

CAPITULO II.

DE LAS CAUSAS DEL DIVORCIO.

Sección I.—Principios generales.

177. El divorcio tiene lugar por causas determinadas y por consentimiento mutuo. Entiéndese por causas determinadas, hechos que constituyen una infracción grave á las obligaciones que nacen del matrimonio. Esas son: el adulterio, los excesos, sevicias é injurias graves, la condena á una pena infamante. A este primer caso de divorcio puede referirse el que es consecuencia de la separación de cuerpo (art. 310), porque la separación de cuerpo no puede pronunciarse sino por las causas determinadas que autorizan el divorcio (arts. 306, 229 y 232).

El divorcio tiene también lugar por consentimiento mutuo. Esta expresión no traduce el pensamiento del legislador. No ha querido dar á entender que se autorizaba la disolución del matrimonio por consentimiento contrario al que lo formó. Esto pasa así en los contratos ordinarios que se refieren á negocios de dinero y en los que las partes solas están interesadas. El matrimonio, aun cuando se forma por el concurso de consentimiento, difiere esencialmente de los contratos pecuniarios; es el fundamento de la sociedad,

y base muy deleznable sería la que estuviese á merced de las volubles pasiones del hombre. Síguese de aquí que es imposible admitir que la voluntad sola de los esposos disuelva el matrimonio; pueden ellos muy bien estipular en lo relativo á su propio interés, pero no les está permitido renunciar á lo que es de interés social (1). Si la ley admite el divorcio por consentimiento mutuo, es para que los esposos no se vean obligados á deshonorar á su familia, revelando hechos que puedan ocasionar condenas criminales contra el cónyuge culpable. El legislador ha organizado las condiciones y el procedimiento, de manera que se pruebe suficientemente que existe una causa perentoria de divorcio (art. 233).

178. No es necesario decir que no puede haber causas de divorcio fuera de los casos previstos por la ley, y es también de toda evidencia que estos casos son de estricta interpretación. La indisolubilidad del matrimonio es la regla; con pena y forzado por la debilidad humana, el legislador admite excepciones. La corte de Colmar ha hecho una singular aplicación de este principio. Un esposo pidió el divorcio por causa de injuria grave; el juez lo admitió haciendo resultar la injuria grave del adulterio. La corte reformó este fallo, declarando que no había lugar para pronunciar el divorcio, porque la injuria grave es una causa distinta de la que se funda en el adulterio, de donde concluyó que el adulterio no podía considerarse como una injuria grave (2). Los traductores de Zachariæ dicen que esta decisión no debe seguirse, al menos en materia de separación de cuerpo, en la que los tribunales pueden manifestarse menos formalistas porque las con-

1 Portalis, Discurso en el seno del consejo de Estado, sesión del 14 vendimiario, año X, núm. 15 (Loché, t. II, p. 4681).

2 Sentencia de 8 de Diciembre de 1807, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo* núm. 438.

secuencias son menos graves (1). Nos parece que mucho menos debe seguírsele en materia de divorcio. Sin duda que los efectos del divorcio son más considerables. ¿Pero qué importa? No por esto el esposo lesionado deja de tener derecho para pedir el divorcio; y todo derecho esté bajo la salvaguardia de la ley y de la justicia. ¿Ahora bien, qué sucedería si se interpretase el código en el espíritu formalista que ha dictado la sentencia de Colmar? Volveríase a los buenos tiempos de la chicana, en que la falta de una coma hacía que se perdiese un pleito. ¡Cómo! ¡he ahí un esposo que prueba el adulterio de su cónyuge, y le rehusais el divorcio porque llamó al adulterio una injuria grave! ¿No se diría que el demandante, es decir, el cónyuge inocente, es el culpable que merece ser tratado como criminal? Es cierto que en el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento, el legislador se manifiesta formalista; pero ahí su severidad tiene una razón de ser; acumula las formalidades porque es el único medio de asegurar que existe una causa perentoria de divorcio. No pasa lo mismo con el divorcio por causa determinada. Desde el momento en que se establece una causa determinada, resulta un derecho para el esposo inocente, y sería comprometer este derecho prevarse de la más mínima irregularidad para estorbar su acción ó para destruirlo.

SECCION II.—Del divorcio por causa determinada.

§ V.—DE LAS CAUSAS.

Número 1. Del adulterio.

179. La ley establece una diferencia entre el adulterio del marido y el de la mujer. Por los términos del art. 229,

1 Zachariae, trad. de Massé, y Vergé t. 1º, pfo. 137, nota 3, p. 348

el adulterio simple de la mujer autoriza al marido para pedir el divorcio; mientras que la mujer no puede pedir el divorcio por el adulterio simple del marido; se necesita además esta circunstancia agravante, que el marido haya tenido á su concubina en la casa común. Ya nos hemos manifestado contrarios á la desigualdad que el código Napoleón establece entre el hombre y la mujer (núm. 83). En vano se dice que las costumbres y las leyes exigen á la mujer un pudor que no exigen al hombre (1). Si las costumbres son así, están en un error, y las leyes también. Pero aun cuando esto, fuese tan cierto como es falso, ¿qué es lo que probaría para las causas del divorcio? El hombre no es ya libre, ha comprometido su fe ¿hay para él un deber de fidelidad diferente que el de la mujer? ¿La fidelidad que él promete á su mujer quiere decir que le sea permitido ser infiel tantas veces como quiera? ¡Singular compromiso el que implicase la facultad de quebrantarlo al capricho! Es muy cierto que la infidelidad de la mujer tiene ó puede tener consecuencias más graves que el adulterio del marido (2). Esta es razón para imponerle una pena más fuerte. Pero en materia de divorcio no se trata de pena, sino únicamente de la violación de un compromiso recíproco, y bajo este punto de vista las faltas de los dos esposos son ciertamente las mismas; así, pues, el derecho que de ellas resulta para la parte vulnerada debe ser el mismo.

En el consejo de Estado, Boulay confesó que en realidad el crimen de adulterio era el mismo para ambos consortes, y que por lo mismo no debía haber diferencia en el derecho de perseguir la acción que de él se deriva. Loaré dice, que castigar el adulterio del marido únicamente en el

1 Demolombe, t. IV, p. 470, núm. 369.

2 Tronchet en la discusión del consejo de Estado, sesión del 24, vendlunario, año X, núm. 11 (Loaré, t. II, p. 491).

caso en que tiene á su concubina en la casa común, es autorizarlo en las otras. ¿No es esto una inmoralidad? Regnier agregó, que el adulterio en materia de divorcio no debe considerarse, sino en los efectos que produce entre los consortes; que, así considerada, la falta es la misma, sea que el crimen pertenezca al marido, sea que pertenezca á la mujer. Tronchet acaba por adoptar este parecer. Cuando se trata de establecer una pena contra el adulterio, dice, justo es establecer una distinción que sirva para graduar el castigo por las consecuencias del delito; pero cuando se considera el adulterio con relación al divorcio, todo debe ser igual entre los consortes. Esta es la verdadera doctrina que fué admitida por el consejo de Estado en la primera votación (1). Era también la del derecho canónico, y ha sido consagrada por el código holandés (art. 264, 10).

180. Aunque la disposición del art. 230 sea contraria á los principios, se la debe interpretar en el espíritu que la ha dictado. El adulterio es un crimen y no hay crimen sin texto; veamos cuáles son las condiciones requeridas por el código Napoleón para que el adulterio del marido sea una causa de divorcio. Se necesita que haya tenido á su concubina en la casa común. ¿Qué se entiende por concubina? ¿Se necesita la continuidad de un comercio ilegítimo para que haya concubinato en el sentido de la ley? Zachariæ dice que esto no es necesario (2). De buena gana admitiríamos esta opinión, porque está en armonía con los verdaderos principios, pero no lo permiten ni el texto ni el espíritu de la ley. ¿Qué es una concubina, según el Diccionario de la Academia? «Es la mujer que no estando casada

1 Sesión del 24 vendimiario, año X, núms. 2 y 14 (Loaré, t. II, ps. 487 y 494); y las observaciones de Régnier en la segunda votación, sesión del 4 brumario, año X, núm. 4 (Loaré, t. II, p. 513).

2 Zachariæ, traducción de Marsé y Vergé, t. I, p. 249, nota 3. La opinión contraria se enseña generalmente (Domolombe, t. IV, página 171, núm. 370).

con un hombre *vive* con él como si fuese su esposa.» Fuerza es, pues, que haya una *vida* común durante un tiempo más ó menos largo. De aquí resulta una nueva desigualdad entre el hombre y la mujer: un solo hecho de adulterio es bastante para que el marido pueda demandar el divorcio; debería ser lo mismo respecto al adulterio del marido. Pero hay en nuestro texto una segunda expresión que nos impide admitir esta interpretación. El art. 230 dice: cuando haya *tenido* á su concubina en la casa común. El código penal dice (art. 339): que haya *mantenido* á una concubina en la casa conyugal. Las palabras *tener* y *mantener* expresan una y otra la idea de una continuidad de relaciones entre el hombre y la mujer. La desigualdad, por otra parte, no lo olvidamos, está en el espíritu de la ley; debemos admitirla á pesar nuestro. Treillhard, al exponer los motivos de nuestro título, se sirve de una expresión enérgica para dar forma al pensamiento del legislador: «El adulterio del marido, dice, no da margen al divorcio sino cuando está acompañado de un caracter particular de menosprecio, por el establecimiento de la concubina en la casa común» (1). Fuerza es, pues, que la concubina esté *establecida* al lado de la mujer, que la rival ilegítima ocupe el lugar propio de la mujer: este ultraje es el que constituye el caracter agravante requerido por la ley para que el adulterio del marido sea un crimen y una causa de divorcio.

181. No obstante, no hay que ir demasiado lejos en esta interpretación restrictiva. La palabra establecimiento de que se sirve Treillhard implica que el marido es quien ha establecido á la concubina en la casa conyugal, ó, como en la discusión se dijo, que el fué quien la introdujo. Se ha pretendido que tal era el sentido de la ley. Nada de esto.

1 Exposición de motivos, núm. 17 (Loercé, t. II, p. 567).

No traslademos al texto las discusiones y los dictámenes. Todo lo que el código exige, es que el marido tenga ó mantenga á su concubina en la casa común, poco importa que él y su mujer, la hayan introducido. Después de todo, nadie puede ser introducido en la casa sin el asentimiento del marido. Cuando la mujer contrata á una sirviente, lo hace como mandataria del marido; legalmente, pues, es el marido quien la introduce. La doctrina y la jurisprudencia son del mismo parecer (1).

182. Preciso es que el marido tenga á la concubina en la casa común. ¿Qué debe entenderse por esto? El código penal dice: casa conyugal (art. 339). Las dos expresiones tienen el mismo sentido, el de la casa que sirve de habitación á los dos consortes. No decimos que está habitada. Poco importa que la mujer habite la casa en donde el marido tiene á su concubina; desde el momento en que esta casa está ocupada por el marido, de derecho es casa común á la mujer, porque ella tiene derecho para habitarla, y el marido la obligación de recibirla en ella. No obstante, hay cierto motivo de duda que ha influido en las cortes. El caracter agravante, se dice, que constituye el adulterio legal del marido, es que al crimen agregue el ultraje instalando á una concubina al lado de la esposa, si ésta no habita con su marido, ya no es provocada á todas horas del día por una desvergonzada rival, y por tanto ya no hay ultraje, y por lo mismo, ya no hay adulterio en el sentido de la ley. Hay que abandonar esta opinión porque sobrepasa á la ley, demasiado indulgente es ya ésta con los desórdenes del marido, para que todavía exageremos su indulgencia. La ley no habla de la habi-

1 Dalloz, Repertorio en la palabra separación de cuerpo, número 67, y sentencia de Lieja de 16 de Julio, 1826. (Pasierisia, 1826, p. 226). La opinión contraria de Marcadé ha quedado aislada (artículo 306, núm. 11, t. I, p. 597).

tación común, sino de la casa; querer que la casa esté habitada por la mujer, es añadir una nueva condición, cosa que el intérprete no puede nunca hacer. Por otra parte, como la corte de Douai lo expresa, hay insoportable injuria para la mujer desde el momento en que una concubina ocupa el sitio que á aquella sólo pertenece, ó como lo dice la corte de Grenoble, cuando la concubina mancha con su presencia la morada de la familia. Tal es también la jurisprudencia constante de la corte de casación, así como la doctrina de los autores (1).

183. Pregúntase si la concubina debe morar en la casa conyugal; ó basta que en ésta sea habitualmente recibida por el marido? Ciertamente que en este último caso el adulterio es igualmente injurioso para la mujer; pero no entra en el texto de la ley; no se puede decir entónces que la concubina esté ó se halle mantenida en la casa común; no puede decirse que manche con su presencia la casa conyugal, puesto que sólo accidental y aun furtivamente entra á ella. La corte de Burdeos así lo ha fallado, pero ha agregado que si no había adulterio en el sentido legal, no por esto el hecho dejaba de ser una injuria para la mujer, y que, con este título, podía invocarla como una causa de divorcio. Esta decisión debe generalizarse. Aun cuando el adulterio no se cometá en la casa común, puede resultar, según las circunstancias, una injuria grave que autorice á la mujer á pedir el divorcio. En vano se dirá que el hecho es un adulterio, y que el adulterio no es causa de divorcio sino cuando el marido tiene á su concubina en la casa común. Es ésta una de esas objeciones formalistas que harían odiosa la ley, si de ellas se hiciese apre-

1 Merlin, cuestiones de derecho, en la palabra adulterio, pfo. VI, t. 1, ps. 191 y siguientes. (Daloz, en la palabra Separación de cuerpo, núms. 70 y 74).

cio. ¿Porque un hecho no es un adulterio en el sentido legal, podrá deducirse que no es una injuria grave? ¡Cómo! ¡hay un marido que sostiene á una mujer á ciencia y paciencia de todo el mundo, que con ella se presenta en público y también con los hijos, fruto de ese comercio adulterino; la conciencia pública se lastima con semejante eseándalo, una canción popular acusa al culpable, y todavía podrá decirse que todo ello no es una injuria grave (1). La jurisprudencia ha repelido esos sofismas y admitido á la mujer insultada acción de divorcio (2).

184. La aplicación del art. 230 ha originado numerosas dificultades. Fácilmente pueden resolverse según los principios que acabamos de establecer. Se ha preguntado si un hotel puede considerarse como casa común. Si el marido tiene allí su residencia y si en el departamento que ocupa tiene á su concubina, entonces ni siquiera hay cuestión; aquel es el domicilio que la esposa tiene derecho á habitar y en el cual el marido debe recibirla. Pero si el marido no tiene allí habitación fija, si no hace más que pasar y alojarse momentaneamente en un hotel, ya no puede decirse que éste sea la casa común, porque el dormitorio en donde por accidente se aloja no sirve de habitación al marido. La cuestión se vuelve más difícil cuando el marido tiene su residencia en un hotel en donde también reside la concubina, pero en otro aposento. ¿Puede decirse en este caso que el marido tiene á su concubina en la casa común? Hay respecto á esto alguna contradicción. Es suficiente con que el marido y su concubina se hospeden bajo el mismo techo, al lado uno de otro, de manera que la concubi-

1 En tales circunstancias se pronunció el fallo de la corte de Bruselas, de 19 de Enero de 1849, que admite el hecho como injuria grave (*Pasicrisia*. 1850, 2, 182).

2 Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 79.

na y la mujer legítima se encuentren á cada paso (1). Creemos nosotros que esta opinión se desvía del texto y hasta del espíritu de la ley. La casa común es aquella en donde la mujer tiene el derecho y el deber de residir, es el hogar de la familia. En un hotel los diversos aposentos constituyen otras tantas habitaciones diversas; ni siquiera tiene la mujer el derecho de penetrar á aquel que la concubina ocupa; ésta no mancha, pues, el hogar doméstico. Puede en ello haber una injuria grave, pero no un adulterio en el sentido de la ley (2).

185. Pero desde que la concubina participa de la residencia del marido, aun cuando éste sólo la ocupa temporalmente, hay adulterio legal, aun cuando la mujer jamás haya puesto un pie en aquella habitación. Así lo ha juzgado la corte de Rouen en una de sus sentencias, confirmada por otra de denegada apelación. Era el caso que el marido tenía un alojamiento transitorio pero fijo en una ciudad en donde el matrimonio no residía; él no habitaba allí sino momentaneamente y á causa de sus negocios. En tales circunstancias había lugar á cierta duda, porque ellas no presentan toda la gravedad que el adulterio cometido en la residencia común á ambos consortes. Y no obstante eso, el fallo es muy jurídico. Hay casa común desde que el marido la ocupa como suya; y desde entonces la mujer tiene derecho de venir á ella, por más que no lo haga, y hasta podría obligarla á que viniese. Esto decide la cuestión. De que el ultraje tenga menos gravedad, no inferimos que no haya ultraje (3).

Pero no bastaría con que el adulterio se hubiese come-

1 Massol, *De la separación de cuerpo*, p. 38, núm. 8.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. IV, p. 472, núm. 317.

3 Sentencia de la corte de casación, de 28 de Noviembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 255).

tido en una casa habitada por la concubina, aunque esta casa perteneciese al marido, si ella no fuese su residencia. Está alquilada, y la hija del inquilino es la concubina del marido; ahí vá el marido á buscar á su cómplice; entonces aun cuando la casa formase parte de un dominio en donde se halla el domicilio del propietario, no por eso es la casa común, la mujer no tiene derecho á residir allí, ni aun el marido lo tiene. En este hecho puede haber una injuria grave, pero no hay adulterio legal (1).

Núm. 2.—Excesos y sevicias

186. La palabra *excesos* es muy vaga; la discusión nos servirá para determinar su sentido. Había en el proyecto del código civil un artículo de este tenor: «El atentado de uno de los cónyuges á la vida del otro será para este último una causa de divorcio.» El tribunal hizo la observación de que esta disposición era de una aplicación imposible. A menos de suponer un odio á muerte entre los dos consortes, uno de ellos no se llegará ante la justicia á denunciar un atentado á la vida, que llevaría al cadalso al conyuge (2). En consecuencia, se suprimió el artículo del proyecto, y la palabra *atentado* se sustituyó con la palabra *exceso*, que expresa la misma idea, pero de una manera franca; de modo que la atención del ministerio público no se excitará desde luego, y la denuncia parecerá menos odiosa. No obstante, esto no es más que una cuestión de forma y de conveniencia, porque ante el tribunal, el actor debe probar los hechos que constituyen los excesos; si son un atentado á la vida, el ministerio público deberá perseguir al esposo culpable (art. 235).

1 Sentencia de Limoges, de 21 de Mayo de 1835 (Daloz, *Reper-torio*, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 79).

2 Observaciones de la sección de legislación del tribunado (Loaré, tomo II, p. 552, núm. 2).

187. La palabra *sevicias*, conforme á su etimología, indica actos de crueldad; supuesto que la palabra va unida á la de *excesos*, hay que decir que no se trata de hechos que pongan en peligro la vida del cónyuge; trátase, pues, de golpes, de heridas. Se pregunta si las sevicias han de ser habituales para que constituyan una causa de divorcio. Se ha juzgado que las sevicias deben ser continuadas y tales, que la vida corra riesgo, ó por lo menos que la habitación común sea insoportable (1).

Nosotros creemos que al exigir la continuidad de los malos tratamientos, se vá más allá que la ley. El código no dice esto, y el intérprete no puede separarse de la severidad de la ley. Cierto es que respecto á *excesos* no se necesita el hábito, esto resulta de la naturaleza misma del atentado á la vida. Hay que decir lo mismo de las *sevicias*, si por ellas se entiende un acto de crueldad; basta un solo hecho, porque señala por parte del esposo culpable un odio verdadero hacia su cónyuge, lo que implica que no queda en él sombra alguna de sentimientos afectuosos. Desde tal instante hay ruptura de las almas, y por consiguiente el divorcio está moralmente consumado. Hay en este sentido una sentencia, y la doctrina está de acuerdo (2).

188. Se ha dicho que las simples vías de hecho no constituyen por sí mismos una causa de divorcio; que el juez en esta materia debe tener en cuenta la condición y educación de las personas (3). Creemos nosotros que esto es confundir las sevicias con las injurias. Toda vía de hecho no puede entrar en la categoría de las sevicias; esto habría sido alejar-

1 Sentencia de Besançon, del 13 pluvioso, año XIII (Daloz, e^u la palabra *separación de cuerpo*, núm. 24).

2 Sentencia de Besançon del 9 de Abril de 1808 (Daloz en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 24). Massol, *De la separacion de cuerpo*, p. 38.

3 Durantón, Curso de derecho francés, t. II, p. 501, núm. 552.

se del sentido natural y legal de la palabra; un acto de crueldad es por su misma esencia, un hecho grave. En cuanto á los malos tratamientos que no tienen el caracter de crueldad, no son sevicias, sino que entran en la categoría de las injurias. Hay en este sentido una sentencia de la corte de Burdeos (1).

189. ¿El hecho material de los excesos y de las sevicias es bastante para que el cónyuge vulnerado pueda entablar el divorcio? ¿ó es preciso que tales hechos revistan el carácter de delitos? No hay delito en donde no hay voluntad criminal; la ausencia de razón quita toda criminalidad á los hechos que, bajo el punto de vista material, constituyen un crimen ó un delito. Si el esposo que comete excesos ó sevicias está afectado de enajenación mental, no hay lugar de divorcio. En vano se dirá que los malos tratamientos harían insoportable la vida común; si los excesos y las sevicias son causa de divorcio, es porque son una violación de los deberes que nacen del matrimonio. ¿Ahora bien, puede decirse de aquel que no goza de su razón que viola un deber? En definitiva la enfermedad mental sería lo que el cónyuge vulnerado invocaría, más bien que los excesos ó las sevicias. Ahora bien, la locura no es una causa de divorcio. Si la demencia ó el furor ponen en peligro la vida del cónyuge, hay lugar para poner en un hospicio al enajenado; pero no puede ser ello cuestión de divorcio.

Núm. 5.—Injurias graves.

190. La injuria supone que hay dolo é intención de hacer daño. Tal es lo que dice la corte de Turin en una sentencia pronunciada en materia de divorcio. Hay pues que

1 Sentencia de 10 de Abril de 1826 (Daloz, en la palabra Separación de cuerpo, núm. 26, I.)

aplicar á la injuria lo que acabamos de decir respecto á los excesos y sevicias. Una sentencia de la corte de Montpellier parece contraria á esta doctrina (1). Ella resuelve que las imputaciones que el marido dirige contra su mujer, por más que sólo deriven de las alucinaciones de un ánimo perturbado, se vuelven una causa de separación cuando son tan graves y tan perseverantes que la cohabitación no ofreciese ya á la mujer seguridad ninguna. Si la perturbación del ánimo de que habla esta sentencia, fuese una enfermedad mental, entonces la corte desconoció los principios más elementales en materia de injuria y de divorcio. ¿Puede decirse de un marido que tiene el ánimo turbado, desequilibrado, que viola los deberes que nacen del matrimonio? ¿y puede haber divorcio sin esta violación? ¿Hay injuria en donde no hay una razón sana? No obstante, de hecho la resolución puede ser muy jurídica. La perturbación del ánimo puede provenir de un sentimiento malo, de unos celos ciegos; en este caso no hay enfermedad mental; el marido es responsable de lo que ha hecho, y en consecuencia hay injuria y causa de divorcio.

191. Es igualmente de principio que no hay injurias cuando el hecho, de suyo injurioso, es el ejercicio de un derecho. Un marido anuncia repetidas veces en los periódicos que no pagará las deudas que su mujer contraiga. ¿Es esto una injuria? El hecho implica una imputación que, según las circunstancias, puede ser más ó menos injuriosa Pero no hay injuria en el sentido legal, porque el marido tiene derecho para revocar el mandato tácito que resulta del matrimonio. La corte de Douai ha juzgado erróneamente que este hecho debe reprobarse como una manifestación insólita, injusta y abusiva del poder de admicis-

1 Sentencia de 1° de Febrero de 1866. (Dalloz, 1867, 5, 590, número 61).

tración del marido; el ejercicio de un derecho no podía constituir un abuso ni una injusticia; pero la corte resolvió con buen criterio que este hecho no es una injuria grave que legitime el divorcio (1).

