

Art. 249. En los demás casos, y no habiendo ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se provera 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.*

NUMERO 1. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

CON RESPECTO A LOS CONYUGES

184. Siendo la primera obligacion del matrimonio la vida comun de los casados, claro es que el divorcio produce, como necesaria consecuencia, la suspension de ella, adquiriendo por lo mismo cada una de las partes el derecho de vivir independientemente, y sin que ya la mujer esté obligada á vivir bajo el mismo techo que el marido. La separacion pues que con el carácter de provisional, hemos dicho que debe el juez decretar, al presentarse la demanda de divorcio, se convierte en definitiva, despues de la sentencia. No se concibe en efecto, como pudiera ser tranquila y sin funestas consecuencias para ambos consortes la vida comun, despues de un juicio que ha puesto en claro las faltas del uno contra el otro, sus resentimientos y desacuerdos. Solo una excepcion existe de este principio, la del divorcio por causa de enfermedad, de la cual hemos hablado ya en el lugar oportuno (núm. 83).

185. Suspensa la obligacion de la vida comun, se sigue 1^o que la mujer no está ya obligada á seguir á su marido, pudiendo establecerse donde ella quisiere y aun en país extranjero, con tal de que esto no sea incompatible con los derechos de patria potestad, dejada al padre, segun lo manifestaremos mas adelante. Es esta una cuestion de hecho que los jueces deben resolver segun las circunstancias, atendiendo sobre todo á la mayor ó menor distancia que separaría á los esposos y al interés de los hijos.

186. Se sigue 2^o que en virtud del mismo efecto del divorcio el domicilio de la mujer no es ya el del marido (1).

(1) Véase tomo 1^o de esta obra. núms. 141 y siguientes.

187. Hemos dicho que el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, lo cual produce para ambos cónyuges el deber importantísimo de la mutua fidelidad. Establecido sin embargo que el divorcio dá derecho á la mujer para proporcionarse una casa independiente de la de su marido, ¿es esto compatible con ese deber para ambos esposos igualmente? En derecho canónico la cuestion apenas puede proponerse, pues el marido y la mujer son iguales, sin diferencia alguna, en el deber de fidelidad y por consiguiente en la responsabilidad del adulterio. Pero no es así en el derecho civil, y he aquí por lo mismo una nueva prueba de la necesidad de que el matrimonio sea amparado por la religion, la cual lo considera, no solo bajo el punto de vista de los intereses materiales, sino muy principalmente como un estado de perfeccion, en el que contribuyen por igual el hombre y la mujer, incurriendo por lo mismo, al infringir sus obligaciones, en iguales penas canónicas uno y otro: *Cónjuges sunt pares in divortio causa adulterii celebrando* (núm. 26). El adulterio, segun el derecho civil, no es delito ni causa de divorcio, siendo cometido por el hombre, sino cuando haya sido perpetrado en la *casa comun ó domicilio conyugal*, ó con una concubina, ó con escándalo é injuria en contra de la mujer legítima (núm. 26). Supóngase pues que el marido divorciado comete adulterio en la casa que le sirve de habitacion, sin ninguna otra de las circunstancias mencionadas; ¿podrá decirse que ha habido ese delito en el sentido de la ley civil? No, porque ya no hay casa comun ó domicilio conyugal en virtud de la independencia producida entre ambos esposos por la separacion (1).

188. Hemos dicho en otro lugar (2), que la mujer es legalmente incapaz para celebrar contratos, aun á título gratuito, y para

(1) Laurent, tom. 3. núm. 346.—Demolombe, tom. 4, núm 500.—Massol, pag. 267.

(2) Véase tomo 2^o de esta obra, núm. 386.

litigar, sin licencia de su marido. ¿Cuál es el efecto de la sentencia del divorcio sobre tal incapacidad? Cuestión es esta de la mayor importancia, pues aunque en apariencia se refiere sólo á los intereses materiales de los esposos, su resolución no puede menos que ligarse con la responsabilidad moral que á cada uno pertenezca en el juicio de divorcio. ¿Será indiferente para decidir este punto que la mujer haya sido declarada culpable? Si así fuera, la plenitud de facultades que se le otorgase sería, como el premio de su mala conducta. Pero si se toma en cuenta su culpabilidad, ¿cuáles no serán los abusos que cometa el marido inducido por el odio y la venganza contra la mujer culpable? Dos sistemas se presentan aquí en juego: el francés que no exceptúa en ningún caso del principio de la autorización marital á la mujer casada, aun separada de cuerpo y aun inocente (1), y el español que no resuelve la dificultad, sino atendiendo á la responsabilidad moral que en el divorcio quepa á la mujer (2). Nuestros códigos se han dividido también en esta materia: unos, como los de Veracruz (art. 243), el de Tlaxcala (art. 179) y el del Estado de México (art. 200) declaran que, ejecutoriada el divorcio, la mujer adquiere la capacidad para contraer y litigar sobre sus propios bienes, sin licencia del marido, siendo indiferente que resulte ó no culpable de la causa por que se pronunció aquel. Otros, y son el del Distrito Federal de 1870 (art. 274) y el que comentamos (art. 251) no conceden á la mujer dicha capacidad, sino en el caso de que sea declarada inocente por la sentencia de divorcio.

