

(art. 260); el del Estado de México (art. 188) y el que comentamos (art. 237) reconocen que los cónyuges separados pueden *en cualquier tiempo* reunirse de comun acuerdo, haciendo de este modo cesar la separacion. Las palabras subrayadas que son las de la ley, no dejan duda sobre que nada importa para nuestra legislacion, que la voluntad de los cónyuges en volver á unirse se haya manifestado antes ó despues de la sentencia de separacion, porque entre nosotros, á diferencia de lo que acabamos de ver en el código francés, la reconciliacion es eficaz para poner término al divorcio, ya se encuentre éste en el estado de demanda, ya revista el caracter de cosa juzgada. No cabe pues aquí considerar el hecho de la reconciliacion como una excepcion susceptible de ser opuesta á la accion de divorcio.

109. Finalmente, otro de los efectos del divorcio por mutuo consentimiento, y que le es comun con el divorcio necesario segun adelante veremos, es el consignado en el art. 279 del código del Distrito Federal de 1870 y en el 256 de el que comentamos. Como el divorcio importa necesariamente una grave y trascendental modificacion en el estado civil de los esposos á causa del cambio que se opera en los derechos y obligaciones de uno y otro, dichos artículos prescriben que, ejecutoriada una sentencia sobre divorcio, el juez de 1.^a Instancia remita copia de ella al del Estado civil, y que éste, al margen del acta de matrimonio, ponga nota, expresando la fecha en que se declaró el divorcio y el Tribunal que lo declaró. Esta prescripcion no se encuentra en el código del Estado de México. La conveniencia de ella es tanto mas evidente despues del código que comentamos, cuanto que éste, no limitando el tiempo que ha de durar la separacion voluntaria, deja enteramente su fijacion al convenio de las partes, de lo cual resulta que el cambio operado en el estado civil de los consortes puede durar ilimitadamente, y se hace no solo útil sino aun necesario, que aparte del expedien-

te formado ante el juez, exista otro medio de prueba que hacer valer ante los tribunales.

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

110. En nuestra legislacion es solo el código civil del Estado de México el que considera este hecho, como motivo suficiente para motivar la separacion de los consortes. Ni el derecho romano ni el Canónico mencionan esta causa de divorcio. El antiguo derecho francés tampoco habia decidido este punto, pues Merlin, trae dos sentencias en sentido contradictorio. Es realmente la ley francesa de 20 de Setiembre de 1792 la primera que ha considerado este hecho con el carácter de que tratamos. Despues el art. 232 del código de Napoleon dice: "la condenacion de uno de los esposos á una pena infamante será para el otro una causa de divorcio". Las razones dadas para motivar esta disposicion parecen ser las siguientes: Los esposos deben asistirse en sus desgracias; pero esto no es verdad sino tratándose de aquellas que recaen sobre ellos y que no son merecidas; porque seria muy afflictivo para aquel que no ha contravenido jamas á sus deberes, y que se ha conducido siempre de un modo irreprochable verse obligado á pasar la vida en la compania de una persona deshonorada y cubierta para siempre de infamia. (1) Asi Boulay decia: "Se estipula aquí para el esposo honrado y delicado en contra del esposo culpable y manchado. Querer que ellos vivan juntos, es querer reunir un cadáver con un hombre vivo. Esta causa de divorcio debe ser admitida, sin duda, en todos los pueblos; pero sobre todo en una nacion cuyo sentimiento característico es el honor (2)." La ley

(1) Massol, pág. 93.

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

de 10 de Mayo de 1816 reprodujo la disposicion del código. "Es con mucha razon, se dijo en la discusion, como el código habia adoptado este medio, haciendo de él una causa de separacion. ¿Cómo se querria obligar á un hombre ó á una mujer honrados á la vergüenza de continuar la más íntima de las sociedades con un individuo manchado por la ley y arrancado de la sociedad civil por sus crímenes?. El honor y la razon se sublevan igualmente ante esta idea cuya realizacion equivaldria á renovar el suplicio de Mazepa, á unir un cuerpo vivo con un cadáver y á condenar la pureza y la inocencia misma á la ignominia (1)."

