

to considerar que el hecho de que se trata entra en la calificación general de *injuria grave* y establecer la distinción sobre si el cónyuge que solicita el divorcio conocía ó no los antecedentes del demandado. Si lo primero, la demanda es inaceptable porque no puede fundarse en el engaño; el demandante sabía cuál era la conducta anterior de la persona de quien se queja, y por lo mismo no debe ser escuchado cuando deplora la deshonra que dice haber caído sobre él. *Volenti non fit injuria*. Si lo segundo, el demandante está obligado á probar que no había sido informado de la condenación de que se queja. Hecho esto, no podría menos que verse una injuria de las más graves en la ocultación y disimulo de su condición por parte del sentenciado, del mismo modo que el legislador novísimo del Distrito Federal lo ha establecido expresamente por lo que hace al nacimiento de un hijo legítimo después del matrimonio.¹ Así, el Código italiano, en su art. 151, ha obviado todas estas dificultades diciendo que la separación puede ser pedida contra el esposo que ha sido condenado á una pena criminal, *excepto en el caso en que la sentencia fuese anterior al matrimonio, y en que el otro esposo hubiera tenido conocimiento de ella*.

SECCION 2ª

¿QUIEN PUEDE INTENTAR LA ACCION DE DIVORCIO?

114. Parecerá extraño que la anterior pregunta pueda formularse cuando salta á la vista que el divorcio es la posible satisfacción dada á las ofensas que uno de los cónyuges ha recibido del otro, de lo cual rectamente se infiere que la ac-

¹ Véase núm. 37 de este tomo.—Massol, pág. 100.—Delvincourt, tom. 1, pág. 78, nota 7.—Demolombe, tom. 4, núm. 392.—Duranton, tom. 2, núm. 562.

ción para pedirlo sólo puede ser deducida por el ofendido. Sin embargo, verdad tan obvia no fué vista con toda claridad por las legislaciones antiguas, y aún hoy no deja de ser materia de controversia, pues los diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse la institución del matrimonio, influyen en que lo que parece tan personal como la reparación de una injuria se haga extensivo, unas veces por razón de la misma persona ofendida, otras por causa de los bienes que con el matrimonio se ligan, á individuos extraños, que, como adelante veremos, sólo por una confusión de ideas puedan intervenir en los debates judiciales sobre divorcio.

115. Claro es que en el antiguo derecho romano la acción de divorcio ha debido pertenecer exclusivamente al *pater familias*, cuyo poder sobre los hijos, si se recuerda la expresión del jurisconsulto Gallo, no tenía, por lo riguroso y absorbente, igual en ningún otro pueblo de la tierra, no siendo una excepción de aquello sino los hijos emancipados. Ulpiano nos hace saber que el padre podía provocar el divorcio de sus hijos en los casos de fuerza mayor, ó cuando se encontraban por causa de su estado de demencia en la imposibilidad de manifestar su voluntad.¹ Estos escasos datos son los únicos que de tan remota legislación pueden presentarse, y según una de las sentencias de Paulo, ellos responden á la ley existente, aun muy avanzada ya la época imperial.² Por lo que hace al adulterio, y dado que el marido que no repudiaba á su mujer adúltera era castigado como culpable del delito de *lenocinio*, la ley que invitaba á todo ciudadano á denunciar á la justicia criminal el adulterio así como su complicidad, tiene que haber influido en que la acción de divorcio de tal cau-

¹ *Dig.*, lib. 24, tít. 2, l. 4.

² *Sent. de Paulus*, lib. 5, tít. 6, § 15.

sa no fuese exclusiva del cónyuge ofendido. Pero más tarde vemos que Constantino ordenó que la acusación no sería ya permitida sino á las personas *proximae et necessariae*, es decir, el marido, y á su falta el padre, el tío paterno y la tía materna, *quos verus dolor ad accusationem impellit*.¹ Justiniano decidió que el marido sólo podría divorciarse por causa de adulterio de su mujer si antes la había perseguido y hecho condenar, castigándola primero, y después encerrándola en un claustro, de donde podía sacarla y perdonarla á los dos años.²

116. En el antiguo derecho francés se distinguían las causas de divorcio que la mujer podía invocar contra el marido y aquellas que éste podría hacer valer contra la primera. La mujer podía exclusivamente quejarse para obtener el divorcio de los malos tratamientos de su marido, de la negación de alimentos, de la acusación de un crimen capital y de la profesión pública de herejía. “Los adulterios cometidos por el marido, dice Pothier, no pueden servir á una mujer de fundamento para una demanda en separación de habitación: las mujeres no son admitidas en los tribunales á la prueba de estos hechos . . . porque no pertenece á la mujer, que es una inferior, tener inspección sobre la conducta de su marido, que es su superior. Ella debe presumir que le es fiel, y el celo no debe llevarla hasta hacer investigaciones sobre su vida.”³ En cuanto al marido, se consideraba que eran indignas de su seriedad todas las causas de divorcio, excepto la de adulterio, única que podía servirle para divorciarse de su mujer. Esta separación se verificaba, según estaba ya prescrito por la legislación de Justiniano, encerrando á la esposa adúltera en un monasterio, donde el ma-

1 *Cod.*, lib. 9, tit. 9, l. 30.

2 *Novela*, 134, cap. 8, § 2.

3 Pothier, núm. 516.

ruido podía verla y visitarla, y de cuyo lugar sólo podía salir á los dos años si el marido quería recobrarla y recitirla en su casa. En caso contrario debía ser rapada y permanecer el resto de sus días en el convento, declarándose, además, privada de su dote y donaciones matrimoniales.¹ Si el marido había muerto sin intentar la acción de divorcio, sus herederos no eran recibidos á invocar el crimen de adulterio contra la viuda, ni á su prueba, para no verse obligados á pagarle la donación marital. Lo mismo sucedía si el marido se había desistido de la querrela ó había declarado que perdonaba á su mujer. Pero si la muerte se verificaba después de la instancia y sin desistimiento, los herederos tenían derecho de continuarla según la regla: *Omnes actiones quæ tempore aut morte, pereunt, semel inclusæ iudicio, salvæ permanent*,² cuando el marido no se quejaba, ni el Ministerio público tenía facultad de intentar la acusación, ya durante el matrimonio, ya después de su disolución.

117. Estos principios no fueron admitidos por el Código de Napoleón, cuyo art. 231 declara que la acción de divorcio ó de separación es recíproca de uno al otro cónyuge por las mismas causas de divorcio, dándose por razón que la mujer es también capaz de ofensas graves tanto físicas como morales. De este artículo han inferido los comentadores que la acción de divorcio es de tal modo personal al cónyuge ofendido, que por ningún motivo puede ser ella intentada por otra persona de cualquier carácter que sea. Sin embargo, la falta de un texto más explícito que el anterior ha dado margen á no pocas controversias sobre este punto, y por ellas podemos decir que él no está aún completamente definido en la jurisprudencia francesa.

¹ Arrêts, du 3 Juin, 1766, et 21 id., 1684. (*Journal des Audiences*) tom. 3, lib. 10, chap. 21.

² *Dig.*, lib. 50, tit. 17, l. 139.

118. Nuestro antiguo derecho patrio contiene una disposición terminante sobre la pertenencia de la acción del divorcio á favor de los cónyuges, con exclusión de cualquier otra persona, y aun de aquellas que la ley romana de Constantino antes citada llama *proximæ et necessariæ*. Ciertamente el derecho de acusación del adulterio pertenecía, fuera del caso de divorcio, *é que el casamiento non fuese partido*, no sólo al marido, sino también al padre de la esposa adúltera, á su hermano, á su tío, hermano de padre ó de madre;¹ pero la acción de divorcio era exclusivamente de los cónyuges, lo cual con toda claridad se deduce del tenor literal de las leyes relativas: "*Ca por ninguno de estos embargos non los puede otro acusar, si non ellos mesmos: porque ellos son más sabidores ende que otro.—Por tal razón non los puede otro ninguno acusar, si non ellos mismos uno á otro.*"²

119. Estos mismos principios, en lo sustancial, han sido seguidos en nuestra legislación. La ley de 23 de Julio de 1859 declaró (art. 23) que la acción de adulterio *es común* al marido y á la mujer en su caso, no siendo lícito á ninguna otra persona ni aun la denuncia. Según el 24, la *acción de divorcio* es igualmente común al marido y á la mujer, la cual podrá sólo ser amparada por sus padres ó abuelos de ambas líneas. El Código Civil del Distrito Federal de 1870 (art. 262) reconoce también la pertenencia exclusiva de la acción de divorcio á favor de los cónyuges, y la misma idea se encuentra reproducida en los arts. 229, 230 y 331 del Código de Veracruz, por los 175 y 190 del Estado de México, por el 174 de Tlaxcala, y por el 239 del que comentamos.

Así, pues, toda nuestra legislación se separa completamente en este punto de la legislación francesa, pues mientras ésta no era absoluta en cuanto á la persona que podía ejer-

¹ Partida 7, tít. 17, l. 11.

² Partida 4^{ta}, tít. 9, ll. 1 y 2.

cer la acción de divorcio, aquella ha sido desde antiguo explícita y terminante en favor de los cónyuges, con exclusión de cualquiera otra persona. ¿Débese encomiar ó reprobar por la ciencia jurídica esta exclusión? Examinemos este punto bajo todos los aspectos con que puede presentarse en la práctica.