La aplicación del principio sufre alguna dificultad respecto á las imputaciones que los consortes se dirigen en el curso de la instancia en divorcio. ¿Se pueden invocar estas injurias en apoyo de la demanda? Nó, si el defensor no ha salido de los límites de una legítima defensa; porque, en este caso, no ha hecho más que usar de su derecho (2). Sería imposible toda defensa en materia de divorcio, si los hechos alegados por el defensor pudieran ser redargüidos contra él. Mas adelante diremos que los yerros del actor pueden tomarse en consideración por el juez para no admitir la demanda; y entonces el defensor debe tener derecho de alegarlos y constituirlos en prueba por injuriosos que sean para el actor. Pero si el defensor alegase hechos que no están probados, si se dejase llevar por exaltaciones innecesarias é inexcusables, agravaría su falta, y estas injurias serían ciertamente una nueva causa de divorcio. Así es como se ha juzgado que las injurias que los casados se habían inferido durante un proceso de separación de cuerpo, eran suficientes para decretar ésta, aun cuando las causas por las cuales hubiese sido pedida, no hubiesen quedado establecidas (3). La corte patentiza que los esposos se habían injuriado y difamado de la manera más sangrienta en los autos del litigio, que estando los ánimos exasperados, era imposible continuar la vida común.

Los mismos principios se aplican al actor. Su querrela,

1 Sentencia de 14 de Enero de 1857, Dalloz, 1857, 2, 133.

2 Sentencia de Turín, del 15 germinal año XIII, Dalloz, en la palabra *Separacion de cuerpo*, núm. 435.

3 Sentencia de Rouen, 13 de Marzo de 1816, Dalloz, en la palabra *Separacion de cuerpo*, núm. 34.

cuando está fundada, ciertamente que no es una injuria, supuesto que es el ejercicio de un derecho. Pero sí, usando de este derecho, se extralimita en las injurias yendo más allá de las necesidades de la causa, podrá haber divorcio por injuria grave. Así es como la corte de casación juzgó que había injuria grave cuando el marido, durante la instancia de divorcio, había ultrajado de tal manera á la mujer, que la continuación de la vida comun hiciese abrigar temores de graves desdichas (1).

192. Los hechos que constituyen la injuria deben haber tenido lugar después de la celebración del matrimonio. Este principio resulta de la naturaleza misma de las causas del divorcio. Es, como Portalis lo ha dicho, la violación de los deberes que el matrimonio impone lo que justifica la disolución del vínculo conyugal. ¿Puede decirse que el que no está casado falta á sus compromisos? Tal cosa no tiene sentido alguno. No obstante esta opinión, está consagrado por la jurisprudencia. Se ha juzgado que la separación podría pronunciarse por motivo de que en el momento del matrimonio la mujer estuviese inscrita en los registros de la policía como mujer pública, y que ella no hubiese revelado tal hecho á su futuro marido (2). También se ha fallado, que cuando la mujer está en cinta, en los momentos del matrimonio, por otra persona que no es su marido, y cuando ella disimula su embarazo, hay lugar á separación de cuerpo por injuria grave (3). Sin duda alguna que la retención de la mujer en uno y en otro caso es una infamia; pero esta conducta infame es una injuria en el sentido del

1 Sentencia de denegada apelación de 10 de Junio de 1824, Dalloz; en la palabra *Separacion de cuerpo*, núm.194, 1°

2 Sentencia de París de 25 de Mayo de 1837 (Dalloz, *ibid*, número 61, 1°)

3 Sentencia de Burdeos, de 22 de Marzo de 1820 (Dalloz, *ibid*, núm. 61, 2°)

art. 231. Según el texto, la injuria de uno de los esposos hacia el otro, es lo que motiva el divorcio. Esto supone la celebración del matrimonio. El espíritu de la ley es igualmente claro; en el caso de que se trata, no hay violación de un derecho conyugal, y por consiguiente, no hay causa de divorcio. En vano se dice que la injuria acompaña al matrimonio, y que continúa por el silencio del esposo culpable (1). Para calificar un hecho hay que tener en consideración el momento en que se lleva á cabo. Si la mala conducta de la mujer es anterior al matrimonio, no hay en ella una injuria contra el marido. Ella es culpable de reticencia si ocultó esta falta anterior al celebrar el matrimonio. ¿Cómo ha de ser que una falta cometida antes del matrimonio constituya una infracción á las obligaciones que el matrimonio produce entre ambos consortes?

193. La última condición que la ley exige para que la injuria sea una causa de divorcio es que sea grave (artículo 231). ¿Cuándo es grave la injuria? Todo lo que puede decirse es que la injuria debe implicar una violación de los derechos conyugales. La violación debe tener tal carácter de gravedad, que la vida común se vuelva imposible para el cónyuge ultrajado. Tócale al juez decidir en cada caso si la injuria presenta estos caracteres. Es imposible formular sobre el particular regla ninguna, supuesto que todo depende de las circunstancias de la causa. ¿Así, pues, podrá decirse que las injurias han de ser continuas; en el sentido de que una palabra ó un hecho solo sería insuficiente? Esto ha sido así resuelto por la corte de Bruselas, que ha hecho á un lado una grosera injuria par la cual la mujer había sido sentenciada á una multa por el tribunal correccional, porque tal insulto era el único de que se quejaba el marido en

1 Esta es la opinión de Demolombe, t. IV, p. 493, núm. 302, y de Dalloz, núm. 61.

un espacio de nueve años (1). Pero hay otras sentencias que han admitido el divorcio ó la separación de cuerpo por una injuria única, cuando de ella debía resultar una irreconciliable animosidad entre los casados. Se ha fallado que una acusación de adulterio, cuando no está fundada en prueba ninguna, es, por parte del marido, una injuria grave que autoriza á la mujer para pedir el divorcio (2). En efecto, el reproche de adulterio, como dice la corte de Metz, es el ultraje más intolerable que un marido puede inferir á su mujer (3).

194. Ordinariamente se asienta como principio que, para apreciar la gravedad de la injuria, el juez debe considerar la condición social de los cónyuges; dícese, que tal ó cual injuria que entre esposos de clase elevada seria un sangriento ultraje y los dividiría para siempre, no sería, para esposos de menor categoría, más que una pasajera impresión (4). Nosotros protestamos contra semejante principio. Hay, como dice Vauvernaignes, canalla con guante blanco, y hay también entre los obreros corazones bien puestos. Cuidémonos, pues, de generalizar una distinción que vendría á parar en una irritante iniquidad. No es la posición social lo que el juez debe tomar en consideración, sino la educación, los hábitos, los sentimientos de las partes encausadas (5). La distinción contra la cual nos declaramos viene del antiguo derecho; Pothier la formula en términos

1 Sentencia de 14 de Abril de 1832 (*Pasvricia*, 1832, 2, 102).

2 Sentencia de Rennes, de 15 de Septiembre de 1810 (Daloz, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 437). Fallado en el mismo sentido y por la misma corte en materia de separación de cuerpo, sentencia de 17 de Marzo de 1820 (Daloz, *ibid.*, núm. 30, 1^o).

3 Sentencia de 7 de Mayo de 1807, (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo* núm. 35, 1^o).

4 Demólombe, *Curso de Obedio de Napoleón*, t. IV, p. 488, número 385.

5 Sentencia de Bruselas, 31 de Julio, 1858 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 141).

casi desdeñosos para las *gentes del pueblo bajo*, y Merlin reproduce esta doctrina (1). Nuestro estudio social no es el del antiguo régimen; la aristocracia ha cedido el lugar á la democracia, la desigualdad desdeñosa á la santa igualdad; los sentimientos y las ideas se hacen iguales, la instrucción popular, que también es una educación, difunde el sentimiento de la dignidad humana en todos los rangos de la humanidad. El juez debe tener en cuenta este cambio, revolución la más benéfica, y la más legítima de todas las revoluciones.

Hay que agregar que hay injurias que, en todos las clases de la sociedad y cualquiera que sea la educación de los esposos, constituyen una injuria grave. Un marido abandona á la mujer durante su parto, hasta el punto de que personas caritativas tienen que hacer una colecta para subvenir á las necesidades más urgentes de aquella; á tan cruel abandono, el marido añade imputaciones de adulterio y expresiones odiosas. Estas son, dice muy bien la corte de Dijon, graves injurias, sea cual fuere la condición de las partes, porque implica el olvido de los deberes y de los sentimientos que forman la esencia misma del matrimonio (2).

195. Hay también hechos injuriosos que son una causa de divorcio cuando de ellos resulta una violación de los deberes impuestos por el matrimonio.

Tal es que el marido se niegue á recibir á su mujer en la casa conyugal, y la denegación de ésta á cohabitar con su marido. La cohabitación es esencial en el matrimonio; cuando llega á ser imposible por rehusar á ella alguno de los cónyuges, ya no hay vida común, sino un divorcio moral; el juez al pronunciar la disolución no hace

1 Pothier, *Contrato de matrimonio*, núm. 509. Merlin, *Repertorio* en la palabra *Separación de cuerpo*, pfo. 1^o, núm. 3.

2 Sentencia de 30 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 2,247). Comp. con la sentencia de la Corte de casación de 11 de Abril de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 166).

otra cosa que consagrar un hecho consumado. La doctrina y la jurisprudencia admiten el principio, pero algunas veces las circunstancias vienen á modificarlo. Se ha fallado por la corte de Lieja que, si en una disputa violenta, el marido intima á la mujer que deje el domicilio conyugal con su hijo, hay en ello una grande injuria, y suficiente, para autorizar el divorcio (1). Hay numerosas sentencias en tal sentido. La corte de Metz ha llegado hasta á decidir, confirmando un juicio de primera instancia muy sólidamente motivado, que la denegación del marido para recibir á su mujer era una causa de separación de cuerpo, aun cuando los esposos hubiesen vivido separados durante treinta años, y aun cuando esta separación voluntaria se debiese á la mujer. El tribunal había fallado en sentido contrario, estableciendo como principio que la ley no dice que la sola denegación de cohabitar sea una causa de separación; que como tal no admite sino la injuria grave, y que de las circunstancias de la causa, nada injurioso había en la denegación del marido, porque el único móvil de la mujer era su interés pecuniario y no el deseo de restablecer la vida común. La corte de apelación decidió en principio, que hay injuria grave del marido respecto á su mujer, cuando á despecho de la ley rehusa recibirla en la casa conyugal (2). ¿No es esta resolución un error demasiado absurdo? Sin duda alguna que, en tésis general, hay injuria en la denegación del marido para recibir á su mujer. De todas maneras, lo cierto es que la ley no lo expresa. Es esta, pues, una cuestión de hecho; y de aquí que el juez puede tener en cuenta las circunstancias y declarar que la de-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, núms. 434 y 45. Sentencias de Burdeos, de 5 de Abril de 1848 (Dalloz, 1850, 5, 422); de Colmar de 1.^o de Julio de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 212).

2 Sentencia de 5 de Abril de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 99).

negación no es injuriosa. Así lo falló la corte de Paris (1).

Lo que decimos de la denegación del marido recibe su aplicación respecto á la denegación de la mujer. Los jueces deben ver si implica una injuria. Por lo común, así será. No obstante correríase riesgo si se erigiese este hecho en regla absoluta, porque podría haber colusión entre los consortes para llegar al divorcio por concurso de consentimiento. Hay, pues, que ver si la denegación á cohabitar es real, y además si constituye una injuria. Cuando la mujer abandona el domicilio conyugal y el marido hace vanas instancias para restablecer la vida común, y la mujer rehusa en términos injuriosos, no hay duda que debe decretarse el divorcio (2). Pero el juez puede decidir que de hecho no hay injuria grave (3). No la habrá si el marido por su conducta, hubiese en cierto modo obligado á la mujer á abandonar el domicilio conyugal. En este caso, hay lugar á aplicar los principios que sobre los yerros recíprocos de los consortes expondremos más adelante.

196. ¿Rehusarse el marido á proceder al matrimonio religioso es una injuria grave que autorice á la mujer para pedir el divorcio? M. Demolombe enseña la afirmativa, y su opinión se ha visto consagrada por una sentencia de la corte de Angers (4). Esto es inadmisibile. La injuria grave, como toda causa de divorcio, supone la violación de un deber impuesto á los esposos por la ley. ¿Y en dónde está la ley que dicte á los esposos el deber de celebrar el matrimonio religioso? La conciencia es la que considera esta ceremonia como un deber; pero ¿desde cuando los escrupulos

1 Sentencia de 10 de Enero de 1852 (Daloz, 1852, 5, 498, 5°)

2 Sentencias de Bruselas, de 1° de Mayo de 1854; y de Lieja, de 1° de Febrero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 77 y 98).

3 Sentencia de Rouen, de 1828 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 48).

4 Sentencia de 29 de Enero de 1859 (Daloz, 1860, 2, 96). Demolombe, t. IV, p. 491, núm. 390.

religiosos han engendrado una obligación civil? Después de todo, si la mujer tiene sus escrúpulos, el marido tiene también los suyos. ¿Qué es lo que la mujer exige á un marido libre pensador? Que haga un acto de hipocresía. ¿No tiene el marido el deber de rehusarse á hacer un papel odioso? Sin duda alguna que es culpable si prometió á su mujer proceder al matrimonio religioso, pero más culpable es todavía si fingió tener creencias que no son las suyas. ¿Pero esta falta es una injuria grave en el sentido del art. 231? Este es un hecho anterior al matrimonio, es una especie de dolo que ha inducido á la mujer á consentir en el matrimonio. Si la ley admitiese el dolo como vicio de consentimiento, habría lugar, en el caso de que se trata, á intentar la acción de nulidad. Pero el dolo no vicia el consentimiento en esta materia. El matrimonio es, pues, válido; y como no se ha violado obligación civil ninguna resultante del matrimonio, hay que resolver que no hay causa de divorcio.

Núm. 4.—Sentencia á pena infamante.

197. Por los términos del art. 232, «la sentencia de uno de los esposos á pena infamante será para el otro una causa de divorcio.» Boulay motivaba de este modo esta disposición (1): «Aquí se estipula en favor del consorte honrado y delicado y contra el consorte culpable é infamado. Querer que vivan juntos, es querer reunir un cadáver con un hombre vivo. Sin duda alguna que esta causa de divorcio debe ser admitida por todos los pueblos, pero sobre todo por una nación en donde la honra, es como un sentimiento especial.»

¿Existe todavía en la legislación belga esta causa de di-

1 Sesión del Consejo de Estado del 24 vendimiario año X, *Lo-cré*, t. II, p. 487, núm. 2.

vorcio? No lo creemos. Para que pueda aplicarse el art. 232, se necesita una sentencia á pena *infamante*. Ahora bien, nuestro nuevo código penal ya no reproduce la calificación de pena *infamante*; el art. 7 enumera las penas y no las califica. De aquí resulta que no hay infamia legal, y de esto procede la facultad de pedir el divorcio. En efecto, el código civil fué discutido y promulgado bajo el imperio del código de brumario año IV. El art. 604 decía: «Toda pena afflictiva es al mismo tiempo infamante.» Y el art. 603 enumeraba las penas afflictivas, que eran: la muerte, la deportación, las cadenas, la reclusión en una casa correccional. El código penal de 1810 mantiene el principio de que toda pena afflictiva es infamante, y establece además algunas penas infamantes que no eran afflictivas; el garrote, el destierro y la degradación cívica. Estas últimas penas han desaparecido completamente de nuestro nuevo código penal. En cuanto á éstas, no puede haber duda alguna: ya no hay condena de degradación cívica, ni de destierro, ni de garrote; así es que no puede haber causa de divorcio resultante de penas que ya no existen. Que las penas afflictivas que según el código del año IV y el código de 1813 eran también infamantes: el código penal belga mantiene la muerte, los trabajos forzados, la detención y la reclusión (art. 7), pero ya no las califica ni de infamantes. Desde este momento, la base sobre que descansa el art. 222 del código Napoleón se derrumba. El texto es ciertamente inaplicable, supuesto que nuestros tribunales no pronuncian ya sentencia á pena infamante. El espíritu de la ley se opone igualmente á la aplicación del art. 232; ya no se puede decir que el que ha sido condenado á trabajos forzados, á la muerte, es un *cadaver vivo*, porque esté manchado de infamia, porque no tenga ya honra, que es tan cara á la raza francesa. El no es infame, así, pues, su

cónyuge no puede querellarse de que está obligado á vivir con un infame.

Hay, no obstante, algunas razones para dudar. Se puede decir que la opinión pública da la nota de infamia á las penas en materia criminal; poco importa, pues, que el legislador califique ó no de infamante la pena. Para esta objeción es fácil la respuesta. Hablando de las penas infamantes, el art. 232 no ha querido dar á entender la infamia que resulta de la opinión, de las costumbres, de las preocupaciones; se ha referido al código de brumario, á la calificación legal; ahora bien, éste ya no existe; en cuanto á la infamia de la opinión pública, sin que las leyes la consagren, los tribunales no pueden tenerla en cuenta.

Puede, además, decirse que el código penal belga, al mantener las penas que el código de 1810 calificaba de afflictivas y de infamantes, el artículo 232 puede recibir su aplicación respecto á los crímenes castigados con una de estas penas. Después de todo, el crimen, más bien que la pena es lo infamante. Este objetivo se dirige al legislador. A él concierne ver si quiere mantener la causa del divorcio refiriéndola al crimen en lugar de referirla á la pena. Pero el intérprete no puede hacer la ley ni modificarla, porque modificarla equivale á hacerla. Ahora bien, la modificación sería evidente, puesto que á las palabras *condena á una pena infamante*, se sustituirían estas: *condena por crimen*. El art. 232 no habla del hecho punible, habla de la pena; y como la pena ya no existe, la disposición se vuelve inaplicable, salvo que el legislador modifique la ley.

Por último, se dirá que de nuestra interpretación resulta que hay un vacío en el código civil. Cierto es que hay abrogación de una de las causas determinadas del divorcio. ¿Es esto un vacío? Si así es, al legislador corresponde lle-

narlo. Poco de sentirse nos parece la abrogación. Bajo el imperio de la legislación francesa, el sentenciado se reputaba infame después de haber sufrido su condena; ¿cómo había podido encontrar un lugar en la sociedad, cuando su mismo cónyuge le repelía del domicilio conyugal? El matrimonio tiene por objeto el perfeccionamiento de los esposos; si uno de ellos cae, el otro debe tenderle la mano para levantarlo, lejos de huirle como á un impuro. Si la preocupación contraria existe en nuestras costumbres, es una preocupación funesta porque es un obstáculo casi invencible para la enmienda de los sentenciados puestos en libertad. ¿Corresponde al legislador alimentar las preocupaciones, ó es su deber combatirlas?

Núm.—5. Del caso del artículo 310.

198. Cuando la separación de cuerpo decretada por cualquiera otra causa que no sea el adulterio de la mujer ha durado tres años, el esposo que originariamente era el demandado, puede pedir el divorcio, y el tribunal debe admitir la petición si el actor originario, presente ó debidamente citado, no consiente inmediatamente en hacer cesar la separación (art. 310). Treillard expone, como sigue, los motivos de esta disposición. El esposo que ha pedido y obtenido la separación de cuerpo, ha escogido la vía de la separación como la más conforme con sus ciencias. ¿Debe tener derecho para mantenerla para siempre? Esto no sería justo en el caso en que el esposo contra el cual se ha pronunciado la separación de cuerpo no tenga las creencias religiosas de su cónyuge. En efecto, esto equivaldría á obligarlo á un celibato forzado durante la vida del otro esposo. Semejante prohibición sería contraria á la libertad, que todo ciudadano debe á la constitución, para contraer matrimonio. El que ha obtenido la separación de cuerpo

no puede quejarse si lo obligan á divorciarse, porque no es constreñido á ello, supuesto que de él depende restablecer la vida común, y que sólo á denegación suya se decretó el divorcio (1). Estas razones no son más que sofismas, á las cuales se ha contestado de antemano en el seno del consejo de Estado. ¿Por qué el legislador ha admitido la separación de cuerpo. Únicamente por los escrúpulos de conciencia del esposo ofendido. Su religión le veda el divorcio y le permite la separación de cuerpo. Usa del derecho que la religión y la ley le conceden. Después de tres años, el esposo culpable viene á intimarle que restablezcan la vida común, y si el cónyuge inocente se rehusa á ello, el divorcio se pronunciará á pesar de sus escrúpulos religiosos. ¿No equivale ésto á poner al inocente á discreción del culpable? Hay aún más. ¿No se contradice el legislador mismo al autorizar la separación de cuerpo por respeto á la libertad de conciencia, y al reemplazar en seguida la separación por el divorcio, con menosprecio de esta libertad?

Se dice que depende del esposo que ha obtenido la separación el evitar el divorcio, restableciendo la vida común. A decir verdad, ésta es una nueva iniquidad. Casi siempre es la mujer la que pide la separación de cuerpo por escrúpulo de conciencia. Suponemos que la haya obtenido por adulterio del marido. El marido continúa guardando en su casa á su concubina, y después intima á la mujer legítima que venga á abrigarse en aquel domicilio manchado por la presencia de una criatura perdida. ¡Y se dirá que la mujer hace mal en consentir en el restablecimiento de la vida común! ¿No fué para escapar de tal infierno por lo que pidió la separación? ¡Héla aquí, pués, colocada en esta terrible alternativa, ó reanudar una vida común ya impo-

1 Exposición de motivos, núm. 15 (Locré, t. II, p. 567).

sible por la infamia del marido, ó sufrir el divorcio á pesar del grito de la conciencia!

199. La ley no admite esta causa de divorcio, cuando la separación de cuerpo se ha pronunciado por adulterio de la mujer (art. 310). Nada más moral como esto; preciso es que la mujer no halle en el divorcio un medio para legitimar su pasión culpable. Pero el marido puede también ser adúltero, y es posible que al ultraje haya agregado la infidelidad. No obstante, después de tres años, se presentará á pedir el divorcio contra su mujer. ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre los dos esposos? En vano la buscamos. Si la facultad que á la mujer se rehúsa es moral, es inmoral, por el contrario, la que al marido se concede, porque esto es favorecer el libertinaje del hombre, es decir, que es bueno que la mujer observe decoro en sus costumbres, pero que el marido, hablando en rigor, puede encenagarse en la prostitución. Ciertamente que esto es una desigualdad que nada puede justificar.

200. La ley no da este derecho sino al esposo originalmente demandado; no le concede al que era actor, y no había razón para concedérselo. El podía escoger, y escogió la separación de cuerpo, no puede arrepentirse de su elección y pedir el divorcio. En efecto, si excogió la separación de cuerpo, fué porque así se lo dictaron sus creencias religiosas, y no se puede suponer que pasados tres años éstas hayan cambiado. No obstante, podría suceder. En tal caso, ya no hay ciertamente razón para rehusar al esposo inocente un derecho que se concede al culpable. Sin embargo, no sería recibida su acción de divorcio; la ley es formal, y no se puede extenderla, ni aun por vía de analogía, porque las causas de divorcio son de las más estricta interpretación.

Da aquí resulta que si cada uno de los esposos ha pedido

la separación de cuerpo, ninguno de ellos podrá pedir el divorcio pasados tres años. En efecto, cada uno de ellos fué originariamente actor, cada uno habría podido pedir el divorcio, y si no lo hizo debe suponerse que el motivo fué sus creencias religiosas. Desde entonces, conforme al texto y conforme á la ley, todo quedó consumado. Lo mismo sería si la separación de cuerpo hubiese sido pedida primero por uno de los dos esposos, y si el otro hubiese convencionalmente asentido en la separación. Una demanda reconventional es también una demanda. El texto del artículo 310 es, pues, aplicable; y el espíritu de la ley no deja duda alguna. El actor reconventional podía pedir el divorcio; ha procedido, pues, á su elección, y, como debe suponerse, contentando sus escrúpulos religiosos. Esto resuelve la cuestión (1).

