

y base muy deleznable sería la que estuviese á merced de las volubles pasiones del hombre. Siguese de aquí que es imposible admitir que la voluntad sola de los esposos disuelva el matrimonio; pueden ellos muy bien estipular en lo relativo á su propio interés, pero no les está permitido renunciar á lo que es de interés social. (1) Si la ley admite el divorcio por consentimiento mútuo, es para que los esposos no se vean obligados á deshonorar á su familia, revelando hechos que puedan ocasionar condenas criminales contra el cónyuge culpable. El legislador ha organizado las condiciones y el procedimiento de manera que se pruebe suficientemente que existe una causa perentoria de divorcio (art. 233).

178. No es necesario decir que no puede haber causa de divorcio fuera de los casos previstos por la ley, y es también de toda evidencia que estos casos son de estricta interpretación. La indisolubilidad del matrimonio es la regla; con pena y forzado por la debilidad humana, el legislador admite excepciones. La corte de Colmar ha hecho una singular aplicación de este principio. Un esposo pidió el divorcio por causa de injuria grave; el juez lo admitió haciendo resultar la injuria grave del adulterio. La corte reformó este fallo, declarando que no había lugar para pronunciar el divorcio, porque la injuria grave es una causa distinta de la que se funda en el adulterio, de donde concluyó que el adulterio no podía considerarse como una injuria grave. (2) Los traductores de Zachariæ dicen que esta decisión no debe seguirse, al menos en materia de separación de cuerpo, en la que los tribunales pueden manifestarse menos formalistas porque las conse-

1 Portalis, Discurso en el seno del consejo de Estado, sesión del 14 vendimiario, año X, núm. 15 (Loaré, t. II, p. 4681).

2 Sentencia del 14 de Diciembre de 1807, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 438.

cuencias son menos graves. (1) Nos parece que mucho menos debe seguirsela en materia de divorcio. Sin duda que los efectos del divorcio son más considerables. ¿Pero qué importa? No por esto el esposo lesionado deja de tener derecho para pedir el divorcio; y todo derecho está bajo la salvaguardia de la ley y de la justicia. ¿Ahora bien, qué sucedería si se interpretase el código en el espíritu formalista que ha dictado la sentencia de Colmar? Volveríase á los buenos tiempos de la chicana, en que la falta de una coma hacía que se perdiese un pleito. ¡Cómo! ¡hé ahí un esposo que prueba el adulterio de su cónyuge, y le rehusáis el divorcio porque llamó al adulterio una injuria grave! ¿No se diría que, el demandante, es decir, el cónyuge inocente, es culpable que merece ser tratado como criminal? Es cierto que en el procedimiento del divorcio por mútuo consentimiento, el legislador se manifiesta formalista; pero ahí su severidad tiene una razón de ser; acumula las formalidades porque es el único medio de asegurar que existe una causa perentoria de divorcio. No pasa lo mismo con el divorcio por causa determinada. Desde el momento en que se establece una causa determinada, resulta un derecho para el esposo inocente, y sería comprometer este derecho prevalecerse de la más mínima irregularidad para estorbar su acción ó para destruirlo.

#### SECCION II.—*Del divorcio por causa determinada.*

##### § V.—DE LAS CAUSAS.

##### Núm. 1. *Del adulterio.*

179. La ley establece una diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer. Por los términos del art. 229,

1 Zachariæ, trad. de Massé y Vergé, t. 1º, pfo. 137, nota 3, p. 348.

el adulterio simple de la mujer autoriza al marido para pedir el divorcio; mientras que la mujer no puede pedir el divorcio por el adulterio simple del marido; se necesita además esta circunstancia agravante, que el marido haya tenido á su concubina en la casa común. Ya nos hemos manifestado contrarios á la desigualdad que el código Napoleón establece entre el hombre y la mujer (núm. 83). En vano se dice que las costumbres y las leyes exigen á la mujer un pudor que no exigen al hombre. (1) Si las costumbres son así, están en un error, y las leyes también. Pero aun cuando esto, fuese tan cierto como es falso, ¿qué es lo que probaría para las causas del divorcio? El hombre no es ya libre, ha comprometido su fe y hay para él un deber de fidelidad diferente que el de la mujer? ¿La fidelidad que él promete á su mujer quiere decir que le sea permitido ser infiel tantas veces como quiera? ¡Singular compromiso el que implicase la facultad de quebrantarlo al capricho! Es muy cierto que la infidelidad de la mujer tiene ó puede tener consecuencias más graves que el adulterio del marido. (2) Esta es razón para imponerle una pena más fuerte. Pero en materia de divorcio no se trata de pena, sino únicamente de la violación de un compromiso recíproco, y bajo este punto de vista las faltas de los dos esposos son ciertamente las mismas; así, pues, el derecho que de ellas resulta para la parte vulnerable debe ser el mismo.