120. No cabe duda de que la acción de divorcio es esencialmente personal, porque fundándose en la ofensa inferida por uno de los cónyuges contra el otro, sólo el ofendido es suficientemente capaz, así para sentir y apreciar el grado de la ofensa, como para decidirse ó no á su perdón. Además, la intervención de personas extrañas en la acción de divorcio produciría la mayor confusión, y sería causa de que por motivos enteramente ajenos á ambos esposos el juicio no llegara al término, tan deseado por el legislador, de una franca y sincera reconciliación. Por esto todos los autores y la jurisprudencia están conformes en que los acreedores de uno de los consortes carecen de derecho para intervenir en el juicio de divorcio, á pesar de que sus créditos estuviesen de algún modo interesados, ya fuera para que el divorcio se declarase, ya para impedir su sentencia. «Los acreedores, dice Pouille, no tienen ninguna cualidad para intervenir en la instancia ó para formarla. Su intervención importaría un grave atentado á la dignidad del matrimonio. Cuando una demanda de divorcio es presentada, no se trata de cuidar intereses pecuniarios, sino de resolver una cuestión de Estado, enteramente personal de los esposos.»¹

121. ¿Puede ejercitar la acción de divorcio el curador, por el cónyuge incapacitado, contra el otro? En otros términos, y suponiendo el caso de un marido incapacitado bajo la tutela de su mujer, que lleva una vida licenciosa, ¿tiene apli-

¹ Pouille, *Le divorce*, pág. 133. —Massol, pág. 112. —Demolombe, tom. 4, núm. 427.

cación, por lo que hace á la acción del divorcio, el art. 585. El curador está obligado á defender los derechos del incapacitado en juicio ó fuera de él cuando estén en oposición con los del tutor, y á primera vista no podrá negarse toda la moralidad y conveniencia que habría en que la persona designada por la ley para vigilar la conducta del tutor respecto al incapacitado y sus bienes, se apresurara á tomar la defensa de éste en ocasión en que su esposa, haciéndose indigna de la confianza en ella depositada para cuidar á su esposo enfermo, abusa de su desgracia y puede deshonrarlo impunemente. Tal es nuestra opinión, no obstante el carácter eminentemente personal de la acción de divorcio establecido por el art. 239 y demás correlativos. Pero este punto ha dado margen á importantes discusiones entre los juriseconsultos franceses, aunque partidarios todos de que la acción que nos ocupa pertenece sólo á los cónyuges. Laurent dice con este motivo: "Aunque se admite generalmente que el tutor puede pedir el divorcio en nombre del incapacitado, y cuando el otro cónyuge es tutor se acuerda este derecho al tutor subrogado, no vacilamos en rechazar esta opinión como contraria al texto y al espíritu de la ley. No hay acción más personal que la del divorcio; ella tiene por objeto la disolución del matrimonio, la ley no la da sino forzada; sólo al esposo ofendido conviene intentarla. Su conciencia puede oponerse á esto. ¿Con qué derecho un tercero haría en nombre del incapacitado lo que éste tal vez no querría hacer? Las causas de divorcio son de tal modo personales, que no se concibe que el tutor intervenga en ellas; se trata de una injuria, es decir, de lo que hay más personal en el mundo; la injuria se borra por el perdón; ahora bien, tal vez el incapacitado ha perdonado. El procedimiento exige á cada paso la presencia del demandante, ya para asegurarse de su voluntad persistente, ya para obtener de él una reconciliación. ¿Acaso el

tutor puede representar al incapacitado en lo que tiene de más íntimo, su voluntad.”¹ Esta doctrina no es conforme, en nuestro concepto, ni con las obligaciones que importa la tutela, ni con los fines que tienen por objeto la separación de cuerpo. Con justicia, pues, ella permanece aislada en la jurisprudencia francesa, porque en último análisis, por no establecer el legislador una excepción al principio de que la acción de divorcio es personal de los cónyuges, viene á sancionar la más inicua de todas las ofensas, no sólo por lo que importa en sí misma, violación de la fe conyugal, deshonor del marido, introducción al hogar de hijos extraños, dilapidación de los bienes, etc., etc., sino porque ella procede del sér destinado para servir de amparo y escudo al ofendido, quien ya no podrá ni exhalar la más ligera queja ni la menos agresiva reconvención en contra de su triunfante opresor. El tutor, y en ciertos casos el curador ó el protutor, debe representar en todos sus actos á la persona del incapacitado. La protección de la ley debe servir para cuidar, no sólo los intereses pecuniarios, sino también todo lo que constituye la existencia del incapacitado, es decir, su reposo y su honor. Si la enfermedad de que adolece uno de los cónyuges, en vez de atraerle las atenciones y consuelos del otro, sólo le vale menosprecio y crueldad; si á pesar de los débiles destellos de inteligencia en el esposo incapacitado, indicios probables de que no toda sensibilidad se ha extinguido en él, se le quiere hacer sufrir brutalidades como á un perro que se rechaza con indiferencia, ¿será justo que la ley le abandone porque es impotente para pedir justicia? ¿Qué puede justificar si no es la inexorable lógica de un principio de antemano establecido, esa especie de complicidad en los duros tratamientos, en la crueldad, en el oprobio que se

¹ Laurent, tom. 3, núm. 216.

hace sufrir á un sér desgraciado precisamente de parte de aquel que debiera ayudarlo? ¿Por qué tolerar ese escándalo con detrimento del honor de toda una familia y del interés de los hijos? Podrá respondérsenos: el mismo art. 585 con sus correlativos antes citados, y el art. 446 del Código de Napoleón ¹ dan, sin necesidad de separación pedida por el curador, un medio eficaz para evitar los males é inconvenientes que se mencionan, es á saber, la destitución del cónyuge tutor y el nombramiento de otro á pedimento del curador. Nosotros replicamos que, ciertamente, tal medio existe, habiendo sido, sin duda, establecido por el legislador para impedir que la tutela sea desempeñada por personas indignas de ella por su mala conducta; pero de seguro la eficacia de este medio no es comparable con el de la separación de cuerpo. Desde luego no es resolver la cuestión decir que el curador tiene una facultad cuyo ejercicio basta para la defensa de la honra é intereses del cónyuge incapacitado contra el otro que es tutor, pues se trata de saber si el curador puede, ó no, sustituirse al cónyuge incapacitado para pedir el divorcio respecto del otro. Fuera de esto ¿es una verdad que las razones antes expuestas para motivar la sustitución, quedan contestadas diciendo que basta la sola destitución del cónyuge tutor? No lo creemos, pues el deshonor arrojado sobre el cónyuge incapacitado, la participación indebida del cónyuge culpable en los bienes del inocente, y la introducción de hijos extraños al matrimonio, subsistiendo éste con todas sus obligaciones y derechos recíprocos entre ambos consortes, son causas demasiado graves que por no ser atendidas en el sistema que se propone, tienen siempre bas-

1 El art. 446 francés dice: "Siempre que hubiere lugar á una destitución de tutor será pronunciada por el consejo de familia, convocado á pedimento del tutor subrogado... .."

tante fuerza para convencer de que la acción de divorcio en ciertos casos debe ser ejecutada por el curador.¹

Tal es la opinión que nos parece más satisfactoria en el terreno de la ciencia. ¿Ha sido seguida por nuestros codigos? Con pesar reconocemos que no, y á decirlo así nos obligan textos clarísimos y los preceptos de una buena interpretación. En efecto, después del art. 239 y sus correlativos mencionados, concebidos en términos absolutos sobre el principio de que la acción de divorcio exclusivamente pertenece al cónyuge ofendido ó inocente, se encuentra el art. 497, según el cual el tutor está obligado á administrar y educar al menor, á cuidar de su persona, á administrar sus bienes, y representarle en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, *con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase*. A este artículo corresponde el 594 del Código del Distrito Federal, de 1870, el 442 de Veracruz, el 400 del Estado de México y el 385 de Tlaxcala. Si pues el tutor representa la persona del menor en todos aquellos actos que sean puramente personales, es indudable que el curador ó protutor, cuando funge de tutor, no puede sustituirse al cónyuge incapacitado para pedir contra el otro el divorcio, cuya acción es declarada personal por el art. 239 y sus correlativos. Esto nos parece evidente, y no queda, en consecuencia, en contra del esposo culpable y á favor del inocente otro medio de salvación que la remoción de la tutela á petición del curador ó de los parientes del incapacitado. Hay, pues, un lamentable vacío en nuestras leyes que ojalá sea colmado en el sentido indicado en un ulterior perfeccionamiento de nuestras leyes civiles.

¹ Paul Bernard, "La séparation de corps réformée," chap., 2.—Demolombe, tom. 4, núm. 428.—Massé y Vergé, *sobre Zacarias*, tom. 1, pág. 253, nota 3.—Massol, pág. 118.—Combier, *Essai sur le divorce*, pág. 198.—Pouille, pág. 136.—Colmar, 16, fev., 1832.—Paris, 21 août 1841 (Daloz, núm. 89).

SECCION 3ª

DE LAS EXCEPCIONES CONTRA EL DIVORCIO.

Número 1. Del perdón.

122. La acción de divorcio ha sido establecida por el legislador en favor de uno de los cónyuges y en contra del otro, á quien se considera culpable de alguno de los hechos mencionados como causa de aquel. Esto quiere decir que la ley, aunque deseosa de la permanente unión de los esposos, no ha podido menos, obligada por una necesaria justicia, que ceder á las quejas del cónyuge ofendido, ya para libertarlo del otro, ya para no continuar concediendo al culpable los derechos del matrimonio, inmerecidos por su falta, ora para castigarlo, ora para impedir que el inocente sea envuelto en la deshonra. El divorcio, pues, de las leyes modernas, aunque objeto de un principio legal, no importa, como en la antigua Roma, bajo la ley *Julia*, una obligación para el cónyuge inocente sancionada con la pena del delito de *lenocinio*, sino que es un acto voluntario del esposo ofendido, el ejercicio de uno de sus derechos más personales, porque él es el único que debe graduar la ofensa, á quien incumbe hacer respetar su honor ultrajado, y, como miembro del matrimonio, procurar la reparación ó cesación de todas las injurias recibidas. Los tribunales, en consecuencia, no pueden de oficio empezar un juicio de divorcio, porque es necesaria la demanda previa del esposo ofendido, quien es muy dueño de remitir ó perdonar la ofensa por cualesquiera consideraciones ó motivos que se le ocurran.

