

en virtud del prolongado silencio guardado después de conocida la ofensa. Además, la ley, al conceder el derecho del divorcio, no procura satisfacer tanto al rencor y á la venganza cuanto á la dignidad injustamente ofendida. Trascurrido mucho tiempo de la ofensa, si la queja se hace oír ¿será la dignidad y el deseo de justicia quienes hablen, ó más bien el odio despreciable, la pasión aviesa, ó quizá un interés infame? La respuesta no es dudosa, y por tanto es, no sólo moral, sino justísimo y muy conforme á la dignidad del matrimonio, que la acción de divorcio prescriba transcurrido cierto tiempo después de la ofensa.

156. A primera vista parece que la cuestión no puede presentarse sino bajo el aspecto de la ya tratada en estos comentarios, es decir, si ha habido ó no perdón por parte del esposo inocente. Es una verdad que ambas tienen, sobre todo en la vida real, muchísima conexión, pues las más veces, si el tiempo pasa sin que la demanda de divorcio se presente, es porque el esposo ofendido ha perdonado. Mas el caso contrario es también posible.

157. ¿Cuál deberá ser el punto de partida para contar el tiempo de esta prescripción? La más obvia reflexión aconseja que sea el momento en que han llegado á noticia del esposo ofendido los hechos que son causa de la separación, pues sólo desde entonces se puede saber si el cónyuge ofendido quiere ó no ejercitar la acción correspondiente.

158. El antiguo derecho confundía la excepción de prescripción con la reconciliación, haciendo el siguiente razonamiento: El hecho de que haya pasado bastante tiempo sin que la demanda de divorcio haya sido presentada, no se comprende sino aceptando que el esposo ofendido se ha reconciliado con el otro; de aquí el principio aplicado á la acción de divorcio: *Hæc actio dissimulatione aboletur*.<sup>1</sup> Fácil es com-

<sup>1</sup> *Inst. tit. de injuriis*, § 12.

prender lo falso de tal razonamiento, pues á lo sumo el silencio del esposo ofendido importa una de tantas presunciones en pro de la reconciliación, sin que jamás constituya una prueba segura de su existencia. La reconciliación, en efecto, explica el silencio del ofendido, pero el silencio no supone siempre la reconciliación. Por otra parte, quedaba siempre por fijar en el antiguo derecho la cantidad de tiempo necesaria para dar por renunciada la acción abierta con motivo de la ofensa recibida.

159. El Código de Napoleón no menciona esta excepción. contra el divorcio, habiéndose originado de esto muy diversas interpretaciones entre los comentadores.<sup>1</sup>

160. De tal omisión no adolece nuestra legislación, como se demuestra por las siguientes citas: los arts. 239 del Código que comentamos y 262 de el del Distrito Federal de 1870 declaran que la acción de divorcio sólo puede ser intentada *dentro de un año* después que hayan llegado á noticia del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda. El Código de Tlaxcala (art. 174) señala sólo *seis meses* para el término de la acción. El de Veracruz (art. 229) y el del Estado de México (art. 190) señalan también *un año*, pero éste debe contarse *desde que los hechos hayan acaecido*.

---

*Art. 244. Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:*

*I. Separar á los cónyuges en todo caso.*

*II. Depositar en casa de persona decente á la mujer si se*

<sup>1</sup> Toullier, tom. 2, pág. 762.—Massol, 7.—Demolombe, tom. 4, núm. 409.—Laurent, tom. 3, núm. 215.

*dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine será designada por el juez. Si la causa por lo que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino á solicitud suya.*

*III. Poner á los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, ó de los dos, observándose lo dispuesto en los arts. 245, 246 y 247.*

*IV. Señalar y asegurar alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre.*

*V. Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer.*

*VI. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que quedan en cinta.*

## SECCION 4ª

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES A QUE PUEDE DAR LUGAR LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

### *Número 1. Principios generales.*

161. Si el divorcio, según queda ya expresado en el art. 226, sólo suspende algunas de las obligaciones de que es origen el matrimonio, con mayor razón deben éstas subsistir en toda su integridad mientras no se pronuncie la sentencia que separe á los cónyuges, ó sea durante el juicio que se sigue para obtener aquel,

162. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio se refieren, unos, á las cónyuges entre sí, otros, á los hijos, y algunos á los bienes. En cuanto á los primeros, debe tenerse presente que la mujer no tiene otro domicilio que el de su marido; que éste la debe alimentos, los cuales ella debe

darle también cuando él es pobre y está impedido de trabajar, y por último, que el marido es el administrador y legítimo representante de la esposa, que no puede sin licencia de aquel celebrar contratos ni comparecer en juicio, todo lo cual consta ampliamente explicado con sus limitaciones y excepciones en el tomo 2.º de esta obra.

En cuanto á los hijos, el título VIII del Código de que nos ocuparemos después, habla de otro de los efectos del matrimonio, que es la patria potestad, la cual se ejerce primero por el padre y sólo á su falta por la madre. La patria potestad comprende los derechos de domicilio, educación, corrección, representación y administración legal de los bienes del hijo.

Por lo que hace á los bienes, hay que considerar que siendo dos los sistemas bajo los cuales puede celebrarse un matrimonio, el de comunidad ó sociedad conyugal y el de separación, de lo cual nos ocuparemos en otra parte, es el mismo, el único que el legislador ha debido tomar en cuenta respecto al divorcio, puesto que en él el marido es el administrador de los bienes, que puede enajenarlos, si son muebles, sin el consentimiento de la mujer, y existe el peligro de que abusara de tal autoridad en perjuicio de ella movido por el disgusto de la demanda de divorcio.

Pero presentada la demanda de éste por causa determinada que haya interrumpido la armonía de los consortes, tienen necesariamente que modificarse los anteriores derechos y obligaciones en todo aquello que las circunstancias indiquen, porque de no hacerse así, los abusos de la fuerza serían funestos para el esposo demandado, para los hijos y para los bienes del matrimonio. De aquí es que en todo tiempo se ha procurado tomar por el legislador ciertas providencias, que si bien relajan los principios severos de la vida conyugal, es para evitar que durante el juicio el fuerte cause al débil da-

ños irreparables, sea mayor el escándalo de la separación y puedan los inocentes hijos presenciar los disgustos de sus padres, ó ser tal vez víctimas de infames atropellos ó de torpes venganzas.

## NUMERO 2. MEDIDAS RELATIVAS A LOS CONYUGES.

163. Desde el momento en que uno de los esposos demanda contra el otro el divorcio por causa determinada; es fuera de duda que la unión de voluntades ha desaparecido entrambos, no pudiendo ya ser la vida común sino origen de frecuentes desavenencias y escándalos. Tal estado de cosas tiene que ser una realidad sea cual fuere la causa de divorcio que se invoque, pero sobre todo cuando es el adulterio. Cuál será, pues, la primera providencia que debe tomar el juez ante quien se presenta la demanda? Antiguamente y conforme al derecho canónico, se exigía en los casos de excesiva sevicia, que el marido prestase á la mujer demandante en divorcio la caución de *non offendendo* si por razones de especiales circunstancias había de volver al lado de aquel.<sup>1</sup> Dependía pues, del prudente arbitrio del juez eclesiástico decretar ó no la separación de los cónyuges, según los casos.

164. El derecho moderno, comprendiendo que la cohabitación después de presentada cualquiera demanda de divorcio sería peligrosa, ha decidido que *en todo caso* el juez proceda á separar á los cónyuges, sin que en este punto dependa ya, en lo absoluto, de la prudencia judicial.

Si se exceptúa el Código Civil de Tlaxcala, que no trata sino de los efectos del divorcio después de pronunciada la sentencia relativa, todos los demás vigentes en la República Mexicana prescriben la medida de la separación provisional de

<sup>1</sup> *Decretal*, tit. 19, lib. 4.

los casados en seguida de presentada la demanda de divorcio como necesaria y urgente en todos los casos. En este sentido son terminantes los arts. 236, inciso 1º, del Código de Veracruz; 194, inciso 1º, del Estado de México; 266, inciso 1º, del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 1º, del actual.

165. Mas sin perjuicio de la simple separación, que deja á cada uno de los cónyuges dueño y señor de sus acciones, no teniendo que responder sino él mismo de ellas, puede hacerse necesario que á ella se añada el depósito ó guarda de la persona, ya sea porque no preste satisfactorias garantías de buena conducta durante el juicio, ya porque necesite del cuidado y asistencia de alguna familia respetable para gozar de toda libertad y quietud en el ejercicio de sus derechos. Esto constituye otra de las medidas provisionales que el juez debe tomar en el caso de divorcio.

Sin embargo, como ella importa la sujeción de uno de los cónyuges á persona extraña al matrimonio que debe vigilarlo y asistirlo, las leyes desde antiguo sólo han referido esta medida á la mujer, prescribiendo que se tome en cuenta para decretarla si ella es ó no culpable del hecho que motiva el divorcio. Por manera que si la demanda supone culpa en la mujer, el depósito deberá hacerse á pedimento del marido, que conociéndola con anterioridad está en aptitud de temer por parte de ella nuevas ofensas y atentados contra su honra. En el caso contrario, ó sea cuando la mujer es inocente, el depósito sólo podrá decretarse á solicitud suya, pues sólo ella puede saber si el marido es ó no capaz de impedirle el ejercicio de sus derechos. Conforme á esta doctrina han sido redactados los artículos siguientes de nuestra legislación: 236, inciso 2º, del Código de Veracruz; 194, inciso 2º, del Estado de México; 266, inciso 2º, del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 2º, del actual, todos los cuales prescri

ben que el juez, y no las partes, hagan la designación de las casas que han de servir de depósito.

