

Art. 243. El cónyuge que no ha dado causa al divorcio, puede aun después de ejecutoriada la sentencia, prescindir de sus derechos y obligar al otro á reunirse con él, más en estecaso no puede pedir de nuevo el divorcio por los mismos hechos que motivaron el anterior, aunque sí por otros nuevos aún de la misma especie.

SECCION 1ª

PRINCIPIOS GENERALES.

23. Si la unión permanente de los cónyuges es el voto del legislador, aun la simple separación de cuerpo no debe autorizarse judicialmente, sino por alguna de las causas enumeradas y perfectamente definidas en la ley. En efecto, la misma separación es un mal que no conviene á la sociedad que se produzca, á no ser que surja uno de esos acontecimientos que el legislador no ha podido menos que considerar graves y suficientes para motivar aquella. Es lo que enseñaba Pothier, cuando decía: «La unión del marido y de la mujer, que es formada por Dios mismo, y el poder que cada uno de los cónyuges da sobre su cuerpo, en virtud del matrimonio, al otro cónyuge, no permiten á una mujer pedir la separación de habitación, si no es por causas muy grandes Los jueces no deban permitir con demasiada facilidad la separación de habitación; pero cuando hay justas causas deben permitirlo: por que según reglas del orden político, se debe, no hacer, sino permitir un menor mal para evitar otro mayor.»¹ De aquí se deduce que las causas de divorcio son de estricta interpre-

¹ Pothier, *Contrat de Mariage*, chap. 3.

tación.¹ No cabe, pues, en esta materia juzgar por analogía ni por tradiciones, porque, siendo la regla la indisolubilidad, y no habiendo el legislador aceptado la separación *quod thorum et habitationem* sino forzado por la debilidad humana, resulta ser esta una excepción que no debe aplicarse, como ya lo hemos dicho en otro lugar, á caso alguno que no esté expresamente especificado en la ley.²

24. Interpretación estricta de las causas de divorcio no quiere decir que los jueces carezcan de facultad para examinar, si el motivo presentado en la demanda cabe ó no en los preceptos legales. Así lo decidió la corte de Colmar en Francia, fallando no ser causa de divorcio, presentada como injuria grave, el adulterio de uno de los cónyuges.³ Del mismo modo no podría, según nuestras leyes, decretarse el divorcio por otra causa que la presentada en la demanda, supuesto que la sentencia no debe decidir una acción diversa de la deducida por el actor y nombrada en su demanda, aun cuando proceda de los mismos hechos, conforme al art. 711, fracción 2.^a de nuestro código de Procedimientos civiles y á la jurisprudencia de la Corte de Casación.⁴

25. Infiérese también de lo que precede, que la separación no puede ser decretada por otras causas que las expresamente señaladas en ley, aunque parezcan igualmente graves y suficientes para motivar aquella. La legislación, como la enseña Durantón, ha dejado, sin duda, á los jueces una gran latitud en la apreciación de los hechos que constituyen los ex-

1 Laurent, *Droit civ. franc.*, tom. 3, núm. 178.

2 Vease tomo I, de esta obra, núms. 88 y siguientes.

3 Palloz, "Separation de corps" núm. 438.

4 *Anuario de legislación y jurisprudencia*. Sección de Casación, Sentencia de 20 de Julio 1886.—Massol, *De la separation de corps*. sect. 4, núm. 1.—Sentencia de 10 de Octubre de 1876 del Juzgado 2.º de lo civil, confirmada por la 3.ª sala del Tribunal Superior del D. F. en 12 de Agosto de 1877. (Fero, núm. 84, tomo 7.º, 1.ª época, y núm. 41, tomo 2.º y 2.ª Epoca.)

cesos, sevicias ó injurias graves . . . ; pero las decisiones á este respecto están expuestas á ser reformadas por el superior, si ellas se fundan sobre causas no expresadas en la ley.¹ Por esta razón, ya no podría admitirse una demanda de divorcio por causa de entrar uno de los cónyuges en alguna Orden religiosa, como lo prescribía la ley 2, tít. 10 de la Partida 4.^a ni por ningún otro motivo omitido en las palabras del legislador. García Goyena expresa el mismo pensamiento, diciendo que las causas de divorcio son *tacsativas* y no *extensivas*.²

§ 1. DEL ADULTERIO.

26. No siempre ha sido una misma la significación de esta palabra, cuyo sentido se comprende hoy tan generalmente. Según el derecho romano, estado de la mujer era lo único que determinaba el adulterio. Modestino escribía: *adulterium in nupta admittitur: stuprum in viuda vel virgine, vel puero committitur*.³ En otros términos, el adulterio solo existía, independientemente del estado del hombre, al cual para nada se atendía, cuando la mujer era casada. En consecuencia, si un hombre casado tenía comercio secsual con una viuda ó virgen, no cometía adulterio sino estupro, *stuprum in viuda vel virgine committitur*. Esta arbitraria distinción era sin duda un eco todavía resonante, á pesar del trascurso del tiempo, de aquella abusiva y criminal doctrina, según la cual solo era punible el adulterio de la mujer, y cuyo recuerdo nos ha sido trasmitido por Aulo Gelio, que po-

1 Duranton, tomo I, núm. 1118

2 García Goyena, *Proyecto*, art 76

3 Dig. lib. 48, tit. 5, l. 34, § 1.

ne en boca de Caton, refiriendo las costumbres de los primitivos romanos, las siguientes palabras: *De jure autem occidendi ita scriptum est: in adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio impune necares; illa te, si adulterares, digito non auderet contingere, neque jus est.*¹ Es el Cristianismo quien dió á la ciencia jurídica una más recta noción del adulterio, partiendo del principio de la monogamia y santidad del matrimonio. San Pablo escribía á los Corintios: *Propter fornicationem autem unusquisque suam uxorem habeat, et naqueque suum virum habeat Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier.*² San Agustín dice: «Los derechos de esposa no autorizan de modo alguno á los hombres culpables de adulterio, á reclamar en favor de ellos más indulgencia que la que acordarían á sus mujeres; al contrario, este crimen debe ser castigado en los hombres con mayor severidad, porque ellos son más fuertes y deben dar el buen ejemplo.» «Entre nosotros, enseñaba San Jerónimo, lo que está prohibido á la mujer, lo está igualmente á al marido. Hay sobre este punto grande diferencia entre las leyes de Jesu-Cristo y las de los emperadores S. Pablo y Papiniano no nos enseñan las mismas cosas, pues el segundo *suelta la brida á la impudencia de los hombres y no condena el adulterio sino con mujer casada.* Pero entre los cristianos no es así; si un marido puede repudiar á su mujer por causa de adulterio, una mujer puede dejar á su marido por el mismo crimen; en las condiciones iguales, la condición es igual.³ «Luego, dicen los Canonistas, hay delito de adulterio, siempre que se viola la fe conyugal, sea por la esposa ó por el marido, *ex eo quod conjugalis fides et unitas duorum*

1 Aulo Gelio, lib. 10, núm. 23.

2 1.^o *Ad Corinth Cap. VII. v. v. 2 y 4.*

3 San Jerónimo, *Vida de Sta. Faviola.*

*in carne una perfidē violatur.*¹ Adulterio es pues según la Iglesia: *accessus ad alterius thorum*. Y así leemos en los cánones: *Nemo blandiatur sibi de legibus hominum . . . nec v. ro licet, quod mulieri non licet. Eadem a viro, quæ ab uxore debetur castimonia. Quidque in ea, quæ non sit legitima auxor, commissum fuerit, adulterii crimine damnatur. Nulli licet scire mulierem præter uxorem; ideo conjugii tibi datum est jusne laqueum incidas, et cum aliena muliere delinquas . . . Nec hoc solum est adulterium, cum aliena pecare conjuge, sed omne, quod non habet potestatem conjugii.*²

Esta doctrina tan pura del Cristianismo, que juzgaba de la moralidad de las acciones bajo el punto de vista del deber infringido, penetró tardíamente y con dificultad en la legislación civil. Después de Constantino, que declaró ser el adulterio causa de divorcio, cualquiera de los cónyuges que de él fuese culpable, renació la ley Julia, que prohibía á la mujer la acusación de adulterio contra su marido, *publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamavis matrimonio suo violato queri veliut, lex Julia declarat,*³ y la diferencia de que hablamos pasó á España y á Francia, como lo demuestran sus respectivos monumentos jurídicos. A pesar de la mofa con que Juvenal se había burlado, en tiempo de Domiciano, de la desigualdad establecida por las leyes *Augustanas* entre el hombre y la mujer en orden al adulterio,⁴ Pothier enseñaba que los adulterios cometidos por el marido, no pueden servir á una mujer de fundamento para una demanda sobre separación de habitación. «Las mujeres, dice, no son admitidas en los tribunales á la prueba de estos hechos, mientras que el hombre es recibido á entablar con-

