica se conocía como un delito sexual, posteriormente se agrego como causal de divorcio en el Código

³⁵ Enciclopedia Jurídica Omega, t I, Buenos Aires, Ed. Driskill, 1979, p.62.

Civil, por lo que estudiaremos las diversas épocas hasta la actualidad relacionadas con esta figura.

3.3.1. EPOCA PREHISPÁNICA

En la Época Prehispánica ya era conocido el adulterio en las diversas culturas que existían, entre las más importantes se encuentran la cultura Azteca y Maya que a continuación mencionaremos:

3.3.1.1. CULTURA AZTECA

Los aztecas no consideraban al adulterio como causal de divorcio, pero sí como un delito sexual, así lo señalaba la ley que los regía, transcribiendo a continuación lo más importante relacionado con el adulterio:

El delito de adulterio podía ser cometido:

I.- por la esposa principal con varón soltero o casado

II.- por la esposa secundaria con varón soltero o casado

III.- por un varón cuando tenga relaciones sexuales con la esposa de otro.

No se consideraba delito de adulterio cuando había relaciones sexuales entre un hombre y la manceba del otro, salvo que el amancebamiento fuera de mucho tiempo atrás, o bien cuando los amancebados eran considerados por sus vecinos como casados.

Este delito se castigaba no obstante el perdón dado por el ofendido, aunque la pena era menos rigurosa.

Cuando la esposa adúltera y su cómplice eran sorprendidos *in fraganti* por el esposo ofendido, los llevaban al tiaguís, donde se les aplicaba la pena de muerte, aplastándoles la cabeza entre grandes piedras.

Si los adúlteros no eran sorprendidos *in fraganti*, pero el marido tuviere sospechas que después resultaren ciertas, se les aplicaba la pena de muerte por ahorcamiento.

Si la esposa adúltera mataba al esposo ofendido se le castigaba con la pena de muerte quemándolo públicamente en la plaza.

Si los adúlteros eran miembros de la nobleza se les aplicaba el garrote y muerte por cremación.

En caso de que el adulterio se relacionara con esposas reales, se les daba muerte por estrangulación y se demolía su casa.

Para que se castigara el delito de adulterio no bastaba la acusación del cónyuge ofendido, sino que era necesario además que los culpables se encontraran confesos y que hubiera testigos.

Al marido ofendido se le prohibía hacerse justicia por su propia mano, aún cuando hubiere sorprendido a su cónyuge en flagrante delito.

El marido que mataba a su esposa por haberla sorprendido en flagrante delito de adulterio sufría la pena de muerte. "En caso que la mate por indicios o sospechas sufrirá el mismo castigo."³⁶

3.3.1.2. CULTURA MAYA

Entre los mayas el adulterio era considerado como un delito, sancionado con pena de muerte a la mujer y al hombre que lo cometiera, "cuando los encontraban en flagrante delito, o bien si existía sospecha, les prendían fuego y si no confesaban les daban tormento y después de confesado el delito, los condenaban a muerte"³⁷

Se consideraba adulterio únicamente la unión de un hombre con una mujer casada; pero no la del hombre aún cuando fuese casado, con mujer soltera.

3.3.2. EPOCA COLONIAL

En la época Colonial con la conquista los españoles, éstos trataron de imponer sus leyes a los indígenas, entre las más destacadas que hablaban del adulterio encontramos las siguientes:

En la recopilación de leyes de Indias de la Nueva España, de Andrés de Alcábiz aparecen las siguientes disposiciones sobre adulterio:

24^a. La probanza para el adulterio era que debían encontrarlos juntos y la pena era que públicamente los apedreaban.

³⁶ H. ALBA, Carlos, *Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*, 2^a ed., México, Instituto Indigenista Interamericano, 1949, p 20

34ª Apedreaban a las que habían cometido adulterio y con el que ellas habían pecado.

35ª A ninguna mujer ni hombre castigaban por este pecado de adulterio, si sólo el marido de ella lo acusaba, sino había de haber testigos y confesión de los malhechores y si estos eran principales los ahogaban en la cárcel.

36º Tenía pena de muerte el que mataba a su mujer por sospechas o indicios, los jueces lo habían de castigar.

En esta época el Fuero Real, el Fuero Juzgo, las Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, la Novísima Recopilación y todos los demás Ordenamientos Jurídicos, establecían en resumen las siguientes disposiciones sobre el adulterio:

a) El adulterio sólo era referible a la mujer casada y a su amante adulterino. Nunca el hombre podía ser acusado de adulterio. En el Fuero real de España hay un precepto que justificaba y toleraba las relaciones sexuales de un hombre casado, cuando hace fornicio con mujer que no sea casada ni desposada.

b) La pena impuesta era la de muerte en un principio, pero posteriormente se dejó el castigo en manos del marido ofendido, para imponer a su arbitrio la pena que juzgara conveniente, ambos quedaban en poder del marido y éste hacía de ellos lo que quería.

c) Sólo era castigado a instancia de parte agraviada, es decir, por querrela del esposo ofendido y excepcionalmente podían presentar la acusación en contra de los adúlteros, el padre, el hermano o los tíos, pero jamás personas extrañas.

El adulterio en esa época se vincula a la infidelidad de la mujer, porque ésta es contada por lecho de su marido y no de ella como dicen las partidas. La consumación del delito se reputa esencial, a veces bastaba con la presunción, aunque por tratarse de una ofensa a la fe conyugal y a los derechos del marido, no debía existir adulterio hasta en tanto existiera un matrimonio, en las Partidas y en la Ley del Toro era posible una vez celebrados los Esponsales. Por la misma razón podía decirse que no hay adulterio si el matrimonio no es válido; pero las Leyes de Toro lo pusieron en duda, y las Recopilaciones rechazaron esta defensa de los adúlteros y facultaron al marido para acusarlas como si el matrimonio fuese verdadero.

Resulta discutible el derecho del marido para perseguir a la mujer adúltera queda invalidado cuando él mismo cometió también infidelidad conyugal; de las leyes de las partidas parece deducirse así pero de otras se desprende lo contrario, sobre todo al decidir que la mujer no puede acusar al marido de adulterio, toda vez que los daños y las deshonras no son iguales.

El abandono de la acusación de este delito extingue la facultad de perseguir a la mujer delincuente, también cuando el marido acude ante el juez y manifiesta ya no querer acusarla como consta en las Partidas; la acción prescribía ordinariamente a los cinco años. La penalidad en el Fuero Real establecía que se ponían a los adúlteros a disposición del marido.

Las Leyes de Partidas después de señalar los grandes males y daños que resultarían de este delito adoptan las disposiciones que dio Justiniano en sus novelas de Instituta. La Recopilación volvió al viejo criterio de entregar a los culpables al marido, dejando a su arbitrio su persona y sus bienes, pero no puede matar al uno y dejar al otro, pudiendo matar, a ambos

El adulterio reprimido es sólo el cometido por la mujer. Sólo se castigaba al hombre cuando yace con mujer casada. La libertad absoluta que se confiere al marido para castigar a los desleales, tiene un solo límite: no puede cohabitar más con su mujer bajo sanciones económicas (Ley 12). Esta obligado a repudiarla.

En el Fuero viejo de Castilla y en el Fuero Real, aunque no contienen sanciones de carácter civil con relación a la sociedad conyugal se presume que el cónyuge inocente está facultado para pedir la separación de su mujer.

La acción para perseguir el delito correspondía al marido, pero si éste la abandona, la podía solicitar su padre sus hermanos o sus tíos, pues mientras el casamiento no se hubiere partido, no debía poder acusar ninguno extraño (ley 2).

Cabe destacar que el adulterio como causal de divorcio no se encontraba establecido en ordenamiento jurídico alguno.

3.3.3. EPOCA INDEPENDIENTE

Con el movimiento de Independencia se fueron creando diversas leyes que iniciarían a regir el México Liberal.

Benito Juárez expidió, la Ley del Matrimonio Civil, en la que se estipulo, que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad Civil; no puede celebrarse sino por un solo hombre con una sola mujer. El matrimonio era el único medio moral de fundar la familia y de conservar la especie, debiéndose cada uno fidelidad, confianza y ternura.

Establece entre las causas legítimas para el divorcio, el adulterio, excepto cuando ambos esposos hayan cometido adulterio o cuando el esposo prostituye a la esposa con su consentimiento.

La acción de adulterio era común a ambos cónyuges, pero la mujer según declara el artículo 21, Inciso 1º de esta Ley solo tenía el derecho para entablarla cuando el adulterio del marido estaba acompañado de concubinato público.

A continuación haremos una breve referencia de los Códigos Civiles en donde se ha regulado el adulterio:

3.3.3.1. CODIGO CIVIL DE 1870.-

En los artículos 241 y 227 respectivamente señalaban como primera causal de divorcio al adulterio de uno de los cónyuges, reglamentando una diferencia en cuanto el cometido por el esposo y por

la mujer, contra ésta bastaba la simple demostración del adulterio para que el divorcio se decretara; contra el marido no producía ese efecto si no concurría alguna de las siguientes circunstancias:

1.- Que el adulterio hubiera sido cometido en la casa común.

2.- Que hubiera habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal.

3.- Que hubiera habido escándalo o insulto público hecho por el marido o la mujer legítima.

4.- Que la adúltera hubiera maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima.

La razón de la diferencia que existe entre el hombre y la mujer para solicitar el divorcio, se comprendía en que los legisladores de esa época, consideraban como de mayor gravedad el adulterio cometido por la mujer, ya que ésta con su infidelidad introducía en la familia del marido hijos extraños, atribuyéndosele a éste la paternidad de ellos y disminuyendo las porciones que les señala la ley a los hijos legítimos con respecto a la herencia.

3.3.3.2. CODIGO CIVIL DE 1884.

Este Código siguió los mismos lineamientos del Código Civil de 1870, ya que el Código de 1884 establecía en su artículo 228 las mismas causales de divorcio: " El adulterio de la mujer es siempre

causal de divorcio; el del marido es solamente cuando con él concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.- Que el adulterio hubiera sido cometido en la casa común: para que esta acción de divorcio procediera en contra del marido era suficiente que la infidelidad la hubiere cometido por una única ocasión.

2.- Que hubiera habido concubinato entre los adúlteros, dentro o fuera de la casa conyugal: en este inciso, para que la relación habida entre los adúlteros fuera causal de divorcio, no se tomaba en cuenta el lugar en donde el acto fuera cometido, o mejor dicho, independientemente del lugar, solamente se tenía presente la constante repetición del mismo, era preciso que existieran relaciones más o menos continuas, ya por concubina se entendía a aquella mujer que sin estar casada vivía con un hombre como si fuera la esposa de éste y para que existiera concubinato era necesario que el hombre y la mujer hicieran vida común durante un período más o menos prologando.

3.- Que hubiera habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima: en este inciso el adulterio cometido por el esposo, también era causal de divorcio cuando estaba acompañado de publicidad, a tal grado que cause escándalo dentro de la sociedad y constituía para la esposa legítima un insulto; este escándalo o insulto público debía ser producido por el esposo.

4.- Que la adúltera hubiera maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima: este inciso establece que, cuando el adulterio del marido vaya aunado a malos tratos de palabra o de obra, por parte de la

adúltera o producidos por terceras personas, pero por culpa de ella en contra de la mujer legítima, también era causal de divorcio para la mujer.

