

**AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN
183/2017
DERIVADO DEL JUICIO DE AMPARO
DIRECTO D.C. *****
RECURRENTES: ***** (QUEJOSA) Y
***** (TERCERO INTERESADO).**

**MINISTRA PONENTE: NORMA LUCÍA PIÑA HERNÁNDEZ
SECRETARIA: LAURA PATRICIA ROMÁN SILVA**

En atención a lo dispuesto en el artículo 73, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, así como en la jurisprudencia de rubro: **“PROYECTOS DE RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, SÓLO DEBEN PUBLICARSE AQUELLOS EN LOS QUE SE ANALICE LA CONSTITUCIONALIDAD O LA CONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL, O BIEN, SE REALICE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL O DE UN TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”**, a continuación se hace público el fragmento del proyecto de sentencia del Amparo Directo en Revisión **183/2017** en el cual se realiza el estudio de constitucionalidad respectivo:

“(…)

SÉPTIMO. Estudio de fondo del recurso de revisión formulado por la quejosa.

Analizada la cuestión de constitucionalidad ya precisada con antelación, esta Sala concluye que *la infidelidad en el matrimonio no puede ser considerada como hecho ilícito para efectos de obtener una indemnización por daño moral bajo las reglas de la responsabilidad civil*, pues ello trastoca el derecho al libre desarrollo de la personalidad

y de libertad sexual aun en el ámbito de la vida matrimonial. Esto, bajo las consideraciones que a continuación se exponen.

Responsabilidad civil. La responsabilidad jurídica, en términos generales, se refiere a la obligación que tienen las personas físicas, morales privadas y el propio Estado, de reparar los daños y perjuicios causados a otra persona, con motivo de una acción u omisión que deriva en el incumplimiento de un contrato o de un deber de cuidado.

En el derecho se reconocen dos tipos de responsabilidad jurídica: contractual y extracontractual.

En la *Contradicción de Tesis 93/2011*¹ esta Primera Sala expuso que tratándose de la responsabilidad contractual, las partes están vinculadas con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, con motivo del acto jurídico celebrado entre ellas. En cambio, en la responsabilidad extracontractual el vínculo jurídico nace por la realización de los hechos dañosos. Por tanto, se dijo que la responsabilidad contractual emana de un acuerdo de voluntades que ha sido transgredido por alguna de las partes, en tanto que la

¹ Contradicción de Tesis 93/2011, resuelta el 26 de octubre de 2011, por unanimidad de cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente (Ponente) Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de la que emanó la tesis 1a. CXXXV/2014 (10a.) de rubro y texto: "RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS. De acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil, el que causa un daño a otro está obligado a repararlo. Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra. Así, mientras en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos. De ahí que la responsabilidad contractual emana de un acuerdo de voluntades que ha sido transgredido por alguna de las partes, en tanto que la responsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros. Por otro lado, para que exista responsabilidad contractual basta con que se incumpla con la obligación pactada, mientras que la extracontractual puede tratarse de responsabilidad objetiva o subjetiva. La responsabilidad de índole subjetiva se funda en un elemento de carácter psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En cambio, en la responsabilidad objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo, esto es, la culpa o negligencia".

responsabilidad extracontractual deriva del incumplimiento del deber genérico de no afectar a terceros.

Así, para que exista responsabilidad contractual basta con que se incumpla con la obligación pactada y ello genere un daño o perjuicio; esto, desde luego, superada cualquier oposición que pudiere surgir respecto de la existencia del incumplimiento culpable, derivada de las reglas excluyentes de las obligaciones civiles conforme a la naturaleza de éstas y conforme a los términos del propio contrato de que se trate. Mientras que, para la existencia de responsabilidad extracontractual es necesario que se cumplan distintos requisitos, dependiendo de si es objetiva o subjetiva.

La responsabilidad extracontractual de índole subjetiva se funda en un elemento de carácter psicológico, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia, es decir, porque el hecho dañoso se produjo con la intervención por acción u omisión, reprochables al que causó el daño.

En cambio, en la responsabilidad extracontractual de tipo objetiva se encuentra ausente el elemento subjetivo, esto es, el dolo, la culpa o la negligencia del causante del daño, y la obligación de reparar se sustenta en el solo hecho de ser propietario y/o utilizar una cosa que por sus características peligrosas pueda causar un daño. Al respecto, el artículo 1913 del Código Civil para el Distrito Federal² establece que cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos

² “ARTICULO 1,913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

o sustancias que sean peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente; excepto cuando se demuestra que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima; es decir, la responsabilidad civil objetiva, también llamada en la doctrina responsabilidad por el riesgo creado, nace como consecuencia de la actividad desarrollada, sin importar el dolo, culpa o negligencia en la conducta del causante del daño.

Y tanto la responsabilidad contractual, como la extracontractual ya sea objetiva como subjetiva, generan para la víctima el derecho a reclamar la reparación del daño causado, y para el causante o para quien tenga obligación de responder por él, la correlativa obligación de reparar.

La naturaleza jurídica del matrimonio. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ocupado de manera consistente en su doctrina, de precisar que el matrimonio no puede ser catalogado o equiparado a un típico contrato civil, pues se trata de una institución familiar que, si bien se constituye por el consenso de los contrayentes, es decir, por la manifestación de voluntad de dos individuos que deciden colocarse y asumir una forma de vida en común, lo cierto es que el matrimonio está rodeado de un cúmulo de normas que no pactan las partes y que lo regulan ampliamente en sus diversos ámbitos, existentes previamente a la configuración de la unión familiar. Por ello, desde antaño esta Corte se ha inclinado por acoger la doctrina que sostiene que su naturaleza no es propiamente la de un contrato civil, sino la de un *acto-condición*, que coloca un caso individual dentro de una

situación jurídica general ya creada de antemano por la ley, la cual conlleva una serie de derechos y deberes que la misma establece³.

En ese entendimiento, esta Primera Sala ha advertido que si bien la determinación de constituir un matrimonio emana de la voluntad de los cónyuges, y éstos tienen la libertad de configurar su vida familiar conforme a sus intereses en varios aspectos, el matrimonio está sujeto a una regulación legal subyacente para ordenarlo; de ahí que, desde ese enfoque, se trata de una institución jurídica en la que imperan aspectos privados pero también aspectos que son de interés público.