1 André, *Droit Can.*

2 Cap. *Nemo blandiatur*, caus. 32, quest. 4.

3 *Cod. lib. 9, tit. 9, l. 1*

4 Sátira 2, *Dat veniam corvis, vexat censura columbas.*

tra su mujer la acusación de adulterio. La razón de la diferencia es evidente: el adulterio que comete la mujer es infinitamente más contrario al buen orden de la sociedad civil, puesto que tiende á despojar á las familias y á hacer pasar sus bienes á hijos adulterinos que la son extraños; al contrario, el adulterio cometido por el marido, aunque muy criminal en sí, no tiene tan graves consecuencias. Añadid que no pertenece á la mujer, que es una inferior, tener inspección sobre la conducta de su marido, que es su superior. Ella debe presumir que su marido le es fiel, y el celo no debe arrastrarla á hacer investigaciones de la conducta de aquél.¹ El Fuero Juzgo confundía también el adulterio con el estupro y la violación.² El código de las Partidas expresa mejor que ningún otro monumento antiguo, la confusión existente sobre este punto en el orden civil, á pesar de la doctrina canónica: «*Adulterio es yerro que ome faze á sabiendas, yaciendo con muger casada, ó desposada con otro. Et omo este nombre de dos palabras del latín alterius et thorus, que quieren tanto dezir como ome que va, ó fue al lecho de otro; por quanto la muger es contada por lecho del marido con quien es ayuntada, e non el della. E por ende dixeron los sabios antiguos que maguer el ome casado yoguiesse con otra muger que oviesse marido, que non lo puede acusar su muger ante el juez seglar sobre esta razon; como quier que cada uno del pueblo (á quien no es defendido por las leyes de este nuestro libro) lo puede fazer. E esto touieron por derecho, por muchas razones. La primera, porque del adulterio que faze el varon con otra muger non nace daño, nin deshonrra, á la suya. La otra, porque del adulterio que faze su muger con otro, finca el marido deshonrrado, recibiendo la muger á otro en su lecho; é demas, por que del adulterio della puede venir al marido gran daño.*

¹ Pothier, *Contrat de mariage*, núm. 516.

² Lib. 3, tit. 4, l. l. 7, 8 y 14.

Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en vno con los sus hijos; lo que non auernia á la muger del adulterio que el marido fiziesse con otra: e por ende pues que los daños e las deshonrras, no son yguales, quisada cosa es, que el marido aya esta mejouria, e pueda acusar á su muger del adulterio, si lo fiziere, e ella non á el; e esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juyzio de Santa Iglessia non seria assi.»¹ Gregorio López en la glosa á esta ley, no deja duda sobre lo que afirmamos. *Adulterium, dice, est, cum conjugata, vel alterius sponsa scienter coire; et dicitur adulterium ab alter, et thorum, quia adulter ad alterius thorum vadit, eo quod uxor est thorus viri, et non è contra: mulier tamen non potest suum virum de adulterio accusare coram iudice sæculari, licet possit alius de populo; ipse tamen vir uxorem sic, quia per mulierem vir vituperatur, eo qui alter in ejus thorum recipitur, et quandoque partus alienus est hæres sibi, quod cessat cum vir adulterium committit: secundum canones tamen potest ipsa maritum accusare.* La misma doctrina era sustentada por muchos eminentes tratadistas, aunque fué siempre combatida por el Derecho Canónico. El P. Sánchez, citando á Santo de Tomás Aquino y gran número de cánones y decisiones eclesiásticas, enseña: *Conjuges sunt pares in divortio causa adulterii celebrando: ac proinde sicut vir innocens potest ab adultera uxore divertere, ita e contra uxor innocens a viro adultero.*²

Los dos diversos modos de considerar el adulterio según que fuese del marido ó de la mujer, aceptados, como hemos visto, desde el antiguo derecho civil, parecieron fundirse en la Novela 117 de Justiniano, que es como la primera fórmu-

¹ Partida 7, tit. 17, l. 1.^o

² P. Sánchez, *De Matrimonio*, lib. 10, disput. 3, núm. 6.—Div. Thom, *Summa Theológica*, Suppel. Quæst. 52, art. 4.—Joan Gutiérrez, *Trac. de Matrim.*, cap. 129.

la por medio de la cual concedieron, por explicarnos así, los jurisconsultos romanos, que el adulterio del marido fuese también causa de divorcio para la mujer. La concesión no llegó, sin embargo, hasta el grado de igualar á ambos consortes en el derecho de acusar y pretender el divorcio, siendo uno mismo el delito. Mientras el hombre podía dejar á la mujer por simples sospechas de adulterio, *si de adulterio maritus putaverit posse suam uxorem convinci*, la mujer no podía divorciarse de su marido adúltero, sino cuando éste tuviera una concubina en la casa conyugal, ó fuese convicto de vivir habitualmente en otra casa con la cómplice, *si quis in ea domo in qua cum sua conjuge commanet, cantemnes eam cum allia inveniatur in ea domo manens: aut in eadem civitate degens in allia domo cum allia muliere frequenter manere convincitur*.

Tal es el origen de la disposición existente en la mayor parte de los códigos modernos, que como en nuestra legislación, no considera el adulterio causa de divorcio, por lo tocante al marido, sino cuando éste ha cometido tal delito con una concubina y en la casa conyugal, mientras se reputa serlo en todos los casos el cometido por la mujer. Véamos cuáles son los principales razonamientos empleados para justificar esa distinción, que desde luego, más parece referirse á la pena del delito y á su clasificación, que al divorcio, respecto al cual se establece. Tácito había escrito: *Neque fœmina, amissa, pudicitia, alia flogitia abnuerit*.¹ De aquí el adagio tan repetido por los antiguos jurisperitos: *adultera, ergo venefica*. M. D'Aguesseau, desenvolviendo este pensamiento, hace observar que «el adulterio es frecuentemente el primer paso que conduce al asesinato, de tal manera que esta conjetura parece haberse hecho una presunción *juris*»²

1 *Annal*, lib. 4, núm. 4.

2 *Plaidoyer* 57.

Otro abogado célebre exclamaba: «es raro ver una acusación de adulterio intentada por un marido; el temor del escándalo le detiene: sabe qué no puede publicar el crimen de su mujer, sin cubrirse de vergüenza. La preocupación sola ahogaría sus quejas, si el deshonor real que es la consecuencia, no bastase para determinarle á devorar en secreto sus desgracias. Todas estas razones cesan del lado de la mujer; élla goza con más gloria de su propia virtud, cuando su marido se deshonra por sus infidelidades. Alentada por esto mismo á perseguir á un marido culpable, nada podría, pues, poner un freno á su venganza: porque ella no arriesgaría nada, lo osaría todo; la más ligera sospecha se convertiría en pretexto de una acusación, y la fe solemne del lazo conyugal estaría comprometida á cada instante.»¹ «La mujer dice Bedel, tiene deberes domésticos; sus hijos le son, más que al marido, confiados.... Una madre, infiel una vez, está desarmada para siempre, el pudor á huído de ella; las seducciones abanzan en tropel para corromperla....; de su falta nacen hijos, que son objeto de antipatía. El adulterio del hombre no enciende guerra sino entre dos mujeres, guerra rara vez mortífera; el de la mujer pone en disputa á dos hombres y la sangre corre.»² Montesquieu expone con toda precisión los motivos de la diferencia establecida por las leyes entre la infidelidad del hombre y la de la mujer. «Las leyes políticas y civiles de casi todos los pueblos, dice, han distinguido con razón estas dos cosas: ellas han exigido de las mujeres un grado de retención y continencia que no piden á los hombres, porque la violación del pudor supone en la mujer la carencia de todas las virtudes, porque la mujer, al violar las leyes del matrimonio, sale de su dependencia natural, por-

¹ Gerbier, *Memoire pour le comte Montboissier*.

² Bedel, *Traité d'adultere*, núm. 7.

que la naturaleza ha marcado la infidelidad de las mujeres por signos ciertos. Además, los hijos adulterinos de la mujer están necesariamente á cargo del marido, mientras que los hijos del marido no están á cargo de la mujer."¹ Fácil es observar que todos los razonamientos que preceden, no consideran el adulterio sino bajo el punto de vista del derecho criminal, y como si se tratara, no tanto de saber si ese delito puede ó no, y en qué condiciones, ser causa de divorcio, sino más bien de su castigo.²

27. Al discutirse en el Consejo de Estado el Código Civil francés, Boulay confesó que en realidad el crimen del adulterio era igual en el hombre y en la mujer, y que por tanto no debía haber diferencia en el derecho de ejercer la acción que de él resulta. Lacuée dijo que castigar el adulterio del marido solamente en el caso en que tuviera concubina en la casa común, equivalía á autorizarlo en los otros. Regnier manifestó que el adulterio, en materia de divorcio, no debe ser considerado sino en los efectos que produce entre los esposos; y que bajo este punto de vista, el crimen es el mismo, sea que pertenezca al marido, sea que pertenezca á la mujer.³ Tronchet acabó por adoptar la misma doctrina, exponiendo los verdaderos principios y considerando esta cuestión bajo el punto de vista del derecho civil y no del penal. "En efecto, dice, las leyes romanas pronunciaban una pena contra el adulterio, y entónces era justo establecer una distinción, que servía para graduar la pena según las consecuencias; pero cuando el adulterio no es considerado sino con respecto al divorcio, todo debe ser igual entre los esposos."⁴ Sin embargo, más tarde este consejero volvía á los

¹ Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. 26, chap. 8.