Nuestro jurisconsulto D. Blas J. Gutiérrez opina en cuanto al depósito de mujer casada, que no debe depender de las circunstancias de su culpabilidad ó inocencia ni de la solicitud de ella ó del marido el que sea ó no decretado por el juez, sino que es más conveniente que éste lo decrete de oficio cuando según su criterio sea necesario. "No es prudente, dice este autor, la disposición anterior porque si la mujer dió causa al divorcio, por osadía ó imprudente confianza no teme seguir en la casa común; el marido *no pide el depósito* de ella, y por esto, conforme á la letra de la misma fracción, no se provee el secuestro; se la expone en la casa marital á sufrir males que en momento dado se lance á inferirle el marido, indignado con el recuerdo de la ofensa; y si, por el contrario, es la mujer inocente y por esto se la deja seguir viviendo con el culpable de quien se queja, la sola noticia de la demanda puede mal aconsejarle un acto violento con la ofendida." <sup>1</sup> Es ésta también la doctrina seguida por Laurent en su proyecto de un Código Civil belga (art. 238), y no cabe duda que es la más conforme á razón en las difíciles circunstancias que contra la mujer, sér débil y sometido á la autoridad marital, crea siempre la demanda de divorcio. Pero á ella se opondrá en términos que no admiten duda los textos legales antes citados, y muy especialmente los artículos 1500 y 1515 del Código de Procedimientos vigente en el Distrito Federal.

Los artículos de nuestros códigos antes citados son, además, censurables, porque hacen depender el secuestro de la mujer, cuando es culpable de la causa de divorcio, del pedimento del marido. Por manera que, si la mujer es demandada por adulterio, *vervigracia*, el depósito dejará de verificarse caso de que el marido no lo solicite. ¿Cómo no ver lo in-

<sup>1</sup> *Código de la Reforma*, tomo 2, parte 3<sup>a</sup>, pág. 308.

conveniente de tal disposición, con la cual la mujer queda expuesta á las venganzas y rencores del esposo ofendido? En este punto el artículo 268 francés aventaja á nuestra legislación, pues él no distingue si la mujer es *demandante* ó *demandada*, y sólo ve las graves disensiones levantadas entre los esposos, de los cuales el hombre tiene siempre en su favor la autoridad y la fuerza, elementos con que puede saciar el odio sobre la mujer, sér débil y tanto más menesteroso de amparo cuanto que se ha hecho culpable á los ojos de aquel. "La mujer *demandante* ó *demandada* en divorcio podrá dejar el domicilio del marido durante el juicio, etc." La ley española de Enjuiciamiento Civil de 1º de Enero de 1856 adoptó en esta materia un término medio, concediendo á ambos esposos en el caso de ser demandada la mujer, el derecho de pedir el secuestro de ésta. Los Sres. Manresa y Reus, en el comentario del artículo 1298 dicen: "La locución impersonal que usa este artículo da á entender que pueden pedir el depósito tanto la mujer como el marido, y esto es también lo que aconseja la razón y lo que está admitido en la práctica. Violento y repugnante será al marido seguir viviendo con una mujer á quien considera culpable de haber faltado á la fe conyugal, y debe, por lo tanto, tener el derecho de pedir que se le separe de su compañía, constituyéndola en depósito luego que resulte probada esa presunción de culpabilidad con la admisión de la demanda de divorcio ó querrela de adulterio; y si el marido no lo pide, ha de tener ella el derecho de solicitarlo porque no le será menos repugnante y violento seguir viviendo al lado de un hombre que ha lanzado contra su honra tan tremenda acusación. Y lo mismo cuando el divorcio se funda en cualquiera otra causa, pues siempre afecta profundamente la honra de los cónyuges ó la paz del matrimonio."

Nuestros Códigos, como el francés (arts. cits.), imponen al

juez la obligación de ser él quien designe la casa que ha de servir de depósito.

166. Esto supuesto, ocurre preguntar: ¿La residencia provisional de la mujer puede fijarse fuera del lugar donde está radicado el juicio? La cuestión es controvertible, lo mismo en nuestro derecho que en el francés, por la falta de textos literalmente aplicables. Si se considera que la autoridad marital no se suspende por causa del depósito provisional, y que el esposo está interesado en que la mujer no resida demasiado lejos de él para vigilar su conducta y estar siempre cierto de que no abandona la residencia que le ha sido fijada, parece que ésta no puede situarse en otra parte que en el territorio jurisdiccional donde el juicio se sigue, y en este sentido pueden citarse dos sentencias de tribunales extranjeros: una de la Corte de París de 4 de Diciembre de 1810, y otra del Tribunal Supremo de España de 1866.<sup>1</sup> Sin embargo, si los parientes de la mujer residen en otra parte; si su madre, por ejemplo, una tía ó cualquiera otra persona que pudiera influir eficazmente sobre la conducta de aquella, tienen su domicilio fuera del territorio jurisdiccional, ¿no será más prudente fijar el depósito de la mujer allí, aunque así esté lejos del marido? Se conviene generalmente que el depósito se señale en determinado lugar por consideración á la persona ó familia que es responsable de él; luego sobre esta cuestión es más sabio decir con Demolombe que todo esto no constituye sino un punto de conveniencia y apreciación abandonado al prudente arbitrio del juez.<sup>2</sup>

La misma doctrina creemos aplicable por el juez al caso de que la persona en cuya casa se ha fijado el depósito cambie de domicilio, lo cual importa un incidente que deberá sustan-

<sup>1</sup> Dalloz, *Separat.* núm. 136.—*Escrache* por Caravantes y Vera, "Depósito de personas."

<sup>2</sup> Demolombe, tom. 4, núm. 456.

ciarse conforme á lo prescrito en el art. 1510 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

167. La jurisprudencia francesa nos suministra la siguiente especie: ¿puede haber casos en que la mujer, en vez de ser reducida á buscar un asilo, imponga esta necesidad á su marido y permanezca en posesión de la habitación común? En otros términos: ¿el juez puede designar como lugar de depósito la casa misma conyugal, haciendo salir de ella al marido é introduciendo á la persona responsable del depósito? Según los términos del artículo 268 francés parece que no, porque ellos suponen siempre que el marido permanecerá en la casa común y que la mujer vivirá en otra parte. La opinión contraria, sin embargo, ha prevalecido entre los autores y en la jurisprudencia. Escuchad á Demolombe: "Esta mujer, dice, demandante ó demandada en separación de cuerpo, tiene una casa de comercio; la tenía antes de su matrimonio y es el marido quien ha venido á ella; puede suponerse que no ha establecido la casa mercantil sino después del matrimonio, pero que es ella quien la administra por sí sola; la mujer es modista, por ejemplo . . . . ¿Queréis arrancar esta mujer á su comercio y dejarlo al marido? ¡Esto equivaldría á destruir el establecimiento, á arruinar á la mujer y á los hijos, y tal vez también al marido mismo! Yo no vacilo, pues, en creer que el presidente tiene el poder de ordenar provisionalmente la expulsión del marido en estos casos y otros semejantes, como si, por ejemplo, todavía la mujer, víctima de las brutalidades del marido, se encontrase en un estado tal de debilidad que no pudiera ser transportada á otra parte. El texto legal no ha previsto sino el caso más ordinario, y no tiene sobre el particular sino un valor demostrativo. En cuanto á los principios, no me parecen oponerse al empleo de esa medida puramente provisional y conservatoria, ordenada, cuando las circunstancias lo exigen, por el magistrado en

nombre de la ley misma y para el mayor interés de los esposos.”<sup>1</sup>

He ahí ciertamente casos excepcionales que á pesar de todo no nos parecen deber motivar ni en la teoría ni en la práctica relajación alguna del principio que prescribe el señalamiento del depósito fuera de la casa común. La expulsión del marido del domicilio conyugal será siempre, aun siendo él el culpable, un acto injurioso y atentatorio á la dignidad de la familia, que no puede caber en el pensamiento prudente del legislador. Nuestras costumbres rechazan esa sola idea de que el marido, jefe del hogar y autoridad para la esposa y los hijos, sea vejado hasta el extremo de que se le arroje del domicilio común y se le prohíba la vuelta. Si la mujer tiene allí un establecimiento mercantil, que lo traslade á otra parte, sin que para esto obste que la dislocación sería perjudicial á sus intereses, porque la autoridad marital institución social y de derecho público, debe ser, sobre tales consideraciones, protegida y escudada contra todo atentado. Supongamos aún el caso más grave: el domicilio conyugal es una casa parafernial. Pues ni aun entonces debe ser expulsado el marido para fijar en ella el depósito de la mujer. Habiendo ésta consentido en que el domicilio conyugal fuese su propia casa, débese presumir que no se reservó el derecho de interrumpirlo brusca y caprichosamente. ¡Cómo! Un arrendatario no puede ser expulsado violentamente, y ¿debe serlo el marido, representante del nombre y dignidad del matrimonio? Entre nosotros la cuestión apenas puede concebirse, pues el art. 1504 del Código de Procedimientos antes citado dice textualmente: *el juez . . . extraerá á la mujer de la casa del marido y constituirá el depósito*. Este, en consecuencia,

<sup>1</sup> Demolombe, tom. 4, núm. 457.—Laurent, tom. 3, núm. 258.—Arrêts: Li-moges, 21 mai 1845; Paris, 2 août 1841; Douai, 3 avr. 1852; Orleans, 10 juin 1853. (Daloz 140.)

en ningún caso puede consistir en la ocupación de la casa común con exclusión del marido; porque sería violentar el sentido de la ley, dándole, además, una interpretación odiosa y contraria á la autoridad que en la familia tiene el marido.