En el consejo de Estado, Boulay confesó que en realidad el crimen de adulterio era el mismo para ambos consortes, y que por lo mismo no debía haber diferencia en el derecho de perseguir la acción que de él se deriva. Loaré dice, que castigar el adulterio del marido únicamente en el

1 Demolombe, t. IV, pág. 470, núm. 369.

2 Tronchet en la discusión del consejo de Estado, sesión del 2.<sup>a</sup> vendimiario, año X, núm. 14 (Loaré, t. II, pág. 494).

caso <sup>transl.</sup> tiene á su concubina en la casa común, es autorizarla á las otras. ¿No es esto una inmoralidad? Regnier agregó que el adulterio en materia de divorcio no debe considerarse sino en los efectos que produce entre los consortes; que, así considerada, la falta es la misma, sea que el crimen pertenezca al marido, sea que pertenezca á la mujer. Tronchet acaba por adoptar este parecer. Cuando se trata de establecer una pena contra el adulterio, dice, justo es establecer una distinción que sirva para graduar el castigo por las consecuencias del delito, pero cuando se considera el adulterio con relación al divorcio, todo debe ser igual entre los consortes. Esta es la verdadera doctrina que fué admitida por el consejo de Estado en la primera votación. (1) Era también la del derecho canónico, y ha sido consagrada por el código holandés (art. 264, 10).

180. Aunque la disposición del art. 230 sea contraria á los principios, se la debe interpretar en el espíritu que la ha dictado. El adulterio es un crimen y no hay crimen sin texto; veamos cuales son las condiciones requeridas por el código Napoleón para que el adulterio del marido sea una causa de divorcio. Se necesita que haya tenido á su concubina en la casa común. ¿Qué se entiende por concubina? ¿Se necesita la continuidad de un comercio ilegítimo para que haya concubinato en el sentido de la ley? Zachariae dice que esto no es necesario. (2) De buena gana admitiríamos esta opinión, porque está en armonía con los verdaderos principios, pero no lo permiten ni el texto ni el espíritu de la ley. ¿Qué es una concubina, según el Diccionario de la Academia? “Es la mujer que no estando casada

1 Sesión del 24 vendimiario, año X, núms. 2 y 14 (Loaré, t. II, ps. 487 y 494); y las observaciones de Régnier en la segunda votación, sesión del 4 brumario, año X, núm. 4 (Loaré, t. II, p. 513).

2 Zachariae, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 249, nota 3. La 1.<sup>a</sup> á contraria se enseña generalmente (Demolombe, t. IV, pág. 1, núm. 370).

con un hombre *vive* con él como si fuese su *esposa*.  
 Fuerza es, pues, que haya una *vida* común de *pe-* un  
 tiempo más ó menos largo. De aquí resulta una *nueva* des-  
 igualdad entre el hombre y la mujer: un solo *hno* de  
 adulterio es bastante para que el marido pueda *mandar*  
 el divorcio; debería ser lo mismo respecto al adulterio del  
 marido. Pero hay en nuestro texto una segunda *expresión*  
 que nos impide admitir esta interpretación. El art. 23 *di-*  
 ce, cuando haya *tenido* á su concubina en la casa *común*.  
 El código penal dice art. 339: que haya *mantenido* á  
 una concubina en la casa conyugal. Las palabras *tene* y  
*mantener* expresan una y otra la idea de una continuidad  
 de relaciones entre el hombre y la mujer. La desigualdad,  
 por otra parte, no lo olvidamos, está en el espíritu de la  
 ley; debemos admitirla á pesar nuestro. Treillhard, al ex-  
 poner los motivos de nuestro título, se sirve de una *expresión*  
 enérgica para dar forma al pensamiento del legislador:  
 "El adulterio del marido, dice, no da margen al divorcio  
 sino cuando está acompañado de un carácter particular de  
 menosprecio, por el establecimiento de la concubina en la  
 casa común." (1) Fuerza es, pues, que la concubina esté  
*establecida* al lado de la mujer, que la rival ilegítima ocu-  
 pe el lugar propio de la mujer: este ultraje es el que cons-  
 tituye el carácter agravante requerido por la ley para que  
 el adulterio del marido sea un crimen y una causa de di-  
 vorcio.