Otra dificultad se ha presentado ante el tribunal de Bruselas. El demandado originario pidió y obtuvo el divorcio, pero rehusó darle completo verificativo. Fundado en esto, el actor originario quiso prevalerse del juicio que había admitido el divorcio, y hacerlo pronunciar por el oficial del estado civil. El tribunal resolvió que no había lugar á aceptar su demanda (2). En efecto, según el texto como según el espíritu de la ley, el actor originario es el único que puede obtener el divorcio, y el reo no puede. Es cierto que en el caso de que se trata, el divorcio había sido entablado por el actor originario y admitido por el juez. Pero era libre para renunciar al beneficio del juicio, como lo era para renunciar su acción antes del juicio, y si él renunciaba, la acción y el juicio recaían por sí mismos. Y desde este momento era imposible que el actor originario se hubiese prevalido de ellos.

1 Sentencia de Bruselas, de 23 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 256).

2 Juicio de 4 de Abril de 1851 (*Belgica judicial*, t. IX, p. 925).

§ II.—*De las pruebas de las causas determinadas.*

201. El libro tercero del código Napoleón contiene un capítulo sobre la prueba de las obligaciones, con el título de los *Contratos ú obligaciones convencionales*. Los principios allí establecidos no se aplican exclusivamente á los contratos, sino que en su aplicación á las materias de estado personal, reciben algunas modificaciones. De ahí se han originado dificultades y controversias. Vamos á comenzar por la prueba literal. Que ésta se admita para probar las causas de divorcio, está fuera de duda. Pero hay un género de escritos que ha dado margen á numerosas disputas, y este género son las cartas. En principio, no palpamos diferencia alguna en lo concerniente á este género de pruebas, entre las obligaciones y el estado de las personas; hay, pues, que decir que las cartas pueden servir de prueba, con una restricción no obstante por lo que respecta á las cartas confidenciales. Resulta de la propia naturaleza de estas cartas, que no pueden ser producidas en juicio. Una confidencia es un secreto, y un secreto no puede ponerse á la luz de los debates judiciales. Revelar un secreto es hacer traición á la confianza que en uno se ha depositado: ¿puede invocarse un delito moral ante los tribunales á título de prueba legal? Con mayor razón, las cartas confidenciales no pueden ser invocadas por el que se las procuró dolosa ó violentamente. Habría en este caso un doble delito moral, y por consiguiente, una razón de más para que los tribunales desechen cartas que no hay derecho para sacar á luz. La jurisprudencia así como la doctrina están en este sentido (1). Sólo M. Demolombe es de contrario parecer; pero los motivos que aduce son singularmente débiles. Ninguna ley, dice, prohíbe producir una carta confidencial ante los tri-

1 Dalloz, en la palabra *carta mística*, núms. 24-26.

bunales (1). Podrían oponerse las leyes y las constituciones que proclaman la inviolabilidad del secreto de las cartas; pero siendo controvertidos el sentido y el alcance de este principio, los hacemos á un lado. Hay un principio que nadie pondrá en duda. Una carta, dice la corte de casación, es propiedad de aquel á quien se ha dirigido, pero una propiedad cuyo uso á nadie pueda confiar, y de la que nadie, con mayor razón, puede usar á pesar de aquel; hay, en cualquiera que sea la hipótesis, un abuso de confianza y una violación de depósito (2). Esto es decisivo; los principios de derecho están de acuerdo con el grito de la conciencia, y debemos cuidarnos de romper esta armonía; esto sería rebajar nuestra ciencia y quitarle todo crédito.

202. Queda por saber qué cartas son las confidenciales. Las cartas dirigidas á un tercero son confidenciales en el sentido de que no pueden prevalerse de ellas personas extrañas. La corte de casación ha juzgado invariable este principio (3). Esto, en efecto, es de jurisprudencia. En una sentencia de la corte de Lirnoges leemos que entre particulares una carta es, por su propia naturaleza, confidencial; que es la propiedad del que la recibe; que de aquí se sigue que el que recibe una carta no puede transmitirla á tercera persona, para que en manos de ésta se convierta en un título contra el que la escribió; que una carta entregada así á tercera persona no puede nunca servir sea para intentar una acción, sea para contestarla. Si los tribunales acogiesen estas cartas como medio de prueba, la justicia rompería los vínculos sagrados que deben unir á los hombres entre sí. La corte de casación ha resuelto que una carta dirigida á

1 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. IV, p. 500, núm. 394.

2 Sentencia de 12 de Junio de 1823 (Daloz, en la palabra *pater-nidad*, núm. 621.

3 Sentencia de 4 de Abril de 1821 (Daloz, en la palabra *carta misiva*, núm. 24, 2º)

tercera persona no puede ser producida en juicio, cuando ha sido sustraída por persona distinta de aquella que de ella se prevale; queda probada una verdad, que el secreto ha sido violado, y desde entonces el principio debe recibir su aplicación; la manera cómo la carta ha llegado á manos del que quiere utilizarla es indiferente bajo el punto de vista de la prueba (1).

203. ¿Deben aplicarse estos principios á la prueba de las causas determinadas del divorcio? La afirmativa no nos parece dudosa. Se ha sostenido ante la corte de casación que el legislador traza reglas especiales sobre las pruebas en las materias de estado personal, templando el rigor de los principios que sigue en las materias ordinarias. Cierto es que hay excepciones, pero á veces aumentan ellas el rigor de la ley, como más adelante lo demostraremos, mientras que, en otros casos, la moderan. De todos modos, no se puede admitir excepción á menos que la ley la establezca ó que resulte de la misma naturaleza de las pruebas. Ley, no la hay; en cuanto á la naturaleza de la prueba por cartas, no vemos que pueda justificar una diferencia. Se lee en una sentencia, que en materia de separación de cuerpo y de divorcio, el juez está autorizado para buscar pruebas en la intimidad de la familia y del círculo que lo rodea; en efecto, se admite que los parientes presenten declaraciones como testigos, así como los criados. Pero de esto no debe deducirse, como la corte de Besansón lo ha hecho, que se puedan producir cartas confidenciales, con tal de que el que de ellas quiera servirse, se las haya procurado lícitamente (2). Esta circunstancia es indiferente y no puede servir para decidir la cuestión. Tal es el parecer de Mer-

1 Sentencia de 21 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).

2 Sentencia de 30 de Diciembre de 1862, Dalloz, 1863, 2, 63.

lin (1), y la jurisprudencia, en general, está en el mismo sentido. Se ha juzgado que una carta escrita por el yerno al suegro era enteramente confidencial por su propia naturaleza, supuesto que la carta no es más que una expansión natural entre dos personas ligadas por los vínculos de la sangre ó de la alianza; que la mujer no puede prevalerse de las imputaciones que dicha carta contuviese en contra de ella, imputaciones que no habían tomado el carácter de injuriosas sino en virtud de la violación del secreto de aquella carta por parte del suegro y por la publicidad que la misma mujer le había dado. Y hasta se ha resuelto por la corte de París, que una carta escrita por la mujer al procurador del rey no podía ser invocada por el marido.

Hay sentencias en sentido contrario, y que se fundan en que no hay ley ninguna que expresamente prohíba producir en justicia cartas de tercera persona. De antemano hemos contestado á esta razón. La corte de Besansón dice que la mujer adúltera, para cubrir su mala conducta, no podría invocar el principio de moral en el cual descansa el secreto de las cartas (2). Es digno de alabarse el sentimiento que dictó tal sentencia, pero el argumento es malo. Trátase, precisamente, de probar que la mujer es adúltera; si el adulterio estuviese establecido, ya no podría tratarse de pruebas. Es cierto que el código penal permite probar el adulterio del cómplice por la correspondencia; pero muy diferente es la cuestión de saber si se puede probar una causa de divorcio ante los *tribunales* civiles presentando cartas de tercera persona (3).

1 Merlín *Repertorio*, en la palabra *Carta*, núm. VI, 2, t. XVIII, página 110.

2 Sentencia de Aix, de 17 de Diciembre de 1834. Dalloz, en la palabra *Separacion de cuerpo*, núm. 43, 2º; de Limoges de 17 de Junio de 1824. Dalloz, en la palabra *carta misiva*, núm. 28; de París, del 16 de Diciembre de 1829. Dalloz, *ibid*, núm. 22.

3 Sentencia de Besansón, de 20 de Febrero de 1860, Dalloz, 1860, 2, 54; y de París, de 22 de Febrero de 1860, *ibid*, 1860, 5, 352.

204. En cuanto á las cartas que un cónyuge escribe al otro, podría creerse que son esencialmente confidenciales; pero no es así en materia de divorcio. Si esas cartas contienen injurias, ultrajes, son por sí mismas una causa de divorcio; porque la injuria puede ser verbal ó por escrito. Ciertamente es que no será pública, pero la ley no exige la publicidad. Tampoco es público el adulterio de la mujer, lo que no impide que sea una causa de divorcio. La cuestión ha sido desde luego debatida (1). La jurisprudencia es hoy constante (2) y se apoya en los verdaderos principios, tales como los establece el mismo Merlín. Toda carta es propiedad del remitente, desde el momento en que la recibe. Y bien, ¿puede disputarse al propietario de un título cualquiera el derecho de utilizarlo para justificar una demanda que informe judicialmente? Esto se ve diariamente en los litigios de interés personal. No hay ninguna razón para que no se aplique la regla general al divorcio (3). Y hasta hay que agregar algo más: la palabra más directa y evidente de la injuria hecha por escrito, es la carta que la contiene. Los tribunales de Bélgica, en varias ocasiones, han fallado que las cartas injuriosas son suficientes para comprobar la causa de divorcio, y que es inútil proceder á toda averiguación. Una mujer deja al marido; en la correspondencia entablada entre ambos, ella confiesa la invencible y creciente aversión que hacia él experimenta; declara que le es preferible la muerte á la vida común con su marido. En presencia de ultrajes tan repetidos, la averiguación judicial sería supérflua; la corte de Bruselas admite inmediatamente el divorcio (4).

1 Véase el alegato de Dalloz en el asunto de Montal, *Repertorio*, en la palabra *Carta misiva*, núm. 22.

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 38.

3 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Carta misiva*, núm. VI, 2, t. XVIII, p. 134.

4 Sentencia de 25 de Junio de 1827, *Pasicriencia*, 1867, 2, 351. Com-

205. La prueba testimonial se admite indefinidamente. Sábese que el código Napoleón rechaza en principio la prueba, por medio de testigos, salvo el caso en que el monto pecuniario de las diferencias no exceda de cincuenta francos (art. 1341). Pero este principio no se aplica á los hechos puros y sencillos, que por sí mismos no engendran derecho ni obligación: tales son los hechos que constituyen las causas determinadas del divorcio. Hechos de estos hay, que son delitos; entónces se aplica la excepción del art. 1348, en virtud de la cual pueden probarse por testigos los delitos y cuasi-delitos, sin tener en cuenta el monto pecuniario del litigio.

Síguese de aquí que las presunciones se admiten también para probar las causas determinadas de divorcio. En efecto, por los términos del art. 1353, el magistrado puede admitir las presunciones en los casos en que la ley permite la prueba testimonial. Es preciso que las presunciones sean graves, precisas y concordantes; cuestión de hecho que se deja á la apreciación del juez. Se ha fallado que el adulterio puede probarse por vía de presunciones (1), con tal que tengan el carácter requerido por la ley (2).

206. ¿Las causas de divorcio pueden probarse por confesión del reo? Hay dos disposiciones del código civil que parecen decidir la cuestión en términos formales; el artículo 1356 dice que la confesión judicial es de plena prueba contra el que la hace, y el art. 243 quiere que cuando los esposos comparezcan por vez primera ante el tribunal, se

párese con la sentencia de Bruselas de 9 de Marzo de 1863, *Pasicrisia*, 1863, 2, 274, y de Lieja, de 9 de Diciembre de 1840, *Pasicrisia*, 1848, 2, 336.

1 Sentencias de Burdeos de 27 de Febrero de 1807 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 440, 3º) y de Rión, de 9 de Noviembre de 1810 (*ibid.*, núm. 258).

2 Sentencia de Bruselas, de 5 de Noviembre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, 289).

levante una acta de las confesiones que uno y otro pudieran hacer. No obstante, es de jurisprudencia que, por regla general, la confesión no puede invocarse como prueba de los hechos que originan el divorcio. Hay desde luego que hacer á un lado el art. 1356. Precisamente porque la confesión es de plena prueba contra el que la hace, no se puede prevalerse de ella sino cuando se trata de intereses pecuniarios, de los cuales pueden las partes disponer libremente; en materias de orden público, el solo consentimiento de las partes nada puede; nada, sobre todo, en materia de divorcio, supuesto que el simple consentimiento de los esposos no es bastante para legitimar la disolución del matrimonio. Así es que el art. 1356 es inaplicable; porque admitir la confesión del demandado como plena prueba de los hechos, sería hacer depender el divorcio de la voluntad ó de la colusión de los cointeresados (1).

Queda el art. 243. Este no dice cuál sea la fuerza probatoria de las confesiones que el acta debe contener. De todos modos, es evidente que la ley quiere tomarlas en consideración, porque si no no exigiría que se consignasen en una acta. De esto es preciso concluir con Merlin, que el juez puede tener en cuenta las confesiones del demandado, si las circunstancias de la causa le dan la convicción de que aquel es de buena fe y que ha hecho confesiones para evitar diligencias escandalosas.

La jurisprudencia vacila en esta cuestión. Hay sentencias que parecen desechar la confesión de una manera absoluta, fundándose en que el código Napoleón rechaza las separaciones voluntarias (2); pero el código rechaza tam.

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *adulterio*, pfo. X, t. 1º, p. 216. Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1º, p. 502. Esta es la opinión general.

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 260.

bién los divorcios voluntarios, y no obstante; el art. 243 quiere que se levante una acta de las confesiones. La corte de casación ha seguido siempre la opinión de Merlín, que concilia los diversos principios sobre la materia. Se ha fallado, en materia de divorcio, que las confesiones del demandado debían tomarse en consideración para establecer los hechos alegados por la parte que demanda; que cuando dichas confesiones contribuían á comprobar las causas de divorcio alegadas por el demandante, el juez no podía pedir que fuesen plenamente comprobadas por medios independientes de tales confesiones. Se ha juzgado, en materia de separación de cuerpo, que si la confesión no es bastante por sí sola como prueba, se puede, no obstante, tomarla en consideración por el juez; la sentencia de la corte comprueba que en todas las circunstancias del proceso, el magistrado había hallado la más completa certidumbre de que no existía ninguna colusión entre los consortes (1).

207. ¿Puede una de las partes deferir á la otra el juramento decisorio? Nó, á pesar de los términos generales del art. 1356, que establece que «el juramento decisorio puede deferirse cualquiera que sea la disputa de que se trate.» Esta disposición debe restringirse á los pleitos de interés pecuniario, pero no á los que traten cuestiones de estado. En efecto, el juramento implica una transacción, y no se puede transigir en materia de divorcio, porque ello equivaldría á hacer depender de las convenciones, entre las partes de un litigio, el éxito de éste que es esencialmente de orden público, equivaldría á permitir un divorcio por concurso de consentimiento. La doctrina y la jurisprudencia están concordantes en rechazar el juramento decisorio (2). ¿Debe apli-

1 Sentencias de 6 de Junio de 1856 (Dalloz, 1853, I, 214) y de 29 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, I, 515).

2 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *juramento*, pfo. II, art. II, número 6. Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, número 262.

carce el mismo principio al juramento supletorio? Este juramento no es una transacción, sino un suplemento de prueba que el juez pide á la conciencia de una de las partes, cuando la demanda ó la excepción no está plenamente desprovista de pruebas (arts. 1366, 1367). Merlin dice que cuando el actor no establece plenamente la causa del divorcio, no debe tomarse en consideración su demanda. Esto equivale á decidir la cuestión con la cuestión misma. Trátase precisamente de saber si el juez puede buscar un suplemento de prueba en el juramento. Sin embargo, nos adherimos á la opinión de Merlin. De todas maneras, sigue siendo una verdad que la decisión de la causa dependería de la voluntad ó de la conciencia de una de las partes, lo que, en materia de divorcio, es inadmisibile.

§ III.—*De los fines de no recibir contra la acción en divorcio por causa determinada.*

208. No hay que confundir los fines de no recibir con los fines de no proceder. Estos últimos sólo se refieren al procedimiento cuando es irregular. Si se admite la excepción, el procedimiento queda anulado, pero puede volverse á comenzar. Mientras que los fines de no recibir son concernientes al fondo de la causa, desvían la demanda sin permitir siquiera su examen. Hay fines de no recibir que derivan de la ausencia de una de las condiciones que para el divorcio se requieren. Tal sería el caso en que se pidiese el divorcio por causa diversa á las que la ley admite. Hay fines de no recibir que resultan de los principios generales del derecho, como la prescripción. En fin, los hay que son especiales al divorcio por causa determinada, como la reconciliación y, en cierto sentido, la compensación.

Núm. 1.—De la reconciliación.

209. El art. 272 dice: «La acción de divorcio se extingue por la reconciliación de los cónyuges, sea que ésta tenga lugar después de los hechos que hayan podido autorizar la acción, sea después de la demanda de divorcio.» Nada tan natural como esto. Los hechos que originan el divorcio constituyen una injuria, y ésta puede borrarse con el perdón. Si el cónyuge ofendido perdona al culpable, deja de haber causa de divorcio. Así, pues, la reconciliación supone esencialmente la voluntad de perdonar, lo que implica que el cónyuge que perdona conoce los hechos de donde la ofensa dimana. Imposible es, dice la corte de Limoges, que el que ignora los hechos de los que habría tenido que quejarse, haya tenido la intención de perdonarlos (1).

Además, la ley no prescribe ninguna condición para que haya reconciliación, así es que el juez no puede decidir que la reconciliación debe tener cierta duración, porque esto sería agregar algo á la ley, y por consiguiente hacerla. Desde el momento en que ha existido la reconciliación, la injuria queda borrada y la acción cae (2). Pero corresponde á los tribunales apreciar si la reconciliación es real ó aparente. El marido sostiene á una concubina en la casa común; se verifica una reconciliación entre los cónyuges, con la condición de que la concubina deje la casa conyugal; ésta la deja en apariencia, pero vuelve casi inmediatamente. Esto no es una reconciliación, sino su simulacro, ha dicho la corte de Bruselas (3). Puede decirse más: la reconciliación era condicional, y no se cumplió la condición.

1 Sentencia de 24 de Mayo de 1853 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 19, 1º). Comp. con sentencias de Besançon, de 20 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 54); y de Lieja, de 4 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 233).

2 Sentencia de casación, de 8 de Diciembre de 1832 (Suey, 1833, I, 528).

3 Sentencia de 5 de Agosto de 1846 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 32).

210. Según los términos del art. 274, «si el actor en el divorcio niega que haya habido reconciliación, el demandado probará que si la ha habido, sea por escrito, sea por medio de testigos.» El citado artículo agrega: «en la forma prescrita en la primera sección del presente capítulo.» De aquí resulta que si el demandado sostiene que la reconciliación tuvo lugar antes de la demanda, debe observar el art. 249, es decir, que debe designar los testigos inmediatamente después de que se pronuncie el fallo que ordene las averiguaciones; si no lo hace, se declarará que no há lugar á la prueba de reconciliación por medio de testigos (1).

¿El art. 274 quiere asimilar en todo la prueba de la reconciliación y la prueba de las causas de divorcio? Nó, dicho artículo sólo se aplica á la prueba testimonial de los hechos que se invocan para establecer la existencia de la reconciliación. El código en el título del *Divorcio*, no se ocupa ni del juramento ni de la confesión, así es que queda en pié la cuestión de saber si puede probarse la reconciliación por la confesión y por el juramento. A nuestro juicio, el punto es dudoso. Respecto á la afirmativa, se dice que, en principio, nada se opone á que el perdón de la injuria se pruebe por la confesión; este perdón extingue la acción. Si una declaración del demandado es insuficiente para romper el matrimonio, no vemos por qué razón una declaración del demandado no sería suficiente para mantener aquel vínculo. En esto no hay que temer fraude ni colusión. Por último, si, en tanto como sea posible, ha de evitarse la disolución del matrimonio, por eso mismo importa facilitar la prueba de la reconciliación que extingue la acción del divorcio. Estas razones son muy poderosas, y

1 Sentencias de Lieja, de 24 de Mayo y de 13 de Octubre de 1826 (Arntz, "Curso de derecho civil francés," t. 1^o, p. 230, núm. 441).

tal es la opinión general. Demolombe ni siquiera discute la cuestión. Sin embargo, hay un motivo de duda que no obliga á inclinarnos al lado de la opinión contraria. El que hace una confesión, dispone del derecho que es su objeto. Y ¿se puede disponer del derecho de intentar la acción de divorcio? El esposo ofendido puede renunciar á ese derecho perdonando la injuria, pero si niega que haya perdonado, ¿puede invocarse su confesión en una materia de estado personal? Porque hay en causa un estado, el matrimonio. Desde luego, el proceso no puede decidirlo la voluntad sola de una de las partes.

Por la misma razón, no admitimos el juramento. El juramento decisorio es una transacción, y, no se puede transigir sobre el mantenimiento del matrimonio, así como tampoco sobre su disolución. En cuanto al juramento supletorio, hay que aplicarle lo que acabamos de decir sobre la prueba de las causas determinadas. No se puede tampoco abandonar en parte ó en todo la decisión de la causa á los cónyuges en ella interesados; siempre por el motivo de que se trata de una cuestión de estado (1).

211 La reconciliación puede ser tácita, es decir, que puede resultar de un hecho que implique la intención de perdonar la injuria. Tócale naturalmente al juez apreciar por los caracteres del hecho. ¿Puede invocarse la cohabitación de los esposos, posterior á la ofensa, como un hecho que implique reconciliación? Esto depende de las circunstancias que acompañen á la cohabitación; el hecho aislado de quedarse en el domicilio conyugal, no lleva consigo voluntad de perdonar la ofensa; el mismo texto del código lo prueba. Resulta del art. 459 que la ley supone la continuación

1 Demolombe admite la confesión, y rechaza el juramento, t. IV, p. 529, núm. 420. Una sentencia de la corte de Trèves del 23 de Mayo de 1813 admite el juramento, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 433. 2º

de la vida común durante el procedimiento de divorcio; y por los términos del art. 268, la mujer *puede* dejar el domicilio del marido durante la instancia; esta es una facultad pero no una obligación. Supuesto que la mujer puede cohabitar regularmente con el marido, no podría considerarse la vida común como un fin de no recibir contra ella; se necesita otra cosa más que el hecho material de la cohabitación, se necesitan circunstancias que prueben que la mujer tiene la intención de perdonar. La jurisprudencia está en este sentido (1). El hecho que la mujer resultase en cinta después de los hechos que constituyen una causa de divorcio, sería, en general, una señal de reconciliación; tal es la opinión de los autores, y la jurisprudencia la consagra, salvo siempre la facultad de apreciación que se reserva al juez (2).

212. La reconciliación extingue la acción; no obstante, dice el art. 273, el actor podría intentar una nueva por causa que sobrevenga después de la reconciliación, y entonces hará uso de las causas antiguas para apoyar su nueva demanda. Toda reconciliación es condicional por naturaleza; el esposo que perdona las ofensas, lo hace porque su cónyuge le promete serle fiel en lo futuro. Si falta á esta promesa, el perdón debe considerarse como no otorgado; los nuevos yerros de que el cónyuge se hace culpable, hacen servir los antiguos y los agravan. Poco importa que el esposo lastimado haya intentado ó nó una acción en divorcio. El art. 273 supone, es cierto, que se ha intentado una acción primera, pero no hace más que prever una hipótesis, y no prescribir una condición. El esposo que per-

1 Sentencia de la corte de casación, de 4 de Abril de 1808, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 461. Sentencias de Bruselas, de 9 de Agosto de 1848, *Pasicriencia*, 1848, 2, 310, y del 3 de Mayo de 1847, *Pasicriencia*, 1850, 2, 270.

2 Duranton, t. II, p. 518, núm. 571, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 209, 2º y 3º, y núm. 77.

don a sin hacer intervenir la justicia, manifiesta con esto mayor indulgencia; y, si su cónyuge, en lugar de arrepentimiento y gratitud, muestra con su conducta que es indigno del perdón que se le ha otorgado, ciertamente que no podrá prevalerse de tal perdón. Poco importa, además, que los hechos antiguos se hayan admitido ó desechado, es una nueva instancia que se abre, y la ley misma hace revivir los antiguos hechos (1).