168. Constituido el depósito, y en aptitud ya la mujer para litigar en el juicio de divorcio contra su marido, natural es que necesite elementos pecuniarios para subsistir y subvenir á los gastos del litigio, no menos que todos aquellos efectos que le pertenezcan y sean indispensables para la vida, como son el lecho cotidiano y la ropa. El Código de Procedimientos vigente en el Distrito Federal ha previsto esta medida, prescribiendo al juez el deber de hacer entregar á la mujer aquellos efectos, bajo inventario, una vez designada la persona del depositario (art. 1,502). Mas ¿qué deberá decidirse á este respecto si se suscita por parte del marido alguna cuestión relativa á los objetos que pretenda llevarse la mujer; si por ejemplo, el marido resiste á que le sean entregados los vestidos de lujo? Autores hay que, fundándose en la naturaleza de la situación creada á la mujer por la demanda de divorcio, sostienen que pues ella se refugia en otra habitación que la de su marido y tiene que guardar una conducta reservada y por todo extremo cauta y sencilla, le son inútiles ó impropios los ricos vestidos, los objetos de lujo, sólo indicados para las damas que se divierten en público y alegran los salones. En apoyo de esta doctrina se invoca también la autoridad de Pothier, que sólo habla para este caso, de vestidos y de ropa de que la mujer tenga necesidad *para su uso diario*.<sup>1</sup> En este sentido ha sido redactado el art 878 del Código francés de procedimientos. Pero Dalloz sostiene que interpretar esa disposición rigurosamente conforme á su letra, sería atribuir al legisla-

<sup>1</sup> Pothier, núm. 518.—Massol, 238.—Demolombe, tom. 4, núm. 458.

dor una severidad exagerada y casi miserable que no puede ser conforme á sus altas y desapasionadas miras. En apoyo de esta manera de ver cita las siguientes palabras de Debelleyme: «El presidente *extiende ó restringe* la disposición relativa á los efectos, ropa y muebles, según la *condición de las partes y las circunstancias* . . . Esta disposición es abandonada á la sabiduría del juez, á fin de que la mujer no abuse de ella y que la negativa del marido no sea demasiado rigurosa.»<sup>1</sup> El artículo de nuestro Código de Procedimientos antes citado, habla de *toda* la ropa de la mujer, sin la taxativa de sólo la que sea de *uso diario é indispensable*, y en caso de oposición por parte del marido, el art. 1,503 del propio Código encomienda también al juez la decisión, contra la cual no cabe ulterior recurso y que debe darse *según las circunstancias de las personas*.

169. En cuanto á los alimentos provisionales de que la mujer tiene también necesidad durante el juicio de divorcio, y una vez decretado su depósito, nuestros códigos han prescrito que se le señalen y aseguren en cantidad bastante según las necesidades de la mujer y la posibilidad del marido. Arts. 244, inciso 4º del Código que comentamos; 266, inciso 4º del Código del Distrito Federal de 1870; 236, inciso 4º de Veracruz, y 194, inciso 4º del Estado de México.

170. Este deber de alimentación está sometido á las reglas y principios establecidos en general para la deuda alimenticia. Por consiguiente, los de que aquí se trata comprenden, no sólo el sustento necesario para la vida, sino también el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad; son recíprocos, ó lo que es lo mismo, el que los da, tiene á su vez el derecho de pedirlos; no son fijos é invariables, sino que aumentan ó disminuyen en cantidad según la posibili-

<sup>1</sup> Dalloz, *Separat.* núm. 145.

dad del deudor y las necesidades del acreedor, é importan una obligación de tal manera sagrada y respetable que, cumplida en favor del cónyuge necesitado por persona extraña, el otro cónyuge está obligado á indemnizar á ésta de todos los gastos erogados.<sup>1</sup>

Esto supuesto, se sigue: 1° que es indiferente para que la deuda alimenticia proceda de un cónyuge en favor del otro, que éste sea demandante ó demandado en divorcio. ¿Podría el marido demandado dar por razón para no cumplir esta deuda, que es injusto suministre á la mujer demandante medios de atacarle? ¿Podría él mismo, siendo demandante, alegar que no es acreedora á protección la mujer culpable? No, porque la deuda alimenticia se funda en el deber superior que obliga á los casados por sólo este carácter á socorrerse y ayudarse mutuamente sobre cualquiera otra consideración é independientemente de las conveniencias personales de cada individuo. Además, medida provisional la que en este momento nos ocupa, no puede suponer ni culpabilidad ni inocencia en ninguno de los consortes, lo cual queda para la decisión definitiva del juicio de divorcio.

Se sigue 2° que si el peticionario de alimentos tiene elementos suficientes para la vida, ó el que debe darlos carece de ellos, cesa la obligación alimenticia, la cual debe ser proporcionada á la posibilidad del deudor y á las necesidades del acreedor.

Se sigue 3° que si la mujer tiene bienes y el marido carece de ellos y está impedido de trabajar, es ella quien debe dar alimentos á él, según ya lo expusimos en otro lugar.<sup>2</sup> En efecto, el Código habla del caso más frecuente y ordinario, que es aquel en que el marido reporta la obligación alimenticia en favor de la mujer, pero esto no quiere decir que en

1 Véase el tomo 2° de esta obra, núms. 421 y siguientes.

2 Véase tomo 2° de esta obra, núm. 340.

caso de que el marido sea el necesitado, no pese sobre la mujer una obligación que, como la alimenticia, es por naturaleza recíproca.

Se sigue 4º que la cantidad de dinero por vía de alimentos debe variar según las circunstancias, de tal manera que ella depende de las necesidades del esposo que la pide y de los recursos de aquel que debe suministrarla.

Se sigue 5º que si un tercero ha suministrado á la mujer las cantidades de dinero necesarias para la subsistencia y aun para los gastos del litigio, el marido está obligado al reembolso, pues de la obligación que de darse alimentos tienen los esposos nace como necesaria consecuencia la que uno de ellos tiene de indemnizar las cantidades que al otro se hayan ministrado por un extraño. Sobre este punto habría siempre que atender á las circunstancias, para evitar los abusos que podrían cometerse como si se diesen al alimentista cantidades de dinero excesivas y fuera de límites razonables.<sup>1</sup>

171. La provisión alimenticia ¿deja de ser obligatoria para el marido en favor de la mujer cuando ésta abandona el depósito? El Código de Napoleón (art. 269) resuelve afirmativamente esta cuestión, y sobre ella están de acuerdo todos los comentadores.<sup>2</sup> Gutiérrez Fernández enseña lo mismo citando una sentencia de 10 de Junio de 1873 del Tribunal Supremo de España.<sup>3</sup> Pero en nuestra legislación no consideramos que puede apoyarse tal doctrina por faltar en lo absoluto prescripción aplicable. La suspensión de la deuda alimenticia importa en el presente caso una verdadera pena, y ninguna puede hacerse efectiva sin la fuerza de un principio exactamente aplicable.

1 Véase tomo 2º de esta obra, núm. 435.

2 Laurent, tom. 3, núm. 263.—Coulon-Faivre, *Le divorce*, pág. 132.

3 Gutiérrez Fernández, *Códigos españoles*, tom. 1, pág. 412.

172. Esto no quiere decir que sobrevenido el incidente de abandono del depósito por la mujer, el marido no pueda solicitar su reintegro. Es éste uno de los casos previstos en términos generales por el art. 1510 del Código de Procedimientos Civiles.

173. Respecto de las mujeres en cinta al demandarse el divorcio, prescriben nuestros códigos otra medida provisional de la mayor importancia. Sus motivos se encuentran expuestos en las siguientes palabras de nuestro maestro D. Blas J. Gutiérrez: «Respecto á las precauciones legales relativas á las mujeres grávidas, no pueden ser otras que las del cuidado ó velación del vientre, para que no haya facilidad de ocultación, suposición, suplantación ó exposición del parto, ó de aborto procurado ó infanticidio, delitos muy posibles, bien para hacer desaparecer la prueba de una infidelidad, bien vengándose del marido en su hijo, ó bien haciendo pasar por su hijo al que no lo es; porque ya que la ley, separando al marido de la mujer le impide que sobrevigile por su honra, por sus afectos y por sus intereses, justo es que la misma ley se encargue de tales cuidados.»<sup>1</sup> Estas precauciones son las mismas que deben adoptarse á la muerte del marido con respecto á la viuda grávida. Aplicando, pues, los arts. 3637 y siguientes del Código que comentamos, resulta que si al ser separada la mujer del marido está ó cree estar en cinta, debe ponerlo dentro de cuarenta días en conocimiento del juez para que lo notifique al marido. Este puede pedir al juez que se proceda oportuna y decorosamente á la averiguación de la preñez. Aunque ésta resulte cierta ó el marido no la contradiga, podrá pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, ó que el hijo que nazca pase como viable no siéndolo en realidad.

---

<sup>1</sup> B. J. Gutiérrez, *Cód. de la Reforma*, tom. 2, part. 3<sup>a</sup>, pág. 208.

Cuando el resultado de la averiguación fuere contrario á la certeza de la preñez y la mujer insista en que aquella es verdadera, podrá pedir al juez que, con audiencia del marido, le señale una casa decente donde sea guardada á vista y con todas las precauciones necesarias hasta que llegue el tiempo natural del parto. — El marido puede pedir en cualquier tiempo que se repita la averiguación. Esta tendrá lugar aunque el marido haya reconocido en instrumento público ó privado la certeza de la preñez de su consorte.

174. Estas mismas prevenciones, salvas insignificantes diferencias, existen en los demás códigos de la República y deben también ser tomadas con respecto á la mujer demandante ó demandada en divorcio, según los artículos siguientes: 236, inciso 6° del Código de Veracruz; 194, inciso 6° de el del Estado de México; 266, inciso 6° de el del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 6° del que comentamos.

