

TITULO VI DEL DIVORCIO¹.

CAPITULO I.

CONSIDERACIONES GENERALES

§ 1º. *El divorcio y la separación de cuerpo*

171. No tenemos que discutir la cuestión del divorcio bajo el punto de vista de la filosofía y de la historia. Nuestros *Principios* son una obra de derecho positivo; nos limitaremos, pues, á exponer los motivos por los cuales los autores del código han admitido el divorcio. Parten ellos del principio de que el matrimonio se contrae con un espíritu de perpetuidad. La aspiración á la perpetuidad, dice Portalis, es la aspiración misma de la naturaleza (2). Nada tan cierto como esto. El matrimonio es la unión de dos almas, y ¿puede concebirse que dos almas se unan temporalmente? En el momento en que se unen, aspiran á la eternidad del vinculo que de dos seres no hace más que uno; dícense recíprocamente que Dios mismo las ha criado

1 Villegnet, "del Divorcio," 1 vol in 8º Gante, 1856.

2 Portalis, discurso preliminar del código civil, núm. 51 (Loché, t. I, p. 168).

la una para la otra; sienten que separadas, serian seres incompletos; ni aun les es suficiente la vida común en este mundo, sino que querrían continuarla más allá de esta corta existencia; esperan que el amor sea más fuerte que la muerte.

Tal es el ideal. Contratado con un espíritu de perpetuidad, el matrimonio es, por esto mismo, indisoluble. Los autores del código admiten esta consecuencia como regla. «Preciso es, dice Portalis, que las leyes opongan un saludable freno á las pasiones; preciso es que impidan que el más santo de los contratos no venga á ser el juguete del capricho y de la inconstancia.» Hasta aquí el legislador francés camina de acuerdo con la religión católica. Se separa de ella admitiendo el divorcio como excepción. Escuchemos al primer cónsul. «Sin duda alguna, dice, que el matrimonio es indisoluble, en el sentido de que en el momento que se contrae cada uno de los esposos debe tener la firme intención de no romperlo, y no debe praveer las causas accidentales, y á veces culpables, que en lo sucesivo podrán tener necesidad de la disolución.» ¿Quiere esto decir que la indisolubilidad del matrimonio sea una regla absoluta que jamás haya de modificarse? Este sistema, responde el primer cónsul, está desmentido por las máximas y por los ejemplos de todos los siglos. La identidad del hombre y de la mujer unidos por el matrimonio es un ideal; pero ¡cuántas veces este ideal es una ficción, ó para mejor decir, una amarga decepción!

¿Debe la ley mantener la indisolubilidad aun cuando el principio sobre que ésta reposa esté en oposición con la triste realidad? Ningún legislador, ninguna religión lo ha hecho. El catolicismo mantiene con un rigor de hierro, puramente aparente, la indisolubilidad que para él es un dogma; pero esto no es más que aparente. Introduce la sepa-

ración de cuerpo, y esta institución, dice Napoleón, modifica el matrimonio, supuesto que hace cesar su principal efecto, la vida común (1). ¿No se debe, pues, ir más lejos y permitir á los esposos romper una unión que no es más que un remedo de matrimonio?

172. A decir verdad, el divorcio no rompe el matrimonio, no hace más que hacer constar la ruptura. El matrimonio es la unión de las almas. ¿Daríase el nombre de matrimonio á la coexistencia forzada de dos seres que, en vez de amarse, se odian, que lejos de ayudarse mutuamente en el rudo trabajo del perfeccionamiento moral, en cierto modo se ayudan para desmoralizarse, sirviendo los excesos del uno de provocación y de excusa para los excesos del otro, ¿de manera que el matrimonio instituido para moralizar á los esposos, se convierte en una escuela de inmoralidad? ¿Cuando el objeto del matrimonio no puede cumplirse, cuando se vuelve un obstáculo para el desarrollo moral, no es preferible ponerle un término? En vano se dice que el divorcio viola la santidad del matrimonio. Lo que hace santo el matrimonio, dice Berenger, es el afecto que une á los dos esposos; cuando el afecto cede el sitio al aborrecimiento, cuando el hogar doméstico se mancha con el crimen, ¿puede seguirse diciendo que el divorcio vulnera la santidad de la unión conyugal? (2).

173. Se deploran los males que el divorcio produce, y hasta se llega á decir que en su esencia es un mal. Nosotros contestaremos con el orador del gobierno, que el divorcio es el remedio de un mal; si es un remedio necesario á veces, no debe señalarse como esencialmente malo (3).

