

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 compensacion no existe en el Código, sino tratándose de deudas pecuniarias, supuesto que, ocupándose aquel *del divorcio* en una seccion especial, y tratando en seguida de las *excepciones contra la accion en divorcio por causa determinada*, guarda el más profundo silencio sobre el caso en que el esposo demandante en divorcio ó en separacion de cuerpo, sea él mismo culpable de las faltas que reprocha al esposo demandado (2). Esta interpretacion es sin duda la más aceptable, y solo así puede explicarse que los autores del Código no incluyeran en el capítulo sobre excepciones á la accion de divorcio la compensacion, despues de que la Côte de Agen habia propuesto añadirla en el proyecto. El silencio definitivo del legislador decide toda la cuestion. "Convendría dijo ese tribunal, admitir la excepcion resultante de la compensacion. Ella se encuentra expresamente establecida en la ley 39. D. *Solutio matrimonii*. Hay que estudiar esa bella ley del sabio Papiniano. Los motivos que la dictaron, deben hacernos adoptar sus disposiciones. Como entre los romanos, el matrimonio es entre nosotros un contrato que impone á los esposos una fidelidad recíproca, costumbres exactas, una conducta igualmente irreprochable. Ahora bien, es propio de semejantes contratos rechazar las quejas de aquel de los esposos, culpable de la misma infraccion del contrato (3)." Laurent,

(1) Durantón, tom. 1, núm. 1161.

(2) Merlin, *Repert.* "Adultere" § 9.

(3) *Projet du Cod. Civ.* pag. 7.—Demolombe, tom. 4, núm 415.—Laurent, tom. 3, núm. 213.—Marcadé, tom. 1, art. 307, núm. 4.—Pouille, *Le divorce*, pag. 170.

adversario tambien del principio de la compensacion en materia de divorcio, no solo en teoría sino como fundada en el Código, enseña que toda la dificultad se resuelve, reconociendo á ambos esposos culpables el derecho del divorcio. Esta solucion, dice, se funda sobre los principios de derecho, porque allí donde hay una causa de divorcio, debe haber disolucion del matrimonio. En este sentido se encuentran varias sentencias en Dalloz (1).

148. Nuestra legislacion nacional no es uniforme sobre la presente materia. La ley de 23 de Julio de 1859 expresamente acepta la compensacion en el caso de adulterio (art. 21, inciso 1.º), y en el mismo sentido han sido redactados los artículos 228, inciso 1.º y 233 del Código de Veracruz; 181 del Estado de México y 245 del Distrito Federal de 1870, los cuales, sin embargo, dejan al juez la facultad de otorgar el divorcio, apesar de la reciprocidad del adulterio, cuando *lo crea conveniente, atendidas las circunstancias del caso*. El Código de Tlaxcala (art. 171) declara que, siendo comun á los dos cónyuges el delito de adulterio, solo podrá decretarse el divorcio *á petición de ambos*. El Código actual del Distrito Federal no reconoce en ningun sentido la compensacion, la cual *se creyó poco conforme con los preceptos de la moral*, segun lo expresa el dictámen de la comision de justicia de la Cámara de Diputados, pues parece, dice este 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 compensacion, si el divorcio era ó no de otorgarse segun las circunstancias, la misma Comision expresa que lo considera *inconveniente, porque además de desvirtuar en lo absoluto el precepto legal, lo hace odioso y de difícil aplicacion*.

(1) Dalloz, *Repert.* núm. 194.

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 1.º de Abril de 1872, cuyo art. 829 dice: "El cónyuge acusado de adulterio, no podrá alegar, como excepcion, que su cónyuge ha cometido el mismo delito, antes de la acusacion ó despues de ella."

