

impide que sobrevigile por su honra, por sus afectos y por sus intereses, justo es que la misma ley se encargue de tales cuidados (1).” Estas precauciones son las mismas que deben adoptarse á la muerte del marido, con respecto á la viuda grávida. Aplicando pues los arts. 3637 y siguientes del Código que comentamos, resulta que, si al ser separada la mujer del marido, está ó cree estar en cinta, debe ponerlo dentro de cuarenta dias en conocimiento del juez, para que lo notifique al marido.—Este puede pedir al juez que se proceda oportuna y decorosamente á la averiguacion de la preñez.—Aunque ésta resulte cierta ó el marido no la contradiga, podrá pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, ó que el hijo que nazca pase como viable, no siéndolo en realidad.—Cuando el resultado de la averiguacion fuere contrario á la certeza de la preñez y la mujer insista en que aquella es verdadera, podrá pedir al juez que, con audiencia del marido, le señale una casa decente, donde sea guardada á vista y con todas las precauciones necesarias, hasta que llegue el tiempo natural del parto.—El marido puede pedir en cualquier tiempo que se repita la averiguacion.—Esta tendrá lugar, aunque el marido haya reconocido en instrumento público ó privado la certeza de la preñez de su consorte.

174. Estas mismas prevenciones, sálvas insignificantes diferencias, existen en los demás códigos de la República y deben tambien ser tomadas con respecto á la mujer demandante ó demandada en divorcio, segun los artículos siguientes: 236, inciso 6.º del Código de Veracruz; 194, inciso 6.º de el del Estado de México; 266, inciso 6.º de el del Distrito Federal de 1870, y 244, inciso 6.º del que comentamos.

(1) B. J. Gutierrez, *Cod. de la Reforma*, tom. 2, part. 3.º pag 308.

NUMERO 3. DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

RELATIVAS A LOS HIJOS.

175. La separacion de los cónyuges no puedeménos que ejercer influencia sobre los hijos. Por eso el legislador en todo tiempo ha cuidado de prescribir reglas para fijar, en poder de cuál de los padres deben quedar estos inocentes frutos de las uniones mal avenidas. ¡Ojalá que tales reglas hubieran sido siempre dictadas en interés de ellos y no más bien sacrificándolos á las exajeraciones del poder doméstico! En el primitivo derecho romano, y en virtud de la autoridad absoluta y exclusiva del padre sobre los hijos, era muy natural que estos quedasen siempre bajo la guarda de aquel, cualquiera que fuese su edad y aun siendo el marido culpable de la causa de divorcio. ¿Podía ser de otra manera ante una legislacion que daba al padre derecho de vida y muerte sobre los hijos y que excluía á la madre de la patria potestad? Fueron los emperadores Antonino Pío, Marco Aurelio y Severo los primeros que establecieron una excepcion al principio del antiguo derecho, en favor de la madre, para el caso en que el padre se hiciese indigno del poder sobre los hijos. Así nos lo refiere Ulpiano en las siguientes palabras: *Si vero mater sit, quæ retinet, apud quam interdum magis, quam apud patrem, morari filium debere, ea justissima scilicet causa, et divus Pius decrevit, et a Marco et a Severo rescriptum est: æque subveniendum ei erit per exceptionem—Etiam si maxime autem probet filium pater in sua potestate esse: tamen, causa cognita, mater in retinendo eo potior erit; idque decretis divi Pii quibusdam continetur: obtinuit enim mater ob nequitiam patris, ut sine deminutione patriæ potestatis apud eam filius moretur* (1).