En este inciso vemos que la procedencia del divorcio en el caso de adulterio del marido, no se fundaba en un hecho del mismo, si no en un hecho de la mujer adúltera, aún más, éste podía ser, también de una tercera persona.

3.3.3.3. CÓDIGO CIVIL 1917 (LEY DE RELACIONES FAMILIARES)

Este Código en materia de divorcio, siguió los lineamientos trazados por la ley anterior.

No introduce ningún cambio con relación al adulterio considerado como causal de divorcio, ya que continúa regulándolo con la misma forma que su antecesor, el de 1884.

3.3.3.4. CODIGO DE 1928. -

El Código de 1928 es el Código que actualmente nos rige, siguió el camino que a su vez ya había seguido la ley de Relaciones Familiares.

En el primer inciso del artículo 267 del actual Código Civil para el Distrito Federal, señala al adulterio como causal de divorcio igual que sus antecesores, solamente varía la redacción, ya que establece "el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges". Esta pequeña variante en la redacción, deja al cónyuge inocente en una situación realmente difícil, ya que las pruebas para acreditarlo resultan casi imposibles debido a su propia naturaleza.

El Código en mención no establece una definición del mismo para poder partir de la definición y así acreditar dicha causal, así es de que debemos acudir ya sea a la Doctrina o a la Jurisprudencia para reunir las pruebas suficientes que puedan disolver el vínculo matrimonial por medio de esta causal.

Sin lugar a dudas, la más grande innovación que este Código introdujo en nuestro Derecho, con relación al adulterio, fué el hecho de equiparar a la mujer con el hombre para los efectos de considerarlo como causal de divorcio.

Como el matrimonio es considerado como la célula que da origen al organismo denominado sociedad y de él depende el logro de la plena estructuración de la misma, el cual tiene como pedestal el amor y como calidad inseparable el deber de mutua fidelidad que los cónyuges aceptan en el momento en que celebra este.

En el recorrido histórico que hemos realizado en este capítulo, nos damos cuenta que ha sido una eterna preocupación del legislador, la salvaguarda del deber de fidelidad que ambos cónyuges se deben, ya que en todos y cada uno de los pueblos, el adulterio ha sido castigado, en algunos lugares con extrema crueldad.

En materia civil, el adulterio siempre ha sido causa de separación de cuerpos o de divorcio vincular, según las legislaciones citadas con anterioridad, en las que el adulterio de la mujer ha sido más severamente castigado, teniendo en cuenta su mayor gravedad desde el punto de vista de la filiación legítima.

Nosotros hemos criticado a las anteriores legislaciones que en materia civil han regido, por no equiparar la conducta de ambos cónyuges en cuanto al adulterio, así mismo manifestamos nuestro reconocimiento a los legisladores que en el Código Civil de 1928 corrigieron esa anomalía que no tenía ninguna razón de ser, en virtud de que la fidelidad es un deber que incumbe por igual a ambos cónyuges y quien lo viole, tendrá que sufrir las consecuencias de su mal proceder, el cual no es en la mayoría de los casos promovido toda vez que es difícil de probar.

3.4. CONCEPTO DE ADULTERIO

Etimológicamente proviene de dos palabras latinas "*alterius et torus*" que quieren decir "en romance como lecho de otro", porque la mujer es contada por lecho de su marido.

Otros diccionarios establecen que deriva del latín "*adulterium*", que proviene a su vez de "*alterius thorum ire*", que significa andar en el lecho ajeno.

En lenguaje común se entiende que es la relación sexual de una persona casada con otra que no es su cónyuge.

Del pensamiento Doctrinal citaremos algunos autores que dan su definición sobre adulterio, entre los cuales se encuentran:

Carlos Tejedor señala que "es la violación de la vida conyugal, cometida corporalmente y a sabiendas."³⁸

Carranca señala "que es el quebrantamiento del deber de fidelidad conyugal."

El maestro Puig Peña señala "que es la perturbación que causa a la familia y a la sociedad en general."

Para Nuñez "es la violación de la afectación conyugal y de la moralidad del núcleo familiar."

Cuello Calón establece al respecto que "es la violación del orden jurídico- matrimonial."

González de la Vega dice que "es la alteración de la paz y la tranquilidad de la familia matrimonial."

A.P. de Moreno opina que "es la ofensa al cónyuge inocente y el trastorno del orden y la moralidad de la familia."³⁹

Vicente Tejera señala "que el adulterio no es delito, ni privado, ni público, es el incumplimiento de un pacto civil voluntario o legal que tiene que ser ventilado ante Tribunales Civiles y por medio de las leyes civiles."

El Diccionario Jurídico Omeba establece el concepto de adulterio "como el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo alguno de los dos o ambos casados."⁴⁰

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, t 1, Buenos Aires, Ed. Driskill, 1979, p 531.

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia lo define como "el acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una casada que no sea su marido, es decir comete adulterio tanto el marido como la mujer que falta a la fidelidad que mutuamente se deben."⁴¹

Jurídicamente no existe una definición de adulterio, ya que únicamente está establecido en las causales de divorcio que la describe como " el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges" por lo que se debe acudir a su definición gramatical, doctrinal y jurisprudencial.

La Jurisprudencia lo define:

ADULTERIO.- No constituye una norma atípica el artículo 231 bis del Código Penal de Durango, que prevé y sanciona el delito de adulterio, que fue adicionado por el decreto de fecha 19 de septiembre de 1983, publicado en el periódico oficial de ese estado el día 22 de los propios mes y año, pues si bien el texto de tal dispositivo, no define el término "adulterio", no resulta indispensable para puntualizar los elementos constitutivos de dicho antijurídico, que el legislador precise los significados de todas las palabras empleadas en el precepto, ya que tal caso, basta con acudir a la connotación ordinaria que tenga el vocablo de mérito. Así, si el numeral en comento, señala, que se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo de la significación general que tiene aquella palabra, la cual está al alcance del común de las gentes, se desprende, que un primer elemento de dicho delito lo constituye precisamente una acción de adulterio; la que a su vez, consiste en **la relación ayuntamiento sexual de una persona, con otra de distinto sexo estando alguno de los dos unido en**

⁴¹ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t I, Bogotá Colombia, Ed. Temis, 1991, p 191.

matrimonio con diversa persona; esto en virtud de que la acepción común o vulgar que el término "adulterio" tiene, según el Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984, tomo I, página 31, editado por la Real Academia Española, es como sigue: "**Adulterio.- (del latín adulterium) masculino. Ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge. 3....**"En cuanto a los restantes elementos del delito es estudio, de la norma invocada, se advierte, que se requiere, además, que la acción de **adulterio se cometa en el domicilio conyugal del ofendido, o con escándalo.** Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. IV Segunda Parte-1, pág. 51. Octava Epoca.

La mencionada jurisprudencia define al adulterio y establece como requisitos para que exista: estar casado uno de los adúlteros, que exista entre ambos ayuntamiento carnal y que los adúlteros sean de diferente sexo, siendo difícil de probar ya que los adúlteros se ocultan.

Nosotros establecemos que el adulterio es cuando una persona casada tiene relaciones sexuales con otra distinta de su cónyuge, violando la fidelidad conyugal que se deben desde el momento de contraer matrimonio, alterando la paz y tranquilidad de éste, no necesariamente debe ser cometido en el domicilio conyugal o con escándalo ya que los adúlteros lo hacen discretamente, y para probarlo no es necesario encontrarlos en el acto sexual o coital para poder demostrar la infidelidad.

De la presente definición sobresale un concepto importante, la infidelidad conyugal que es el quebrantamiento de la fé conyugal, con ocasión del matrimonio particularmente en el orden sexual, lo cual encuentra establecido através de la causal de adulterio en nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien cuando señala que altera la paz y tranquilidad del matrimonio, se refiere a la familia en sí, ya que cuando se contrae matrimonio se forma una familia que es un conjunto de personas ligadas por el parentesco y que viven en un solo lugar, bajo un mismo techo, es decir, es el conjunto de personas entre las que median relaciones de parentesco (consanguinidad, afinidad, adopción) a las que la ley les atribuye algún efecto jurídico.

Cuando señala que no es necesario cometerlo en el domicilio conyugal (domicilio común de los cónyuges) o con escándalo (manifestación de una conducta consistente en actos o en palabras susceptibles de ofender a la moral o a las buenas costumbres o de constituir un mal ejemplo para la sociedad), significa que lo pueden hacer en cualquier otro lugar para que se de la causal.

Las pruebas aportadas para demostrar dicha causal pueden ser hasta las no establecidas por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal siempre y cuando no vayan en contra de la ley y de las buenas costumbres, las cuales se estudiarán en el siguiente capítulo.

3.5.EFECTOS DEL ADULTERIO

Los efectos del adulterio relativos a los cónyuges, a los hijos y a los bienes son diversos y sobre todo muy importantes para el estudio de esta figura jurídica tan importante, mismos que estudiaremos con más detalle a continuación:

3.5.1. RELATIVOS A LOS CÓNYUGES

Los impedimentos para la celebración del matrimonio, son ciertas circunstancias establecidas por la ley como obstáculos para su celebración en razón de distintas consideraciones de condición, moralidad, juridicidad, etc.

El Derecho Canónico define los impedimentos como aquellas circunstancias que la ley (divina o humana) obstaculizan para que se contraiga válidamente o lícitamente el vínculo conyugal.

Entre los Impedimentos que establece el Código Civil, señala al adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio cuando ese adulterio haya sido comprobado de acuerdo al artículo 156 fracción V del Código en comento.

La razón de este impedimento es moral, implicando una sanción a la conducta ilícita de los adúlteros, consistente en negarles la forma jurídica del matrimonio en atención a su propia conducta.

Dentro de la clasificación que se ha hecho de los Impedimentos para celebrar el matrimonio, el adulterio habido entre las personas que pretenden contraerlo, es un impedimento dirimente, ya que trae consigo la nulidad del matrimonio celebrado entre estos.

El Código Civil para el Distrito Federal da la oportunidad al consorte inocente del adulterio de solicitar al juez competente la disolución del vínculo que lo une con el adúltero (a), así mismo al culpable del mismo se le condena a la pérdida de derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad de los hijos si los tuviere, al

sostenimiento económico de la familia, la pérdida de lo que hubiese dado o prometido su consorte así como la imposibilidad de volver a casarse sino hasta pasado dos años contados a partir de la fecha en que se decreta el divorcio, fundamentado esto en los artículos 278,283, 286, 288 y 289 del Código Civil para el Distrito Federal.

Estos hechos afectan la esfera jurídica del cónyuge responsable de este acto, estos efectos no se hacen extensivos a la otra persona que participo en el ilícito, pero nuestro Código Civil para el Distrito Federal atribuye consecuencias jurídicas a las personas responsables de adulterio que hubieren participado en el mismo, con independencia de la disolución o no del vínculo matrimonial.