129. Sapiéntísima es sobre este punto la doctrina canónica por lo que hace al adulterio, la más grave de las causas de divorcio. El cónyuge ofendido, no sólo puede separarse

del otro, sino que está obligado á hacerlo cuando después de agotados otros recursos se convenciere de la necesidad de la separación. *Fatuus est et injustus qui retinet meretricem, nam patronus turpitudinis ejus est, qui crimen celat uxoris.* ¹ Cayetano enseña que un marido no está obligado á despedir á su mujer adúltera mientras que hay alguna esperanza de poderla retirar del desorden; es conveniente que antes de pedir judicialmente la separación use de todos los medios que la prudencia y la caridad le dicten para hacer cambiar de conducta á la mujer; de suerte que si un marido, á pesar de todos sus esfuerzos, no ha podido retirar á la adúltera de su mala conducta, puede emplear los castigos antes de la separación, que es casi siempre seguida de escándalo. Con mayor razón si una mujer se ha retirado de la vida licenciosa y ha hecho penitencia de su crimen, el marido no está obligado á despedirla. ² Santo Tomás enseña: *Vir si dimittat uxorem fornicantem livore vindictæ, peccat; si autem ad infamiam propriam cavendam, ne videatur particeps criminis, vel ad vitium uxoris corrigendum, vel ad evitandum prolis incertitudinem, non peccat.* ³

130. Todo esto que parece tan natural puede, sin embargo, presentar en la práctica una dificultad. Supuesto que tanto la acción de divorcio como la remisión de la ofensa son derechos pertenecientes al esposo ofendido, ocurre preguntar: ¿es también derecho de éste revocar el perdón otorgado? La afirmativa se halla fundada en los principios más elementales de la ciencia. El autor de un beneficio puede revocarlo; el que da una cosa puede, mejor informado, recogerla; el autor de una concesión puede retirarla. En el

¹ *Can. Sicut crudelis*, cap. 23, quæst. 1.—Div. Agust. *Retract.*, lib. 1, cap. 19.
—Div. Hieron, *in S. Math.*, cap. 19.

² Cayetano, *Opusc.*, tom. 1, tract. 29.

³ Div. Thom. *in 4 sentent.* dist. 35 quæst. 1.

mismo sentido se decía en el antiguo derecho: *ejus est non velle cuius est velle*. Luego el cónyuge ofendido que ha perdonado al otro la ofensa puede retirar el perdón y demandar el divorcio. La negativa puede defenderse invocando los graves inconvenientes que se seguirían de respetar esos cambios de voluntad, de hacer depender consecuencias tan serias, como la del matrimonio y la separación de las veleidades del capricho, lo cual en muchos casos contribuiría á quitar toda base cierta á multitud de actos y convenciones con grave daño de las personas en su permanencia interesadas. Por esto era una regla de derecho: *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*.

Conforme á estos principios ha procedido nuestro legislador por lo que hace al perdón del cónyuge culpable por parte del ofendido, declarando en el art. 240 del Código que comentamos, que ninguna de las causas de divorcio puede ser invocada en juicio *cuando haya mediado perdón ó remisión* de la ofensa. En otros términos, cuando después de perdonada la injuria ó el hecho que podría ser causa de divorcio, el esposo ofendido demanda éste por causa de aquella, el demandado puede oponerle la excepción de perdón, con lo cual la acción se vuelve inaceptable. Dos razones encontramos desde luego para justificar la anterior disposición: Primera: si la separación de cuerpo es concedida por la ley como una satisfacción á la parte ofendida, su razón de ser cesa desde el momento en que se considera que el perdón, una vez otorgado, revela conformidad ó negligencia respecto de la ofensa. Ahora bien, en un caso no hay necesidad de separación; en el otro, el cónyuge ofendido es indigno de ella. Segunda: la separación es el remedio de un mal; luego no debe otorgarse cuando ella puede ser origen de mayores males. Así, después del perdón del esposo justamente ofendido y armado con la ley, el otro había consentido en que

la vida conyugal no sería interrumpida, y quizá movido por el ejemplo de tan noble abnegación formaba el propósito de la enmienda. La ley, pues, muy lejos de oponerse á tales sentimientos, debe favorecerlos y alentarlos. La revocación del perdón frustraría esperanzas ya bien fundadas y disiparía la resolución del arrepentimiento para dar lugar al rencor y á la reincidencia.

131. El artículo mencionado no exige que el perdón sea *expreso*; ¿cuál será el perdón *tácito*? Reconocemos que es no poco difícil probarlo, y como el perdón de que aquí se trata puede ser anterior al juicio de divorcio y aun extrajudicial admitimos con nuestro compañero el Sr. Lic. Mateos Alarcón, que aquel precepto se presta al fraude, proporcionando al culpable los medios de burlar la acción del ofendido.¹ Un ejemplo de perdón tácito se encuentra en el abandono del juicio de divorcio por el actor: *si el marido acusase á su mujer de adulterio . . . dice una ley de la partida: si el por si dexase el acusamiento con intencion de lo non seguir dende en adelante; si despues quisiere tornar otra vez á la acusación, puede poner ante si esta defension el acusado, diziendo, que non es tenuto de responder á la acusacion nin de seguir el pleito, por que otra vez lo comenzo e se dexo dende.*² El abandono de una acción *sub judice* puede traer la pérdida del juicio; luego el actor que tal hace manifiestamente da á entender que renuncia á su derecho. Este ejemplo se ha verificado ante el tribunal de casación belga en un negocio célebre sobre el cual recayó sentencia en un todo conforme á lo que decimos.³ En cuanto al perdón *expreso*, puede probarse por todos los medios que el derecho establece.

132. El perdón de que aquí se trata no siempre irá acom-

¹ Mateos Alarcón, *Estudios sobre el Código Civil*, tom. I, pág. 133.

² *Partida 7^a*, tít. 17, l. 8.

³ Cass. belge 23 mai 1872 (*Pasicrisis* 72, 1, 348).

pañado de la reunión de los esposos, bastando que conste de una manera cierta para que pueda oponerse como excepción á la demanda de divorcio. Un ejemplo pondrá de manifiesto lo anterior. Los esposos han convenido en celebrar divorcio voluntario á causa, aunque sin expresarla, de que durante la ausencia del marido la mujer ha concebido adulterinamente, pactándose en el convenio de separación que ésta duraría cierto tiempo, y entregando el esposo ofendido al otro una carta en la cual le manifestaba su más absoluto perdón y olvido de la injuria. Antes de cumplirse el plazo de separación, el marido tiene noticia de que la esposa ha incurrido en nuevos adulterios ó en algún otro hecho de los que motivaron la separación. Presentándose el cónyuge ofendido en demanda de divorcio ¿podrá alegar el primer adulterio? No, según el art. 240, supuesto que ha seguido al delito el perdón del demandante; de tal manera, que si los demás capítulos del divorcio no son demostrados, éste no podrá ser concedido. Luego la excepción de perdón no implica la unión legal de los consortes.

De todo lo dicho se infiere: 1º que para que el perdón surta sus efectos es necesario que haya sido otorgado con posterioridad á la ofensa y con un perfecto conocimiento de ella por parte del ofendido. Un perdón anterior, aunque refiriéndose á hechos futuros, no sería suficiente para rechazar la acción de divorcio, porque, fuera de la inmoralidad de que adolece, más bien podría ser un medio empleado por el cónyuge para conjurar ofensas en el porvenir. Además, siendo tan varios los hechos, surgiría siempre en el ánimo judicial la duda sobre si la especie entraba ó no en los términos generales del perdón que se supone. Un perdón sin conocimiento de la ofensa por parte del ofendido, no podría tampoco servir de excepción, porque perdón es la renuncia de un dere-

cho, la cual no tiene valor sino por la voluntad, y ésta no se ejercita sino previo el conocimiento.¹

Se infiere también: 2º, que el antecedente del perdón no quita el derecho de pedir el divorcio por nuevas causas ó aun por las antiguas, *si han sido nuevamente descubiertas*. En cuanto á las ya conocidas al otorgarse el perdón, nuestro artículo 240 no deja duda sobre la imposibilidad legal de alegarlas, aun cuando el cónyuge inocente las invoque en un juicio de divorcio por otras semejantes y para robustecer éstas. Tal es el texto de la ley, que en nuestro concepto, por su absoluto rigor, peca contra la moral y aun contra el noble fin tenido en vista por el legislador al dar al perdón el valor de una excepción. En efecto, y según lo que antes expusimos, si el perdón destruye la acción de divorcio, es, sin duda, bajo la condición de que á él subsiga la enmienda, pues lo contrario equivaldría á que el perdón, acto noble y digno de alabanza, cediera en mengua del que lo había otorgado y sirviese como de disculpa á nuevos crímenes. El esposo perdonado debe ser bueno en lo de adelante, so pena de mostrarse indigno de tal gracia. Sus nuevos extravíos deben hacer revivir los antiguos y agravarlos.²

NUMERO 2.

DE LA RECONCILIACION.

133. La mayor parte de los legisladores han confundido en una sola excepción ésta y la que precede, considerando que el esposo inocente no puede verdaderamente *reconciliar*.

¹ Massol, pág. 67.—Demolombe, tom. 4, núm. 405.—Casación. 4 Dic. 1876 (*France Judiciaire*).

