

siempre? Si la misma pena material impuesta al delito tiene un término ¿porque no tenerla esa pena moral de la separacion? 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 reconciliacion es una excepcion que tiene por objeto segun nuestras leyes oponerse al divorcio, ya sea que este se encuentre *sub judice*, ya despues de la sentencia, y para el caso de que el esposo ofendido quiera todavia, á pesar de aquella, ó continuar el juicio ó hacer valer sus derechos, es esta la oportunidad de exponer en qué consiste la reconciliacion 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. Anté la negativa, pues, del demandante en divorcio sobre el hecho de la reconciliacion ¿cuáles son los actos que el demandado debe probar como constitutivos de ella? La importancia de la cuestion se palpa con solo reflexionar en las innumerables formas que puede revestir la reanudacion 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 ningun legislador haya pretendido hasta ahora contener en una fórmula precisa y clara las infinitas cuestiones á que la negativa de la reconciliacion en un juicio de divorcio puede dar lugar. Todos los autores convienen en consecuencia en que este punto del derecho depende de la soberana apreciacion de los tribunales, quienes darán ó no entrada á la accion de divorcio, segun que á su juicio particular, la reconciliacion 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 util exponer las principales, pues el poder discrecional del juez no debe ir hasta aceptar, como constitutivos de la excepcion que nos ocupa, hechos que no lo son, ni *viceversa*, porque de lo contrario su fallo seria justamente revocado. La despedida de la concubina de la casa comun 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? Si, segun una sentencia de la corte de Basañon de 24 de Noviembre de 1807. —La superveniencia de un hijo legítimo durante el divorcio, ya sea antes, ya despues de la sentencia ¿constituye la reconciliacion de los cónyuges? Si, segun 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 concepcion sea posterior, por lo que hace á la demanda en separacion 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 reconciliacion? Si, segun la doctrina mas 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 reconciliacion, cuando es la mujer quien lo alega como excepcion contra la demanda del marido, principalmente si esta se funda en la causa de adulterio. Ademas, como lo enseña Durantón, la presuncion de reconciliacion depende, ya sea que se trate de la mujer, yá 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 presuncion tan poderosa como entre personas de un rango mas elevado. No estando estas en la necesidad de vivir continuamente unidas; buscando, al contrario, medios de disipacion en la sociedad, y encontrando el marido en la independencia de

una vida comoda y tranquila, así como en su fortuna, la ocasion 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 alegacion de los hechos fijados en la época de la concepcion, ó como la prueba de una reconciliacion 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 presuncion en favor de la reconciliacion? Si, segun sentencias de Riom de 18 nivoso año 12; de casacion 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 suficiente de reconciliacion? Si, segun sentencia de Besançon de 1^o de Junio de 1811.—La cohabitacion posterior á los hechos en que se funda la demanda de divorcio, ó al decreto de separacion, ó acaecida durante el juicio, ¿importa presuncion de reconciliacion? Si, segun la opinion mas comun (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 de el que comentamos. Era esta tambien la desicion de nuestro antiguo derecho (núm. 136). Sin embargo, basta reflexionar un poco para convencerse de que la cohabitacion, por si sola y separada de otras circunstancias que no dejen lugar á duda sobre la reconciliacion, es insuficiente para fundar en favor de esta ninguna presuncion. En efecto, si la reconciliacion importa una excepcion 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 incompati-

(1) Duranton, tom. 1, núm. 1,158.

(2) Dalloz, núms. 206 y sigts.

(3) Coulon—Faivre, pag. 186.

ble con la subsistencia del disgusto experimentado por el esposo inocente, tiene que ser un indicio muy poco seguro de reconciliacion. Ahora bien, es lo que sucede con la cohabitacion, como se deduce de las siguientes consideraciones: Si es la mujer la que solicita el divorcio, ¿qué puede significar en pro de la reconciliacion 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, segun lo veremos más adelante, no supone culpa en la mujer, esta 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 obligacion el continuar ó no habitando con su marido despues de la demanda de divorcio; pero el ejercicio de una facultad es una 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 cesacion de la vida comun, y finalmente aun supuesta esta, precisa investigar hasta que grado de intimidad han llegado las relaciones de los esposos. En este sentido se han manifestado siempre el código y la jurisprudencia franceses (1); pero los nuestros fundan en la cohabitacion una presuncion *juris* en favor de la reconciliacion, lo cual quiere decir que al demandante en divorcio incumbe la prueba de que, apesar de aquella, no ha habido reconciliacion.

141. Hay pues casos dudosos y no poco controvertibles de reconciliacion, que solo la sabiduria de los jueces puede resolver, aplicándose á descubrir la verdadera intencion de las partes, al

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 410.—Vazeille, tom. 2, núm. 576.—Combier, 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.

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 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 ménos 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 sutilidades 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 tu-

(1) G. Goyena, art. 80.

biese que hacer el arbitrio 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 Napoleon 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.

142. Hasta aquí hemos hablado de la reconciliación en el sentido de que ámbos cónyuges consientan en reanudar la vida matrimonial; pero, si solo 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 apesar 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, *quod 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

(1) Gregor. IX, cap. *Gandeamus, de convers. conjugat.*

Tomás de Aquino que dice: *quod inducitur in favorem 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 emiseric.* (1).