² Laurent, *Droit civ. franc.*, tom. 3, núm. 179.

³ Maleville, *Analyse raisonnéet*, tom. 1, pag. 248.

⁴ Seance du 24 vend. an X.

otros razonamientos y decía: "El adulterio rompe el lazo, atacando al esposo en la parte más sensible; sus efectos son, con todo, muy diferentes en el hombre y en la mujer; por este motivo el adulterio del marido no da lugar al divorcio, sino cuando es acompañado de un carácter particular de menosprecio, por el establecimiento de la concubina en la casa común, ultraje tan sensible á las mujeres virtuosas."¹ Los arts. 229 y 230 quedaron, pues, redactados de la manera siguiente: "El marido podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su mujer.—La mujer podrá pedir el divorcio por causa de adulterio de su marido, cuando él hubiere tenido su concubina en la casa común.

28. Esta doctrina, que como ántes (núm. 20) lo expresamos, no ha sido seguida en la última ley francesa sobre divorcio, habiéndose hecho la más generalmente seguida por los legisladores de todos los pueblos,² es también la que ha dominado hasta el día, salvas muy ligeras modificaciones, en nuestra legislación. La ley de 23 de Julio de 1859 declara (art. 21) que el adulterio del marido, acompañado de *concubinato público*, da derecho á la mujer para entablar la acción de divorcio. El primer proyecto de un código civil mexicano reconoce expresamente (art. 92) que el adulterio de la mujer es causa de divorcio en todo caso, y que el del marido sólo lo es, *cuando resulta escándalo público ó menosprecio de la mujer*. El Código de Veracruz (art. 228 1º) copia literalmente lo dispuesto en la ley de 23 de Julio de 1859. El del Estado de México (art. 175) establece que el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, declarando que el adulterio del marido sólo lo es, cuando concurre alguna de las

¹ Seance du 19 vent. an XI.—Maleville, *Analyse raisonnée*, tom. I, pág. 248.

² Se cita el Código Holandés (art. 264, 1º) como uno de los muy pocos, en los tiempos modernos, que admiten como causa de divorcio el adulterio del hombre y la mujer, sin distinción alguna.

circunstancias siguientes: 1.^o que el adulterio haya sido cometido en la casa común; 2.^o que haya habido concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal; 3.^o que haya habido escándalo ó insulto público á la mujer legítima; 4.^o que la adúltera haya dado maltrato ó sido causa de que se dé á la mujer legítima.—Igual disposición se encuentra en el Código Civil del Distrito Federal de 1870 (arts. 241 y 242), que ha sido copiado, salva una modificación de que nos ocuparemos después, por el art. 228 del que comentámos. El Código de Tlaxcala (art. 170), contiene la misma declaración, excepto la circunstancia de maltrato de la mujer legítima por la adúltera ó por su causa.

29. ¿Cuáles son las razones que, aunque no de una manera completa, pueden á lo menos motivar esa diferencia tan marcada entre el adulterio del hombre y el de la mujer, bajo el punto de vista del divorcio? En principio, creemos haberlo dado á conocer, somos adversarios de esa desigualdad que no se funda en la diversidad de los delitos, supuesto que ambos, del mismo modo, violan la fe jurada al contraer matrimonio, y si el adulterio de la mujer produce consecuencias más deplorables que el del hombre, esto sólo justificaría un aumento en la penalidad. Pero, tratándose del divorcio, ó sea de la suspensión del matrimonio, porque algunos de los cónyuges ha faltado á la principal de sus obligaciones, ¿deja de ser adulterio el cometido por el marido, *porque no lo haya sido en la casa común, porque no haya habido concubinato entre los adúlteros, porque no haya habido escándalo público, porque la adúltera no haya maltratado á la esposa legítima?* Sin duda que no, pues el delito es el mismo, y la falta de tales circunstancias más bien acusa en los culpables mayor maldad, mayor meditación y preparativos para la ejecución, mayores precauciones para no ser sorprendidos y castigados. Puede, pues, decirse que los legisladores han

convertido el adulterio del hombre en un acto indiferente que sólo deja de serlo, precisamente cuando acusa en el agente mayor depravación. Como decía el jurisconsulto francés antes citado, considerar el adulterio del hombre como causa de divorcio sólo en ciertos casos, que, por conveniencia misma de los adúlteros, tienen que ser muy raros, es implícitamente autorizarlo en todos los demás.

Sin embargo, no inculpemos á la legislación civil tan despiadadamente que no le quede ni el menor asomo de defensa. ¿Cuál puede ser ésta? No se invoquen, para presentarla, lo desastroso y trascendental de la desleal conducta de la mujer, porque, repetimos, esto no cambia la naturaleza del delito y sólo motivaría un aumento de pena. Creemos encontrar esa defensa más bien en las condiciones por que se rige la humana y débil razón de las leyes. En efecto, mientras las prescripciones canónicas, partiendo del concepto eminentemente espiritualista del *Matrimonio-Sacramento*, es lógico que consideren como igualmente contrario á la fe conyugal el adulterio del hombre y el de la mujer, aunque el primero logre ocultar el delito en el fondo de su alma, las leyes civiles no pueden menos que ceder á la innegable dificultad con que frecuentemente se tropieza, para probar el adulterio del hombre, que no ha sido marcado con señales inequívocas por la naturaleza, teniendo en consecuencia que recurrir á esos indicios, que, como el concubinato y el escándalo, son demostrativos de la infidelidad masculina. Pero si esto es así, el afán del legislador debe de ser ampliar, en cuanto sea posible, la causa de divorcio, consistente en el adulterio del marido, no restringiéndola sino á aquellos casos que imperiosamente exige la naturaleza.¹ Lo contrario equivaldría á hacer cada vez más grave la diferencia en-

¹ Maleville, *Analyse raisonnée*, tom. , pág. 248.

tre dos delitos que, no por pertenecer á agentes de diferente sexo, dejan de constituir la misma falta, sobre la cual se quiere establecer una causa de divorcio.

30. Pero aunque nuestra legislación sea contraria á los verdaderos principios, es necesario interpretarla conforme al espíritu que la ha dictado. Varias y muy importantes son las controversias que pueden suscitarse ante los tribunales, con motivo de la anterior legislación nacional.

El art. 228, declara, que mientras el adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio, el del marido sólo lo es cuando con él concurre alguna de las circunstancias que en él se enumeran. Ahora bien, una de ellas es que el adulterio haya sido cometido en la *casa común*. ¿Qué significan estas palabras? El Código penal vigente (art. 816) emplea indiferentemente las expresiones *casa y domicilio conyugal*;¹ pero declara (art. 822) que por *domicilio conyugal* debe entenderse *la casa ó casas que el marido tiene para su habitación, equiparándose al domicilio conyugal la casa en que sólo habita la mujer*.² Supuesto que uno mismo ha sido el espíritu que dictó, en orden al adulterio, las prescripciones del Código civil y del penal, como puede verse por el cotejo entre el art. 228 del primero y los 816 y 821 del segundo, no debemos vacilar en aceptar como la más legal definición de las palabras *casa común*, la habitación del marido, cualquiera que sea, y por cualesquiera motivos que lo hayan determinado á escoger más bien una que otra. Hemos dicho en otro lugar³ que la mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido, y que ella debe seguirle, así como que el marido le debe protección y alimentos, en cuya obligación entra también la casa habitación ó casa conyugal. El caso más común, pues, de