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 1316 fracciones III y IV la Incapacidad para heredar por testamento o por Intestado mismas que se transcriben a continuación:

"Artículo 1316. Son incapaces de heredar por testamento o por Intestado:

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

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

De lo anterior se desprende que la principal consecuencia relativa a los cónyuges con relación a la causal de adulterio es que recobran su entera capacidad para contraer nuevamente matrimonio. (art. 289 del Código Civil para el Distrito Federal)

3.5.2. RELATIVOS A LOS HIJOS

Las consecuencias jurídicas relativas a los hijos con relación al divorcio cuando se promueve la causal de adulterio, "pueden ser diversas, principalmente existe impedimento para ejercer la patria potestad, para ser nombrado tutor, la de ser heredero por testamento o intestado, la de disponer libremente de sus bienes, la de recibir por donaciones entre vivos y/o por última voluntad."⁴²

De lo anterior se desprende que las consecuencias jurídicas con respecto a los hijos cuando se da la causal de divorcio son las siguientes:

a) El cónyuge culpable pierde la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de sus obligaciones.

b) El cónyuge que diere causa al divorcio pierde los derechos que tuviere a alimentos y todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste.

c) 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.

d) Constituye impedimento no dispensable para contraer matrimonio y causa de nulidad en su caso, el adulterio habido entre los que pretenden contraerlo cuando haya sido judicialmente comprobado.

3.5.3. RELATIVOS A LOS BIENES

Las consecuencias jurídicas del divorcio por promover la causal de adulterio, respecto a los bienes son las siguientes:

El cónyuge culpable pierde todo lo que se le hubiere 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 (artículo 286 del Código Civil para el Distrito Federal)

Así también si los cónyuges en su demanda de divorcio solicitaron una indemnización del 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido el juez en la sentencia resolvera lo conducente.

En la sentencia de divorcio el juez fijará lo relativo a los bienes de acuerdo a lo establecido por el artículo 287 Código Civil para el Distrito Federal.

3.6. NATURALEZA JURÍDICA DEL ADULTERIO

El adulterio es una causal de divorcio, la cual podrá ser solicitada a través del juicio ordinario civil, para que proceda la misma.

3.7. ELEMENTOS DEL ADULTERIO

Hay que destacar que para que exista adulterio en materia Civil basta que cuando menos uno de los adúlteros se encuentre unido en

⁴² ESCRICHE , Joaquín. *op. cit.*, t I. p 548.

matrimonio. Civilmente, son irrelevantes las condiciones o circunstancias en que se lleve a cabo la relación sexual.

Cabe destacar que existe el adulterio ocasional y el permanente en forma de amasiato, debe considerarse que aunque la antigüedad de su iniciación exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses después de concluido tal estado, pues de otro modo 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.

Por lo que dichos elementos se resumen de la siguiente forma:

En la existencia del vínculo matrimonial. Para solicitar el divorcio, es necesario que el cónyuge infiel sea casado en el momento de verificarse el acto adulterino, ni legal ni doctrinalmente es aceptado como adulterio la cópula realizada antes de celebrarse el matrimonio, o bien después de disuelto el vínculo matrimonial.

La acción de divorcio por causa de adulterio como cualquier otra causal esta sujeta a que el cónyuge inocente promueva dicha causal, ya que la violación del deber de fidelidad es generalmente sancionado, porque perturba la organización de la familia y pone en duda la paternidad. Sin embargo, algunas legislaciones solamente consideran al adulterio como violación al deber de fidelidad, para efectos civiles.

Cabe destacar que la falta de definición de adulterio en el Código Civil para el Distrito Federal nos lleva a consultar la jurisprudencia y la

doctrina y con base a esas definiciones podemos establecer los elementos que serán necesarios para acreditar el adulterio y así poder promover dicha causal para la disolución del vínculo matrimonial, mismos que se resumen de la siguiente manera:

a) que uno o ambos de los adúlteros sea casado.

b) que tengan relaciones sexuales, mismas que violan uno de los principios fundamentales del matrimonio, la fidelidad.

Respecto a los elementos señalados anteriormente se podía llegar a pensar que podrían ser del mismo sexo los adúlteros, pero desde el punto de vista jurídico no podría ser así ya que el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer para perpetuar la especie, es decir, no es permitido aún el matrimonio entre personas del mismo sexo, partiendo de esto aunque el adulterio viola un principio fundamental del matrimonio que es la infidelidad no podría serlo del mismo sexo jurídicamente, aún a sí creemos que debería ser considerable la propuesta de que se acredite el adulterio cuando se de la infidelidad con persona del mismo sexo, ya que actualmente se ha dado con más frecuencia esta situación.

Es por eso que creemos importante señalar el punto siguiente ya que son diversas las causas que pueden dar motivo al adulterio, mismas que se explican a continuación.

3.8. CAUSAS QUE PUEDEN DAR ORIGEN AL ADULTERIO

Comenzaremos por hacer referencia sobre la tendencia a la infidelidad si ésta se produce con más frecuencia en el hombre o en la

mujer, la realidad es que en la vida cotidiana, en ambos casos es igual, tomando en cuenta diversos factores como son el económico, psicológico, geográfico y social que influyen en la pareja durante su vida conyugal.

En tiempos pasados, el hombre se relacionaba más con personas del mismo sexo y no con el sexo opuesto, en virtud de que su cónyuge se encontraba más relacionada con las labores del hogar y el cuidado de los hijos, por lo que tenía menos posibilidades de ser infiel a su esposo, y el varón tenía más posibilidades de hacerlo.

En la medida que ha pasado el tiempo, la situación económica del país ha cambiado y por consecuencia la de sus ciudadanos; actualmente la mujer trabaja aportando dinero para el sostenimiento de la casa, este cambio se ha dado en parte por la llamada liberación femenina que no fue otra cosa que la eliminación del yugo masculino y que se transmite hacia cada generación de una manera más abierta, y que esta cayendo en un caos social y de valores y patrones de comportamiento.

Por esta situación ha dejado de ser simple auxiliar del esposo en el hogar, para convertirse en una verdadera compañera en la vida matrimonial al igual que el esposo, como consecuencia tiene igualdad para actuar en la sociedad profesionalmente y de esta forma tiene más relaciones con otras personas del sexo opuesto, tomando en cuenta que el porcentaje de mujeres que no pertenecen al campo laboral también son partícipes del adulterio permanente.

Entre otros aspectos algunos autores sostienen que las relaciones extramatrimoniales son buenas en el sentido de que pueden

servir para salvar un matrimonio ya que con ellas se reafirman las relaciones de los consortes mejorando la adaptación recíproca entre ellos, pero esto dependerá de la educación que tengan cada uno de los cónyuges, toda vez que para uno pueden ser normales estas relaciones y para otro ir en contra de sus valores, mismos que los establece la sociedad y que fueron impuestos desde la conquista de los españoles.

Con respecto a la infidelidad el maestro Muñoz Sabaté opina que "la infidelidad es una cuestión psicológica y no biológica. Nadie va contra natura porque cohabite con distintas personas, desde el punto de vista biológico, lo natural puede ser precisamente esto último y no la dedicación exclusiva a un solo compañero."⁴³ Ya que en diferentes países como en la cultura Musulmana se permite la organización familiar poligámica, es decir, la unión de un hombre con varias mujeres o la poliandria que consiste en la unión de una mujer con varios hombres. En comunidades de la India, el adulterio se le conoce como la unión sexual entre un miembro del harén con persona distinta del mismo por lo que en algunos países no existe el adulterio como figura jurídica

Para mayor entendimiento, estudiaremos las diferentes causas que puede ser motivo de que se de el adulterio:

3.8.1. CAUSAS FISIOLÓGICAS

El instinto sexual de las personas se controla y es reprimido por la inteligencia y educación del individuo según el medio social en que se

⁴³ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Sexualidad y Derecho, Elementos de Sexología Jurídica*, Barcelona España, Ed. Hispano Europeo, 1986, p 165.

desarrolla atendiendo las condiciones económicas, culturales y geográficas entre otras.

Por estas causas no todos los seres humanos controlan su instinto sexual de la misma forma, ya que esto depende de las circunstancias antes descritas, siendo posible que la función sexual sufra algunos trastornos o alteraciones que se pueden clasificar en dos grupos:

a) Alteraciones que modifican el coito, esto es, que las personas lleven una vida normal a pesar de sus trastornos sexuales denominados disfunciones sexuales.

b) Perversiones o aberraciones sexuales, también conocidas como alteraciones de la conducta sexual, también denominadas variantes o desviaciones sexuales.

Cabe señalar que los trastornos sexuales pueden atender a causas fisiológicas y psicológicas, este punto se refiere exclusivamente a las causas fisiológicas del adulterio, por lo que nos abocaremos al estudio de ellas.

Las alteraciones fisiológicas del coito referidas al impulso pueden presentarse aumentadas, disminuidas o ausentes, encontrándose aumentadas en personas con deseos exagerados por el acto sexual, alteración denominada "satiriasis" en el varón y "ninfomanía" en la mujer. Estas disfunciones pueden ser algunas de las causas que producen la infidelidad y por consecuencia pueden constituir el adulterio debido a la imposibilidad física de algunos de los cónyuges para satisfacer sexualmente a su pareja.

Otra causa fisiológica que puede dar motivo al adulterio, es la alteración en el coito por impotencia para la cópula en el varón o la frigidez en la mujer, lo que motivaría que el cónyuge insatisfecho complazca su deseo y necesidad sexual con persona distinta a su pareja ante la imposibilidad física de realizar la cópula. Este tipo de alteración puede tener su origen también en causas psicológicas que impidan al individuo el coito.

3.8.2.-CAUSAS PSICOLOGICAS

Estas causas se relacionan con la alteración de la conducta sexual del individuo, referidas al objeto sexual y al modo de expresión, entre las cuales mencionaremos las siguientes:

a) Homosexualidad, alteración que se refiere a la atracción sexual entre varones, pudiendo darse una desviación semejante entre las mujeres que llamamos lesbianismo, nuestra legislación no permite el matrimonio entre parejas de un mismo sexo.

La homosexualidad deriva de la palabra griega homo, que significa "mismo" o "Igual" (es decir, atracción erótica hacia alguien del mismo sexo). No proviene, como pudiera pensarse, del latín homo, que significa " hombre". La palabra homosexualidad se aplica a la atracción entre personas del mismo sexo, sean hombres o mujeres, aunque popularmente se usa para referirse a los hombres. La palabra comúnmente usada para una mujer homosexual es lesbiana, que deriva del nombre de la Isla griega de Lesbos, patria de la poetisa Safo (siglo VI a. C.), cuyas poesías celebran el amor homosexual femenino.

Gramaticalmente la palabra homosexual es una atracción hacia el propio sexo, que puede estar combinada con cierto grado de atracción heterosexual.

Una estadística precisa sobre la incidencia de esta conducta irregular que el 3% de las mujeres y del 3 al 6% de los hombres de E.E.U.U., son homosexuales preferentes o exclusivos. Los datos disponibles sugieren que la frecuencia del fenómeno en otros países, es similar.

La mayoría de quienes han tenido experiencias homosexuales, no son homosexuales preferentes eróticamente. Las estadísticas reunidas durante la década de 1940 por Kinsey en E.E.U.U., mostraban que aproximadamente el 50% de los hombres y el 28% de las mujeres informan al menos una experiencia abiertamente homosexual entre el principio de la adolescencia y la edad de 45 años, si se incluyen las experiencias preadolescentes, los porcentajes son mayores. En el 37% de los hombres y el 13% de las mujeres, tales experiencias llegaron hasta el orgasmo al menos una vez. Estudios más recientes muestran relativamente pocas diferencias o cambios. Esas experiencias ocurren sobre todo durante la infancia y a lo largo de la adolescencia.