(1) Demolombe, tom. 4, núm. 119.—*Contra*, Massol, pág. 279.

(2) Gutierrez Fernandez, *Códigos Españoles*, tom. 1, pág. 415.

NUMERO 2. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

EN CUANTO A LOS HIJOS.

189. Habiendo en los números anteriores (núms. 175 y siguientes) tratado de la condición en que quedan los hijos durante el juicio de divorcio, condición que es la misma que definitivamente han de guardar después de la sentencia, remitimos al lector á lo ya expuesto y solo agregaremos lo que nuestros códigos prescriben, como necesariamente posterior á dicha sentencia. ¿Cuáles son los efectos del divorcio sobre la persona y derechos de los hijos? Sabemos ya que el sistema seguido por nuestros códigos con respecto á la guarda de los hijos es el establecido, como última reforma por el Emperador Justiniano, ó sea, que ellos deben quedar bajo el poder del cónyuge inocente; en el caso de que ambos fueren culpables, en poder del ascendiente á quien pertenezca la patria potestad, y en caso de no haberlo, en poder del tutor que al efecto se nombre. ¿Es esto decir que aquel de los cónyuges, á quien se niegue la guarda de los hijos, quedará exonerado de las obligaciones de la patria potestad? Privar al cónyuge culpable de los derechos y facultades que como padre le corresponden sobre la persona de los hijos, podrá ser considerado como un justo castigo, aunque el que no ha sido buen esposo, bien pudiera ser excelente padre, de tal manera que, juzgada así esta cuestión, solo debiera privarse de la patria potestad útil, cuando la causa por la cual se hubiese pronunciado el divorcio fuese contraria al interés de los mismos hijos. Pero nuestros legisladores han establecido otra cosa, prescribiendo que los derechos á que dá nacimiento la patria potestad con respecto á la persona de los hijos, sean quitados al cónyuge culpable, cualquiera que sea la causa por la cual el divorcio ha sido pronunciado. De esto no existe sino una sola excep-

cion, nueva en nuestro derecho, como que data del código que comentamos (art. 248), es á saber, el caso en que el divorcio haya sido fallado por causa de enfermedad crónica é incurable, contagiosa ó hereditaria, anterior al matrimonio y de que no haya tenido conocimiento el cónyuge demandante del divorcio.

190. Pero ¿que sucederá después de la sentencia con las obligaciones de la patria potestad? Ciertamente es de difícil aplicacion en la práctica discernir, cuáles son derechos y cuáles, obligaciones en la patria potestad, pues fuera de lo que á los bienes concierne, parece como que se confunden las cargas y las facultades en orden á los hijos, sin que se pueda decir con toda exactitud dónde acaba lo útil y empieza lo oneroso para los padres. Es sin duda que la naturaleza ha colocado el deber en esta especie de obligaciones, allí mismo donde existe el placer de cumplirlo. Sin embargo podemos afirmar, siguiendo las interpretaciones de la jurisprudencia, que pertenecen á la patria potestad *útil* ó sea á los derechos del que la ejerce: 1.º el honor y respeto de los padres; 2.º la guarda de los hijos; 3.º la facultad de corregirlos y castigarlos; 4.º la autorizacion para contraer y litigar y 5.º la representacion y administracion legal de sus bienes; y son cargas ú obligaciones, ó pertenecen á la patria potestad *onerosa*: 1.º la educacion de los hijos; 2.º su alimentacion y 3.º la vigilancia de su conducta. Ahora bien, nuestra legislacion establece que el cónyuge culpable es privado de la patria potestad útil; pero continúa obligado á la onerosa y en este sentido son manifiestos los arts. 240 y 241 del código de Veracruz; 198 de el del Estado de México; 178 inciso 3.º de el de Tlaxcala; 268 y 270 de el del Distrito Federal de 1870 y 245 y 247 de el que comentamos.

191. La privacion de los derechos de la patria potestad en contra del cónyuge culpable y su atribucion á favor del inocente son de tal manera necesarias, que deban permanecer, aun muerto el primero? La solucion de esta cuestion ha sido diversamente dada por