Este principio ha pasado á las legislaciones modernas, más ó ménos combatido, sobre todo en los últimos tiempos. Durantón 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 sido pronunciado el divorcio, que como la regla *pater est quem nuptiæ 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 (2). 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 solo 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

(1) D. Thom. *Summ. Theol.*, Q. 62, art. 6.

(2) Durantón, tom. 1, núm. 1,205

nuestro favor, no podemos ciertamente privar, por esta renuncia, á un tercero del derecho que le pertenece (1). 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 plugiere y según su fantasía, y que tampoco el esposo, contra el cual la sentencia ha 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 (2)."

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 este se desiste de su derecho; atendido que solo 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 este del juicio mismo en que se proclamaba su culpabilidad. La separación de cuerpo es un ac-

(1) Laurent, tom. 3, núm. 357.

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

to funesto que el legislador debe esforzarse en abreviar. Que no se diga que ella es de orden público y que por tanto no debe quedar á merced de una de las partes. Esto 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. Mas, sol, que al principio había opinado como los adversarios antes citados, ha venido en los últimos tiempos á proclamar 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. ¿Habrá 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 repudiü dedisse utrumque pronuntiatum est; id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur; paria enim deli-*

(1) Massol, *De la separat. de corp* 2d edit. pág. 419.

ta mutua pensatione dissolvuntur (1). 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* (2).

145. Esta doctrina fué recogida por el Cristianismo, y así se encuentra sustentada en diferentes lugares de los canonistas (3). *Nihil iniquius*, dice un Canon, *quam fornicationis causa dimittere uxorem si et ipse convincitur fornicari..... quapropter quisquis fornicationis causa vult abjicere uxorem, prior debet esse a fornicatione purgatus, quod similiter etiam de faemina dixerim* (4). *Occurrit enim illud*, dice San Agustín, *in quo alterum judicas, teipsum condemnas: eadem enim agis, quæ judicas* (5).

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 ficiera adulterio, quisiera acusar á su mujer, que fizó adulterio, y ella dijere, ante que diga de si ó no, que no la puede acusar, por que el fizó adulterio, si ge lo probare, *puédalo desechar de la acusacion* (6)." El Código de las Partidas dice: "Aviniendo que acusasse alguno á su mujer, que ficiera adulterio, de manera que lo provasse, 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*

(1) *Dig. lib. 24 tit. 3, l. 39.*

(2) *Dig. lib. 48, tit. 5, l. 12.*

(3) Cap. *Significasti, de divortiis; Id, Intelleximus; Id, Tua fraternitas.*

(4) Can. *Nihil iniquius*, cap. 32, Q. 6.

(5) Div. August, *In sermone Domini*, cap. 28.

(6) *Fuero R. ál, lib. 4, tit. 7, l. 4.*

como esta puedelo demandar la mujer, que torne á ella. e deue la Eglesia apremiar que lo faga; e non se puede escusar que non torne á ella, maguer 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 (1).” El mismo dice en otra parte: “Ome vil, é de malas maneras, que oviere fecho adulterio, si quisiere acusar á su mujer dese mesmo yerro, non seria la mujer tenida de responder, poniendo tal defencion ante si, é probando que tal era, ante quel pleito sea comenzado por demanda é por respuesta (2).” Más en sentido contrario se expresaba el Ordenamiento de Alcalá, diciendo: “Y que la mujer no se pueda escusar de responder á la acusacion del marido, ó del esposo, por que diga que quiere probar quel marido ó el esposo cometió adulterio (3).”

147. El antiguo derecho francés aplicó tambien constantemente el mismo principio antes de la época de 1793. Se lee en Despeisses: “Sin embargo, la dicha separacion no tiene lugar cuando el marido que la solicita por el adulterio de su cónyuge, ha cometido el mismo igual delito (4).” Del propio parecer son Domat (5) y Coquille, que expresamente acuerda la compensación á efecto de impedir la separacion (6).

El Código de Napoleon no contiene en términos explícitos

(1) Partida 4^a tit. 10, l. 6^a

(2) Partida 7^a, tit. 17, l. 3^a

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

(4) Despeisses, tom. 1, sect. IV, num. 17.

(5) Domat, *Suppl.* tom. 2, part. 1^a sect. II, num. 4.

(6) Coquille, *Inst. du Douaire*, Quest 151.—Fournel, *Trait. d'adult.* pág. 166.—Voet, *ad Pandect. de injur. et fam. libel.* num 20.

más excepcion contra el divorcio, que la reconciliacion. Una sentencia de casacion declara que *por haberse rechazado la excepcion resultante de la imputacion de adulterio hecha por el demandante á su mujer, no se ha violado ningun texto de la ley* (1). En consecuencia depende de los tribunales aceptar ó no, respecto al divorcio, en ciertos casos la compensacion, que no ha sido expresamente excluida por el Código. De aquí interminables controversias entre los comentadores y en la jurisprudencia. Los unos piensan, que supuesta la prescripcion del artículo 339 del Código penal, la excepcion de compensacion tiene que ser admitida tambien en lo civil y en el caso de divorcio. (2). Así Duranton, 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 separacion, no obstante la excepcion de indignidad, desconocerían el verdadero espíritu de la ley y heririan profundamente el buen sentido y la razon general. El art. 272 no dice que la accion no será extinguida *sino* por la reconciliacion; dice simplemente que ella será extinguida por esta causa, lo que es muy diverso.....¿Porqué 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 razon se debe obrar así en materia de separacion,

(1) Deneville, 1821, pag. 401.

(2) Vazeille, tom. 2, núm. 536.