

CONSIDERACIONES SOBRE EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Por Héctor CAMPORA
Universidad Autónoma
Metropolitana Azcapotzalco

I

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal (C. C.) consagra como causal de divorcio, en su fracción I, “el adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges”.

El adulterio es la relación sexual de uno de los esposos con un tercero de distinto sexo, que implique el desconocimiento del deber de fidelidad.

Supone pues, la concurrencia de tres requisitos:

1. La existencia de un matrimonio,
2. Un elemento material: la relación sexual, y
3. Otro intencional: la voluntad libre de sustraerse al deber de fidelidad.

II

La necesidad de que exista el primer supuesto señalado resulta evidente, toda vez que el adulterio se basa, precisamente, en la violación de uno de los derechos y deberes que surgen del matrimonio: el de fidelidad.¹

Debe tratarse, además, de un matrimonio válido.

No podría, de tal modo, existir delito de adulterio por ejemplo, en el supuesto de un matrimonio nulo que los cónyuges hubieran contraído de mala fe, toda vez que la sentencia que se dictara lo invalidaría retroactivamente (artículo 256 del C. C.).

Similar sería la solución en la hipótesis de matrimonio putativo,

¹ Cfr., León, Henri y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*; Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, parte 1a., volumen IV, p. 406.

habida cuenta que si bien el mismo produce todos sus efectos civiles respecto a quienes actuaran de buena fe, hasta que la sentencia de nulidad cause ejecutoria, sólo los genera "en favor" de los mismos (artículo 255 del C. C.) y no en su perjuicio.²

No se considera la posibilidad de que en un caso de nulidad pudiera alegarse también la comisión de adulterio como causa de divorcio, toda vez que si se promovieran ambas acciones debería resolverse en primer término la de nulidad y sólo si ésta fuera rechazada procedería la segunda, tanto por depender la una de la improcedencia de la otra, como por fundarse la nulidad en un impedimento en cuya observancia está interesado el orden público.³

III

El elemento material estará constituido por la existencia de relaciones sexuales de uno de los esposos con tercera persona.

Se ha sostenido que debe ser la unión carnal que no sea contra natura, por lo que no habría adulterio en esos casos.⁴

La existencia de una relación según la naturaleza podrá tener importancia para uno de los aspectos por los que se sancionaba con mayor severidad el adulterio de la mujer, que era la posibilidad de *turbatio sanguinis*, es decir, de confusión respecto de la paternidad.

Pero si él consiste en el hecho de tener trato sexual con tercera persona y su sanción es hoy la misma para la mujer que para el hombre, reconociendo como origen en ambos casos la violación del deber de fidelidad, es evidente que dichos supuestos estarán presentes tanto en las hipótesis de relaciones conforme o contra natura.

La circunstancia de que el adulterio pueda ser acreditado mediante prueba indirecta corrobora lo expuesto, habida cuenta que, en la generalidad de los casos, dichos medios podrán ser suficientes para demostrar la existencia de relaciones sexuales pero no su naturaleza.

Por el contrario, se estima correcto sostener que el mismo supone diversidad sexual.

En este orden de ideas se comparte la afirmación respecto de que si bien ni el código civil ni el penal lo definen, existe un concepto

² Cfr., Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*; 6a. ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1977, tomo I, pp. 104-105.

³ Cfr., *idem*, p. 187.

⁴ Pallares, Eduardo, *El divorcio en México*; 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1979, p. 63.

gramatical y tradicional del mismo,⁵ y éstos suponen la relación entre un hombre y una mujer.⁶

Por lo que resulta inadecuado, a nuestro juicio, equiparar al adulterio las relaciones entre dos hombres y entre hombre y animal.⁷

Sin perjuicio de señalar, como es evidente, que ellas constituirían injurias graves (artículo 267, fracción XI, del C. C.).⁸

La necesidad de que medien relaciones sexuales excluye, por otra parte, la posibilidad de que pueda existir adulterio en los casos de inseminación artificial, estimando equivocado sostener que se configura el mismo en la hipótesis de que sea aceptada por la mujer, que el semen provenga de un dador que no sea el marido y éste no hubiera dado su consentimiento,⁹ por lo que sería otro supuesto de injuria.¹⁰

Asimismo, constituirán injurias graves, en general, todas las demás relaciones equívocas de uno de los esposos con un tercero,¹¹ sea de distinto o del mismo sexo, toda vez que resultarían también violatorias del deber de fidelidad que implica, en sentido amplio, la obligación de abstenerse de cualquier actitud de intimidad con otra persona que lesione los legítimos sentimientos de su cónyuge.¹²

IV

Para que se configure esta causal de divorcio se requiere, además del elemento material, la concurrencia de otro de carácter intencional, que consiste en la voluntad libre —al tener las relaciones sexuales que conforman el primero— de sustraerse al deber conyugal que la fundamenta.¹³

⁵ *Ibidem.*

⁶ El *Diccionario de la Lengua Española* dice que adulterio es el “Ayuntamiento ilegítimo de hombre y mujer, siendo uno de los dos o ambos casados”. 19a. ed., Madrid, Real Academia Española, 1970, p. 29.