### NUMERO 3. DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES RELATIVAS A LOS HIJOS.

175. La separación de los cónyuges no puede menos que ejercer influencia sobre los hijos. Por eso el legislador en todo tiempo ha cuidado de prescribir reglas para fijar en poder de cuál de los padres deben quedar estos inocentes frutos de las uniones mal avenidas. ¡Ojalá que tales reglas hubieran sido siempre dictadas en interés de ellos y no más bien sacrificándolos á las exageraciones del poder doméstico! En el primitivo Derecho Romano y en virtud de la autoridad absoluta y exclusiva del padre sobre los hijos, era muy natural que éstos quedasen siempre bajo la guarda de aquel cualquiera que fuese su edad y aun siendo el marido culpable de la causa de divorcio. ¿Podía ser de otra manera ante una legislación que daba al padre derecho de vida y muerte

sobre los hijos y que excluía á la madre de la patria potestad? Fueron los emperadores Antonino Pío, Marco Aurelio y Severo los primeros que establecieron una excepción al principio del antiguo derecho en favor de la madre para el caso en que el padre se hiciese indigno del poder sobre los hijos. Así nos lo refiere Ulpiano en las siguientes palabras: *Si vero mater sit, quæ retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ea justissima scilicet causa, et divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est: æque subveniendum ei erit per exceptionem— Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse: tamen, causa cognita, mater in retinendo eo potior erit; idque decretis divi Pii quibusdam continetur: obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriæ potestatis apud eam filius moretur.*<sup>1</sup> Más tarde los emperadores Diocleciano y Maximiano establecieron que el juez decidiese, atendiendo al interés de los hijos, á quién de los padres deberían éstos ser confiados: *Licet neque nostra, neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex æstimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari, ac nutriri debeant.*<sup>2</sup> Finalmente, Justiniano ordenó que el cónyuge inocente guardase los hijos, y caso de ser ambos culpables, que el juez diese la guarda á una persona designada por él: *Et si quidem pater occasionem separationis præbat, et mater ad secundas non venerit nuptias: apud matrem nutriantur, expensas patre præbent. Si vero per causam matris ostendatur solutum matrimonium: tunc apud patrem maneant filii, et alantur.—Si autem ambo parentes in hujusmodi vitium incidant, tunc utriusque parentis substantiam filiis applicari: dispensatorem autem eis, qui in minori*

1 *Dig.*, lib. 43, tit. 30, l. 1. 1, § 3 y 3 § 5.

2 *Cod.*, lib. 5, tit. 24, l. 1.

*sunt ætate constituti ordinari providentia competentis judicis et aliorum quibus hæc ex nostris legibus sunt commissa.* <sup>1</sup>

176. El antiguo Derecho Español siguió las prescripciones justinianas en esta materia. *E si acæsciesse, que se parta el casamiento por alguna razón derecha, aquel por cuya culpa se partiò, es tenuto de dar de lo suyo de que crien los hijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, ó menores; é el otro que no fué en culpa, les deve criar é auer en guarda.* <sup>2</sup>

177. El Código de Napoleón (art. 267) manda que el marido sea durante el juicio de divorcio el guardián de los hijos, excepto el caso en que el tribunal ordenare otra cosa, ya á pedimento de la madre, ya de la familia ó el Ministerio Público, por razón de la mayor ventaja de los hijos.—De esta disposición se sigue que la patria potestad durante el juicio que nos ocupa, pertenece en principio al padre, siendo indiferente para el caso que figure como demandante ó demandado, y que ella puede ser otorgada á la madre, lo mismo que á una extraña persona si en opinión del tribunal así lo exige el mayor bien de los hijos.

178. Nuestra legislación es uniforme sobre que la patria potestad pertenece de derecho al cónyuge inocente. Para el caso de que ambos sean culpables, los códigos de Veracruz (art. 237) y del Estado de México (art. 196) establecen que se provea á los hijos de tutor, á diferencia de el del Distrito Federal de 1870 (art. 268) y el que comentamos (art. 245), que ordenan que sólo se acuda al nombramiento de tutor cuando no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad. Pero todos reconocen que, á pesar de las disposiciones anteriores, pueden los tribunales, á pedimento de los abuelos, tíos ó hermanos mayores de los hijos, acordar cualquier medida que se considere benéfica á éstos (arts. 238,

<sup>1</sup> *Novela*, 117, caps. 7 y 10.

<sup>2</sup> *Partida* 4<sup>ta</sup>, tit. 19, l. 3.

Código de Veracruz; 197 del Estado de México; 269 del Distrito Federal de 1870, y 246 del actual).

Son éstas las disposiciones legales que, aun siendo referentes á la situación definitiva de los hijos después de *ejecutoriado* el divorcio, deben observarse como medida provisional durante el juicio, según lo prescrito en los arts. 236, inciso 3º del Código de Veracruz; 194, inciso 3º de el del Estado de México; 266, inciso 3º de el del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 3º del que comentamos. Siendo, pues, medida *provisional* la que aquí quiere establecer el legislador, ¿cuál de los sistemas mencionados es más conveniente y conforme á los principios? Dar siempre durante el juicio de divorcio el derecho de patria potestad al padre, sólo puede sostenerse como consecuencia de las inhumanas leyes vigentes en esa primitiva época de la legislación de Roma, en que era tan excesivo el poder del *pater familias* y estaba su respeto tan arraigado en las costumbres, que Antonino Pio, deseoso de restringirlo, apenas se atrevió á proponer que se persuadiese al padre á un menos acerbo ejercicio de sus omnímodas facultades: *ut patri persuadetur, ne acerbe, patriam potestatem exerceat*.<sup>1</sup> Decir que la patria potestad pertenece durante el juicio al *cónyuge inocente* es una *petitio principii*, pues antes de la sentencia de divorcio no hay cónyuge inocente ni culpable. En consecuencia, nosotros opinamos que, debiendo ser la providencia que nos ocupa tomada exclusivamente en interés de los hijos, se establezca como principio que sea el juez quien designe la persona, aun extraña, bajo cuya guarda han de quedar aquellos, atentos la causa por la cual se ha pedido el divorcio, el carácter y educación de los cónyuges, la edad y el sexo de los hijos. Era la opinión de Cambaceres en el Consejo de Estado en Francia:

1 Bernard, *L'autorité paternelle á Rome*, pág. 27.

«Sería preciso á lo menos dar á los tribunales una instrucción que los hiciese capaces de decidir según las circunstancias. La situación, en efecto, no es la misma cuando el divorcio es pedido por el marido, que cuando lo es por la mujer; cuando los hijos son varones ó pertenecen al sexo femenino.»

179. Supuesto que puede haber casos en que los hijos queden en poder de la madre, la obligación alimenticia que en favor de ellos pesa sobre el padre tiene que continuar viva aun después de la separación, pues fundada tal deuda en las relaciones naturales entre los hijos y los padres, nada indica que se suspenda su cumplimiento por razón del divorcio. Mas como podría ser que el alejamiento de los hijos inspirara al autor de sus días repugnancia á continuar pagando los alimentos, nuestros códigos han establecido como medida provisional que puede tomarse durante el juicio de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, que el juez señale y asegure alimentos á los hijos que no queden en poder del padre. En este sentido son expresos los arts. 236, inciso 4º del Código del Estado de Veracruz; 194, inciso 4º de el del Estado de México; 266, inciso 4º de el del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 4º del que comentamos.

#### NÚMERO 4. MEDIDAS PROVISIONALES RELATIVAS Á LOS BIENES.

180. Como lo hemos manifestado en otro lugar,<sup>1</sup> el marido es el administrador legítimo de los bienes del matrimonio, pudiendo con tal carácter, aun sin consentimiento de la mujer, enajenar y obligar á título oneroso los bienes muebles, aun preciosos, y ejercer, en una palabra, todos los actos y

<sup>1</sup> Véase el tomo 2º de esta obra, núm. 344.

derechos de la administración en los términos prevenidos por la ley. Ahora bien, interrumpida la armonía de los consortes por la demanda de divorcio, serían no poco frecuentes los casos en que la mujer tuviera justísimas razones para temer perjuicios en su contra de parte del marido, colocado por la ley en aptitud de abusar de sus facultades. La situación formada por la ley del matrimonio á los cónyuges se funda sobre previsiones que después de la queja de uno de ellos han dejado de realizarse, y habría gravísimos inconvenientes en mantenerla hasta el éxito del juicio de separación. Por eso el legislador ha procurado prevenir tales inconvenientes en la forma expresada en los números anteriores, tanto por lo que respecta á los cónyuges entre sí, como por lo que hace á los hijos del matrimonio. Pero los bienes son también dignos de ser tomados en cuenta por el peligro que corren de que sean sustraídos, ocultados ó mal administrados durante el juicio de separación.

181. El Código francés (arts. 270 y 271) declara que la mujer cuyos bienes estén en comunidad con los del marido, bien sea demandante ó demandada en divorcio, podrá en cualquier estado de la causa . . . . pedir para la conservación de sus derechos que se sellen los efectos muebles de la comunidad. Los sellos no se levantarán sino después de hacer inventario con avalúo, con obligación por parte del marido de presentar las cosas inventariadas y de responder de su valor como depositario judicial. Toda obligación contraída por el marido con cargo á la comunidad de bienes, toda enajenación hecha por él de inmuebles dependientes de la sociedad conyugal . . . . se declarará nula si se prueba que se ha hecho en fraude de los derechos de la mujer. La jurisprudencia se presenta no poco contradictoria sobre la extensión de las facultades concedidas al juez en esos dos artículos. La cuestión puede formularse de la manera siguiente: la impo-

ción de sellos y el inventario de los bienes de la comunidad conyugal ¿son las únicas medidas precautorias que el juez puede tomar contra el marido para que no cause perjuicios en los bienes á la mujer? Dos sentencias de los tribunales belgas, la una de Liege, de 17 de Febrero de 1847, y la otra de Casación, de 7 de Enero de 1860, declaran, que la imposición de sellos autorizada por el art. 270 *no excluye* cualquiera otra medida conservatoria, porque los tribunales tienen sobre esta materia un poder absoluto de apreciación.<sup>1</sup> Los tribunales franceses no han sido más uniformes. Una sentencia de Metz de 28 de Junio de 1810 declara que se puede ordenar que el dinero perteneciente á la comunidad sea depositado en la caja de depósitos y consignaciones, pero lo contrario se encuentra decidido por la corte de París en 4 de Marzo de 1825.<sup>2</sup> ¿Puede pedirse en calidad de medida conservatoria el secuestro judicial de los bienes de la comunidad? Negativamente resuelven esta cuestión dos sentencias de la corte de Bruselas, la una, de 16 de Junio de 1832, y la otra, de 13 de Noviembre de 1847.<sup>3</sup> Mr. Laurent, comentando el art. 270, dice: «Si la mujer reclama otras medidas que las que dicho artículo le permite requerir, medidas más onerosas, por ejemplo, el tribunal no tendría el derecho de ordenarlas. Este artículo es restrictivo porque deroga los poderes que el marido tiene como jefe de la comunidad; ahora bien, toda derogación del derecho común es de estricta interpretación.»<sup>4</sup> Massol, al contrario, enseña que, siendo el objeto de la prevención contenida en el art. 270 prevenir los fraudes del marido, el juez tiene la facultad de tomar cualquiera medida que le sugieran las circunstancias,

<sup>1</sup> *Pasicrisie*, 47, 2, 145 y 60, 1, 38.