Por ejemplo, en el ámbito económico, se ha dicho que el establecimiento de los regímenes económicos de sociedad conyugal y separación de bienes para el matrimonio, es la solución que el ordenamiento jurídico ofrece respecto de la manera en que se ha de responder a las necesidades del grupo familiar originado en el matrimonio, tanto en el aspecto interno referente a la contribución de

³ “Quinta Época; Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: XLVIII; Página: 3297, de rubro y texto: “MATRIMONIO, NATURALEZA JURÍDICA DEL. Gastón Jéze, en su estudio acerca de los actos jurídicos, los clasifica, por razón de su contenido, en cuatro categorías, y los comprendidos en la tercera de ellas, a lo que denomina actos-condición, por referirse a casos individuales, han sido y son confundidas frecuentemente con los actos contractuales, a pesar de existir profunda diferencia jurídica en la esencia de ambos, pues mientras los primeros pertenecen al campo del derecho público, los segundos se rigen esencialmente por la voluntad de las partes que los crean y pertenecen al derecho privado. el acto-condición consiste en colocar un caso individual dentro de una situación jurídica general, ya creada de antemano por la ley, y como ejemplo típico de estos actos, puede citarse el del matrimonio, que consiste en colocar los contrayentes dentro de la situación jurídica general de cónyuges, ya establecida por el Código Civil. El matrimonio no crea la situación jurídica de que va a ser investido el individuo; esta situación ya existe y han sido las leyes las que la han creado y reconocido, y el matrimonio no hace otra cosa que investir a un individuo determinado, de los poderes y deberes generales reconocidos por las leyes. Ahora bien, los oficiales del registro civil no tienen funciones semejantes a las de los notarios, sino que son los funcionarios investidos por la ley, del poder necesario para colocar, por medio del acto-condición del matrimonio, los casos individuales de los pretendientes, dentro de la situación jurídica general, ya creada por la ley.

cada cónyuge a las cargas familiares, como en el externo referente a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros acreedores por las deudas familiares, pero concomitantemente con las reglas legales de cada régimen económico, es permitido a los cónyuges pactar con libertad los aspectos específicos del régimen al cual se acogen a través de las capitulaciones matrimoniales, es decir, para el caso en que los cónyuges no hagan uso de la autonomía de su voluntad en el aspecto económico referido, la ley establece las previsiones necesarias para normarlo, de aplicación supletoria. Incluso, en determinadas circunstancias, aun los derechos patrimoniales individuales de los cónyuges pueden ser modulados para atender a cuestiones básicas de la institución como los alimentos, o la indemnización o compensación económica para el cónyuge que durante el matrimonio constituido bajo el régimen de separación de bienes se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos.⁴

De ahí que particularidades como las anteriores han llevado a considerar que la regulación jurídica del matrimonio, en sus diferentes vertientes, intenta conjugar dos necesidades igualmente importantes e irrenunciables: por un lado, la necesidad de ser un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad de las dos personas contrayentes; y, por otro, la necesidad de someter esa autonomía de la voluntad a límites derivados del interés público y social que tiene el Estado en proteger la organización y el desarrollo integral de los

⁴ Contradicción de Tesis 24/2004, resuelta en sesión de tres de septiembre de dos mil cuatro, de la que emanó la jurisprudencia 78/2004 de rubro: "DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS, VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE JUNIO DE 2000, PUEDE RECLAMARSE EN TODAS LAS DEMANDAS DE DIVORCIO PRESENTADAS A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, CON INDEPENDENCIA DE QUE EL MATRIMONIO SE HUBIERA CELEBRADO CON ANTERIORIDAD A ESA FECHA".

miembros de la familia y en asegurar que la regulación jurídica que les afecta esté orientada a asegurar el respeto de su dignidad así como de otros valores y principios constitucionales, entre otros, los que derivan del artículo 4º de la Constitución Federal.⁵

El principio de la autonomía de la voluntad. Esta Primera Sala ha establecido que *la autonomía de la voluntad* no es únicamente un principio general del derecho común, sino un principio que se encuentra anclado en diversos preceptos del orden constitucional, entre ellos el 1º y el 4º, pues deriva de la dignidad humana y es un elemento básico del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad; en dicho principio se expresa el respeto por el individuo como persona y el respeto por la libertad de que goza para estructurar sus relaciones jurídicas.⁶

El principio de autonomía de la voluntad no es otra cosa que la facultad inherente al ser humano de decidir libremente sobre sí mismo y las condiciones en que desea realizar su propia vida, en todos los ámbitos de su existencia: es el reconocimiento de su derecho humano de autodeterminación individual.

⁵ Contradicción de tesis 24/2004 ya citada.

⁶ Tesis 1a. CDXXV/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Pág. 219, de rubro y texto: "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL. A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el principio de autonomía de la voluntad goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a un simple principio que rige el derecho civil. Así las cosas, el respeto del individuo como persona requiere el respeto de su autodeterminación individual, por lo que si no existe libertad del individuo para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, no se respeta la autodeterminación de ese sujeto. Aunado a lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad tiene reflejo en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación, la cual también es un elemento central del libre desarrollo de la personalidad, y en cuya virtud las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas".

El derecho al libre desarrollo de la personalidad. El Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad implica fundamentalmente que el individuo tiene la facultad de elegir, de manera libre y autónoma **su proyecto de vida**, y la forma en que accederá a las metas y objetivos que para él son relevantes para realizarlo; ello, conforme al principio de *autonomía de la voluntad*, a efecto de estructurar sus relaciones personales de hecho y jurídicas con libertad y del modo que estime conveniente a sus intereses.

En efecto, en la ejecutoria del amparo directo 6/2008⁷, el Pleno determinó que nuestra Ley Fundamental reconoce el principio de dignidad de la persona humana, pues el artículo 1º constitucional prohíbe expresamente toda forma de discriminación que atente contra ella y contra los derechos y libertades enunciados por el texto de esa norma, y reconoció que la dignidad humana es base y condición sobre la cual descansan los demás derechos fundamentales necesarios para que el ser humano desarrolle integralmente su personalidad.

Señaló que el derecho al libre desarrollo de la personalidad entraña la facultad de toda persona de ser individualmente como quiere ser, sin coacciones ni controles injustificados por parte del propio Estado o de otras personas, el derecho a decidir sus metas y objetivos de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera; en suma, la facultad de elegir su proyecto de vida y la forma como quiere lograrlo; por tanto, entre las expresiones de ese derecho está la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo, de procrear hijos y cuántos o de

⁷ Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de seis de enero de dos mil nueve, por unanimidad de once votos.

decidir no tenerlos, elegir su apariencia personal, su profesión, su actividad laboral, su opción sexual, pues todos esos aspectos configuran la forma en que quiere proyectarse y vivir su vida, por ende, a la persona corresponde elegirlos con autonomía.⁸

En la contradicción de tesis 73/2014⁹, esta Primera Sala reiteró que el libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de autonomía de la persona, de acuerdo con el cual la libre elección de planes de vida es valiosa en sí misma y, por lo tanto, el Estado tiene prohibido interferir en dicha elección, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de

⁸ Tesis P. LXV/2009, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 8, registro 165813, de rubro y texto: "DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad".