181. No obstante, no hay que ir demasiado lejos en es-  
 ta interpretación restrictiva. La palabra establecimiento de  
 que se sirve Treillhard implica que el marido es quien ha  
 establecido á la concubina en la casa conyugal, ó, como en  
 la discusión se dijo, que él fué quien la introdujo. Se ha  
 pretendido que tal era el sentido de la ley. Nada de esto.

1 Exposición de motivos, núm. 17 (Loaré, t. II, p. 567).

No traslademos al texto las discusiones y los dictámenes.  
 Todo lo que el código exige, es que el marido tenga ó  
 mantenga á su concubina en la casa común, poco importa  
 que él y su mujer, la hayan introducido. Después de todo,  
 nadie puede ser introducido en la casa sin el asentimiento  
 del marido. Cuando la mujer contrata á una sirvienta, lo  
 hace como mandataria del marido legalmente, pues es el  
 marido quien la introduce. La doctrina y la jurisprudencia  
 son del mismo parecer. (1)

182. Preciso es que el marido tenga á la concubina en  
 la casa común. ¿Qué debe entenderse por esto? El código  
 penal dice: casa conyugal (art. 339). Las dos expresiones  
 tienen el mismo sentido, el de la casa que sirve de habita-  
 ción á los dos consortes. No decimos que está habitada.  
 Poco importa que la mujer habite la casa en donde el ma-  
 rido tiene á su concubina; desde el momento en que esta  
 casa está ocupada por el marido, de derecho es casa común  
 á la mujer, porque ella tiene derecho para habitarla, y  
 el marido la obligación de recibirla en ella. No obstante,  
 hay cierto motivo de duda que ha influido en las cortes.  
 El carácter agravante, se dice, que constituye el adulterio  
 legal del marido, es que al crimen agregue el ultraje ins-  
 talando á una concubina al lado de la esposa, si ésta no  
 habita con su marido, ya no es provocada á todas horas  
 del día por una desvergonzada rival, y por tanto ya no  
 hay ultraje, y por lo mismo, ya no hay adulterio en el  
 sentido de la ley. Hay que abandonar esta opinión por-  
 que sobrepasa á la ley, demasiado indulgente es ya ésta  
 con los desórdenes del marido, para que todavía exa-  
 geremos su indulgencia. La ley no habla de la habita-

1 Dalloz, Repertorio en la palabra separación de cuerpo, núme-  
 ro 67, y sentencia de Lieja de 16 de Julio de 1826 (Pasierisia, 1826,  
 p. 226]. La opinión contraria de Marcadé ha quedado aislada [ar-  
 tículo 306, núm. 11, t. I, p. 597].

ción común, sino de la casa; querer que la casa esté habitada por la mujer, es añadir una nueva condición, cosa que el intérprete no puede nunca hacer. Por otra parte, como la corte de Douai lo expresa, hay insostenible injuria para la mujer desde el momento en que una concubina ocupa el sitio que á aquella sólo pertenece, ó como lo dice la corte de Grenoble, cuando la concubina mancha con su presencia la morada de la familia. Tal es también la jurisprudencia constante de la corte de casación, así como la doctrina de los autores. (1)

183. Pregúntase si la concubina debe morar en la casa conyugal, ó basta que en ésta sea habitualmente recibida por el marido. Ciertamente que en este último caso el adulterio es igualmente injurioso para la mujer; pero no entra en el texto de la ley; no se puede decir entonces que la concubina esté ó se halle mantenida en la casa común; no puede decirse que manche con su presencia la casa conyugal, puesto que sólo accidental y aun furtivamente entra á ella. La corte de Burdeos así lo ha fallado, pero ha agregado que si no había adulterio en el sentido legal, no por esto el hecho dejaba de ser una injuria para la mujer, y que, con este título, podía invocarla como una causa de divorcio. Esta decisión debe generalizarse. Aun cuando el adulterio no se cometa en la casa común, puede resultar, según las circunstancias, una injuria grave que autorice á la mujer á pedir el divorcio. En vano se dirá que el hecho es un adulterio, y que el adulterio no es causa de divorcio sino cuando el marido tiene á su concubina en la casa común. Es ésta una de esas objeciones formalistas que harían odiosa la ley, si de ellas se hiciese apre-

1 Merlin, cuestiones de derecho, en la palabra adulterio, pfo. VI, t. I, ps. 791 y siguientes (Daloz, en la palabra separación de cuerpo, núms. 70 y 74).