² Cass. 8 juill, 1813; Paris, 28 janv. 1822; Caen, 28 juin 1815; Cass. 5 janv. 1874 (*Sirey, Recueil periodique des arrêts*).

se con el culpable sin perdonarle. El perdón, pues, y la reconciliación son una misma cosa, de tal manera que no se acepta aquel como excepción si la segunda no se verifica. Nuestro Código actual ha seguido otro sistema, según el cual ambos hechos constituyen dos medios distintos para destruir la acción de divorcio. En tal virtud puede decirse que entre la reconciliación y el perdón hay la misma diferencia que entre el género y la especie, porque de los cónyuges *reconciliados* siempre se afirmará que el ofendido ha perdonado al culpable, pero de este segundo hecho no siempre puede deducirse que los cónyuges se han reconciliado. En otros términos: la reconciliación, es decir, la reanudación de la vida conyugal, supone el perdón; éste no supone aquella, pues lo contrario se demuestra con el ejemplo propuesto en el número anterior. Sin embargo, no puede negarse que existe no poca inmediata afinidad entre ambas excepciones, en razón á que una y otra proceden de la voluntad del cónyuge ofendido, de su completo olvido de las injurias recibidas y de su renuncia al derecho de divorcio, lo cual significa que las explicaciones hechas respecto al perdón, salvo uno que otro punto, son igualmente aplicables á la reconciliación.

Inútil insistir sobre los clarísimos motivos que han decidido en todos tiempos al legislador á aceptar la reconciliación como término del divorcio. La acción para pedir éste es de interés privado, y nada más natural que el que pueda renunciar á ella el esposo inocente y que á la renuncia siga la conformidad del otro esposo.

134. Esta excepción no fué ignorada en el Derecho Romano, en el cual se encuentran las siguientes disposiciones de la ley *Julia de adulteriis*: *Volenti mihi ream adulterii postulare eam, quæ post commissum adulterium in eodem matrimonio porseveraverit, contradictum est; quæro, an justum responsum sit. Respondit: ignorare non debuisti, durante eo matri-*

monio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri, sed nec adulterum accusari posse.¹ Sed et si qua repudiata mox reducta sit, non quasi eodem matrimonio durante, sed quasi alio interposito, videntum est, an ex delicto, quod in priore matrimonio admisit, accusari possit. Et puto non posse; abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam.² Plerique opinantur, quum eadem mulier ad eundem virum revertatur, id matrimonium idem esse; quibus assentior, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint, nec inter moras ant illa alii nupserit, ant hic aliam duxerit, maxime si nec dotem vir rediderit.³

135. La reconciliación es de grande importancia en el Derecho Eclesiástico. Atenta la Iglesia al mayor respeto y veneración de los Sacramentos, de los cuales es uno el matrimonio, cuya legislación reclama aquella con exclusivo derecho, á menos que se trate de los bienes materiales, ha procurado siempre con sin igual afán y por medio de sus ministros que los casados no vivan separados sino por causas graves y después de frustradas todas las medidas que ella aconseja para lograr la reconciliación. El Derecho Canónico sigue en esta materia, aun para el caso de que ya se haya pronunciado por el juez la sentencia de divorcio, la siguiente máxima: *Quilibet ad renuntiandum juri suo liberam habet facultatem.*⁴ Santo Tomás enseña expresamente que cuando un hombre, después de haber tenido conocimiento de la infidelidad de su mujer, ha habitado con ella, pierde el derecho de separarse por el adulterio anterior.⁵

1 *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 11, § 10.

2 *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 13, § 9.

3 *Dig.*, lib. 23, tit. 2, l. 33.

4 *Cap. ex conscientia de crimine falsi.*

5 *Div. Thom.*, in 4, *Sent. dist. 35, quest. 1.*—*Can. benedictio, cap. 32, quest. 1.*—*Cap. Quomodo, de jurejurando.*

136. En estos principios imbuido nuestro antiguo Derecho patrio, aceptó también el medio de la reconciliación como eficaz, no sólo para poner término al juicio de divorcio, sino aun á la situación creada por éste después de la sentencia. En tal sentido son terminantes las citaciones que siguen: *Et todo home que sopiere que su mujer le faze adulterio, tenuto es de la acusar, si entendiere que se non quiere partir del pecado, e que quiere usar del; e si lo non faze peca mortalmente. Pero si entendiere que se parte del pecado, e que faze penitencia del, estonce, si la non quiere acusar, non peca. Et aun touo por bien Santa Iglesia que si alguno fuesse departido de su mujer por razon de adulterio; de manera que non ouiessen á beuir en uno; que si despues de esto la quissiese perdonar el marido, que lo puede fazer; e que biuan en uno, e se ayunten carnalmente, tambien como si non fuessen departidos.*¹ *Otro si dezimos, que si despues que la mujer ha fecho el adulterio, la recibe el marido en su lecho á sabiendas, o la tiene en su casa como su mujer, que del yerro oviese fecho en ante que la agogiesse, non la podria despues acusar; e maguer la acusasse, non seria tenuto de responder á la acusacion, poniendo ante si tal defension como esta. Ca, pues que assi la acogió en su casa, entiendese que la perdonó, e non le pesó del yerro que fizo.*² Así, pues, la antigua frase: *nunquam transibat in rem iudicatam*, era una exacta verdad en orden al divorcio en el Derecho Canónico y Civil por aquel informado, y más adelante veremos cómo esta tradición se ha mantenido en nuestros códigos.

137. Por lo que hace al antiguo Derecho francés, nuestras observaciones tienen que ser las mismas en este punto que la que ya expusimos en otro lugar (núm. 107), fundadas en la autoridad de Pothier.

¹ Partida 4.ª, tít. 9, l. 2.ª

² Partida 7.ª, tít 17, l. 8.

138. El Código de Napoleón vino á trastornar por completo este sistema con el reconocimiento del divorcio *quoad vinculum*, establecido en 1792, al lado de la simple separación. Él debe, pues, ser estudiado bajo ese doble punto de vista, no aplicando á la segunda, que fué en el Código muy ligeramente tratada, sino las disposiciones del primero, que sean compatibles con el principio capital de la indisolubilidad del matrimonio. Dos artículos contiene este Código relativos á la reconciliación, el 272, según el cual 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, que prohíbe á los cónyuges divorciados, por cualquiera causa que haya sido, *volver á unirse*. Del texto literal de ambos artículos se deduce: 1º, que la reconciliación, para poder ser opuesta á la acción del divorcio, requiere ante todo haberse verificado antes de la sentencia definitiva; y 2º, que la autoridad de la *cosa juzgada* tiene aquí lugar en todo su vigor. Comentañores cristianos, y aun colocándonos por un momento en el falso concepto del divorcio *quoad vinculum*, no podemos comprender la justicia, siquiera aparente, de la cruel prohibición contenida en el art. 295, que sin tardanza creemos con Laurent fué tomada de Montesquieu, quien á su vez la había encontrado *entre las leyes* de nuestra patria durante su período de barbarie. ¹—Treilhard, que había dicho: «si hay algún contrato en que más deba desearse la perpetuidad, es el matrimonio,» no tuvo reparo en añadir para motivar aquel artículo las siguientes contradictorias palabras: «El divorcio no debe ser pronunciado sino previa la prueba de una absoluta necesidad y cuando está bien demostrado á la justicia que la unión entre los esposos es

¹ Laurent, tom. 3. núm. 289.—Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. XVI, chap. 15.—Solis, *Historia de la Conquista*, pág. 499.

imposible: una vez probada esta imposibilidad *la reunión no podría ser sino una ocasión nueva de escándalo*. Importa que los esposos estén de antemano penetrados de toda la gravedad de la acción que van á intentar, que no ignoren que *el lazo será roto sin remedio* y que no puedan mirar el uso del divorcio como una *simple ocasión de someterse á pasajeras pruebas para reanudar en seguida la vida común cuando ya se han creído suficientemente corregidos.*¹ ¡Cómo! ¿sería ocasión nueva de escándalo la reunión de los cónyuges divorciados, que también responde al voto de perpetuidad, y no lo sería la celebración de nuevos enlaces? Si el voto de perpetuidad es una verdad, ¿dónde encontrar la importancia dada al hecho de que los esposos ignoren que con el divorcio su unión será disuelta sin remedio? Se llama «prueba pasajera» á la reconciliación de los esposos y ¿no se ve que ese calificativo sólo conviene á los nuevos matrimonios? ¿Por qué hablar con tanto desdén del arrepentimiento de los cónyuges divorciados, que los hace volver al hogar, si se quiere sinceramente que el lazo conyugal sea perpetuo? Volvemos á decirlo, ó nada de esto se comprende, ó la prohibición de la reconciliación peca contra los más elementales principios sobre que descansa la institución de la familia. A lo menos la Roma pagana, al prohibir la reconciliación, sólo era en los casos de que hubiera pasado largo tiempo entre la ruptura y aquella, ó que otro matrimonio se hubiese interpuesto entre ambos hechos; se temía entonces la falta de sinceridad ó que sobreviniese confusión entre los miembros de la familia. Pero prohibir la reanudación de la vida conyugal de un modo absoluto, apenas es digno de un pueblo bárbaro ó inculto, que á tamaños absurdos sólo puede conducir el afán desatentado de innovarlo todo.²