149. La presente cuestion 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 satisfaccion 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 encuentre él mismo culpable del propio hecho porque pide el divorcio. Lo contrario equivaldria á convertir el juicio de separacion en un sistema injusto que, en vez de ser el amparo de la inocencia, serviría en muchos casos solo para pasto de ruines y miserables pasiones. Más si se atiende á que el legislador, al establecer el remedio del divorcio, ha querido moralizar los matrimonios en desórden; y á que este 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 contemplacion pública ese espectáculo escandaloso de vicios y crímenes recíprocos. Muy léjos pues, puede decirse, de que la reciprocidad de faltas entre los casados sea un motivo para no decidir sobre su separacion, la dignidad del matrimonio impone la necesidad de que en este caso sea mas pronto pronunciada. Ahora bien, ¿cuál de estos principios debe prevalecer? Sin vacilar respondemos que el segundo, porque el interés social debe pesar mas

que el privado en la balanza del legislador. Es bajo este mismo punto de vista como el Derecho Canonico ha considerado la cuestion, si bien entendiendo el interés social de otro modo y concibiendo esperanzas de correccion de parte de ambos esposos culpables, que á nosotros nos parecen de muy difícil realizacion. A la sociedad evidentemente interesa que el mayor número de matrimonios permanezca unido y extraño aún á las menores perturbaciones; ¿cómo se obtendrá con mas seguridad este resultado, supuestas siempre aquellas, si cuando se impide que venga el divorcio por faltas mútuas 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 dia á dia la conciencia del hombre, pues solo ellos son aptos para saber, cuando es ménos 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 accion de divorcio es la provocacion, 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 excepcion, es siempre, como en el número anterior, el principio de que el divorcio ha sido establecido para satisfacer solo al esposo inocente y ofendido. El derecho romano reconoció los efectos de la provocacion, segun 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 præbuerit, audiendus est (1).

151. El derecho canónico es terminante en favor de esta excepción, siendo según él aplicable no solo 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 por 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. 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 reputarse injuriado, el que conoce y consiente la injuria.

152. Nuestro antiguo derecho pátrio menciona también esta excepción. Así el Fuero Real dice: El marido no puede acusar á la mujer de adulterio, que fiziere *por su consejo ó por su mandado* (4). El Código de las Partidas dice: E otro si non debe ser cabida la acusacion de aquel, *quel mismo trae su mujer, ó es mensajero, ó toma precio por que faga ella adulterio con alguno* (5).

153. El antiguo derecho francés admitía también la provoca-

(1) *Dig.* lib. 24, tit. 3, l. 47.

(2) Inocencio III, cap. *Discretionem, de eo qui cognovit consanguineam uxoris sue.*

(3) Sánchez, *De matrimonio*, lib. 10, disput. 5, nums. 3, 4 y 5.—Van-Espen, tom. 1, pars. 2, tit. 15, cap. 2.

(4) *Fuero Real*, lib. 4, tit. 7, l. 5.

(5) *Partida 4ª*, tit. 9, l. 6.

cion, 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 consideracion, sobre si es por motivos lijeros, ó solo despues de que la mujer habia colmado toda medida en materia de palabras ofensivas, como el marido le ha inferido golpes (1).”

El Código de Napoleon guarda también silencio respecto á esta excepción; pero ella es reconocida por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia, habiendose establecido que los tribunales son soberanos para apreciar el carácter de los hechos de que se hace resultar la provocacion (2). 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 (3).

154. Nuestra legislacion nacional se ha manifestado de diferente modo, según las épocas sobre esta materia. Desde luego debe notarse que la excepción que nos ocupa solo ha sido tratada por nuestros legisladores respecto al adulterio, dejándose entender que, según su criterio, la provocacion 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

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, num. 509.

(2) Toullier, tom. 2, num. 764.—Zacharias, por Masse y Verge, tom. 1, pag. 253.—Massol, num. 17.—Duranton, tom. 1, num. 1162.