1 Sesión del consejo de Estado del 16 ventidmiario, año X, número 9 (Loché, t. II, p. 482).

2 Berenger, sesión del consejo de Estado de 16 ventidmiario, año X, núm. 13 (Loché, t. II, p. 485).

3 Terillhard, Exposición de motivos, núm. 7. (Loché, t. II, p. 564).

Es fuerza ir más lejos, y decir que el divorcio es un derecho cuya moralidad se pone falsamente en duda. No negamos que pueda servir para legitimar culpables pasiones. Pero esto es el abuso del derecho, y no el derecho. ¿Acaso no se puede abusar del matrimonio y de las cosas más santas? Precisamente porque el matrimonio es la mas santa de las instituciones es por lo que debe permitirse el divorcio. El cristianismo considera sobre todo, el matrimonio como una garantía para las buenas costumbres; pone la virginidad en grado más alto que el matrimonio. No es este el sentimiento de la moderna humanidad. Nosotros vemos en el matrimonio, la unión de dos seres que se completan el uno con el otro; es una escuela natural de perfeccionamiento intelectual y moral. Si el perfeccionamiento es el objeto de nuestra existencia, tenemos por ello mismo, derecho á todos los medios que nos ayuden á alcanzar ese fin. Esto equivale á decir que el hombre tiene un derecho absoluto al matrimonio, absoluto en el sentido en que el legislador no debe hacerlo imposible. Debe, pues, permitir al que está ligado por los vínculos de una unión que los demoraliza, romperlos, para que pueda contraer una nueva que responda mejor al fin del matrimonio. Esta es la gran ventaja que el divorcio lleva á la separación de cuerpo.

174. Treillhard dice que la única y verdadera cuestión es si el divorcio debe preferirse á la separación de cuerpo (1). Nadie pone en duda que el legislador tiene el derecho de poner término á la vida común de dos esposos, cuando su unión no es más que un manantial de desórdenes. Sólo hay disentimiento respecto á los efectos que conviene derivar de la separación. ¿Hay que permitir á los esposos que rompan definitivamente los vínculos que los

1 Exposición de motivos, núms. 7 y siguientes. (Loché, t. II, páginas 564 y siguientes.

unen. El divorcio es lo que disuelve el matrimonio. ¿O basta con dar á los esposos el derecho de vivir separadamente? La separación de cuerpo es lo que mantiene el vínculo del matrimonio. ¿Es ésta una ventaja, que la simple separación tiene sobre el divorcio? Treillard dice muy bien que la separación de cuerpo sólo mantiene el matrimonio en apariencia. ¿Qué otra cosa, en efecto, es el matrimonio, sino la vida común? Pues bien, la separación quebranta esta comunidad de existencia, tanto como el divorcio. En realidad el marido ya no tiene mujer, ni la mujer tiene ya marido. ¿Qué importa que el vínculo subsista, cuando este vínculo no produce ya ningún efecto? El vínculo es una pura ficción. ¿Esta ficción produce para los esposos, para los hijos, para la sociedad, los beneficios que constituyen la santidad del matrimonio?

Los esposos quedan condenados al celibato forzado, es decir, que se les coloca en un estado en que la inmoralidad es casi fatal. Lo mas frecuentemente, el adulterio de uno de los esposos, á veces el de los dos, es lo que hace pronunciar la separación de cuerpo, ¿y porque los esposos quedan separados van acaso á renunciar á sus relaciones culpables? El esposo inocente sufrirá por los desórdenes de su cónyuge, porque continúa llevando su nombre, porque es su marido ó su mujer quien lo cubre de deshonra. ¿Es ese el objeto del matrimonio? ¿así es como los esposos se perfeccionan, es así cómo cumplirán su destino?

Se compadecen, y con razón, los infortunados hijos cuyos padres están divorciados. ¿Serán acaso menos desgraciados si sus padres están separados de cuerpo? Ya para ellos no hay familia. Qué digo, la madre los enseña á detestar al padre; y el padre señalará á la madre al odio de aquellos á quienes ha dado á luz. La afrenta de los desórdenes á que los padres se entreguen refluirá sobre los hijos.

Ese mal, es, pues, para ellos el mismo; su condición no se empeora por el divorcio; lo que constituye su desgracia no es la ruptura legal del matrimonio, es la discordia, el odio, el crimen de que son testigos y víctimas. También para ellos, el mayor remedio es el más radical.

Si el divorcio responde mejor que la separación de cuerpo al derecho y al interés de los esposos debe, decirse que la sociedad está interesada en que se disuelva el matrimonio. El matrimonio es el fundamento de la sociedad, y ¿hay todavía matrimonio cuando los esposos, llevando el nombre de tales, viven separados? El legislador favorece el matrimonio como condición de la propagación de la especie humana. ¿Y la separación de cuerpo llena este objeto? Si engendra hijos, estos serán adulterinos. ¿No es preferible que el divorcio permita que los esposos constituyan una familia legítima?

En definitiva, la separación de cuerpo es un sacrificio que se hace á una creencia religiosa. Respetamos esta creencia, porque nuestra fe, la más grata, es también la perpetuidad del vínculo conyugal. Pero disputamos al legislador el derecho de elevar una creencia religiosa á la altura de una ley, es decir de expedir un dogma obligatorio para todos los ciudadanos. A nuestro juicio, la indisolubilidad del matrimonio es del resorte de la conciencia; toca el progreso de las costumbres realizar ese ideal hasta donde es posible á los hombres alcanzar la perfección. El legislador debe tomar á los hombres tales como son, débiles é imperfectos; que se cuide de querer imponerles una perfección absoluta? Le recordaremos la experiencia hecha en el seno de la Iglesia. El monarquismo tenía la ambición de transformar á los hombres en ángeles. ¿Y que fué lo que sucedió? !Los ángeles de pureza se convirtieron en demonios de impureza !