Hay más homosexualidad de la que creemos que existe, lo que pasa es que las personas callan sus preferencias sexuales sobre todo los bisexuales y más aún si estos son casados y han formado una familia.

¿La homosexualidad queda comprendida en el adulterio?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, no menciona nada al respecto.

En el adulterio lo que se sanciona es la falta de cumplimiento del deber de fidelidad, en el homosexualismo, existe una inclinación torcida, anormal que convierte en aberrante la conducta sexual del cónyuge que la practica. Difícilmente podría encuadrar, por otra parte, dentro del concepto legal de la injuria, aún así existe en la vida cotidiana más frecuentemente que se de la infidelidad de la pareja con persona del mismo sexo, situación por la cual debería ser incorporado el adulterio de la infidelidad de tu pareja con persona del mismo sexo, partiendo desde el punto de que no existe definición en algún ordenamiento jurídico y por lo tanto debemos recurrir a la jurisprudencia y doctrina en la situación actual a la que esta pasando la sociedad se podría recurrir a la definición más acertada a la realidad la del maestro penalista Carranca que establece " es el quebrantamiento del deber de fidelidad conyugal"

¿La Homosexualidad debe incluirse expresamente como causal de divorcio?

En Derecho Familiar se entiende por adulterio, la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados.

Surge la problemática en el sentido de que sí es causal de divorcio la relación sexual, si así se le puede llamar consistente en el ayuntamiento de una mujer casada con otra mujer, ya sea casada o soltera; o bien la relación sexual entre un hombre casado y otro, lo sea o no. En estricto derecho, no puede haber adulterio, porque la relación sexual debe ser con persona de distinto sexo. El adulterio como causal

de divorcio se da cuando se viola la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, al tener relaciones ilegítimas con un tercero.

Ante la ausencia de una regulación legal, queda fuera de la causal de adulterio, los actos sexuales contra natura. A pesar de su gravedad, el legislador no tomó en cuenta estos actos ni dentro del adulterio ni en forma autónoma.

El Derecho cambia conforme la sociedad va evolucionando de acuerdo a las necesidades que ésta requiera, es por eso que actualmente es más común que una pareja que aparentemente sea normal y tenga definido su gusto por el sexo opuesto o que aparente esto aunque en la realidad tengan preferencia por personas del mismo sexo y se casen para aparentar o mantener en secreto su desviación sexual y acudan al matrimonio para cubrir apariencias por miedo al rechazo que la sociedad le llegara a tener por esas tendencias.

En tal sentido puede haber ayuntamiento carnal con persona del mismo sexo se puede dar si partimos de que el ayuntamiento carnal es conocido más comúnmente como relación sexual y para que exista esta debe haber cópula necesariamente y entre varones puede darse así mismo entre mujeres.

a) Narcisismo, alteración sexual consistente en la admiración del propio cuerpo y de sí mismo, pues en ocasiones por insatisfacción orgásmica individual o mutua, en el matrimonio, se experimenta la necesidad de sentirse atractivo para el otro sexo lo que culminaría en la práctica del ilícito en estudio.

b) Fetichismo, consiste en realizar el acto sexual utilizando objetos inanimados que se asocian con el placer sexual.

c) La Gerontofilia, consiste en la atracción sexual hacia las personas de mayor edad, que es una variante referida al objeto sexual, que puede culminar en relaciones adúlteras.

Con respecto a la desviación de la conducta sexual referente al modo de expresión mencionaremos las siguientes:

A. Másoquismo, es la obtención del placer sexual mediante el sufrimiento de un dolor físico o mental.

B. Sadismo, consistente en la obtención del placer sexual mediante crueldad, ya sea por dolor físico o humillaciones contra la persona con quien se sostiene la relación.

C. Amañismo y Oralismo, consiste en la realización de la cópula por vías no idóneas, utilización del recto para su práctica o bien felatio o cunnilingus que es la aplicación de la boca sobre los genitales de alguno o de los dos cónyuges también llamado oralismo.

D. Coprofilia, que consiste en la atracción hacia el excremento o secreciones humanas con el fin de alcanzar el placer sexual.

Todos estos conceptos anteriores pueden dar lugar a la desviación de la conducta de la pareja para cometer adulterio debido a la negativa por parte de uno de los cónyuges para practicar este tipo de desviaciones sexuales.

3.8.3.- CAUSAS SOCIALES

La infidelidad dentro del matrimonio presupone la existencia de conflictos dentro del mismo que pueden ser las causas que dan origen a la conducta adulterina de alguno de los cónyuges:

A) Puede ser una discrepancia o desacuerdo entre los cónyuges.

B) Por torpeza de uno o de ambos respecto al modo o frecuencia en sus relaciones sexuales.

A un exceso de pudor o recato en las relaciones sexuales de la pareja, por lo que recurren a otra persona para satisfacer sus fantasías sexuales.

Al abandono en la coquetería de la mujer o el desinterés del marido por conservar su apariencia agradable para su cónyuge.

A una progresiva identificación con los hijos a costa del cónyuge.

La incapacidad de identificarse con las precauciones o problemas del cónyuge, encontrando en un amigo o compañero de profesión o cualquier otra persona que le simpatice o que le atraiga físicamente relacionándose con ella para lograr la comprensión que le hace falta.

También es factible que la mujer busque las relaciones extra maritales con la finalidad de allegarse de recursos económicos para el sostenimiento del hogar por falta de responsabilidad de su pareja para cumplir con sus obligaciones de proporcionar alimentos a la familia.

3.9. PROBLEMATICA ACTUAL

El adulterio no lo encontramos definido ni por el Código Penal, ni por el Código Civil para el Distrito Federal, por lo que necesariamente tenemos que recurrir a criterios doctrinarios y jurisprudenciales. Como hemos señalado anteriormente, gramaticalmente el adulterio se hace consistir en la unión sexual de dos personas que no están unidas por el matrimonio civil y de las cuales una de ellas o las dos, están casados civilmente con un tercero.

En la Doctrina de Derecho Civil en México se considera que la existencia del adulterio como causal de divorcio implica la existencia de la fidelidad como un deber conyugal. Así la fracción I del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges es causal de divorcio."

Es difícil probar una conducta establecida en el ordenamiento legal por lo que se tiene que recurrir a su concepto gramatical y es precisamente su probanza jurídica una de las condiciones que para la configuración de la causal es necesaria.

Aparentemente el legislador sólo consideró al adulterio consumado como la conducta sancionable con el divorcio.

Igualmente se afirma que se castiga exclusivamente el coito normal pues es el único que pueda provocar un embarazo y, por lo tanto la adulteración de la sangre o el linaje familiar del cónyuge ofendido.

Estas afirmaciones que pueden parecer absurdas, tienen su fundamento en las consideraciones de tipo moral y en el interés que la sociedad tiene en la institución del matrimonio, es decir: salvaguardar los intereses de los hijos que pudieran surgir de la relación sexual y señalar de manera indubitable la paternidad.

La Suprema Corte de Justicia establece que no es necesario que se trate de una relación sexual- colto basta que el trato de un cónyuge hacia un tercero, cuando por su intimidad denote una falta al debido respeto conyugal una ruptura en las relaciones matrimoniales o un deshonor al otro cónyuge.

También se considera que no es necesario que se pruebe el adulterio consumado, bastarán indicios claros que permitan al juzgador evaluar la ruptura de la *affectio maritalis* causada por las relaciones amorosas, íntimas de las relaciones amorosas íntimas del cónyuge con un tercero.

Jurídicamente debería existir una definición en el Código Civil para el Distrito Federal ya que esta contemplado como causal de divorcio pero éste no establece un concepto.

En el Código Penal para el Distrito Federal se derogo este delito, pero en este ordenamiento tampoco establecía una definición, ya que sólo daba los elementos de existencia del mismo, que consistían en que el adulterio fuera cometido en el domicilio conyugal o con escándalo, es decir, dicho Código no señalaba la definición de la conducta de adulterio, sino nada más establecía la punibilidad aplicable a los culpables de adulterio y dos descripciones de cómo tenía que ser esa conducta.

Actualmente nuestro Código Civil para el Distrito Federal no da propiamente una definición de adulterio como causal de divorcio, lo que debe entenderse en su significado general la fracción que implica un ataque a la institución del matrimonio por medio del acceso carnal entre una persona casada, sea cual fuere su sexo y una persona extraña a ese vínculo matrimonial.

Por lo que se propone una definición para ser incorporada en la legislación Civil vigente para el Distrito Federal que a continuación mencionaremos:

El adulterio es cuando una persona casada tiene relaciones sexuales con otra distinta de su cónyuge, violando la fidelidad conyugal que se deben desde el momento de contraer matrimonio, alterando la paz y tranquilidad de este, no necesariamente debe ser cometido en el domicilio conyugal o con escandalo ya que los adulteros lo hacen discretamente, y para probarlo no es necesario encontrarlos en el acto sexual o coital para poder demostrar que le es infiel al cónyuge inocente.

CAPITULO 4

PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO

4. PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO NECESARIO (ORDINARIO CIVIL)

Para que proceda el divorcio necesario promoviendo la causal de adulterio se requieren los siguientes supuestos:

4.1.1. La existencia de un matrimonio válido.

Este requisito se cumple con la presentación de la copia certificada del acta de matrimonio cuya disolución es solicitada a través de la demanda de divorcio, la cual se deberá anexar a dicha demanda.

4.1.2. Acción ante juez competente.

El divorcio es una controversia de orden familiar. Por ello el juez competente en materia de divorcio necesario es el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal (artículo 159 con relación al 156 fracción XII del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

4.1.3. Expresión de causa específicamente determinada.

Ya quedó expresado anteriormente que las causas en nuestro sistema de divorcio, son de carácter limitativo y no ejemplificativo, cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas en otras, ni ser ampliadas por analogía ni por mayoría de razón. La causal que se invoque debe forzosamente ajustarse a las señaladas en las veintiún que se analizaron en el segundo capítulo del presente trabajo. (artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, Fracciones I a XXI)

Por lo demás la causa no tiene que ser única, pueden invocarse al mismo tiempo dos o más causales; pero todas y cada una de ellas son autónomas.

En este caso se expresará como causa la de adulterio.

4.1.4. Legitimación procesal.

La acción de divorcio es exclusiva de los cónyuges. Es una acción personalísima, entendiéndose por tal que sólo puede ser iniciada y continuada hasta la obtención de la sentencia, por los propios interesados, en este caso los cónyuges. En consecuencia, ningún tercero puede ejercitar la acción de divorcio. Ello no quiere decir que tengan que llevar por sí mismos el proceso y que se requiere en todo caso su comparecencia personal. Puede perfectamente actuar a través de un tercero que este facultado para ello. El Código contiene norma expresa al respecto.

“El divorcio necesario sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él, y dentro de los seis meses siguientes al día en que tengan conocimiento de los hechos en que se funde la demanda, excepto en el caso de las fracciones XI, XVII, XVIII, del artículo 267 de este Código, en el que el plazo de caducidad es de dos años así como con las demás salvedades que se desprenden de este artículo”.(Artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal) . Significa también que esta acción no es transmisible ni en vida ni por causa de muerte: “La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismo derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio” (artículo 290 del Código Civil para el Distrito Federal).

En cuanto a la capacidad de las partes para actuar, el cónyuge menor de edad puede asumir en el juicio de divorcio tanto el papel de actor como de demandado, pero en ambos casos se le nombrará un tutor dativo. Así lo exige el artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal. "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: II. De un tutor para negocios judiciales".