(3) Arrets de Metz, 7 mai 1807; Toulouse, 9 janv. 1824; Rennes, 23 fev. 1849 (Daloz, “Separat.” num 198.)

suprimido en el Código que comentamos, dándose por razón, pero únicamente en cuanto á la excepción de *compensacion* de que también trata dicho precepto legal, y que si tiene semejanza con la presente, suele ser muy diversa de esta 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 peligrosos para las costumbres de esta; 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 causas de divorcio previstas en el art. 227, incisos 1.º y 7.º del Código actual del Distrito Federal; en el último, se trata de la causa de divorcio mencionada en el inciso 4.º del art. 174 del Código del Estado de México, que como antes lo indicamos, es de los que, aunque aceptan *la provocación*, es solo 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 senti-

do 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 él mismo que finje quejarse de su mancha. 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 solo á los resultados de la ofensa, sino muy principalmente á la intención malévola de su autor.—¿Qué 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 exámen concienzudo de cada una de las causas de divorcio, con todos los pormenores de cada caso; tomadas 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 aquél (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 matri-

(1) Arrêt du 14 prairial an 13 (Merlin, *Repert.* "Divorce" sect. 4, § 13).—Rennes, 12 juill. 1813; Orleans, 11 avr. 1832 (Dalloz, 198.)
TOM. III.—28.

monio. Si la conducta de uno de los esposos es tal, que produzca en el otro una irritacion en cierto modo permanente, las faltas de éste deben ser atenuadas, porque pierden la gravedad que tendrían sin esa circunstancia (1).

NUMERO 5. DE LA PRESCRIPCION.

155. ¿La accion para pedir el divorcio es prescriptible? En otros términos ¿puede el cónyuge ofendido ejercitar la accion que le corresponde, *en todo tiempo*? El legislador tiene aquí no solo que atender á los intereses del esposo culpable, sino tambien que interpretar la voluntad del inocente ofendido. Si por un lado sería cruel el desengaño que sufriese el esposo culpable, cuando despues de pasado cierto tiempo de su delito, y ya confiado en que el arrepentimiento posterior le libraría de la pena de la separacion, 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 en virtud del prolongado silencio guardado, despues de conocida la ofensa. Además la ley, al conceder el derecho del divorcio, no procura satisfacer tanto al rencor y á la venganza cuanto á la dignidad injustamente ofendida. Trascurrido mucho tiempo de la ofensa, si la queja se hace oír ¿será la dignidad y el deseo de justicia quienes hablen, ó más bien el ódio despreciable, la pasion aviesa, ó quizá un interés infame? La respuesta no es dudosa y por tanto es no solo moral sino justísimo y muy conforme á la dignidad del matrimonio, que la accion de divorcio prescriba, trascurrido cierto tiempo despues de la ofensa.

156. A primera vista parece que la cuestion no puede presentarse sino bajo el aspecto de la ya tratada en estos comentarios,

(1) Laurent, tom. 3, núm. 214.—Poullé, *Le divorce*, pag. 171.—Combiér, *Essai sur le divorce*, pag. 216.

es decir, si ha habido ó no perdon por parte del esposo inocente. Es una verdad que ámbas tienen, sobre todo en la vida real, muchísima conexión, pues las más veces, si el tiempo pasa sin que la demanda de divorcio se presente, es porque el esposo ofendido ha perdonado. Más el caso contrario es tambien posible.

157. ¿Cuál deberá ser el punto de partida para contar el tiempo de esta prescripcion? La más obvia reflexion aconseja que sea el momento en que han llegado á noticia del esposo ofendido los hechos, que son causa de la separacion, pues solo desde entonces se puede saber, si el cónyuge ofendido quiere ó no ejercitar la accion correspondiente.

