

nos? ¿Por qué entregarnos así á manos extrañas y mercenarias? Esto nos parece inhumano y contrario á los nobles fines del matrimonio, á cuyo calor y amparo tienen que ser menos amargos los dolores y menos tétrica é imponente la perspectiva de la muerte. Armese de rigor la ley para el que puede soportar su dureza; pero no castigue con el abandono y el aléjamiento de los suyos al infeliz que inspiraría lástima á los extraños. Tal es el espíritu que resplandece en la siguiente ley de Partida, toda ella animada de sublime caridad cristiana: *Si alguno de los que fuesen casados cegase, ó se ficiese sordo, ó contrahecho, ó perdiese sus miembros por dolores, etc., por ninguna de estas cosas, nin aunque se ficiese gafo, non debe el uno desamparar al otro, por guardar la fe é la lealtad que se prometieron en el casamiento; ante deben vivir todos en uno, é servir el sano al otro, é proveerle de las cosas que menester le ficieren según su poder.*¹

§ 12. DE LA INFRACCIÓN DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

85. Hasta aquí sólo hemos expuesto como causa de separación de los cónyuges, hechos que, aparte de revestir siempre un carácter injurioso, porque revelan en el agente la intención de desprecio ú ofensa, van directa é inmediatamente encaminados contra la persona sin interesar para nada los bienes. El adulterio, la incitación al crimen, las sevicias é injurias, etc. etc., son actos que podríamos llamar *personales* en el sentido de que siendo absolutamente extraños á las cosas, á los intereses materiales, á los bienes de fortuna, guardan cierta semejanza con aquellos delitos que se cometen contra

¹ Partida 4^a, tít. 2, l. 7.—Gutiérrez Fernández, *Códigos Españoles*, tom. 1, pág. 358.—Duranton, tom. 1, núm. 120.

la vida ó el honor, y se diferencian de los otros que, como el robo, la falsificación, la estafa, etc., etc., tienen por objeto los bienes, ó sea el lucro indebido y criminal.

El matrimonio es ciertamente una sociedad que comprende, entre otros deberes, el de contribuir con el trabajo y el ahorro al aumento del haber de la familia para que sirva al bienestar de los cónyuges y á la educación y establecimiento de los hijos. Falta, pues, á tal obligación aquel de los consortes que, olvidando ó despreciando lo que debe hacer como esposo y como padre, se abstiene del trabajo, ó no administra honradamente los bienes, ó los dilapida en vicios y prodigalidades. Esto es incuestionable. Pero semejante falta ¿deberá motivar el divorcio ó separación de los cónyuges? La respuesta afirmativa no nos parece conforme á los principios que dominan esta materia. Una mala administración, gastos excesivos, son hechos que por sí solos y á menos que no vayan acompañados de otras circunstancias, en nada se parecen á esos actos de carácter injurioso y criminal que por hacer la vida común insoportable la ley ha considerado, con razón, como suficientes para apartar á los cónyuges. Tales hechos, al contrario, son por su naturaleza extraños al mutuo afecto, á la íntima unión que debe reinar en el matrimonio. Hacer depender la permanencia de éste de tales faltas, nos parece que es no comprender en toda su verdad la dignidad de la familia, ver en el matrimonio, no la unión de las almas, sino una común y ordinaria sociedad de bienes en la cual todo se norma y dirige por el bajo y mísero interés del lucro material.

¿Es esto decir que en el matrimonio pueda uno de los dos esposos apropiarse impunemente los bienes del otro, dilapidarlos, sustrayéndolos así á su verdadero objeto? De ningún modo. Sostenemos que no debe haber allí una causa de divorcio ó separación personal, pero á la vez creemos que ta-

Los hechos deberían motivar una simple separación de bienes.

86. Estas son nuestras ideas sobre la presente materia, la cual ha sido del mismo modo considerada por nuestra antigua legislación en sus varias épocas, y también por la francesa, madre de la mayor parte de las leyes modernas. Ni en una ni en otra se encuentra principio alguno según el cual la infracción, ni aun la más grave, de los deberes que importa una buena administración de intereses, el abuso, la prodigalidad, etc., etc., puedan ser consideradas como causa de divorcio.

87. Mas de estos antecedentes han venido á separarse entre nosotros el Código del Estado de México (art. 174, inciso 8º) y el que sirve de base á nuestro comentario (art. 227, inciso 12º). Según uno y otro es causa de divorcio la infracción ó violación de las *capitulaciones matrimoniales*, es decir, de aquellos pactos que los esposos celebran antes ó después del matrimonio para arreglar la administración de los bienes. El primero de estos códigos llega (art. 180) hasta autorizar el divorcio, porque de antemano los cónyuges hubieran convenido por cláusula especial en separarse, caso de que uno de ellos no cumplierse con determinada condición. ¡Convenio inmoral, sin duda, no sólo porque hace depender la suerte del matrimonio del cumplimiento de tal ó cual cláusula sobre bienes, sino porque de antemano pacta y concierta la suspensión de la vida conyugal!¹

§ 13. DEL MUTUO CONSENTIMIENTO.

88. Ya hemos dicho en otro lugar (núm. 9) que en derecho romano era admitido el divorcio por voluntad de ambos

¹ Merlin, *Repert.* "Separat. de corps." § 1, núm. 11.—Massol, pág. 92.

cónyuges bajo la denominación de divorcio *bona gratia* conforme al principio: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est*. Esta legislación, que había hecho del matrimonio el más vulgar de los contratos, no vino á modificarse sino hasta Justiniano bajo la influencia de las ideas cristianas. Según el Derecho Canónico, aun siendo secretas y muy graves las causas de separación, no pueden los esposos separarse antes de la sentencia judicial, á no ser que hubiese peligró en la dilación, pues de otro modo, dicen los autores, muchas veces se separarían por los motivos más frívolos y llenarían la sociedad de albórotos y escándalos. Sin embargo, cuando las causas de separación son de pública notoriedad, enseñan los canonistas que las partes pueden separarse por autoridad privada sin esperar la sentencia del juez, porque en tales casos el cónyuge que se retira no da lugar á escándalos ni difamaciones. *Si notorium est mulierem ipsam adulterium commisisse, ad eam recipiendam, vir, qui illam dimisserat, cogi non debet.*¹

89. El antiguo derecho francés no admitía tampoco las separaciones voluntarias, lo cual claramente se manifiesta por una sentencia del Parlamento de París de 14 de Mayo de 1695.² «La mujer, dice Pothier, no puede obtener la separación de habitación sino por una sentencia del juez dada con perfecto conocimiento de causa. Una acta otorgada ante notarios en la cual una mujer expusiera todos los hechos por los cuales pide la separación, y en la que el marido, por su parte, reconociera la verdad de tales hechos, y aun consintiera en la separación, sería un acto absolutamente nulo que no produciría ningún efecto. Siendo el compromiso del matrimonio formado por el mismo Dios, resulta, no sola-

¹ Cap. *Significat de Divortiiis*.—André. *Droit Can.* "Separat. de corps."—*Conferences d'Angers*, Quest. 4.

² *Journal des Audiences*, tom. 5, lib. 11, chap. 7.

mente que es indisoluble, sino que no debe ser permitido á las partes que lo han contraído, atentar de manera alguna á los efectos que debe producir, á no ser por grandes causas, cuyo valor debe ser examinado y reconocido por el juez.¹

90. Nuestro antiguo derecho patrio, según todos los comentadores, y siguiendo en esto al Derecho Canónico, rechazaba también el divorcio por autoridad privada, y esto claramente se deduce del tenor literal del proemio y de la ley 7.^a del título 10 de la 4.^a Partida.²

91. En la discusión que precedió al Código Civil francés, se nota que el principio del divorcio por consentimiento mutuo no fué propuesto y defendido por sus autores sino mediante perífrasis y aun sofismas en los cuales, si no puede menos que admirarse el ingenio, la reflexión descubre también que los verdaderos principios fueron confundidos. Portalis dice y repite que el matrimonio no es un contrato ordinario que se disuelve de la misma manera que se forma, es decir, por el concurso de voluntades.³ Sin embargo, el mismo jurisconsulto admite el consentimiento mutuo como causa de divorcio, dando por razón que ese *consentimiento mutuo*, tal como la ley lo organiza, es la prueba de otra *causa legítima*. Treilhard dice en la exposición de motivos, que hay dos causas que el esposo ofendido no puede manifestar públicamente: son los excesos y el adulterio. La palabra vaga «excesos» oculta un atentado á la vida. ¿Cómo se quiere que el esposo alegue una causa de divorcio que, si resulta probada, conducirá á su cónyuge al cadalso? De la publicidad resultarían grandes daños para el inocente, para toda la familia y para el culpablé. Lo mismo, dice, sucede con el adulterio, no por-