(1) *Dig. lib. 43, tit. 30, l. 1. 1, § 3 y 3, § 5.*

Más tarde los emperadores Diocleciano y Maximiano establecieron que *el juez decidiese*, atendiendo al interés de los hijos, á quien de los padres deberían estos ser confiados: *Licet neque nostra, neque divorum parentum nostrorum ulla constitutione caveatur ut per sexum liberorum inter parentes divisio celebretur, competens tamen iudex aestimabit, utrum apud patrem, an apud matrem matrimonio separato filii morari, ac nutrirí debeant* (1). Finalmente Justiniano ordenó que el *cónyuge inocente* guardase los hijos, y caso de ser ambos culpables, que el juez diese la guarda á una persona designada por él: *Et si quidem pater occasionem separationis præbeat, et mater ad secundas non venerit nuptias: apud matrem nutriantur, expensas patre præbentó. Si vero per causam matris ostendatur solutum matrimonium: tunc apud patrem maneant filii, et alantur.—Si autem ambo parentes in hujusmodi vitium incidant, tunc utriusque parentis substantiam filiis applicari: dispensatorem autem eis, qui in minori sunt ætate constituti ordinari providentia competentis iudicis et aliorum quibus hæc ex nostris legibus sunt commissa* (2).

176. El antiguo derecho español siguió las prescripciones justinianas en esta materia. *E si acaesciese, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partió, es tenuto de dar de lo suyo de que crien los hijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, ó menores; é el otro que no fué en culpa, les deve criar é aver en guarda* (3).

177. El Código de Napoleon (art. 267) manda que el marido sea durante el juicio de divorcio el guardian de los hijos, excepto el caso en que el tribunal ordenare otra cosa, ya á pedimento

(1) *Cod. lib. 5, tit. 24, l. 1.*

(2) *Novela 117, caps. 7 y 10.*

(3) *Partida 4ª, tit. 19, l. 3.*

de la madre, ya de la familia ó del Ministerio Público, por razon de la mayor ventaja de los hijos.—De esta disposicion se sigue que la patria potestad, durante el juicio que nos ocupa, pertenece en principio al padre, siendo indiferente para el caso, que figure como demandante ó demandado; y que ella puede ser otorgada á la madre, lo mismo que á una extraña persona, si en opinion del tribunal, así lo exige el mayor bien de los hijos.

178. Nuestra legislacion es uniforme sobre que la patria potestad pertenesce de derecho al cónyuge inocente. Para el caso de que ambos sean culpables, los códigos de Veracruz (art. 237) y del Estado de México (art. 196) establecen que se provea á los hijos de tutor, á diferencia de el del Distrito Federal de 1870 (art. 268) y el que comentamos (art. 245), que ordenan que solo se acuda al nombramiento de tutor, cuando no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad. Pero todos reconocen que, á pesar de las disposiciones anteriores, pueden los tribunales, á pedimento de los abuelos, tíos ó hermanos, mayores de los hijos, acordar cualquier medida que se considere benéfica á estos (arts. 238, Código de Veracruz; 197, del Estado de México; 269, del Distrito Federal de 1870 y 246, del actual).

Son estas las disposiciones legales que, aun siendo referentes á la situacion definitiva de los hijos despues de *ejecutoriado* el divorcio, deben observarse como medida provisional, durante el juicio, segun lo prescrito en los arts. 236, inciso 3.º del Código de Veracruz; 194, inciso 3.º de el del Estado de México; 266, inciso 3.º de el del Distrito Federal de 1870 y 244, inciso 3.º de el que comentamos. Siendo pues medida *provisional* la que aquí quiere establecer el legislador, ¿cuál de los sistemas mencionados es más conveniente y conforme á los principios? Dar siempre durante el juicio de divorcio, el derecho de patria potestad al padre, solo puede sostenerse, como consecuencia de las inhumanas leyes vigentes en esa primitiva

época de la legislación de Roma, en que era tan excesivo el poder del *pater familias* y estaba su respeto tan arraigado en las costumbres, que Antonino Pio, deseoso de restringirlo, apenas se atrevió á proponer que se persuadiese al padre á un ménos acerbo ejercicio de sus omnimodas facultades: *ut patri persuadetur, ne acerbe, patriam potestatem exerceat* (1). Decir que la patria potestad pertenece durante el juicio al *cónyuge inocente* es una *petitio principii*, pues antes de la sentencia de divorcio no hay conyuge inocente ni culpable. En consecuencia nosotros opinamos que, debiendo ser la providencia que nos ocupa, tomada exclusivamente en interés de los hijos, se establezca, como principio, que sea el juez quien designe la persona, aun extraña, bajo cuya guarda han de quedar aquellos, atentos la causa por la cual se ha pedido el divorcio, el carácter y educación de los conyuges, la edad y el sexo de los hijos. Era la opinion de Cambaceres en el Consejo de Estado en Francia: "Sería preciso á lo ménos dar á los tribunales una instruccion que los hiciese capaces de decidir segun las circunstancias. La situacion, en efecto, no es la misma, cuando el divorcio es pedido por el marido, que cuando lo es por la mujer; cuando los hijos son varones ó pertenecen al sexo femenino."