Por lo que hace á este punto, la jurisprudencia y los autores han dilucidado las siguientes cuestiones: Supuestos los términos del art. 232, *condenacion de uno de los esposos*, se deducen varias consecuencias: primera, es necesario que haya habido condenacion, de tal manera que la simple acusacion no es bastante (2); segunda, es suficiente que haya habido condenacion, no importando nada que el plazo de ella se haya vencido, ni que por conmutacion ó indulto, no se sufriese la pena impuesta. Sin embargo la rehabilitacion (3) que borra la mancha del delito haria imposible de admitirse esta causa de divorcio (4), contra cuya decision, aceptada por la mayoría de los comentadores, solo se han manifestado Massé y Vergé, segun los cuales, aunque la rehabilitacion restituye al condenado los derechos de que habia sido privado, no quita al hecho su criminalidad ni á la condena-

(1) Loaré, tom. 5, pág. 549.

(2) Arrét de la C. de Paris du 16 juill, 1839 (Dalloz, "Separat de corps" num. 81.)—Démolombe, tom. 4, num. 396.—Massé y Vergé *sobre Zacarias*, tom. 1, pág. 251, nota 17.

(3) La rehabilitacion equivale á nuestro *indulto necesario*, ó sea, al descubrimiento y prueba de la inocencia del sentenciado.

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

cion su infamia. Tercera, es necesario que la condenacion sea definitiva, no pudiendo ya ser revocada ó reformada por ninguna via legal (1); cuarta, es indiferente que la condenacion sea impuesta por delitos cometidos *antes ó despues* del matrimonio (2).

111. El código del Estado de México se sirve de las siguientes expresiones (art. 174 inciso 4^o). Es causa legítima de divorcio *la pena impuesta por el delito infamante*. De desear sería que desapareciese esta prescripcion de uno de nuestros mas importantes códigos, pues ella se conforma muy mal con el carácter elevado y el grandioso destino á que el Cristianismo elevó la institucion de la familia. No es que neguémos los sufrimientos del cónyuge inocente ni aun cierta deshonra con que la opinion pública mancha su nombre las mas veces que el otro esposo ha cometido un delito por el cual se le ha impuesto una pena; muy léjos de esto vamos hasta reconocer que no carece de injusticia el obligar al esposo honrado, que será frecuentemente la mujer, sér débil y digno de especial consideracion, á que comparta la vida con quien no ha sido detenido en su mala conducta, ya que no por el respeto de las leyes, ni siquiera por el amor y pureza de su hogar. Sin embargo de todo esto, al ver cómo los lazos del matrimonio mas se estrechan precisamente en los tristes dias en que alguno de los cónyuges gime encerrado en una cárcel y apartado durante un largo tiempo del trato social; y comprendiendo que esta abnegacion, no enervada en sus actos, ni por los sufrimientos que la acompañan, ni por la vergüenza que la aqueja, es una de las mas sublimes pruebas de que nuestra al-

(1) Vazeille, tom. 2, num. 554.—Démolombe, tom. 4, num. 397.—Nogent-sur-Seine, 9 mars 1840 (Dalloz, num. 82.)

(2) Massé y Vergé *sobre Zacarias*, pág. 251, nota 18.—Pouille, *Le divorce*, pag. 126.

ma siente por natural tendencia, compasion hácia todo lo que sufre en el mundo, nos parece que es no conocer la humana naturaleza venir á ofrecerle medios legales para que tales sentimientos no existan, y tentarla con facultades de cuyo ejercicio no se acordara jamás, á no decirle la ley que ellas eran una realidad. Por otra parte el matrimonio tiene por objeto la moralidad y el perfeccionamiento de los esposos; él es el complemento de la personalidad de cada uno de ellos, y si el hombre y la mujer son seres incompletos y débiles separadamente, con su union forman una entidad robusta y respetable. Cuando pues uno de ellos es moralmente desgraciado, en vez de abandonarle el otro, exacerbando mas su infortunio y produciendole con el alejamiento la desesperacion, debe apresurarse á tenderle la mano y á verter sobre sus heridas el dulcísimo bálsamo de la ternura y del consuelo. ¡Cuántos sentenciados por otra parte se regeneren con esta conducta y se conviertan en padres de familia ejemplares y en ciudadanos útiles, dígalos con sus elocuentes cifras la estadística! Esta cuestion es cuestion jurídica y para resolverla nada deben significar las preocupaciones de la pública opinion, sobre todo cuando ellas son funestas y constituyen un obstáculo á las naturales y loables tendencias de nuestro espíritu.