Tesis P. LXVI/2009, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 7, registro 165822, de rubro y texto: "DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE. De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente".

⁹ Resuelto por la Primera Sala en sesión de 25 de febrero de 2015, por mayoría de tres votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

los planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija.

Sobre esa base, en relación con el estado matrimonial, esta Sala ha resuelto en diversos precedentes, entre ellos la contradicción de tesis antes referida, que el derecho a decidir sobre la disolución del vínculo matrimonial atañe a cualquiera de los cónyuges que ya no quiera mantener la relación, aun ante la oposición del otro cónyuge, pues tal decisión es parte del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad que el Estado debe respetar y garantizar; por ende, se han declarado inconstitucionales los regímenes civiles que exigían la acreditación de causales para decretar el divorcio cuando uno de los cónyuges se oponía al mismo y, por otra parte, se han estimado constitucionales las normas civiles que establecen el sistema de divorcio sin expresión de causa¹⁰; asimismo, en consonancia con ese derecho y con el principio básico de dignidad humana, se han declarado inconstitucionales las normas que restringían la institución matrimonial sólo para personas de diferente sexo y que imponían entre sus finalidades la procreación y/o perpetuación de la especie; determinaciones ahora acogidas en la ley, que sin duda han implicado un cambio profundo en la concepción del matrimonio a efecto de entender que el estatuto jurídico, si bien impone determinadas reglas en aras del interés público de proteger la unión y paz familiar, sus disposiciones siempre deben ser entendidas al servicio de los cónyuges y haciendo prevalecer su dignidad y sus derechos fundamentales.

¹⁰ Contracción de tesis 73/2014, resuelta por la Primera Sala en sesión de 25 de febrero de 2015, por mayoría de tres votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Ahora bien, este Alto Tribunal también ha sostenido que el principio constitucional de autonomía de la voluntad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad sustentado en dicho principio, no son absolutos, pues encuentran su límite *en los derechos de los demás y en el orden público*, de modo que la legitimidad de su ejercicio dependerá de que el derecho individual a elegir y llevar a cabo el propio proyecto de vida con sus implicaciones, no trascienda injustificadamente en afectaciones a la esfera jurídica de terceros en modo que vulnere derechos de éstos, o no afecte al orden público.

Lo anterior, con base en la premisa de que los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, gozan de una doble cualidad: como derechos públicos subjetivos y como elementos objetivos que permean en todo el orden jurídico; de modo que el ejercicio pleno de los derechos humanos no sólo tiene incidencia en las relaciones jurídicas que se establecen entre el individuo y el Estado, sino también en las relaciones jurídicas de derecho privado que se establecen entre los particulares, ya que el orden jurídico regula unas y otras, de manera que los derechos humanos, en tanto pueden estar inmersos en relaciones de derecho público y de derecho privado, pudieren llegar a ser vulnerados en ambos contextos.

Por tanto, cuando se imponga examinar una posible violación de un derecho humano –en lo que interesa, el derecho al libre desarrollo de la personalidad-, ya sea en el ámbito de una relación jurídica particular-Estado o en el ámbito de una relación jurídica privada entre particulares, la labor interpretativa jurisdiccional entraña analizar su contenido y alcances conforme a los principios constitucionales, atendiendo no sólo a su perspectiva de oponibilidad como límite a la

actuación de uno o más órganos estatales, sino también en función de las relaciones jurídicas privadas en las que el derecho está inmerso, teniendo en cuenta que en estas últimas participa otro u otros individuos también titulares de derechos humanos constitucional y convencionalmente protegidos, que lo delimitan¹¹. Y ello, ha de tenerse en cuenta incluso dentro de la institución matrimonial.

¹¹ Son ilustrativos al respecto, los siguientes criterios: "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA. Los derechos fundamentales gozan de una doble cualidad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo." 1a. XXI/2013 (10ª.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, Pág. 627.

"DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). En un sistema jurídico como el nuestro -en el que las normas constitucionales conforman la ley suprema de la Unión-, los derechos fundamentales ocupan una posición central e indiscutible como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas que se suceden en el ordenamiento. En esta lógica, la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares. Sin embargo, es importante resaltar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en virtud de que en estas relaciones, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete. Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son sólo oponibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad." Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 15/2012 (10ª.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, Pág. 798.

El derecho a la libertad sexual. En contextos fáctico jurídicos especiales, particularmente del derecho penal, en los que se ha analizado la vulneración a ese derecho, esta Primera Sala ha sostenido que la libertad sexual es una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y consiste en *“(...) la capacidad y posibilidad de decidir autónomamente, sin coerción ni violencia y con consentimiento pleno, sobre las personas -quienes también deben estar de acuerdo- situaciones, circunstancias y tiempos, en las cuales se quiere tener comportamientos, intercambios o vínculos erótico-sexuales, incluida la cópula”*¹².

Al respecto, ha considerado que *“(...) El respeto, protección y garantía de la dignidad impide que las personas sean utilizadas como instrumentos al servicio de las aspiraciones, voluntades, deseos, condiciones y violencias impuestas por otras. El cuerpo, en tanto expresión y recinto de la propia identidad, constituye, entonces, la mayor esfera de inmunidad de las personas, pues lo que ocurre en él les afecta de la manera más profunda, lo que significa que es también su espacio de mayor vulnerabilidad”*. La libertad sexual se entiende como *“(...) el derecho que cada persona tiene de decidir, libremente, con quién, cuándo y cómo desarrollar su actividad sexual”*.¹³

Por ello, ha señalado que la seguridad sexual es una protección y garantía del ejercicio de la libertad y autonomía sexual, que conlleva que la expresión de la sexualidad en cada circunstancia y contexto se

¹² Amparo directo en revisión 1260/2016 resuelto en sesión de veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis por mayoría de cuatro votos; y Contradicción de tesis 211/2016, resuelta en sesión de diecisiete de mayo de dos mil diecisiete por unanimidad de cinco votos.

¹³ Ídem.

realice con el consentimiento pleno y válido de la persona¹⁴; respecto de lo cual, al Estado toca asumir una obligación de protección de esta regla.