179. Supuesto que puede haber casos en que los hijos queden en poder de la madre, la obligacion alimenticia que en favor de ellos pesa sobre el padre, tiene que continuar viva, aun despues de la separacion, pues fundada tal deuda en las relaciones naturales entre los hijos y los padres, nada indica que se suspenda su cumplimiento por razon del divorcio. Mas como podría ser que el alejamiento de los hijos inspirara al autor de sus dias repugnancia á continuar pagando los alimentos, nuestros códigos han establecido, como medida provisional, que

(1) Bernard, *L'autorité paternelle á Rome*, pag. 27.

puede tomarse durante el juicio de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, que el juez señale y asegure alimentos á los hijos que no queden en poder del padre. En este sentido son expresos los arts. 236, inciso 4.º del Código del Estado de Veracruz; 194, inciso 4.º de el del Estado de México; 266, inciso 4.º de el del Distrito Federal de 1870 y 244, inciso 4.º de el que comentamos.

NUMERO 4. MEDIDAS PROVISIONALES

RELATIVAS A LOS BIENES.

180. Como lo hemos manifestado en otro lugar (1), el marido es el administrador legítimo de los bienes del matrimonio, pudiendo con tal carácter, aun sin consentimiento de la mujer, enajenar y obligar á título oneroso los bienes muebles, aun preciosos; y ejercer en una palabra, todos los actos y derechos de la administracion, en los términos prevenidos por la ley. Ahora bien, interrumpida la armonía de los consortes por la demanda de divorcio, serían no poco frecuentes los casos en que la mujer tuviera justísimas razones para temer perjuicios en su contra de parte del marido, colocado por la ley, en aptitud de abusar de sus facultades. La situacion formada por la ley del matrimonio á los conyuges, se funda sobre previsiones que, despues de la queja de uno de ellos, han dejado de realizarse; y habría gravísimos inconvenientes en mantenerla hasta el éxito del juicio de separacion. Por eso el legislador ha procurado prevenir tales inconvenientes, en la forma expresada en los números anteriores, tanto por lo que respecta á los conyuges entre sí, como por lo que hace á los hijos del matrimo-

(1) Véase el tomo 2.º de esta obra, núm. 344.

nio. Pero los bienes son tambien dignos de ser tomados en cuenta por el peligro que corren de que sean sustraídos, ocultados ó mal administrados durante el juicio de separacion.

181. El Código francés (arts. 270 y 271) declaran que la mujer, cuyos bienes estén en comunidad con los del marido, bien sea demandante ó demandada en divorcio, podrá en cualquier estado de la causa.....pedir para la conservacion de sus derechos, que se sellen los efectos muebles de la comunidad. Los sellos no se levantarán sino despues de hacer inventario con avalúo, con obligacion por parte del marido de presentar las cosas inventariadas y de responder de su valor, como depositario judicial.— Toda obligacion contraída por el marido con cargo á la comunidad de bienes, toda enajenacion hecha por él de inmuebles dependientes de la sociedad conyugal,.....se declarará nula, si se prueba que se ha hecho en fraude de los derechos de la mujer.— La jurisprudencia se presenta no poco contradictoria sobre la extension de las facultades concedidas al juez en esos dos artículos. La cuestion puede formularse de la manera siguiente: la imposicion de sellos y el inventario de los bienes de la comunidad conyugal ¿son las únicas medidas precautorias que el juez puede tomar contra el marido para que no cause perjuicios en los bienes á la mujer? Dos sentencias de los tribunales belgas, la una de Liège de 17 de Febrero de 1847 y la otra de Casacion de 7 de Enero de 1860 declaran, que la imposicion de sellos autorizada por el art. 270 *no excluye* cualquiera otra medida conservatoria, porque los tribunales tienen sobre ésta materia un poder absoluto de apreciacion (1). Los tribunales franceses no han sido mas uniformes. Una sentencia de Metz de 28 de Junio de 1810 declara que se puede ordenar que el dinero perteneciente á la comunidad sea depositado en la caja de depósitos