1 Pothier, *Traité du contrat de Mariage*, núm. 517.—Lacombe, *Recueil de Jurisprudence civile*, pág. 615.

2 Elizondo, *Pract. Univer.*, tom. 7, núms. 23, 24, 25, 26 y 27.

3 Séance du 24 vendémiaire, an 10, num. 5.

que la pena sea tan grave como para los otros delitos, sino porque según nuestras costumbres, el marido que acusa á su mujer de adulterio se cubre de ridículo y de infamia. «He aquí, dice Treilhard, el resultado funesto que los autores del Código han querido evitar admitiendo el divorcio por consentimiento mutuo. Ellos han trazado un modo especial de consentimiento, han prescrito condiciones, han establecido privaciones y han vendido en fin, si es permitido hablar así, tan caro el divorcio, que no puedan obtenerlo sino aquellos á quienes sea absolutamente necesario comprarlo.»¹ El primer Cónsul confesaba que las únicas causas que legitiman el divorcio son aquellas que el Código admite como causas determinadas. Pero ¡qué desgracia, decía, verse forzado á exponerlas, y á revelar hasta los detalles mas íntimos y mas secretos del interior del hogar! En el sistema del Código, añadía el primer Cónsul, el consentimiento mutuo no es la causa del divorcio, sino un *signo* de que el divorcio se ha hecho necesario. Así es que el tribunal pronunciará el divorcio, no *porque* hubiere en él consentimiento mutuo, sino *cundo* hubiere en él dicho consentimiento, y se detendrá en este signo y no irá hasta las causas reales que puede haber traído la ruptura entre los esposos.

Según los partidarios del consentimiento mutuo, muy rara vez habrá una demanda de divorcio fundada sobre el adulterio. Para esto sería preciso, decía Real, que el hombre hubiera perdido toda vergüenza. ¿Qué sucedería, pues, si se rechazaba el divorcio por consentimiento mutuo? Sería rehusar el uso del divorcio á la mayoría de los ciudadanos; y sin embargo, el divorcio es un derecho desde que hay una causa tan legítima como el adulterio. En este sentido el divorcio por consentimiento mutuo es el complemento neces-

¹ Treilhard, *Expos, des motifs*, núm. 12.

rio del divorcio por causa determinada. Si ésta es legítimo, aquel es una necesidad.¹

De esa discusión resultó el art. 233, que dice: «el consentimiento mutuo y perseverante de los esposos, expresado de la manera prescrita por la ley, probará suficientemente que la vida común les es insoportable.»

92. Nuestra legislación nacional no es uniforme sobre el punto que nos ocupa. Mientras la ley de 23 de Julio de 1859, el Código de Veracruz y el de Tlaxcala para nada hacen mención de él, los Códigos del Estado de México (art. 182), el del Distrito Federal de 1870 (art. 246), y el que comentamos (art. 227, inciso 13), expresamente admiten el divorcio por consentimiento mutuo. La parte expositiva del segundo de esos cuerpos de leyes dice lo siguiente: «Al examinar esta delicada materia surgió una cuestión grave en su esencia y grave en sus resultados, el divorcio voluntario. La primera impresión que deja en el alma este pensamiento le es totalmente desfavorable, porque no sólo parece poco moral, sino contrario á los fines del matrimonio y perjudicial para los hijos y para los mismos cónyuges. Pero, si penetrando al hogar doméstico se examina concienzudamente la horrible situación de dos personas que no pueden ya vivir juntas, si se estudia en todos sus pormenores la vida conyugal, si se atiende á la educación de los hijos y se calculan los amargos frutos que respecto de ellos produce la desavenencia de los padres, es seguro que se conocerá fácilmente la tristísima verdad de que nada hay peor que un matrimonio en desacuerdo.»

«Por otra parte, cuando este desacuerdo llega al extremo de hacer conveniente la separación, casi siempre es fundado en alguna causa de las que autorizan el divorcio. Algunas

¹ Séance du Conseil d'Etat du 24 Vendemiaire, an 10, núm. 25.

veces sucederá lo contrario; pero la experiencia nos prueba que el solo desamor, aunque terrible por sí mismo, casi nunca inspira á los dos consortes la idea de separarse. Lo más probable es, que no queriendo revelar, por vergonzosas quizá, las causas de su determinación, apelen al divorcio voluntario, que poniendo algún remedio á los males que sufren, les evite la vergüenza ó tal vez la afrenta, envuelva en el misterio los secretos de la familia y no deje en el corazón de los hijos la negra huella del crimen de alguno de sus padres ó acaso de entre ambos.

«La cuestión, examinada prácticamente, cambia de aspecto, y el divorcio voluntario es, ya que no un bien, un mal mucho menor, porque evita la deshonor de la familia y los malos ejemplos que la desavenencia de los padres deja á los hijos en triste legado. Y como no es perpetuo, y como la simple voluntad de los consortes puede ponerle término á cualquiera hora, queda siempre la fundada esperanza de que el tiempo, el amor de los hijos y mil circunstancias que de pronto no pueden preverse, aceleren el momento de la reconciliación.

«Por tan fundados motivos la Comisión estableció reglas para el divorcio voluntario, fijando tiempo y edad para pedirlo y poniendo prudentes trabas en el curso del juicio á fin de dar tiempo á que se calmen las pasiones. Previno también que por escritura formal se arregle la suerte de los hijos, y dió todos los recursos en los juicios de mayor interés. Y al fin, para cuando no haya otro arbitrio, autorizó la separación por tres años, que pueden prorrogarse previo nuevo juicio, seguido con los mismos requisitos que el primero.

«Algunas razones tuvo presente la Comisión para no autorizar nuevas separaciones después de los primeros tres años; pero se decidió á consentirlas porque le pareció concluyente

una observación fundada en la experiencia y deducida de la índole misma del corazón humano. Si pasados los tres años no han sido parte para restablecer la armonía ni el amor de los hijos, ni la conciencia del deber, ni el aislamiento, ni la edad, ni otras mil consideraciones sociales, fuerza es convenir en que los peligros de completa desgracia crecen á la par que se robustece la probabilidad de que la causa del divorcio sea tan justa como irremediable. Y pues que á pesar de todo, y previo un nuevo juicio, los consortes insisten en separarse, la prudencia, el orden de la familia y la misma justicia autorizan la nueva separación. Inútil es decir cuánto se agravan estas razones pasados nuevos plazos; puede creerse entonces que ya no hay esperanza.»

Fácil es comprender por los argumentos empleados durante la discusión del Código francés y por los que preceden de nuestro legislador en pro del divorcio voluntario, que la principal razón aducida para justificarlo no es otra que cierta pretendida necesidad ó conveniencia, así para los cónyuges, como para los hijos, y aun para la sociedad en no hacer públicas algunas de las causas más graves del divorcio, no viniendo, en consecuencia, á ser la admisión del consentimiento mutuo, como decía el jurisconsulto francés antes citado, sino un signo ó velo que encubre serios motivos de disentiimiento entre los cónyuges. Pero ¿es exacto que siempre se recurrirá á la simple alegación del mutuo consentimiento por no revelar esas causas de divorcio? De seguro que no, pues las acusaciones más escandalosas de adulterio, las quejas y delaciones más vergonzosas han estallado delante de los tribunales sin miedo á la publicidad, y muy lejos de querer huir del escándalo, buscándolo y procurando su aumento, que la pasión de la venganza y los desahogos del rencor sobrepujan en ciertos casos á la vergüenza que pudiera sentirse. Tal es el corazón humano, y por lo mismo, la puerta abierta por la

causal del *consentimiento mutuo* sólo servirá para que tentados y como arrastrados los esposos por los atractivos de un fácil divorcio, acudan á él por los motivos más frívolos, ó sea por esos pequeños disgustos que de seguro ninguna legislación ha considerado suficientes para motivar la separación de los esposos. El verdadero escándalo, pues, vendrá con hacer las separaciones de cuerpo más fáciles cuando ya no exista el temor de comprometer la reputación y de hacer conocer del público las desgracias y secretos de familia.

Por otra parte, es inmoral toda convención que tiene por objeto atentar á las obligaciones que resultan del matrimonio; luego del mismo modo que cuando el contrato se forma no es permitido convenir en que los esposos vivirán separados, tampoco se puede estipular después que ellos se separarán suspendiendo las sagradas obligaciones de su unión. Del mismo modo que la voluntad de los esposos es insuficiente para romper el lazo indisoluble del matrimonio, debe ser igualmente ineficaz para suspender sus efectos. ¿A qué queda reducida la indisolubilidad del matrimonio si las obligaciones que de él emanan quedan entregadas al cambiante capricho de los que las han aceptado?