1 Véase el art. 816 del Código penal anterior.

2 Véase el art. 822 del Código penal anterior.

3 Véanse tomo 1.º núms. 141 y sigts., y tomo 2.º núms. 331 y 332.

adulterio del marido en la casa conyugal, será aquel en que la esposa legítima se encuentre en la casa misma en que el delito ha sido cometido y al amparo y bajo la respetabilidad del marido. Pero también puede suceder que la esposa habite sola la casa donde el adulterio ha tenido lugar, y esto ó á causa de abandono de hecho del marido, de que la esposa no se haya quejado, ó porque ambos cónyuges estén legalmente separados. Este adulterio del esposo ¿es causa de divorcio en el sentido del inciso 1.º del art. 228 del Código civil? Creemos que sí, atento el espíritu del legislador, que manifestamente ha querido castigar el adulterio del marido, dando á la esposa derecho para quejarse de él, cuando en su comisión se revele que el culpable no sólo ha violado la fe conyugal, sino que ha puesto en práctica procedimientos indicativos de desprecio profundo hácia la esposa legítima. Y ¿qué mayor prueba puede haber de que el adúltero no siente ya por la esposa legítima ni el más pequeño resto de consideración, que inferirle el ultraje de la infidelidad en la apartada casa que ella ha tomado para vivir sola con sus dolores, y donde quizá llora sin consuelo su triste suerte? Además, al prevenir la ley que el adulterio del marido sólo es causa de divorcio en ciertas circunstancias, ha tomado en cuenta no sólo la gravedad de la injuria, sino la menor dificultad de la prueba contra el culpable. El Código penal, que es la única de nuestras leyes, que con motivo del adulterio, define el domicilio conyugal, no deja (art.822) duda alguna sobre lo procedente de la interpretación que damos. Dedúcese, pues, 1.º que *casa común*, por lo que hace al adulterio y en el sentido más obvio, es la habitación del marido, aunque no sea su *domicilio* en la significación jurídica que tiene esta palabra; 2.º que por extensión debe entenderse también por *casa común*

1 Véase tomo I.º de esta obra, núms. 119 y sigts.

la que habita sola la mujer, sea que ha sido abandonada de hecho por el marido, sea que esté legalmente separada.

En cuanto á la segunda conclusión que deducimos, podrá objetárenos que ella no debe tener aplicación, cuando si bien es cierto que la mujer vive sola ó aparte de su marido, esto sea porque ella ha abandonado sin razón la casa conyugal. Nosotros contestamos que este punto ciertamente importa una innovación en nuestras leyes, que no se encuentra en las de otros países, los cuales siguen lo dispuesto por la Novela 117 de Justiniano, *si quis in ea domo, in qua cum sua conyuge commanet, contumens eam, cum alia invenatur in ea domo manens*; pero que, siguiendo siempre el espíritu de nuestro legislador de restringir las prerrogativas de que por las antiguas leyes patrias gozaba el marido en sus adulterios, aun en el caso que se supone, el adulterio del marido revela menosprecio hácia la mujer legítima, considerado por el legislador, y cierto propósito de sañuda é implacable venganza que se hace bien en castigar. Sobre todo la ley no distingue y ya que el adulterio del marido goza de tantas preeminencias, muy racional es que el intérprete restrinja lo amplio, *amplia restringenda*. ¿Habría de ser delito denunciante ante los jueces correccionales para la imposición de una pena de prisión el adulterio cometido por el marido en la casa donde sólo habita la esposa legítima, y ese mismo hecho dejaría de ser causa de divorcio? No se comprende tal diferencia, supuesto que si se argumenta diciendo que nuestras leyes, siguiendo á las antiguas, han querido escudar al hombre contra las quejas frecuentemente ligeras y apasionadas de la mujer, no dando á ésta el derecho de hacer una causa de divorcio del adulterio del marido, sino dentro de ciertas circunstancias, puede responderse, que también el derecho de acusación contra el marido no es concedido á la mujer, sino proponiéndose el mismo fin de escudar al hombre, y que

iguálmente, tratándose del delito, es sólo el cónyuge ofendido el que tiene facultad para acusar, según lo dispuesto en el art. 820 del Código penal. En una palabra, el que permite lo más, permite lo menos, y no cabe duda de que es de mayor importancia para los respetos y prerrogativas del marido ser arrastrado como delincuente ante un tribunal correccional, que demandado en el terreno meramente civil, por simple separación de habitación.

31. Se pregunta también, si deberá considerarse como adulterio del marido en la *casa común* el cometido en el edificio, aunque en dependencia distinta de la habitada por los esposos. M. Massol enseña que la separación puede ser acordada, aun cuando el delito haya sido perpetrado en otro departamento que el que sirve de habitación al matrimonio, con tal de que lo haya sido *bajo el mismo techo*,¹ Massé y Vergé opinan que esta cuestión no puede resolverse sino sabiendo de antemano, cuáles son la disposición, destino y colocación del departamento donde el hecho ha tenido lugar, y si constituye ó nó parte del domicilio conyugal ó de la casa común.² Esta nos parece ser la doctrina más acertada y conforme á las expresiones y espíritu del inciso 1º de nuestro art. 228. *Casa común* no puede significar todo el edificio, por ejemplo un hotel ó una de nuestras casas de vecindad, á que pertenece la vivienda, departamento ó habitación de los esposos, pues los distintos compartimientos constituyen otros tantos centros de familias, otros tantos hogares, pertenecientes á diversos propietarios y perfectamente separados entre sí por extraños derechos y obligaciones. La esposa legítima no podría penetrar en el departamento donde se supone cometido el adulterio por su marido, contra la voluntad de la ó las personas que lo habitaran,

1 M. Massol. *De la separation de corps*, 2d. edic., sect. 1er, núm. 13.

2 Massé y Vergé *sobre Zacharias*, tom. 1, pág. 249.

sino incurriendo en el delito de *allanamiento* de morada, según lo dispuesto en el art. 637 del Código Penal; luego, independientemente de la extensión del lugar, se trata aquí de una casa diversa de la que constituye la *común* de los esposos.¹ Pero se dirá, ¿esto es un escándalo! la adúltera y la mujer legítima pueden encontrarse, injuriarse públicamente y aun herirse, ¿el marido no injuria de ese modo á la esposa á quien debe respetar? Respondemos que sí, pero insistimos en que la causa de divorcio entonces indicada podrá ser la *injuria grave*, el *escándalo* ú otra, más no el adulterio en la *casa común*, pues la interpretación cóntraria forzaría visiblemente los términos del inciso 1.º del art. 228.

32. Supóngase que el marido separado de hecho, aunque no judicialmente de la mujer, comete adulterio en la casa que él ha tomado desde la separación, ¿se ha cometido el delito en la *casa común*? «La *casa común* de los esposos, la *casa conyugal* es esencialmente, dice Merlin, aquella en que el marido ha fijado su residencia; porque es allí donde la mujer debe residir y es allí, en consecuencia, donde se juzga que élla reside efectivamente. Esto resulta necesariamente del art. 108 del Código Civil,² según el cual *la mujer casada no tiene otro domicilio que el de su marido*; ¿qué importa, pues, que la mujer haya dejado de hecho la casa conyugal, ó que el marido haya abandonado la habitación común, para ir á vivir bajo otro techo con una concubina? En uno y en otro caso, es siempre en la casa conyugal donde tiene lugar el desorden que da acción á la mujer, para denunciar á su marido como culpable de adulterio".³ Es también la

1 Demolombe, tom. 4, núm. 371.—Laurent, tom. 3, núm. 184.—Dalloz, *Repert.* "Separat. de corps" Chap. 2, sect. 1, art. 3, núm. 76.

2 El art. 108 del Código Civil francés dispone lo mismo que el art. 32 del que comentamos, en cuanto al domicilio de la mujer casada.—Véase el tom. 1.º de esta obra, núm. 141.

3 Merlin, *Questions de droit*, "adultere," § 7.

doctrina de Duranton, según el cual la causa de separación existe también por adulterio del marido en la *casa común*", aunque la mujer haya cesado de residir con él, *puesto que ella no ha perdido por esto el derecho de hacerse recibir en la habitación conyugal, y puede presentarse allí cuando quisiere . . .*

Se debe decidir del mismo modo, y con mayor razón cuando el marido abandona á su mujer y tiene una concubina en el nuevo domicilio que él ha elegido: la mujer tiene el derecho de ser recibida en este nuevo domicilio; y por otra parte, la primera falta del marido, dejándola, no puede atenuar la que él comete teniendo una concubina *en la casa que no debería ser ocupada sino por la esposa legítima: el domicilio del marido es siempre la casa común.*"¹ Esta interpretación ha sido desde antiguo seguida por los tribunales franceses y especialmente por la Corte de Casación."²

En nuestro derecho la cuestión apenas puede suscitarse, dados los términos demasiado explícitos y claros del art. 822 del Código Penal, combinado con el inciso 1º del 228 del Código civil. «Por domicilio conyugal se entiende la *casa ó casas* que el marido tiene para su habitación.» No es necesario, pues, que la casa donde el marido ha cometido adulterio sea habitada por la esposa legítima, bastando que sea la casa del marido, aunque ni éste la habite continuamente, porque la misma pluralidad de casas á que la ley se refiere, no deja lugar á duda sobre lo indiferente aun de esa