112. Dos importantes cuestiones pueden presentarse con motivo del artículo preinserto. La primera nace de los términos nada precisos en que está redactado. En efecto, nuestra razon no alcanza á comprender cuáles delitos no sean *infamantes*, desde el momento en que, siendo el legislador quien habla, la interpretacion mas natural exige que, supuesto que todas las leyes sin excepcion alguna son igualmente respetables, deben ser reputados *infames* todos los delincuentes. De seguro el legislador del Estado de México no ha querido dar á sus palabras una extension tan absoluta. Fuera de este criterio no tenemos para apreciar la *infamia* de los delitos sino las calificaciones muy vagas y

apasionadas de los particulares, cuyos intereses han sido atacados por el delito, ó las ideas de determinadas agrupaciones sociales, que jamás podrán fijar de una manera cierta el concepto, cuya claridad buscamos. Así todos parecen convenir en que el robo es un delito infamante; y sin embargo, sería monstruoso declarar infame á aquel que solo ha incurrido por tal delito en una pena de breves dias de prision, impuesta por un juez correccional. Del mismo modo hay quienes aseguran que la diferencia característica entre los delitos políticos y los privados es que, mientras estos infaman y deshonoran, los otros son loables ó por lo menos merecedores de disculpa; pero si se examinan las consecuencias de unos y otros, se ve al punto que el homicidio, por ejemplo, causa la muerte de un solo hombre, y la sedicion acaba con la vida de multitud de ciudadanos. En este sentido no sería inexacto afirmar que hay delitos políticos más merecedores de la nota de infamia que ciertos delitos privados. Los ejemplos pudieran multiplicarse, principalmente atendiendo al elemento de las circunstancias *atenuantes* y *aggravantes* que tanto papel hacen en la materia criminal y que no pueden menos que ser atendidas en la graduacion de los hechos delictuosos. Es pues solamente el legislador, el único que podría darnos la verdadera base para fijar la clasificacion de que se trata, pues aparte de lo débil y variable de cualquiera otra, debe tenerse presente que, á menos de ser el juez quien ponga en esto su arbitrario é individual parecer, la *infamia* de un delito ha de ser siempre el resultado de una sentencia, la cual tiene que fundarse necesariamente en una ley.

Pero ni el legislador del Estado de México, que nada dice sobre esto en el Código penal, ni otros que lo han intentado desde antiguo, han logrado presentar el cuadro perfecto de los delitos *infamantes* y *no infamantes*, que sería indispensable tener á la vista, para evitar la arbitrariedad tan peligrosa en esta materia. Varias leyes del código de las *Partidas* tenían por delitos

infamantes el de usura, el de traicion, el de falsedad, el de adulterio, el de cohecho y el dolo cometido por el socio, tutor, procurador y depositario; pero la siguiente frase "ó algun otro yerro que oviesse fecho" contenida en aquellas, destruye toda clasificacion; pues parece extender la infamia á todos los yerros ó delitos. (1) Las leyes Recopiladas no son mas explícitas ni conformes al concepto racional de la infamia, pues en tiempo de Felipe V se declara infame el delito de duelo y en el de D. Cárlos III se hace otro tanto con el de azonados ó alborotos. Se ve, pues, que en estas leyes, ó se evita entrar en una frança exposicion de los delitos llamados *infamantes*, ó se enumeran entre estos aquellos que, aunque muy dignos de castigo, no responden á la nocion legal que nos ocupa. Esto proviene de la suma dificultad que existe para reducir á fórmuas precisas un concepto que como este, por depender de innumerables circunstancias, ya del grado de civilizacion de la época en que se legisla, ya de los varios elementos morales que por necesidad entran en la composicion de los delitos, se escapa á una enumeracion perfecta é irreprochable en el terreno del derecho abstracto.