Otorgar á los casados la facultad de decidir por sí solos las más graves cuestiones y resolver con su propia é individual autoridad las delicadas é íntimas dificultades del hogar doméstico, sobre las cuales ejerce tan inevitable influencia la pasión, equivale en último término á llegar quizá á algo más perturbador que el divorcio *quoad vinculum*, al matrimonio por tiempo determinado, que es la más inconcebible corrupción de la familia.

Finalmente, como ya lo hemos manifestado en otro lugar,¹ el matrimonio es una institución que pertenece al de-

1 Véase tomo 2.º de esta obra, núm. 305.

recho público y á las buenas costumbres de cada nación, y por lo mismo no está, ni puede estar, en poder de los particulares la facultad de alterar ó modificar por convenio entre ellos nada de lo que esencialmente se refiere á él, y menos aún á un efecto tan importante como es el cumplimiento de las obligaciones que él entraña. No dudamos, pues, de que, perfeccionándose más tarde nuestra legislación civil, llegue á desaparecer este medio fraudulento de divorcio que no tiene en el terreno del verdadero derecho nada que lo justifique, en cuyo abono sólo pueden alegarse fútiles pretextos y un ridículo miedo á la publicidad de los debates judiciales, y que tan mal se compadece con la respetabilidad, decoro y el salvador principio de la indisolubilidad del matrimonio.¹

93. Mas entretanto, siguiendo nuestra misión de intérpretes, expongamos las trabas y condiciones á que el legislador ha sujetado el divorcio por consentimiento mutuo.

NUM. 1. CONDICIONES RELATIVAS A LAS PERSONAS.

94.- El consentimiento mutuo no ha sido admitido como causa de divorcio sino con condiciones rigurosas de las cuales vamos á ocuparnos. El antiguo Código de Napoleón decía en su art. 275, que el consentimiento mutuo de los esposos no sería recibido con el carácter mencionado si el marido tenía menos de veinticinco años ó la mujer menos de veintiuno. Treilhard daba por razón la necesidad de que los esposos tuvieran tiempo para *conocerse y experimentarse*, no

¹ La ley española de 18 de Junio de 1870, el Código Portugués de 1.º de Julio de 1867, y la ley de 27 de Julio de 1884 en Francia, han abolido el divorcio por consentimiento mutuo.—Amandi, *Código Civil de España*, art. 145.—Massol, pág. 449.—Demolombe, tom. 4, núm. 400.—Laurent, tom. 3, núms. 273 y siguientes.—Th. Huc., *Le Code Civil italien*, pág. 82.

debiendo ser aceptado su consentimiento en tanto que se pudiera suponer que era una consecuencia de la *ligereza de la edad*. El art. 276 del mismo Código expresaba, que tampoco sería admitido dicho consentimiento sino después de dos años de matrimonio, y el 277, que no podía haber divorcio por consentimiento mutuo después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tuviera cuarenta y cinco de edad. Estas dos últimas disposiciones fueron reproducidas por nuestro Código Civil del Distrito Federal de 1870 en sus arts. 247 y 250, y la segunda se encuentra también en el art. 183 del Código Civil del Estado de México. El juriscónsul francés antes citado da por razón para motivar los artículos precedentes la larga y pacífica cohabitación de los esposos, que atestigüa *la compatibilidad de su carácter*.¹ Emmerý decía sobre el particular: «*La incompatibilidad de carácter será la causa real de estas especies de divorcios, y no es razonable admitirla después de que los esposos han vivido durante veinte años en buena inteligencia.*» Por último Gillet, orador del tribunado, se expresa así: «*La ley dice á los esposos: «No desdeñéis en la estación del otoño lo que formó el encanto de vuestra primavera. ¿Dónde encontraríais en otra parte la misma constancia é iguales recuerdos.»*»² El art. 278 francés exige además otra condición: «*En ningún caso el consentimiento mutuo de los esposos bastará, si no es autorizado por sus padres ó por sus otros ascendientes vivos según las reglas prescritas por el art. 150 en el título del matrimonio.*»³ Treilhارد dice que esta condición im-

1 Treilhارد, *Exposé des motifs*, núm. 23.

2 Discours de Gillet, núm. 13.

3 Art. 150 francés: *Si el padre y la madre han muerto, ó si están en la imposibilidad de manifestar su voluntad, los abuelos y abuelas les reemplazan: si hay disenso entre el abuelo y la abuela de la misma línea, basta con el consentimiento del abuelo. Si hay disenso entre las dos líneas, equivaldrá á consentimiento.*

porta una garantía contra el abuso del divorcio. «Cuando dos familias enteras cuyos intereses y afectos son casi siempre contrarios se reúnen para atestiguar la necesidad de un divorcio, es muy difícil que él no sea en efecto indispensable.»¹ El art. 283 prescribe que los ascendientes den su autorización en una declaración auténtica, y, finalmente, el 285 quiere que los esposos renueven tres veces su propio consentimiento, así como la prueba por acto público, de que sus padres y todos sus ascendientes que viven mantienen su primera determinación. Preguntando en el Consejo de Estado cuál era el objeto de esta repetición de consentimientos, Emmery respondió, que dar á los ascendientes la manera de revocar una condescendencia arrancada por sorpresa ó ligeramente acordada.²

95. De las condiciones precedentes aceptadas por los Códigos del Distrito Federal de 1870 y del Estado de México, fué suprimida en el que comentamos la relativa á que el divorcio voluntario no tenga lugar después de cierto tiempo de matrimonio, ó de determinada edad de la mujer. «Estas restricciones, dice la primera Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, parecieron infundadas porque no existiendo las mismas para el divorcio necesario, su resultado práctico no será impedir la separación, sino que en estos casos se ocurra al divorcio por causa legítima, ocasionándose mayor escándalo en la sociedad. Además, las razones que fundan la conveniencia del divorcio voluntario, la fundan igualmente para cuando la mujer tiene menos de cuarenta y cinco años que para cuando tiene más, para antes de veinte años de matrimonio que para después de ese tiempo, y por lo tanto, no hay motivo alguno para la limitación que establece el art. 241, cuya supresión se consulta.»

¹ *Exposé des motifs*, núm. 23.

² Séance du conseil d'Etat. du 22 fructidor an. 10, núm. 14.

NÚM. 2. DE LOS ARREGLOS RELATIVOS Á LOS CÓNYUGES
• ENTRE SÍ, Á LOS HIJOS Y Á LOS BIENES.

96. Comprendiendo el matrimonio derechos y obligaciones no sólo entre los consortes sino también con respecto á los hijos y á la administración de los bienes, natural es que los legisladores, al tratar del divorcio, se hayan ocupado de la situación en que, después de él, hayan de quedar los unos y los otros. Cualquier olvido en este punto importaría graves desórdenes y una trascendental confusión. Pero hay una diferencia entre las medidas que hayan de tomarse en este sentido, cuando se trata de divorcio voluntario y en los casos de divorcio legítimo ó por causa determinada. En éstos los arreglos ó medidas de que nos ocupamos son determinados por la autoridad judicial, sin que intervenga la voluntad de los cónyuges, y en aquel son los consortes mismos quienes hacen su composición, pidiendo sólo á la autoridad que la apruebe. Fácil es comprender la razón de esa diferencia con solo que se atienda á que en el divorcio voluntario no sucede lo que en el legítimo, es á saber, que siempre hay desacuerdo entre los casados, apareciendo uno como culpable de la causa de divorcio que se invoca y el otro como inocente, de lo cual resulta la necesidad de que la autoridad arregle la condición en que hayan de quedar, así los cónyuges enemistados entre sí, como los hijos y sus respectivos bienes.

97. El Código de Napoleón (art. 279) manda que los esposos resueltos á divorciarse hagan previamente inventario y estimación de todos sus bienes, muebles é inmuebles, y arreglen sus respectivos derechos amigablemente y por escrito. Si hay hijos, deberán asistir á tales arreglos previos personalmente si son mayores de edad, ó representados por un tutor especial si son menores. Según el art. 280 las conven-

ciones de los esposos deben comprender precisamente los tres puntos que siguen: 1.º ¿A quién serán confiados los hijos nacidos de ambos cónyuges, ya durante el juicio, ya después de pronunciado el divorcio? 2.º A qué casa deberá retirarse la mujer y dónde residirá durante el tiempo del juicio? 3.º ¿Qué cantidad de dinero deberá el marido suministrar á su mujer durante el mismo tiempo si ésta carece de rentas suficientes para subvenir á sus necesidades?