1 Duranton, tom. 1, núm. 1132.

2 Arret du 14 Oct. 1830, C. de Bruxelles; Cass. 17 Aout. 1825; Cass. 21 Dec. 1818; Agen, 27 Janv. 1824, etc., etc. (Daloz, *Repert.*, "Sep. de corps," núm. 70.) — *Journal du Palais*, tom. 29, pág. 546. — *Bulletin civil de la cour de cassation*, an. 1818, pág. 308. — *Journal des Audiences de la cour de cassation*, an. 1819, página 122. — Arret de la cour d'appel de Poitiers, du 28 Messidor an. 12; Arret de la cour d'appel de Douai du 2 Juillet 1810. — Arret du tribunal de premiere instance de Dunkerque du 24 Juillet 1812 (Merlin, "*Quest. de droit*" Adult. § VII.)

circunstancia. Pero se dirá: esa casa no es entonces la *casa común* porque las miradas de la esposa no son ofendidas por el espectáculo de una odiosa rivalidad. Se invocará la ley romana: *Si quis in ea domo, in qua cum sua conjuge manet, contemnens eam, cum inveniatur.*¹ Respondemos que eso no es interpretar la ley, sino reformarla: el legislador no ha dicho *habitación* sino *casa común*; luego querer que la casa sea *habitada* también por la esposa legítima, es añadir una condición que no está en el texto de la ley. Esta es demasiado indulgente hacia los desórdenes del marido, ¿para qué exagerar más esa indulgencia? Hemos dicho en otro lugar¹ que uno de los principales deberes de la esposa es habitar con su marido, el cual está obligado á su vez á recibirla. Hemos, pues, ante una mujer que no habita con su marido; ¿no podrá élla en cualquier instante dirigirse á la casa de aquél, para cumplir el deber de cohabitación que la ley le impone? Sin duda que sí, como puede el marido obligarla al cumplimiento de su obligación. Por esto, cuando la mujer ha dejado de habitar desde largo tiempo la casa del marido, fuera del caso de legal separación, debe presumirse que siempre ha permanecido en élla, supuesto que la esposa no puede tener otro domicilio ni habitación que los de su marido. Siendo esto así, la mujer *puede y debe* ir á habitar con su marido, y al hacerlo, no podría ménos que realizarse ese menosprecio ó escándalo grave del marido contra la mujer, que el legislador ha tomado en cuenta, para hacer una causa de divorcio del adulterio del primero.²

33. Pero ocurre preguntar: ¿la decisión que procede se aplicará también al caso en que el marido haya cometido adulterio en una casa, que aunque de su propiedad, no ha si-

1 Véase tomo 2º de esta obra, núms. 331 y siguientes.

2 Massol sect, 1er. núm. 13.—Demolombe, tom. 4, núm. 375.—Laurent, tom. 3, núm. 182.—Massé y Vergé, *sobre Zacharias*, tom. 1, pág. 249.

do jamás habitada por la esposa legítima? Esta especie se presentó en Francia, ante el Tribunal civil de Orleans, siendo decidida por sentencia de 15 de Mayo de 1820, confirmada en 16 de Agosto del mismo año, en el sentido de que por *casa común* debe entenderse siempre la del marido, independientemente de que la mujer la habite ó no. «La ley como la moral, dice este fallo, entienden por casa común el domicilio del marido, puesto que en derecho la mujer puede, en cualquier instante, forzar á su marido á recibirla, y en moral, el marido debe emplear todos los medios para hacerla vivir con él.»¹ Subsisten, pues, para este caso las mismas razones dadas para el anterior, del cual no se diferencia sino en un ligero matiz, que no lo hace cambiar de naturaleza.

34. El mismo art. 228 del código que comentamos, declara (inciso 2º) que el adulterio del marido es también causa de divorcio cuando haya habido «concubinato entre los adúlteros, dentro ó fuera de la casa conyugal.» Esto quiere decir que nuestro legislador ha considerado también como igualmente grave y suficiente para motivar la separación; no sólo el adulterio del marido en la casa común, sino también *fuera de ella*. Sin embargo, no todo adulterio del marido en tal circunstancia, constituye causa de divorcio, necesitándose que presente cierto carácter de gravedad, en virtud del requisito que se menciona. Así, pues, formulando en términos más claros el pensamiento de la ley, podemos decir, que el hecho de ser cometido en la casa común basta, según el inciso 1º del art. 228, para que el adulterio del marido constituya causa de divorcio; pero que el mismo delito reviste igual carácter, aún fuera de la casa común ó conyugal, cuando se convierte en una serie de actos repetidos y habituales, ó lo que es lo mismo, cuando hay *concubinato* entre los adúl-

¹ Dalloz, *Séparation de corps*, núm. 194.

teros. ¿Que significa esta palabra? El Diccionario de la Academia dice, que *concubina* «es manceba ó mujer que vive y cohabita con un hombre, como si éste fuera su marido.» Tal definición es conforme á la dada por todos los jurisconsultos. Así dice Demolombe, que para que haya concubinato en el adulterio se necesitan *relaciones más ó menos continuadas y sostenidas, una de esas ligas vergonzosas*, que entregan la esposa legítima á la más injuriosa rivalidad.¹ Sólo el jurisconsulto alemán Zacharias interpretando el art. 230 del código francés, pretende que la palabra *concubina* no debe ser interpretada en el sentido de continuidad de un comercio ilegítimo;² pero la opinión contraria es más generalmente seguida.³

Desde la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21, inciso 1º) se advertía la importancia particular dada por nuestro legislador al concubinato de los adúlteros; pero parecía exigirse que el concubinato fuese *público* es decir, escandaloso. Esta idea de la *publicidad* persistió también (art. 92, inciso 1º) en el primer proyecto de un Código civil mexicano, que exponía este punto en términos tan vagos ó amplios, que no podía menos que caber en ellos cualquier adulterio del marido. En efecto, para que éste fuese causa de divorcio, bastaba que resultase «escándalo público ó menosprecio de la mujer.» Ahora bien, puede preguntarse: ¿cuál adulterio del marido es una prueba de que estima á su esposa?⁴ El Código de Veracruz (art. 228, inciso 1º) copió lo dispuesto en la ley de 1859. Convenía sin duda precisar este punto, que desde la Novela 117 de Justiniano había venido presentándose en las varias

1 Demolombe, tom. 4º, núm. 370.

2 Zacharias, tom. 1, pág. 249.

3 Laurent, tomo 3, núm. 180.—Marcadé, *sur l'art 230*.—Mourlon, tom. 1, núm. 830.—Duranton, tom. 1, núm 1134.

4 Véase *Proyecto del Cod. civ. español* por G. Goyena, art. 76, inciso 1º

legislaciones de los diferentes países, unas veces como dudoso y no bien definido, otras como absolutamente claro en favor del marido, cuyos adulterios era muy difícil denunciar. El Código de Napoleón, influido por añejas tradiciones, aunque llegó á considerar, por lo que hace al marido, el *concubinato* de los adúlteros, púsole empero la taxativa de que fuese cometido dentro de la *casa común*, para poder servir á la mujer de causa de separación ó divorcio. Necesitábase, pues, la gran perversidad, ó más bien dicho, torpeza del esposo adúltero, de llevar á la concubina á la casa conyugal, para que la esposa tuviese el derecho de quejarse. En otros términos, era lícito, por lo que hace al marido, el concubinato de los adúlteros fuera de la casa común, ó sea, la forma más usada y frecuente de adulterio. Odiosa y á la par infundada clasificación, pues á la vez que de un *solo acto* de adulterio de la mujer, aún cometido *fuera* de la casa común, se hacía una arma para el marido, la ley sólo tendía, en cuanto á éste, á reprimir con la pena civil del divorcio ó la separación los casos más raros, dejando impunes, para que continuasen gangrenando el matrimonio, los más continuos, comunes y triviales.

De tal imputación está libre, aunque no del todo, nuestro Derecho civil moderno desde el año de 70, en que empezaron á formarse, con más atento estudio, los únevos Códigos de los diferentes Estados, que aún subsisten. Así el Código del Distrito Federal, de 1870, (art. 242, inciso 2º), el del Estado de México (art. 175, inciso 2º) y el de Tlaxcala (art. 170, inciso 2º) reconocen, lo mismo que el que comentamos, que el solo hecho del *concubinato* entre el marido y la adúltera constituye una causa de divorcio en favor de la mujer, independientemente de cualquiera otra circunstancia que acompañe al delito, como por ejemplo las de *casa común* ó *publicidad* del hecho. Son éstas ciertamente circunstancias que

agravan la delincuencia del esposo adúltero; más el desorden de costumbres, la vida licenciosa que se revelan en la osadía de haber sustituido el hogar por el concubinato, la esposa, quizá la madre de los propios hijos por la impura manceba, deben bastar por sí solas para armar á la víctima de tamaño ultraje, libertándola de estar sumisa y obligada á quien no ha sabido respetarla. En este punto, como en los que preceden, están de perfecto acuerdo las leyes civiles y las penales.¹