El tutor en este caso no funciona como representante legal del menor. Se limitará a asistir, a aconsejar al cónyuge menor en la secuela del procedimiento judicial.

4.1.4. Tiempo Hábil.

La acción de divorcio necesario en la que se promueve la causal de adulterio puede ser iniciada en cualquier momento del matrimonio; el artículo 278 del Código Civil para el Distrito Federal señala el término de seis meses siguientes al día en que se tenga conocimiento de los hechos, para que el cónyuge ofendido pueda promover dicha demanda.

Cuando la causa consiste en un hecho determinado en el tiempo (injurias, adulterio único, etc.) el término de caducidad es de seis meses a partir del momento en que se configura la causal, o en que se entera el cónyuge demandante. Si deja transcurrir los seis meses sin interponer la demanda, caduca su derecho con respecto al hecho específico en que consistió la causa que pudo invocar, pero podrá invocarlo por nuevos hechos que constituyan causal de divorcio, aunque sean de la misma especie (artículo 281 del Código Civil para el Distrito Federal), así como la muerte de alguno de los cónyuges.

4.1.6. Que no haya habido perdón o reconciliación.

“Una vez iniciado el divorcio, ponen fin al juicio, tanto la reconciliación de los cónyuges, como el perdón del ofendido y la muerte de alguno de ellos. En caso de los dos primeros supuestos, ellos deberán notificarlos al juez y la omisión de la notificación no destruye los efectos de la reconciliación, o del perdón en su caso” (artículos 280, 281 y 290 del Código Civil para el Distrito Federal).

4.1.7. Formalidades procesales.

El juicio de divorcio deberá llevarse con todas las formalidades de carácter procesal que exige el Código de la materia. Es un juicio de carácter ordinario, regido por los artículos 255 al 429 inclusive del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, juicio que tiene diversas etapas procesales, mismas que se señalan a continuación.

4.1.7.1. Demanda.

Se inicia el procedimiento con la demanda en la cual el cónyuge ofendido reclamará la disolución del vínculo matrimonial, señalando el adulterio como una causal de divorcio establecida limitativamente en el art. 267 fracción Idel Código Civil para el Distrito Federal.

En dicha demanda se mencionarán las pruebas que estime necesarias para la comprobación del delito de adulterio (documentales, testigos, peritos, etcétera).

Con la demanda deberá anexarse copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de los hijos si los hubiera y las demás pruebas que tengan al momento de presentar la demanda.

Al admitirse la demanda, o antes, si hubiere urgencia se dictará provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

Artículo 282.-Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I.- La separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar este el lugar de su residencia. La separación conyugal decretada por el juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII, IX del artículo 267 de este Código.

II.- Señalar y asegurar la cantidad que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicio en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges deberá hacerse la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad

del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede embarazada;

V.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deberán quedar provisionalmente los hijos. El Juez de lo Familiar, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor, resolverá lo conducente. Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre;

VI.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

VII.- En los casos en el que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las causales invocadas en la demanda, tomará las siguientes medidas, con el fin de salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, que tratándose de violencia familiar deberá siempre decretar:

A) Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde se habita el grupo familiar.

B) Prohibición al cónyuge demandado de ir a lugar determinado, tal como el domicilio o el lugar donde trabaja o estudian los agraviados.

C) Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a los agraviados a la distancia que el propio Juez considere pertinente.

VIII.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

IX.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual los adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y

X.- Las demás que considere necesarias.”

Si bien es cierto que la madre es la persona idónea para el cuidado de los infantes y que, normalmente las madres desean y reclaman la custodia de sus hijos, pese a la enorme tarea y responsabilidad que ello les exige, no es menos cierto también que, en los casos de divorcio, la mujer tendrá una doble tarea: el cuidado de los hijos y el trabajo remunerado que debe obtener para proveer a ella y a sus hijos, de los alimentos necesarios. Por ello, este deber que se le impone a la madre “... los hijos menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre”, debiera acompañarse del deber correlativo del padre de otorgar la pensión alimenticia completa a los hijos y, en su caso, parte de los alimentos de la madre. Con la redacción actual del citado artículo se le impone a la madre una doble carga y desobliga al padre de una tarea que debe ser compartida por ambos progenitores: la atención y el cuidado de sus hijos. La redacción correcta de la citada F.V del 282 debiera ser, en su parte final, pensamos: “ “...Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, la madre tendrá el derecho de quedarse con la custodia de sus hijos menores de doce años. En este

caso, el padre subvendrá todas las necesidades pecuniarias de sus hijos.”

4.1.7.2. Contestación y reconvencción en su caso.

Admitida la demanda el Juez de lo Familiar mandará emplazar al cónyuge que haya dado motivo al divorcio, y que dentro del juicio tenga el carácter de demandado, a fin de que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

En la contestación a la demanda, el cónyuge indicará si son o no ciertos los hechos señalados en la demanda y, por lo tanto, si ha incurrido o no en la causal de divorcio que se le imputa. En su caso, puede también, en el mismo escrito de contestación promover reconvencción, o sea, hacer valer a su vez, causas de divorcio en contra del demandante. Respecto de la reconvencción o contrademanda, los papeles de actor y demandado se invertirán.

4.1.7.3. Traslado de la reconvencción (sí la hubo)

De presentarse reconvencción el juez deberá correr traslado de ella al cónyuge demandante, para que la conteste dentro de seis días.

El auto que dicta el juez al momento de que se contesta la demanda y la reconvencción se señalará fecha para audiencia previa y de conciliación de acuerdo a lo establecido en el artículo 272-A. Si en dicha audiencia no llegan a un convenio los cónyuges, el juez mandará abrir el juicio a prueba.

4.1.7.4. Ofrecimiento de pruebas.

En esta etapa se conceden diez días a ambos cónyuges para ofrecer cada uno las pruebas que estimen pertinentes para probar los hechos narrados en su demanda y contestación, o sea, para probar al juez la existencia de la causal de divorcio aducida.

En materia de divorcio pueden emplearse los medios de prueba que enumera el art. 289 del Código de Procedimiento Civiles, escogiendo las más adecuados según el caso no debe olvidarse que existen reglas especiales para efectuar el ofrecimiento de cada una de las diferentes pruebas, dichas reglas se encuentran contenidas en los arts. 291 a 297 inclusive del Código citado.

Transcurrido el término de diez días para ofrecimiento de pruebas, el juez debe dictar resolución en la cual determinará que pruebas de las ofrecidas se admiten, es decir dicta auto de admisión de pruebas, las cuales ya están establecidas desde el momento de presentar la demanda excepto aquellas supervenientes.

4.1.7.5. Recepción y desahogo de pruebas.

En seguida se pasará a la recepción y desahogo de las pruebas, exclusivamente de aquellas que hubieren sido admitidas, y en cuanto a esta etapa procesal, también hay normas especiales aplicables a cada tipo de prueba. Estas normas se encuentran contenidas en los arts. 308 al 383 del Código de la materia.

Existen pruebas que requieren para su recepción y desahogo, de la celebración de una audiencia, a la cual deberán concurrir los

cónyuges, en sus respectivos papeles de actor y demandado, bien sea personalmente, o a través de apoderado legal, además de testigos o peritos si los hubiere. Como sucede con las siguientes pruebas: confesional, testimonial, pericial y reconocimiento o inspección judicial.

Hay otros tipos de prueba como, por ejemplo, la documental, pública o privada, la consistente en fotografías, copias fotostáticas, etc., que se dicen quedan desahogadas por su propia naturaleza, es decir, se encuentran ya integradas en el expediente y no necesitan de una audiencia especial para desahogarlas.

De cualquier manera, la audiencia establecida en el art. 385 del propio Código, debe celebrarse el día y hora que para ese efecto señale el juez que conoce del asunto, iniciándose con la indicación de las personas que comparecen y deban intervenir. Acto continuo se procede al desahogo de las pruebas, primero las de la parte actora y después las de la parte demandada.

Las pruebas, que se ofrecen para demostrar el adulterio como causal de divorcio son las siguientes:

4.1.7.5.1. DOCUMENTAL PÚBLICA

En primer lugar se presenta el acta de matrimonio para acreditar la existencia del vínculo jurídico que une a la actora con el demandado.

En el supuesto de que el adúltero haya tenido hijos con persona distinta a su cónyuge se podrá presentar el acta de nacimiento de estos.

Dicha prueba se considera como documental pública, toda vez que tiene pleno valor probatorio como lo establece el artículo 327 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles, éstas documentales se desahogan por su propia y especial naturaleza de acuerdo a los artículos 39, 50, y 340 del Código Civil para el Distrito Federal; así como los artículos 327, fracción IV, 333 y 403 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, dicha prueba se puede reforzar con otras como la confesional y la testimonial (pueden fungir como testigos los familiares, amigos y empleados domésticos que hayan estado cerca del matrimonio, el Tribunal podrá realizar las preguntas que estime convenientes a éstos de acuerdo con el artículo 366 del Código de Procedimientos Civiles).

Para reforzar esta prueba cabe hacer mención de la jurisprudencia que menciona que para la comprobación del adulterio se admite la prueba indirecta como son los atestados del Registro Civil que a continuación se transcriben:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE.- Para la comprobación del adulterio como causal de divorcio para la prueba directa es comúnmente imposible, por lo que debe administrarse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable.

Apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, cuarta parte, Tercera Sala, página 490.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE PRUEBA.- El adulterio como causal para demandar el divorcio, es susceptible de probarse por medio del acta de nacimiento de un hijo natural del

cónyuge habido con persona distinta a su esposo legítimo, porque aún cuando se trata de un documento público que no constituye una prueba para demostrar directamente la causal, en cambio si hace prueba plena en cuanto al nacimiento del menor y a lo declarado por quienes lo presentaron y reconocieron y quedando demostrado el hecho relativo al nacimiento del hijo natural, cuando aún subsista el vínculo matrimonial, queda deducida la existencia del adulterio, que es una consecuencia de aquel hecho y establecida la presunción relativa a la existencia de la causal invocada.

Semanario Judicial de la Federación, sexta época, volumen CXXXI, cuarta parte, julio de 1967, Tercera Sala, página 39.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE NO. ES PRUEBA SUFICIENTE DEL MISMO, EL ACTA DE NACIMIENTO DE UN MENOR CUYA PROCREACIÓN FUERA DE MATRIMONIO SE ATRIBUYE A LA PARTE A LA QUE SE IMPUTA TAL CAUSAL, SI NO SE ACREDITA QUE ESTA HAYA FIRMADO DICHA ACTA. La copia certificada del acta de nacimiento de un hijo supuestamente habido fuera de matrimonio no es idónea para probar un supuesto adulterio, si en la misma aparece el demandado como progenitor del registrado, pero no consta sin embargo que hubiese comparecido a registrar a dicho menor reconociéndolo como su hijo, firmando el acta en cuestión; y si acaso tal documento pudiera considerarse como un indicio de la causal alegada, para poder, con base en él, tener por probada ésta, se requeriría que fuera administrado con otras pruebas. Octava Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, IX Abril, 489.

Estas jurisprudencias mencionan la prueba indirecta en el supuesto de que el adúltero haya tenido un hijo con persona distinta a su cónyuge, situación que no se da en todos los supuestos de adulterio por lo que se deberá recurrir a otras pruebas.