98. Según el Código del Distrito Federal de 1870 (art. 248), los cónyuges que pidan de conformidad su separación de lecho y habitación, deben acompañar á su demanda una escritura que arregle la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de la separación. Mas como tiene que transcurrir algún tiempo y observarse ciertos procedimientos, según después veremos, antes de que la sentencia de separación sea pronunciada, el art. 249 prescribe que, mientras se resuelve de un modo definitivo sobre la separación, los cónyuges vivirán y administrarán los bienes conforme al convenio constante en la escritura de que habla el artículo anterior si es aprobado por el juez, y más claramente prescribe lo mismo el art. 256 para todo el tiempo que trascurra sin que la sentencia de separación cause ejecutoria. En otros términos, no son dos los convenios ó proyectos de arreglo que los cónyuges deben presentar, uno para mientras la sentencia de separación se pronuncia, y otro para después, lo cual tal vez pudiera deducirse de la equívoca redacción de los arts. 248 y 249, sino que el mismo convenio presentado con la solicitud de separación es aprobado por el juez, primero con el carácter de provisional, y después como definitivo, para que sirva durante todo el tiempo de la separación.

99. El Código del Estado de México impone á los consortes que pidan de conformidad el divorcio, obligaciones aná

logas á las precedentes, de las cuales, sin embargo, difieren aquellas, pues este código, á juzgar por el tenor literal del art. 184, parece tratar, no de uno, sino de dos convenios, según los cuales hayan de quedar los cónyuges, los hijos y la administración de los bienes. La idea seguida por este legislador es siempre la de convenio *provisional* y la de *definitivo*. La reproducción literal del artículo será la mejor prueba de que, según esta legislación, deben ser *dos* los arreglos hechos por los cónyuges. «Los casados...acompañarán á su petición un contrato escrito, arreglando el modo como han de quedar, durante el tiempo de la separación, los hijos y la administración de bienes. Este contrato podrá ser aprobado por el juez, ó reprobado, si encuentra que viola los derechos actuales de los hijos...*Igualmente* sujetarán á la aprobación del juez el *modo provisorio* con que deben vivir, mientras no se resuelva *definitivamente* sobre su pretensión.»

100. El código que comentamos ha seguido al del Distrito Federal de 1870 en el punto que nos ocupa en sus arts. 232, 233 y 234.

101. Los tres códigos mencionados al hablar de los proyectos de arreglo que deben presentar los cónyuges, otorgan al juez la facultad de aprobarlos ó reprobarlos según que estén ó no formados de acuerdo con la ley. ¿Cuándo podrá el juez reprobar esos arreglos? Cuestión es ésta que se relaciona con diversos puntos del derecho, toda vez que en ella pueden estar interesados, no sólo los mismos cónyuges y los hijos, sino también extrañas personas. No intentaremos, pues, tratarla en las diversas formas de aplicación con que puede presentarse en la práctica, considerando suficiente exponer algunos ejemplos. Por lo que hace á los cónyuges entre sí, supóngase que ambos han pactado algo depresivo para la autoridad que respectivamente les pertenece en la familia, ó bien alguna condición contraria á las buenas costumbres; e

convenio debería ser reprobado en esta parte como opuesto á las leyes y á la moral. Respecto de los hijos, tampoco debería ser aprobado el convenio si en él se contuviese alguna cláusula por la cual no debieran aquellos recibir los alimentos que les señala la ley. En cuanto á terceros, no hay duda que también debería ser reprobado el arreglo, siempre que no quedasen asegurados sus créditos porque los contratantes hubiesen pactado alguna condición desventajosa para sus intereses.

NUM. 3. DEL PROCEDIMIENTO.

102. ¿Cuáles sean los trámites por que debe pasar la solicitud de divorcio voluntario hasta llegar á la sentencia? El art. 281 francés prescribe que los esposos se presenten juntos y personalmente ante el Presidente del Tribunal civil de su Departamento ó ante el juez que hiciere sus veces y le manifiesten su voluntad de divorciarse en presencia de dos notarios que al efecto llevarán. El 282 impone al juez la obligación de dirigir á los esposos reunidos y á cada uno de ellos separadamente en presencia de los dos notarios, todas las exhortaciones que juzgare eficaces para reconciliarlos, leyéndoles además el capítulo 4.º del Código sobre los *efectos del divorcio*, y presentándoles todas las consecuencias de su realización. El 283 declara que, si los esposos persisten en su resolución, se levante por el juez y se les comunique acta en la que conste que ellos mismos piden el divorcio y consienten mutuamente en él y que están obligados á exhibir y depositar inmediatamente en manos de los notarios, además del inventario y avalúo de los bienes, así como de los convenios y arreglos provisorios: 1.º, las partidas de su nacimiento y de su matrimonio; 2.º, las de nacimiento y defunción de todos los hijos nacidos de su enlace; y 3.º, la declaración autén-

tica de sus padres ó ascendientes en defecto de aquellos, en la que conste que, por causas de ellos conocidas, autorizan á sus respectivos hijos ó nietos casados con las personas que en el mismo documento se determinarán, á pedir y consentir el divorcio. Se presumirá la existencia de los padres y abuelos hasta que se presenten sus partidas de defunción. Según el art. 284, los notarios deben formar diligencias de todo lo que se haya hecho y dicho en esta primera comparecencia delante del Presidente, haciéndose mención de la orden que el Presidente da á la mujer para que se retire en el término de veinticuatro horas á la casa convenida entre ella y su marido, y resida allí hasta que la sentencia de divorcio sea pronunciada. Según el art. 285, esta tentativa de reconciliación deberá ser renovada tres veces, mediando entre cada una de ellas el plazo de tres meses y observándose las mismas formalidades prescritas en los artículos anteriores. Mas el Código prescribe todavía una última tentativa de reconciliación. El art. 286 manda que en la quincena siguiente al día en que se haya cumplido el año trascurrido desde la primera declaración, los esposos, asistidos cada uno de dos amigos, personas notables en el Departamento y de edad de 50 años por lo menos, se presenten juntos y en persona ante el Presidente del Tribunal, entregándole todos los antecedentes y documentos de las cuatro comparecencias ya realizadas, y solicitando de él, cada uno separadamente y en presencia de los cuatro notables, la admisión del divorcio. La tentativa de conciliación tiene lugar entonces, y el art. 287 ordena que el juez y los asistentes hagan sus observaciones á los cónyuges. Si éstos perseveran en su propósito, se les dará acta de su solicitud y de los documentos que respectivamente hayan presentado, y el Secretario del Tribunal levantará de todo diligencias, que firmará con las partes, los cuatro testigos y el juez. El art. 288 prescribe que el

juez dicte auto sobre que en el plazo de tres días se dé cuenta por él mismo al Tribunal pleno de todos los antecedentes del negocio, rindiendo previamente dictamen escrito al Promotor Fiscal, á quien se comunicarán las diligencias por el Secretario. El 289 dice que, si el Ministerio Público encuentra en las piezas que se ha cumplido con la ley en todos los puntos, tanto por lo que concierne á las condiciones del divorcio, como por lo que mira á las formalidades prescritas, pondrá sus conclusiones en estos términos: *la ley permite*, y en el caso contrario: *la ley impide*. El 290 declara que, una vez dada cuenta al Tribunal, éste se limitará á esclarecer si se ha cumplido puntualmente con la ley en lo concerniente á las condiciones y formalidades prescritas. Si el resultado de estas verificaciones es favorable á la demanda de los esposos, el Tribunal admitirá el divorcio, citando á las partes para ante el oficial del estado civil á fin de que lo haga pronunciar. En caso contrario, el Tribunal declarará que no hay lugar á admitir el divorcio y fundará su decisión. Esta, según el art. 291, es apelable con tal de que el recurso haya sido interpuesto por ambas partes, aunque sea separadamente, en el término de diez días por lo menos, y de veinte á lo más de la fecha de la sentencia de 1.^a instancia. Las apelaciones, según el 292, se notificarán recíprocamente á los cónyuges y al Promotor fiscal. Finalmente, el 293 ordena que en el término de diez días, á contar desde la notificación de la segunda apelación, el Promotor fiscal remita al fiscal del Tribunal de alzada certificación de la sentencia y de los documentos en que se haya fundado. Aquel funcionario dará su dictamen por escrito á los diez días siguientes de haber recibido las diligencias. El Presidente ó el juez que le supla dará cuenta al Tribunal pleno, que dictará fallo definitivo en el término de diez días.—Todos los comentadores están de acuerdo en el principio según el cual

la inobservancia de uno solo de los procedimientos que preceden es causa para que el divorcio no sea admitido, lo cual se deduce, no sólo de los arts. 280 y 290 combinados, sino del objeto de esas reglas, que tienden por la multiplicidad y rigor de las formalidades á impedir en cuanto es posible el divorcio por consentimiento mutuo. Merlin cita una sentencia de la Corte de Casación, en la cual encontramos las siguientes palabras: «La intención evidente del legislador ha sido erizar de dificultades el divorcio por consentimiento mutuo, para hacerlo lo más raro que sea posible; es, pues, su deseo que todas las formalidades que él ha prescrito, como todas las condiciones que ha impuesto, sean rigurosamente ejecutadas.»¹