Se pregunta cuál debe ser el carácter de los nuevos hechos. ¿Deben ser bastante graves para autorizar por sí mismos el divorcio? Apenas se comprende que pueda plantearse la cuestión. Hay, sin embargo, sentencias que exigen esta condición (2); ¿pero si esto es así, para qué, entón ces la disposición del art. 273? Viene ésta á carecer de sentido; para que tenga una significación, hay que admitir los nuevos agravios como autorizando la demanda de divorcio, por más que no tengan, por sí solos, la gravedad requerida por la ley, y que no la adquieran sino acumulándose á los hechos antiguos. Esta interpretación es también conforme á los principios. A decir verdad, el art. 273 no concede un favor al esposo ofendido, no hace sino aplicar los principios que rigen los contratos; porque el perdón implica un concurso de voluntades. Desde el momento en que el esposo culpable no cumple sus compromisos, el perdón cesa y los antiguos agravios reviven. Tal es la doctrina de los autores, así como de la mayor parte de las sentencias (3). No es necesario que los nuevos hechos sean de la misma naturaleza que los antiguos; la ley no lo exige, y ni razón ha-

1 Demolombe, *curso de código Napoleón*, t. 1V, p. 532, núms. 423 y 425.

2 Sentencia de Rouen y de Núñes, en Dallos, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 216.

3 Dallos, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, números 217 y 433, 2°.

bía para exigirlo; todos los hechos se reducen, en definitiva, á uno solo, violación de los deberes que el matrimonio impone; poco importa, en el punto de vista del divorcio, en qué consista la violación (1).

Núm. 2. --De la compensación.

213. Se dice que hay compensación, en materia de divorcio, en el sentido de que las faltas del actor atenúen las del esposo culpable, hasta el punto de que el delito de éste no tenga ya bastante gravedad para que el tribunal admita el divorcio. Es evidente que no puede tratarse de una verdadera compensación. No se paga una ofensa con otra ofensa. ¿Acaso no habrá robo porque el ladrón fuese á su vez robado? ¿Diríase que los dos robos se compensan? Igualmente absurdo é inhumano sería decir que las faltas de dos esposos se compensan y que de ellas no dimana ninguna acción. Lógicamente, por el contrario, debe decirse que surgirán dos acciones, supuesto que hay dos esposos ofendidos; léjos, pues, de que no haya causa de divorcio, hay una doble causa.

Sin embargo, la idea de compensación se ha abierto camino en materia de divorcio. La corte de Agen había propuesto que se inscribiese este fin de no recibir en el código, para el caso en que el actor que imputase á su cónyuge malos procederes, y sobre todo, el adulterio, fuese él mismo culpable de la misma falta. Los autores del código civil no admitieron esta singular teoría. Esto basta para desecharla. Ha sido reproducida por Durantou, y otros autores la enseñan. Se le da por fundamento el art. 336 del código penal, por cuyos términos al marido que ha tenido una concubina en la casa común, no se le recibe la denuncia de

1 Merlin, *Cuestiones de derecho en la palabra Adulterio*, párrafos VIII y IX.

adulterio de su mujer. Si en materia criminal, en donde ciertamente que un delito no compensa otro, la ley opone al marido un fin de no recibir cuando él mismo es culpable del crimen que imputa á su mujer, con mayor razón, se dice, hay que admitir este fin de no recibir en materia civil, cuando fundándose en el adulterio de su cónyuge para pedir el divorcio, se descubre que el actor es culpable del mismo delito. Y si esto es así en caso de adulterio, ¿por qué no sería lo mismo en los excesos, sevicias ó injurias graves? La razón es idéntica, y allí en donde existe la misma razón para decidir, debe haber la misma decisión (1).

Esta opinión no ha tenido aceptación. Nosotros creemos, con Domolombe (2) y con la jurisprudencia, que no existe ninguna analogía entre la denuncia del adulterio ante los tribunales correccionales y la acción de divorcio. La primera tiende á la aplicación de un castigo, y sólo el marido puede denunciar el delito. ¿Se podía admitir al marido ó pedir el castigo de la mujer adúltera, cuando él guarda una concubina en la casa conyugal? La demanda de divorcio está fundada en la violación de un deber, y una vez comprobado este hecho, debe haber disolución del matrimonio. En vano se dirá que aquel de los cónyuges que viola sus deberes no puede querellarse de que el otro viole los suyos. ¿Si por una y otra parte hay violación del contrato, se podrá inferir que no hay violación, y que debe mantenerse un matrimonio en el cual cada uno de los esposos mancha el lecho conyugal? Se debe, por el contrario, dar á cada uno de los esposos el derecho para pedir el divorcio, sea por vía de acción, sea por vía de excepción.

El derecho concedido á ambos consortes para pedir el divorcio, cuando los dos son culpables, es la verdadera so-

1 Duranton, *curso de derecho francés*, t. II, p. 521, núms. 574-576.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. IV, ps. 522 y siguientes, núm. 415.

lución de la dificultad. Se funda en los principios de derecho, porque en donde hay una causa de divorcio, debe haber una disolución de matrimonio (1). Está en armonía con el sentimiento moral, porque la conciencia protesta contra la idea del matrimonio indisoluble, porque ambos cónyuges llenan la medida del escándalo. Ciertamente es que queda una anomalía entre el derecho criminal y el derecho civil. Proviene esa anomalía de que el código penal de 1810 da al marido sólo el derecho de denunciar el adulterio de la mujer, y lo declara inadmisiblesi el mismo marido es adúltero; el código no dice lo mismo respecto á la mujer. El código penal belga (art. 390) pone al mismo nivel á los dos consortes y no reproduce el fin de no recibir consagrado por la legislación francesa. Esto restablece la armonía entre el derecho civil y el derecho penal.

Al citar un fallo de la corte de Orleans contrario á su opinión, Duranton dice que es de creerse que no llegará á constituir jurisprudencia. Los tribunales, por el contrario, se han pronunciado por la opinión de Merlin; la corte de Orleans dice que no pueden admitirse más fines de no recibir que los establecidos por la ley. Esta razón es suficiente para resolver la cuestión (2). De aquí resulta que la condena de uno de los cónyuges por adulterio no lo imposibilita para pedir el divorcio por sevicias ó injurias graves (3).

214. Si jamás puede haber compensación propiamente dicha, en materia de divorcio, sin embargo, los agravios del actor pueden algunas veces invocarse por el reo, si no

1 Sentencia de Bruselas, de 16 de Enero de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 37) y de Douai, de 4 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 152).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," número 191. Sentencia de Bruselas de 27 de Junio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, 2, 191).

3 Sentencia de Bruselas de 8 de Mayo de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 328). Sentencia de la corte de casación de 1º de Junio de 1821 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 194, 7º)

para justificarse, al menos para excusarse. Este punto es muy delicado y exige extrema reserva en su aplicación. Vamos desde luego á citar sentencias que han desechado la demanda de divorcio ó la de separación de cuerpo, fundándose en los agravios del cónyuge demandante. Se ha determinado que las sevicias ó injurias graves no podían servir de base para la demanda de divorcio, cuando el esposo que de ellas se quejaba las había provocado por su mala conducta; que los golpes inferidos por un marido á su mujer, cuando tenían su excusa en gastos excesivos, en defectos de carácter y en correrías fuera de la casa, no eran una causa suficiente de divorcio; que no era admisible una demanda de divorcio por causa de adulterio, intentada por el marido que había dejado á su mujer en una habitación aislada, lejos de él y en una sociedad notoriamente peligrosa para las costumbres de aquella (1). Se ha fallado que las sevicias é injurias provocadas por la conducta ligera é inconveniente de la mujer, así como por sus procederes vejatorios, no tenían ya la gravedad suficiente para legitimar el divorcio; que los agravios del actor, aunque no constituyendo por sí mismos una causa de no-recibir, disminuían la gravedad de las injurias de que se quejaba el demandado, de manera que no había causa de divorcio (2). Las cortes de Francia han pronunciado sentencias análogas en materia de separación de cuerpo, motivadas en general en que los agravios de uno de los cónyuges son una especie de provocación que atenúa los del demandado, y les quita la gravedad que se requiere por la ley para que sean una cau-

1 Sentencias de Angers, de 3 de Junio de 1813; de Turín, del 25 *messidor*, año XII; de París, de 6 de Abril de 1811 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núms. 466, 468).

2 Sentencias de Bruselas, de 15 de Marzo de 1854; de 19 de Diciembre de 1857, y de Gante, de 2 de Agosto de 1861 (*Pasjerjeja*, 1855, 2, 357; 1862, 2, 176).

sa de divorcio. La doctrina caucina de acuerdo con la jurisprudencia (1).

¿Acaso por la provocación es por lo que quedan bien justificadas las sentencias que acabamos de citar? La provocación implica que la injuria ó los malos tratamientos se siguen inmediatamente al hecho que constituye la provocación. No es así como los tribunales han apreciado los agravios recíprocos de los cónyuges. Se consideran ellos como una especie de jurado llamado á decidir si las causas que el actor alega tienen la gravedad que la ley exige para la disolución del matrimonio; si la conducta de uno de los cónyuges es tal que produzca en el otro una irritación en cierto modo permanente, los yerros de éste están por eso mismo atenuados y pierden la gravedad que tendrían sin esa circunstancia atenuante. No hay en esto provocación propiamente dicha. Interpretada de esta manera, la jurisprudencia está conforme con los principios. No se puede reprocharle que establezca un fin de no recibir, porque no considera como tal los yerros del actor; se limita á apreciar, según las circunstancias, los yerros del cónyuge culpable. Así se explica la diversidad inevitable de las sentencias en esta materia; hechos diversos tienen que provocar resoluciones diversas.

La corte de Bruselas ha resuelto que no se puede admitir el sistema de las circunstancias atenuantes para el adulterio de la mujer; cualesquiera que fueran los agravios del marido, el divorcio debe pronunciarse, porque el adulterio de la mujer puede introducir en la familia hijos que usurpen el nombre y la fortuna del marido (2). Otro tanto de-

1 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, *Repertoire*, en la palabra, "separación de cuerpo," núms. 195 y 198, y sentencia de la corte de casación, de 30 de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 466).

2 Sentencia de 11 de Noviembre de 1846, *Pasicrisia*, 1847, 2, 319.

be decirse del adulterio del marido, bien que no tenga las mismas consecuencias; pero por sí mismo es una violación tan grave de la fe conyugal, que jamás puede excusarse por las faltas de la mujer, aun cuando ésta fuese también adúltera. Sin duda que, bajo el punto de vista moral, el esposo que, exasperado por la mala conducta de su cónyuge, se entrega por su parte á sus pasiones, es menos vituperable que el que ha dado el ejemplo de mala conducta; pero bajo el punto de vista legal, no podría haber excusa para el adulterio, y cuando el lecho conyugal ha sido manchado por los dos consortes, la moralidad pública exige que se ponga un término á semejante escándalo.

¿No se deben aplicar los mismos principios á los excesos y sevicias? En cuanto á los excesos, no cabe la menor duda. Cuando corre peligro la vida de uno de los cónyuges, puede haber circunstancias atenuantes que disminuyan la criminalidad del hecho, pero no por esto dejará de pronunciarse el divorcio, porque la vida común se hace imposible cuando la vida de uno de los cónyuges deja de estar segura. Aún hay mas: aun cuando no se tratase de sevicias, las injurias no pueden alegarse como una provocación; no existe compensación, dice la corte de Poitiers, entre las sevicias y las palabras (1).

La corte de Douai ha fallado en el mismo sentido, que habiéndose el marido entregado á frecuentes excesos y sevicias contra su mujer, no podía invocar como excusa las provocaciones y la intemperancia de la actora; que estas circunstancias atenuaban sin duda, bajo el punto de vista moral, los yerros del marido, pero les dejaban, no obstante, todos los caracteres propios para motivar y hasta para hacer necesaria la separación de cuerpo (2). Por la misma

1 Sentencia de 1.º ventoso, año XI (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 467).

2 Sentencia de 4 de febrero de 1851 (Daloz, 1853, 2. 153).

razón se ha juzgado que la embriaguez habitual de la mujer no es una excusa para las sevicias de que se hace culpable el marido (1).

Núm. 5.—De la prescripción.

215. ¿Prescribe la acción de divorcio? Llama desde luego la atención que este punto dé lugar á controversia. Toda acción prescribe, á menos que la ley la declare imprescriptible. ¿Por qué, pues, no había de prescribir la acción de divorcio? Sin duda alguna que rara vez sucede que se invoque la prescripción, porque lo más á menudo cuando la acción no se intenta en un plazo breve, hay reconciliación, y en consecuencia la acción queda extinguida. Pero puede suceder que no haya reconciliación aun cuando haya continuado la vida común; si, por ejemplo, el marido ha ignorado el adulterio de la mujer, ¿se puede en tal caso oponerle la prescripción? Nosotros creemos que en principio hay lugar á la prescripción trentenaria. En efecto, según los términos del art. 2262, toda acción prescribe por treinta años, y la ley no exceptúa la acción de divorcio. Esta es la opinión de Zacarias, y hay sentencias en el mismo sentido (2). Se objeta que, según el art. 2253, la prescripción no corre entre esposos. Pero esta disposición no puede recibir aplicación al divorcio, porque supone que la acción, suspensa durante el matrimonio, comienza á correr cuando el matrimonio se disuelve, mientras que si se apli-

1 Sentencia de Nancy de 5 de Mayo de 1832 (Daloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 103, 2^o) y de Lieja de 1^o de Agosto de 1854 (*Positivista*, 1856, 2, 140).

2 Zacarias, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 252. Sentencia de Rennes, de 28 de Diciembre de 1825 (Daloz, en la palabra "prescripción criminal," núm. 102), y de Colonia, de 21 de Febrero de 1849 (*Bélgica judicial*, t. XVIII, p. 1383).

case al divorcio, la acción jamás podría intentarse. Esto equivaldría, pues, á transformar una causa de suspensión en un caso de imprescriptibilidad, lo que es inadmisibile.

Se hace otra objeción para las causas de divorcio que constituyen delitos, como el adulterio. El código de instrucción criminal (arts. 637 y 638) somete á la prescripción de tres años la acción civil y la acción pública que derivan de un delito. De aquí se ha inferido que, después de tres años, el esposo ofendido ya no puede prevalerse del adulterio (1). Nosotros creemos que esto es darle una falsa interpretación á los arts. 637 y 638. La acción civil que prescribe por tres años es la acción de reparación de daños causados por el delito, acción pecuniaria que no puede sobrevivir á la extinción de la acción pública. Mientras que la demanda de divorcio no es una acción de daños y perjuicios. Ella se funda en la violación de un deber conyugal, poco importa que esta violación constituya ó nó un delito.

§ IV. DE LA ACCION DE DIVORCIO.

Núm. 1.—¿Quién puede intentar la acción?

216. La ley da este derecho á ambos esposos; unas veces habla del marido y de la mujer (arts. 229, 230.) otras de los esposos (arts. 231, 232). Hay que añadir que la acción no puede ser intentada sino por los esposos: por su objeto y por las causas que la originan, es esencialmente personal. Los acreedores no pueden formarla, y ni aun siquiera podrian intervenir en la instancia. Esto no es necesario ni decirlo. Sin embargo, con bastante generalidad se admite que el tutor puede pedir el divorcio en nombre del incapaz; y cuando el cónyuge es tutor, se concede este de-

1 Massot, "De la separación de cuerpo," p. 72, núm. 8.

rechó al tutor subrogado (1). No vacilamos en rechazar esta opinión, como contraria al texto y al espíritu de la ley. No hay una acción más personal que la de divorcio; tiene por objeto la disolución del matrimonio; la ley no la da sino á su pesar; sólo al esposo ofendido concierne saber si le conviene intentarla. Puede oponerse á ello su conciencia. ¿Con qué derecho una tercera persona había de hacer en nombre del incapacitado lo que éste quizás no querría hacer? Las causas del divorcio son de tal modo personales, que no se concibe la intervención del tutor; trátase de una injuria, es decir, de lo que más personal puede haber en el mundo; la injuria se borra por el perdón; ¿y cómo saber si el incapacitado no ha perdonado? El procedimiento exige á cada paso la presencia del actor, por una parte con el fin de asegurarse de su voluntad persistente, y por la otra á fin de abocarlo á una conciliación. ¿Acaso el tutor puede representar al incapaz en lo que este tiene de más íntimo, su voluntad?

Dícese que el tutor se da á la persona, y que debe tomar á su cuidado á la persona del incapacitado (arts. 509 y 450). ¿Pero, en materia de divorcio, se trata de la persona del incapaz? Se trata de romper el matrimonio, fundamento de la sociedad; se trata del cónyuge y de los hijos habidos en el matrimonio, se trata de la honra de la familia; ¿y es ésta la misión del tutor? En vano se invoca la moral y la miserable posición del incapaz, juguete vil de un cónyuge desvergonzado y cruel. Estas consideraciones se dirigen al legislador, y el intérprete no tiene por qué preocuparse por ellas. A decir verdad, en la opinión general es donde se elabora la ley. Como la acción de divorcio es cosa grave,

1 Demolombe, t. IV, p. 128. Sentencia de Colmar de 16 de Febrero de 1832. (Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 89, 1º; y de París de 21 de Agosto de 1841. Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 237, 8º).

M. Demolombe quiere que el consejo de familia la autorice. ¿En dónde está el texto que lo exija? ¿Y se puede someter al tutor á pedir una autorización sin un texto de ley (1)?

¿Y no se podría sostener que la acción pertenece al incapaz, si tiene intervalos lúcidos? Si, como lo hemos enseñado, se admite que el incapaz puede casarse (2), se debe también reconocerle el derecho de promover el divorcio. Los contratos se disuelven por los principios mismos que presiden á su formación. Quien es capaz para estipular un contrato, lo es también para disolverlo. No faltan objeciones contra nuestra opinión, y de antemano las hemos contestado. Según nuestros textos, la acción de divorcio pertenece al cónyuge. ¿Por qué rehusarla al cónyuge incapacitado? ¿Acaso porque se halla en estado de demencia? Nosotros suponemos que ejercita su acción en un intervalo lúcido. ¿Acaso porque la interdicción lo priva del ejercicio de sus derechos civiles? La ley no dice eso; en realidad la interdicción sólo un objeto tiene, y es poner fuera de riesgo los intereses pecuniarios de quien se halla en estado de demencia. ¿Si este estado le deja intervalos lúcidos, por qué no había de permitírsele que rompiese unos vínculos que se le ha permitido anudar en esos mismos intervalos? No hay texto que á esto se oponga, y la justicia tanto como la moral encontraría en ello una satisfacción.

117. Es cierto que los herederos no pueden intentar la acción y que no puede intentarse contra ellos. Sería absurdo pedir la disolución de un matrimonio que la muerte ha di-

1. Villequet, *del divorcio*, p. 117 núm. 3. Arntz, tomo I, p. 212, número 407. La corte de casación de Bélgica ha consagrado esta opinión por una sentencia de 11 de Noviembre de 1839, pronunciada por las conclusiones de M. Tailler, abogado general. La requisitoria y la sentencia son notables.

2 Véase el tomo II de mis *Principios*, núm. 238.

suelto. Se pregunta si la acción intentada puede ser seguida por los herederos y contra ellos. En el antiguo derecho, la jurisprudencia había consagrado la afirmativa, y esta opinión ha encontrado todavía partidarios bajo el imperio del código. Se trata naturalmente de los intereses civiles implicados en el debate, y éstos pueden ser considerables. El esposo contra el cual se pronuncia el divorcio por causa determinada pierde las ventajas que su cónyuge le había procurado. ¿Si la muerte de uno de ellos impide que el divorcio se decrete, ¿por qué había de impedir que se pusiesen en regla los intereses que del divorcio se derivan? Es cierto que la acción de divorcio es personal, pero las acciones personales pasan á los herederos cuando se han intentado. ¿Y esto no decide la cuestión? Nó; la acción intentada es la de divorcio, y esta se extingue por la muerte de uno de los cónyuges. Llegado este momento, la acción cesa, el tribunal queda desarraigado. Así es que se trata no de continuar una acción, sino de intentar una nueva. Y es imposible que los herederos del actor intenten una acción de divorcio, así como que el actor ejercite una acción de divorcio contra los herederos del demandado. La razón no lo concibe y los principios de derecho se oponen á ello. No hay dos acciones de divorcio, una que tienda á la disolución del matrimonio, y la otra que tenga por objeto privar al cónyuge culpable de las ventajas que el otro le ha procurado; no hay más que una sola acción, y su fin esencial es romper el matrimonio. En cuanto á la pérdida de las ventajas, son un efecto del divorcio pronunciado: ¿y se concibe que haya un efecto de divorcio, cuando éste no existe todavía? Sin duda alguna que la justicia y la moral exigirían que la muerte no aprovechase al cónyuge culpable y á sus herederos. Para que pudiesen verse privados de las ventajas matrimoniales, sería preciso que el legisla-

dor organizase una acción especial y principal, derogando el artículo 959, por cuyo término las donaciones en favor del matrimonio no son revocables por causa de ingratitud. En cuanto á las donaciones hechas durante el matrimonio, no necesitan de una revocación, supuesto que son siempre revocables (art. 1096). Insistiremos sobre la revocación por causa de ingratitud, al tratar de la separación de cuerpo.

Núm. 2.—Competencia.

218. Siendo civil la acción de divorcio, naturalmente debe promoverse ante los tribunales civiles. ¿Pero qué debe hacerse cuando los hechos en que aquella se funda constituyen un delito? El art. 134 contesta á nuestra pregunta: «Cualquiera que sea la naturaleza de los hechos ó de los delitos que den lugar á la demanda de divorcio por causa determinada, esta demanda no podrá instaurarse sino en el tribunal del departamento en el cual los cónyuges tengan su domicilio.» ¿Y acaso esta disposición deroga los principios que rigen la acción civil que dimana de un delito? Sábese que esta acción puede llevarse al tribunal que conoce del delito; y, á primera vista, podría creerse que la acción de divorcio fundada en un delito es una acción civil que dimana del delito. Nó, la acción civil que deriva de un delito es una reclamación de daños y perjuicios, y nada se opone á que los tribunales criminales la resuelvan. Mientras que la acción de divorcio no tiene por objeto reparar el daño que el delito causa al esposo ofendido, sino que tiende á la disolución del matrimonio; esta disolución, lejos de ser favorable á los intereses pecuniarios del actor, puede serle desfavorable. Se versa un interés superior al del dinero, la unión conyugal. Así, pues, es una cuestión de estado la que le toca al juez decidir, y por esto mismo debe promoverse ante los tribunales civiles. En realidad, la acción de

divorcio, aunque fundada en un hecho que constituye un delito, no dimana de éste como tal delito, sino que se deriva de la violación de un derecho conyugal; por esto es que sólo los tribunales civiles pueden conocer de ella.

219. ¿Cuál es el tribunal competente? Según el art. 234 el tribunal del departamento ó distrito en donde está el domicilio de los casados. Teniendo la mujer el mismo domicilio legal que el marido, ante el tribunal de este domicilio debe presentar su querrela. Poco importa que el marido haya cambiado desde poco tiempo há su domicilio. Tiene derecho á él, y cuando el cambio es constante, la mujer ya no puede intentar su acción en el antiguo domicilio (1). Si el marido cambia de domicilio después de promovida la instancia, es evidente que este hecho no cambiará la competencia. Queda únicamente por determinar el momento preciso en que el proceso comienza. Se ha estimado, y con razón, que la querrela presentada al presidente del tribunal es el acto primero del procedimiento, y que contestada por un mandamiento la instancia queda radicada; y desde ese momento debe continuar ante el tribunal de que es miembro dicho presidente (2).

La regla que establece el art. 234 sufre excepción en el caso previsto por el art. 310. Cuando los esposos están separados de cuerpo, ya no tienen domicilio común, supuesto que tampoco hacen vida común (3). Se vuelve, pues, á entrar dentro de los principios generales, en cuya virtud el domicilio del demandado determina la competencia. Esta es la opinión de Proudhon (4).