<sup>2</sup> Coulon-Faivre, "Le Divorce," pág. 160.

<sup>3</sup> *Pasicrisie*, 32, 2, 179.

<sup>4</sup> Laurent, tom. 3, núm. 268.

sin sujeción á los medios que sólo por vía de ejemplo menciona dicho artículo. <sup>1</sup> El punto, pues, es controvertible, no sólo según la jurisprudencia, sino también en la opinión de los autores, y no ha dejado de serlo hasta la ley francesa de 27 de Julio de 1884, que en su art. 242, siguiendo la opinión de Massol, menciona expresamente la imposición de sellos, no como la única medida conservatoria, sino como la más notable y frecuente que pueden tomar los tribunales para prevenir los fraudes sobre los bienes de la comunidad conyugal durante el juicio de divorcio.

Debe notarse también que para la adopción de estas medidas precautorias nada importa que quien las pide sea demandado ó demandante en divorcio, pues en realidad han sido establecidas, independientemente de la circunstancia de culpabilidad, para evitar los perjuicios que puede causar sobre los bienes aquel de los cónyuges á quien pertenece la administración.

182. Veámos ahora cómo se ha manifestado nuestra legislación sobre esta importante materia. El primer proyecto de un Código Civil mexicano (art. 98), siguiendo las doctrinas del jurisconsulto español Goyena, <sup>2</sup> decía: «dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer *si ésta no pide el divorcio.*» Nada, pues, de determinación en la naturaleza de las medidas preventivas, pero sí limitación de ellas en favor sólo de la mujer demandante en divorcio.

Promulgados los varios códigos, ha venido á establecerse la misma generalidad de las medidas que á juicio del juez sean convenientes para precaver los perjuicios que podrían resultar de las desavenencias de los cónyuges, suprimiéndolo

<sup>1</sup> Massol, 23 y sigts.

<sup>2</sup> Proyecto, art. 81, inciso 5.º

se la taxativa que desde el Sr. Goyena se había fijado para la mujer demandante. En nuestro concepto nada es más justo que tal supresión, porque también son de temerse graves perjuicios de parte del marido y en contra de la mujer cuando es ésta la que por haber ofendido al primero es demandada en divorcio. ¿Acaso la indignación del esposo ultrajado no podrá sugerirle la idea de venganza privando de sus recursos á la mujer? Esta, por otra parte, tiene el más indiscutible derecho á que sus intereses sean preservados contra todo fraude, tanto más cuanto que podría suceder que el marido no probase los hechos en que funda su acción. En este sentido han sido redactados los arts. 236, inciso 5º del Código del Estado de Veracruz; 194, inciso 5º de el del Estado de México; 266, inciso 5º de el del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 5º del que comentamos. Así, dada la latitud de las medidas que el juez puede tomar con el fin indicado, al presentarse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, puede privarse aun de la administración de los bienes comunes del marido, con lo cual queda dicho que el embargo, el inventario, nombramiento de interventor, etc., etc., son también actos perfectamente legales que pueden ser ordenados por el juez según las circunstancias. En este sentido han sido pronuncia las diversas sentencias por nuestros tribunales.

---

*Art. 245. Ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos ó se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá á los hijos de tutor conforme á los arts. 443, 447 y 458.*

*Art. 246. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos ante-*

riores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad ó tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales á pedimento de los abuelos, tíos ó hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica á los hijos menores.

Art. 247. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos á todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Art. 248. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente, á menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquel si el divorcio se ha declarado por las causas 7<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup> y 12<sup>a</sup> señaladas en el artículo 227.

Art. 249. En los demás casos y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá de tutor á los hijos á la muerte del cónyuge inocente.

Art. 250. El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiese dado ó prometido por su consorte ó por otra persona en consideración á éste: el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Art. 251. Ejecutoriado el divorcio vuelven á cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dió causa al divorcio.

Art. 252. Si la mujer no ha dado causa al divorcio tendrá derecho á alimentos, aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente.

Art. 253. Cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservará el marido la administración de los bienes comunes, y dará alimentos á la mujer si la causa no fuere adulterio de ésta.

## SECCION 5ª

## DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPO.

183. Hasta aquí y en los números que preceden de la sección anterior hemos hablado de las medidas *provisionales* que deben tomarse durante el juicio de separación. Vamos ahora á ocuparnos de los *efectos* de ese mismo juicio una vez pronunciada la *sentencia definitiva*, ó sea cuando se han agotado ya todos los recursos que las leyes conceden en esta especie de litigios.

No debe perderse de vista cuál es la naturaleza del juicio de separación que partiendo del concepto de la indisolubilidad del vínculo conyugal, sólo tiene por objeto suspender algunas de las obligaciones nacidas del matrimonio, bajo la esperanza, siempre consoladora para la sociedad, de una reconciliación entre los cónyuges.

Inútil, pues, buscar antecedentes de esta materia ni en el derecho romano que admitía la disolubilidad del vínculo, ni en la legislación de los países influidos por la doctrina protestante, que si al principio limitó el permiso del divorcio al caso de adulterio, lo extendió después, según la interpretación de Lutero, aun al de deserción maliciosa del domicilio conyugal, llegando la facultad de las segundas nupcias en vida de los consortes á obtenerse en algunos países de Alemania aun por favor especial del soberano. <sup>1</sup>

Pero la indisolubilidad es una de las excelencias del matrimonio según el Cristianismo, que para dar una idea de la elevación y espiritualidad de este vínculo lo ha simbolizado en la unión mística de Jesucristo con la Iglesia, no acep-

<sup>1</sup> Walter, *Manuel du Droit Ecclesiastique*.

tando ni aun la simple separación de los cónyuges sino como una funesta necesidad á la cual conviene siempre poner el más pronto término mediante las exhortaciones al perdón y á la reconciliación. Esta, como ya lo hicimos notar en otro lugar, es, sin duda alguna, la más indiscutible recomendación que el principio de la indisolubilidad tiene sobre el divorcio perfecto.

En consecuencia, aceptando el sistema de la simple separación, el legislador debe procurar que tan sólo se suspendan entre los esposos aquellas obligaciones cuyo cumplimiento sea incompatible con la cesación de la vida común.

Ahora bien, como son tres los objetos sobre que recaen los deberes nacidos del matrimonio, es á saber, los esposos entre sí, los hijos y los bienes, á éstos mismos deben referirse las modificaciones producidas por la separación.

#### NUMERO 1. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO CON RESPECTO A LOS CONYUGES.

184. Siendo la primera obligación del matrimonio la vida común de los casados, claro es que el divorcio produce como necesaria consecuencia la suspensión de ella, adquiriendo, por lo mismo, cada una de las partes el derecho de vivir independientemente y sin que ya la mujer esté obligada á vivir bajo el mismo techo que el marido. La separación, pues, que con el carácter de provisional hemos dicho que debe el juez decretar al presentarse la demanda de divorcio, se convierte en definitiva después de la sentencia. No se concibe, en efecto, cómo pudiera ser tranquila y sin funestas consecuencias para ambos consortes la vida común después de un juicio que ha puesto en claro las faltas del uno contra el otro, sus resentimientos y desacuerdos. Sólo una excepción existe

de este principio, la del divorcio por causa de enfermedad, de la cual hemos hablado ya en el lugar oportuno (núm. 83).

185. Suspensa la obligación de la vida común se sigue: 1º que la mujer no está ya obligada á seguir á su marido, pudiendo establecerse donde ella quisiere, y aun en país extranjero, con tal de que esto no sea incompatible con los derechos de patria potestad dejada al padre, según lo manifestaremos más adelante. Es ésta una cuestión de hecho que los jueces deben resolver según las circunstancias, atendiendo sobre todo á la mayor ó menor distancia que separaría á los esposos y al interés de los hijos.

186. Se sigue: 2º que en virtud del mismo efecto del divorcio el domicilio de la mujer no es ya el del marido. <sup>1</sup>

187. Hemos dicho que el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, lo cual produce para ambos cónyuges el deber importantísimo de la mutua fidelidad. Establecido, sin embargo, que el divorcio da derecho á la mujer para proporcionarse una casa independiente de la de su marido, ¿es esto compatible con ese deber para ambos esposos igualmente? En derecho canónico la cuestión apenas puede proponerse, pues el marido y la mujer son iguales, sin diferencia alguna, en el deber de fidelidad, y por consiguiente, en la responsabilidad del adulterio. Pero no es así en el derecho civil, y he aquí, por lo mismo, una nueva prueba de la necesidad de que el matrimonio sea amparado por la religión, la cual lo considera, no sólo bajo el punto de vista de los intereses materiales, sino muy principalmente como un estado de perfección en el que contribuyen por igual el hombre y la mujer, incurriendo, por lo mismo, al infringir sus obligaciones, en iguales penas canónicas uno y otro: *Cónjuges sunt pares in divortio causa adulterii celebrando* (núm. 26). El adulterio,

---

<sup>1</sup> Véase tomo 1º de esta obra, núms. 141 y siguientes.

según el derecho civil, no es delito ni causa de divorcio siendo cometido por el hombre, sino cuando haya sido perpetrado en la *casa común ó domicilio conyugal* ó con una concubina, ó con escándalo é injuria en contra de la mujer legítima (núm. 26). Supóngase, pues, que el marido divorciado comete adulterio en la casa que le sirve de habitación, sin ninguna otra de las circunstancias mencionadas; ¿podrá decirse que ha habido ese delito en el sentido de la ley civil? No, porque ya no hay casa común ó domicilio conyugal en virtud de la independencia producida entre ambos esposos por la separación <sup>1</sup>