103. Nuestro Código del Distrito Federal de 1870 prescribe las siguientes formalidades para obtener el divorcio por consentimiento mutuo. Ambos consortes deben ocurrir por escrito al juez, acompañando la escritura de que ya se hizo mención (núm. 98) sobre el arreglo de la situación de los hijos y administración de los bienes (arts. 246 y 248). Al escrito el juez provee citando á los cónyuges á una junta, en la cual deberá procurar restablecer entre ellos la concordia. Si no lo consigue, deberá aprobar el arreglo antes mencionado con las modificaciones que crea oportunas, no citando á nueva junta á los esposos sino hasta después de tres meses (art. 250). Pasado este tiempo y sólo que lo pida alguna de las partes, el juez citará otra junta en que de nuevo los exhortará á la reconciliación. Si no lograre ésta, el juez dejará pasar aún otros tres meses (art. 251), y transcurrido este segundo plazo, si alguno de los cónyuges pidiere que se decida sobre el divorcio, el juez pronunciará éste, aprobando en definitiva el arreglo de que antes se ha hablado, si él

¹ Arrêt du 3 de Octobre 1810, (Merlin, *Questions de droit*, "Divorce" § 7.)
 — Arrêt de Bruxelles du 2 août 1858. (*Pasicribe*, 1860, 2,405)

no es contrario á la ley (arts. 252 y 253). Esta sentencia es susceptible de los recursos que la ley concedé en los juicios de mayor interés (art. 254). Si trascurren ocho días después de cualquiera de los plazos antes señalados sin que promueba ninguno de los cónyuges, dichos plazos tienen que correr de nuevo (art. 255). En la sentencia que decida sobre la separación deberá fijarse el plazo que ella deba durar conforme al convenio de las partes, con tal de que no exceda de tres años (art. 257). Si pasado el plazo de duración del divorcio los esposos insisten en continuar separados, ellos y el juez volverán á observar las formalidades antes prescritas, pero duplicándose todos los plazos señalados. Lo mismo se hará si concluido el término de la segunda separación insisten en ella los consortes; pero en esta vez, así como en otras posteriores demandas de separación, no se duplicarán ya los plazos (arts. 258 y 259).

104. El Código del Estado de México prescribe análogos procedimientos con las diferencias que en seguida se exponen. El juez, antes de conceder ó negar su aprobación al arreglo sobre los hijos y la administración de bienes con que deben acompañar los cónyuges su demanda de divorcio, oirá el informe de dos abogados que al efecto nombre (art. 184). Con respecto á las juntas á que el juez debe citar á los cónyuges y al empeño para restablecer entre ellos la concordia, aprobando en la primera, si no lo lograre, el arreglo provisorio ya mencionado, no citándolos á la segunda sino hasta después de tres meses y sólo á petición de alguno de los consortes, y, finalmente, por lo que hace á la sentencia de separación y á la aprobación definitiva del convenio, los arts. 185 y 186 de este código disponen lo mismo que los 250, 251, 252 y 253 del Código anterior, con la diferencia de que el Código del Estado de México concede á las partes quince días en vez de ocho para promover después de los plazos de

tres en tres meses. Debe notarse, sin embargo, una particularidad, y es que, según el Código que en este momento nos ocupa, si uno de los cónyuges faltare á la junta se tendrá por fenecido el término y el juez aprobará ó reprobará *definitivamente* el convenio. De paso no podemos menos que señalar lo injusto de esta disposición, no menos que su contrariedad con las verdaderas miras del legislador en materia de divorcio voluntario. En efecto, la falta de asistencia de uno de los consortes á la junta para que se le ha citado en la secuela de un juicio incoado por su voluntad, todo podrá ser menos motivo para que el juez acelere la marcha de aquel y se apresure á dar por terminado un negocio que sería de desear no hubiese ni aun tenido principio. Si el legislador ha aceptado el divorcio voluntario, es, como ya lo hemos visto antes, muy á su pesar y cediendo á la decidida y mutua voluntad de los consortes, á través de la cual se presume existir, temerosa y avergonzada, una de esas causas graves que hacen imposible la vida común (núm. 92). Pero desde el momento en que uno de los solicitantes del divorcio se retira del juicio, ¿por qué interpretar esta conducta de otra manera que como cesación de voluntad, es decir, como falta de una de las condiciones esencialísimas para el divorcio por mutuo consentimiento? No lo comprendemos, y la no concurrencia de uno de los consortes á la junta á que se refiere la última parte del art. 186 del Código del Estado de México, en vez de ser causa de que se dé por fenecido el término y el juez apruebe ó repruebe en definitiva el convenio, nos parece que sólo debiera motivar una nueva citación ó la suspensión del procedimiento.

El art. 187 de este Código es igual al 256 del Distrito Federal de 1870. Finalmente, el 188 expresamente declara no conceder como máximo plazo para la separación sino el de tres años, concluidos los cuales el matrimonio se entiende

reunido por ese solo hecho para todos los efectos civiles y aunque los cónyuges continúen en realidad separados.

105. Como ya lo expusimos en otro lugar y por los motivos expresados (núm. 95), el Código del Distrito Federal de 1884 ha abreviado varias de las formalidades que preceden, añadiendo otras que reconocen por origen la nueva organización dada al Ministerio Público. Los arts. 231, 232 y 233 disponen lo mismo que los dos códigos citados antes en orden á la solicitud de divorcio voluntario, al convenio sobre los hijos, á la administración de los bienes y á la junta á que el juez deberá citar á los cónyuges para exhortarlos á la reconciliación. La sola diferencia que podemos notar en este punto consiste en que por el actual código ya no es el juez solo, como está prescrito en el Código de 1870, ni el mismo funcionario después de oído el informe de dos abogados, según lo ordena el Código del Estado de México, quien aprueba ó reprueba el arreglo provisorio presentado por los cónyuges, sino que lo hace con audiencia del Ministerio Público, el cual, representado por uno de los varios agentes que comparten sus labores, manifiesta si está ó no conforme con el arreglo de que se trata. El art. 234 sólo exige que trascurra un mes después de la celebración de la junta de que acabamos de hablar, para que, á petición de cualquiera de las partes, el juez cite nueva junta, en que, exhortando otra vez á los consortes á la reunión, si no logra ésta decretará desde luego la separación siempre que le conste que los cónyuges quieren separarse libremente. Este mismo artículo declara que al decretar el juez la separación, mande reducir á escritura pública el convenio sobre la situación de los hijos y administración de los bienes, lo cual no está sino en términos muy equívocos prescrito por los códigos del Distrito Federal de 1870 y el del Estado de México. El art. 235 ordena que en la sentencia sobre separación se fije el pla-

zo que ella deba durar conforme al convenio de las partes. En otros términos, este código no establece, como los anteriores, un término improrrogable á la separación, sino que deja el arreglo de este punto á la entera voluntad de los solicitantes del divorcio. Por último, el 236 quiere que todas estas formalidades se observen siempre que al concluir el término de una separación los cónyuges insistan en el divorcio.—Se ve, pues, que según este código, ni han de ser dos las aprobaciones hechas por el juez del convenio ó arreglo que presenten las partes, una como *provisional* y la otra como *definitiva*, ni tampoco son dos los convenios, sino que, aprobado en la primera junta el arreglo provisorio, sólo resta reducirlo á escritura pública después de la segunda. ¿Es de aplaudirse la festinación con que este código se apresura á dar por terminado el juicio de divorcio voluntario? Nos resistimos á dar una respuesta afirmativa. Hemos visto (núms. 88, 89 y 90) cómo la antigüedad se negó á dar entrada en sus instituciones jurídicas á esta especie de divorcio que, concertándose por la sola voluntad, frecuentemente ligera y apasionada de los cónyuges, no permite al juez conocer la verdadera causa que lo ha motivado, pudiendo muchas veces ser un simple capricho ó un disgusto pasajero que se desvanecería sin consecuencia alguna ante el exigente análisis de los hechos y el estricto cumplimiento de la ley. La legislación francesa inaugurada por el Código de Napoleón aceptó, es verdad, la causa del consentimiento mutuo; pero véanse las declaraciones de los autores de aquel, así como sus explicaciones, no menos que la multitud de fórmulas y lo prolijo de los plazos, todo lo cual hace comprender que, según el espíritu de esos legisladores, hay necesidad de ser muy riguroso y aun nimiamente exigente en esta materia. Nada importa que se diga que el peligro de una separación por motivos fútiles desaparece con las tentativas de reconci-

liación que el juez está obligado á hacer entre los cónyuges, porque, fuera de que esto no pasará de ser ordinariamente en los juicios una vana fórmula, el simple buen sentido comprende que semejante medio tiene que ser muy poco eficaz desde el momento en que el magistrado conciliador ignora la verdadera causa del divorcio que los esposos piden; y generalidades, frases de sentido moral pero que no hieren directamente el motivo por el cual los esposos quieren vivir separados, tienen que ser sólo meras palabras inútiles y aun ridículas. Es, pues, sólo el trascurso del tiempo y la variedad de procedimientos lo único que puede garantizar al legislador de que el divorcio voluntario, tan peligroso y ocasionado á males, sea en algún caso esa pretendida necesidad que lo ha hecho admitir.

