

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

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 por tal causa no fuese exclusiva del cónyuge ofendido. Pero mas 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*. (3) Justiniano decidió que el marido solo 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. (4)

116. En el antiguo derecho frances se distinguían las causas de divorcio que la mujer podía invocar contra el marido y aquellas que éste podía 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 deman-

(1) *Dig.*, lib. 24, tit. 2, l. 4.

(2) *Sent. de Paulus*, lib. 5, tit. 6, § 15.

(3) *Cod.* lib. 9, tit. 9, l. 30.

(4) *Novela* 134, cap. 8, § 2.

da 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.” (1) 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 marido podía verla y visitarla, y de cuyo lugar solo podía salir á los dos años, si el marido quería recobrarla y recibirla 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. (2) 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 quae tempore aut morte pereunt, semel inclusae iudicio, salva permanent*. (3) 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.

(1) Pothier, num. 516.

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

(3) *Dig.*, lib. 50, tit. 17, l. 139.

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 del 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 aun completamente definido en la jurisprudencia francesa.

118. Nuestro antiguo derecho patrio contiene una disposición terminante sobre la pertenencia de la acción de divorcio á favor de los cónyuges, con exclusion de cualquiera otra persona y aun de aquellas que la ley romana de Constantino, ántes citada, llama *proximæ et necessariae*. Ciertamente el derecho de acusación del adulterio pertenecía, fuera del caso de divorcio, é *que el casamiento non fuese partido*, no solo 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 mas sabidores ende que otro.—Por tal razon 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.

(1) Partida 7, tit. 17, l. 11.

(2) Partida 4.ª, tit. 9, ll. 1 y 2.

23) que la acción de adulterio *es comun* 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 comun al marido y á la mujer, la cual podrá solo 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 por los arts. 229, 230 y 231 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 las personas que podían ejercer la acción de divorcio, aquella ha sido desde antiguo explícita y terminante en favor de los cónyuges, con exclusion de cualquiera otra persona. ¿Débase encomiar ó reprobar por la ciencia jurídica esta exclusion? Examinémos 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, solo 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, apesar de que sus créditos estuviesen de algun modo interesados, ya fuera para que el divorcio se declarase, ya para impedir su sentencia. "Los acreedores dice Poulle, no tienen ninguna cualidad para intervenir en la ins-

tancia ó para formarla. Su intervencion 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 cuestion de estado, enteramente personal de los esposos. (1)''

121. ¿Puede ejercitar la accion 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 aplicacion, por lo que hace á la accion de divorcio, el art. 585? El curador está obligado á defender los derechos del incapacitado en juicio ó fuera de él, cuando esten en oposicion 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 ocasion 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 opinion, no obstante el carácter eminentemente personal de la accion de divorcio, establecido por el art. 239 y demas correlativos. Pero este punto ha dado márgen á importantes discusiones entre los jurisconsultos franceses, aunque partidarios todos de que la accion que nos ocupa pertenece solo 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 opinion, como contraria al texto y al espíritu de la ley. No hay accion mas personal que la de

(1) Poulle, *Le divorce*, pág. 133.—Massol, pág. 112.—Demolombe, tom. 4, num. 427.

divorcio; ella tiene por objeto la disolucion del matrimonio; la ley no la dá sino forzada; solo al esposo ofendido conviene intentarla. Su conciencia puede oponerse á esto. ¿Con qué derecho un tercero haría en nombre del incapacitado lo que este 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 mas personal en el mundo; la injuria se borra por el perdon; 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 reconciliacion. ¿Acaso el tutor puede representar al incapacitado en lo que tiene de mas 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 tiene por objeto la separacion de cuerpo. Con justicia pues ella permanece aislada en la jurisprudencia francesa, porque en último análisis, por no establecer el legislador una excepcion al principio de que la accion de divorcio es personal de los cónyuges, viene á sancionar la mas inícuca de todas las ofensas, no solo por lo que importa en sí misma, violacion de la fé conyugal, deshonra del marido, introduccion al hogar de hijos extraños, dilapidacion de los bienes, etc., etc., sino porque ella procede del ser destinado para servir de amparo y escudo al ofendido, quien ya no podrá ni exhalar la mas ligera queja, ni la menos agresiva reconvencion 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 proteccion de la ley debe servir para cuidar no solo los intereses pecuniarios, sino tambien todo lo que constituye la existencia del incapacitado, es decir,

(1) Laurent, tom. 3, num. 216.

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, solo 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 culpabilidad en los duros tratamientos, en la crueldad, en el oprobio que se hace sufrir á un ser 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 reponérsenos: el mismo art. 585 con sus correlativos antes citados y el art. 446 del Código de Napoleon (1) dan, sin necesidad de separacion pedida por el curador, un medio eficaz para evitar los males é inconvenientes que se mencionan, es á saber, la destitucion 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 separacion de cuerpo. Desde luego no es resolver la cuestion 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

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

ge incapacitado para pedir el divorcio respecto del otro. Fuera de esto ¿es una verdad que las razones, antes expuestas para motivar tal sustitucion, quedan contestadas diciendo que basta la sola destitucion del cónyuge tutor? No lo creemos, pues el deshonor, arrojado sobre el cónyuge incapacitado, la participacion indebida del cónyuge culpable en los bienes del inocente y la introduccion 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 bastante fuerza para convencer de que la accion de divorcio en ciertos casos debe de ser ejercitada por el curador (1).

Tal es la opinion que nos parece más satisfactoria en el terreno de la ciencia ¿Ha sido seguida por nuestros codigos? Con pesar reconocemos que no, y á decidirlo así nos obligan textos clarísimos y los preceptos de una buena interpretacion. En efecto, despues del art. 239 y sus correlativos mencionados, concebidos en terminos absolutos sobre el principio de que la accion de divorcio exclusivamente pertenece al cónyuge ofendido ó inocente, se encuentra el 497 segun el cual el tutor está obligado á administrar y á 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 excepcion del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase*. A este artículo corresponden el 594 del código del Distrito

(1) Paul Bernard "La séparation de corps réformée," chap. 2.—Demolombe, tom. 4, num. 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, num. 89).

Federal de 1870; el 442 de Veracruz; el 400 del E. de México y el 385 de Tlaxcala. Si pues el tutor representa la persona del menor en todos aquellos actos civiles que no 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 accion 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 salvacion que la remocion de la tutela, á peticion 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.

SECCION 3.ª

DE LAS EXCEPCIONES CONTRA EL DIVORCIO.

Número 1. Del perdon.

122. La accion 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 causas de aquel. Esto quiere decir que la ley, aunque deseosa de la permanente union 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 obligacion 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 mas 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 reparacion ó cesacion 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 mas grave de las causas de divorcio. El cónyuge ofendido no solo puede separarse del otro, sino que está obligado á hacerlo, cuando, despues de agotados otros recursos, se convenciere de la necesidad de la separacion. *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 desórden; es conveniente que antes de pedir judicialmente la separacion, 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 separacion, que es casi siempre seguida de escándalo. Con mayor razon, 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 Tomas enseña: *Vir si di-*

(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.