188. Hemos dicho en otro lugar<sup>2</sup> que la mujer es legalmente incapaz para celebrar contratos, aun á título gratuito, y para litigar sin licencia de su marido. ¿Cuál es el efecto de la sentencia del divorcio sobre tal incapacidad? Cuestión es ésta de la mayor importancia, pues aunque en apariencia se refiere sólo á los intereses materiales de los esposos, su resolución no puede menos que ligarse con la responsabilidad moral que á cada uno pertenezca en el juicio de divorcio. ¿Será indiferente para decidir este punto que la mujer haya sido declarada culpable? Si así fuera, la plenitud de facultades que se le otorgase sería como el premio de su mala conducta. Pero si se toma en cuenta su culpabilidad, ¿cuáles no serán los abusos que cometa el marido inducido por el odio y la venganza contra la mujer culpable? Dos sistemas se presentan aquí en juego: el francés, que no exceptúa en ningún caso del principio de la autorización marital á la mujer casada, aun separada de cuerpo y aun inocente,<sup>3</sup> y el español, que no resuelve la dificultad sino atendiendo á la res-

<sup>1</sup> Laurent, tom. 3, núm. 346. — Demolombe, tom. 4, núm. 500. — Massol, pág. 267.

<sup>2</sup> Véase tomo 2º de esta obra, núm. 386.

<sup>3</sup> Demolombe, tom. 4, núm. 119. — *Contra*, Massol, pág. 279.

ponsabilidad moral que en el divorcio quepa á la mujer. Nuestros códigos se han dividido también en esta materia: unos, como los de Veracruz (art. 243), el de Tlaxcala (art. 179), y el del Estado de México (art. 200) declaran que, ejecutoriado el divorcio, la mujer adquiere la capacidad para contraer y litigar sobre sus propios bienes sin licencia del marido, siendo indiferente que resulte ó no culpable de la causa por que se pronunció aquel. Otros, y son el del Distrito Federal de 1870 (art. 274) y el que comentamos (art. 251) no conceden á la mujer dicha capacidad sino en el caso de que sea declarada inocente por la sentencia de divorcio.

## NUMERO 2. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO EN CUANTO A LOS HIJOS.

189. Habiendo en los números anteriores (núms. 175 y siguientes) tratado de la condición en que quedan los hijos durante el juicio de divorcio, condición que es la misma que definitivamente han de guardar después de la sentencia, remitimos al lector á lo ya expuesto, y sólo agregaremos lo que nuestros códigos prescriben como necesariamente posterior á dicha sentencia. ¿Cuáles son los efectos del divorcio sobre la persona y derechos de los hijos? Sabemos ya que el sistema seguido por nuestros códigos con respecto á la guarda de los hijos es el establecido como última reforma por el Emperador Justiniano, ó sea, que ellos deben quedar bajo el poder del cónyuge inocente; en el caso de que ambos fueren culpables, en poder del ascendiente á quien pertenezca la patria potestad, y en caso de no haberlo, en poder del tutor que al efecto se nombre. ¿Es esto decir que aquel de los cónyuges á quien se niegue la guarda de los hijos quedará exo-

---

I Gutiérrez Fernández, *Códigos Españoles*, tom. 1, pág. 415.

nerado de las obligaciones de la patria potestad? Privar al cónyuge culpable de los derechos y facultades que como padre le corresponden sobre la persona de los hijos, podrá ser considerado como un justo castigo, aunque el que no ha sido buen esposo bien pudiera ser excelente padre, de tal manera que, juzgada así esta cuestión, sólo debiera privarse de la patria potestad útil cuando la causa por la cual se hubiese pronunciado el divorcio fuese contraria al interés de los mismos hijos. Pero nuestros legisladores han establecido otra cosa, prescribiendo que los derechos á que da nacimiento la patria potestad con respecto á la persona de los hijos, sean quitados al cónyuge culpable, cualquiera que sea la causa por la cual el divorcio ha sido pronunciado. De esto no existe sino una sola excepción, nueva en nuestro derecho, como que data del código que comentamos (art. 248), es á saber, el caso en que el divorcio haya sido fallado por causa de enfermedad crónica é incurable, contagiosa ó hereditaria, anterior al matrimonio, y de que no haya tenido conocimiento el cónyuge demandante del divorcio.

190. Pero ¿qué sucederá después de la sentencia con las obligaciones de la patria potestad? Ciertamente es de difícil aplicación en la práctica discernir cuáles son derechos y cuáles obligaciones en la patria potestad, pues fuera de lo que á los bienes concierne parece como que se confunden las cargas y las facultades en orden á los hijos, sin que se pueda decir con toda exactitud dónde acaba lo útil y empieza lo oneroso para los padres. Es, sin duda, que la naturaleza ha colocado el deber en esta especie de obligaciones allí mismo donde existe el placer de cumplirlo. Sin embargo, podemos afirmar siguiendo las interpretaciones de la jurisprudencia, que pertenecen á la patria potestad *útil*, ó sea á los derechos del que la ejerce: 1.º el honor y respeto de los padres; 2.º la guarda de los hijos; 3.º la facultad de corregirlos y cas-

tigarlos: 4.º la autorización para contraer y litigar, y 5.º la representación y administración legal de sus bienes; y son cargas ú obligaciones, ó pertenecen á la patria potestad *onerosa*: 1.º la educación de los hijos; 2.º su alimentación, y 3.º la vigilancia de su conducta. Ahora bien, nuestra legislación establece que el cónyuge culpable es privado de la patria potestad útil, pero continúa obligado á la onerosa, y en este sentido son manifiestos los arts. 240 y 241 del Código de Veracruz; 198 de el del Estado de México; 178, inciso 3.º de el de Tlaxcala; 268 y 270 de el del Distrito Federal de 1870, y 245 y 247 del que comentamos.

191. ¿La privación de los derechos de la patria potestad en contra del cónyuge culpable y su atribución á favor del inocente son de tal manera necesarias que deban permanecer aun muerto el primero? La solución de esta cuestión ha sido diversamente dada por los legisladores según la mayor ó menor influencia que las causas por las cuales se ha pronunciado el divorcio, tienen, en su concepto, sobre el bienestar de los hijos. Unos, razonando sobre el supuesto de que cualquiera de las causas recibidas por la ley para motivar el divorcio son en sí mismas bastante graves para revelar en el culpable á lo menos cierta indignidad en orden á la patria potestad, han establecido que la privación de ésta es perpetua en contra del cónyuge culpable, aun muerto el inocente. Otros no declaran ese efecto sino á condición de que el divorcio haya sido decretado por una de esas causas que acusan en el culpable una grave degeneración moral, suficiente para tenerlo por indigno de dirigir y dar buen ejemplo á los hijos. Entre los que así piensan existen además diversas apreciaciones, pues no hay una regla exacta conforme á la cual pueda decidirse cuáles causas de divorcio ameritan la pérdida radical y perpetua de la patria potestad y cuáles solo su suspensión para mientras viva el cónyuge inocente. A

los primeros pertenecen el Código del Estado de México que declara incondicionalmente la pérdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable. A los segundos pertenecen los otros códigos de la República en los términos y bajo las condiciones que siguen: el Código de Veracruz (art. 240) prescribe que la patria potestad vuelve ó pasa al cónyuge culpable, muerto el inocente en los divorcios por *adulterio, acusación falsa del mismo, cópula con la mujer contra naturam, inducción al crimen y sevicia*, no sucediendo otro tanto en los divorcios por *enfermedad contagiosa ó por demencia peligrosa para la vida del otro cónyuge*. El Código de Tlaxcala (art. 182) decide lo mismo en los divorcios por *sevicia, violencia hecha por el marido sobre la mujer para hacerla cambiar de religión, y abandono del domicilio conyugal*, á diferencia de los divorcios por *adulterio, sevicia contra los hijos, conato de prostitución contra la mujer, incitación al crimen, corrupción de los hijos y atentado contra la vida del cónyuge anterior*. El Código del Distrito Federal de 1870 (art. 271) declara también la mera suspensión de la patria potestad en contra del cónyuge culpable y para mientras viva el inocente en los divorcios por *incitación al crimen, abandono del domicilio conyugal y sevicia*, destituyendo para siempre de aquella al cónyuge culpable de *adulterio, prostitución de la esposa, corrupción de los hijos y acusación falsa de un cónyuge contra el otro*. Finalmente, el código que comentamos hace la misma distinción (art. 248) entre las causas de divorcio, decidiendo el punto que nos ocupa en el primer sentido por lo que hace á los casos de *sevicia, acusación falsa de un cónyuge contra el otro é infracción de las capitulaciones matrimoniales*, y en el segundo, por lo que respecta á los de *adulterio, nacimiento de hijo ilegítimo posterior al matrimonio, prostitución de la esposa, incitación al crimen, corrupción de los hijos, abandono del domicilio conyugal, nega-*

*tiva de alimentos de un cónyuge al otro, y vicios incorregibles de juego ó embriaguez.* Es éste, pues, un punto en que se aplican los principios legales que rigen sobre patria potestad, expresados en los arts. 363, inciso 2.º del Código de Veracruz; 296, inciso 2.º de el de Tlaxcala; 416, inciso 2.º de el del Distrito Federal de 1870, y 389, inciso 2.º del que comentamos.