35. ¿Son los anteriores los únicos casos en que el adulterio del marido da á la mujer derecho para pedir la separación?—Desde Justiniano se había dicho que la mujer podía divorciarse, cuando su marido *in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convictur, et semel et secundo culpatus, aut per suos, aut per mulieris parentes, aut per alias aliquas fide dignas personas hujusmodi luxuria non abstinerit.*² Estas consideraciones de que habla la ley romana, y que consistían en las advertencias hechas al marido adúltero una y dos veces (*semel et secundo*) por sus parientes ó los de la mujer, no tenían seguramente razón de ser prescritas con tanta seriedad en la legislación, supuesto que ellas lo eran en favor de aquél de los cónyuges, que por la fuerza de su espíritu y el mayor dominio sobre sí mismo, hallábase y se halla siempre muy léjos de necesitar y merecer, para la corrección de sus vicios, de pueriles y prudentes admoniciones. Ellas debieron, pues, desaparecer, al reformarse en Francia la antigua legislación, tan indulgente hácia el adulterio del marido, conservándose como causa de divorcio en su contra el hecho de que, aún sin tener concubina en la casa común, llevase en público una vida licenciosa, bastante á hacer comprender á todos, que la

¹ Código penal, art. 821, inciso 2.º

² Novela 117, cap. 9, § 5.

esposa legítima no recibía del marido, suplantada como estaba por mujeres perdidas, las atenciones y respetos debidos sólo á la legítima compañera del hombre. Sin embargo no fué así, atentos los textos expresos del código de Napoleón, que se limitan á dar á la esposa el derecho de divorcio por causa de adulterio del otro cónyuge, sólo cuando éste hubiere tenido como concubina á su cómplice en la casa común. Los jurisconsultos empero y la jurisprudencia no han podido ménos que sublevarse contra tan infundada restricción, que implícitamente obliga á la esposa legítima á continuar sumisa al marido, aunque éste, si bien escudado por la ley, arrastre el honor de aquélla por el fango, reserve sus caricias para mujeres impúdicas y quizá prodigue en sus vicios el caudal perteneciente sólo á la familia. De aquí es que, unas veces erigiendo en causa especial de divorcio la vida públicamente licenciosa del marido, otras considerándola como injuria grave prevista en el art. 231 del Código, tribunales y comentadores, de común acuerdo, han establecido que tal conducta del esposo adúltero, aunque no constituya concubinato de los culpables en la casa común, es suficiente para motivar el divorcio en favor de la mujer. Dalloz, cita varias sentencias pronunciadas en ese sentido,¹ de las cuales se desprende: 1º que el adulterio del marido, aunque no haya tenido lugar en la casa común, puede sin embargo hacerce una causa suficiente para pronunciar la separación, *si ha adquirido el carácter de una injuria grave por la publicidad que ha recibido, y sobre todo por el conocimiento que la mujer ha podido tener de él*; 2º que especialmente, la circunstancia de que la concubina haya sido colocada por el marido *al alcance de su mujer, de manera que ésta haya sido forzada á ser testigo de la mala conducta ó á no ignorarla, porque estu-*

¹ Limonges, 21 mai 1835; Cass. 14 Juin 1836; Bordeaux, 19 mai 1828; Nîmes, 14 mars 1842. (Dalloz, "Sép. de corp." 79).

viese expuesta sin cesar á encontrar á su rival y á ser insultada por élla, ó porque las relaciones del marido con su concubina fuesen conocidas de todo el mundo, ha sido considerada bastante para hacer pronunciar la separación, y 3º que el adulterio del marido, aunque no sea por sí solo una causa de separación de cuerpo, puede sin embargo, en ciertas circunstancias, *constituir una injuria grave*, suficiente para hacer pronunciar aquélla, como si, por ejemplo, el marido *hace ostentación* de una conducta lujuriosa.¹

Estos precedentes, síntoma inequívoco de grave omisión en las leyes francesas, no podían ménos que servir á nuestros legisladores sobre tan importante materia. En efecto, si se exceptúan la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21, inciso 1º) y el Código de Veracruz (art. 228, inciso id.) que no consideran, respecto del adulterio del marido sino el caso de *concupinato público*, todos los demás códigos nuestros mencionan también la circunstancia de *escándalo ó insulto público*, hecho por el marido adúltero á la mujer legítima, aún cuando no haya concubinato entre los culpables, ni comisión del delito en la casa común. Tales son: el Código del Distrito Federal de 1870 (art. 242, inciso 3); el del Estado de México (art. 175, inciso 3); el de Tlaxcala (art. 170, inciso 3) y el que comentamos. Sábia legislación, sin duda, que se esfuerza en ir rompiendo cada día el imperio de antiguas preocupaciones, que el Cristianismo señaló, desde el primer momento de su aparición en el mundo, como contrarias á la naturaleza del matrimonio, y sólo nacidas del materialismo pagano que pesaba sobre la familia. Por lo demás, nunca será bastante encomiada una disposición que toma en cuenta esos sufrimientos íntimos de la esposa legítima, ese martirio de cada ins-

¹ Durantón, tom. 1, núm. 1134.—Massol, *loc. cit.*, núm. 16.—Vazeille, *Trait. de mariage*, tom. 2, núm. 546.—Deacombes, tom. 4, núm. 377.—Laurent, tom. 3, núm. 183.

tante, esa corona de espinas agudísimas que ciñe su frente á la vista ó noticia de las públicas y repetidas humillaciones del hogar, cuya dignidad élla continúa guardando, mientras el esposo adúltero ostenta por todas partes el vicio y la indecencia más cínica,

36. El mismo art. 228, inciso 4º dice que el adulterio del marido es también causa de divorcio para la mujer, cuando "la adúltera haya maltratado de palabra ó de obra, ó que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos á la mujer legítima." Siguiendo nuestro legislador el principio de que el adulterio del marido debe ser causa de divorcio para la mujer, siempre que se presente acompañado de algún otro acto, que no sólo haga menos difícil de lo que lo son por la naturaleza la averiguación y prueba de tal delito, sino que también revele menosprecio hácia la mujer legítima, no ha podido menos que establecer, que la injuria y los malos tratamientos de la adúltera en contra de aquella, ó del marido mismo, ó de un extraño, por causa siempre de la adúltera, son motivos suficientes para que la esposa legítima pueda pedir y obtener el divorcio, fundándose en el adulterio del marido. El maltrato de palabra ó de obra constituye por sí solo generalmente un delito penado por las leyes, y por consiguiente, la esposa legítima ó es víctima de una injuria grave, que como después veremos es también una causa de divorcio, sea cual fuere el cónyuge culpable de ella, ó tiene que soportar un escándalo ó insulto público, que según ya vimos, importa una de las circunstancias necesarias para que la esposa legítima puede divorciarse de su marido, por causa de adulterio de éste. En el "maltrato de obra ó de palabra" se encuentra, pues, el *contemnens eam* del § V. del capítulo 9 de la Novela 117 de Justiniano. En esta parte puede también afirmarse que están conformes los varios códigos de la República, como puede verse por los preceptos siguientes:

(art. 242, inciso 4.º) Código del Distrito Federal 1870; (art. 175, inciso 4.º) Código del Estado de México. Los códigos de Veracruz (art. 233) y de Tlaxcala (art. 170, inciso 3.º) aunque expresamente no consideran la circunstancia de maltrato de palabra ó de obra, como motivo suficiente para que la mujer legítima obtenga el divorcio por causa de adulterio de su marido, sin embargo, contienen preceptos, cuyos términos amplios y generales no rechazan tal interpretación.

§ 2. DEL DIVORCIO POR CAUSA DEL NACIMIENTO DE UN HIJO ILEGITIMO.

37. La segunda causa de divorcio mencionada en el art 227 es «el hecho de que la mujer dé á luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo.» Esta causa de divorcio no data en nuestras leyes civiles, sino desde el código de 1884. Sin embargo, el hecho á que ella se refiere, no ha podido menos que ser siempre motivo de grave desavenencia entre los cónyuges, no sólo por el engaño trascendental de que, en virtud de él, la esposa resulta culpable ante el marido, sino también por el derecho que incuestionablemente asiste á éste para desconocer la legitimidad de un hijo que puede no ser suyo. La Comisión revisora del Código Civil del Distrito Federal, de 1870, no hizo, pues, sino legalizar una separación que de hecho las más veces se verifica entre los consortes, después de un acontecimiento tan funesto para la familia.