cio. ¿Porque un hecho no es un adulterio en el sentido legal, podrá deducirse que no es una injuria grave? ¡Cómo! ¡hay un marido que sostiene á una mujer á ciencia y paciencia de todo el mundo, que con ella se presenta en público y también con los hijos, fruto de ese comercio adulterino; la conciencia pública se lastima con semejante escándalo, una canción popular acusa al culpable, y todavía podrá decirse que todo ello no es una injuria grave! (1) La jurisprudencia ha repelido esos sofismas y admitido á la mujer insultada acción de divorcio. (2)

184. La aplicación del art. 230 ha originado numerosas dificultades. Fácilmente pueden resolverse según los principios que acabamos de establecer. Se ha preguntado si un hotel puede considerarse como casa común. Si el marido tiene allí su residencia y si en el departamento que ocupa tiene á su concubina, entonces ni siquiera hay cuestión; aquel es el domicilio que la esposa tiene derecho á habitar y en el cual el marido debe recibirla. Pero si el marido no tiene allí habitación fija, si no hace más que pasar y alojarse momentáneamente en un hotel, ya no puede decirse que éste sea la casa común, porque el dormitorio en donde por accidente se aloja no sirve de habitación al marido. La cuestión se vuelve más difícil cuando el marido tiene su residencia en un hotel en donde también reside la concubina, pero en otro aposento. ¿Puede decirse en este caso que el marido tiene á su concubina en la casa común? Hay respecto á esto alguna contradicción. Es suficiente con que el marido y su concubina se hospeden bajo el mismo techo, al lado uno de otro, de manera que la concubi-

1 En tales circunstancias se pronunció el fallo de la corte de Bruselas, de 19 de Enero de 1849, que admite el hecho como injuria grave (*Pasicrisia*, 1350, 2, 182).

2 Daloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 79.

na y la mujer legítima se encuentren á cada paso. (1) Creemos nosotros que esta opinión se desvía del texto y hasta del espíritu de la ley. La casa común es aquella en donde la mujer tiene el derecho y el deber de recibir, es el hogar de la familia. En un hotel los diversos aposentos constituyen otras tantas habitaciones diversas; ni siquiera tiene la mujer el derecho de penetrar á aquel que la concubina ocupa, ésta no mancha, pues, el hogar doméstico. Puede en ello haber una injuria grave, pero no un adulterio en el sentido de la ley. (2)

185. Pero desde que la concubina participa de la residencia del marido, aun cuando éste sólo la ocupa temporalmente, hay adulterio legal, aun cuando la mujer jamás haya puesto un pie en aquella habitación. Así lo ha juzgado la corte de Rouen en una de sus sentencias, confirmada por otra de denegada apelación. Era el caso que el marido tenía un alojamiento transitorio pero fijo en una ciudad en donde el matrimonio no residía; él no habitaba allí sino momentáneamente y á causa de sus negocios. En tales circunstancias había lugar á cierta duda, porque ellas no presentaban toda la gravedad que el adulterio cometido en la residencia común á ambos consortes. Y no obstante eso, el fallo es muy jurídico. Hay casa común desde que el marido la ha ocupado como suya; y desde entonces la mujer tiene derecho de venir á ella, por más que no lo haga, y hasta podría obligarla á que viniese. Esto decide la cuestión. De que el ultraje tenga menos gravedad, no inferimos que no haya ultraje. (3)

Pero no bastaría con que el adulterio se hubiese come-

1 Massol, *De la separación de cuerpo*, p. 38, núm. 8.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. IV, pág. 472, núm. 317.

3 Sentencia de la corte de casación, de 28 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 255).

tido en una casa habitada por la concubina, aunque esta casa perteneciese al marido, si ella no fuese su residencia. Está alquilada, y la hija del inquilino es la concubina del marido; ahí va el marido á buscar á su cómplice; entonces aun cuando la casa formase parte de un dominio en donde se halla el domicilio del propietario, no por esto es la casa común, la mujer no tiene derecho á residir allí, ni aun el marido lo tiene. En este hecho puede haber una injuria grave, pero no hay adulterio legal. (1)