(1) *Pasicrisie*, 47, 2, 145 y 60, 1, 38.

y consignaciones; pero lo contrario se encuentra decidido por la corte de Paris en 4 de Marzo de 1825 (1). ¿Puede pedirse, en calidad de medida conservatoria, el secuestro judicial de los bienes de la comunidad? Negativamente resuelven esta cuestion dos sentencias de la corte de Bruselas, la una de 16 de Junio de 1832 y la otra, de 13 de Noviembre de 1847 (2). Mr. Laurent, comentando el art. 270, dice: "Si la mujer reclama otras medidas que las que dicho artículo le permite requerir, medidas mas onerosas, por ejemplo, el tribunal no tendria el derecho de ordenarlas. Ese artículo es restrictivo; porque derogaría los poderes que el marido tiene como jefe de la comunidad; ahora bien toda derogacion del derecho comun es de estricta interpretacion (3)." Massol al contrario enseña que, siendo el objeto de la prevencion contenida en el art. 270, prevenir los fraudes del marido, el juez tiene la facultad de tomar cualquiera medida que le sugieran las circunstancias, sin sujecion á los medios que solo por vía de ejemplo menciona dicho artículo (4). El punto pues es contravertible, no solo segun la jurisprudencia sino tambien en la opinion de los autores, y no ha dejado de serlo hasta la ley francesa de 27 de Julio de 1884 que en su art. 242, siguiendo la opinion de Massol, menciona expresamente la imposicion de sellos, no como la única medida conservatoria, sino como la mas notable y frecuente que pueden tomar los tribunales, para prevenir los fraudes sobre los bienes de la comunidad conyugal durante el juicio de divorcio.

Debe notarse tambien que para la adopcion de estas medidas precautorias, nada importa que quien las pide sea demandado

(1) Coulon-Faivre, "Le Divorce" pag. 160.

(2) *Pasicrisie*, 32, 2, 179.

(3) Laurent, tom. 3, num. 268.

(4) Massol, 23 y sigts.

ó demandante en divorcio, pues en realidad han sido establecidas, independientemente de la circunstancia de culpabilidad, para evitar los perjuicios que puede causar sobre los bienes aquel de los cónyuges á quien pertenece la administracion.

182. Veamos ahora cómo se ha manifestado nuestra legislación sobre esta importante materia. El primer proyecto de un Código civil mexicano (art. 98), siguiendo las doctrinas del juriconsulto español Goyena (1), decía: "Dictar las medidas convenientes para que el marido, como administrador de los bienes del matrimonio, no cause perjuicios á la mujer, si ésta pide el divorcio." Nada pues de determinacion en la naturaleza de las medidas preventivas; pero sí limitacion de ellas en favor solo de la mujer demandante en divorcio.

Promulgados los varios códigos, ha venido á establecerse la misma generalidad de las medidas que, á juicio del juez sean convenientes para precaver los perjuicios que podrian resultar de la desavenencia de los cónyuges, suprimiéndose la taxativa que, desde el Sr. Goyena, se habia fijado para la mujer demandante. En nuestro concepto nada es más justo que tal supresion, porque tambien son de temerse graves perjuicios de parte del marido y en contra de la mujer, cuando es ésta la que, por haber ofendido al primero, es demandada en divorcio. ¿Acaso la indignacion del esposo ultrajado no podrá sujerirle la idea de venganza, privando de sus recursos á la mujer? Esta, por otra parte, tiene el más indiscutible derecho á que sus intereses sean preservados contra todo fraude, tanto más cuanto que podria suceder que el marido no probase los hechos en que funda su accion. En este sentido han sido redactados los arts. 236, inciso 5.º del Código del Estado de Veracruz; 194, inciso 5.º de

(1) Proyecto, art. 81, inciso 5.º

el del Estado de México; 266, inciso 5.º de el del Distrito Federal de 1870 y 244 inciso 5.º del que comentamos. Así, dada la latitud de las medidas que el juez puede tomar con el fin indicado, al presentarse la demanda de divorcio, ó antes si hubiere urgencia, puede privarse aun de la administracion de los bienes comunes al marido, con lo cual queda dicho que el embargo, el inventario, nombramiento de interventor, etc., etc., son tambien actos perfectamente legales, que pueden ser ordenados por el juez segun las circunstancias. En este sentido han sido pronunciadas diversas sentencias por nuestros tribunales.