4.1.7.5.2. PRUEBA TESTIMONIAL

La prueba testimonial es de suma importancia para demostrar la infidelidad de alguno de los cónyuges, en materia familiar pueden ser testigos los familiares, amigos y empleados domésticos que conozcan a los cónyuges. Esta prueba se desahogará a través de una audiencia en la que los abogados de las partes podrán cuestionarlos, así como el Tribunal de acuerdo a los intereses de descubrir la verdad en cuanto al adulterio, siempre y cuando las preguntas se basen en los hechos narrados en la demanda y contestación de la misma.

Esta prueba se refuerza con las jurisprudencias que a continuación se transcriben:

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

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido la procedencia de la prueba indirecta para demostrar el adulterio, dada la imposibilidad en la mayoría de los casos para hacerlo en forma directa, sólo para que pueda considerarse acreditada dicha causal es indispensable que de los hechos demostrados se pueda deducir de manera lógica y consecuente, la infidelidad que se alegue, ya que para que las presunciones humanas merezcan fe, es menester que entre el hecho afirmado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso más o menos necesario, al grado que produzca en

el juzgador la certidumbre de la existencia del hecho alegado; en el caso, lo más que llegan a demostrarte los testimonios aportados es que hubo un reconocimiento extrajudicial por parte del demandado y de la otra persona, en relación con la vida extramarital que dicen llevaban, lo cual es insuficiente para evidencia del adulterio que invoca la actora, porque no es la conducta infiel en su mecánica, la que se está demostrando con los testimonios, sino tan sólo el reconocimiento de ellos y son dos cosas diferentes ejecutar una conducta y reconocerla. Octava Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo V Segunda Parte-1, Página 186.

Dicha jurisprudencia cuestiona el papel que realizan los testigos para demostrar tal causal ya que el adúltero difícilmente reconocerá haber cometido adulterio.

4.1.7.5.3. PRUEBA CONFESIONAL

Es poco probable que el cónyuge adúltero confiese que se tiene o se han tenido relaciones con personal distinta a la de su cónyuge, pero dicha prueba se puede demostrar a través de las posiciones que le haga el abogado del cónyuge inocente en la audiencia correspondiente, además del cuestionamiento que haga el Tribunal con respecto a los hechos narrados en la demanda y contestación de la misma.

Aún cuando con la prueba confesional el actor quiera demostrar el adulterio, no será posible ya que tendrá que reforzarla con otros medios de prueba, para mayor abundamiento existen algunas tesis jurisprudenciales al respecto tales como:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que para la comprobación del adulterio como causal de divorcio, se admite la prueba indirecta, pero la misma debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta adulterina o infiel del cónyuge, así como la mecánica del adulterio, de manera que si solamente se trata de acreditar una confesión vertida por uno de los cónyuges, ello no es suficiente para la comprobación de la mencionada causal. Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, Séptima Epoca, Tomo 103- 108 Cuarta Parte Pág. 110.

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE INEFICACIA DE LA CONFESIÓN FICTA PARA DEMOSTRARLO, SI NO SE ADMINICULA ESTA A OTRAS PROBANZAS. La confesión ficta de la actora, por no haber concurrido a la diligencia de absolucón de posiciones, pese a estar citada para ello con el apercibimiento de ley, si es el único elemento de prueba con que se pretende demostrar el adulterio atribuido a la cónyuge, no es bastante para demostrar la procedencia de la acción reconvenzional ejercitada y, por tanto, carece del valor probatorio que se le atribuye, porque dicha prueba, según lo ha sostenido esta Sala en la tesis jurisprudencial 124, visible a fojas 368, de la Cuarta Parte de la última compilación del Semanario Judicial de la Federación, constituye una presunción que, para que tenga eficacia plena, maxime tratándose de demostrar con ella una causal de divorcio, debe ser acompañada de otros elementos probatorios, que la robustezcan. Semanario Judicial de la Federación, Tercera Sala, Séptima Epoca, Tomo 97-102 Cuarta Parte, pág. 70.

Ambas jurisprudencias establecen que para demostrar el adulterio debiera ser acreditado con diversas pruebas que en su conjunto pueden llevar al juzgador a deducir el adulterio.

4.1.7.5.4. INSPECCION JUDICIAL

Esta prueba podrá ser de suma importancia para la demostración del adulterio, toda vez que los abogados podrán acudir al lugar en que la parte actora señale para saber la realidad de los hechos relacionados con el adulterio.

Es poco probable que los adúlteros después de una demanda de divorcio promoviendo la causal de adulterio sigan cometiendo el mismo públicamente, pero si la cónyuge o el cónyuge saben el lugar donde éstos se frecuentan entonces podrá solicitar el cónyuge inocente que acudan los abogados y testigos necesarios para comprobar la relación adulterina del cónyuge culpable.

4.7.5.5. PRUEBA PERICIAL

Esta prueba se podrá promover para acreditar el adulterio en el sentido de que el cónyuge culpable sea el padre de algún hijo no reconocido por éste a través de una prueba de sangre que la cónyuge inocente podrá solicitar al Tribunal con la finalidad de demostrar la paternidad del menor.

Asimismo si se ofrecieron como pruebas algunas fotografías podrá solicitarse que un perito en la materia señale que no son fotomontajes, o bien si se presenta una grabación telefónica o una cinta de video,

también podrá solicitarse un perito en la materia para corroborar esas pruebas.

4.7.5.6. PRUEBA PRESUNCIONAL

La presunción de que el cónyuge comete adulterio, no es suficiente como se puede verificar con las tesis siguientes:

DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE NO ES PRUEBA SUFICIENTE LA RELATIVA A QUE EL CONYUGE DEMANDADO HAYA SIDO VISTO EN COMPAÑÍA DE OTRA PERSONA QUE NO ES SU CONSORTE. Aunque el adulterio previsto como causal de divorcio admite prueba indirecta para demostrar la infidelidad del cónyuge culpable, según el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esa prueba debe encaminarse a demostrar precisamente la conducta adulterina o infiel del cónyuge, así como la mecánica del adulterio, esto es, que el culpable haya tenido relaciones sexuales con persona distinta de su consorte. Lo que no puede estimarse demostrado por el solo hecho de que al demandado se le haya visto en compañía de otra persona que no es su consorte. Semanario Judicial de la Federación. Tribunales de Circuito, Octava Epoca. Tomo XII agosto, Pág. 417.

Esta jurisprudencia señala claramente que no es suficiente para acreditar el adulterio.

4.7.6. Alegatos.

Concluida la recepción de las pruebas, establece el artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles, que el Tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados y, concluidos los alegatos, el juez se reservará para dictar la sentencia que proceda tomando en consideración todas las pruebas.(artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles)

Dichos alegatos podrán presentarlos las partes por escrito, también podrán ser orales.

Para dictar sentencia, el juez deberá valorar las pruebas rendidas en la inteligencia de que, si le quedara duda acerca de algún punto controvertido, podrá en cualquier momento, antes de la sentencia, decretar la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria.

4.7.7. Sentencia (y apelación en su caso).

Al dictar el juez la sentencia, si se hubiere probado la causal de divorcio de adulterio en que se basó la demanda, se declarará disuelto el vínculo matrimonial, dejando por lo tanto a los excónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio y determinará además lo relativo a la situación de los hijos, de los bienes y al pago de alimentos.

4.7.8. Incidente de sentencia ejecutoriada.

Notificada la sentencia, si no fuere apelada dentro de los nueve días que señala la ley, deberá tramitarse el incidente de ejecución de sentencia a fin de que, al declararse que la sentencia ha causado

ejecutoria, se considere como la verdad legal y se proceda a ejecutarla según sus términos.

4.7.9. Envío de copia de sentencia al Juez del Registro Civil.

Entre los puntos resolutivos de la sentencia de divorcio se incluye la de enviar al Juez del Registro Civil que corresponda, copia certificada de la sentencia, a fin de que se haga anotación marginal al acta de matrimonio.

4.8. ESTUDIO COMPARATIVO DEL ADULTERIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Analizaremos una de las causales más antiguas que han señalado diversas épocas y países:

Existen dos corrientes en el sentido de penalizar al adulterio algunos países lo consideran como una causa tipificativa de delito, algunos como causal de disolución del enlace matrimonial; en otros países la comisión de este no tiene una gran relevancia motivo por el cual no se le atribuye consecuencias jurídicas, existen grupos humanos y pueblos enteros para los cuales la palabra adulterio no tiene una traducción literal y a pesar de que éste se lleva a cabo, es aceptado o tolerado por sus habitantes. De este grupo social podemos encuadrar a los esquimales como una cultura distinta a la nuestra en las que conceder a la hija o a la esposa al visitante, es considerado como una obligación de urbanidad y su falta de observancia conlleva el rechazo social a las personas que no lo practique por considerar que el adulterio no es un delito ni una causal de divorcio, porque el anfitrión que permite la unión sexual de su cónyuge con el visitante, éste tiene el derecho de

reciprocidad en situación semejante. Así mismo existen pueblos como los de la India en los que aún se permite que hombres y mujeres tengan una o más amantes, es decir, no resulta ofensivo que sus mujeres sostengan relaciones íntimas con sus amigos, sin embargo, consideran una grave afrenta a su honor que ésta se sienta a la mesa a comer con otro hombre.

Cabe destacar que existen sociedades para las cuales la fidelidad conyugal no se refiere a la exclusividad en la relación sexual con una sola persona por existir culturas como la musulmana que permite la organización familiar poligámica, es decir, la unión de un hombre con varias mujeres o la poliandria que consiste en la unión de una mujer con varios hombres.

En estos grupos el adulterio se le conoce como la unión sexual entre un miembro del harem con persona distinta del mismo por lo que en algunos países no existe el adulterio como figura jurídica, pero se conoce la connotación del adulterio aplicando sanciones de carácter moral a los responsables de este delito.

Países como Inglaterra consideran que el adulterio no es un delito ni tampoco una causal de divorcio, ya que no se castiga al igual que en la India, Rusia, Japón y en el Continente Americano sigue la misma costumbre Cuba, Costa Rica y Colombia.

4.8.1. EN EGIPTO

Se castigaba a la mujer con mutilación. Cuando era el hombre el que cometía el adulterio, se le castigaba con cien palos si no había mediado violencia y en caso de existir esta agravación se le castigaba

con la castración. En muchos contratos matrimoniales se señala para el caso de adulterio penas de tipo pecuniario. En unos se establece que si el marido llega a ser adúltero, debe dar una suma que estipula: "Si yo te desprecio y amo a otra mujer, te daré....."; en otros, el marido dice: "Si tú deseas marcharte con otro, yo te devolveré tus bienes, pero en dinero, según está estipulado."

4.8.2. ENTRE LOS HEBREOS

Entre éstos sólo el marido estaba autorizado para promover el divorcio. La infidelidad no se admite sino en la mujer, a la cual se castiga igual que el adúltero de una manera bárbara: apedreando a los culpables.

El motivo más trascendental para el divorcio, en la legislación rabínica, es el adulterio. Siendo que la familia israelita se hallaba esencialmente basada sobre el pudor de la mujer, era su conducta la que daba lugar, en primer término a la separación de cuerpos y de bienes.

El Exodo afirma sentenciosamente "No cometerás adulterio" (XX 14); el Deuterón (V. 18 y 21) da aún más la pauta de la exclusividad de la mujer para su esposo.