158. El antiguo derecho confundía la excepcion de prescripcion con la reconciliacion, haciendo el siguiente razonamiento: El hecho de que haya pasado bastante tiempo, sin que la demanda de divorcio haya sido presentada, no se comprende sino aceptando que el esposo ofendido se ha reconciliado con el otro; de aquí el principio aplicado á la accion de divorcio: *Hæc actio dissimulatione aboletur* (1). Fácil es comprender lo falso de tal razonamiento, pues á lo sumo el silencio del esposo ofendido importa una de tantas presunciones en pro de la reconciliacion, sin que jamás constituya una prueba segura de su existencia. La reconciliacion, en efecto, explica el silencio del ofendido; pero el silencio no supone siempre la reconciliacion. Por otra parte, quedaba siempre por fijar en el antiguo derecho la cantidad de tiempo necesaria para dar por renunciada la accion, abierta con motivo de la ofensa recibida.

159. El Código de Napoleon no menciona esta excepcion contra el divorcio, habiéndose originado de esto muy diversas interpretaciones entre los comentadores (2).

(1) *Inst. tit. de injuriis*, § 12.

(2) Toullier, tom. 2, pag. 762.—Massol, 7.—Demolombe, tom. 4, núm. 409.—Laurent, tom. 3, núm. 215.

160. De tal omision no adolece nuestra legislacion, como se demuestra por las siguientes citas: los arts. 239 del Código que comentamos y 262 de el del Distrito Federal de 1870 declaran, que la accion de divorcio solo puede ser intentada *dentro de un año*, despues que hayan llegado á noticia del cónyuge ofendido los hechos en que se funde la demanda. El Código de Tlaxcala (art. 174) señala solo *seis meses* para el término de la acción. El de Veracruz (art. 229) y el del Estado de México (art. 190) señalan tambien *un año*; pero este debe contarse, *desde que los hechos hayan acaecido*.

Art. 244. Al admitirse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente y solo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I. Separar á los cónyuges en todo caso.

II. Depositar en casa de persona decente á la mujer, si se dice que ésta ha dado causa al divorcio y el marido pidiere el depósito. La casa que para esto se destine, será designada por el juez. Si la causa por la que se pide el divorcio no supone culpa en la mujer, ésta no se depositará sino á solicitud suya:

III. Poner á los hijos al cuidado de uno de los cónyuges ó de los dos, observándose lo dispuesto en los arts. 245, 246 y 247:

IV. Señalar y asegurar alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre:

V. Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer:

VI. Dictar en su caso las medidas precautorias que la ley establece respecto de las mujeres que quedan en cinta.

SECCION 4.^a

DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES A QUE PUEDE DAR LUGAR LA DEMANDA DE DIVORCIO POR CAUSA DETERMINADA.

Número 1. Principios Generales.

161. Si el divorcio, segun queda ya expresado en el art. 226, solo suspende algunas de las obligaciones de que es origen el matrimonio, con mayor razon deben estas subsistir en toda su integridad, mientras no se pronuncie la sentencia que separe á los cónyuges, ó sea, durante el juicio que se sigue para obtener aquel.

162. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio se refieren unos á los cónyuges entre sí; otros á los hijos y algunos á los bienes. En cuanto á los primeros, debe tenerse presente que la mujer no tiene otro domicilio que el de su marido; que éste la debe alimentos, los cuales ella debe darle tambien, cuando él es pobre y está impedido de trabajar, y por último, que el marido es el administrador y legítimo representante de la esposa, que no puede, sin licencia de aquel, celebrar contratos ni comparecer en juicio, todo lo cual consta ampliamente explicado con sus limitaciones y excepciones en el tomo 2.^o de esta obra.

En cuanto á los hijos, el título VIII del Código, de que nos ocuparemos despues, habla de otro de los efectos del matrimonio, que es la patria potestad, la cual se ejerce primero por el padre y solo á su falta por la madre. La patria potestad comprende los derechos de domicilio, educacion, correccion, representacion y administracion legal de los bienes del hijo.

Por lo que hace á los bienes, hay que considerar que, siendo dos los sistemas bajo los cuales puede celebrarse un matrimo-