Esta causa de divorcio ha sido también, aunque teniendo numerosos y caracterizados contradictores, considerada por

los tratadistas y por la jurisprudencia en Francia. Los unos han dicho que supuesto que los hechos que la ley ha convertido en causa de divorcio ó separación, se refieren á faltas de los *esposos*, y son por consiguiente posteriores al contrato de matrimonio, no puede ser tomada con tal carácter la causa que se hace consistir en el hecho de que la mujer haya concebido un hijo, que no es la obra de su marido, *antes del matrimonio*. Así, dice Laurent: «Como lo ha expresado Portalis, es la violación de los deberes que el matrimonio impone, lo que justifica la disolución del lazo conyugal. ¿Se puede decir que aquél que no es casado falta á sus compromisos? Esto no tiene sentido. El espíritu de la ley es evidente. para que haya divorcio es necesario la violación de un derecho conyugal. Para calificar un hecho, debe atenderse al momento en que ha pasado. Luego cuando la mala conducta de la mujer es anterior al matrimonio, aunque ella sea hasta después de celebrado el contrato culpable de reticencia, no debe ser considerada como causa de divorcio.»¹ Demolombe responde: "Se dice que un hecho *anterior al matrimonio* no puede ser una causa de separación. Yo respondo que la injuria hecha al hombre por la mujer en cinta y que antes de casarse ha guardado silencio sobre su estado, es contemporáneo del matrimonio, se ha consumado con la celebración y ha continuado aun después. La injuria, ciertamente, no consiste en el comercio que esa mujer, libre entonces, ha tenido con otro hombre antes de su matrimonio. . . . La injuria está en la reticencia, en la culpable y odiosa disimulación, al celebrarse el matrimonio; luego ella es concomitante de la celebración misma de este matrimonio. Se reconoce que el marido *ha sido engañado cruel-*

¹ Laurent, tomo 3, núm. 192.—Zacharias, por Massé y Vergé, tomo 1, pág. 250.—Toullier, tomo 2, núm. 673.—Marcadé, *sur l'art. 386*, núm. 4.—Demante, *Cours analyt.*, tom. 2, núm. 7 bis.

mente ¿y no se quiere oírlo, cuando pide que se le separe de esa mujer que ha comprometido y perdido todo su porvenir?"¹ En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia. La corte de Burdeos pronunció en 22 de Marzo de 1826, una sentencia de la cual tomamos el «considerando» que sigue: "Atendido que si es verdad que hay pocas injurias más graves para un esposo, que el disimulo usado respecto á él por una mujer que contrae matrimonio, llevando en su seno el fruto de su mala conducta, que procura introducir en la familia de su esposo un hijo que debe ser para él extraño, que recompensa por una incalificable ingratitud el testimonio de afecto que recibe de aquel que va á unir con ella su destino"²

El Oódigo, pues, que comentamos, ha hecho de esta causa de separación, contenida según el Derecho francés, en la generalidad de las *injurias graves* de un cónyuge contra el otro, una causa especial que, sin duda por su trascendencia, bien merecía la particular clasificación que se le ha concedido. Mas deben notarse los términos en que está concedido el inciso 2.º de nuestro art. 227. En Derecho francés parece no ser necesario el parto prematuro para que sea pronunciada la separación entre los consortes, cuando la preñez puede ser establecida de una manera cierta. Así lo enseña Dalloz, añadiendo que habría dureza y aun imprudencia, en forzar á los cónyuges á esperar, en medio de las habitudes de la vida común, el acontecimiento que debe separarlos. Por tanto, aunque la preñez sea incierta, esto no puede ser una razón para rechazar la demanda del marido, debiendo solamente aplazarse la sentencia hasta el día en

1 Demolombe, tom. 4, núm. 392.—Massol, *De la séparation de corps*, pág. 80.—Coulon-Faivre, *Divorce* pág. 80.—Poullé, *Le divorce*; pág. 121.

2 Dalloz, *Repert.*, "Separat. de corps," núm. 61.—Paris, 25 mai 1837.—Trib. Anvers, 24 février 1873.—Id. 27 mai 1876.

que la duda no fuere ya posible, y permaneciendo entre tanto los esposos provisionalmente separados.¹ Pero en nuestro Derecho, para que la causa de divorcio de que nos ocupamos exista, se exige, no sólo el alumbramiento prematuro con respecto á la fecha del matrimonio, sino también que el fruto de ese alumbramiento sea judicialmente declarado ilegítimo. De aquí se deduce: 1º que la preñez de la esposa, por muy sospechosa que sea para el marido, y aun cuando pueda ser demostrada de una manera cierta é indudable, no basta por sí sola para fundar la causa de divorcio de que tratamos; 2º que el hijo nacido ha ser declarado ilegítimo, mediante demanda y juicio en toda forma.

Ahora bien, ¿cuáles son las reglas establecidas por nuestro código sobre paternidad y filiación? Apuntémoslas ligeramente, á reserva de comentarlas con toda la extensión que ellas merecen, al llegar al título 6º de este libro La Ley, de acuerdo con la ciencia, ha establecido que no pudiendo durar el estado de preñez, ni menos de ciento ochenta días ni más de trescientos, deben presumirse legítimos los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes á la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido. Sin embargo, el marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los 180 días siguientes á la celebración del matrimonio: 1º Si se probase que supo antes de casarse, el embarazo de su futura consorte, para lo cual se requiere un principio de prueba por escrito; 2º Si asistió al acta del nacimiento, siendo firmada por él, ó conteniendo su declaración de no saber firmar; 3º Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; 4.º Si el hijo no nació capaz de vivir.—Supuesto que el inciso 2º del art. 227 exige, para que proce-

¹ Dalloz, *Repert.* "Separat de corps," núm. 62.

da la causa de divorcio, que se hace consistir en el nacimiento prematuro de un hijo ilegítimo, que éste sea judicialmente declarado tal, las reglas para esa declaración no pueden ser otras que las constantes en el mismo código con tal objeto. La ley, después de considerar lo grave de la ofensa inferida por la esposa á su marido, al llevar al seno de la familia un miembro á ella extraño, haciendo de este hecho una causa de divorcio, no ha podido menos que ceder en su justísimo rigor, cuando está probado que, si bien el hijo no es del marido, éste no se considera ofendido y se resigna á sobrellevar las obligaciones que ese hijo extraño importa, y aun expresamente lo reconoce como suyo.

§ 3. DE LA PROSTITUCION DE LA MUJER POR EL MARIDO.

38. El simple Derecho natural enseña que para acusar á otro de un delito, lo mismo que para hacer recaer sobre él cualquiera pena civil, llámese divorcio ó separación de cuerpo, es necesario que el acusador ó denunciante no sea culpable de los mismos hechos en que funda su queja, acusación ó denuncia. Esta consideración se encuentra más ó menos clara y explícita, así en las leyes de los pueblos más antiguos, como en las de los modernos. Siempre se ha creído que es indigno de solicitar el respeto y sanción de un derecho, aquel que ha sido el primero en conculcarlo ó en dar lugar á que fuese vejado. El Libro de Job, capítulo 11, nos hace pensar que la oración en él contenida, se refiere á la excepción resultante de esa indignidad, como admitida por los judíos. El sábio Seldeno lo afirma terminantemente, sosteniendo que el marido, culpable de adulterio, no puede repudiar á su es-

posa infiel: *Improbus est qui ab auxore pudicitiam exigit, ipse alienarum corruptor mulierum.* En Roma, aun en la época en que no era permitido á la mujer romper su matrimonio por causa del adulterio del marido, podía ella defenderse contra el divorcio que aquel reclamaba, alegando su culpabilidad del mismo delito. La célebre ley *Julia* sobre los adulterios, imponía al juez la obligación de examinar la conducta del acusador, para ver si éste no había dado ejemplo de honradez y pureza de costumbres: *Judex adulterii ante oculos habere debet, et inquirere, an maritus pudice vivens, muliere quoque bonos mores colendi auctor fuerit? periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quæ res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare*¹ El Derecho Canónico no permite que el marido pueda pedir el divorcio por causa de adulterio de la mujer, cuando él mismo la ha prostituído, le ha aconsejado el adulterio, ó al menos lo ha consentido: *Cum adulterium ei non possit objicere qui eam adulterandam tradidit*² Por esto era apotegma entre los canonistas el siguiente: *Puram quæris, purus esto*,³ el cual reconoce por razón este otro: *Volenti non fit injuria.* A reserva de tratar este punto más extensamente en otro lugar, basten los precedentes expuestos para darnos cuenta de los motivos que han determinado á los legisladores modernos para no prescindir, al ocuparse de las causas de divorcio, de la conducta observada por aquel de los cónyuges que lo pide, relativamente á la causa misma ó fundamento que se invoca. Sería ciertamente absurdo, á la par que injusto, atender la demanda del marido que, después de haber él mismo prostituído á su mujer, no vacilara en pedir con-

1 *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 13 § 5.