### NÚMERO 3. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO SOBRE LOS BIENES.

192. Todas la legislaciones han reconocido la necesidad y conveniencia de que el marido sea el administrador de los bienes aportados al matrimonio, cuando menos interviniendo en su manejo en el sentido de que la mujer, inferior á él por razón de la debilidad de su sexo, no pueda practicar ciertos actos importantes sino mediante el consejo y el consentimiento de aquel. ¿Qué mejor administrador y consejero de la esposa en sus bienes que el sér á quien ha confiado su destino sobre la tierra, y con quien la ligan los íntimos y estrechísimos afectos de la familia? Prescindiendo, pues, por el momento, por pertenecer á materias posteriores de nuestros Códigos, del régimen de separación de bienes, bajo el cual puede también celebrarse el matrimonio ó que puede existir durante éste por convenio expreso de los consortes, la unión conyugal presenta el cuadro de dos personas enlazadas, no sólo en cuanto á sus afectos, sino además, por lo que respecta á sus bienes materiales. El divorcio que separa tras de gravísimas alteraciones en el hogar doméstico al marido y á la mujer, y hace que los hijos no continúen ya subordinados á ambos padres, ¿no ejercerá también funesta pero necesaria influencia sobre los bienes de unos y otros? Sin duda

alguna que es un mal el término de una sociedad cuya base principal se fundaba sobre el amor y la confianza de los interesados; pero ¡cuán peor mil veces no sería la conducta observada por aquel de los cónyuges á quien correspondiese la administración de los bienes, si inspirado por el odio y la venganza producidos por el divorcio, se esforzara en llevar á cabo con toda impunidad fraudulentos y malévolos manejos! El legislador, pues, ante la desunión inevitable de los consortes, ha debido proveer no sólo á los inconvenientes de que continuaran unidas las personas, sino también al grave peligro de que sus bienes y los de los hijos fuesen dilapidados.

No es nuestro ánimo exponer en esta vez toda nuestra legislación sobre una materia que, como la actual, es vastísima y fecunda en dificultades, pues preferimos tratarla con la extensión que requiere en el comentario sobre el *contrato de matrimonio*, limitándonos por ahora á breves indicaciones en orden al punto que nos ocupa. Tres son las clases de bienes que intervienen en el matrimonio: 1.<sup>o</sup> bienes propios de cada cónyuge; 2.<sup>o</sup> bienes comunes, y 3.<sup>o</sup> bienes de los hijos. ¿Cuáles son los efectos del divorcio sobre ellos?

193. 1.<sup>o</sup> *Bienes propios*. Los arts. 243 del Código de Veracruz; 200 de el del Estado de México; 179 de el de Tlaxcala; 274 de el del Distrito Federal de 1870, y 251 del que comentamos, declaran que, ejecutoriado el divorcio, vuelven á cada consorte sus bienes propios. Igualmente se establece por los arts. 242 de el de Veracruz; 199 de el del Estado de México; 178, inciso 4.<sup>o</sup> de el de Tlaxcala; 273 de el del Distrito Federal de 1870, y 250 del actual, que el cónyuge culpable debe perder todo lo que se le hubiera dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideración á éste, mientras el segundo tiene derecho á conservar lo recibido y á reclamar lo pactado en su provecho.

194. 2ª *Bienes comunes*. Si la mujer es culpable del divorcio prescriben los arts. 245 de el Código de Veracruz; 202 de el del Estado de México; 276 de el del Distrito Federal de 1870, y 253 del actual, que el marido conserve la administración. Varias y muy importantes son las cuestiones á que dan lugar estos artículos.

195. Desde luego ocurre preguntar: si el marido conserva la administración de los bienes comunes, ¿cuál es el efecto producido por el divorcio? ¿Qué se hacen los gananciales de la mujer culpable? Difícil por todo extremo es, en nuestro concepto, resolver con los preceptos mencionados tales cuestiones y de desear sería mayor claridad y precisión en los códigos. Cuando la mujer es culpable del divorcio, el marido conserva la administración de los *bienes comunes*, dicen esos preceptos; ¿no hay, pues, separación de bienes? Ante el silencio, ó por lo menos, confusión de nuestras leyes, recurramos á sus orígenes inmediatos. Dichos artículos están, sin duda, tomados del 88 del Proyecto de Código Civil español del Sr. Goyena. «Como en este caso, dice este autor, *no ha lugar á la separación de bienes*, continúa rigiendo respecto del marido inocente, no sólo en cuanto á la administración y usufructo, sino en cuanto á las cargas, etc.» Por lo que hace á los gananciales, una tradición constante y que se remonta hasta el derecho romano, nos enseña, que ellos son perdidos por la mujer culpable, unas veces en favor del marido, otras en favor del fisco, no pocas en favor de monasterios. La ley 11ª, tít. 4, lib. 10 de la Novísima Recopilación, que es la 11ª, tít. 9º, lib. 5 de la Nueva Recopilación, como ésta es la 78 de Toro, que á su turno reprodujo la 15ª, tít. 17 de la Partida 7ª, nos dice que: «la mujer, durante el matrimonio, por delito pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales ó de ganancia, ó de qualquier qualidad que sean.» Y no cabe duda que estas leyes son un eco de las ro-

manas, que decían: «*et omnis omnino maritus salvas actiones contra fiscum habet.*»<sup>1</sup> Puede también citarse la Novela 134, cap. 13 del Emperador Justiniano, que deseando moderar las penas, no sólo corporales sino también pecuniarias, impuestas por sus antecesores á los esposos delincuentes, dice: «*Si vero mulieres habeant qui condemnati sunt: omnibus modis jubemus istas et dotem et antenuptialem donationem accipere,*» sobre cuyas palabras, por ser, según su letra, relativas sólo á los maridos culpables, dice, en nuestro concepto con todo acierto Llamas y Moliua, que, dado el propósito del emperador de reducir las antiguas penas fiscales, es de presumirse quisiese se observara en favor del marido inocente lo que disponía en gracia de la mujer cuando aquel era culpable. Antonio Mateo da otra razón: «*Si publicentur, dice, bona mariti non solum paraphernas res, sed et dotem recuperat uxor. Cui consequens est, ut si publicantur bona uxoris, etiam donationem propter nuptias salvam habeat maritus. In primis, cum minus juris in ea donatione constante matrimonio habet uxori, quam maritus in dote: non enim ut maritus res dotales administrat, fructus percipit pro oneribus matrimonii, ita vicissim uxor res antidotales.*»<sup>2</sup>

Creemos, pues, fundados en esos antecedentes y en la común doctrina de los autores, según la cual cualquiera de los cónyuges que diere causa al divorcio libra al otro de sí, mas no se libra del otro,<sup>3</sup> que nuestros códigos, en las disposiciones citadas, expresan que cuando la mujer es culpable del divorcio, la comunicación de gananciales sólo se acaba para ella, continuando subsistente por el marido, que desde allí en adelante adquiere aquellos exclusivamente.

1 *Dig. lib. 48, tit. 20, l. 4.*

2 A. Matheo, *De criminibus*, lib. 48, tit. 2, 22.

3 *Sala novísimo mexicano*, tom. 1, pág. 111.—*Nuevo Febrero mexicano* por Galván, tom. 3, tit. 7, cap. 3, núm. 12.

196. Decimos *desde allí en adelante*, ó sea, desde la fecha de la sentencia, y necesitamos demostrarlo. ¿Qué se hace pues, con los gananciales de la mujer anteriormente adquiridos? No lo dicen nuestros códigos en orden al divorcio, y de este silencio han de surgir también nuevas dudas é incertidumbres. Sin embargo, la razón natural aconseja que no se haga efectiva una pena sin ley penal, tanto más cuanto que la mujer culpable es ya castigada con la privación de los gananciales futuros. Su delito no puede en rigurosa justicia servir de fundamento para que el castigo posteriormente merecido se extienda á una época anterior en que aún era inocente. ¿Se dirá que tienen aquí aplicación las disposiciones antes citadas, según las cuales el cónyuge culpable debe perder todo lo que se le hubiera dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideración á éste? Pero los gananciales son cosa muy diversa, no constituyen una mera liberalidad, sino que forman un derecho derivado inmediata y directamente de la ley. Precisa, pues, al entregarse al marido sólo la administración de los bienes comunes, empezar por hacer una liquidación de los gananciales, dando á la mujer aquellos que le pertenezcan hasta la fecha indicada. El Código que comentamos es el único que presenta una excepción explícita de este principio. «El abandono injustificado del domicilio conyugal por uno de los cónyuges hace cesar *para él desde el día del abandono*, los efectos de la sociedad legal en cuanto le favorezcan,» dice el art. 1,974. Esta reforma, sólo relativa al caso de abandono injustificado del domicilio conyugal, pretende, sin duda, fundarse en la interpretación literal de la ley 205 del Estilo, reproducida por la 1ª, tít. 4, libro 10 de la Novísima, en las cuales se encuentran las palabras *estando de consuno ó estando en uno con su mujer*, y de aquí se ha inferido que no existe la sociedad conyugal sino por la cohabitación de los cónyuges, que se interrumpe des-

de el día del abandono.<sup>1</sup> Pero este modo de interpretar dichas leyes era dudoso desde antiguo, habiendo Matienzo, Acevedo, García y otros autores opinado siempre lo contrario con fundamento de la frase *durante el matrimonio* de que usa otra ley de la Recopilación, la 5ª, tít. 9, lib. 5º, donde se explica la citada del Estilo, y de que se infiere que las palabras *estando de consuno* no deben entenderse rigurosamente.<sup>2</sup> Sin embargo tal es la ley vigente.

197. Otra cuestión de la mayor importancia tampoco no prevista por nuestros códigos ya mencionados, es la relativo á los efectos del divorcio sobre los bienes comunes cuando el marido sea el culpable. Hasta aquí hemos supuesto que el divorcio ha sido pronunciado por culpa de la mujer; pero ¿qué hacer en el caso contrario? Para decidir que entonces se priva de la administración al marido culpable y se entrega á la mujer inocente, no encontramos ley en que fundarnos, y además, nos lo impide la consideración de que en principio tal administración pertenece principalmente al marido, y sólo en un sentido secundario á la mujer. ¿Cómo, pues, trastornar este sistema del legislador sin una ley expresa y clara que para ello nos autorice? Pero esto no es decir que el marido culpable continúe en una administración de que se ha hecho indigno. Creemos, pues, que en este caso procede la separación de los bienes comunes, haciéndose la liquidación de los gananciales correspondientes á cada cónyuge. Es verdad que así se incurre en una notable inconsecuencia por no hacerse en favor de la mujer, víctima del marido, lo que se hace cuando éste es inocente; pero, lo repetimos, tal es el sistema del legislador, que considera siempre

1 Sentencia de Casación del Distrito Federal de 10 de Agosto de 1886, considerando 2º. (*Anuario de leg. y jurisp.*, Sec. de Casación, año de 1886.