En el mismo sentido, en el amparo directo 6/2008 antes referido, el Pleno de este Alto Tribunal señaló que “(...) *la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad. Así, en cuanto al ámbito sexual de una persona o a su identidad sexual y de género, es innegable que se trata de aspectos inherentes a la persona humana y a su vida privada y, por ende, forman parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo, esa parte de la vida que se desea mantener fuera del alcance de terceros o del conocimiento público*”.

Incluso, aun bajo el examen de normas civiles actualmente declaradas inconstitucionales por esta Suprema Corte, como son aquellas que establecían como finalidad del matrimonio la procreación o perpetuación de la especie, que suponía la consecuente cópula entre los cónyuges, esta Primera Sala reconoció el derecho de libertad y autodeterminación sexual de los cónyuges, por virtud del cual la relación sexual requería del consentimiento de ambos y no podía ser

¹⁴ Esta Sala precisó en el precedente antes referido, que “*Consentir es decidir lo se quiere o se acepta a partir de opciones, circunstancias y valoraciones, cuando se tiene conocimiento de las consecuencias o, por lo menos, puede presumirse razonablemente que se tienen las habilidades cognitivas necesarias para entenderlas, dado aquello que se decide y el momento en que se decide.*”

impuesta por medio de violencia física o moral, so pena de configurarse el delito de violación¹⁵.

Por tanto, sin desconocer que la expresión de la propia sexualidad no se reduce a la realización de actos eróticos sexuales con el involucramiento de otras personas sino que incide en muchos otros aspectos (el establecimiento de relaciones sentimentales de pareja, la decisión de procrear o no, etcétera), y que el pleno ejercicio de la sexualidad tiene una vinculación con el desarrollo psicoemocional y bienestar del ser humano; en lo que aquí interesa señalar, podemos sostener que la libertad sexual como vertiente o expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, *es un derecho personalísimo*, por ende, tiene como condición inherente la autonomía de la voluntad

¹⁵ Son ilustrativas al respecto las siguientes jurisprudencias:

Época: Novena Época; Registro: 175717; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Materia(s): Penal; Tesis: 1a./J. 9/94; Página: 616. De rubro y texto: "VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación".

Época: Novena Época; Registro: 176065; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXIII, Enero de 2006; Materia(s): Penal; Tesis: 1a./J. 10/94; Página: 658. Del tenor siguiente: "VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AUN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). En términos del primer párrafo del artículo 267 del Código para la Defensa Social del Estado de Puebla, el delito de violación requiere para su integración: 1. tener cópula con una persona sea cual fuere su sexo, y 2. obtener dicho ayuntamiento carnal por medio de la violencia física o moral. El bien jurídico tutelado por el tipo penal de mérito es la libertad sexual, que reconoce en el ser humano, su derecho a la autodeterminación sexual. Ahora bien, el tipo penal del delito de violación contenido en la legislación referida, no establece para su integración excepción con relación a la calidad de los sujetos, como pudiera ser la existencia de algún vínculo o relación entre ellos, pues sólo requiere la actualización de violencia física o moral para la realización de la cópula; por tanto, debe concluirse que cuando uno de los cónyuges obtiene la cópula por medios violentos -sean éstos físicos y/o morales-, queda debidamente integrado el delito de violación, sin importar la existencia del vínculo matrimonial".

de la persona sobre la forma de ejercerla, es decir, atañe sólo al ámbito de decisión de la persona elegir tener relaciones sexuales con otra; sin más límite de que exista el pleno y válido consentimiento de ambos.

En el entendido que esa libertad de autodeterminación para el ejercicio de la propia sexualidad, evidentemente conlleva la carga de que las decisiones relativas se toman de acuerdo con la ética o moral personal, es decir, conforme a los valores, creencias, e ideas que el individuo tenga para normar su comportamiento sexual y conforme a la propia responsabilidad personal; se reitera, con la única condición de que dicho ejercicio no interfiera o trastoque los derechos sexuales de la otra persona con la que se realizan los actos eróticos, que pueda dar lugar a conductas delictivas.

La “fidelidad” en el matrimonio. El Código Civil para el Distrito Federal vigente en el año de mil novecientos ochenta y nueve y mil novecientos noventa (considerado como aplicable al caso por el tribunal colegiado en su estudio de legalidad), no establecía una definición del matrimonio ni precisaba sus fines, no obstante, estos últimos se inferían del artículo 147 que establecía: *“Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta”*, así como del diverso 162 que señalaba: *“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”*.

De modo que de esos preceptos se colegía que “la perpetuación de la especie” era una finalidad del matrimonio y, evidentemente, de ello se desprendía que, para el cumplimiento de ese fin, existía un “deber” de los cónyuges de acceder a la cópula entre sí, debiendo existir acuerdo para efectos de decidir sobre la procreación en cuanto al número y espaciamiento de los hijos.

Así, aunque no existía una norma en dicho Código, que impusiera expresamente un deber de fidelidad sexual entre los consortes, éste se admitía tácitamente del hecho de que el matrimonio se celebraba con la finalidad de perpetuar la especie entre los cónyuges y de que ambos estaban obligados a contribuir para el logro de la misma.

Además, ese deber de fidelidad sexual entre los cónyuges se corroboraba con el artículo 267, fracción I, del propio ordenamiento, que establecía como una causal para la procedencia del divorcio necesario “*El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges*”, pues en el contexto de la vigencia de dicha norma, se consideraba que el adulterio (que implicaba la infidelidad sexual) daba lugar a la disolución del vínculo matrimonial, porque ese hecho significaba una falta o incumplimiento a la conducta de exclusividad sexual esperada del cónyuge en la relación marital, que válidamente permitía entender que el vínculo afectivo y de comunidad de vida entre los consortes se había roto, por ende, la ley no podía imponer la subsistencia legal del matrimonio al cónyuge víctima de la infidelidad que pedía el divorcio.

El Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) vigente, desde su reforma de veinticinco de mayo de dos mil dos, introdujo en su artículo 146 una definición del matrimonio y de sus fines, señalando que: *“Matrimonio 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 con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada (...)”*. Definición que en posterior reforma de veintinueve de diciembre de dos mil nueve quedó como sigue: *“(...) Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua (...)”*. Y el artículo 162 también reformado el veinticinco de mayo de dos mil, actualmente prevé: *“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”*.

Asimismo, mediante reforma de cuatro de diciembre de dos mil ocho hecha al ordenamiento referido, el legislador local derogó las disposiciones relativas al régimen de divorcio bajo la acreditación de causales (divorcio necesario), para dar paso al régimen de divorcio sin expresión de causa, con lo que se suprimió la previsión del adulterio como causal para la disolución del vínculo matrimonial.