Podrá objetársenos que la nocion de delito infamante debe deducirse de la pena con que es castigado; mas tampoco es este un seguro punto de partida, no solo porque, no correspondiéndose exactamente las penas y los delitos, resulta que una misma, sin exceptuar la de muerte, puede imponerse por hechos muy diversos, cuya vileza ó atrocidad no es igual ni ante la pública opinion, sino porque, habiéndose abolido en gran parte de las legislaciones modernas las penas infamantes, como eran las de azotes, marca, afrenta pública, &, &, falta para el fin que buscamos aun el medio que se propone. El célebre jurisconsulto italiano Rossi escribía á propósito de las llamadas penas in-

(1) Partida 7.ª, tit. 6, ll. 4 y 5.

famantes las siguientes importantísimas palabras, que tienen toda su oportunidad en este lugar: La primera idea que se presenta al espíritu con motivo de esta clase de penas es la de preguntar: ¿existe en realidad eso que se llama pena infamante? En efecto, la conciencia pública entiende y juzga la inmoralidad de las acciones, y aprecia mejor que la justicia penal su valor relativo y los diversos matices que de elogios ó vituperios las han de hacer dignas. Ahora bien; elíjase uno de estos dos extremos: ó la opinion pública, acomodándose á la ley y á la par con ella, declara infame al autor de estas acciones, ó lo que frecuentemente sucede, en política sobre todo, venera y aplaude el pueblo á los que el juez notó de infamia. En el primer caso obra el legislador inmoral y peligrosamente, agravando la reprobacion debida á los actos por él señalados, y perturbando, por consecuencia de su influjo político, las nociones verdaderas é instintivas de la conciencia pública. En la segunda hipótesis, trabaja en valde ó únicamente para desacreditar la ley y á sus autores, cuyos decretos desapruueba la opinion: en una palabra, hay una dispensacion artificial y arbitraria de la infamia que el legislador determina; pero los sentimientos morales no se dejan gobernar á merced de la ley positiva. Además, las penas infamatorias, perpetuas por su naturaleza, levantan una barrera entre la sociedad y el condenado, quebrantando todos los lazos que los unian. ¿Qué esperanza le queda al que ha sido públicamente expuesto al desprecio y al horror de sus semejantes?..... Perdida la reputacion se acabaron para él la confianza y la beneficencia; y no teniendo nada que esperar de los hombres, y por consiguiente nada que temer, su estado no puede ser peor. Si no le es dado subsistir con su trabajo, porque la desconfianza y el desprecio general le quitan este recurso, no le queda otro que el de mendigar ó robar..... Además estas penas son indivisibles, pues no es posible ninguna distribucion equitativa de la infamia: son inapreciables, pues unos las des-

precian, y otros las temen mas que la muerte; y son irreparables porque oponen un obstáculo invencible á la enmienda moral de los condenados. (1)

Conforme á estas ideas, nuestra Constitucion política (art. 22) ha abolido las penas infamantes, y sus intérpretes han llegado hasta considerar contraria á ella esa pena tan comunmente impuesta por nuestros códigos al delito de robo, es á saber, la inhabilitacion perpetua para toda clase de honores, empleos y cargos públicos. (2) Resulta pues, que el artículo del código del Estado de México de que nos hemos venido ocupando, ó no descansa sobre una base cierta y segura, ó es anticonstitucional y en consecuencia inaplicable por los tribunales.

113. Sin embargo se ha querido dar al hecho de la condenacion de uno de los esposos el carácter de *injuria grave* cometida contra el otro, para de este modo hacerle entrar en otra causa de divorcio, de que ya hemos hablado (3). En nuestro concepto este modo tan absoluto de juzgar es contrario á los verdaderos principios que rigen esta materia. Ante todo debe tenerse presente que para que ciertos hechos sean motivos de divorcio, es necesario que constituyan una ofensa directa de parte de uno de los cónyuges contra el otro. Actos extraños á la paz doméstica y que no perturban el afecto de los esposos; por graves y punibles que sean, seria error muy grande, cuando el matrimonio puede ser á pesar de ellos la union de los esposos, convertirlos en causas de separacion, pues tanto equivaldria, á hacer de ésta un medio de castigo público, lo que es contrario á la

(1) Rossi, *Tra'ado del Derecho penal*, tom. 3, pág. 189.