2 Cap. *Discretionem* 6, de *Eo qui cognovit.*

3 Despeisses, tom. 1, part. 1, sect. 4, núm. 17.

tra ella la separación por causa de adulterio. Pero nuestro legislador ha visto en la conducta misma del marido que precipita á su esposa á delinquir, una causa especial de divorcio en favor de ella. Desde la ley de 23 de Julio de 1859 (art. 21. inciso 1º), se había considerado que la prostitución de la esposa por el marido era una excepción eficazmente opo- nible á la demanda del segundo contra la primera, para obtener el divorcio por causa de adulterio. Mas con posterioridad se vino á establecer que era también causa de divorcio en favor de la mujer, cualquier acto del marido que tuviera por objeto incitar á la esposa legítima á la comisión del adulterio. En este punto están conformes los códigos del Estado de México (arts. 174, inciso 2º y 176), de Tlaxcala (art. 169, inciso 5º) y del Distrito Federal de 1870 (art. 240, inciso 2º) con el que comentamos, cuyos términos explícitos y claros no dejan lugar á duda sobre el pensamiento del legislador: «Es causa de divorcio la propuesta del marido para prostituir á su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero ó cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer.»

El ilustre jesuita Sánchez considera esta causa de divorcio comprendida en la general de incitación de uno de los cónyuges al otro para que cometa pecado mortal. Su doctrina es importante. Después de sentar que el adulterio de uno de los casados no es la única causa de separación, dice: *Hinc deducitur, justam præbere causam divertendi uxor ipsi, si sit vir ejus leno, quoniam incitat ad peccandum. Secundo deducitur, justam esse causam si vir domi admittat viros procaces, et parum pudicos, sitque ita incautos, ut aliquo eorum domi relicto, foras tendat, uxorque sollicitetur ab illo, vervis aut nutibus, aut astrictus, et rogatus vir ab uxore ne eos ad-*

*mittat, negligat. Quia est idem animæ periculum.*¹ La legislación de Justiniano había también otorgado á la mujer el derecho de divorcio por tal motivo: *Si maritus uxoris castitati insidiatus aliis etiam eam adulterandam tentaverit tradere,*²

39. La corrupción de la esposa por el marido constituye también un delito penado por la ley, si bien este carácter no le ha sido reconocido por todas las legislaciones. El código de las Partidas así la consideraba bajo el nombre de *lenocinio*, colocándola en la 4.^a clase de las cinco en que el rey sabio dividía los actos de ese infame comercio.³ Actualmente en la República sólo los códigos de Veracruz (art. 673) y del Estado de México (art. 923 castigan á los maridos que cooperen á la corrupción de sus mujeres.

40. El hecho es, pues, grave y con sobradísima razón lo ha enumerado el legislador entre las causas de divorcio. Su prueba sin embargo tiene que ser generalmente muy difícil, porque á ello han de oponerse, no sólo la autoridad misma que el marido ejerce en la familia, sino también lo monstruoso y raro del delito, no menos que lo engañoso y ocasionado á error de ciertas apariencias. No creemos, por consiguiente, que sea ni una presunción de culpabilidad por parte del marido, que el adulterio se haya cometido por la mujer en la casa conyugal. De que en público se diga que la mujer tiene relaciones con un individuo determinado, tampoco podrá inferirse que el marido lo sepa y consienta, pues como acertadamente lo enseña Massol, aquellos que conversan sobre la infidelidad de una mujer, de ordinario no gustan de avisar al marido. Del mismo modo no podría inculparsele, porque le hubiesen llegado avisos escritos ó verbales, pues no es de-

¹ Th. Sanchez, *De matrimonio*, lib. 10, Disput. 17.

² *Novela* 117. cap. 9, § 3.—G. Goyena, *Proyecto*, art. 76, núm. 3.

³ *Partida* 7, tit. 22, l. 1. 1.^a y 2.^a —Escribete *Dic. de leg. y jurisp.* "Lenocinio."

lictuoso que tenga una entera confianza en su mujer, y que no considere sino como erróneas las comunicaciones oficiosas de que se trata. La conducta del marido en estos casos debe ser amplia y escrupulosamente depurada, para que á la vez que no se obligue á la esposa á vivir unida con un hombre que quiera día á día é instante por instante, precipitarla al crimen, no se caiga en la injusticia de alejarla de sus legítimos deberes, haciendo caer sobre el esposo inocente la más ignominiosa de las tachas, sin más motivo que haberse tomado como pruebas de complicidad actos inocentes ó quizá virtuosos y aún heroicos. Nuestra opinión es, siguiendo á respetables autores en ambos derechos, que la presente causa de divorcio no debe ser aceptada por los jueces sino cuando se probare, 1.º que el marido lleva una conducta licenciosa; 2.º que ha propuesto á su mujer la prostitución directamente ó por medio de otro, y 3.º que ha recibido remuneración del seductor.

§ 4. DE LA INCITACION Ó LA VIOLENCIA PARA LA COMISION DE UN DELITO.

41. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano, después de considerar que el interés de los hijos era un obstáculo digno de todo respeto para disolver el matrimonio, establecieron causas para tal efecto, las cuales en su concepto eran, aunque infaustas, de urgente necesidad. La principal de todas es expuesta de la manera siguiente: *Si qua igitur maritum suum adulterum, aut homicidam, aut veneficum, vel certe contra nostrum imperium atiquid molientem, vel falsitatis crimene condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorum,*

*si sacris ædibus aliquid subtrahentem, si latronem, vel latronum susceptorem, vel abactorem, aut plagiarum, vel ad contemptum (sui) domusve suæ ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) cœtum ineuntem, si suæ vitæ veneno, aut gladio, aut alio simile modo insidiantem, si se berberibus (quæ ingenuis aliena sunt) afficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessario permittimus libertatem et causas dissidii legibus comprobare.*¹ El Derecho canónico no podía ser extraño tampoco á esta causa de separación entre los cónyuges, toda vez que la verdadera Religión no sólo consiste en la pureza de la Fe, sino también en la integridad de las costumbres. S. Agustín dice con este motivo: *Ex quo intelligitur quòd propter illicitas concupiscentias non tantùm, quæ in stupris cum alienis viris, aut feminis committuntur, sed omnino quaslibet, quæ animam corpore male utentem à Lege Dei aberrare faciunt, perniciosè turpiderque corruptum, possit sine crimine et vir uxorem dimittere, et uxor virum: quia exceptam facit Dominus, causam fornicationis: quam fornicationem (sicut supra commemoratum est) generalem, et universalem intelligere cogimur.*² Sto. Tomás de Aquino, fundándose sobre aquellas palabras de Jesucristo en S. Mateo, cap. 18: *Si vuestra mano ó vuestro pié os es motivo de escándalo, cortadlos y arrojadlos lejos de vosotros,* enseña que el cónyuge que es solicitado para el mal, puede separarse del otro por el peligro de sucumbir.³ Véase, pues, que la ley eclesiástica trata del mal ó delito en general á que puede ser incitado uno de los consortes. Sin embargo suelen citarse las siguientes palabras del Papa Alejandro III, para probar que según el Derecho Canónico, la separación de los casados no puede obtenerse sino cuando uno de ellos solicita

1 *Cod. lib. 5, tit. 17, l. 8, § 2.—Novela 22, cap. 15 § 1.*

2 S. Agust. *In sermone dom. in monte.*

3 Div. Thom. de Aquin. *Sent. dist. 39, quæst. unic, art. 6.*

al otro á apostar: *Nes itaque respondemus, quod mulier pro furto vel alio crimini viri sui, nisi fidei suæ religionem corrumpere velit, ab eo separari non debet;*¹ pero todos los Canonistas dicen que el Pontífice, á la manera de todos los legisladores, sólo atendió en este punto á lo que frecuentemente sucede, no diciendo nada de lo raro y poco común. «Ahora bien, dice un célebre expositor sucede que los apóstatas tratan ordinariamente de atraer á su partido á aquellos con quienes están ligados, mientras que es raro que un hombre y una mujer se induzcan á cometer otros crímenes, ó que un marido quiera hacer á su esposa tan viciosa como él, porque su interés propio lo desvía de esto, aun cuando conciba tal designio.»²

42. Esta causa de divorcio viene repitiéndose en nuestras leyes desde el año de 1859. La ley de 23 de Julio consideraba con tal carácter: «La inducción con pertenencia al crimen, ya sea que el marido indujera á la mujer, ó ésta á aquél.» Las mismas palabras han sido reproducidas por el Código de Veracruz (art. 228, inciso 4.º). Los códigos del Estado de México (art. 177), del Distrito Federal de 1870 (art. 240, inciso 3.º) y de Tlaxcala (art. 169, inciso 6.º) consideran también, como el 227, inciso 4.º del que comentamos, que son causa de divorcio, los medios físicos ó morales, ó sea, las violencias é incitaciones puestas en práctica por uno de los cónyuges, para inducir al otro á cometer algún delito. La justicia y conveniencia social de tales prevenciones se desprenden de su simple enunciación, porque, por mucho que sea de desear la permanente unión de los casados, tal voto debe ceder ante el peligro de que esa misma continuidad de vida común sirva al crimen, para encontrar

¹ Alejandro III, Cap. *Quasiuit, de divoritiis.*

² *Conferences à Angers sur l mariage.*—S. Gerónimo, *Epist. ad Amandum.*
—Sánchez, *De matrim.*, lib. 10, Disput. 17.