los legisladores, segun la mayor ó menor influencia que las causas por las cuales se ha pronunciado el divorcio, tienen, en su concepto, sobre el bienestar de los hijos. Unos, razonando sobre el supuesto de que cualquiera de las causas recibidas por la ley para motivar el divorcio, son en si mismas bastante graves para revelar en el culpable á lo ménos cierta indignidad en orden á la patria potestad, han establecido que la privacion de esta es perpetua en contra del cónyuge culpable, aun muerto el inocente. Otros no declaran ese efecto sino á condicion de que el divorcio haya sido decretado por una de esas causas que acusan en el culpable una grave degeneracion moral, suficiente para tenerlo por indigno de dirigir y dar buen ejemplo á los hijos. Entre los que así piensan existen ademas diversas apreciaciones, pues no hay una regla exacta, conforme á la cual pueda decidirse cuáles causas de divorcio ameritan la perdida radical y perpetua de la patria potestad y cuáles, solo su suspension para mientras viva el cónyuge inocente. A los primeros pertenecen el código del Estado de México que declara incondicionalmente la perdida de la patria potestad en contra del cónyuge culpable. A los segundos pertenecen los otros códigos de la República en los términos y bajo las condiciones que siguen: el código de Veracruz (art. 240) prescribe que la patria potestad vuelve ó pasa al cónyuge culpable, muerto el inocente en los divorcios por *adulterio, acusacion falsa del mismo, copula con la mujer contra naturam, induccion al crimen y sevicia*, no sucediendo otro tanto en los divorcios por *enfermedad contagiosa ó por demencia peligrosa para la vida del otro cónyuge*. El código de Tlaxcala (art. 182) decide lo mismo en los divorcios por *sevicia, violencia hecha por el marido sobre la mujer para hacerla cambiar de religion y abandono del domicilio cónyugal*, á diferencia de los divorcios por *adulterio, sevicia contra los hijos, conato de prostitucion contra la mujer, incitacion al crimen, corrupcion de los hijos y atentado contra la vida del cónyuge anterior*. El código del Dis-

trito Federal de 1870 (art. 271) declara tambien la mera suspension de la patria potestad en contra del cónyuge culpable y para mientras viva el inocente en los divorcios por *incitacion al crimen, abandono del domicilio conyugal y sevicia*, destituyendo para siempre de aquella al cónyuge culpable de *adulterio, prostitucion de la esposa, corrupcion de los hijos, y acusacion falsa de un cónyuge contra el otro*. Finalmente el código que comentamos hace la misma distincion (art. 248) entre las causas de divorcio, decidiendo el punto que nos ocupa en el primer sentido por lo que hace á los casos de *sevicia, acusacion falsa de un cónyuge contra el otro é infraccion de las capitulaciones matrimoniales*, y en el segundo, por lo que respecta á los de *adulterio, nacimiento de hijo ilegítimo, posterior al matrimonio, prostitucion de la esposa, incitacion al crimen, corrupcion de los hijos, abandono del domicilio conyugal, negativa de alimentos de un cónyuge al otro y vicios incorregibles de juego ó embriagues*. Es este pues un punto en que se aplican los principios legales que rigen sobre patria potestad, expresados en los arts. 363, inciso 2.º del Código de Veracruz; 296, inciso 2.º de el de Tlaxcala; 416, inciso 2.º de el del Distrito Federal de 1870 y 389, inciso 2.º del que comentamos.

NUMERO 3. DE LOS EFECTOS DEL DIVORCIO

SOBRE LOS BIENES.

192. Todas las legislaciones han reconocido la necesidad y conveniencia de que el marido sea el administrador de los bienes aportados al matrimonio, cuando ménos interviniendo en su manejo en el sentido de que la mujer, inferior á él por por razon de la debilidad de su sexo, no pueda practicar ciertos actos importantes, sino mediante el consejo y el consentimiento de aquel. ¿Qué mejor administrador y consejero de la esposa en sus bienes que el sér á quien ha confiado su destino sobre la tierra, y

con quien la ligan los íntimos y estrechísimos afectos de la familia? Prescindiendo, pues, por el momento, por pertenecer á materias posteriores de nuestros códigos, del régimen de separacion de bienes, bajo el cual puede tambien celebrarse el matrimonio ó que puede existir durante éste por convenio expreso de los consortes, la union conyugal presenta el cuadro de dos personas, enlazadas, no solo en cuanto á sus afectos sino ademas por lo que respecta á sus bienes materiales. El divorcio que separa, tras de gravísimas alteraciones en el hogar doméstico, al marido y á la mujer, y hace que los hijos no continúen ya subordinados á ambos padres, ¿no ejercerá tambien funesta pero necesaria influencia sobre los bienes de unos y otros? Sin duda alguna que es un mal el término de una sociedad cuya base principal se fundaba sobre el amor y la confianza de los interesados; pero ¿cuan peor mil veces no sería la conducta observada por aquel de los cónyuges á quien correspondiese la administracion de los bienes, si inspirado por el odio y la venganza, producidos por el divorcio, se esforzara en llevar á cabo, con toda impunidad, fraudulentos y malévolos manejos! El legislador pues, ante la desunion inevitable de los consortes, ha debido proveer no solo á los inconvenientes de que continuaran unidas las personas, sino tambien al grave peligro de que sus bienes y los de los hijos fuesen dilapidados.

No es nuestro animo exponer en esta vez toda nuestra legislacion sobre una materia que, como la actual, es vastísima y fecunda en dificultades, pues preferimos tratarla con la extension que requiere en el comentario sobre el *contrato de matrimonio*, limitándonos por ahora á breves indicaciones en orden al punto que nos ocupa. Tres son las clases de bienes que intervienen en el matrimonio: 1.º bienes propios de cada cónyuge; 2.º bienes comunes y 3.º bienes de los hijos. ¿Cuáles son los efectos del divorcio sobre ellos?

193. 1.º *Bienes propios*. Los arts. 243 del Código de Vera-