1 Seance du 30 vent. an 11.

2 Laurent, tom. 3, núm 289.

139. Nuestra legislación vigente en los varios Estados que componen la República no es completamente uniforme sobre las condiciones de la reconciliación, como pasamos á demostrarlo en el análisis que sigue. Los arts. 263 del Código del Distrito Federal de 1870, 241 del que comentamos, 191 del Estado de México y 231 de Veracruz, disponen igualmente que la reconciliación deja sin efecto el divorcio, no sólo cuando tienen lugar mientras se está instruyendo el juicio, sino también aún después de pronunciada la sentencia. Es éste, pues, un punto en que esencialmente difiere nuestro derecho del francés. El Código de Tlaxcala, igual á los anteriores en este particular, limita, sin embargo, los efectos de la reconciliación á los casos de adulterio de uno de los cónyuges, malos tratamientos del uno contra el otro, violencia ejercida para hacer cambiar de religión á la mujer, y abandono del domicilio conyugal. Quedan, en consecuencia, exceptuados de las saludables influencias de aquella los juicios de divorcio que se intenten ó sean fallados por las siguientes causas que también se mencionan en el art. 169 de este Código: malos tratamientos de obra contra los hijos, si pusieran en peligro su vida; tentativa del marido para prostituir á su mujer; seducción de ésta, conocida y consentida por aquel; atentado de alguno de los casados contra la vida del cónyuge anterior para casarse con el que quede viudo, no siendo éste cómplice ni habiendo tenido conocimiento del crimen antes del matrimonio, y acusación falsa de delito grave hecha por uno de los esposos contra el otro. ¿Cuáles hayan podido ser los motivos que decidieron al legislador á proceder así? No se nos ocurren sino dos, que salvo nuestro respeto al autor del importante Código que nos ocupa, de ningún modo se conforman con los principios que dominan toda esta materia. Sea el primero, la consideración de que, fuera de los hechos exceptuados, los demás constituyen verdaderos

delitos, cuyo castigo es de derecho público, no pudiendo, por lo mismo, ser objeto de transacción. Mas este razonamiento confunde en un solo derecho el civil y el penal haciendo de la separación de cuerpo un castigo y dando á entender que éste se frustra porque aquella no ha tenido lugar á causa de la reconciliación. Ambos supuestos son absolutamente falsos. Enhorabuena que en términos generales se diga que la separación ó el divorcio es para el esposo inocente una reparación, un castigo; pero el rigorismo científico sólo acepta la una y el otro como el ejercicio de un derecho por parte del esposo ofendido, lo cual es muy diverso de la acción ejercida por el Ministerio público en contra de los delitos. El cónyuge ofendido por el otro puede ó no demandar el divorcio, cualesquiera que sean las causas existentes, y mientras esa demanda no es presentada, el matrimonio continúa. ¿Adónde iría á parar la sociedad si respecto del castigo de los delitos se procediera por el magistrado de esa manera? Luego la separación no es pena en el sentido técnico de esta palabra, sino que importa un derecho privado, según ya lo expusimos antes y lo proclama en términos bastante claros el art. 174 del mismo Código de Tlaxcala. Ahora bien, si la separación no es pena, no debe buscarse en ella el castigo de los delitos, sino en los medios con tal fin establecidos por la ley; pero quedando siempre aquella, como exige su naturaleza, á merced de un cambio de voluntad de los interesados. *Ejus est non velle cuius est velle*. Además, cerrar la puerta á la reconciliación para los divorcios intentados ó fallados por ciertas causas, es, á á no dudarlo, ir contra el voto de la sociedad, interesada en que los matrimonios descompuestos vuelvan al orden, si quiera uno de los esposos gima por un delito en una cárcel ó haya sido extraordinariamente grave el hecho que sirvió á aquellos de fundamento. En uno y en otro caso la reconcilia-

ción es de desearse, pues con ella triunfa la familia en un momento interrumpida, ganan los hijos y es más probable la regeneración del cónyuge culpable.

El otro motivo que quizá haya determinado la exclusión contenida en el art. 275, es que, entre las causas de divorcio hay algunas tan graves que el divorcio por ellas pronunciado no es digno de la reconciliación. Nosotros opinamos de otro modo: fuera de que el arrepentimiento no es incompatible con la gravedad del crimen, él debe ser aceptado con todas sus consecuencias donde se encuentra y se manifiesta con señales inequívocas. La familia con sus infinitas ternuras es muchas veces el refugio de los grandes dolores que pueden atenacear el corazón del culpable, sirviendo ella, no sólo de lenitivo, sino también de regeneradora corrección. ¿Por qué impedir lo uno y lo otro para siempre? Si la misma pena material impuesta al delito tiene un término, ¿por qué no tenerlo esa pena moral de la separación? Esta se la ha impuesto á sí mismo el cónyuge inocente por su voluntad, sobreponiéndose en un momento sus sufrimientos al amor del esposo y de la familia, que es un sentimiento natural y loable; cabe, pues, mejor aplicar aquí aquellas dos reglas del Derecho Romano: *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* y *Jus civile jura naturalia corrumpere nequit*.

140. Mas, supuesto que la reconciliación es una excepción que tiene por objeto según nuestras leyes oponerse al divorcio, ya sea que ese se encuentre *sub judice*, ya después de la sentencia, y para el caso de que el esposo ofendido quiera todavía á pesar de aquella, ó continuar el juicio ó hacer valer sus derechos, es ésta la oportunidad de exponer en qué consiste la reconciliación y cómo puede probarse, toda vez que el rencor de uno de los cónyuges es capaz de hacer surgir dudas sobre la existencia de aquella. Ante la negativa,

pues, del demandante en divorcio sobre el hecho de la reconciliación, ¿cuáles son los actos que el demandado debe probar como constitutivos de ella? La importancia de la cuestión se palpa con sólo reflexionar en las innumerables formas que puede revestir la reanudación de relaciones tan íntimas como las del matrimonio, susceptibles de ser interrumpidas ó alteradas por modos tan varios é imprevisibles. Esto mismo ha sido causa de que ningún legislador haya pretendido hasta ahora contener en una fórmula precisa y clara las infinitas cuestiones á que la negativa de reconciliación en un juicio de divorcio puede dar lugar. Todos los autores convienen, en consecuencia, en que este punto del derecho depende de la soberana apreciación de los tribunales, quienes darán ó no entrada á la acción de divorcio según que á su juicio particular la reconciliación haya sido ó no una verdad en virtud de los hechos demostrados. La jurisprudencia francesa nos suministra en esta materia rico caudal de especies, de las cuales consideramos muy útil exponer las principales, pues el poder discrecional del juez no debe ir hasta aceptar como constitutivos de la excepción que nos ocupa, hechos que no lo son, ni *viceversa*, porque de lo contrario, su fallo sería justamente revocado. La despedida de la concubina de la casa común y la falta durante un cierto tiempo de toda queja de adulterio ¿constituye una prueba de que la mujer se ha reconciliado con el esposo culpable? Sí, según una sentencia de la corte de Besançon de 24 de Noviembre de 1807.—La superveniencia de un hijo legítimo durante el divorcio ya sea antes, ya después de la sentencia, ¿constituye la reconciliación de los cónyuges? Sí, según la corte de Grenoble en su sentencia de 23 de Agosto de 1822; pero es necesario, como lo declara otra de Rouen de 27 de Junio de 1844, que la época de la concepción sea posterior por lo que hace á la demanda en separación de la mujer, á las causas

que le han servido de fundamento.—El mismo hecho, siendo alegado por la mujer contra la demanda de divorcio del marido ¿constituye reconciliación? Sí, según la doctrina más comunmente seguida en la jurisprudencia; pero nos parece oportuno advertir que este hecho no puede tener en todos los casos la misma fuerza probatoria de reconciliación cuando es la mujer quien lo alega como excepción contra la demanda del marido, principalmente si ésta se funda en la causa de adulterio. Además, como lo enseña Duranton, la presunción de reconciliación depende, ya sea que se trate de la mujer, ya del marido, demandantes en divorcio, de la clase social á que pertenezcan. «En efecto, dice este autor, entre gentes de las clases inferiores de la sociedad que se ven obligadas á vivir continuamente unidas, el nacimiento de hijos no es una presunción tan poderosa como entre personas de un rango más elevado. No estando éstas en la necesidad de vivir continuamente unidas; buscando, al contrario, medios de disipación en la sociedad, y encontrando el marido en la independencia de una vida cómoda y tranquila, así como en su fortuna, la ocasión y la facilidad de entregarse á sus inclinaciones, se debe mirar el nacimiento de los hijos como el efecto de un apoyo recíproco que desmiente la alegación de los hechos fijados en la época de la concepción, ó como la prueba de una reconciliación que ha borrado los hechos anteriores.»¹—La vuelta, por su entera voluntad, de la mujer demandante al domicilio conyugal, ¿debe ser considerada como una fuerte presunción en favor de la reconciliación? Sí, según sentencias de Riom de 18 nivoso, año 12; de casación de 12 de Noviembre de 1862, y de Bruselas de 11 de Mayo de 1868.²—Un convenio celebrado entre los cónyuges para fijar su domicilio en un nuevo lugar, ¿es un elemento

¹ Duranton, tom. 1, núm. 1,138.

² Dalicz, núms. 206 y sigts.

suficiente de reconciliación? Sí, según sentencia de Besauçon de 1.º de Junio de 1811.—La cohabitación posterior á los hechos en que se funda la demanda de divorcio, ó al decreto de separación, ó acaecida durante el juicio, ¿importa presunción de reconciliación? Sí, según la opinión más común,³ y así lo reconocen nuestros varios códigos: arts. 235 de Veracruz, 192 del Estado de México, 176 de Tlaxcala, 264 del Distrito Federal de 1870, y 242 del que comentamos. Era ésta también la decisión de nuestro antiguo derecho (núm. 136). Sin embargo, basta reflexionar un poco para convenirse de que la cohabitación por sí sola y separada de otras circunstancias que no dejen lugar á duda sobre la reconciliación, es insuficiente para fundar en favor de ésta ninguna presunción. En efecto, si la reconciliación importa una excepción contra la demanda de divorcio, es á causa de que revela que el cónyuge ofendido ha perdonado al culpable; luego todo hecho que no sea incompatible con la subsistencia del disgusto experimentado por el esposo inocente, tiene que ser un indicio muy poco seguro de reconciliación. Ahora bien, es lo que sucede con la cohabitación, como se deduce de las siguientes consideraciones. Si es la *mujer* la que solicita el divorcio, ¿qué puede significar en pro de la reconciliación el hecho de que haya continuado habitando con su marido, cuando por la debilidad natural del sexo tiene que vivir siempre bajo la dependencia de aquel? Además, cuando la demanda de divorcio, según lo veremos más adelante, no supone culpa en la mujer, ésta no debe ser depositada en casa diversa de la conyugal sino á solicitud suya. Es pues, por parte de ella una *facultad* y no una *obligación* el continuar ó no habitando con su marido después de la demanda de divorcio; pero el ejercicio de una facultad es una

3 Couder & Favre, pág. 186.

circunstancia indiferente que nada puede significar respecto á la actitud de la mujer ofendida en pro del marido culpable. Si los consortes son pobres hay que atender á lo difícil que se hace la cesación de la vida común, y, finalmente, aun supuesta ésta, precisa investigar hasta qué grado de intimidad han llegado las relaciones de los esposos. En este sentido se han manifestado siempre el Código y la jurisprudencia francesa; ¹ pero los nuestros fundan en la cohabitación una presunción *juris* en favor de la reconciliación, lo cual quiere decir que al demandante en divorcio incumbe la prueba de que á pesar de aquella no ha habido reconciliación.