2 Pedimento del Ministerio Público á cargo del Sr. Lic. Diego Baz (*Anuario de leg. y jurisp.*, Sec. de Casación, año de 1886.

más grave la culpa de la mujer que la del hombre. De la nota de omisos con que señalamos á nuestros códigos, forma excepción el de Tlaxcala, que en su art. 180 declara, que *la administración de los bienes comunes la tendrá el cónyuge inocente sin distinción de si es el marido ó la mujer*. A éste debe también agregarse el código que comentamos, que en su art. 1,975 declara que aunque el marido es, en principio, administrador legítimo de la sociedad conyugal, la mujer administrará, entre otros casos, *cuando aquel haya abandonado injustificadamente el domicilio conyugal*.

198. Supongamos otro caso igualmente no previsto por nuestros códigos, excepto también el de Tlaxcala: ambos cónyuges son culpables, ¿qué sistema seguir en orden á la administración de los bienes comunes? Creemos que ella pertenecerá á cada esposo respecto á los bienes que en virtud de la separación le correspondan. El Código de Tlaxcala (art. 180) decide para este caso que la administración pertenecerá al marido si hay hijos, y en caso contrario, á cada cónyuge.

199. Los efectos del divorcio en orden á los bienes comunes ¿empiezan á producirse desde la fecha de la demanda ó solamente desde la sentencia? Algunos autores, y entre ellos nuestro ilustrado compañero Mateos Alarcón, sostienen que hay que reconocer aquí una necesaria retroactividad por «el principio general que establece que el actor que obtiene una sentencia favorable debe tener las mismas ventajas que habría obtenido si se hubiera pronunciado esa sentencia el mismo día de la demanda, porque desde entonces se suspendió la buena fe del demandado.»<sup>1</sup> Deben distinguirse por razón de las personas á quienes interesan, dos clases de efectos: los relativos

<sup>1</sup> Mateos Alarcón, *Estudios sobre el Código Civil*, tom. I, pág. 132.—Merlin, *Repert.* "Separat de corps." § 4, núm. 4.—Troplong, *Contrat de mariage*, núms. 1,386 y sigts.

á los cónyuges entre sí, y los referentes á extrañas personas. En cuanto á los segundos, es terminante el art. 2,053 del Código que comentamos, con el cual concuerdan los siguientes: 2,186 de el del Distrito Federal de 1,870; 1,786 y 1,787 de el de Veracruz; 1,616 y 1,617 de el del Estado de México, y 1,766 de el de Tlaxcala, según todos los cuales la disolución ó suspensión de la sociedad conyugal no producirán efecto respecto á los acreedores sino desde la fecha en que se les notifique el fallo judicial. En cuanto á los esposos entre sí, no podemos menos también que profesar la misma doctrina. La separación de bienes de que aquí se trata y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal no son sino el resultado ó efecto de la separación de cuerpo. Ahora bien, ¿desde cuándo el efecto ha de producirse primero que la causa? Y éste no es un razonamiento de mera fórmula, porque en realidad la separación de bienes, consecuencia de la de cuerpo, se funda sobre la culpabilidad de uno de los cónyuges, en virtud de la cual se presenta como indigno de continuar unido, aun en bienes, con la persona á quien ha ofendido. Pero ¿cuál es el punto de partida para empezar á llamar culpable á una persona fuera de la sentencia que así lo declara? ¿Acaso antes de ella hay otra cosa que meras sospechas que pueden ser, y son muchas veces, desvanecidas en la sentencia misma? Pero se nos dirá: si los efectos de la separación de bienes no se retrotraen al día de la demanda, la ley consagrará entonces todos los abusos que el cónyuge que ha dado causa al divorcio pudiera cometer en previsión de que en definitiva fuese declarado culpable. No podemos menos que aplaudir el sentimiento de justicia que ha dictado esta objeción, pero desde luego vemos que la misma ley ha previsto ese peligro ordenando al juez que, al presentarse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, ó durante el juicio, tome sin limitación alguna todas las medidas que le parecien-

ren convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer (núm. 182). Por otra parte, cuando la ley expresa la observancia de un principio sólo en un caso determinado, esto es demostrativo de que el legislador ha querido establecer una excepción. Ahora bien, es regla de vulgar jurisprudencia que las excepciones no deben hacerse extensivas á otros casos que á los expresamente mencionados en ellas. Así es que cuando el art. 1,974, antes mencionado, establece que la separación de bienes por *abandono injustificado del domicilio conyugal* hace cesar para el cónyuge culpable los efectos de la sociedad legal desde el día del abandono, no nos parece jurídico convertir en regla esta excepción aplicándola á todas las separaciones de bienes por divorcios de cualquiera causa, aunque sean esencialmente diversos del motivado por abandono, que supone desde su fecha la más absoluta separación entre ambos cónyuges. Finalmente, si la opinión contraria podía contar en otro tiempo con los respetables sufragios de Duranton y Massol, hoy día estos jurisconsultos han venido á sostener lo que nosotros profesamos.<sup>1</sup>

200. En cuanto á los alimentos que se deben entre sí los esposos, el principio que domina la deuda alimenticia nos dice que ellos se deben por razón del matrimonio, independientemente de cualquiera otra consideración que no sean las de la posibilidad en el deudor y las de la necesidad del acreedor.<sup>2</sup> Sin embargo, las legislaciones han tratado este punto atendiendo por un lado á la culpabilidad, y por otro á la calidad de los bienes de que quede como administrador el cónyuge deudor de los alimentos. ¿Deberá el consorte inocente alimentos al culpable? Voet enseña que sí, y da por

<sup>1</sup> Demolombe, tom. 4, núm. 514.—Duranton, tom. 2, núm. 622.—Massol, pág. 282.—Coin-Delisle, *Revue de la Jurisprudence*, tom. 8.

<sup>2</sup> Véase núm. 170 de este tomo y 439 del 2.<sup>o</sup> de esta obra.

razón *quia vinculum non dirimitur*.<sup>1</sup> «Puesto que el matrimonio subsiste siempre, dice Duranton, no es extinguido la obligación para los esposos de socorrerse. En consecuencia, aquel que no tuviera medios de vivir podría reclamar del otro una pensión proporcionada á sus necesidades y á las facultades de éste. Tal derecho no es limitado al que ha obtenido la separación, como lo es en el caso de divorcio *quoad vinculum* al esposo que lo ha obtenido; la reciprocidad debe subsistir puesto que el lazo conyugal subsiste siempre. Pero, generalmente, en la fijación del *quantum* de los socorros los tribunales deberán mostrarse más favorables al esposo inocente que al culpable.»<sup>2</sup>

Este sistema parecen haber seguido nuestros Códigos en las disposiciones siguientes, salvas algunas diferencias. Los Códigos del Distrito Federal (arts. 275 y 276 del de 1870, y 252 y 253 del actual) declaran que si la mujer es inocente tendrá derecho á alimentos aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente; pero si es culpable sólo tendrá ese derecho cuando la causa del divorcio no sea adulterio. De aquí se sigue: 1º, que tratándose de mujer inocente, los alimentos se le deben aun siendo rica y hasta que sea honrada. Sin duda el legislador ha pretendido castigar con ese gravamen al marido culpable. 2º, que si la mujer no es inocente, tiene, sin embargo, derecho á alimentos como la única compensación que la ley le concede por la privación de sus gananciales futuros, pues en este caso, como ya lo hicimos notar, la administración de los bienes comunes pertenece al marido. Sólo una taxativa pone la ley á la deuda alimenticia en favor de la mujer culpable: que el divorcio haya sido pronunciado en su contra por adulterio. 3º, que si el marido es inocente y por falta de bienes comunes no

1 Voet, *Ad Pandect*, tom. 2, págs. 117 y 139.

2 Duranton, tom. 1, núm 1,220.

hay administración que darle, pero la mujer tiene bienes propios, ella es la obligada en favor de él á los alimentos, pues, no exceptuado expresamente este caso por la ley, debe aplicarse la regla general. <sup>1</sup> 4º, que la deuda alimenticia en favor del marido inocente no tiene para la ley la importancia que la deuda alimenticia en favor de la mujer inocente, pues ésta disfruta expresamente de alimentos aun teniendo bienes propios, y desde el momento en que el Código no expresa otro tanto respecto al marido inocente, sino que más bien parece contentarse con la administración de los bienes comunes, no hay razón de aplicar en tal caso la reciprocidad. Por manera que podemos decir que mientras que la mujer inocente *aun siendo rica*, tiene derecho á alimentos, el marido inocente, deja de tenerlo con sólo que la administración de los bienes comunes le corresponda.

201. Algunas particularidades separan de esta legislación la de los Estados de Veracruz, México y Tlaxcala. La del primero (art. 244) otorga alimentos á la mujer inocente en todo caso, y no sólo mientras viva honestamente, como lo hacen los Códigos antes citados y también los del Estado de México (art. 201), y de Tlaxcala (art. 181). En cuanto á la mujer culpable, el Código de Veracruz (art. 245) sigue á los del Distrito Federal para el caso de que el motivo del divorcio haya sido el adulterio; pero los del Estado de México (art. 202) y el de Tlaxcala (art. 181) otorgan alimentos aun á la adúltera si después de la sentencia ha vivido honestamente.

---

*Art. 254. La muerte de uno de los cónyuges acaecida durante el pleito de divorcio, pone fin á él en todo caso, y*

<sup>1</sup> Véase tom. 2º de esta obra, núm 439.