⁷ *Cfr.*, Bernárdez Cantón, A., *Las causas canónicas de separación conyugal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1961, p. 107, citado por Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, 4a. ed., México, Editorial Porrúa, 1980, p. 598.

⁸ *Cfr.*, Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 94.

⁹ *Cfr.*, Borda, Guillermo A., *op. cit.*, p. 421.

¹⁰ *Cfr.*, León, Henri y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 406.

¹¹ *Cfr.*, Borda, Guillermo A., *op. cit.*, p. 427.

¹² *Cfr.*, Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil*, tomo II, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968, volumen 2 (12), pp. 629 y 634.

¹³ *Cfr.*, Planiol, Marcelo y Jorge Ripert, *Tratado de derecho civil francés. La familia*, Habana, Cultural, 1946, tomo 2do., p. 392; León, Henri y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 410.

La ausencia de este extremo excluiría de la hipótesis de adulterio, como es evidente, los casos de violación, de relaciones sexuales tenidas por un demente o en un segundo matrimonio contraído de buena fe, así como todo otro supuesto en el cual quien las mantuviera no actuara en el ejercicio de su libre voluntad —como por ejemplo en los casos de pérdida accidental del discernimiento: ya sea por intoxicación alcohólica, por estupefacientes, hipnotismo, etcétera—, que implicara desconocer su obligación de fidelidad.

V

Tampoco habrá causal de adulterio en la hipótesis de que el mismo hubiera sido consentido o tolerado por el otro cónyuge.

Este supuesto de divorcio constituye una sanción¹⁴ que tiene fundamento en el incumplimiento de uno de los deberes emergentes del matrimonio.

Es evidente que el acto que se realizara en la hipótesis que se contempla tendría todos los elementos configurativos del adulterio, pero no entidad como causa de divorcio, toda vez que la circunstancia de haber sido consentido o tolerado excluiría la existencia de agravio que pudiera invocar el otro cónyuge.

Resulta necesario distinguir, por las particulares características de cada uno, los casos en que medie consentimiento de aquellos en que exista tolerancia.

El consentimiento resultará de hechos que, en forma expresa o tácita, impliquen una conformidad con el acto reprochable. La tolerancia, por el contrario, estaría constituida por la no objeción del mismo luego de conocido.

Sin embargo, el no objetar un agravio puede obedecer no solamente al hecho de tolerarlo, sino también a las circunstancias de esperar una rectificación de la conducta o la oportunidad para demandarlo.

Para que pueda hablarse de que un adulterio ha sido tolerado, será necesario, en consecuencia, además de la falta de reproche, que medien otros actos, por ejemplo continuidad de relaciones sexuales, que impliquen la voluntad del cónyuge de soportar el agravio sufrido.

Es decir que ambos, para producir el efecto señalado, deberán ser inequívocos.

¹⁴ Cfr., Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, tomo II, *Derecho de Familia*; 5a. ed., México, Editorial Porrúa, 1980, p. 479.

EL ADULTERIO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

107

Por otra parte, mientras el consentimiento puede ser previo o posterior a la conducta del otro, la tolerancia sólo podrá tener este último carácter.

De tal modo, en tanto el primero puede abarcar una serie de actos producidos o a producirse, la segunda sólo podrá comprender los ya sucedidos.

Debido a ello, si uno de los esposos diera su consentimiento para que el otro viviera en una situación de adulterio permanente, como ocurriría en el caso de concubinato, si bien es cierto que tal circunstancia no lo obligaría a tener que aceptarlo indefinidamente toda vez que los derechos y deberes que surgen del matrimonio no pueden ser dejados sin efecto por la voluntad de los cónyuges, para que el mismo se convirtiera en un agravio susceptible de ser invocado, sería necesario una conducta del que hubiere consentido tendiente a que cesara y se respetara el deber de fidelidad.

Mientras que en el supuesto de que ese estado hubiera sido solamente tolerado, resultaría suficiente con dejar de hacerlo para que, de continuar, se abriera la vía del divorcio.

En este orden de ideas, tanto la tolerancia como el consentimiento posterior al acto, podrían considerarse como casos similares al perdón (artículo 279 del C. C.).

No sería así en el supuesto de que se consintiera el mismo con anterioridad, pues el perdón, como es obvio, sólo puede otorgarse respecto a faltas pasadas pero no a aquellas que se pudieran cometer.¹⁵

Sin embargo, parece necesario concluir que no obstante operar en tiempos y con efectos distintos, tendrán igual resultado, pues si el último determina que el agravio no pueda ser alegado, el previo consentimiento impediría que el mismo se produjera, por lo que en ambos casos se carecería de sustento para demandar el divorcio.

No se altera la solución, a nuestro juicio, en el supuesto de que el adulterio hubiera sido provocado.

Es cierto que si el que realizara esa conducta fuera el marido podría colocarse en el campo previsto por la fracción III del artículo 267 del C. C., y la esposa, de aceptarlo voluntariamente, en la situación de la fracción I.