Art. 245. Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos ó se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá á los hijos de tutor conforme á los arts. 446, 447 y 458.

Art. 246. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad ó tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, á pedido de los abuelos, tíos ó hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica á los hijos menores.

Art. 247. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos á todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Art. 248. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, á ménos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquel, si el divorcio se ha declarado por las causas 7.ª, 8.ª y 12.ª señaladas en el art. 227.

Art. 249. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveyerá de tutor á los hijos á la muerte del cónyuge inocente.

Art. 250. El cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo lo que se le hubiese dado ó prometido por su consorte ó por otra persona en consideracion á éste: el cónyuge inocente conservará lo recibido, y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Art. 251. Ejecutoriado el divorcio, vuelven á cada consorte sus bienes propios, y la mujer queda habilitada para contraer y litigar sobre los suyos sin licencia del marido, si no es ella la que dió causa al divorcio.

Art. 252. Si la mujer no ha dado causa al divorcio, tendrá derecho á alimentos, aun cuando posea bienes propios, mientras viva honestamente.

Art. 253. Cuando la mujer dé causa para el divorcio, conservará el marido la administracion de los bienes comunes, y dará alimentos á la mujer si la causa no fuere adulterio de ésta.

SECCION 5ª

DE LOS EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPO.

183. Hasta aquí y en los números que preceden de la seccion anterior, hemos hablado de las medidas provisionales que deben tomarse durante el juicio de separacion. Vamos ahora á ocuparnos de los efectos de ese mismo juicio, una vez pronunciada la sentencia definitiva, ó sea, cuando se han agotado ya todos los recursos que las leyes conceden en esta especie de litigios.

No debe perderse de vista, cual es la naturaleza del juicio de separacion, que partiendo del concepto de la indisolubilidad del vínculo conyugal, solo tiene por objeto suspender algunas

de las obligaciones nacidas del matrimonio, bajo la esperanza, siempre consoladora para la sociedad, de una reconciliacion entre los cónyuges.

Inútil pues buscar antecedentes de esta materia, ni en el derecho romano que admitía la disolubilidad del vínculo, ni en la legislacion de los países influidos por la doctrina protestante, que si al principio limitó el permiso del divorcio al caso de adulterio, lo extendió despues, segun la interpretacion de Lutero, aun al de desercion maliciosa del domicilio conyugal, llegando la facultad de las segundas nupcias, en vida de los consortes, á obtenerse en algunos países de Alemania, aun por favor especial del Soberano (1).

Pero la indisolubilidad es una de las excelencias del matrimonio segun el Cristianismo, que para dar una idea de la elevacion y espiritualidad de este vínculo, lo ha simbolizado en la union mística de Jesucristo con la Iglesia, no aceptando ni aun la simple separacion de los cónyuges sino como una funesta necesidad, á la cual conviene siempre poner el más pronto término, mediante las exhortaciones al perdon y á la reconciliacion. Esta, como ya lo hicimos notar en otro lugar, es sin duda alguna la más indiscutible recomendacion que el principio de la indisolubilidad tiene sobre el divorcio perfecto.

En consecuencia, aceptando el sistema de la simple separacion, el legislador debe procurar, que tan solo se suspendan entre los esposos aquellas obligaciones, cuyo cumplimiento sea incompatible con la cesacion de la vida comun.

Ahora bien, como son tres los objetos sobre que recaen los deberes nacidos del matrimonio, es á saber, los esposos entre sí, los hijos y los bienes, á estos mismo s deben referirse las modificaciones producidas por la separacion.

(1) Walter, *Manuel du Droit Ecclesiastique.*