De manera que, aunque el Código Civil para el Distrito Federal vigente a esta fecha, tampoco prevé una norma en la que expresamente

establezca la existencia de *un deber de fidelidad sexual* entre los cónyuges, incluso, aun cuando la procreación o la perpetuación de la especie ya no se contemple como una finalidad del matrimonio (lo cual ha sido estimado inconstitucional por este Alto Tribunal en orden al respeto del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad) y no obstante que con la desaparición del régimen de divorcio bajo la acreditación de causales, el adulterio ya no se prevea como causal para la disolución del vínculo conyugal; lo cierto es que, la conceptualización del matrimonio -antes implícita en la institución misma y ahora expresamente recogida en la norma legal- como la unión de dos personas para realizar la *comunidad de vida*, en la que se han de procurar *respeto*, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable, informada y de común acuerdo, y estableciéndose la obligación de contribuir mutuamente a los fines del matrimonio, permite sostener que, en la ley, *la fidelidad sexual puede estimarse como un deber entendido en la relación marital*, pues sin duda se trata de un comportamiento esperado por y entre los cónyuges, ligado a la idea de respeto mutuo que la ley imprime a la vida matrimonial¹⁶.

Además, porque esta concepción de la existencia de un deber de fidelidad sexual en el matrimonio sigue vigente en la sociedad mexicana, precisamente a partir de que en el Derecho de Familia de las culturas occidentales, y en específico en el orden jurídico mexicano, se acoge la monogamia¹⁷ en los modelos de relaciones

¹⁶ A diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, por ejemplo, el Código Civil Español, en su artículo 68, sí establece expresamente el deber de los cónyuges de guardarse fidelidad.

¹⁷ Diccionario de la Lengua Española.

"nombre femenino

1. *Estado de la persona o animal monógamos.*

"en las sociedades occidentales la monogamia es el tipo de unión conyugal más habitual"

2. *Régimen familiar que prohíbe tener más de una esposa al mismo tiempo.*

familiares de pareja (matrimoniales, concubinarias, sociedades de convivencia), que establecen como regla jurídica la posibilidad de que esos vínculos familiares se constituyan sólo entre dos personas, lo cual válidamente supone un vínculo afectivo sexual exclusivo con una persona a la vez.

Esto, al margen de que los valores morales propios de la pareja en lo particular, y de las personas miembros de la pareja en lo individual, respecto a la práctica de la fidelidad y las consecuencias que al interior de la relación establecen respecto de su inobservancia, puedan ser diversos, pues no puede negarse la posibilidad fáctica de que el evento de la infidelidad sexual se perdone o se supere en la pareja, que se tolere entre ellos, incluso, que se permita en forma consensuada; lo cual es posible si se tiene en cuenta que, aun cuando la existencia del deber matrimonial de fidelidad sexual tenga sustento en la regulación de la institución matrimonial y su juridicidad no pueda negarse, la realidad es que su observancia atañe al ámbito de la intimidad de la pareja y depende fuertemente de la propia moral de los cónyuges, de manera que el Estado difícilmente podría imponer controles a la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja en ese aspecto, además que podría cuestionarse la legitimidad de su imposición en tanto que finalmente se trata del ejercicio de un derecho humano personalísimo, como es la libertad sexual de las personas, de ahí que si bien se trata de un deber jurídico en tanto encuentra alojo en el ordenamiento legal, lo cierto es que dado su contenido ético moral, la reacción judicial ante su incumplimiento podrá verse limitada o restringida en la imposición de consecuencias jurídicas.

En este punto, es conveniente mencionar que, en la doctrina se hace la distinción de *los deberes conyugales*, entre aquellos que están relacionados con los efectos patrimoniales o de contenido económico del matrimonio, y los que están vinculados con los efectos estrictamente personales de la institución; en consecuencia, los deberes conyugales se distinguen entre patrimoniales y *personales*, considerándose dentro de estos últimos a la fidelidad (en lo que interesa, a la fidelidad sexual).

Al respecto, en el Tratado de Derecho de la Familia dirigido por Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas¹⁸ con base en el estudio de la legislación española, y concretamente de los artículos 66 a 71 del Código Civil Español que establecen los derechos y deberes de los cónyuges, partiendo de la base de asimilar la institución matrimonial a una relación de índole contractual civil de contenido jurídico obligacional, el autor sostiene que el deber conyugal de fidelidad sexual *es personalísimo* y está exclusivamente vinculado con los efectos personales del matrimonio, por ello, si bien ese deber, en tanto lo impone la norma legal resulta imperativo, *su cumplimiento no puede imponerse coactivamente*¹⁹, a diferencia de lo que sucede con los deberes conyugales de contenido patrimonial; asimismo, destaca que aun cuando la ley establece imperativamente los deberes conyugales, respecto de algunos de ellos, y particularmente los de carácter personal, en la realidad, lo común es que los cónyuges organicen la vida familiar y dispongan o pacten sobre esa clase de deberes, de modo que lo relevante es el acuerdo entre las partes, en

¹⁸ Capítulo 6, elaborado por Luis Felipe Rangel Sánchez, Volumen I, páginas 641 a 675.

¹⁹ “(...) Es cierto que un cónyuge puede tener derecho a que el otro se comporte de una manera determinada (que le sea fiel), pero no le puede ordenar, no puede imponerle esa obligación con mano militar ni reclamar judicialmente el cumplimiento de ese deber conyugal (...)”. Ídem, página 657.

caso contrario, el marco legal regulador del matrimonio será el que impere para reaccionar jurídicamente ante su incumplimiento a efecto de disolver el vínculo conyugal (en el entendido que, en España, a partir de la Ley 15/2005 de 8 de julio, ya no es necesario alegar o acreditar dicho incumplimiento para que proceda el divorcio).

De modo que, en este apartado, cabe establecer que el deber de fidelidad sexual en el matrimonio, es un deber jurídico de carácter personalísimo y de contenido esencialmente moral, por lo que si bien es un deber propio del matrimonio, su observancia no puede ser exigida coactivamente y, en torno al cual, el control judicial en caso de incumplimiento, necesariamente se ve atenuado en cuanto a la imposición de consecuencias jurídicas.

El incumplimiento del deber conyugal de fidelidad sexual, como hecho ilícito base de una acción de responsabilidad civil por daño moral. Con base en las cuestiones apuntadas hasta aquí, se está en aptitud de analizar el punto concreto admitido como tema propiamente constitucional materia de este recurso de revisión.