NÚM. 4. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO POR CONSENTIMIENTO MUTUO.

106. Ya antes dejamos expresado cuáles son los efectos del divorcio voluntario por lo que respecta á los cónyuges entre sí, á los hijos, á la administración de los bienes y á terceras personas, todo lo cual está subordinado al mutuo acuerdo de aquellos, no teniendo el juez otra intervención que la de aprobar ó reprobando el arreglo presentado, según que sea ó no conforme á la ley.

107. Mas ¿qué influencia tiene un cambio de voluntad de los consortes con respecto á la separación? A reserva de explicar extensamente este punto al comentar los arts. 241 y 242, vamos por el momento á decir sólo algunas palabras. El Código de Napoleón considera la reconciliación de los consortes divorciados bajo dos puntos de vista bien diversos. El art. 272 declara que la acción de divorcio se extingue por la reconciliación de los cónyuges, acaecida después de los

hechos en que la acción pudiera fundarse ó después de la demanda de divorcio, y el 295 claramente ordena que los cónyuges divorciados por cualquiera causa, no puedan volver á unirse. La diferencia existente entre ambas reconciliaciones parece desde luego no ser otra que la del tiempo en que ellas se verifican, ó lo que es lo mismo, la existente entre la excepción que se opone á una acción y un hecho posterior á la sentencia, que se considera como impedimento del matrimonio. En otros términos, si la reconciliación de los cónyuges se verifica después de los hechos en que la acción de divorcio pudiera fundarse ó después de la demanda, y ella es opuesta en el juicio por el demandado, la acción tiene que extinguirse allí, como herida por una excepción que no le permite continuar. Pero si la reconciliación tiene lugar cuando ya se ha pronunciado la sentencia definitiva de divorcio, de nada sirve que sea alegada por los cónyuges, cuya reunión no puede nunca considerarse como matrimonio. Se sabe que este código aceptó el divorcio *quoad vinculum* á que los artículos anteriores se refieren y la *simple separación de cuerpo*, habiendo pretendido algunos autores hacer de uno y otro dos instituciones paralelas que se rigen por los mismos artículos, excepto aquellos puntos en que el legislador expresamente declaró lo contrario. Es así como Demolombe y otros autores han procedido, completando los seis artículos de que únicamente se compone el capítulo sobre *separación de cuerpo* con los numerosos de que consta el título sobre *divorcio*.¹ Ahora bien, el Código de Napoleón no dice una palabra sobre reconciliación de los consortes simplemente separados. De aquí dos cuestiones: ¿podrá colmarse este vacío por lo que hace á la reconciliación como excepción con la disposición sobre divorcio antes citada, ó

¹ Demolombe, tom. 4, núm. 366.

sea con el art. 272? La mayor parte de los comentadores opinan que sí, siguiendo á Pothier que, desde la antigua jurisprudencia, enseñaba que la reconciliación de los cónyuges, sin distinción alguna, ponía término á la separación. «Cuando ha estallado un principio de ruptura entre un marido y una mujer, siendo seguido de una reconciliación, los malos tratamientos que han precedido á este principio de ruptura, son cubiertos por la reconciliación, que impide á la mujer quejarse de ellos. Hé aquí por qué la mujer no debe ser escuchada, después de una reconciliación, en una demanda sobre separación, si no es por hechos nuevos.... Todos los efectos de la separación cesan cuando la mujer separada de habitación ha vuelto voluntariamente al lado de su marido.»¹ Laurent, que no acepta la analogía entre el divorcio *quoad vinculum* y la separación, admite, sin embargo, que debe aplicarse también á ésta el art. 272, en razón á que la excepción por él establecida, por su misma naturaleza no puede menos de corresponder igualmente á ambos como principio general.²

Por el contrario, en cuanto á la prohibición ó impedimento establecido por el art. 295, es igualmente doctrina común de los autores, que á pesar del silencio del código sobre este punto en el capítulo sobre *separación*, dicho artículo de ningún modo puede aplicarse á ésta, cuyo carácter esencial y distintivo del verdadero divorcio consiste precisamente en la subsistencia del vínculo conyugal, que no se rompe sino por la muerte, importando aquella solamente la suspensión de algunas de las obligaciones que el matrimonio impone.³ En consecuencia, la reconciliación, aun posterior á la sentencia

¹ Pothier, núms. 520 y 524.—Toullier, tom. 2, núm. 761.—Proudhon et Vallette, tom. 1, pág. 532.—Demolombe, tom. 4, núm. 402.

² Laurent, tom. 3, núm. 317.

³ Demolombe, tom. 4, núm. 506.

de divorcio voluntario, muy lejos de no producir el efecto de que el matrimonio vuelva, por decir así, á continuar, está en la naturaleza misma de la *separación* de los consortes, cuya unión ha sido sólo interrumpida por el mutuo consentimiento. Así dice Laurent en términos generales: «La separación de cuerpo cesa desde el momento en que los esposos están de acuerdo en restablecer la vida común. El código no lo dice, pero no tenía necesidad de decirlo. En efecto, *el juicio que pronuncia* la separación de cuerpo no condena á los esposos á vivir siempre separados: él no hace sino darles un derecho. Ahora bien, ellos son libres de renunciar á un derecho que sólo es establecido en su favor. Lejos de impedir la reunión de los esposos, el legislador la desea y la espera.¹

108. Nuestro Código Civil del Distrito Federal de 1870 (art. 260); el del Estado de México (art. 188), y el que comentamos (art. 237), reconocen que los cónyuges separados pueden *en cualquier tiempo* reunirse de común acuerdo, haciendo de este modo cesar la separación. Las palabras subrayadas, que son las de la ley, no dejan duda sobre que nada importa para nuestra legislación que la voluntad de los cónyuges en volver á unirse se haya manifestado antes ó después de la sentencia de separación, porque entre nosotros, á diferencia de lo que acabamos de ver en el Código Francés, la reconciliación es eficaz para poner término al divorcio, ya se encuentre éste en el estado de demanda, ya revista el carácter de cosa juzgada. No cabe, pues, aquí considerar el hecho de la reconciliación como una excepción susceptible de ser opuesta á la acción de divorcio.

109. Finalmente, otro de los efectos del divorcio por mutuo consentimiento, y que le es común con el divorcio necesario, según adelante veremos, es el consignado en el art. 279

¹ Laurent, tom. 3, núm. 357.

del Código del Distrito Federal de 1870 y en el 256 del que comentamos. Como el divorcio importa necesariamente una grave y trascendental modificación en el estado civil de los esposos á causa del cambio que se opera en los derechos y obligaciones de uno y otro, dichos artículos prescriben que, ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de 1.^a instancia remita copia de ella al del Estado civil, y que éste, al margen del acta de matrimonio, ponga nota expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el tribunal que lo declaró. Esta prescripción no se encuentra en el código del Estado de México. La conveniencia de ella es tanto más evidente después del código que comentamos, cuanto que éste, no limitando el tiempo que ha de durar la separación voluntaria, deja enteramente su fijación al convenio de las partes, de lo cual resulta que el cambio operado en el estado civil de los consortes puede durar ilimitadamente y se hace, no sólo útil, sino aun necesario que, aparte del expediente formado ante el juez, exista otro medio de prueba que hacer valer ante los tribunales.

§ 14. DE LA CAUSA DE DIVORCIO CONSISTENTE EN LA CONDENACION DE UNO DE LOS ESPOSOS.