1 Sentencia de Coburg, de 12 de Diciembre de 1816 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 229).

2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 91.

3 Véase el t. II de mis Principios, núm. 85.

4 Proudhon, "Tratado sobre el estado de las personas," t. 1.º, página 489.

220. Si el hecho por el cual se pide el divorcio constituye un crimen ó un delito, el ministerio público puede ciertamente perseguir al cónyuge culpable; su acción es absolutamente independiente de la demanda de divorcio; obra por el interés social y su derecho no puede ser limitado por una acción civil fundada en el crimen ó en el delito. El art. 233 supone que el ministerio público sustancia una acción criminal contra el cónyuge culpable, y decide que, en tal caso, la acción de divorcio quedará suspensa hasta que se pronuncie el fallo por la corte de justicia criminal. Esta es una aplicación del principio de que lo criminal suspende lo civil. En rigor, la acción de divorcio habría podido continuar, supuesto que no nace realmente de un delito, pero de ello habría resultado una contrariedad de decisiones judiciales, si el tribunal hubiese desechado la demanda de divorcio en virtud de un hecho que el tribunal criminal hubiese admitido como comprobado.

¿Cuál será la influencia del fallo de lo criminal en la instancia del divorcio? Si el cónyuge es declarado irresponsable, la influencia es nula; puede suceder que no haya delito y sí causa determinada de divorcio, la causa civil volverá entónces á seguir su curso. Si el cónyuge es sentenciado el fallo servirá de prueba al actor en el divorcio. Ha sido resuelto por la corte de Lieja que el juicio correccional que condena al cónyuge por injurias y golpes, es una justificación suficiente de la causa determinada del divorcio pedida por el cónyuge ofendido (1). La diferencia que nosotros establecemos entre la absolución del cónyuge en materia criminal y su condena resulta del art. 233; éste establece que no se puede inferir del fallo del tribunal criminal ningún fin de no-recibir ó excepción prejudicial contra el cónyuge actor en el divorcio. Esto supone la absolu-

1 Sentencia de 29 de Junio de 1820 (*Pasieria*, 1820, 2, 174).

ción del cónyuge. Se ha fallado, en verdad, que el cónyuge no es culpable del delito que se le imputa, pero esto no prueba que este hecho no sea una causa de divorcio. Si hay condena, el hecho que constituye la causa de divorcio está auténticamente comprobada por el juicio, y éste, por consiguiente, puede invocarse como prueba.

Núm 5.—Del procedimiento.

I. PRINCIPIOS GENERALES.

221. El código de procedimientos, después de haber prescrito las formas en que debe intentarse la demanda de separación de cuerpo, agraga (art. 884): «Respecto del divorcio, se procederá según las prescripciones del código civil.» Así, pues, el procedimiento en materia de divorcio se rige por el código Napoleón y no por el de procedimientos. Las formas prescritas para la demanda de divorcio son todas ellas especiales, porque el fin que el legislador se propuso es un fin particular. El legislador no gusta del divorcio, y no lo acepta sino como una necesidad; trata de impedirlo, prescribiendo tentativas reiteradas de conciliación; quiere que una prudente moratoria dé tiempo á las pasiones para calmarse. Mientras que, en las materias ordinarias, el acceso á los tribunales nunca es demasiado fácil, ni el procedimiento demasiado rápido; en el procedimiento de divorcio la ley alarga la marcha de la instrucción, á fin de que las partes tengan á cada paso ocasión de reflexionar y de detenerse. En estos términos expuso el orador del gobierno el espíritu de la ley (1).

¿De esto ha de inferirse con la corte de casación, que encerrando el código Napoleón un sistema completo de

1 Treillard, Exposición de motivos, núm. 26 (Loché, t. II, p. 150).

instrucción acerca de la demanda de divorcio, no se puede recurrir á las reglas del procedimiento ordinario sino cuando un texto lo ordena expresamente (1)? Esto nos parece demasiado absoluto.

Hay desde luego reglas generales de procedimiento, de las cuales el código civil no se ocupa; tales son las formas de los juicios. Es cierto que éstas se norman por el código de procedimientos. Aquí, el artículo 881 no se aplica, porque se trata de reglas especiales referentes al divorcio. La cuestión se hace más delicada cuando hay vacíos en el código Napoleón: ¿Se puede y se debe colmarlos acudiendo al código de procedimientos? La afirmativa resulta de los principios que rigen la interpretación de las leyes. Cuando hay dos leyes de fecha diferente sobre una sola materia, hay que aplicar una y otra, en tanto que la última no deroga á la más antigua. Aquí no puede tratarse de abrogación. Únicamente podría sostenerse, como lo ha hecho la corte de casación, cuando el artículo 881 excluye la aplicación del código de procedimientos. Pero el texto no es exclusivo, no dice que no pueda aplicarse en ningún caso el código de procedimientos; no hace más que mantener las disposiciones del código civil acerca del divorcio; es, pues, como si estuviesen insertas en el código de procedimientos. Y bien, si esto es así, se colmarían, sin duda alguna, los vacíos del capítulo consagrado al divorcio por las reglas generales establecidas en las otras partes del código. La jurisprudencia ha consagrado estos principios tratándose de una averiguación. Ha resuelto que el código civil, que contiene un modo particular de instrucción para las primeras diligencias de averiguación, hay que atenerse, en general á estas disposiciones; no hay, pues, lugar para

1 Sentencia de 28 de Diciembre de 1807 (Daloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 475).

aplicar las disposiciones del código de procedimientos, sobre las interpelaciones de testigos, ni sobre las menciones expresas que dicho código requiere. Pero esto no impide que se complete el código civil por el código de procedimientos; así, pues, el artículo 255 del código Napoleón nada dice sobre los cambios ó adiciones que los testigos pueden hacer cuando se dé lectura á sus deposiciones; puede suplirse á esto con el art. 272 del código de procedimientos.

322. ¿Deben observarse las reglas trazadas por el código civil para el procedimiento de divorcio bajo la pena de nulidad? Zachariæ dice que hay nulidad, y aduce como razón que no deben favorecerse los divorcios(1). Sin duda que nó, pero tampoco deben ofrecerse obstáculos á los derechos de las personas; ahora bien, cuando hay una causa determinada de divorcio, el esposo ofendido tiene un derecho, derecho tanto más sagrado cuanto que es el resultado de su infortunio. Así es que no debe tratársele como á un culpable siendo así que es la víctima de las brutalidades de su cónyuge. ¿Pronunciar la nulidad por la menor inobservancia de una forma, no es favorecer al esposo culpable en detrimento del inocente? Se dira que en tanto que el fallo no se pronuncie, no hay todavía ni culpable ni inocente; cierto, pero la experiencia prueba que las probabilidades están á favor del actor; no se pide el divorcio á la ligera; de todas maneras es tan cierto que no se debe favorecer al actor como al demandado, que ordinariamente tiene agravios menos graves que aducir.

¿Pero si la nulidad no debe admitirse como regla general y absoluta, quiere esto decir que jamás haya nulidad? El código de procedimientos asienta como principio que ninguna exploración ó acto de procedimiento podrá declararse

1 Zachariæ, edición de Massé y Veigé, t. 1º, p. 255.

nulo, si la nulidad no está formalmente pronunciada por la ley. Nada tan prudente como esta disposición, que previene las chicanas, esa lepra de la justicia. Pero no se la puede aplicar á las formas prescritas por el código civil; supuesto que el código civil contiene un procedimiento especial [en materia de divorcio, en este código es en donde se han de ir á buscar las reglas concernientes á la nulidad. Ahora bien, no hay una sola disposición de la sección primera que esté sancionada por la nulidad. ¿Qué es lo que debe decidirse? No queda más, que aplicar á las formas de divorcio el principio que la jurisprudencia ha consagrado para las nulidades en general, es decir que deben distinguirse las formas substanciales de las formas que no lo son. ¿Por qué caracter se reconocerán las formas substanciales? Hay que ver con que espíritu están establecidas las formas. Se vá muy lejos diciendo que tienen por objeto impedir el divorcio. Repetimos, que el divorcio es un derecho, cuando hay una causa legal. Se trata, pués de adquirir la seguridad de que hay una causa verdadera que justifique la disolución del matrimonio.

El legislador empieza por intentar la reconciliación de los cónyuges, y ésta es un punto esencial, porque importa mantener la unión de los esposos. Cuando fracasan las tentativas de conciliación, se procede á la prueba. Todas las disposiciones que tienden á probar las causas del divorcio son también esenciales. Por último, hay que impedir que exista colusión entre los consortes para conseguir, bajo el velo de una causa determinada, un divorcio por un simple concurso de consentimiento. Esto es igualmente substancial. El juez resolverá en cada caso según las circunstancias de la causa. Se dirá que este sistema se presta á lo arbitrario. Este reproche va dirigido al legislador en todas las cuestiones de nulidad, supuesto que ningún principio

deja asentado; es, á decir verdad, el juez el que hace funciones de legislador. Después de todo, vale más una grande amplitud que se deje al juez que encerrarlo dentro de formas que todas ellas implican nulidad.

223. Las formas presentadas por la sección primera no reciben aplicación en el caso previsto por el art. 310. Ya no hay instrucción que formar, supuesto que un juicio ha pronunciado la separación de cuerpo por causa determinada. No hay tampoco preliminar de conciliación; toda tentativa para reconciliar á los cónyuges sería inútil, habiendo durado tres años la separación legal sin que se hayan reconciliado, cuando de su sola voluntad dependía restablecer la vida común. El art. 310 no prescribe más que una sola forma, y es que á la demanda de divorcio, el actor originario sea citado para declarar si consiente en hacer cesar la separación. No es necesario ni que comparezca; basta que sea citado debidamente; su falta de comparecencia implica la denegación para restablecer la vida común.

II.—MEDIDAS PRELIMINARES.

224. Por regla general, toda demanda debe ir precedida de un preliminar de conciliación; la ley ve un mal en los procesos, y trata de conciliar á las partes antes de que eleven su causa al tribunal. En materia de divorcio, el legislador manifiesta más solicitud todavía en prevenir el proceso, volviendo á llevar la paz al seno de la familia. Para dar mayor peso á estas tentativas de conciliación, el legislador se las encomienda, no al juez de paz, como en las acciones ordinarias, sino al presidente del tribunal. A tal efecto, el cónyuge que demanda debe presentarse personalmente al presidente para poner en sus manos su demanda con las piezas justificativas, si las tiene; si la enfer-

medad se lo impide, debe requerir al magistrado para que se dirija á su domicilio y ahí reciba su demanda (art. 236). La entrega en persona es esencial, supuesto que su objeto es provocar la reconciliación; el presidente, dice el artículo 237, oye al actor y le hace las observaciones que estime convenientes. También se ha pretendido que había nulidad por el hecho solo de que la demanda, aunque entregada al presidente, estaba dirigida al tribunal. Citamos este hecho para tener en guardia á los intérpretes contra un formalismo excesivo que convertiría la justicia en una denegación de la misma. En el caso dado, no hay siquiera un pretexto para la chicana; la ley expresa muy bien que la demanda se entregará al presidente, pero no dice que deba dirigirse; ahora bien, toda demanda se dirige al tribunal y no al presidente (1).

225. Si el demandante persiste en su acción, el presidente rubrica la demanda y sus piezas, y levanta una acta de la entrega de todo ello en sus propias manos (art. 236); ordena que las partes comparezcan ante él personalmente. Una copia de este mandamiento es enviada por él al cónyuge contra el cual se pide el divorcio (art. 238). Acerca de esta comunicación se han suscitado todo género de chicanas. ¿Debe ser entregada por el presidente mismo? Nó, porque la ley no dice que el mandamiento se *entregue*, sino que se *dirigirá* al cónyuge del actor. ¿Puede ser entregada por un comisario? Sí, sin duda alguna, supuesto que éste es el medio más seguro de certificar la entrega. ¿Debe ser notificada por un comisario? Nó, supuesto que la ley no lo prescribe (2).

226. Antes de proseguir, hay que ver lo que la deman-

1 Sentencia de Lieja, de 31 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 231).

2 Sentencia de Bruselas, de 11 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 92) y de Lieja, de 31 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 252).

da de divorcio debe contener. El art. 236 quiere que ella *detalle los hechos*. Es preciso que el cónyuge contra el cual se pide el divorcio conozca exactamente los hechos que se le imputan; el presidente tiene también derecho para conocerlos, porque de lo contrario no podría cumplir su misión de conciliador. La disposición, es, pues, esencial, y hay que admitir la sanción de la nulidad. La jurisprudencia es constante en este sentido, al menos en cuanto á los principios (1). La aplicación del principio se abandona á la apreciación del juez. Aquí también debe precaverse de emplear una severidad excesiva que aprovecharía al cónyuge culpable. Creemos que la jurisprudencia francesa merece este reproche. Se ha juzgado que la requisitoria debe determinar con precisión el día, la hora y todas las circunstancias del hecho, y esto es en caso de adulterio (2). Esto es llevar la exigencia hasta la imposibilidad. El adulterio puede probarse con testigos, y por lo mismo, con la presunción. Esto excluye la presunción del día y de la hora y de todas las circunstancias del hecho. Sin duda alguna, que no sería corresponder el deseo de la ley si el actor se limitase á decir que demanda por excesos, sevicias é injurias graves, ó por adulterio de su cónyuge; pero no se puede llegar hasta exigir que el actor precise de antemano detalles que sólo puede establecer la sustanciación. Hay, pues, que aplicar la ley con un espíritu de equidad. La corte de Bruselas ha asentado muy bien el principio. Dice que la requisitoria es válida cuando el actor ha satisfecho al objeto que el legislador tenía en la mente al prescribir que la demanda detalle los hechos. Si la requisitoria pone

1 Sentencias de París, de 14 de Marzo de 1306 y, de Limoges, de 2 de Julio de 1810, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, número 448, 4.º y 1.º

2 Sentencia de París del 18 de Febrero de 1886, Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 448, 2.º

al presidente en aptitud de hacer á las partes observaciones á propósito para operar un principio de reconciliación, si ilustra suficientemente al tribunal competente, para otorgar ó rehusar el permiso de citar, el objeto de la ley queda cumplido, y en consecuencia, la requisitoria es valedera (1). La cuestión debe, pues, resolverse, en cada caso, según las circunstancias de la causa .

Supongamos que falten algunos detalles á favor del demandado. ¿Habrà que pronunciar la nulidad de la requisitoria, aunque el actor haya reparado la misión significando al demandado una acta después de la comparecencia ante el presidente, pero antes de la audiencia pública? La corte de París ha pronunciado la nulidad (2). ¿No es este un rigor que va más allá del código de la ley? Todavía no está abierto el proceso; el demandado sabe todo lo que se le imputa antes de que la instancia propiamente dicha, comience. ¿De qué se queja ó de qué tiene interés de quejarse? La corte de Bruselas ha juzgado en este sentido en un caso análogo; esta decisión nos parece más equitativa (3).

227. El art. 236 quiere que el actor detalle los hechos en su requisitoria. ¿De esto puede inferirse que después de la demanda no puede presentar algunos hechos? La jurisprudencia es incierta, pero, en general, poco favorable al actor, y los autores que han escrito sobre el divorcio se pronuncian igualmente en el mismo sentido (4). Nosotros creemos que esta opinión es contraria al texto y al espíritu de la ley: ¿Qué dice el texto? «Toda demanda de divorcio de-

1 Sentencia de 9 de Febrero de 1858, *Pasicria*, 1862, 2, 286.

2 Sentencia de 14 de Marzo de 1806, *Dalloz*, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 418, 4º.

3 Sentencia precitada de 9 de Febrero de 1858.

4 *Artz Curso de derecho civil francés*, t. 1º p. 215, núm. 412. *De molombe*, t. IV, p. 584, núm. 482.

tallará los hechos.» ¿Cuáles son estos *hechos*? Los hechos que constituyen la causa de divorcio. ¿Es á causa de sevicias, ó de injurias, ó de adulterio por lo que el cónyuge pide el divorcio? Fuerza es que lo diga y que exponga los hechos en los cuales se funda la causa que él alega. ¿Y puede, después de que ha entregado su requisitoria al presidente, proponer otros hechos? Hay que distinguir. Si tales hechos constituyen una nueva causa de divorcio, se debe contestar negativamente, porque esto, en realidad, equivaldría á intentar una nueva acción; sería, pues, necesaria, una nueva requisitoria, porque la demanda de divorcio, debe; ante todo, entregarse al presidente, á fin de que trate de desviar al cónyuge de sus designios. Pero si el cónyuge alega hechos que no constituyen una causa nueva, hechos que confirman, que fortifican su demanda, en el sentido de que agregan una nueva prueba á las que ya están producidas, ¿por qué no habría de poder hacerlas valer? En vano buscamos la razón. Ciertamente que el texto no se opone; desde el momento en que el demandante ha detallado suficientemente los hechos para que el presidente y el demandado sepan la causa en la cual funda su acción, queda satisfecha la ley. Todo lo que posteriormente acontezca no puede anular la requisitoria que es válida. Son nuevos argumentos que el demandante hace valer, y debe tener ese derecho por todo el tiempo que duren los debates. La opinión contraria conduce á una consecuencia verdaderamente absurda: y es que el actor debería fundar su causa hasta en los menores detalles, ante el presidente, ó por mejor decir, en su requisitoria. No se litiga ante el presidente, sino ante el tribunal. Otro absurdo. Se quiere que el demandante exponga todos los detalles de la causa de divorcio que alega; pero tales detalles puede ignorarlos, y muy á menudo los ignorará. El tiene la convicción de que su cónyuge es cul-

pable de adulterio pero no conoce toda la gravedad de su falta, porque hay testigos sobornados que guardan silencio, si estos testigos hablan, si él sabe nuevos detalles de su infortunio, podrá uno oponerse á que los produzca, se podrá pedir que el tribunal no los tome en consideración! ¿No es esto oponerse á que el tribunal se ilustre?

¿Puede el actor articular nuevos hechos acaecidos después de que presentó su demanda al presidente? Nó, si estos hechos constituyen una nueva causa, y por lo mismo una nueva demanda. Pero si son hechos que se relacionan con la causa por lo cual el cónyuge ha pedido el divorcio, tiene éste derecho de hacerlos valer. Esto, no obstante, se le rehúsa el derecho; pero veamos á dónde conduce tal doctrina. El demandante alega el adulterio de su cónyuge.

¿Desde el momento en que entregada su requisitoria al presidente, el cónyuge culpable ha publicado su deshonor y no podrá permitírsele al actor articular aquellos hechos! ¡Cómo! el adulterio será público y el culpable desvergozado se llegará al tribunal á decirle: No toceis derecho de admitir el divorcio por adulterio, porque los hechos no han sido articulados en la requisitoria iniciadora de la instancia! Bueno es no favorecer el divorcio, pero también es bueno no hacer odiosa la justicia. Hay dos sentencias de la corte de casación en este sentido (1).

En todo caso, debe resolverse que si fuese nula la requisitoria porque no detalla suficientemente los hechos, el demandante puede presentar otra nueva al presidente. Así lo han resuelto las cortes de Limoges y de París (2), y esto no puede ocasionar duda alguna. El actor puede siempre corregir su demanda. Justo es que deba hacerlo cuando su

1 Sentencias de 13 frimario, año XIV, y del 26 de Mayo de 1807, Dalloz, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 473. Compárese Demolombe, t. IV, p. 585, núm. 482.

2 Dalloz, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 449, 450 y 472.

primitiva demanda no satisface la ley; pero si la requisito-
ria estuviese suficientemente detallada, y si á pesar de ésto
se obligase al cónyuge á renovarla, no vemos lo que con
ello ganaría la justicia; la chicana se aprovecharía y con es-
te objeto prescribe el legislador las formalidades?

228. Volvamos á las medidas preliminares. En el día
prefijado por el presidente en su mandamiento, los dos
cónyuges deben comparecer á su presencia. El magistrado
les hace las representaciones que crea propias para verificar
una reconciliación; debe hacerlas al actor solo si él es el
único compareciente (art. 239). Esta es una nueva tentati-
va de conciliación. Si hay demanda de separación de cuer-
po, el código de procedimientos prohíbe á las partes que
se hagan asistir de abogados y de consejos (art. 877). El
código civil no prohíbe expresamente á los cónyuges que
se asesoren con personas de la curia, pero la prohibición
está implícita; cuando quiere concederles este derecho, lo
expresa (arts. 342 y 343), luego lo rehusa por el hecho solo
de no concederlo. Esto está también conforme con el espí-
ritu de la ley; no hay demanda ni defensa ante el presi-
dente, así, pues, la presencia de los abogados y agentes de
negocios es inútil. Sin embargo, como la ley no lo prohíbe
expresamente, no habrá nulidad si, de una manera contra-
ria á la mente del legislador, los cónyuges fuesen asesora-
do: por un hombre de la curia.

Si el juez no logra conciliar á las partes, levanta una
acta y ordena la comunicación de la demanda y de sus pie-
zas al procurador del rey y el resúmen de todo ello al tri-
bunal. Dentro de los tres días consecutivos, el tribunal, á
informe del presidente y por las conclusiones del ministe-
rio público, concede el permiso para citar; puede también
suspender este permiso, pero la suspensión no puede exce-
der del término de veinte días (arts. 239 y 240). La sus-

pensión es uno de esos prudentes trámites que la ley prescribe en el procedimiento de divorcio, á fin de dar tiempo á las partes para que reflexionen. Hay, además, algo de especial en este juicio preliminar, que se reproduce en todo el procedimiento: la ley exige un informe, primero del presidente y después del juez en la causa (arts. 239, 245 y 248) para todos los juicios. ¿Y esto ha de ser bajo pena de nulidad? La corte de Bruselas así lo ha resuelto (1). Esta es una de esas decisiones rigurosas que se nos dificulta admitir. Sin duda alguna que el informe es útil para dar luz al tribunal; pero esta forma es extraña á las partes; nada de común tiene con los motivos que se dan para justificar la nulidad del procedimiento. No es por falta del informe por lo que se impide la reconciliación de las partes, su colusión no es de temerse; á ellas concierne ilustrar al tribunal, y ¿puede creerse que éste juzgue sin conocimiento de causa, cuando el juez toma parte en las resoluciones?

III.—LA INSTANCIA JUDICIAL.

229. Toda instancia judicial comienza por una citación. Lo que hay de especial en materia de divorcio, es que el tribunal debe otorgar el permiso para citar. Tiene derecho á que se le llame á otorgarlo, porque tiene derecho de rehusarlo, y acabamos de dar la razón. Si lo concede, el actor hace que se cite al demandado, en la forma ordinaria y en el término legal de ocho días, para que comparezca en persona á la audiencia. La comparecencia se verifica á puerta cerrada (art. 241). La ley evita la publicidad en todo lo posible, porque una vez que la causa de divorcio se ha hecho pública, la reconciliación de los esposos se hace, por decirlo así, imposible, y aunque el legislador no pres-

1 Sentencia de 6 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 119).

cribe ya tentativa de reconciliación después de abierta la instancia, no por eso cesa de esperarla y de favorecerla. Las partes deben comparecer personalmente (arts. 241 y 242): si no compareciere el actor, el procedimiento cae, y se da por renunciada su acción. ¿Y qué se resolverá si el demandado no concurre? El art. 242 contesta: «Sea que comparezca ó no el demandado, el actor expondrá los motivos de su demanda, ó hará que los exponga un consejo; representará las piezas que la fundan y nombrará á los testigos que se propone hacer oír.» De esto resulta que el procedimiento continúa á pesar de la no-comparecencia, y no há lugar á oponerse á los juicios que sobrevengan. El artículo 163 decide la cuestión: no abre más que el recurso de apelación contra los fallos pronunciados en primera instancia, contra los juicios por falta de comparecencia y contra los juicios contradictorios; la oposición no se admite sino en apelación (art. 165). Se pregunta por qué el legislador admite la oposición en apelación, mientras que la desecha en primera instancia. Hay para esto una razón histórica, y es que cuando se discutió y votó el código civil, se estaba todavía bajo el imperio de la ordenanza de 1667, que no admitía la oposición en primera instancia. No hay duda ninguna acerca de todos estos puntos (1).