El hombre no comete adulterio más que si convive con una mujer casada; o con la prometida de otro. Mientras que la Biblia autoriza al cónyuge inocente a perdonar el adulterio de su mujer, la ley talmúdica hacía del adulterio una causa obligatoria de divorcio.

4.8.3.-EN LA INDIA

Las leyes de Manú regulan la armonía del matrimonio para los adúlteros según la casta social a la que pertenecen. Si una mujer era infiel a su esposo, el rey la haga devorar por los perros en lugar muy frecuentado; que condene a su cómplice a ser quemado en un lecho de hierro calentado al rojo vivo y que los ejecutores alimenten sin cesar el fuego con leña hasta que se queme el perverso dice una ley de manú. (VIII 371 y 372)

El adulterio de un brahmán nunca debía ser castigado con la última pena: que el rey se culde de no matar a un brahmán, aunque hubiese cometido todos los crímenes posibles. (VIII. 379 y siguientes) La repudiación que debía hacer tanto el hombre como la mujer era una regla que se imponía como deber social.

4.8.4. EN PAISES LATINOAMERICANOS.

4.8.4.1. EN ARGENTINA

Según lo dispone el artículo 64 de la ley de matrimonio civil, incorporada al Código de Vélez Sárfield, el divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos.

Al mencionar las causas de divorcio, en el artículo 67 se designa en primer término el adulterio de la mujer o del marido. A diferencia de lo que ocurre en el orden penal señala un tratadista nacional aquí el adulterio produce iguales efectos, sea lo que cometa el varón o que incurra en él la esposa y sin distinguir tampoco ciertas modalidades,

como la existencia de un verdadero concubinato. La ley represiva, tiende cada vez más a la nivelación de los sexos bajo ese aspecto.

Sin embargo, no se puede negar que para los fines de la filiación, el adulterio de la mujer produce consecuencias mucho más profundas que la infidelidad del marido, pues ésta no hace ingresar en la familia legítima el fruto de esa clase de relaciones, como sucede en el primer caso. Pero claro esta como inobservancia a la fe conyugal y a las obligaciones del matrimonio tan grave es un acto como otro, y el legislador civil ha estado en lo justo al sancionar con el divorcio en cualquiera de los casos, trátese de un adulterio transitorio o de un amancebamiento.

4.8.4.2. EN CHILE

La ley sobre matrimonio civil, promulgada en enero de 1884, e incorporada en el Código civil del país nombrado establece que "el divorcio no disuelve el matrimonio sino que suspende la vida en común de los cónyuges" artículo 19; y en su artículo 21 dice que "el divorcio procederá solamente por las causales siguientes: 1 El adulterio de la mujer o del marido, tampoco en este Código esta definida esta figura.

4.8.4.3. EN URUGUAY

En su artículo 148 bajo el título "Separación de cuerpos", prescribe el Código Civil Uruguayo: "La separación de cuerpos sólo puede tener lugar:

1.- Por el adulterio de la mujer en todo caso, o por el del marido cuando lo cometa en la casa conyugal o con escándalo público o tenga el marido concubina. A su vez el artículo 149 expresa que la acción de

separación de cuerpos no podrá ser intentada, sino por el marido o por la mujer; pero ninguno de los dos cónyuges podrá fundar la acción en su propia culpa. En mérito de lo descrito en el art.186 del mismo código, se admite en este país la disolución del matrimonio.

2.- Por el divorcio legalmente pronunciado y el subsiguiente precepto se establece que el divorcio sólo puede pedirse: por las causas enunciadas en el art. 148 de este Código. Por consiguiente, la causal de adulterio subsiste también para el divorcio vincular.

4.8.4.4. EN BRASIL

En su artículo 315 establece la separación personal de los cónyuges, y en su artículo 317 determina que son causales para la separación: I.- adulterio, en su artículo 319 establece que el adulterio dejará de ser motivo para la separación: 1º si el autor hubiera concurrido para que el reo lo cometa; 2º si el cónyuge inocente lo hubiera perdonado. Y en el párrafo único subsiguiente, se prescribe: Presúmese pero dado el adulterio cuando el cónyuge inocente, conociéndolo cohabita con el culpable.

4.8.4.5.- EN BOLIVIA

En el artículo dedicado al divorcio, bajo el subtítulo de las causas del divorcio prescribe el artículo 144 del Código Civil de Bolivia " el marido puede pedir divorcio por adulterio de su mujer. La mujer también podrá pedir divorcio por adulterio de su marido. En la Ley Boliviana el divorcio no es más que la separación personal de los cónyuges, conforme a los lineamientos del derecho canónico.

4.8.4.6. EN PERÚ

Establece esta ley en su artículo 247 que entre las causales de divorcio 1° el adulterio, etcétera. Mientras que el art. 250 prescribe que no podrá intentarse divorcio por adulterio, si el ofendido consintió en él, o cohabitó con el cónyuge ofensor después de estar instruido de su infidelidad. Tampoco podrá continuar el juicio por la misma causa el que después de la demanda cohabitó con el culpable. La ley peruana permite las dos formas de disolución divorcio vincular y separación personal de los cónyuges.

4.8.4.7. EN COLOMBIA

El artículo 153 expresa que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los cónyuges. Y en el artículo 154 párrafo segundo bajo el nombre de causas de divorcio se prescribe en el inciso 1° El adulterio de la mujer 2° El amancebamiento del marido.

4.8.4.8. EN ECUADOR

El Código en su artículo 127 declara que el matrimonio termina "...4° por divorcio y el siguiente expresa que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, y en su artículo 132 se establece que son también causas de divorcio: 1° el adulterio de uno de los cónyuges....."

En todos los Códigos mencionados no establecen una definición de adulterio al igual que en el nuestro.

4.9. ESTUDIO COMPARADO DEL ADULTERIO EN LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA

En México al igual que en todo el mundo se atribuyen consecuencias penales al adulterio por lo que se ha buscado la forma de despenalizar este delito apoyadas en teorías muy avanzadas literalmente.

En el Distrito Federal se encontraba tipificado el adulterio como delito entendiéndose éste como una infidelidad de índole sexual.

4.10. DESDE EL PUNTO DE VISTA PENAL EN LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA

Al contrario en otros Estados se limitan a sancionar este delito penalmente sin que para ello exista una definición exacta del mismo existiendo una total ausencia del tipo lo que da lugar a la violación de garantías individuales.

La inexacta aplicación de la pena en el delito de adulterio, acarrea una violación al principio de legalidad, para lo cual mencionaremos el artículo 273 ya derogado del código penal del Distrito Federal que a la letra decía " Se aplicara prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo"

En la misma situación se encuentran los Códigos Penales de los Estados de Colima, Chiapas, Guerrero, Sinaloa, Hidalgo, Coahuila, San Luis Potosí y Morelos en los cuales se señala una sanción sin encontrarse tipificada la conducta del delito mencionado.

Mencionaremos algunos Códigos de diversos Estados de la República en los cuales se encuentra debidamente definida la conducta típica del adulterio, dando cumplimiento al principio universal de "NULLUM CRIMEN NULA POENA SINE LEGE."

En Aguascalientes el artículo 249 del Código Penal señala, " Comete delito de adulterio el hombre y la mujer que tengan entre sí relaciones sexuales si uno de ellos o los dos están casados con otra persona y siempre que el hecho se ejecute en el domicilio conyugal o con escándalo."

En el Estado de Chihuahua en el artículo 257 del Código Penal define al adulterio y la sanción aplicable al mismo " Se aplicará reclusión hasta de dos años y privación de los derechos civiles hasta por seis años a la persona casada que tenga acceso carnal con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella sabiendo que es casada siempre que los hechos se verifiquen en el domicilio conyugal o con escándalo."

En el Estado de México en el artículo 228 del código penal tipifica al adulterio al mismo tiempo señala la sanción que le corresponde. "Se impondrá de tres días a tres años de prisión y privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que en domicilio conyugal o con escándalo tenga cópula con otra mujer que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga sabiendo que es casado"

En el Estado de Guanajuato el artículo 262 del Código Penal, tipifica la conducta adulterina en los términos siguientes: "Adulterio es la cópula de persona casada con otra que no sea su cónyuge si se realiza con escándalo o en domicilio conyugal, a los culpables de

adulterio se les impondrá hasta dos años de prisión y multa de 100 a 1000 pesos.”

El Código Penal del estado de Tabasco en su artículo 264 tipifica el adulterio de la siguiente forma: Se entiende por adulterio el trato carnal de mujer casada con hombre que no sea su marido o de hombre casado con mujer que no sea su esposa, para considerar comprobado el delito de adulterio no se necesita que sea el acto carnal mismo, sino que otra circunstancia comprobada lo haga suponer fundada.”

En el estado de Jalisco el artículo 182 del Código Penal tiene la referencia con los anteriores de que se sigue a petición de la parte ofendida y es procedente el perdón del mismo en beneficio de los culpables señalado en los términos siguientes: “Se impondrá de quince días a dos años de prisión al hombre o mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, o bien sea en el domicilio conyugal causando escándalo sabiendo que uno de ellos o los dos están casados con otra persona, este delito se sancionara por querrela del ofendido, pero el perdón del último beneficiará a ambos responsables, siempre que se otorgue hasta antes de dictar sentencia,”

4.11. DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL EN LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA

En Durango y en Tlaxcala el adulterio de la mujer siempre es causal de divorcio, pero a diferencia de lo que sucede en el Código Civil del Distrito Federal, el del marido sólo lo es cuando concurren algunas de estas circunstancias: 1. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal; 2. Que haya habido concubinato dentro o fuera de la casa conyugal; 3. Que haya habido escándalo o el marido hubiere

insultado públicamente a la mujer legítima. 4. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra a la mujer legítima, o que por su culpa la mujer sufra estos maltratos de otras personas.

En Morelos y Sonora no sólo es causa de divorcio el adulterio consumado, sino que también lo son los actos preparatorios del mismo, es decir, aquellos actos que de manera necesaria y directa tiendan al mismo.

En Tamaulipas también se configura esa causal, considerando que procede el divorcio cuando uno de los cónyuges tiene "relaciones sexuales con otra persona".

Mientras que el Código Civil de Campeche considera como causal el reconocimiento que la mujer hubiere hecho de un hijo habido antes del matrimonio, si para dicho reconocimiento no contó con el consentimiento del marido. También dentro de estas causas por infidelidad, cabe hacer notar que los Códigos Civiles de Morelos y Sonora, establecen como fórmula general para que proceda el divorcio necesario solicitado por la causal de adulterio que cuando uno de los cónyuges se comporte de manera habitual, en forma contraria a la fidelidad que recíprocamente se deben los consortes y que obliguen a presumir la conducta adúltera de uno de ellos, si dicho comportamiento se prolonga por más de un año.

4.12. JURISPRUDENCIA

Los juzgadores para emitir una resolución en el juicio de divorcio necesario en el que se promueve como causal de adulterio deberán tomar en cuenta todos los medios de prueba aportados por las partes,

apoyándose en las fuentes formales del derecho como lo son la Jurisprudencia, la Doctrina, los Principios Generales del Derecho y la Equidad, toda vez que para pronunciar sentencia que ponga fin al litigio, el juez deberá encontrar la norma no escrita que preste fundamento jurídico a su sentencia.