§ *El divorcio y las creencias religiosas*

175 Cuando el proyecto de código civil se comunicó á los tribunales, hubo algunos que lo rechazaron por ser contrario á la libertad de cultos. Portalis contesta á esta singular objeción diciendo que, al contrario, la libertad de cultos hace indispensable el divorcio. ¿En efecto, no hay cultos que lo admiten? ¿Y por este hecho, no debe dejarse á los que los profesan la libertad de divorciarse? (1). Nosotros creemos que la cuestión está mal planteada. El mismo Portalis la planteó más ampliamente en el seno del conejo de Estado (2). Se trata de saber si las creencias religiosas limitan en esta materia la acción del legislador. En el antiguo régimen, el legislador laico no admitía el divorcio, porque la Iglesia lo rechazaba. Y es que en aquella época la Iglesia y el Estado estaban estrechamente unidos, hasta el punto de que las leyes eclesiásticas se consideraban como leyes del Estado. La unión de la Iglesia y el Estado, fuente de intolerancia y principio de persecución, quedó rota por la Revolución; el Estado fué secularizado, la libertad religiosa fué proclamada por la Asamblea constituyente. Desde ese momento, las diversas creencias quedaron extrañas á la legislación. ¿Qué importa, pues, que la religión católica proscriba el divorcio? ¿Y qué, que los cristianos protestantes lo admitan? El legislador que estuviese convencido de que el divorcio es contrario á la esencia del matrimonio, contrario á la moralidad pública, tendría derecho á prohibirlo, aun cuando la mayor parte de los cultos lo consagrasen. Hay cultos que profesan y practican la poligamia. ¿Quiere decir esto que el legislador no pueda

1 Portalis, Discurso preliminar, núm. 50, (Loché, t. I, p. 163).

2 Sesión del conejo de Estado del 14 vendimiario, año X, número 5 (Loché, t. II, p. 465).

castigarla como un atentado al orden social? Si la ley civil puede rechazar el divorcio aunque lo legitimen las creencias religiosas, puede, por la misma razón, admitirlo, aunque otra creencia lo condene. Esta es una evidente consecuencia del principio de secularización que domina nuestro orden político desde 1789. Esto no quiere decir que el legislador no pueda y aun no deba tener en cuenta las opiniones religiosas de los ciudadanos; pero esta es una cuestión de prudencia política, mientras que aquí estamos discutiendo una cuestión de derecho.

176. Parece que Portalis no acepta el divorcio sino por respeto á la libertad religiosa. «El verdadero motivo, dice, que obliga á las leyes civiles á admitir el divorcio, es la libertad de cultos. Hay cultos que autorizan el divorcio, y otros que lo prohíben; la ley debe, pues, permitirlo, á fin de que puedan usarlo aquellos cuyas creencias lo autorizan.» Nó, no es este el verdadero motivo. Portalis aduce una razón mejor cuando dice que las causas del divorcio son infracciones manifiestas del contrato. Esta es la fórmula jurídica de las ideas que acabamos de enunciar. El legislador no puede decir que el matrimonio es la unión de las almas, y que hay lugar á romperlo cuando la unión se torna en discordia. Este lenguaje es de la moral, pero no el de las leyes. La unidad de sentimientos que constituye la esencia del matrimonio, se manifiesta por deberes que el legislador ha consagrado y que por esto han venido á ser obligaciones jurídicas. Según los términos del art. 212, los casados se deben mutuamente fidelidad, auxilio, asistencia. El art. 213 agrega que el marido debe protección á su mujer, y ésta obediencia al marido. Y el art. 214 establece que la mujer está obligada á habitar con el marido; por su parte, el marido está obligado á recibirla. Hé aquí la misión traducida en obligaciones jurídicas. Si un o

de los esposos infringe estas disposiciones, la unión queda turbada y ya no alcanza el objeto para el cual se contrajo; se vuelve, por el contrario, un obstáculo que impide á los esposos cumplir con su destino, y desde entonces el esposo lesionado debe tener derecho para pedir la disolución del matrimonio. ¿Qué cosa es, pues, el divorcio? Es la ruptura legal del matrimonio, pero esta ruptura legal no hace otra cosa que patentizar la ruptura moral: ésta es el verdadero fundamento del divorcio.

Si aprobamos el divorcio no por esto queremos justificar todas las disposiciones del código Napoleón relativas á esta materia. Hacemos nuestras reservas en lo que concierne al divorcio por consentimiento mutuo, y el divorcio que puede ser la consecuencia de la separación de cuerpo. Estas reservas, como debe entenderse, se dirigen al legislador. El intérprete debe aceptar la ley tal como es, y aplicarla según el espíritu que inspiró á sus autores.