230. Si el demandado comparece, puede proponer sus observaciones tanto sobre los motivos de la demanda como sobre las piezas aducidas por el actor y sobre los testigos por éste nombrados. La ley le permite que comparezca por medio de un apoderado. Nombrará por su parte, dice el art. 243, los testigos que se proponga hacer oír, y acerca de los cuales el actor hará también sus observaciones. La

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 488, y Villequet, *del Divorcio*, p. 172. Compárese la sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 29 de Febrero de 1840 (*Pasicristia*, 1840, 1, 307).

ley dice que el demandado *nombrará*; así, pues, es imperativa. ¿Puede inferirse de esto, con la corte de Bruselas, que si no ha nombrado sus testigos, ni hecho reservas indicando los motivos por los cuales no lo hace, nunca podrá presentarlos? (1). Admitimos con la corte, que el juez no debe ordenar de oficio al demandado que nombre sus testigos, y que si éste no lo verifica, el tribunal puede pronunciar el fallo de admisión del divorcio. Pero sería contrario á la ley vedarle la facultad de nombrar sus testigos hasta el momento en que el art. 249 le quita esa facultad.

Se ha levantado una acta de las comparencias, de los dichos y observaciones de las partes, así como de las confesiones que una ú otra pueda hacer. De todo esto se ha dado lectura á los cónyuges; ha sido firmado por las partes y se ha hecho mención de sus firmas. Si no pueden ó no quieren firmar, se hace mención de sus declaraciones (artículo 244).

231. Hasta aquí termina la audiencia secreta. El tribunal cita á las partes para la audiencia pública, fijando día y hora; dispone la notificación del procedimiento al procurador del rey y nombra un relator. Si el demandado no ha comparecido, está obligado el demandante á hacerle saber el mandamiento del tribunal en el plazo que éste haya determinado (art. 245). En el día y hora indicados, el juez en la causa rinde su informe y el ministerio público toma los puntos de sus conclusiones. El tribunal decide luego sobre los fines de no-recibir, si es que se han propuesto. En caso de que se hallen concluyentes, la demanda de divorcio se desechará. Si no se han propuesto fines de no-recibir ó si han sido desechados, se recibirá la demanda (art. 246).

1 Sentencia de 6 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 119).

¿Qué se entiende por fines de no recibir en el art. 246? Todas las excepciones que tienden á la repulsa de la demanda, los fines de un proceder tanto como los fines de no recibir propiamente dichos. Así es que el demandado puede poner la excepcion de incompetencia, pero si no está probada por las confesiones del actor, el tribunal no podrá resolver inmediatamente; ordenará al demandado que rinda prueba de la reconciliación, sea por escrito, sea testimonialmente. En cuanto al fin de no recibir que se llama compensación, no puede establecerse sino por las diligencias acerca del fondo del debate.

¿Puede el demandado oponer un fin de no recibir después del juicio que admite la demanda? Hay que contestar negativamente, con la jurisprudencia (1). El silencio del demandado implica que no tiene que oponer ningún fin de no recibir; y el juicio que admite la demanda de divorcio implícitamente resuelve que la acción no se extingue por un fin de no recibir.

232. Inmediatamente después del juicio que admite la demanda de divorcio, el tribunal rinda un segundo juicio, por el cual declara el derecho á la demanda si le parece en estado de juzgarse; si nó, admite al actor á la prueba de los hechos pertinentes alegados por él y al demandado á la prueba contraria (art. 247). Se necesitan, pues, dos juicios: el primero que admite la demanda, el segundo que decide sobre el fondo de la cuestión ó que admite á las partes ó la prueba. La jurisprudencia tiene todavía aquí un rigor cuya razón buscamos en vano. Se ha resuelto que la sentencia que declara que no son pertinentes los hechos es nula si no la ha precedido un juicio de admisión (2). Cierto es que

1 Sentencia de Licja, de 24 de Mayo de 1825, y de 13 de Octubre de 1820 (*Pasicrisia*, 1826, 2, 167 y 256).

2 Sentencia de la corte de casación de 18, frimario año XIV (Dalloz, en la palabra *soparación de cuerpo*, núm. 470, 3^o), y sentencia de París de 27 de Mayo de 1813 (*ibid.*, 2^o).

la ley ha sido violada; ¿pero qué hay de común entre esta violación y los principios esenciales del procedimiento de divorcio? El primer juicio que admite la demanda es de pura forma, y no percibimos su utilidad. ¿Para qué prolongar la causa por medio de casaciones, cuando no lo exige ninguna razón superior? La jurisprudencia es poco consecuente. Si todo es de rigor, hay que tomar también al pié de la letra la palabra *inmediatamente*, que se encuentra en el art. 247. Habría, pues, nulidad si se pronuncia se al día siguiente el segundo juicio. La corte de Lieja ha retrocedido, y en verdad que con razón, ante este excesivo formalismo (1). ¿Pero si se da oídos al buen sentido en un caso, por qué no escucharlo siempre?

IV.—DILIGENCIAS.

233. Las diligencias son el medio ordinario para probar los hechos que sirven de base á la demanda de divorcio. Sin embargo, no son siempre necesarias. El art. 247 dice que el tribunal puede inmediatamente declarar de derecho la demanda, se le parece que se halle en estado de juzgarse. *Conceder el derecho*, es decir admitir la demanda, si la prueba de los hechos articulados resulta de los documentos del proceso. Ya les serían la correspondencia del cónyuge adúltero, ó cartas injuriosas del cónyuge contra el cual se promueve el divorcio. El tribunal puede también desechar la demanda, si los hechos que el actor alega no le parecen pertinentes. En efecto, el art. 247 establece que el tribunal, al ordenar las diligencias, admite al actor á la prueba de los hechos pertinentes. El tribunal debe, pues, examinar antes que todo si los hechos articulados por el actor son pertinentes, verosímiles, y si son bastante gra-

1 Sentencia de 6 de Julio de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, 2, 226).

ves para constituir una causa de divorcio (1). Si los hechos no presentan estos caracteres, el tribunal debe desechar la demanda. No es necesario decir que los jueces tienen en esta materia, un poder discrecional; deciden soberanamente, según las circunstancias de la causa, si los hechos tienen un carácter de gravedad y de verdad suficiente para hacer admisible la prueba. En fin, el tribunal puede, á la vez que admite la prueba, desechar los hechos que no le parezcan pertinentes.

234. Las partes han debido nombrar á los testigos que se proponen hacer oír, desde los comienzos de la instancia judicial. Después de pronunciado el juicio que ordena las primeras diligencias, el escribano da lectura á los nombres de los testigos. El presidente advierte á las partes que pueden todavía designar otras, pero que después de aquel momento ya no se recibirán otros (art. 249).

¿Quién puede ser testigo? Según el derecho común, los parientes y afines hasta el grado de primo hermano inclusive, así como sus dependientes y criados, pueden ser tachados (código de procedimientos, art. 283). El código civil deroga esta regla: según los términos del art. 251, los parientes de las partes no son tachables por el capítulo del parentesco, lo mismo que los criados de los parientes, con motivo de esta calidad. Esta excepción era una necesidad: los hechos que constituyen la causa del divorcio tienen casi siempre lugar en la intimidad de la familia, y no pueden probarse sino por el testimonio de los que viven en esa intimidad. Sin embargo, la ley agrega que el tribunal pondrá mucho cuidado en las deposiciones de los parientes y de los criados. Estas deposiciones ordinariamente serán apasionadas ó interesadas, siendo cada uno de los testigos

1 Sentencia de Nimes, de 14 de Mayo de 1842 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 77).

del partido de uno ú otro de los cónyuges. El juez, debe, pues, emplear la mayor circunspección en la apreciación de esos testimonios.

El texto del art. 251 sólo habla de los *parientes*, mientras que el código de procedimientos extiende la exclusión á los aliados. Es evidente que la excepción comprende también á éstos; si los parientes no pueden ser recusados, con mayor razón no pueden serlo los parientes por alianza. El art. 251 agrega, que los hijos y descendientes de las partes no pueden ser testigos. El grito de la naturaleza ha dictado esta disposición. ¿Se extiende esto á los hijos y nietos de un matrimonio precedente? La afirmativa no permite duda alguna; el texto está concebido en términos generales y el espíritu de la ley excluye á todo hijo de uno u otro de los cónyuges. Lo mismo se entiende de los hijos naturales de uno de los cónyuges; la ley no limita la exclusión á los hijos legítimos, y no habrá lugar para hacer una distinción; el motivo por el cual son recusables se aplica á unos y á otros (1).

La jurisprudencia extiende la excepción establecida por el art. 251 para los parientes y dependientes de las partes, á los otros testigos, que pueden ser tachados, por otros motivos, según el derecho común (2). Esta aplicación extensiva de una disposición excepcional, es inadmisibile. Las excepciones no se extienden, ni aun por razón de analogía, y en el caso de que se trata, ni siquiera hay analogía. Como los parientes y domésticos son las más de las veces los únicos testigos de los hechos en los cuales se funda la demanda de divorcio, es prueba que el legislador ha debido

1 Sentencia de Bruselas, de 29 de Febrero de 1858, *Pasicrisia*, 1858, 2, 60, y de Douai, de 16 de Agosto de 1853, *Dalloz*, 1854, 5, 689.

2 Sentencia de la corte de casación, de 8 de Julio de 1813, *Dalloz*, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 220. Sentencia de Bruselas, de 28 de Diciembre de 1815, *Pasicrisia*, 1815, p. 554.

admitirlos, y si los admite, es á pesar suyo. Los motivos que justifican la disposición del art. 251 son extraños á las demás causas de reproche que el código de procedimientos admite; así, pues, dichas causas deben admitirse en el procedimiento de divorcio, como en el procedimiento ordinario. Esta es la doctrina de todos los autores (1).

235. El art. 250 quiere que las partes propongan en *seguida* los hechos contra los testigos que deseen separar; el tribunal decide acerca de los hechos después de oír al ministerio público. Esta disposición imperativa parece implicar una prohibición para proponer las tachas más tarde. No se debe, sin embargo, aplicarla con una exagerada severidad que sería ciertamente contraria á la intención del legislador. Uno de los cónyuges llega á saber que un testigo ha sido sobornado por la parte contraria; no propuso inmediatamente este reproche, por la razón excelente de que no conocía el hecho; tal vez el soborno tuvo lugar durante las primeras diligencias; ¿y habría de prohibirsele que señalase al tribunal un testigo corrompido, porque no propuso la tacha cuando no le era posible proponerla? ¿Puede el legislador exigir alguna vez lo imposible? La corte de Lieja resolvió, y con razón, que las tachas podían proponerse hasta en apelación, con tal de que el litigante pruebe que no había tenido conocimiento de ellas en el momento en que la ley quiere que se hagan valer (2).

El código de procedimientos (art. 28) dice que, si las tachas propuestas antes de la deposición no están justificadas por escrito, el litigante debe ofrecer su prueba y designar los testigos; de otra manera no sería admitida. Se ha juzgado que esta disposición no es aplicable en materia de divorcio. Es de jurisprudencia, en efecto, que habiendo el

1 Véanse los autores citados en Michariz, edición de Massé y Vergé, t. 1^o, p. 259, nota 20.

2 Sentencia de 20 de Abril de 1832, *Pasjerisia*, 1822, p. 112.

código Napoleón normado las formas de la averiguación en materia de divorcio, no hay lugar para aplicar las disposiciones del código de procedimientos en el sentido, al menos de que las nulidades establecidas para las averiguaciones ordinarias no pueden extenderse al divorcio (1).

236. El art. 252 establece que el juicio que admite prueba testimonial debe denominar á los testigos que han de ser oídos y determinar el día y la hora en los cuales los litigantes han de presentarlos. Según los términos del artículo 253, las deposiciones son recibidas por el tribunal en sesión secreta, en presencia del procurador imperial, de las partes, de sus consejos ó amigos, hasta el número de tres por cada lado. Así, pues, á diferencia del derecho común (código de procedimientos, art. 255), los testigos no son oídos ante el juez comisario, sino que es el tribunal el que recibe las deposiciones. ¿Qué tribunal? Naturalmente aquel ante el cual se ha iniciado la instancia. Esto resulta evidentemente de la combinación de los arts. 234 y 253. ¿Pero el tribunal no podría encargar á otro tribunal que oyese á testigos que estuviesen en la imposibilidad de trasladarse? El código de procedimientos admite las comisiones rogatorias (arts. 255 y 4035). Se ha juzgado que estas disposiciones no son aplicables en materia de divorcio (2). Esta es una de esas decisiones formalistas que nos repugna admitir. El código Napoleón no habla de las comisiones rogatorias, y por lo mismo deben excluirse. ¿Y es este el espíritu de la ley? Sin duda que importa que los testigos sean escuchados por el tribunal competente para pronunciar el divorcio, y en presencia de las partes. ¿Pero cuando el caso es imposible, no vale más que los testigos sean oi-

1 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 475, 1º y 2º

2 Sentencia de Bruselas, de 7 de Enero de 1833 (*Jurisprudencia*, 1833, 2, 268).

dos por otro tribunal que nó que no sean oídos? ¿Por qué rehusar á la justicia un medio de ilustrarse en estos graves debates? La cuestión ha quedado decidida en este sentido por la corte de casación de Darmstadt (1). Si el testigo residiese en el extranjero, habrá una dificultad que es del dominio de la diplomacia. Nuestros tribunales no tienen el derecho de declinar sus funciones en otro tribunal, á menos que ese derecho esté consagrado por tratados.

237. ¿Acerca de cuáles hechos se les puede oír? El artículo 247 dice que el juicio que ordena la averiguación admitirá al actor á la prueba de los *hechos pertinentes* por él alegados, y al demandado á la *prueba contraria*. Resulta de esto que la averiguación está definida y circunscrita dentro de los hechos que el juicio declara pertinentes. De donde se infiere que los testigos no pueden ser oídos en otros hechos alegados por una de las partes. Nosotros opinamos que cada una de las partes puede siempre alegar nuevos hechos que pudo haber ignorado ó que se produjeron después que se inició la instancia (léase el núm. 230); pero para que estos hechos puedan ser objeto de una averiguación se necesita un nuevo juicio que los declare pertinentes, y admitir á la otra parte á la prueba contraria.

Estos principios se aplican á los hechos de provocación alegados por el demandado. Se ha determinado que éste no podía hacer oír testigos acerca de la mala conducta del actor, cuando el juicio lo admitía únicamente á la prueba contraria de los hechos alegados por el actor. En efecto, la prueba contraria consiste en establecer que no existen los hechos alegados. Es distinta la prueba que tiende á establecer que hay provocación por parte del actor; ella no combate los hechos alegados, sino que al contrario, reco-

1 Sentencia de 5 de Mayo de 1829 (*Bélgica judicial*, t. XVIII, página 1380, núm. 254).

noce su existencia; pero pretende que esos hechos, aunque comprobados están destruidos por la provocación. Así, pues, es una verdadera excepción la que el demandado opone á la demanda; en consecuencia, se vuelve actor en cuanto á esa excepción, y por lo tanto es preciso que articule los hechos, que éstos se declaren pertinentes, y que la otra parte sea admitida á la prueba contraria (1). Existen sentencias en sentido contrario. Se ha fallado que se admite al marido á que pruebe, en las primeras diligencias, que los excesos de que se le acusa han sido provocados por la mala conducta de la mujer, aun cuando él no haya hablado de esta falta de conducta antes del juicio interlocutorio, y aun cuando este juicio no lo admita á rendir pruebas. No está prohibido, dice la corte de Tolosa, que los magistrados examinen las causas que han podido incitar al marido á maltratar á su mujer; es hasta un deber suyo que tomen en consideración todas las circunstancias relativas al caso, para fijarse en el verdadero carácter de los hechos (2). Nada tan cierto como esto, pero ello no prueba más que una cosa, y es que la provocación puede siempre articularse, y por consiguiente probarse; sólo que para ser admitido á prueba, se necesita un juicio que declare pertinentes los hechos y que admita á la prueba contraria al demandante originario.

338. El código contiene algunas disposiciones sobre la averiguación. Según los términos del art. 254, las partes, por sí mismas ó por sus consejos, pueden hacer á los testi-

1 Sentencia de Bruselas, de 23 de Febrero de 1830 (ó según otras compilaciones de 4 de Marzo), en la *Jurisprudencia del siglo XIX*, 1850, 3. 117. Sentencia de Bruselas de 27 de Febrero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 75). Sentencia de Poitiers, de 21 de Enero de 1838 (Daloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 253).

2 Sentencia de 9 de Enero de 1824 (Daloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 198, 3°), y sentencia de París, de 15 de Marzo de 1841.

gos las observaciones y las interpelaciones que juzguen oportunas, sin que, no obstante, puedan interrumpirlos en el curso de sus deposiciones. El derecho de interpelación debe limitarse, según lo que acabamos de decir, á las hechos declarados pertinentes por el juicio que ordena la averiguación.

Cada disposición debe relectarse por escrito, tanto como los dichos y observaciones á que haya dado lugar. El artículo 255 agrega, que la acta de averiguación se leerá tanto á los testigos como á las partes, que unos y otras serán requeridos á firmarla, y que se hará mención de sus firmas ó de sus declaraciones de que no pueden ó no quieren firmar. Ateniéndose al texto, sería necesario que la acta íntegra fuese leída en presencia de todos los testigos; en la práctica se sigue el código de procedimientos que se contenta con la lectura de cada deposición, lo que es mas racional, supuesto que cada testigo no puede saber y confirmar sin aquello que ha depuesto. ¿Había nulidad si se hubiesen observado los arts. 271 y 272 del código de procedimientos? No ciertamente, porque queda cumplido el objeto de lectura desde el momento en que cada testigo escucha la lectura de sus deposiciones. La letra del código Napoleón es, en verdad, contraria. ¿Pero no sería absurdo anular una diligencia porque los testigos no hubiesen escuchado las deposiciones de todos los que depusieron en la averiguación? (1).

239. El código de procedimientos prescribe otras muchas; formas; ¿hay que observarlas, á riesgo de nulidad, cuando el código pronuncia ésta? Se ha fallado que las formalidades del código de procedimientos se aplicaban á las averiguaciones en materia de divorcio, y que, por lo mismo, los

1 Así juzgado por sentencia de Gante, de 2 de Abril de 1813 y de Lion de 18 de Abril de 1819 (Daloz, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 474).

testigos debían declarar su edad y su profesión, bajo pena de nulidad (1). Estas decisiones son contrarias al principio que la doctrina y la jurisprudencia siguen en esta materia. Como el código de Napoleón ha establecido una forma especial para las averiguaciones, en el procedimiento de divorcio, no hay lugar á recurrir al código de procedimientos; por lo menos no son de aplicarse al divorcio las nulidades que este código establece; así es que no se puede anular una averiguación porque no se haya hecho á los testigos la interpelación de que declaren si son parientes, afines ó dependientes de los litigantes. Bajo el punto de vista jurídico, esto es incontestable; no se pueden introducir en el código Napoleón, que contiene reglas peculiares al divorcio, nulidades pronunciadas por una ley general y posterior. Esto está también fundado en la razón. No deben multiplicarse inutilmente las nulidades de forma, sobre todo cuando no son motivadas por los litigantes. ¿Por qué ha de ser que el descuido del escribano prorrogue la nulidad del procedimiento de divorcio, siendo así que los vicios del procedimiento son absolutamente extraños á los principios esenciales en esta materia?

Por las mismas razones, no debe aplicarse á la averiguación en materia de divorcio el art. 293 del código de procedimientos, que prohíbe reanudar diligencias que se han declarado nulas. La corte de París falló en sentido contrario pero la sentencia fué revocada por la corte de casación, en virtud de que había creado una caducidad que la ley de la materia no establece.

240. Después de la clausura de las dos averiguaciones ó de las del actor, si éste no ha producido testigos, el actor emplaza á los litigantes para la audiencia pública, cuyo día

1 Sentencia de Nancy de 15 de Abril de 1813 y de Lion de 18 de Abril de 1810 (Dalloz, en la palabra *separacion de cuerpo*, núm. 474).

y hora señalará; ordena la notificación al ministerio público y nombra un relator. Este mandamiento debe notificarse al demandado, á instancia del actor, en el plazo que se haya determinado (art. 256). La corte de Bruselas ha fallado que no había nulidad si la notificación se hubiese hecho fuera del plazo fijado por el tribunal (1). Esto no parece evidente de acuerdo con los principios que en esta materia hemos asentado. La sentencia se funda en que el código civil no establece nulidad por este capítulo. Este motivo es demasiado absoluto; no hay una sola disposición en nuestra sección que pronuncie la nulidad; ¿de esto podría inferirse que jamás hay nulidad en esta materia?

241. ¿Puede el tribunal prorrogar las diligencias de la averiguación? Según el derecho común el tribunal puede conceder la prórroga (código de procedimientos, art. 279). También podría hacerlo en materia de divorcio, tanto más cuanto que no hay plazo fijo para que se terminen las averiguaciones. En caso de prórroga, el acta debe cerrarse y firmarse, así como la ley lo exige para el acta de clausura (art. 255). No obstante, no habría nulidad por este capítulo. Es imposible considerar como esencial una formalidad que la ley no prescribe de una manera expresa. Así lo han fallado las cortes de Colonia y de Darmstadt (2).

V.—EL FALLO.

242. En el día citado para el juicio definitivo, el juez rinde su informe (art. 257). Se ha resuelto que este informe es una formalidad substancial, cuya falta de observancia provoca la nulidad del juicio definitivo (3). Esto nos

1 Sentencia de 30 de Mayo de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 184).

2 *Bélgica judicial* (t. XVIII, p. 1839).

3 Sentencia de Colonia, de 30 de Noviembre de 1846 (*Bélgica judicial*, t. V, p. 773).

parece muy riguroso. En materia de divorcio, todo pasa ante el tribunal: él es quien oye á los testigos y las observaciones de las partes. De este modo, el tribunal entero puede ilustrarlo acerca de todo lo que debe saber. ¿En dónde está, pues, la utilidad, la necesidad de pronunciar una nulidad que no tendría razón de ser como si faltare un elemento de instrucción? No multipliquemos las nulidades, cuando la ley no lo manda.

Las partes pueden hacer en seguida, por sí mismas ó por el órgano de sus consejos, las observaciones que juzguen útiles para su causa. Esta es la aplicación de una regla general que se sigue durante el curso del debate. La ley, sin embargo, pone una restricción: el consejo del actor no es admitido sino cuando éste comparece personalmente (arts. 248 y 257). El debate es esencialmente personal, y así, pues, el actor debe figurar en él constantemente. En cuanto al demandado, puede hacerse representar por un apoderado (art. 243). Importa aún no poner al cónyuge culpable en presencia del actor, porque esto por lo menos es una causa de irritación. Cuando los litigantes han defendido sus intereses, el ministerio público da sus conclusiones.

243. Si no se establece la causa del divorcio, el tribunal debe desechar la demanda. Si ha quedado establecida, el juez debe admitirla. Hay, sin embargo, una excepción. Cuando la demanda de divorcio está formulada por excesos, sevicias ó injurias graves, los jueces pueden no admitir inmediatamente el divorcio, si tienen la esperanza de que una separación provisional sea bastante para calmar las pasiones y reconciliar á los cónyuges. En este caso autorizarán á la mujer para que deje la compañía de su marido, sin que esté obligada á recibirlo si ella no lo juzga á propósito. Si la mujer no tiene rentas suficientes para cubrir sus necesidades,

se obligará al marido á que le pague una pensión alimenticia proporcionada á sus facultades. La prueba dura un año. Si transcurrido éste, los cónyuges no se han reunido, el actor puede mandar citar al otro cónyuge para que comparezca ante el tribunal en los plazos de la ley, y sobre esta situación, el tribunal deberá admitir el divorcio (arts. 259 y 260).

La ley no permite este plazo de prueba cuando el divorcio se pide por causa de adulterio. En este caso, la injuria es demasiado sangrienta para que deje una esperanza de reconciliación á los cónyuges. No es necesario expresar que cuando el divorcio se demanda como consecuencia de la separación de cuerpo, ya no puede tratarse de renovar una prueba que ha durado tres años.