No obstante, como a iguales supuestos corresponden iguales soluciones, necesario será concluir que dichos actos no constituirán agra-

¹⁵ Cfr., *idem.*, p. 496.

vios que luego pudieran ser reclamados, por lo que no darían acción de divorcio.¹⁶

Es indudable que en esos casos, de haber hijos, se debería tratar de proteger el interés de los menores, no siendo lo más conveniente su permanencia en un hogar en el que se producen tales conductas.

Resulta necesario destacar a ese respecto que el juicio de divorcio, además de no ser obligatorio, no constituye el único medio ni el más adecuado para esa protección habida cuenta que en todo caso existirán las vías de los artículos 444 y 447 del C. C.

El supuesto contemplado, así como una consideración general de la institución, hacen reparar en la conveniencia de que la posibilidad de limitación de la patria potestad, que fuera introducida en el artículo 283 del C. C. para los casos de divorcio necesario, por la reforma efectuada en el año 1983 (*Diario Oficial*, 27-12-1983), hubiera sido incorporada también al capítulo III del título octavo, libro primero de dicho cuerpo legal, a efectos de que, de acuerdo con las circunstancias, pudiera decretarse no sólo la pérdida o suspensión de la misma, sino también la limitación de alguno o algunos de sus atributos.

Las situaciones analizadas son sustancialmente diferentes de la hipótesis de culpa recíproca, por lo que se estima equivocado afirmar que pueda existir un "adulterio compensado".¹⁷

En tanto el deber de fidelidad pesa sobre ambos cónyuges, su violación por uno de ellos no autoriza al otro a transgredirlo por su parte, ni justifica la falta en que, a su vez, pudiera haber incurrido. Forzoso es concluir que en estos casos, no borrando el agravio realizado por uno el del otro,¹⁸ ambos tendrán acción de divorcio.

VI

El adulterio puede realizar el tipo del artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal.

Para configurarlo se requiere que el mismo haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

¹⁶ Opinión contraria sustenta Rafael Rojina Villegas en *op. cit.*, p. 444. En igual sentido *cfr.*: Colín, Ambrosio y H. Capitán, *Curso elemental de derecho civil*; 3a. ed. Madrid, Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanzas y Publicaciones, 1952, tomo I, p. 460.

¹⁷ En tal sentido: *cfr.*, Ibarrola, Antonio de, *Derecho de familia*; 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1981, pp. 318-319.

¹⁸ *Cfr.*, León, Henri y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 412.

Por el contrario, constituye causa de divorcio todo aquel que sea debidamente probado (artículo 267, fracción I, del C. C.).

Existirá pues adulterio a efectos de la disolución del matrimonio, con independencia de que el acto configure o no un hecho incriminado por el Código Penal.

Y tanto en uno como en otro caso, sin establecerse diferencia entre el concretado por el hombre y el realizado por la mujer.

VII

El plazo para demandar por esta causal es de seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del supuesto que la fundamenta (artículo 278 del C. C.).

Debe señalarse, sin embargo, que si se tratare de hechos que revistieran el carácter de una conducta permanente, el mismo comenzaría a correr desde que cesare dicho estado.¹⁹

VIII

La prueba directa del adulterio es de muy difícil concreción.

Por tal motivo, en general la doctrina admite que puede ser objeto de prueba indirecta, siempre que ella acredite en forma inequívoca su existencia.²⁰

Esta posibilidad ha sido reconocida también por jurisprudencia obligatoria.²¹

De acuerdo con ello, podrán constituir pruebas de adulterio, entre otras, la del nacimiento de un hijo procreado con tercera persona, el

¹⁹ Cfr., Amparo directo 2569/1967. Carlos Medina Cerda, abril 1o. de 1968, 3a. sala, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta época, volumen CXXX, cuarta parte, p. 45; Amparo directo 6442/1968. Roberto Yépez Rosas, agosto 28 de 1969, 3a. sala, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 8, cuarta parte, p. 19; Amparo directo 1431/1974. Faustino García Esteva, enero 23 de 1975, 3a. sala, *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, volumen 73, cuarta parte p. 94.

²⁰ Cfr. Borda, Guillermo A., *op. cit.*, pp. 410-420; Planiol, Marcelo y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 393; Pallares, Eduardo, *op. cit.*, p. 64; Ibarrola, Antonio de, *op. cit.*, pp. 319-320. En contra: Galindo Garfias, Ignacio, *op. cit.*, p. 598.

²¹ Cfr., Leyva, Gabriel y Lisandro Cruz Ponce, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. Actualizado, concordado y con jurisprudencia obligatoria*; 2a. ed., México, Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1981, p. 496, tesis citada en la nota XI.

reconocimiento de un hijo extramatrimonial habido durante el vínculo conyugal, la circunstancia de vivir en concubinato, de darle trato público de cónyuge a otra persona y presentarla como tal, la ocupación de una misma habitación en un hotel de paso u otro hospedaje, así como las cartas o diario personal.