Es por eso que recurren a la jurisprudencia siendo esta el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales, constituye jurisprudencia cinco ejecutorias dictadas en un mismo sentido y ninguna en contra

Asimismo cuando los abogados del actor y demandado realizan su demanda de divorcio en la que promueven como causal de divorcio el adulterio se apoyan en la jurisprudencia, así como en la doctrina, sobre todo para buscar la definición de la causal en comento, ya que en la ley no la señalada.

A continuación se establecen diferentes jurisprudencias que establecen el adulterio como causal:

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

conyugal" (SJF, t LXXXI, p 4757), y por otra parte, recurriendo a la doctrina e incluso a la jurisprudencia misma, sostiene: "que es cierto que el Código Penal no define, en su capítulo relativo al delito de adulterio, pero la doctrina y la jurisprudencia han establecido de modo firme que consiste en la infidelidad de uno de los cónyuges, sexualmente consumada" (SJF, t. LXXXII, p.3636). En ambas ejecutorias la SCJ reconoce que en el derecho civil y penal no existe una definición de adulterio.

ADULTERIO SU NOCIÓN SEGÚN EL DERECHO CIVIL. En el Derecho Civil se entiende por adulterio la violación de la fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges, consistente en el ayuntamiento sexual realizado entre persona casada de uno o de otro sexo y persona ajena al vínculo matrimonial, o bien, el ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer siendo uno de los dos o ambos casados. Sexta Epoca, IV parte, volumen XXXIII. Página 69.

Esta jurisprudencia menciona lo que para el Derecho Civil es el adulterio, no estableciendo el lugar donde se debe cometer tal hecho ilícito.

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO. El Delito de adulterio requiere para su Integración circunstancias especiales que no son necesarias para que se le considere como causa de divorcio, de tal modo que con el hecho que en el respectivo proceso se haya absuelto el ahora quejoso, no implica que como una consecuencia necesaria debe tenerse por no comprobado, la causal de divorcio fundada en el adulterio aún cuando los hechos de que haya conocido el juez civil pudieran ser los mismos de que conoció el juez penal, la absolución en el proceso penal no acredita

por sí sola la inexistencia del hecho imputado, puesto que la absolución puede deberse a diversas causas. Sexta Epoca, tomo XXIV página once.

Esta jurisprudencia ya no se toma en cuenta toda vez que en materia penal ha dejado de existir el delito de adulterio aunque en el Código Penal Federal señala que el adulterio debe ser cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El adulterio es difícil de probar porque no implica cuestiones puramente jurídicas sino morales y religiosas.

SEGUNDA. No se da adulterio cuando se comete con persona del mismo sexo, toda vez que de acuerdo a nuestra legislación civil vigente no hay matrimonio entre personas del mismo sexo y de acuerdo a los conceptos establecidos en la doctrina claramente señalan que es el quebrantamiento del deber de fidelidad con persona de diferente sexo al de su cónyuge.

TERCERA. La jurisprudencia señala que para probar el adulterio como causal se podrá presentar la prueba indirecta consistente en las actas de nacimiento que no siempre se tendrán para poder demostrarlo.

CUARTA. Es de gran importancia el criterio y la equidad con que el juzgador valore las pruebas que se presentan en el juicio antes mencionado, además de que la presunción del cónyuge actor no es suficiente para ya que deberá demostrarlo con pruebas fehacientes.

QUINTA. La definición ayuda para poder aportar las pruebas necesarias para demostrarlo.

SEXTA. Pese a que la definición establece los elementos para el adulterio el criterio del juzgador es importante para poder dictar la sentencia que se emita.

BIBLIOGRAFIA

- Anuario de la Historia del Derecho Español*, Madrid, t. LXVI, Ed. Centro de publicaciones, 1996, 1283pp.
- ARGUELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones*, 3ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 1990, 608pp.
- BAQUEIRO Edgar y BUENROSTRO Rosalía, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Ed. Harla, 1995, 493pp.
- BECERRA BAUTISTA, José, *Introducción al estudio del derecho Procesal Civil*, 2ª ed., México, Ed. América Central, 1970, 237pp.
- BERNARD Y CANTON, *Las causas canónicas de separación conyugal*, España, Ed. Tenus, 1990, 721pp.
- BERTRANDO, Russell, *Matrimonio y Moral*, México, Ed. Siglo XX, 1993. 306pp.
- BIBLIA LATINOAMERICANA, España, Ed. Verbo Divino, 1996 508pp.
- BRAVO VALDÉS, Beatriz Y BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, *Primer Curso de Derecho Romano*, 5ª ed., México, Ed. Pax, 1981, 332pp.
- Segundo Curso de Derecho Romano*. 2ª ed., México, Ed. Pax México, 1980, 246pp.
- CIUNCLILLOS MANTEROLA, Santiago, *La influencia del cristianismo en el Derecho Civil Romano*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Descleé de Broumer, 1947, 215pp.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Convenios conyugales y familiares*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1993, 231pp.
- DE AZPILCUETA, Martín, *Manual de Derecho Canónico*, Pamplona España, Ed. Universidad de Navarra, 1988, 710pp.
- DE MENDIETA, Geronimo, *Historia Eclesiástica Indiana*, México, Ed. Porrúa, 1870, 720pp.

- DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1956, 406pp.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia*, 3a ed, México, Ed. Porrúa, 1984, 750pp.
- GARCÍA, Trinidad, *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, 7ª ed. México, Ed. Porrúa, 1958, 244pp.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 5ª ed., México, Ed. Harla, 1991, 441pp.
- GÓMEZ RUÍZ, C., *El Divorcio y las Leyes Augusteas*, Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla, 1986, 321pp.
- H. ALBA, Carlos, *Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano*, 2ª ed., México, Ed. Instituto Indigenista Interamericano, 1949, 150pp.
- LEMUS GARCÍA, Raúl, *Compendio de Derecho Romano*, 5ª ed., México, Ed. Limsa, 1979, 309pp.
- MACHADO CARRILLO, Mario J., *El adulterio en el Derecho Penal Pasado, Presente y Futuro*, 3ª ed., Valencia, Ed. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, 820pp.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *El Matrimonio*, Madrid, Ed. Litúrgica Española, 1987, 60pp.
- MAR, Nereo, *Guía del Procedimiento Civil para el Distrito Federal*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1993, 653pp.
- MARGADANT S., Guillermo F., *Derecho Romano*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 1974, 530pp.
- Historia del Derecho Patrio*, 3ª ed. México, Ed. Esfinge, 1980, 534pp.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Estudios sobre las pruebas en materia Civil, Mercantil y Federal*, México, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 1999, 309pp.
- MENDIETA NUÑEZ, Lucio, *El Derecho Precolonial*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1937, 124pp.

- MERRYMAN, John Henry, *La tradición Jurídica Romano- Canónica*, 2ª ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1989, 304pp.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tr. Santiago Sentis Melendo, t III, Buenos Aires, Ed. Europa - América, 1954 508pp.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 3ª ed., México, Ed. Porrúa, 1987, 429pp.
- MUÑOZ SABALA, Luis, *Sexualidad y Derecho, Elementos de Sexología Jurídica*, Barcelona España, Ed. Hispano Europeo, 1986, 326pp.
- MURIEL, Josefina, *De la Familia Novohispana del siglo XVI a la mexicana del XIX*, México, Ed. UNAM e Instituto de Investigaciones Históricas, 1982, 423pp.
- OVALLE FABELA, José, *Teoría General del Proceso*, México, Ed. Harla, 1991, 348pp.
- PACHECO E., Alberto, *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª ed., México, Ed. panorama, 1985, 223pp.
- PALLARES, Eduardo, *El Divorcio en México*, México, Ed. Porrúa, 1991, 450pp.
- PERALTA SÁNCHEZ, Jorge, *La ley y la Justicia*, México, Ed. Porrúa, 1991, 57pp.
- PÉREZ DUARTE Y NUÑEZ, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, México, Ed. UNAM, 1990, 73pp.
- PUENTE Y F., Arturo, *Principios de Derecho*, 6ª ed., México, Ed. Banca y Comercio, 1952, 387pp.
- RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro, *Elementos de Derecho Civil*, 2ª ed., México, Ed. Limusa, 1986, 220pp.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil I*, 17ª ed., México, Ed. Porrúa, 1980, 509pp.
- RUIZ, Aranglo, *Historia del Derecho Romano*, tr. Francisco de Pelsmaeker e Ibañez, Madrid, Ed. Reus Madrid, 1983, 314pp.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los grandes cambios en el derecho de Familia de México*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1991, 142pp.

SOBERANES, José Luis, *Una aproximación a la Historia del sistema Jurídico Mexicano*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1992, 172pp.

STEKEL, Wilhelm, *El Matrimonio Moderno*, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. Imán, 1943, 186pp.

SYLVANUS G., Morley, *La Civilización Maya*. tr. GEORGE W. BRAINERD, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980, 527pp.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, t. I, vol. II, México, Ed. Porrúa, 1983, 509pp.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, t. III, XIX, XXII, Buenos Aires, Ed. Driskill, 1979, 879pp.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación Civil, Penal, Comercial y Forense*, t. I, IV y VI, México, Ed. UNAM, 1993, 654pp.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Bogotá Colombia, Ed. Temis, 1991, 706pp.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ DE, León, *Diccionario Jurídico*, Ed. Buenos Aires, Ed. A Bece, 1961, 825pp.

Instituto, de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, t I, IV, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1987, 810pp.

OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1980, 791pp.

REVISTA

GUZMÁN HERNÁNDEZ, Esperanza, *Concordancias, Estudios Jurídicos y Sociales*, " Antecedentes del Divorcio" Año 2, Número 3, Mayo-agosto, 1997, Universidad Autónoma de Guerrero, México, 1991, 83-98pp.

TESIS PROFESIONALES

CURIEL ACOSTA, Laura Alejandra, *El adulterio su problema de configuración y su trascendencia*, México, UNAM, 1998, 110pp.

DELGADILLO, Quintero, *El adulterio en el Derecho Positivo Mexicano*, México, UNAM, 1994, 122pp.

FUENTES MARTÍNEZ, Olivia Virginia, *Regímenes Patrimoniales del Matrimonio*, México, UNAM, 1989, 91pp.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Silvia, *El adulterio Homosexual como Causal de Divorcio*, México, UNAM, 1994, 120pp.

MORALES CRUZ, Yolanda, *Efectos del Matrimonio en México*, México, UNAM, 1989, 140pp.

ROBLES NAVARRO, Celia, *Situación Jurídica de los hijos en relación con los bienes de los padres*, México, Universidad del Tepeyac, 1990, 124pp.

RUÍZ FORCELLEDO, Jesús, *Dogmática del Delito de Adulterio*, Tabasco, Universidad de Juárez Autónoma de Tabasco, Villahermosa, 1975, 124pp.

SOLCHAGA ZAMUDIO, Onesimo, *El Matrimonio*, México, UNAM, 1985, 99pp.

SUASTEGUI LEÓN, Rene, *El adulterio como causal de Divorcio*, México, UNAM, 1965, 78pp.

LEYES Y CÓDIGOS

Código Penal Anotado, México, Ed. Porrúa. 1997, 130pp.

Código Penal del Distrito Federal, México, Ed. ISEF, 2001, 105pp.

Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Sista, 2001, 264pp.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 6a ed., México, Ed. Delma, 2001, 1074pp.