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

(3) Vazeille, tom. 2, 553.

verdadera idea del matrimonio y de sus efectos (1). A pesar de estas razones la interpretacion existe y para su defensa cuenta con el sufragio de acreditados autores. Siendo pues todavía controvertible, examinémos la segunda cuestion á que el texto de la ley puede dar lugar. Las palabras *pena impuesta* ¿se refieren á una época, *posterior* ó *anterior* al matrimonio? ¿Que sucederá, si se descubre *durante el matrimonio* por uno de los cónyuges, que el otro habia sido condenado *antes* por un delito infamante? ¿Habrá causa para la separacion? Ya hemos tratado este punto por lo que hace al consentimiento entre los contratantes del matrimonio (2) y visto que, sean cuales fueren los motivos invocados para considerar aquel como no existente, la sana doctrina enseña que el matrimonio no debe ser anulado porque no ha habido error en la persona. Por lo que hace á la separacion ¿qué decidir? Algunos comentadores responden negativamente á la anterior cuestion y sus razones son las siguientes: La separacion de cuerpo no es concedida sino para el alivio de los males que uno de los esposos hace sufrir al otro por su inobservancia de los deberes que ha jurado cumplir. Antes del matrimonio, estos deberes no existian para aquellos que no estaban unidos; y por consiguiente no se pueden buscar motivos de separacion en la época que ha precedido al matrimonio (3). Pero esta teoría es combatida por otros autores que, atendiendo á la razon por la cual el legislador ha aceptado, como causa de separacion para uno de los cónyuges, el hecho de que el otro fuese sentenciado á una pena, razon que no es otra mas que la injusticia y aun crueldad en sujetar á la deshonra

(1) Massol, pág. 447.

(2) Véase tom. 2.º de esta obra núm. 110.

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

y á la infamia al inocente, enseñan que, subsistiendo la misma consideracion, ya sea que la sentencia se haya pronunciado antes ó despues del matrimonio, en uno y en otro caso debe reconocerse la misma causa de divorcio (1). Finalmente no faltan quienes insistan en que solo la condenacion posterior al matrimonio debe ser causa de divorcio, en razon á que repugna que se pueda pedir por una causa anterior, porque debe presumirse que el cónyuge inocente conocia la conducta de aquel con quien se ha unido, no solo por una curiosidad muy natural, sino porque las sentencias pronunciadas en materia criminal son públicas y perfectamente susceptibles de ser conocidas por todo el mundo.

En nuestro concepto, es necesario para resolver este punto, considerar que el hecho de que se trata entra en la calificacion general de *injuria grave* y establecer la distincion sobre si el cónyuge que solicita el divorcio conocia ó no los antecedentes de el demandado. Si lo primero, la demanda es inaceptable porque no puede fundarse en el engaño; el demandante sabia 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 caido sobre él. *Volenti non fit injuria*. Si lo segundo, el demandante está obligado á probar que no habia sido informado de la condenacion de que se queja. Hecho esto, no podria menos que verse una injuria de las mas graves en la ocultacion y disimulo de su condicion 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 ilegítimo despues del matrimonio. (2) Así

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

(2) 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.

el código italiano en su art. 151 ha obviado á todas estas dificultades, diciendo que la separacion 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 2.^a

¿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 satisfaccion dada á las ofensas que uno de los cónyuges ha recibido del otro, de lo cual rectamente se infiere que la accion para pedirlo solo puede ser deducida por el ofendido. Sin embargo, verdad tan obvia no fué vista con toda claridad por las legislaciones antiguas, y aun hoy no deja de ser materia de controversia, pues los diversos puntos de vista desde los cuales puede considerarse la institucion del matrimonio influyen en que lo que parece tan personal como la reparacion de una injuria se haga extensivo, unas veces por razon de la misma persona ofendida, otras por causa de los bienes que con el matrimonio se ligan, á individuos extraños, que como adelante veremos, solo por una confusion de ideas puedan intervenir en los debates judiciales sobre divorcio.

115. Claro es que en el antiguo derecho romano la accion de divorcio ha debido pertenecer exclusivamente al *pater familias*, cuyo poder sobre los hijos, si se recuerda la expresion del jurisconsulto Gallo, no tenia por lo riguroso y absorbente, igual en ningun otro pueblo de la tierra, no siendo una excepcion de aquello sino los hijos emancipados. Ulpiano nos hace saber que el padre podia provocar el divorcio de sus hijos en los casos de fuerza mayor, ó cuando se encontraban, por causa de su estado