Al respecto, a juicio de esta Sala, el hecho de que la fidelidad sexual sea un deber de los cónyuges en el matrimonio, que implícitamente encuentre cobijo en la regulación jurídica de la institución, es insuficiente para estimar que el incumplimiento de ese deber es apto para sustentar una acción de daño moral, y considerar que la afectación moral que llegare a causar el evento de infidelidad de un cónyuge al otro pueda ser materia de indemnización económica, podría trastocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho de libertad sexual aun en el contexto matrimonial.

En principio, conviene precisar que en la regulación del Código Civil para el Distrito Federal aplicable al caso (vigente en la época de los hechos), relativa o vinculada con la institución del matrimonio, se preveían algunas normas que regulaban supuestos específicos en los que se admitía la existencia de *responsabilidad civil* por determinadas conductas de alguno de los miembros de la pareja respecto del otro.

Por ejemplo, en las reglas sobre los esponsales, se preveía para el que rompiera el compromiso de contraer matrimonio o lo difiriera indefinidamente, la obligación de pagar al otro los gastos que hubiere hecho para la celebración del matrimonio proyectado, asimismo, se preveía una acción para reclamar una indemnización por daño moral contra el cónyuge que hubiere rehusado sin causa grave contraer el matrimonio, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad habida entre ellos, la publicidad de sus relaciones, etcétera, se hubiere afectado la reputación del prometido que se consideraba inocente.²⁰ Asimismo, en las disposiciones relativas al matrimonio por separación de bienes, al referirse a la administración de éstos, la ley preveía la obligación de los cónyuges de responderse por los daños y perjuicios

²⁰ ARTÍCULO 142.- Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.

ARTÍCULO 143.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.

ARTÍCULO 144.- Las acciones a que se refiere el artículo que precede, sólo pueden ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

que se causaran por dolo, culpa o negligencia.²¹ Y en las reglas sobre el divorcio, refiriéndose al necesario (bajo la acreditación de causales), la legislación disponía que, cuando por el divorcio se originaran daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable respondería de ellos como autor de un hecho ilícito.²²

En el código vigente han sido derogadas las anteriores disposiciones, y únicamente se adicionó el artículo 194 Bis (reforma de veinticinco de mayo de dos mil), relativa a la regulación del régimen patrimonial de sociedad conyugal, en la que se prevé que el cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, tiene obligación de pagar al otro cónyuge la parte que le correspondía de dichos bienes y los daños y perjuicios que le ocasione.²³

De modo que la legislación civil, como se observa, por lo menos expresamente, sólo preveía (y prevé) la aplicación de la

²¹ ARTÍCULO 218.- El marido responde a la mujer y ésta a aquél, de los daños y perjuicios que le cause por dolo, culpa o negligencia.

²² (REFORMADO, D.O.F. 27 DE DICIEMBRE DE 1983)

ARTICULO 288.- En los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá 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 o se una en concubinato.

El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

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.

²³ (ADICIONADO, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

ARTICULO 194 Bis.- El cónyuge que haya malversado, ocultado, dispuesto o administrado los bienes de la sociedad conyugal con dolo, culpa o negligencia, perderá su derecho a la parte correspondiente de dichos bienes en favor del otro cónyuge. En caso de que los bienes dejen de formar parte de dicha sociedad de bienes, el cónyuge que haya procedido en los términos señalados en este artículo, deberá pagar al otro la parte que le correspondía de dichos bienes, así como los daños y perjuicios que se le ocasionen.

responsabilidad civil entre cónyuges, en determinados supuestos vinculados a las afectaciones que se puedan causar *en los bienes* de la sociedad conyugal, por uno de los cónyuges en daño o perjuicio del otro.

Por otra parte, como se ha precisado, la calidad de deber jurídico no priva al deber de fidelidad sexual en el matrimonio de su carácter personalísimo y de su contenido esencialmente moral, respecto del cual tiene cabida la autonomía de la voluntad de los cónyuges para efectos de su cumplimiento, además de que éste no se puede obtener en forma coactiva. De ahí que en criterio de esta Sala, ese contenido primordialmente moral de dicho deber, válidamente es apto para explicar por qué la ley civil, conforme al texto que se consideró aplicable al caso por el tribunal colegiado, sólo preveía expresamente como consecuencia jurídica de su incumplimiento, la facultad del cónyuge que se estimaba ofendido por la infidelidad, *para reclamar la disolución necesaria del vínculo conyugal*, no así la posibilidad de reclamar al cónyuge infiel los posibles daños ocasionados con su conducta.

Esto, tal como se advierte del derogado artículo 267, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal que establecía el adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges como causal para el divorcio necesario. Incluso, tal como se puede inferir bajo el régimen de divorcio sin expresión de causa imperante en la actualidad, que permite al cónyuge que ya no quiere mantener el vínculo matrimonial solicitar su terminación –por cualquier razón que no está obligado a externar al órgano jurisdiccional, pudiendo estar entre ellas, obviamente, la relativa a la infidelidad sexual del otro cónyuge-.

Ahora bien, es cierto que el mero hecho de que el Código Civil que se ha considerado aplicable al caso sólo estableciera como consecuencia jurídica expresa de la infidelidad sexual *el divorcio necesario*, o que actualmente en respeto del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad la disolución del vínculo matrimonial ya no exige siquiera la acreditación de alguna causa, desde luego no es razón bastante para justificar que no tenga cabida la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil para sustentar una condena de daño moral por el incumplimiento al deber de fidelidad sexual en el matrimonio, pues en todo caso, la conclusión en ese sentido tendría que estar sustentada en razones jurídicas inherentes al hecho mismo.

En ese orden, es necesario señalar que si la infidelidad sexual en el matrimonio se juzga como un incumplimiento de un deber conyugal sustentado en la norma jurídica y en el acuerdo de los cónyuges al sujetarse a la norma al constituir el estado matrimonial, en rigor no resulta determinante establecer a qué tipo de responsabilidad civil pudiere corresponder, si contractual o extracontractual, pues el hecho de la infidelidad sexual formal y materialmente encontraría alojo en una o en otra, según la naturaleza jurídica que se quiera atribuir al matrimonio, pues la fuente de la responsabilidad, o sería el contrato o sería la ley, y como se ha visto, dadas las particularidades de la institución, en el caso de los deberes conyugales y concretamente del que se trata, no se puede negar que ambas son fuente de atribución; de manera que lo relevante sería advertir, como se ha dicho, cuál sería la razón jurídica para negar que la eventual afectación moral que produzca en un cónyuge la infidelidad sexual del otro, *no pueda ser indemnizable*.