141 Hay, pues, casos dudosos, y no poco controvertibles de reconciliación que sólo la sabiduría de los jueces puede resolver, aplicándose á descubrir la verdadera intención de las partes al practicar los actos en los cuales se pretende hacer consistir aquella. El caso más común y ordinario es ciertamente el de un arreglo franco y explícito entre los casados. ¿Cómo probar éste? Dos sistemas se presentan aquí en juego: ó los interesados deben, so pena de seguir siendo considerados como separados, manifestar su reconciliación al tribunal que pronunció el divorcio, ó el mero hecho de su reunión basta para que sean tenidos como reconciliados. «Yo entiendo, dice Goyena, que es mucho más conveniente que no se haga en este caso por autoridad privada la reunión de los esposos divorciados. Es bien natural que cada cosa se anude ó estreche como se desanudó ó aflojó; la reunión con la intervención de la autoridad judicial es más solemne y propia de la dignidad del matrimonio: será, por lo mismo,

¹ Demolombe, tom. 4, núm. 410.—Vazeille, tom. 2, núm. 576.—Combiér, pág. 207.—Laurent, tom. 3, núm. 211.—Massol, pág. 140, núm. 10.—Arrets: Pau, 27 mars 1813; Besançon, 1 fev. 1806; Génes, 19 août 1811; Rennes, 2 avril 1814.

más estable; se evitarán escándalos, se asegurará la legitimidad de la prole que sobrevenga, y parece, finalmente, más conforme á la letra y espíritu del art. 1,361.»¹ Esta doctrina es, sin duda, la más sabia que puede concebirse, pues entre otras recomendaciones tiene la no poco importante de cerrar la puerta á las mil controversias que se suscitan para saber si realmente ha habido ó no la reconciliación que se trata de oponer á la acción de divorcio. El derecho antiguo admitía en esta materia las presunciones, y de aquí no podían menos que originarse innumerables litigios con grave daño de la dignidad del matrimonio, de la legitimidad de los hijos y aun de los intereses materiales de los consortes y extrañas personas. La experiencia, pues, aconsejaba al derecho moderno que evitase ese sistema de sutilezas aplicadas al descubrimiento de la verdadera intención de los casados al practicar actos de tan diverso carácter como son los que caben en la inagotable y varia actividad de la vida real, fijándose en un medio con el cual nada tuviese que hacer el árbitro judicial, y que, observado por las partes, esclareciese sin sombra alguna de duda el hecho concreto y preciso de la reconciliación.

Sin embargo, desde el Código de Napoleón se ha conducido de muy diferente manera el legislador, y así vemos que nuestro Código ha preferido el sistema contrario, dejando á la voluntad de las partes, sin condición ninguna, la reconciliación con todos sus efectos, y, á lo sumo, imponiéndoles, pero fuera de toda sanción, el deber moral de hacer constar su voluntad de volver á unirse ante el tribunal que pronunció la separación. En este sentido están concebidos los artículos 234 del Código de Veracruz, 191 del Estado de México, 176 de Tlaxcala, 263 del Distrito Federal de 1870, y 241 del que comentamos.

¹ G. Goyena, art. 80.

142. Hasta aquí hemos hablado de la reconciliación en el sentido de que ambos cónyuges consientan en reanudar la vida matrimonial; pero, si sólo el inocente ú ofendido, sea antes, sea después de la sentencia de divorcio, quiere la reconciliación, ¿basta su individual consentimiento para restablecer el matrimonio, aun á pesar de la renuencia del otro cónyuge? Esta cuestión apenas podía proponerse en el antiguo derecho, pues unánimemente se decidía que, siendo el divorcio efecto de un acto personal, desagravio de ofensas particulares ó satisfacción concedida por la ley al esposo ofendido, importaba, por lo mismo, un derecho que no podía convertirse en su perjuicio y cuyo desistimiento debía, en consecuencia, poner término á la situación creada por la demanda, independientemente de la voluntad del otro esposo, según la regla *quad ob gratiam alicujus conceditur, non est in ejus dispendium retorquendum*. En este sentido ha sido siempre terminante la doctrina del derecho canónico, como puede verse en varios lugares,¹ y muy especialmente en Santo Tomás de Aquino, que dice: *quod inducitur infavorem alicujus non facit ei præjudicium. Unde cum divortium fit inductum in favorem viri, non aufert ei jus petendi debitum, vel revocandi uxorem. Unde uxor tenetur ei reddere, et ad eum redire, si fuerit revocata; nisi de licentia ejus votum continentie emisericit.*²

Este principio ha pasado á las legislaciones modernas más ó menos combatido, sobre todo en los últimos tiempos. Durante lo explica en términos tan claros que después de ellos parece que debiera ser imposible toda controversia. Después de manifestar la razón general de que el que ha obtenido la sentencia puede renunciar al beneficio de sus disposiciones, dice, refiriéndose especialmente al marido en cuyo favor ha

1 Gregor. IX, cap. *Gaudeamus, de concers. conjugat.*

2 D Thom. *Summ. Theol.*, Q. 62, art. 6.

sido pronunciado el divorcio, que como la regla *pater est quem nuptiae demonstrant* pesa siempre sobre el hombre, no obstante la separación decretada contra la mujer, sería injusto obligarlo á permanecer en una situación que no carece de peligros para él. ¹ El art. 309 del Código de Napoleón parece responder á esta doctrina. «El marido puede detener los efectos de la condenación á que hubiere sido sentenciada la mujer por adulterio consintiendo en recobrarla.»

143. Nuestra legislación es decisiva en esta materia, no sólo por lo que hace al adulterio, sino á todas las demás causas de divorcio, y comprende lo mismo al hombre que á la mujer en su caso. En este sentido han sido concebidos los artículos 193 del Código del Estado de México, 177 del de Tlaxcala, 265 del Distrito Federal de 1870, y 243 del que comentamos.

El principio que desarrollan estas disposiciones tiene respetables adversarios. Laurent no vacila en llamarlo erróneo, diciendo que si podemos renunciar á un derecho establecido en nuestro favor, no podemos, ciertamente, privar por esta renuncia á un tercero del derecho que le pertenece. ² Demolombe dice: «La separación de cuerpo es una modificación del estado personal de los esposos, es decir, de los dos esposos; es la declaración hecha por la justicia de la imposibilidad de la vida común, declaración, sin duda, obtenida del uno por el otro, pero que una vez dada cambia la situación relajando para ambos el lazo del matrimonio... Es necesario que el esposo que se sienta obligado á pedir la separación sepa que esto es muy grave, que no es un juego que pueda hacer cesar cuando le pluguiere y según su fantasía, y que tampoco el esposo contra el cual la sentencia ha

¹ Duranton, tom. 1, núm. 1,205.

² Laurent, tom. 3, núm. 357.

sido dada puede siempre permanecer en un estado precario á merced del otro. No es autorizarle á prevalerse de sus faltas permitirle responder á su consorte una vez terminado el juicio: sois vos quien lo habeis querido.»¹

Mas en nuestra opinión razonar así es no interpretar debidamente el juicio de separación, ni en el sentido de su naturaleza, que es absolutamente excepcional, ni conforme al interés de la sociedad, á la cual no conviene que los divorcios se vuelvan irrevocables. El juicio de separación no se parece á los juicios ordinarios que producen derechos para ambas partes, sino que tiene que ser una solicitud ó una decisión unilateral á nombre ó en favor del cónyuge ofendido. Si éste se desiste de su derecho, atendido que sólo por su queja ha podido interrumpirse la vida conyugal, todo debe volver al antiguo estado sin que obste la resistencia del otro cónyuge, pues de no ser así resultarían ventajas y derechos para éste del juicio mismo en que se proclamaba su culpabilidad. La separación de cuerpo es un acto funesto que el legislador debe esforzarse en abreviar. Que no se diga que ella es de orden público, y que, por tanto, no debé quedar á merced de una de las partes. Esta es una verdad en el sentido de que el demandante no puede obtenerla por su sola voluntad ni con la adhesión del otro esposo, pero no cuando se atiende á la base sobre que la demanda descansa, pues en este sentido, así como la ofensa es algo personalísimo, lo es también la satisfacción solicitada y obtenida, y desde entonces nada más natural y justo que hacer cesar los efectos del ejercicio de una acción á la cual voluntariamente se renuncia. Massol, que al principio había opinado como los adversarios antes citados, ha venido en los últimos tiempos á pro-

¹ Demolombe, tom. 4, núm. 532.—Demante, tom. 2, núm. 34 bis II.—Vazeille, tom. 2, núm. 595.

clamar la justicia y utilidad de la doctrina que defendemos. «Si uno de los esposos, dice en la última edición de su monografía, se dirige á los tribunales, es porque el otro lo ha puesto en esa necesidad; de que el juicio admita la queja vanamente se querría deducir un título para aquel que ha sido condenado, pues una falta no puede ser la fuente de un derecho.»¹

NUMERO 3. DE LA COMPENSACION.