El texto del art. 259 supone que la mujer es actora. ¿Podría inferirse que el tribunal no pudiese decretar la separación provisional, si el marido fuere actor? Ciertamente que nó. La redacción del art. 259 es un vestigio del proyecto primitivo que no admitía al marido pedir el divorcio por sevicias é injurias. Esta disposición se suprimió, y con justo motivo, debiendo ser unas mismas las causas de divorcio para ambos esposos. El art. 259 habría debido modificarse á consecuencia de esta suposición, y aun cuando no haya sido así, no hay duda de que el juez pudiese decretar la prueba de una separación provisional, quien quiera que fuese el actor (1).

244. El fallo definitivo debe pronunciarse públicamente. Cuando admite el divorcio, se autoriza al actor para retirarse ante el oficial del estado civil, á fin de que lo pronuncie (art. 258). No es el tribunal el que pronuncia la disolución del matrimonio, sino el oficial del estado civil. Se ha imaginado que al que celebra el matrimonio, decla-

1 Willequet, del *Divorcio*, p. 161, núm. 4.

rando á los cónyuges unidos en nombre de la ley, es á quien corresponde quebrantar esa unión. De esto resulta que, á pesar del juicio que admite el divorcio, el matrimonio subsiste hasta que el oficial del estado civil haya pronunciado el divorcio. Por otra parte, puede atacarse el fallo, y vamos á ver por cuáles vías.

245. Hemos visto que no hay lugar á oposición cuando el fallo se pronuncia por falta de comparecencia. Así, pues, el juicio contradictorio ó por falta de comparecencia no se puede atacar sino por apelación. Por los términos del art. 264, no es admisible la apelación sino cuando se interpone dentro de los tres meses contados desde el día de la sentencia, sin que se distinga entre el juicio contradictorio ó por falta de comparecencia. La apelación es suspensiva: principio es este del derecho común que ya se seguía cuando el código civil era discutido, y que está implícitamente mantenido por el art. 264, que no permite ejecutar la sentencia sino cuando ha pasado en autoridad de cosa juzgada. El mismo proveido en casación es suspensivo, y con mayor razón la apelación debe suspender la ejecución del juicio (1).

246. El art. 262 dice: «En caso de apelación de la sentencia de admisión ó de la definitiva, pronunciada por el tribunal de primera instancia en materia de divorcio, la causa será sustanciada y juzgada por la corte de apelación, como negocio urgente.» ¿Puede inferirse de esto que la apelación no es admisible en los juicios interlocutorios? Los términos de la ley no son restrictivos, y en principio no se ve por qué el legislador hubiera restringido el derecho de apelación en el juicio de admisión y en el definitivo; el espíritu de la ley no es apresurar el procedimiento, sino

1 Sentencia de la corte de casación de Berlín, de 11 de Julio de 1854 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 337).

que, por el contrario, el legislador quiere una prudente tramitación. Se oponen los trabajos preparatorios que no dan luz alguna á la cuestión. No entramos en este debate, supuesto que es concerniente al procedimiento más bien que al derecho civil. Adoptamos la opinión consagrada por la corte de Bruselas (1).

247. El art. 262 dice que la causa se instruirá y se juzgará por la corte de apelación, como negocio urgente. Resulta de aquí que en apelación se siguen las formalidades ordinarias del procedimiento, y que no hay lugar á las formalidades que se requieren en primera instancia. Así es como la corte de Lieja resolvió que no era necesario que compareciese personalmente el actor en el juicio de divorcio. Es bastante difícil darse razón de esta diferencia de procedimientos en apelación y en primera instancia. Se dice que habiendo dado suficientemente á conocer el actor su voluntad firme é irrevocable de disolver el matrimonio por el procedimiento ante el tribunal de primera instancia, es inútil sujetarlo á las mismas trabas en apelación. Esta razón no es concluyente. La apelación reduce á la nada el primer juicio; la ley habría, pues, debido exigir que el actor probase su voluntad perseverante hasta la decisión definitiva. Después de todo, las dos instancias no constituyen más que una sola y misma causa; no hay, pues, motivo para que se instruyan de un modo diferente.

Ya hemos examinado la cuestión de saber si las partes pueden proponer nuevos hechos en apelación y nombrar nuevos testigos. La corte de Bruselas ha resuelto en varias ocasiones, que el actor en el divorcio no era admisible para probar en apelación hechos que tienden á atenuar la gravedad de los hechos que se le reprochaban; pero la corte

1 Sentencia de 31 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 231).

agrega que tales hechos le eran conocidos cuando, según la ley, fué llamado para que hiciese sus observaciones sobre la demanda y para nombrar testigos (1). Ciertamente es que si no hay ningún motivo para no proponer en primera instancia los hechos de provocación que él alega en apelación, debe declararse no admisible. Pero si una de las partes invocase hechos nuevos, hechos pertinentes y capaces de influir en la decisión de la causa, no vemos por qué la corte no habla de admitir la prueba. ¿Puede concebirse que el juez se niegue á ilustrarse? Hay sentencias en este sentido en materia de separación de cuerpo (2).

284. ¿Puede asentir el cónyuge contra el cual se ha pronunciado el divorcio por el juicio de primera instancia? ¿puede desistirse de la apelación? Hay sentencias en diversos sentidos. La corte de casación ha resuelto que tanto el asentimiento como el desistimiento eran válidos (3). Lo que hace dudosa la cuestión, es que el divorcio es de orden público y ciertamente no puede ser objeto de una transacción. Por otra parte, ¿no sería de temerse que el divorcio tuviese lugar por consentimiento mutuo fuera de las formas prescritas por el código civil? A pesar de estas razones que han convencido á M. Demolombe y á varios tribunales, creemos que nada se opone á que el demandado asiente ó se desista de su apelación (4). El demandado puede asentir tácitamente no interponiendo la apelación; si es válido el asentimiento tácito ¿por qué el expreso había de ser nulo? ¿y por qué el demandado no había de poder desistirse de

1 Sentencias de 28 de Febrero de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 280), y de 6 de Abril de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 219).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," números 301, 302 y 305. La jurisprudencia está dividida (*ibid*, números 303 y 304).

3 Sentencia de 11 de Mayo de 1853, Dalloz, 1853, 1, 158.

4 Demolombe, t. IV, núm. 488, p. 591, Dalloz, en la palabra *Asentimiento*, núm. 180.

una apelación que habría podido no formular? En vano se dice que el divorcio no puede ser voluntario. ¿Es acaso más voluntario cuando hay asentimiento expreso que cuando lo hay tácito? A decir verdad, el divorcio no es voluntario ni en uno ni en otro caso.

249. El código civil admite el recurso de casación; debe interponerse dentro de los tres meses contados desde la notificación de la sentencia. Por excepción á los principios generales, el art. 263, decide que el recurso sea suspensivo. Si no lo fuese, el divorcio podría pronunciarse, y por consiguiente los esposos podrían contraer una nueva unión; y si la corte casase el fallo que admitió el divorcio, subsistiría el primer matrimonio: de donde resultaría que el mismo hombre se encontraría con dos ranjeres, ó la misma mujer con dos maridos á la vez. Por la misma razón, la requisitoria civil no es admitida en materia de divorcio, porque este medio extraordinario de recurso jamás suspende la ejecución del juicio. Así es que el código civil no habla de esto.

250. Cuando la sentencia se pronuncia en última instancia ó pasa en autoridad de cosa juzgada, el cónyuge que ha obtenido el divorcio está obligado á ejecutarlo dentro de dos meses; á este efecto, debe presentarse en dicho plazo, ante el oficial del estado civil, para que se pronuncie el divorcio (art. 264). El art. 265 determina de una manera precisa el día desde el cual el plazo comienza á correr; á dicho artículo enviamos al lector. No es necesario que el demandado esté presente, basta que sea debidamente citado. Su denegación á presentarse no puede detener la ejecución de la sentencia.

Estas disposiciones, acerca de la ejecución forzosa de la sentencia en un plazo preteritorio derogan el derecho común. El que ha ganado un litigio, es en general, libre para usar

de su derecho cuando le plazca. La ley no deja esta facultad al cónyuge que ha conseguido el divorcio. Durante el curso del debate, prescribe una prudente tramitación. Pero cuando el divorcio queda aceptado en virtud de una sentencia definitiva, ya no hay razón para retardar la ejecución de la sentencia; importa, por el contrario, poner fin, lo más pronto posible, á estas lamentables discusiones (1). El plazo de dos meses es improrrogable, y si dentro de él el actor no procura que se pronuncie el divorcio, pierde sus derechos al beneficio de la sentencia que había conseguido. El matrimonio subsiste, pues, y los cónyuges deberían reanudar la vida común. Esta es una reconciliación tácita que tiene los efectos de toda reconciliación. El cónyuge que ha renunciado al beneficio de la sentencia no podría volver á intentar la acción de divorcio sino por nueva causa; en cuyo caso, podrá, sin embargo, hacer valer las antiguas causas (art. 266). Hay que aplicar aquí lo que anteriormente hemos dicho acerca de las nuevas causas. Sólo que debe hacerse notar que las *causas nuevas* de que habla el art. 265 deben ser posteriores á los dos meses, y nó, como lo expresa Zachariæ, á la sentencia. El silencio durante esos dos meses equivale á una reconciliación, y el perdón que de ésta resulta, borra todas las ofensas, aun aquellas que sean posteriores á la sentencia (2).

La caducidad supone la inacción completa del cónyuge que ha obtenido el divorcio. Si ha citado al otro cónyuge ante el oficial del estado civil para que éste los pronuncie, y el otro cónyuge ha hecho oposición á dicho acto, ya no puede tratarse de caducidad, porque no hay reconciliación (3).

1 Treillard, Exposición de motivos, núm. 27, Locré, t. II, p. 570.

2 Willequet *del Divorcio*, p. 228, núm. 5.

3 Sentencia de Bruselas de 17 de Noviembre de 1847, *Pasicrista*, 1849, 2, 185.

Todas las disposiciones del código, concernientes á la ejecución del juicio, hablan del actor, del cónyuge á cuyo favor se ha pronunciado. ¿Si el actor no prosigue la ejecución del juicio, podría el demandado requerir al oficial del estado civil para que lo pronunciase? La corte de Colonia ha decidido con razón que no podía (1). En efecto, el juicio da al demandado un derecho, derecho que renuncia tácitamente por el solo hecho de guardar silencio, y que si renuncia, hace caer el juicio; no hay, pues, lugar á mandar pronunciar el divorcio.

251. La ley nada dice de las formas que deben observarse para pronunciar el divorcio. Resultan ellas de la naturaleza misma de las cosas. En el día prefijado para la citación que debe hacerse al cónyuge demandado, el demandante se presenta ante el oficial del estado civil, le entrega la sentencia que autoriza el divorcio, con una copia de las diligencias de notificación que se han hecho, así como de la notificación hecha al demandado. Debe él también hacer constar, en las formas prescritas por el código de procedimientos (art. 548), que no hay oposición ni apelación (2). El oficial del estado civil declara en seguida, en nombre de la ley, que el matrimonio está disuelto. Levanta una acta de esta declaración. Este es un acto del estado civil que debe recibirse en las formas ordinarias (3). Si uno de los cónyuges es comerciante, el juicio y la acta de divorcio deben publicarse (código de comercio, art. 66; código de procedimientos, art. 872).

1 Sentencia de 25 de Abril de 1828, *Belgica judicial*, t. XVII, página 1381, art. 264.

2 Sentencia de Bruselas, de 7 de Noviembre de 1847 (*Pasjerisia*, 1849, 2, 185).

3 Toullier, *Derecho civil francés*, t. I, 2, p. 35, núm. 701, edición de Duvergier.

§ V.—*De las medidas provisionales á que puede dar lugar la demanda de divorcio por causa determinada.*

NUM. 1.—PRINCIPIOS GENERALES.

252. Durante la secuela de la instancia y hasta la declaración del divorcio, el matrimonio subsiste con todas sus consecuencias legales. Así, pues, el marido conserva el poder marital, y la mujer no puede ejercitar acto ninguno sin su autorización (1). Conserva igualmente el poder paternal. Lo mismo sucede con los efectos que el matrimonio produce en cuanto á los bienes de los cónyuges. Sus convenciones matrimoniales subsisten. A falta de un contrato de matrimonio, la comunidad legal continúa existiendo entre los cónyuges; en consecuencia, el marido tiene siempre la administración de los bienes de la mujer. No hay que hacer distinción de que el marido sea actor ó reo en el juicio de divorcio. No obstante, la ley prescribe algunas medidas provisionales que la naturaleza de la demanda de divorcio hacen necesarias. Pero estas medidas en nada lesionan los derechos del marido, sino que únicamente los modifican; fuera de dichas modificaciones, el marido puede ejercitar todos los derechos que derivan del matrimonio y de las convenciones matrimoniales.

253. Hallamos una aplicación de estos principios en el art. 271. La ley supone que los cónyuges están casados por el régimen de la comunidad. Bajo este régimen, el marido puede enagenar los bienes muebles é inmuebles que componen la comunidad, y tiene poder ilimitado para obligarla. ¿Conserva este poder por toda la duración de la

1 Sentencia de la corte de casación, de 11 de Julio de 1899 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 440).

instancia? La ley decide la cuestión afirmativamente, porque sólo concede á la mujer una acción de nulidad, en el caso en que el marido hubiese contraído una deuda ó consentido en una enagenación con fraude de los derechos de la mujer; y á la mujer, que es la que pretende que hay fraude, corresponde probarlo (1). Es decir, que el marido sigue siendo dueño y señor de la comunidad. En cuanto al derecho que el art. 271 reconoce á la mujer, es la aplicación de un principio general asentado en el art. 1167, en provecho de todo acreedor cuando el deudor ejecuta un acto que defraude los derechos de aquel. Esto es lo que se llama la acción pauliana.

La ley sólo habla de la enagenación de los inmuebles. ¿Habra que inferir de ésto que la mujer no tuviese el derecho de atacar la venta de los muebles, si dicha venta fuese fraudulenta? Nó, en verdad; el principio asentado en el art. 1167 es general y se aplica á todos los actos fraudulentos. No es necesario decir que la mujer debe probar el fraude no sólo del marido, sino también de las terceras personas que con él han contratado; siempre por aplicación de los principios generales (2).

La reducción del art. 271 suscita una nueva dificultad. Habla de los actos ejecutados por el marido con posterioridad al mandamiento que el presidente extendió á instancias del actor en el divorcio (art. 238). ¿Qué debe decidirse, si el marido ha ejecutado, con anterioridad á aquel mandamiento, acto con fraude de los derechos de la mujer? Cierto es que éste no podrá prevalerse del art. 271; ¿pero no puede invocar el art. 1167? Hay en esto alguna duda.

1 Juicio del tribunal de Li6n, de 26 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 5, 392, núm. 8).

2 Sentencia de Bruselas, de 9 de Agosto de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, p. 73). Juicio del tribunal de Bruselas del 23 de Enero de 1856 (*Belgica judicial*, t. XIV, p. 188).

La cuestión está en saber si la mujer que tiene comunidad de bienes puede atacar los actos de su marido, como ejecutados con fraude de sus derechos. Se trata, como es fácil entenderlo, del acto que el marido verifica en su calidad de jefe de la comunidad. Ahora bien, el marido es el árbitro y señor; puede dilapidarla, arruinarla, sin que la mujer tenga contra él ninguna acción, cualquiera que ella sea. El poder absoluto de que él disfruta excluye toda idea de una acción fundada en el perjuicio. ¿Pero no debe hacerse una excepción en caso de fraude? Examinaremos la cuestión en el título del contrato de matrimonio. Si se resuelve afirmativamente, debe decirse que el art. 271 no es más que la aplicación del derecho común.

Si el art. 271 no es más que la aplicación del derecho común, no es visible la utilidad de esta disposición. Ella se explica por los trabajos preparatorios. El proyecto adoptado por el consejo de Estado establecía (art. 41): «Partiendo del día de la demanda de divorcio, el marido ya no podrá contraer deudas á cargo de la comunidad, nó disponer de los inmuebles que de ésta dependen; toda enagenación que de ellos haga será nula de derecho.» Era éste un medio enérgico de garantir los intereses de la mujer, pero era injusto, supuesto que presumía fraude por parte del marido, sin admitir siquiera la prueba contraria. Y puede ser no obstante, que él obre de buena fe, y si esto es así, ¿por qué prohibirle que enagene y que se obligue? Esto habría equivalido á atentar contra los derechos del marido, cuando el matrimonio subsistía consecuencias legales. El tribunal criticó la disposición del proyecto y propuso un nuevo sistema que no fué acogido por el consejo de Estado; pero se abandonó también el del proyecto para volver al derecho común (1). La disposición actual no tiene, pues, más

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 12 (Loché, t. II, ps. 555 y siguientes).

objeto que decir que el marido sigue siendo el jefe de la comunidad, que puede obligarse y enagenar los inmuebles, salvo el derecho de la mujer para atacar los actos fraudulentos, y quedando á cargo de ella probar el fraude cuando no es presumible. Todo esto resulta de los principios generales, y era inútil decirlo.

Num. 2—De los hijos.

254. Según los términos del art. 267, la administración provisional de los hijos queda al marido, sin distinguir si es actor ó demandado. Cuando se pronuncia el divorcio, la ley confía, por regla general, los hijos al cónyuge que lo ha obtenido (art. 302). Durante la instancia, todavía no hay cónyuge culpable; no había, pues, razón para despojar al marido, aun cuando fuese demandado, del ejercicio del poder paterno, ó para modificar su ejercicio. La ley quiere, en consecuencia, que los hijos queden al lado del marido; ello se expresa en terminos imperativos: «A menos, dice el art. 267, que no se ordene otra cosa por el tribunal, á instancia sea de la madre, sea de la familia ó del procurador imperial, para mayor ventaja de los hijos.» La excepción se aplica á las dos hipótesis previstas por la regla, es decir, que el marido sea actor ó demandado. Poco importa, en efecto; la ventaja de los hijos es lo único que debe tomarse en consideración: cuestión que el tribunal resuelve según las circunstancias.

Decimos, el tribunal. El art. 267 otorga este poder al tribunal y no al presidente. Por lo demás, se ha fallado, y con razón, que el tribunal puede ordenar que los hijos sean entregados á la madre inmediatamente después que el actor ha entregado su resolutoria al presidente (1). El presi-

1 Sentencia de Bruselas del 27 germinal, año XIII, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 456, 1.º

dente no tiene ese derecho; y esto se comprende, porque se trata de modificar el poder paterno, que es de orden público. No obstante, si hubiese urgencia en tomar una medida á favor de los hijos, el presidente podría ordenar que fuesen confiados á la madre; pero el presidente debe, en este caso, observar las formas prescriptas por el código de procedimientos (art. 806 y siguientes). Si resolviese como magistrado conciliador, en virtud del art. 232 del código civil, excedería sus poderes, y su mandamiento sería anulable.

255. ¿Puede el tribunal ordenar que se confíen los hijos á tercera persona? La afirmativa no permite duda alguna. Según el art. 267, la administración provisional de los hijos queda al marido, ó al menos que el tribunal *decrete otra cosa*. La ley no dice que los hijos deban entregarse á la mujer; intencionalmente está concebida en términos muy vagos, para dejar al juez toda amplitud. Por otra parte, nada es más natural, siendo el principio que el tribunal debe guiarse en su decisión por *la mayor ventaja de los hijos*. Lo que resuelve toda duda, es que después de la admisión del divorcio, el tribunal puede ordenar que los hijos sean confiados al cuidado de tercera persona. ¿Por qué lo que se hace definitivamente después de la disolución del matrimonio no había de poder hacerse, á título de medida provisional, durante la instancia del juicio de divorcio?

Las medidas que el tribunal toma respecto á los hijos, son esencialmente temporales, en el sentido de que pueden tomarse otras, si lo exige el interes de los hijos. Así sucede respecto á las medidas llamadas definitivas que el tribunal ordena cuando se ha admitido el divorcio (1). Con mayor razón puede el juez corregir sus medidas provisionales.

1 Sentencia de Burdeos, de 9 de Junio de 1832, Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 327.

Pero entiéndase bien que el tribunal nada puede resolver sino á instancia de las partes interesadas. Y éstas son, según los términos del art. 267, el padre y la madre, la familia, es decir, el consejo de familia y el ministerio público.

256. Se han presentado dificultades acerca de la ejecución de las decisiones del tribunal. El escribano encargado de ejecutar la decisión del tribunal puede hacerse asistir por los agentes de la fuerza pública. Esto no se presta á duda, porque es de derecho común. La jurisprudencia consagra un medio coercitivo menos violento, el embargo de las rentas del cónyuge recalcitrante (1). Bajo el punto de vista de los principios de derecho, la cuestión es dudosa. Ya hemos tropezado con ella cuando se trató de obligar á la mujer á volver al domicilio conyugal. En el caso que tratamos, es todavía más dudosa. La mujer que se rehusa á reintegrar el domicilio conyugal, viola una obligación que contrajo al casarse; es, pues, deudora en el más amplio sentido de la palabra, y se concibe que sea obligada á cumplir rigurosamente su deber por las vías del embargo. Pero en nuestro caso, la mujer no es deudora; se trata únicamente de ejecutar por la fuerza una decisión judicial. ¿No sería preciso un texto de ley que autorice al juez para ordenar el embargo? Nosotros así lo creamos. Los tribunales han exigido una nueva vía para llegar al mismo fin. Condenar al cónyuge que se rehusa á obedecer el fallo, á indemnizar daños y perjuicios fijados por cada día de tardanza (2). Esta vía de ejecución nos deja igualmente algunos escrúpulos. ¿En esta materia, puede acaso tratarse de daños y perjuicios? ¿Cuál es la pérdida que sufre la madre á quien se rehusa entregar los hijos? ¿cuál es el lucro de

1 Sentencia de Colmar, de 19 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra *matrimonio*, núm. 761).

2 Sentencias de la corte de casación de 4 de Abril de 1855, y de 8 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 387 y 390).

que se ve privada? A decir verdad, aquí no se trata de los padres, sino de la ventaja de los hijos. El asunto es de toda evidencia cuando las medidas se han tomado á instancia del ministerio público. No es, pues, exacto decir que el cónyuge recalcitrante cause un daño que esté obligado á reparar. En realidad, el tribunal pronuncia una pena pecuniaria, y ¿puede haber una pena sin ley penal?

Núm. 5.—De la residencia provisional de la mujer.

157. El art. 268 dice: «La mujer actora ó demandada podrá abandonar el domicilio del marido durante la averiguación.» Compréndese que la obligación de la vida común no puede subsistir durante la instancia de divorcio; la paz de la familia se turbaría á cada instante y aun la seguridad de la mujer se vería comprometida. Así, pues, la mujer debía tener el derecho de dejar el domicilio del marido. ¿Quiere esto decir que el tribunal no deba intervenir? El art. 268 agrega: «El tribunal indicará la casa en la cual la mujer estará obligada á residir.» Supuesto que la mujer al dejar el domicilio conyugal no puede residir en donde se le ocurra, debe necesariamente dirigirse á la justicia para que el tribunal le indique la casa que debe habitar. ¿No podría el presidente asignar á la mujer un domicilio provisional? Sí, á título de medida urgente, pero no como magistrado conciliador, porque la ley no le da este derecho. Hay, bajo este respecto, una diferencia entre el divorcio y la separación de cuerpo (código de procedimientos, art. 878); más adelante insistiremos en esto.

La ley dice que el tribunal indicará la casa en donde la mujer estará obligada á residir. Se ha juzgado, en materia de separación de cuerpo, que la residencia de la mujer debía fijarse dentro de la jurisdicción del tribunal. Esto sin

duda que es útil, porque el marido, que conserva su poder, tiene el derecho y el poder de vigilar á su mujer; pero es evidente que esta no es una cuestión de derecho, sino un punto de hecho que el tribunal resolvería en virtud de las circunstancias y las conveniencias. Hay algunas sentencias en este sentido (1).