En ese sentido, cabe mencionar que entre las razones que se expresan en la doctrina para negar la posibilidad de que la infidelidad sexual genere daños morales indemnizables, se sugieren, por ejemplo: (i) la existencia de una especie de *inmunidad* de las relaciones familiares a las normas reguladoras de la responsabilidad civil, advertida a partir de su exclusión implícita por parte del legislador en el Derecho de Familia y concretamente en la regulación del matrimonio (ii); vinculada a la anterior, la ya expresada consideración de que el legislador sólo estableció como remedio jurídico al incumplimiento de dicho deber conyugal la disolución del vínculo matrimonial; (iii) el establecimiento de determinados remedios jurídicos distintos al resarcimiento económico como puede ser la privación del derecho a heredar al otro cónyuge o de recibir alimentos de éste; (iv) el contenido moral del referido deber conyugal y la propia naturaleza de la relación marital que sugiere un cierto deber de tolerar y aceptar los daños morales causados; (v) el riesgo de que la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil en el ámbito del matrimonio y particularmente respecto del incumplimiento de los deberes conyugales, sin atender al origen, contornos y diseño de cada institución, provoque numerosos litigios ante los tribunales por afectaciones morales causadas en el matrimonio, que puedan resultar triviales, acrecentándose la conflictividad en las relaciones familiares.

Para esta Sala, si bien cada una de esas razones destacadas puede resultar válida desde determinada perspectiva, y por ende, útil para contribuir al sostenimiento del criterio de negar la viabilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil para considerar que la infidelidad sexual en el matrimonio pueda constituir hecho ilícito para efectos de

una acción de daño moral; lo que se estima relevante es tener en cuenta que el deber conyugal de que se habla, más que cualquier otro de los deberes personales de los cónyuges inherentes a dicha unión familiar, si bien es un deber jurídico, lo cierto es que está sustentado, primero, *en el vínculo sentimental y afectivo* de la pareja, pues en la actualidad más que en cualquier otro tiempo pasado, la razón imperante para que dos personas decidan contraer matrimonio es el sentimiento de amor entre ellos, siendo precisamente el lazo afectivo que envuelve el amor, el cariño, la admiración y el respeto por el otro, el que los impulsa a prodigarse la consideración de exclusividad sexual; y la relación sentimental entre los cónyuges, es un aspecto de la vida conyugal que se circunscribe a la intimidad de la pareja y respecto del cual sólo ellos tienen injerencia; de modo que los acuerdos y valores morales conforme a los cuales la pareja tácita o expresamente decide vivir cotidianamente su vida en común y su relación en el plano sentimental y afectivo, atañen a ambos y preponderantemente son inherentes a su intimidad.

En ese entendido, no puede negarse que la vida conyugal en su cotidianeidad conlleva indefectiblemente desacuerdos, problemas, roces, discusiones, desavenencias, diferencias de todo tipo entre los cónyuges, que pueden dar lugar a debilitar el vínculo afectivo sentimental, y con ello, entre muchas otras posibles conductas dañinas para la relación, se propicien las de infidelidad sexual.

Y en ese contexto, para la imputación objetiva del reproche jurídico a la conducta, se estima que no basta el hecho mismo de la infidelidad sexual, aun cuando entrañe el incumplimiento del deber conyugal, si el sustrato de la fidelidad es esencialmente ese lazo afectivo y el sistema

de valores en que se desenvuelve la relación y que atañe a ambos cónyuges, el cual, de algún modo ha de estar mermado, desgastado o desorientado en algún aspecto, por lo menos desde la visión del cónyuge que incumple el deber marital, para dar paso al hecho referido.

Lo anterior no significa, de ningún modo, ni que se haga partícipe al otro cónyuge *de la responsabilidad del hecho*, ni que se justifique el mismo o se le excluya de su antijuridicidad, pues la decisión de faltar al deber conyugal es tomada por el cónyuge infiel con plena voluntad y bajo conocimiento de las consecuencias que puede traer aparejada su falta; sin embargo, la cuestión advertida sí incide en la consecuencia jurídica que ha de merecer la conducta, pues al estar la fidelidad sustentada en el vínculo afectivo y los valores morales con que se vive la relación matrimonial, el reproche objetivo se atenúa, a efecto de estimar como remedio adecuado la disolución del vínculo, y no así un resarcimiento económico.

No está en duda que la infidelidad sexual de uno de los miembros de la pareja (incluso tratándose de otras formas de unión familiar y no sólo del matrimonio) es susceptible de causar afectaciones morales, pues puede causar dolor al otro cónyuge, herir sus sentimientos y generarle otros que afecten sus emociones (depresiones, tristezas, frustración, impotencia, etcétera); pero ha de admitirse que la constitución de vínculos afectivos en las relaciones de pareja siempre conlleva el riesgo natural de que el amor o los afectos de uno hacia el otro desaparezcan, y se produzcan conductas como la infidelidad que puedan causar dolor, empero, ello no lleva a la conclusión de que se trate de daños morales indemnizables económicamente, pues son

situaciones ligadas a la propia existencia de la relación de pareja cuya posible actualización se asume al constituirse el vínculo marital.

Aunado a lo anterior, como se ha señalado con antelación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, implica la autodeterminación personal, la elección del proyecto de vida; y si bien el matrimonio se constituye por decisión voluntaria de los cónyuges como opción de vida, también se ha reconocido que cada uno de ellos conserva su derecho fundamental a renunciar o apartarse del mismo conforme a la autonomía de la voluntad, pues resulta contrario a la dignidad humana la imposición de controles jurídicos para hacer permanecer a una persona en un estado que ya no quiere.

Por otra parte, también se ha dicho que el derecho a la libertad sexual entraña la capacidad y la posibilidad de la persona, de decidir autónomamente, sin coerción ni violencia y con pleno consentimiento, cómo, dónde, cuándo y con quién tener relaciones sexuales, sin más limitación que contar con el acuerdo de la otra persona que participa en la relación; esto, porque el respeto, protección y garantía de la dignidad personal impide que las personas sean utilizadas como instrumentos al servicio de las aspiraciones, voluntades, deseos, condiciones y violencias impuestas por otras, pues el cuerpo de la persona es su esfera de mayor inmunidad; por ende, que el ejercicio de la propia sexualidad debe contar con la protección y garantía de que en cualquier contexto será realizado con ese pleno y válido consentimiento.

Asimismo, se ha destacado que aun en el contexto de la relación de matrimonio, el derecho fundamental de cada cónyuge a su libertad sexual cuenta con la protección y garantía de que, aun entre los consortes, no puede ser vulnerado mediante violencia física o moral o cualquier otro medio de coerción, sino que ha de mediar el consentimiento.