*Núm. 2.—Excesos y sevicias.*

186. La palabra *excesos* es muy vaga; la discusión nos servirá para determinar su sentido. Había en el proyecto del código civil un artículo de este tenor. “El atentado de uno de los cónyuges á la vida del otro será para este último una causa de divorcio.” El tribunal hizo la observación de que esta disposición era de una aplicación imposible. A menos de suponer un odio á muerte entre los dos consortes, uno de ellos no se llegará ante la justicia á denunciar un atentado á la vida, que llevaría al cadalso al cónyuge. (2) En consecuencia, se suprimió el artículo de proyecto, y la palabra *atentado* se sustituyó con la palabra *exceso*, que expresa la misma idea, pero de una manera franca; de modo que la atención del ministerio público no se excitará desde luego, y la denuncia parecerá menos odiosa. No obstante, esto no es más que una cuestión de forma y de conveniencia, porque ante el tribunal, el actor debe probar los hechos que constituyen los excesos; si son un atentado á la vida, el ministerio público deberá perseguir al esposo culpable (art. 235).

1 Sentencia de Limoges, de 21 de Mayo de 1835 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 79).

2 Observaciones de la sección de legislación del tribunalado (Loché, tomo II, p. 552, núm. 2).

187. La palabra *sevicias*, conforme á su etimología, indica actos de crueldad; supuesto que la palabra va unida á la de *excesos*, hay que decir que no se trata de hechos que pongan en peligro la vida del cónyuge; trátase, pues, de golpes, de heridas. Se pregunta si las sevicias han de ser habituales para que constituyan una causa de divorcio. Se ha juzgado que las sevicias deben ser continuadas y tales, que la vida corra riesgo, ó por lo menos que la habitación común sea insoportable. (1)

Nosotros creemos que al exigir la continuidad de los malos tratamientos, se vá más allá que la ley. El código no dice esto, y el intérprete no puede separarse de la severidad de la ley. Cierto es que respecto á *excesos* no se necesita el hábito, esto resulta de la naturaleza misma del atentado á la vida. Hay que decir lo mismo de las *sevicias*, si por ellas se entiende un acto de crueldad; basta un solo hecho, porque señala por parte del esposo culpable un odio verdadero hácia su cónyuge, lo que implica que no queda en él sombra alguna de sentimientos afectuosos. Desde tal instante hay ruptura de las almas, y por consiguiente, el divorcio está moralmente consumado. Hay en este sentido una sentencia, y la doctrina está de acuerdo. (2)

188. Se ha dicho que las simples vías de hecho no constituyen por sí mismos una causa de divorcio; que el juez en esta materia debe tener en cuenta la condición y educación de las personas. (3) Creemos nosotros que esto es confundir las sevicias con las injurias. Todavía de hecho no puede entrar en la categoría de las sevicias; esto habrá sido ale-

1 Sentencia de Besançon, del 13 pluvioso, año XIII (Daloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 24).

2 Sentencia de Besançon, del 9 de Abril de 1808 (Daloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 24). Massol, *De la separación de cuerpo* p. 38.

3 Durantón, Curso de derecho francés, t. II, p. 501, núm. 552.

jarse del sentido natural y legal de la palabra; un acto de crueldad es por su misma esencia, un hecho grave. En cuanto á los malos tratamientos que no tienen el carácter de crueldad, no son sevicias, sino que entran en la categoría de las injurias. Hay en este sentido una sentencia de la corte de Burdeos. (1)

189. ¿El hecho material de los excesos y de las sevicias es bastante para que el cónyuge vulnerado pueda entablar el divorcio? ¿ó es preciso que tales hechos revistan el carácter de delito? No hay delito en donde no hay voluntad criminal; la ausencia de razón quita toda criminalidad á los hechos, que, bajo el punto de vista material, constituyen un crimen ó un delito. Si el esposo que comete excesos ó sevicias está afectado de enajenación mental, no hay lugar de divorcio. En vano se dirá que los malos tratamientos harían insoportable la vida común: si los excesos y las sevicias son causa de divorcio, es porque son una violación de los deberes que nacen del matrimonio. ¿Ahora bien, puede decirse de aquel que no goza de su razón que viola un deber? En definitiva, la enfermedad mental sería lo que el cónyuge vulnerado invocaría, más bien que los excesos ó las sevicias. Ahora bien, la locura no es una causa de divorcio. Si la demencia ó el furor pone en peligro la vida del conyuge, hay lugar para poner en un hospicio al enajenado; pero no puede ser ello cuestión de divorcio.

#### Núm. 3—Injurias graves.

190. La injuria supone que hay dolo é intención de hacer daño. Tal es lo que dice la corte de Turin en una sentencia pronunciada en materia de divorcio. Hay, pues, que

1 Sentencia de 10 de Abril de 1826 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 26, I).