144. El perdón, lo mismo que la reconciliación, suponen que su autor es inocente del hecho que pudiera motivar el divorcio. ¿Habrà lugar á éste cuando el demandante es culpable de los mismos hechos que imputa al demandado? Se conviene generalmente en que la jurisprudencia romana aceptaba la compensación fundándose en la siguiente decisión de Papiniano: *Viro adque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est; id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur, paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.*² Ulpiano da por razón la iniquidad que habría en que el marido, por ejemplo, exigiese castidad de su mujer cuando él mismo no la revelaba: *periniquum enim videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat.*³

145. Esta doctrina fué recogida por el Cristianismo, y así se encuentra sustentada en diferentes lugares de los canonistas.⁴ *Nihil iniquius, dice un Canon, quam fornicationis causa dimittere uxorem si et ipse convincitur fornicari . . . qua-*

1 Massol, *De la separat. de corps*, 2d edit. pág. 419.

2 *Dig.*, lib. 24, tit. 3, l. 39.

3 *Dig.*, lib. 48, tit. 5, l. 12.

4 Cap. *Significasti, de divorciis; Id. Intelleximus; Id. Tua fraternitas.*

*proter quisquis fornicationis causa vult abjicere uxorem, prior debet esse a fornicatione purgatus, quod similiter etiam de femina dixerim.*¹ *Occurrit enim illud, dice San Agustín, in quo alterum judicas, teipsum condemnas: eadem enim agis, quæ judicas.*²

146. La legislación española aceptó al principio el sistema de la compensación; pero después se encuentra expresamente proscrito, como vamos á verlo. El Fuero Real decía: «Si el marido que ficiere adulterio, quisiere acusar á su mujer, que fizo adulterio, y ella dijere, ante que diga de si ó no, que no la puede acusar, porque el fizo adulterio, si ge lo probare, puédalo desechar de la acusación.»³ El Código de las Partidas dice: «Aviniendo que acusasse alguno á su mujer, que ficiera adulterio, de manera que lo probasse, segund dize en el Título ante deste, e que diessen sentencia de divorcio cañera ella; si después desto fiziese fornicio el marido con otra mujer por tal razon como esta puedelo demandar la mujer, que torne á ella, e deue la Eglesia apremiar que la faga; e non se puede escusar que non torne á ella, manguer diga que fueron departidos por juyzio de Santa Eglesia. E esto es, porque cayendo en semejable pecado de aquel que fizo su mujer, entiéndese que renunció la sentencia que era dada por él.»⁴ El mismo dice en otra parte: «Ome vil, é de malas maneras, que oviere fecho adulterio, si quisiere acusar á su mujer de ese mesmo yerro, non seria la mujer tenida de responder, poniendo tal defencion ante si, é probando que tal era, ante aquel pleito sea comenzado por demanda é por respuesta.»⁵ Mas en sentido contrario se expresaba el Ordenamiento de Alca-

1 Can., *Nihil iniquius*, cap. 32, Q. 6.

2 Div. August, *In sermone Domini*, cap. 28.

3 *Fuero Real*, lib. 4, tit. 7, l. 4.

4 *Partida 4^a*, tit. 10, l. 6^a.

5 *Partida 7^a*, tit. 17, l. 3^a.

lá, diciendo: «Y que la mujer *non se pueda escussar de responder á la acusación del marido, ó del esposo, por que diga que quiere probar quel marido ó el esposo cometió adulterio.*»¹

147. El antiguo Derecho francés aplicó también constantemente el mismo principio antes de la época de 1793. Se lee en Despeisses: «Sin embargo, la dicha separación no tiene lugar cuando el marido que la solicita por el adulterio de su cónyuge, ha cometido el mismo igual delito.»² Del propio parecer son Domat³ y Coquille, que expresamente acuerda la compensación á efecto de impedir la separación.⁴

El Código de Napoleón no contiene en términos explícitos más excepción contra el divorcio que la reconciliación. Una sentencia de casación declara que *por haberse rechazado la excepción resultante de la imputación de adulterio hecha por el demandante á su mujer, no se ha violado ningún texto de la ley.*⁵ En consecuencia, depende de los tribunales aceptar ó no, respecto al divorcio, en ciertos casos la compensación, que no ha sido expresamente excluida por el Código. De aquí interminables controversias entre los comentadores y la jurisprudencia. Los unos piensan, que supuesta la prescripción del art. 339 del Código Penal, la excepción de compensación tiene que ser admitida también en lo civil y en el caso de divorcio.⁶ Así Durantón, refiriéndose al art. 272 del Código Civil, dice: «Los jueces que fundándose estrictamente en la regla, tan frecuentemente falsa: *Inclusio unius fit alterius exclusio*, acogieran la demanda en separación no obstante la

1 *Ordenamiento de Alcalá*, 1, tit. 21, (*Nov. Recop.*, lib. 12, tit. 28, l. 2.)

2 Despeisses, tom. 1, sect. IV, núm. 17.

3 Domat, *Suppl.*, tom. 2, part. 1^a sect. II, núm. 4.

4 Coquille, *Inst. Douaire*, Quest 151.—Fournel, *Trait. d'adult.*, pág. 166.—Voet, *ad Pandect. de injur. et fam. libel.* núm. 20.

5 Deneoville, 1821, pág. 401.

6 Vazeille, tom. 2, núm. 536.

excepción de indignidad, desconocerían el verdadero espíritu de la ley y herirían profundamente el buen sentido y la razón general. El art. 272 no dice que la acción no será extinguida *sino* por la reconciliación; dice simplemente que ella será extinguida por esta causa, lo que es muy diverso ¿Por qué rehusar el argumento sacado de la ley penal? Nunca lo hubo más poderoso. En efecto, en materia criminal es de principio que el delito del uno no excusa el del otro, aun cuando fuese cometido por represalias; y si se hace flaquear tal principio en el caso de adulterio, es porque no pudiendo este delito ser denunciado sino por el esposo, víctima de las infidelidades del otro, no ha parecido razonable escuchar las quejas de aquel que ha dado el mismo ejemplo al otro de desarreglo y deshonor. Ahora bien, con más razón se debe obrar así en materia de separación, en la cual el demandante no obra en interés de la vindicta pública, ni aun para vengarse de una ofensa recibida, sino en interés propio y para recobrar su independencia.» ¹

Otros, como Merlin, sostienen que la compensación no existe en el Código, sino tratándose de deudas pecuniarias, supuesto que, ocupándose aquel *del divorcio* en una sección especial, y tratando en seguida de las *excepciones contra la acción en divorcio por causa determinada*, guarda el más profundo silencio sobre el caso en que el esposo demandante en divorcio ó en separación de cuerpo sea él mismo culpable de las faltas que reprocha al esposo demandado. ² Esta interpretación es, sin duda, la más aceptable, y sólo así puede explicarse que los autores del Código no incluyeran en el capítulo sobre excepciones á la acción de divorcio la compensación después de que la Corte de Agen había propuesto

1 Duranton, tom. 1, núm. 1161.

2 Merlin, *Repert.* "Adultere" § 9.

digo de Tlaxcala (art. 171) declara que, siendo común á los dos cónyuges el delito de adulterio, sólo podrá decretarse el divorcio á *petición de ambos*. El Código actual del Distrito Federal no reconoce en ningún sentido la compensación, la cual *se creyó poco conforme con los preceptos de la moral*, según lo expresa el dictamen de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, pues parece, dice dicho documento, *sancionar la doctrina de que un hecho reprobado justifica y autoriza otro hecho igualmente reprobado*. Con respecto al arbitrio judicial para decidir, aun en el caso de compensación, si el divorcio era ó no de otorgarse según las circunstancias, la misma Comisión expresa que lo considera inconveniente *porque además de desvirtuar en lo absoluto el precepto legal, lo hace odioso y de difícil aplicación*.

Con esta reforma en el orden civil ha quedado en nuestro derecho establecida en el Distrito Federal la más completa conformidad entre lo prescrito por el Código que nos ocupa y el Penal de 1º de Abril de 1872, cuyo artículo 829 dice: "El cónyuge acusado de adulterio no podrá alegar como excepción que su cónyuge ha cometido el mismo delito, antes de la acusación ó después de ella."

149. La presente cuestión es por demás difícil en la esfera de los principios, pues en ella vienen á tomar parte, en sentido contradictorio, los dos principales que dominan esta materia y que constituyen el doble aspecto fundamental bajo que debe ser considerada. Si es el divorcio la satisfacción concedida por la ley al cónyuge inocente y ofendido, la moral, á la par que el derecho, parecen exigir que sea declarado indigno de obtenerla aquel de los esposos que, aunque autor de una queja, se encuentra él mismo culpable del propio hecho por que pide el divorcio. Lo contrario equivaldría á convertir el juicio de separación en un sistema injusto que, en vez de ser el amparo de la inocencia, serviría en muchos ca-

sos sólo para el pasto de ruines y miserables pasiones. Mas si se atiende á que el legislador al establecer el remedio del divorcio ha querido moralizar los matrimonios en desorden, y que éste es mayor cuando ambos esposos son culpables, el interés social á grandes voces nos parece pedir con más empeño que en el caso de un solo cónyuge culpable que el divorcio sea pronunciado, para que cuanto antes se quite de la contemplación pública ese espectáculo escandaloso de vicios y crímenes recíprocos. Muy lejos, puede decirse, de que la reciprocidad de faltas en los casados sea un motivo para no decidir sobre su separación, la dignidad del matrimonio impone la necesidad de que en este caso sea más pronto pronunciada. Ahora bien, ¿cuál de estos principios debe prevalecer? Sin vacilar respondemos que el segundo, porque el interés social debe pesar más que el privado en la balanza del legislador. Es bajo este mismo punto de vista como el Derecho Canónico ha considerado la cuestión, si bien entendiendo el interés social de otro modo y concibiendo esperanzas de corrección de parte de ambos esposos culpables, que á nosotros nos parece de muy difícil realización. A la sociedad evidentemente interesa que el mayor número de matrimonios permanezca unido y extraño aun á las menores perturbaciones. ¿Cómo se obtendrá con más seguridad este resultado, supuestas siempre aquellas, si cuando se impide que venga el divorcio por faltas mutuas de los cónyuges, ó cuando se declara improcedente por tal circunstancia? Respondan á esta pregunta aquellos que, destinados por su ministerio á dirigir á los pueblos por la senda de la más estricta moral, escudriñan día á día la conciencia del hombre, pues sólo ellos son aptos para saber cuándo es menos probable el arrepentimiento, si subsistiendo el matrimonio con todas sus obligaciones entre ambos cónyuges culpables, ó separados entre sí uno y otro y disponiendo de la facilidad que tal estado proporciona para reiterar los desórdenes.