Y se ha precisado que el deber conyugal de fidelidad sexual entre los consortes, en tanto personalísimo y de preponderante contenido moral, no puede ser exigido en forma coercible.

Sobre esas bases, en criterio de esta Sala, es posible postular que la constitución del matrimonio y con ello, en lo que interesa, *la aceptación del deber conyugal de fidelidad sexual previsto implícitamente en la ley y muy seguramente pactado entre las partes*, en realidad no restringen el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho de libertad sexual de los cónyuges.

Así se advierte, porque el matrimonio no coarta la autodeterminación personal en relación con esos derechos, es decir, el matrimonio no confiere a los cónyuges un derecho o un poder coactivo sobre el cuerpo y los actos del consorte en el ámbito sexual, pues aceptar que la voluntaria constitución del estado matrimonial conlleva la declinación de la libre autodeterminación sexual, trastocaría la propia dignidad humana. Aun dentro del estado marital, los miembros de la pareja conservan la facultad de decidir sobre el ejercicio de su

sexualidad, pues son dueños de sus cuerpos y tienen libre albedrío para utilizarlo con el fin del placer sexual.

Por tanto, no se estima apropiado sostener que una conducta de infidelidad sexual entre los cónyuges, per se, aun cuando pueda generar afectaciones morales en los sentimientos y emociones del otro cónyuge, deba tener como consecuencia un reproche bajo las reglas de la responsabilidad civil, para dar lugar a un resarcimiento económico, ya que ello, materialmente se convertiría o se equipararía a una sanción que afecte los derechos humanos referidos; siendo dable insistir en que, la comprensión antes expuesta, no entraña que no exista incumplimiento al deber conyugal con consecuencias para el cónyuge infiel, sino que, tales consecuencias no pueden ser las de indemnizar económicamente al otro cónyuge por la infidelidad cometida.

No se desconoce que el punto jurídico en cuestión ha suscitado posiciones jurídicas doctrinarias divididas; pues hay quienes pugnan por reconocer que la infidelidad sexual en el matrimonio, vista como el incumplimiento a un deber conyugal, sí debe considerarse un hecho ilícito generador de daño moral, en tanto puede causar afectación en los sentimientos o en otros bienes jurídicos de la personalidad, por ende, susceptible de ser indemnizado mediante una condena económica.

En el Tratado de Derecho de Familia citado con antelación, el autor referido en la Nota del pie de página 28 de esta resolución, en relación con la regulación española, considera que es viable reclamar la

responsabilidad civil por daño moral por el incumplimiento de deberes conyugales, y bajo su postura sobre la concepción del matrimonio como contrato, estima que se trataría de una acción *por incumplimiento contractual*; concretamente sobre el deber de fidelidad sexual, postula que sólo cuando los cónyuges se han perdonado la infidelidad sexual y dan continuidad a la vida conyugal, tal renuncia a la acción es la que excluye la posibilidad de reclamar el daño moral. En ese sentido, dicho autor emprende la crítica de dos sentencias del Tribunal Supremo de España²⁴ que desestimaron pretensiones de indemnización por daño moral causado por infidelidad sexual, en concreto, sostiene que es posible acreditar la acción cuando derivado del incumplimiento del deber conyugal referido, se generaron daños morales constatables, por ejemplo, cuando la mujer hace creer al marido que el hijo engendrado es suyo sin serlo y éste pierde el derecho a relacionarse con el hijo, o cuando se transmiten enfermedades venéreas.

En similar sentido, en la misma obra, diversa autora²⁵ también a partir del examen de las dos referidas sentencias del Tribunal Supremo español, sostiene que si bien por sí sola la comisión de un incumplimiento de un deber conyugal no es indemnizable, sí debería admitirse la viabilidad de la indemnización cuando, tratándose de la infidelidad sexual, con ella se producen daños graves constatables; por ejemplo, cuando el cónyuge infiel contagia al otro una enfermedad que afecta su integridad física o psíquica, cuando dolosamente le oculta la verdadera paternidad de un hijo, etcétera.

²⁴ La STS de 22 de julio de 1999, RJ 1999,5721 y la STS de 30 de julio de 1999 RJ 1999, 5726. Ob Cit. páginas 663 a 671.

²⁵ Alma María Rodríguez Guitián. Volumen VI, páginas 659 a 752.

Sin embargo, aquí no se prejuzga sobre el posible daño moral que pueda causar al cónyuge varón un eventual *ocultamiento doloso*²⁶ de la esposa sobre la verdadera paternidad de un hijo concebido con persona distinta durante el matrimonio, pues ello atañe a una hipótesis fáctica distinta al hecho concreto de la infidelidad sexual que en el caso se estimó el hecho ilícito en que se sustentaría una condena de daño moral; tampoco se examinan en este fallo, porque no es materia del tema de constitucionalidad, el posible daño moral que se pueda producir por un contagio de enfermedades de un cónyuge a otro a raíz del ejercicio de la sexualidad; ni cualquier otra hipótesis fáctica de daños que se puedan suscitar entre cónyuges.

En la inteligencia que, si bien no se desatiende que entre los hechos del caso el actor argumentó y la demandada se defendió, respecto del ocultamiento de la paternidad de la hija nacida de la relación sexual sostenida por la demandada con un tercero, lo cierto es que el tribunal colegiado en su examen de legalidad excluyó o bien omitió un estudio de la controversia al respecto, pues sostuvo que el hecho ilícito objeto de la acción de daño moral se centraba en la infidelidad sexual; y es sobre ese concreto tema que se circunscribe el análisis precedente.

69. ²⁶ Hecho que tendría que ser plenamente demostrado tanto en lo relativo a que *la cónyuge tenía o debió tener un pleno conocimiento sobre a quién correspondía la paternidad del hijo* (para lo cual no basta una mera presunción humana, pues es evidente que la realidad puede ofrecer múltiples escenarios que justifiquen la creencia de la mujer de que el marido es el padre del hijo y no el tercero con quien sostuvo una relación sexual) y sobre *el engaño y ocultamiento doloso del hecho de la falta de paternidad*, así como en lo concerniente a *la efectiva acreditación de que se causó daño moral*, conforme a las circunstancias concretas que rodeen el hecho.

En las circunstancias relatadas, debe reconocerse razón a la parte quejosa cuando se duele de que, considerar a la infidelidad sexual como un hecho ilícito susceptible de soportar una condena de daño moral, atenta contra los derechos humanos de libre desarrollo de la personalidad y de libertad sexual.