110. En nuestra legislación es sólo el Código Civil del Estado de México el que considera este hecho como motivo suficiente para motivar la separación de los consortes. Ni el Derecho Romano ni el Canónico mencionan esta causa de divorcio. El antiguo derecho francés tampoco había decidido este punto, pues Merlin trae dos sentencias en sentido contradictorio. Es realmente la ley francesa de 20 de Septiembre de 1792 la primera que ha considerado este hecho con el carácter de que tratamos. Después el art. 232 del Código de

Napoleón dice: «la condenación de uno de los esposos á una pena infamante será para el otro una causa de divorcio.» Las razones dadas para motivar esta disposición parecen ser las siguientes: Los esposos deben asistirse en sus desgracias; pero esto no es verdad sino tratándose de aquellas que recaen sobre ellos y que no son merecidas, porque sería muy aflictivo para aquel que no ha contravenido jamás á sus deberes y que se ha conducido siempre de un modo irreprochable, verse obligado á pasar la vida en la compañía de una persona deshonorada y cubierta para siempre de infamia.¹ Así, Boulay decía: «Se estipula aquí para el esposo honrado y delicado en contra del esposo culpable y manchado. Querer que ellos vivan juntos es querer reunir un cadáver con un hombre vivo. Esta causa de divorcio debe ser admitida, sin duda, en todos los pueblos, pero sobre todo en una nación cuyo sentimiento característico es el honor.»² La ley de 10 de Mayo de 1816 reprodujo la disposición del Código. «Es con mucha razón, se dijo en la discusión, como el Código había adoptado este medio haciendo de él una causa de separación. ¿Cómo se querría obligar á un hombre ó mujer honrados á la vergüenza de continuar la más íntima de las sociedades con un individuo manchado por la ley y arrancado de la sociedad civil por sus crímenes? El honor y la razón se sublevan igualmente ante esta idea; cuya realización equivaldría á renovar el suplicio de Mazepa, á unir un cuerpo vivo con un cadáver y á condenar la pureza y la inocencia misma á la ignominia.»³

Por lo que hace á este punto, la jurisprudencia y los autores han dilucidado las siguientes cuestiones: Supuestos los términos del art 232, *condenación de uno de los esposos*, se de-

1 Massol, pág. 93.

2 Séance du conseil d'Etat du 24. Vendémiaire an 10.

3 Locré, tom. 5, pág. 549.

ducen varias consecuencias: primera, es necesario que haya habido condenación, de tal manera que la simple acusación no es bastante; ¹ segunda, es suficiente que haya habido condenación, no importando nada que el plazo de ella se haya vencido, ni que por conmutación ó indulto no se sufriese la pena impuesta. Sin embargo, la rehabilitación ² que borra la mancha del delito haría imposible admitirse esta causa de divorcio, ³ contra cuya decisión, aceptada por la mayoría de los comentadores, sólo se han manifestado Massé y Vergé, según los cuales, aunque la rehabilitación restituye al condenado los derechos de que había sido privado, no quita al hecho su criminalidad ni la condenación su infamia; tercera, es necesario que la condenación sea definitiva, no pudiendo ya ser revocada ó reformada por ninguna vía legal; ⁴ cuarta, es indiferente que la condenación sea impuesta por delitos cometidos *antes ó después* del matrimonio. ⁵

111. El Código del Estado de México se sirve de las siguientes expresiones (art. 174, inciso 4º). Es causa legítima de divorcio *la pena impuesta por el delito infamante*. De desear sería que desapareciese esta prescripción de uno de nuestros más importantes códigos, pues ella se conforma muy mal con el carácter elevado y el grandioso destino á que el Cristianismo elevó la institución de la familia. No es

¹ Arrêt de la C. de Paris du 16 juill, 1839 (Daloz, "Separat de corps," núm. 81.)—Demolombe, tom. 4, núm. 396.—Massé y Vergé *sobre Zacarias*, tom. 1, pág. 251, nota 17.

² La rehabilitación equivale á nuestro *indulto necesario*, ó sea, al descubrimiento y prueba de la inocencia del sentenciado.

³ Grenoble, 17 août 1821, (Coulon-Faibre. "Le divorce.")—Paris 19 août 1847.—Vazeille, tom. 2, núm. 557.—Massol, pág. 97.

⁴ Vazeille, tom. 2, núm. 554.—Demolombe, tom. 4, núm. 397.—Nogent-sur-Seinè, 9 mars, 1840, (Daloz, núm. 82.)

⁵ Massé y Vergé *sobre Zacarias*, pág. 251, nota 18.—Pouille, *Le divorce*, pág. 126.

que neguemos los sufrimientos del cónyuge inocente ni aun cierta deshonra con que la opinión pública mancha su nombre las más veces que el otro esposo ha cometido un delito por el cual se le ha impuesto una pena; muy lejos de esto vamos hasta reconocer que no carece de injusticia el obligar al esposo honrado, que será frecuentemente la mujer, ser débil y digno de especial consideración, á que comparta la vida con quien no ha sido detenido en su mala conducta, ya que no por el respeto á las leyes, ni siquiera por el amor y pureza de su hogar. Sin embargo de todo esto, al ver cómo los lazos del matrimonio más se estrechan precisamente en los tristes días en que alguno de los cónyuges gime encerrado en una cárcel y apartado durante un largo tiempo del trato social, y comprendiendo que esta abnegación, no enervada en sus actos ni por los sufrimientos que la acompañan, ni por la vergüenza que la aqueja, es una de las más sublimes pruebas de que nuestra alma siente por natural tendencia compasión hacia todo lo que sufre en el mundo, nos parece que es no conocer la humana naturaleza venir á ofrecerla medios legales para que tales sentimientos no existan, y tentarla con facultades de cuyo ejercicio no se acordara jamás á no decirle la ley que ellas eran una realidad. Por otra parte, el matrimonio tiene por objeto la moralidad y el perfeccionamiento de los esposos; él es el complemento de la personalidad de cada uno de ellos, y si el hombre y la mujer son seres incompletos y débiles separadamente, con su unión forman una entidad robusta y respetable. Cuando, pues, uno de ellos es moralmente desgraciado, en vez de abandonarle el otro exacerbando más su infortunio y produciéndole con el alejamiento la desesperación, debe apresurarse á tenderle la mano y á verter sobre sus heridas el dulcísimo bálsamo de la ternura y del consuelo. ¡Cuántos sentenciados, por otra parte, se regeneran con esta conducta y se convierten en padres

de familia ejemplares y en ciudadanos útiles, dígalo con sus elocuentes cifras la estadística! Esta cuestión es cuestión jurídica, y para resolverla nada deben significar las preocupaciones de la pública opinión, sobre todo cuando ellas son funestas y constituyen un obstáculo de las naturales y loables tendencias de nuestro espíritu.

112. Dos importantes cuestiones pueden presentarse con motivo del artículo preinserto. La primera nace de los términos nada precisos en que está redactado. En efecto, nuestra razón no alcanza á comprender cuáles delitos no sean *infamantes* desde el momento en que, siendo el legislador quien habla, la interpretación más natural exige que supuesto que todas las leyes, sin excepción alguna, son igualmente respetables, deben ser reputados *infames* todos los delincuentes. De seguro el legislador del Estado de México no ha querido dar á sus palabras una extensión tan absoluta. Fuera de este criterio no tenemos para apreciar la *infamia* de los delitos sino las calificaciones muy vagas y apasionadas de los particulares, cuyos intereses han sido atacados por el delito, ó las ideas de determinadas agrupaciones sociales que jamás podrán fijar de una manera cierta el concepto cuya claridad buscamos. Así, todos parecen convenir en que el robo es un delito infamante; y, sin embargo, sería monstruoso declarar infame á aquel que sólo ha incurrido por tal delito en una pena de breves días de prisión impuesta por un juez correccional. Del mismo modo hay quienes aseguran que la diferencia característica entre los delitos políticos y los privados es que, mientras éstos infaman y deshonoran, los otros son loables, ó por lo menos, merecedores de disculpa; pero si se examinan las consecuencias de unos y otros se ve al punto que el homicidio, por ejemplo, causa la muerte de un solo hombre y la sedición acaba con la vida de multitud de ciudadanos. En este sentido no sería inexac-

to afirmar que hay delitos políticos más merecedores de la nota de infamia que ciertos delitos privados. Los ejemplos pudieran multiplicarse, principalmente atendiendo al elemento de las circunstancias *atenuantes* y *agravantes* que tanto papel hacen en la materia criminal y que no pueden menos que ser atendidas en la graduación de los hechos delictuosos. Es, pues, solamente el legislador el único que podría darnos la verdadera base para fijar la clasificación de que se trata, pues aparte de lo débil y variable de cualquiera otra, debe tenerse presente que, á menos de ser el juez quien ponga en esto su arbitrario ó individual parecer, la *infamia* de un delito ha de ser siempre el resultado de una sentencia, la cual tiene que fundarse necesariamente en una ley.