NUMERO 4. DE LA PROVOCACION.

150. Otra de las excepciones comunmente aceptadas para rechazar la acción de divorcio es la provocación, ó sea la conducta de uno de los cónyuges que induce al otro á practicar el hecho considerado como causa de aquel. El fundamento jurídico de esta excepción es siempre, como en el número anterior, el principio de que el divorcio ha sido establecido para satisfacer sólo al esposo inocente y ofendido. El derecho romano reconoció los efectos de la provocación, según se desprende de la siguiente doctrina del jurisconsulto Scévola: *Quum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur, cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit? Si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit qui lenocinium uxori proebuerit audiendus est.*¹

151. El derecho canónico es terminante en favor de esta excepción, siendo, según él, aplicable no sólo al caso en que el marido prostituya directamente á la mujer que comete adulterio, sino también á aquel en que sabiendo su crimen lo disimule y retenga á la culpable consigo, ó cuando la induzca con hechos ó palabras á delinquir,². Esta amplitud de la presente excepción se deduce de los términos en que todos los canonistas han interpretado las siguientes palabras del Papa Inocencio III: *Cum adulterium ei non possit objicere, qui eam adulterandam tradidit.*³ Las razones que se dan para fundar en derecho esta excepción, son tres sustancialmente:

¹ *Dig.*, lib. 24, tit. 3, l. 47.

² Inocencio III, cap. *Discretionem*, de eo qui cognovit consanguineam uxoris suæ.

³ Sánchez, *De Matrimonio*, lib. 10, disput. 5, núms. 3, 4 y 5.—Van-Espen tom. I, pars, 2, tit. 15, cap. 2.

Primera: Estando el marido implicado en el mismo crimen, debe considerarse como si hubiera él mismo cometido adulterio. Segunda: siendo la causa y fundamento del divorcio la injuria inferida al varón por el adulterio, cesa cuando él consiente. Tercera: no puede considerarse injuriado el que conoce y consiente la injuria.

152. Nuestro antiguo derecho patrio menciona también esta excepción. Así, el Fuero Real dice: El marido no puede acusar á la mujer de adulterio, que ficiere *por su consejo ó por su mandado*.¹ El Código de las Partidas dice: “E otro si non debe ser cabida la acusación de aquel, *quel mismo trae su mujer, ó es mensajero, ó toma precio por que faga ella adulterio con alguno*.”²

153. El antiguo derecho francés admitía también la provocación, si hemos de creer á Pothier, que refiriéndose á las circunstancias á que debe atender el juez en la calificación de la causa de divorcio por malos tratamientos, dice: “Debe entrar en consideración sobre si es por motivos ligeros, ó sólo después de que la mujer había colmado toda medida en materia de palabras ofensivas, como el marido le ha inferido golpes.”³

El Código de Napoleón guarda también silencio respecto á esta excepción; pero ella es reconocida por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia, habiéndose establecido que los tribunales son soberanos para apreciar el carácter de los hechos de que se hace resultar la provocación.⁴ En este sentido ha sido decidido que las violencias y sevicias no son una causa de divorcio cuando han sido provocadas por la mala conducta de la mujer.⁵

¹ *Fuero Real*, lib. 4, tít. 7, l. 5.

² *Partida* 4^a, tít. 9, l. 6.

³ Pothier, *Contrat de Mariage*, núm. 509.

⁴ Toullier, tom. 2, núm. 764.—*Zacharias*, por Masse y Verge, tom. 1, pág. 253.—Massol, núm. 17.—Duranton, tom. 1, núm. 1162.

⁵ Arrets de Metz, 7 mai 1807; Toulouse, 9 janv. 1824; Rennes, 23 fev. 1849. (Dalloz, “Separat.” núm. 198.)

154. Nuestra legislación nacional se ha manifestado de diferente modo, según las épocas sobre esta materia. Desde luego debe notarse que la excepción que nos ocupa sólo ha sido tratada por nuestros legisladores respecto al adulterio, dejándose entender que, según su criterio, la provocación no cabe ni en el caso de sevicias á malos tratamientos, que es sin embargo el más frecuente. Esta excepción se encuentra establecida en términos que no permiten la menor duda en las leyes siguientes: arts. 21, inciso 1º de la Ley de 23 de Julio de 1859; 228, inciso 1º, Código de Veracruz; 181 del Estado de México; 172 de Tlaxcala y 245 del Distrito Federal de 1870. Este último artículo ha sido suprimido en el Código que comentamos, dándose por razón, pero únicamente en cuanto á la excepción de *compensación* de que también trata dicho precepto legal, y que si tiene semejanza con la presente, suele ser muy diversa de ésta en no pocos casos, la inmoralidad que habría en declarar inseparable un matrimonio, precisamente cuando estaba más indicada la separación, ó sea en el caso de que ambos consortes, con agravio de la dignidad del hogar y con peligro del escándalo público, se hacían reos de iguales crímenes.

El silencio de este Código, aun supuesta la inaplicabilidad en términos absolutos de su parte expositiva á la provocación, ¿será un motivo para declarar que ella no debe ser aceptada? Supongamos algunas especies: Un marido demanda el divorcio por causa de adulterio después de haber dejado á su mujer en un lugar y entre gentes notoriamente peligrosas para las costumbres de ésta; una mujer demanda el divorcio por injurias, teniendo ella un carácter agresivo que la hace lanzar con frecuencia los más crueles ultrajes contra el esposo; un marido, en fin, pretende divorciarse por haber sido su esposa condenada por robo después de haberla él incitado á cometer el delito. En los dos primeros casos se invocan cau-

sas de divorcio previstas en el art. 227, incisos 1º y 7º del Código actual del Distrito Federal; en el último se trata de la causa de divorcio mencionada en el inciso 4º del art. 174 del Código del Estado de México, que como antes lo indicamos, es de los que, aunque aceptan *la provocación*, es sólo para el caso de adulterio. ¿Habrá lugar al divorcio? Creemos que no, atenta la naturaleza de cada una de las causas que se invocan y supuestos los antecedentes á que ellas han seguido más ó menos de cerca. El fundamento jurídico-racional del divorcio es la necesidad que hay de satisfacer al esposo injustamente ofendido; luego, cuando no puede decirse que haya ofensa, el divorcio deja de ser necesario, y caso de concederse, se convertiría en un sistema arbitrario. En este sentido deberemos decir respecto al adulterio: enhorabuena que el derecho de divorcio se conceda al esposo atacado en su honor y herido en sus más caros sentimientos por el adulterio de la esposa; ¿pero en qué se parece á esto el miserable que abandona su honra á merced de todos los ataques y peligros? Aquí ya no hay ofensa, sino un complot infame en contra de la virtud, preparado por el mismo que finge quejarse de su mancilla. De la misma manera no tiene derecho de quejarse por malos tratamientos la esposa que los provoca y arranca, por decir así, de parte de su marido, á quien injuria y humilla habitualmente. La ley exige que la injuria y los malos tratamientos sean *graves* para constituir causa de divorcio, y tal circunstancia se refiere, no sólo á los resultados de la ofensa, sino muy principalmente á la intención malévola de su autor.—¿Que deberemos decir del esposo que pretenda separarse de la mujer condenada por haber cometido un delito cuya apología y atractivos escuchó ella más de una vez de boca del mismo quejoso?

Es, pues, el examen concienzudo de cada una de las causas de divorcio, con todos los pormenores de cada caso; toma-

das en cuenta las circunstancias anteriores del hecho que se propone como fundamento de la demanda, y muy principalmente la intención y carácter de la persona, lo que hará que sean desechadas todas aquellas pretensiones de divorcio que, aunque apoyadas en hechos ciertos, carezcan, sin embargo, por razón de la conducta del demandante, del valor jurídico necesario para motivar aquel.¹ Como lo enseña Mr. Laurent, los tribunales deben considerarse como una especie de jurado destinado á decidir si las causas alegadas por el demandante tienen la gravedad que la ley requiere para la disolución del matrimonio. Si la conducta de uno de los esposos es tal que produzca en el otro una irritación en cierto modo permanente, las faltas de éste deben ser atenuadas porque pierden la gravedad que tendrían sin esa circunstancia.²

NÚMERO 5. DE LA PRESCRIPCIÓN.

155. ¿La acción para pedir el divorcio es prescriptible? En otros términos: ¿puede el cónyuge ofendido ejercitar la acción que le corresponde, *en todo tiempo*? El legislador tiene aquí no sólo que atender á los intereses del esposo culpable, sino también que interpretar la voluntad del inocente ofendido. Si por un lado sería cruel el desengaño que sufriese el esposo culpable, cuando después de pasado cierto tiempo de su delito y ya confiado en que el arrepentimiento posterior le libraría de la pena de la separación, todavía, y quizá en el momento más inesperado, tuviera que comparecer ante los tribunales, por el otro, se manifiesta demasiado clara de parte del cónyuge inocente la voluntad de perdonar

¹ Arrêt du 14 prairial an 13 (Merlin, *Repert.* "Divorce" sect. 4, § 13).—Rennes, 12 juill. 1813; Orleans, 11 avr. 1832 (Daloz, 198.)

² Laurent, tom. 3, núm. 214.—Pouille, *Le divorce*, pág. 171.—Combier, *Essai sur le divorce*, pág. 216.