Pero ni el legislador del Estado de México, que nada dice sobre esto en el Código Penal, ni otros que lo han intentado desde antiguo, han logrado presentar el cuadro perfecto de los delitos *infamantes* y *no infamantes* que sería indispensable tener á la vista para evitar la arbitrariedad tan peligrosa en esta materia. Varias leyes del Código de las *Partidas* tenían por delitos infamantes el de usura, el de traición, el de falsedad, el de adulterio, el de cohecho y el dolo cometido por el socio, tutor, procurador y depositario; pero la siguiente frase «ó algún otro yerro que oviesse fecho» contenida en aquellas, destruye toda clasificación, pues parece extender la infamia á todos los yerros ó delitos.¹ Las leyes recopiladas no son más explícitas ni conformes al concepto racional de la infamia, pues en tiempo de Felipe V se declara infame el delito de duelo, y en el de D. Carlos III se hace otro tanto con el de asonadas ó alborotos. Se ve, pues, que en estas leyes, ó se evita entrar en una franca exposición de los delitos llamados *infamantes*, ó se

¹ Partida 7.ª, tít. 6, ll. 4 y 5.

enumeran entre éstos aquellos que, aunque muy dignos de castigo, no responden á la noción legal que nos ocupa. Esto proviene de la suma dificultad que existe para reducir á fórmulas precisas un concepto que, como éste, por depender de innumerables circunstancias, ya del grado de civilización de la época en que se legisla, ya de los varios elementos morales que por necesidad entran en la composición de los delitos, se escapa á una enumeración perfecta é irreprochable en el terreno del derecho abstracto.

Podrá objetárenos que la noción del delito infamante debe deducirse de la pena con que es castigado; más tampoco es éste un seguro punto de partida, no sólo porque, no correspondiéndose exactamente las penas y los delitos, resulta que una misma, sin exceptuar la de muerte, puede imponerse por hechos muy diversos cuya vileza ó atrocidad no es igual ni ante la pública opinión, sino porque, habiéndose abolido en gran parte de las legislaciones modernas las penas infamantes, como eran las de azotes, marca, afrenta pública, &c., &c., falta para el fin que buscamos aun el medio que se propone. El célebre jurisconsulto italiano Rossi escribía á propósito de las llamadas penas infamantes las siguientes importantísimas palabras, que tienen toda su oportunidad en este lugar: «La primera idea que se presenta al espíritu con motivo de esta clase de penas es la de preguntar: ¿existe en realidad eso que se llama pena infamante? En efecto, la conciencia pública entiende y juzga la inmoralidad de las acciones, y aprecia mejor que la justicia penal su valor relativo y los diversos matices que de elogios ó vituperios las han de hacer dignas. Ahora bien, elíjase uno de estos dos extremos: ó la opinión pública, acomodándose á la ley y á la par con ella declara infame al autor de estas acciones, ó lo que frecuentemente sucede, en política sobre todo, venera y aplaude el pueblo á los que el juez notó de infamia. En el

primer caso obra el legislador inmoral y peligrosamente, agravando la reprobación debida á los actos por él señalados, y perturbando, por consecuencia de su influjo político, las nociones verdaderas é instintivas de la conciencia pública. En la segunda hipótesis, trabaja en balde ó únicamente para desacreditar la ley y á sus autores, cuyos decretos desapruueba la opinión: en una palabra, hay una disposición artificial y arbitraria de la infamia que el legislador determina; pero los sentimientos morales no se dejan gobernar á merced de la ley positiva. Además, las penas infamatorias, perpetuas por su naturaleza, levantan una barrera entre la sociedad y el condenado, quebrantando todos los lazos que los unían. ¿Qué esperanza le queda al que ha sido públicamente expuesto al desprecio y al horror de sus semejantes? Perdida la reputación se acabaron para él la confianza y la beneficencia; y no teniendo nada que esperar de los hombres, y por consiguiente, nada que temer, su estado no puede ser peor. Si no le es dado subsistir con su trabajo porque la desconfianza y el desprecio general le quitan este recurso, no le queda otro que el mendigar ó robar. . . . Además estas penas son indivisibles, pues no es posible ninguna distribución equitativa de la infamia: son inapreciables, pues unos las desprecian, y otros las temen más que la muerte; y son irreparables porque oponen un obstáculo invencible á la enmienda moral de los condenados.» ¹

Conforme á estas ideas, nuestra Constitución política (art. 22) ha abolido las penas infamantes, y sus intérpretes han llegado hasta considerar contraria á ella esa pena tan comúnmente impuesta por nuestros códigos al delito de robo, es á saber, la inhabilitación perpetua para toda clase de honores, empleos y cargos públicos. ² Resulta, pues, que el ar-

¹ Rossi, *Tratado de Derecho Penal*, tom. 3, pág. 189.

² Sentencia de la Suprema Corte de 12 de Marzo de 1884. (*Semanario Judicial de la Federación*, 2^a época, tom. 7.)

título del Código del Estado de México de que nos hemos venido ocupando, ó no descansa sobre una base cierta y segura, ó es anticonstitucional, y en consecuencia, inaplicable por los tribunales.

113. Sin embargo, se ha querido dar al hecho de la condenación de uno de los esposos el carácter de *injuria grave* cometida contra el otro, para de este modo hacerle entrar en otra causa de divorcio de que ya hemos hablado.¹ En nuestro concepto, este modo tan absoluto de juzgar es contrario á los verdaderos principios que rigen esta materia. Ante todo debe tenerse presente que para que ciertos hechos sean motivos de divorcio es necesario que constituyan una ofensa directa de parte de uno de los cónyuges contra el otro. Actos extraños á la paz doméstica y que no perturban el afecto de los esposos, por graves y punibles que sean, sería error muy grande, cuando el matrimonio puede ser á pesar de ellos la unión de los esposos, convertirlos en causas de separación, pues tanto equivaldría á hacer de ésta un medio de castigo público, lo que es contrario á la verdadera idea del matrimonio y de sus efectos.² A pesar de estas razones la interpretación existe, y para su defensa cuenta con el sufragio de acreditados autores. Siendo, pues, todavía controvertible, examinemos la segunda cuestión á que el texto de la ley puede dar lugar. Las palabras *pena impuesta* ¿se refieren á una época *posterior* ó *anterior* al matrimonio? ¿Qué sucederá si se descubre *durante el matrimonio* por uno de los cónyuges, que el otro había sido condenado *antes* por un delito infamante? ¿Habrà causa para la separación? Ya hemos tratado este punto por lo que hace al consentimiento entre los contrayentes del matrimonio,³ y visto que, sean

1 Vazeille, tom. 2, 553.

2 Massol, pág. 447

3 Véase tom. 2^o de esta obra, núm 110.

cuales fueren los motivos invocados para considerar aquel como no existente, la sana doctrina enseña que el matrimonio no debe ser anulado porque no ha habido error en la persona. Por lo que hace á la separación ¿qué decidir? Algunos comentadores responden negativamente á la anterior cuestión, y sus razones son las siguientes: La separación de cuerpo no es concedida sino para el alivio de los males que uno de los esposos hace sufrir al otro por su inobservancia de los deberes que ha jurado cumplir. Antes del matrimonio estos deberes no existían para aquellos que no estaban unidos; y, por consiguiente, no se pueden buscar motivos de separación en la época que ha precedido al matrimonio.¹ Pero esta teoría es combatida por otros autores que, atendiendo á la razón por la cual el legislador ha aceptado como causa de separación para uno de los cónyuges el hecho de que el otro fuese sentenciado á una pena, razón que no es otra más que la injusticia y aun crueldad en sujetar á la deshonra y á la infamia al inocente, enseñan que, subsistiendo la misma consideración, ya sea que la sentencia se haya pronunciado antes ó después del matrimonio, en uno y en otro caso debe reconocerse la misma causa de divorcio.² Finalmente, no faltan quienes insistan en que sólo la condena- ción posterior al matrimonio debe ser causa de divorcio, en razón á que repugna que se pueda pedir por una causa anterior, porque debe presumirse que el cónyuge inocente cono- cía la conducta de aquel con quien se ha unido, no sólo por una curiosidad muy natural, sino porque las sentencias pro- nunciadas en materia criminal son públicas y perfectamente susceptibles de ser conocidas por todo el mundo.

En nuestro concepto, es necesario para resolver este pun-

¹ Vazeille, tom. 2.º, núm. 560.—Massé y Vergé *sobre Zacarias*, tom. 1, pág. 250, nota 15.—Proudhon, tom. 1, pág. 491.

² Marcadé *sur l'art. 306*, tom. 2, núm. 4.