258. El art. 268 supone que la mujer es siempre la que abandona el domicilio conyugal. Pregúntase si el tribunal no podría autorizar á la mujer a permanecer, ordenando al marido abandonar dicho domicilio. Se ha juzgado que no puede autorizarse á la mujer para que expulse al marido, aun cuando la casa fuese un bien parafernial de la mujer (2). Pero se han pronunciado en contra, tanto la jurisprudencia como la doctrina. Sin duda alguna que el tribunal debe, por regla general, conservar al marido en la casa conyugal, porque este domicilio es el suyo y la mujer no tiene otro legalmente (art. 214); por esto es que el artículo 268 dice que la mujer podrá abandonar el domicilio del marido, y no que la mujer puede expulsar al marido. Sin embargo, no lo prohíbe; permite suspender la vida común, y poco importa en donde resida el marido; en derecho, el poder marital no se vulnera si el marido reside en esta ó en aquella casa. El juez puede, pues, considerar las circunstancias, las conveniencias y el interés de la familia; así, pues, si la mujer ejerce una industria ó un comercio en la casa conyugal, la equidad exige que se quede ahí y que el marido se vaya (3).

1 Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 136. *Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1382.

2 Sentencia de Limoges, de 21 de Mayo de 1845 (Dalloz, 1849, 2, 45).

3 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 141, y sentencias de Colmar, de 23 de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 290; de Bruselas, de 14 de Julio de 1859 (*Pasierisia*, 1860, 2, 210), y de Gante, de 9 de Junio de 1866 (*Pasierisia*, 1868, 2, 279).

259. La ley obliga á la mujer á residir en la casa que se le ha asignado por el tribunal. Según los términos del artículo 269, la mujer está obligada á justificar su residencia en la casa indicada siempre que á ello sea requerida. Si falta esta justificación, podrá el marido rehusar la provisión alimenticia que debe pagarle, y si la mujer es actora en el divorcio, pueden declararse inadmisibles sus diligencias. Más adelante hablaremos de la pensión alimenticia. En cuanto al fin de no-recibir, es una especie de pena que la ley liga con la falta de ejecución de la obligación que impone á la mujer. ¿Cuál es este fin de no recibir? La ley lo dice, que pueden declararse inadmisibles las diligencias de la mujer; no es, pues, un fin de no recibir contra la acción de divorcio, como el de que trata la sección III; la acción no puede extinguirse, sólo que la mujer no puede continuar el procedimiento por todo el tiempo que no satisfaga su obligación. Esta es una denegación de audiencia, como lo dice la corte de Gante (1).

Puede agregarse, que este fin de no recibir no es absoluto. La corte de Amiens habia decidido que el tribunal debía declarar inadmisibles las diligencias de la mujer por el hecho mismo de que no justificaba su residencia en la casa indicada; pero el fallo sufrió casación (2). El error era evidente; el texto dice, en efecto, que el marido podrá hacer que no sea admitida la demanda de la mujer, lo que implica un poder de apreciación. Esto está también fundado en la razón. La mujer puede dejar su residencia por motivos muy legítimos (3). Si la casa que le ha sido seña-

1 Sentencia de 9 de Diciembre de 1861, *Pasicrisia*, 1865, 2, 66.

2 Sentencia de la corte de casación de 16 de Enero de 1816 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 235).

3 Véase la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 233. Agréguese la sentencia de Gante, precitada, de 9 de Diciembre de 1864, y sentencia de París, de 27 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 52).

lada es la de la madre y ésta cambia de mansión, ciertamente que la mujer está autorizada para seguirla (1). Y hasta se ha fallado que no debe declararse inadmisibile á la mujer cuando ha cambiado de residencia para procurarse un alojamiento más agradable, siendo así que consta que ella no ha pretendido sustraerse á la vigilancia del marido (2).

Núm. 4.—De la provisión alimenticia.

260. La mujer, dice el art. 268, que abandona el domicilio de su marido durante la causa, podrá pedir una pensión alimenticia proporcionada á las facultades de su marido; el artículo agrega que el tribunal fija, *si há lugar*, la provisión alimenticia que el marido estará obligado á pagar. *Si há lugar*, luego puede no haber lugar. En general, los consortes están casados por el régimen de comunidad legal; en tal caso, la mujer no tiene ninguna renta, aun cuando tuviese bienes personales, supuesto que el marido tiene el usufructo de ellos. Lo mismo pasa si los cónyuges han estipulado el régimen exclusivo de comunidad ó el régimen dotal, cuando la mujer no tiene parafernales. Si la mujer no tiene rentas, naturalmente es forzoso que el marido le pague una pensión alimenticia para que pueda ella cubrir sus necesidades mientras dura la causa. Pero si los cónyuges estuviesen separados en bienes y si las rentas de la mujer bastasen para satisfacer sus necesidades, no habría lugar para conceder á ésta una pensión alimenticia. Lo mismo pasaría si

1 Sentencia de la corte de casación de Berlín, de 18 de Mayo de 1821 (*Belgica judicial*, t. XVII, p. 1383).

2 Sentencia de Burdeos, de 8 de Agosto de 1867, Dalloz, 1867, 5, 391, núm. 7.

la mujer recibiese una pensión de sus padres, y que esta pensión fuese pagada á ella en lugar de serlo al marido; en este caso se habria provisto á sus necesidades, y por lo mismo ella no podria pedir que el marido proveyese (1). Esta es una aplicación de los principios que rigen la deuda alimenticia; no hay obligación de dar alimentos á quien no los necesita (2).

261. La extensión de la provisión alimenticia está también normada por los principios generales. Esto resulta del texto del art. 268, por cuyos términos la pensión alimenticia es proporcionada á las facultades del marido; hay que agregar, como lo hace el art. 208, y á las necesidades de la mujer. En general, los alimentos comprenden la nutrición y el sostenimiento. La provisión alimenticia debida á la mujer durante la instancia de divorcio comprende, además, la suma necesaria para seguir la causa. La ley no lo dice de una manera expresa, porque no tenía necesidad de hacerlo. De su propio peso se deduce que la primera necesidad de la mujer, actora ó demandada, es la de poder sostener su derecho.

En materia de separación de cuerpo, el código de procedimientos dice que el presidente ordenará que se entreguen á la mujer los efectos de su uso cotidiano (art. 878). Bien que no haya disposición análoga en el título del Divorcio, es claro que el presidente puede y aun debe prescribir esta medida de urgencia; y si el presidente no lo hace, el tribunal lo hará; los vestidos forman parte de los alimentos. ¿Cuáles son los efectos cuya entrega puede ordenar el presidente? Se ha fallado, en materia de separación de cuerpo, que la mujer no puede reclamar más que los efectos

1 Sentencia de Bruselas, de 15 de Julio de 1848, *Pasierisia*, 1849, 2, 177.

2 Véase el núm. 67 de estos Principios.

que le son necesarios y no los atavíos de lujo, cuyo uso le vedan las conveniencias en la posición en que se encuentra (1). Nosotros decimos con Debelleyne, que esta es una cuestión de hecho que el tribunal resolverá según la condición de los litigantes y según las circunstancias. Esto es verdadero, sobre todo en divorcio, puesto que no hay texto que limite el poder del juez.

262. El art. 268 dice que el tribunal fija la pensión alimenticia. Así es que el presidente no tiene ese derecho. Hay, sin embargo, que poner una restricción á esa decisión. Puede suceder que la mujer deje el domicilio de su marido en el momento en que ella presenta su instancia al presidente, y que éste le indique una casa en donde resida, por vía de medida de urgencia; puede también, con el mismo título, concederle alimentos, cesando del poder que le otorga el código de procedimientos (art. 806) de disponer en todos los casos de urgencia. Esto está generalmente admitido (2). Puede pedirse en apelación la provisión alimenticia, y aun durante la instancia de casación, pero no ante el tribunal superior, supuesto que éste sólo resuelve respecto á las cuestiones de fondo (3). No es necesario decir que deberá pagarse la pensión hasta el día en que se pronuncie el divorcio. La mujer vuelve entonces al derecho común; ya no es ni actora ni demandada en un juicio de divorcio.

263. El art. 268 supone que la mujer deja el domicilio conyugal. Si en él permanece y allí recibe los alimentos, no podrá pedir pensión alimenticia propiamente dicha. Pero si el marido le rehusase las sumas necesarias para sus necesi-

1 Sentencia de Bruselas, de 26 de Junio de 1849 (*Pasicrisis*, 1850, 2, 289).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra "separación de cuerpo," número 153.

3 Sentencia de la corte de casación de Darmstadt, de 13 de Diciembre de 1841 (*Bélgica judicial*, t. XVII, p. 1382).

dades personales y las de sus hijos, ella podría; ciertamente, reclamar una provisión por este capítulo, así como por los gastos del proceso. El pago de la pensión alimenticia está subordinado á una condición, y es que la mujer resida en la casa que se le ha señalado. Si no justifica su residencia, el marido puede rehusar la provisión alimenticia (artículo 269). ¿Es absoluta la negativa del marido? Hay que aplicar al pago de la pensión lo que hemos dicho del fin de no recibir, que resulta de la misma falta de justificación. El tribunal apreciará las razones que la mujer tuvo para cambiar de residencia; si ella no quiso sustraerse á la vigilancia del marido, no hay lugar para aplicar la especie de pena pronunciada por la ley.

264. El código civil supone siempre que la mujer es quien pide la pensión alimenticia; nada dice del marido. En efecto, el marido conserva el goce de sus bienes, y en general disfruta de las rentas de la mujer; regularmente, pues, no necesita de una provisión. Sin embargo, puede suceder que la necesite; ¿si los esposos están separados en bienes y el marido no tiene ninguna fortuna, la mujer debería pagar una pensión alimenticia á su marido? Respecto á los alimentos, no cabe duda alguna; los cónyuges se deben auxilios mútuos mientras el matrimonio dure (art. 212), y, por consiguiente, hasta que se pronuncie el divorcio. Hay que extender esta obligación á la provisión para gastos del litigio, porque esto es también una necesidad del marido, y la mujer debe proveer á todas sus necesidades, si el marido no tiene recursos. La jurisprudencia se halla en este sentido (1).

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 151.

Núm. 5. De las medidas conservatorias.

265. La ley permite á la mujer común en bienes requerir la fijación de los sellos sobre los efectos mobiliarios de la comunidad para la conservación de sus derechos (artículo 276. Hemos dicho que el marido queda á la cabeza de la comunidad; conserva, pues, todos los derechos que como jefe tiene. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el marido podía, sin el concurso de la mujer, formar una demanda para dividir las sucesiones mobiliarias que en suerte le tocasen. Puede también disponer de los inmuebles de la comunidad, con tal que lo haga de buena fe; si lo verifica con fraude de la mujer, ésta puede intentar la acción de nulidad. La garantía de la acción pauliana no ha parecido suficiente al legislador, en lo que concierne á los efectos mobiliarios de la comunidad. En efecto, es difícil seguir los muebles en manos de terceros, porque fácilmente se trasladan y ocultan. Para asegurar los derechos de la mujer, la ley le permite que requiera la oposición de los sellos. Los sellos no se levantan sino haciendo inventario, y quedan lo á cargo del marido volver á presentar los efectos inventariados ó de responder de su valor como depositario judicial (art. 270). ¿De ahí puede inferirse que el marido no pueda enagenar los bienes inventariados? La cuestión es controvertida. Se ha fallado muy bien, á nuestro juicio, diciendo que el art. 270 no daba á entender que el marido tenía una alternativa, en el sentido de que tuviese la facultad de conservar el mobiliario ó de pagar su valor (1). La ley no se expresa así. Comienza por imponer al marido la obligación de volver á presentar las cosas inventariadas, lo

1 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núm. 362. Dalloz es de opinión contraria.

que implica prohibición para disponer de ellas. Además, en el caso de que él no las reproduzca, ella lo declarará responsable como depositario judicial, lo que es una verdadera penalidad, supuesto que el depositario es obligable por pena corporal. Una pena ciertamente que no constituya una alternativa.

El espíritu de la ley no deja duda alguna. Quiere dar á la mujer una garantía, y si el marido puede disponer de los efectos inventariados ¿en dónde está la garantía? La imposición de una pena corporal no es una garantía cuando el marido es insolvente. En vano se objetará que la prohibición de enagenar deroga el poder del marido. Sin duda que sí, pero el objeto de la ley ha sido precisamente modificar el poder absoluto del marido, para impedir que de él abuse en perjuicio de la mujer. La misma prohibición de enagenar es una garantía ineficaz, supuesto que la mujer no puede intentar acción de nulidad contra terceros adquirentes, y no puede intentar sino la acción de reivindicación; ahora bien, esta acción no puede admitirse contra los terceros poseedores cuando son de buena fe.

266. ¿Tiene la mujer necesidad de la autorización marital para requerir esas medidas? En París es costumbre que la mujer pida la autorización del juez. La corte de Lión ha fallado que la autorización no era necesaria (1). Esta decisión es conforme á los principios. La aposición de los sellos y el inventario que la sigue son actos de conservación, y es esencial á estos actos que se verifiquen sin demora, si no llenan su objeto. El marido puede de un momento á otro hacer desaparecer el mobiliario de la comunidad; es, pues, preciso que la mujer pueda obrar directamente. Si se exigiera la autorización, la mujer debería, según el rigor de la ley, pedirla al marido, y solamen-

1 Sentencia de 1º de Abril de 1854 Dalloz, 1856, 2, 241.

te que éste la negase, á la justicia. ¿Y puede concebirse que la mujer se dirija al marido para recibir una autorización para que ella tome una medida de desconfianza contra él? Cuando el legislador da un derecho á la mujer, la autoriza desde luego para ejercitarlo. Así pasa cuando la mujer revoca una donación que ha hecho á su marido durante el matrimonio (art. 1096). Se dirá que todas estas razones se dirigen al legislador y que precisaría un texto que dispensase á la mujer de la autorización marital. Nó, porque es de principio que los incapaces pueden ejercitar los actos de conservación, porque estos actos por su propia naturaleza jamás les dañan. La mujer puede también invocar otro principio. No necesita la autorización del juez para intentar la acción en divorcio; la autorización del presidente hace veces de autorización; ahora bien, una vez autorizada, puede ella ejercitar todos los actos que son una consecuencia directa de la demanda de divorcio, y tales son evidentemente las medidas de conservación (1).

267. La ley no concede el derecho establecido por el art. 270 sino á la mujer común en bienes. ¿Qué debe resolverse si está casada bajo otro régimen? Cierto es que la mujer separada de bienes no puede requerir la aposición de sellos sobre los efectos mobiliarios del marido, supuesto que ella no tiene ningún derecho á los bienes de aquél; en cuanto á los efectos que le pertenecen, conserva ella su libre administración y puede disponer de ellos. Si los cónyuges están casados bajo el régimen dotal, ó bajo el régimen exclusivo de comunidad, el marido tiene la administración y el goce de los bienes de la mujer, y él podría abusar de su derecho para enagenar el mobiliario de la mujer. Esta, pues, tendría grande interés en hacer que se fijasen

1 Massol, "De la separación de cuerpo," p. 163. Sentencia de Lieja, de 25 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 299).

los sellos. ¿Y tiene ella el derecho para ello? Se ha fallado que no podía invocar el art. 270, que sólo habla de la mujer común en bienes (1). Pero el texto no es restrictivo, y ninguna razón hay para que lo sea. ¿Per qué rehusar á la mujer casada bajo tal régimen una medida de conservación que se le concede cuando está casada bajo otro cualquiera? No es el régimen lo que la ley ha querido proteger, sino los derechos de la mujer: desde el momento en que tiene derechos, debe tomar medidas para conservarlos. Si la ley habla sólo de la mujer casada bajo el régimen de la comunidad, es porque tal es el regimen del derecho común.

268. ¿Está ligado el juez por el texto del art. 270, en lo que concierne á la naturaleza de las medidas conservatorias que la mujer tiene derecho para requerir? Hay alguna vacilación acerca de este punto en la jurisprudencia. Parece que hay que distinguir. Si los intereses de la mujer pueden quedar en salvaguardia por medidas menos onerosas para el marido, que las prescritas por la ley, el tribunal puede ordenarlas y la mujer debe conformarse con ellas, porque si tiene derecho para tomar medidas de conservación, no lo tiene para vejar inútilmente á su marido y perjudicarlo. La mujer de un comerciante pide el divorcio; durante toda la instancia, ella no requiere la aposición de los sellos; cuando el divorcio queda admitido, hace clara requisición; el marido declara que está dispuesto á hacer inmediatamente un inventario, lo que hace inútiles los sellos, sellos que embarazarían su comercio y perjudicarían gravemente los intereses de la familia. La corte de Lieja acogió esta defensa (2). Pero si la mujer reclama otras medidas que no sean las que el art. 270 le permite requerir,

1 Sentencia de París, de 29 de Mayo de 1829 (Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núm. 162.

2 Sentencia de 17 de Febrero de 1847 (*Pascuisia*, 1847, 2, 345).

medidas más onerosas, el tribunal no tendría derecho para ordenarlas. En este sentido, el art. 270 es restrictivo; lo es porque deroga los poderes que el marido tiene como jefe de la comunidad; ahora bien, toda derogación al derecho común es de estricta interpretación (1). Según este principio es cómo deben decidirse las cuestiones que se presentan en la aplicación del art. 270. ¿Puede la mujer pedir caución por los reintegros que tenga que exigir después del divorcio? No, y sin duda alguna. El proyecto de código civil imponía esta obligación al marido; se suprimió la disposición por las observaciones del Tribunado, porque pareció demasiado dura (2).

¿Puede la mujer pedir el secuestro de los bienes de la comunidad? ¿puede pedir el depósito de los dineros en la caja de consignaciones? Estas cuestiones son controvertidas; creemos que deben resolverse negativamente. El secuestro y el depósito tendrían por efecto privar al marido de la administración de los bienes comunes; ahora bien, ninguna ley autoriza a los tribunales para que autoricen esta especie de caducidad. Sin duda alguna que pueden ser ineficaces las medidas prescritas por el art. 270; pero no corresponde al intérprete colmar los vacíos de la ley, creando excepciones. Si el marido no presenta ninguna garantía ni moral ni pecuniaria, la mujer no tiene más que un solo medio de poner en salvaguardia los intereses, y es pedir la separación de bienes. En el procedimiento de separación de bienes, puede pedir las medidas de conservación que juzgue convenientes (código de procedimientos, artículo 869) (3).

1 La corte de Bruselas así lo ha resuelto en principio, por sentencia de 13 de Noviembre d. 1847. *Pasicrisis*, 1847, 2, 345.

2 Observaciones del Tribunado, núm. 12, Loaré, t. II, p. 556.

3 Véase la jurisprudencia francesa en materia de separación de cuerpo, en Dalloz, en la palabra "separación de cuerpo," núms. 176

¿Puede la mujer practicar sentencias de embargo sobre los valores que pertenecen á la comunidad? Hay fallos diversos acerca de esta cuestión. Nosotros creemos que la mujer no tiene ese derecho, y que no es permitido extender la disposición excepcional del art. 270 (1). En vano se objetará que el embargo es un acto menos riguroso y menos ofensivo para el marido que la aposición de los sellos (2). No se trata de saber si un acto lastima la susceptibilidad del marido, sino si vulnera sus derechos. El embargo de los valores de la comunidad pondría al marido en la imposibilidad de administrar, y esto sería, por lo mismo, arrebatárle un poder que tiene como jefe de la comunidad; sería además, quitarle el goce de los bienes comunes; mientras que la aposición de sellos le deja la administración y el usufructo. Cierto es que el marido puede abusar de su poder, pero, repetimos, que el intérprete no puede corregir la ley. La mujer, por otra parte, tiene un medio de garantizar plenamente sus intereses, y es pedir la separación de bienes.

269. ¿Puede el marido requerir los medios de conservación previstos por el art. 270? Hay sentencias en sentidos adversos (3). La cuestión está mal planteada. No puede tratarse del marido que invoque el art. 270. En efecto, ¿cuál es el objeto de esta disposición? La de garantizar los derechos que la mujer pueda tener sobre el mobiliario de la

y 177. La jurisprudencia belga no admite el secuestro, sentencia de Bruselas, de 16 de Junio de 1832 y de 13 de noviembre de 1847, en la *Pasicrisia*, 1832, 180, y 1847, 345.

1 Sentencia de Caen de 29 de Mayo de 1849 y de Burdeos de 6 de Febrero de 1850, Dalloz, 1850, 5, 422, y 1850, 2, 150. Véase en este sentido, una disertación de Maston, en la *Belgica judicial*, t. XVII, página 1609.

2 Sentencia de 25 de Febrero de 1859, *Pasicrisia*, 1859, 2, 299. Véanse en este sentido, las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *Separación de cuerpo*, núms. 172, 174.

3 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *separación de cuerpo*, núm. 166.

comunidad. Preguntar si el marido puede tomar medidas de conservación para el mobiliario que le pertenece, es presentar una cuestión absurda. El propietario toma lo que le pertenece en donde lo encuentra, por una acción de reivindicación; ahora bien, el marido es propietario del mobiliario de la comunidad. Esto decide la cuestión. El marido no necesita prevalerse del art. 270; obra como dueño y señor.

§ VI.—*De la demanda reconvenzional de divorcio.*

270. El código Napoleón no habla de la demanda reconvenzional de divorcio. ¿Debe inferirse de esto que no puede haber lugar en esta materia á una demanda reconvenzional? Nó, el derecho de los esposos resulta de los artículos del código que permite que cada uno de ellos intente la acción de divorcio, cuando existe una de las causas determinadas por la ley. Si pueden ellos hacerlo por acción directa y principal, no hay razón para que no puedan hacerlo por vía de demanda reconvenzional. No obstante esto, este principio debe extenderse con cierta restricción. Por regla general, cuando hay una causa de divorcio contra cada uno de los cónyuges, el divorcio puede pronunciarse á instancia de cada uno de ellos, y cada uno de ellos tiene interés en pedirlo, en virtud de los efectos que el divorcio produce contra el cónyuge culpable, efectos que expresaremos más adelante. Pero puede suceder que en caso de recíprocos agravios, el tribunal no admita el divorcio. La demanda reconvenzional puede, pues, terminar un fin de no recibir contra la acción del demandante. ¿Cuándo el tribunal debe admitir el divorcio y la demanda reconvenzional? ¿Cuándo debe desechar las dos demandas aplicando lo que se llama impropriamente la compensación? Esta es una cuestión de

hecho que se deja á la apreciación del juez, como ya lo hemos dicho al tratar de los fines de no recibir (números 213 y 214).

271. ¿En qué forma puede ó debe hacerse la demanda reconvenzional? Según el derecho común, basta con un acto simple (cód. de proced., art. 337). Pero ya se sabe que las reglas generales de procedimientos no son aplicables en materia de divorcio. La demanda reconvenzional es una verdadera acción de divorcio; ahora bien, esta clase de acciones están sujetas á formas especiales, formas de orden público que necesariamente deben observarse, porque tienden á impedir el divorcio, multiplicando las tentativas y las ocasiones de reconciliar á los esposos. Se objeta que habiendo tenido lugar estas tentativas sin resultado, es inútil repetir las. El tribunal de Bruselas responde, en un fallo muy bien motivado, que la demanda reconvenzional cambia completamente la posición del actor en el divorcio, porque se torna á su vez en demandado, y, como tal, puede tener interés en que el divorcio no se pronuncie; importa, pues, poner en presencia á las partes ante el juez conciliador (1). Esto decide la cuestión.

272. ¿Cuándo debe formularse la demanda reconvenzional? Como ninguna restricción hay en la ley, debe resolverse que se puede formular en cualquier estado de la causa; el juez no puede oponer un fin de no recibir que no está escrito en los textos. Existe una sentencia contraria de la corte de Colonia que ha desechado una demanda reconvenzional por ser posterior al fallo de admisión (2). Esto es

1 Sentencia de 12 de Junio de 1852, confirmada en apelación el 7 de Agosto, *Pasicrisia*, 1852, 2, 339.

2 Sentencia de 30 de Mayo de 1833, *Bélgica judicial*, t. XVII, página 1379. En sentido contrario, Arntz, *curso de derecho civil frances*, t. 1.º, p. 281, núm. 493. Arntz es el único autor que trata especialmente de las demandas reconvenzionales en materia de separación de cuerpo.

enteramente arbitrario. Sólo hay un fin de no recibir que resulta de la fuerza de los casos. Después de pronunciado el divorcio conseguido por el actor, ya no puede tratarse de una demanda reconvenzional, en primer lugar, porque ya no hay instancia, y en segundo lugar, porque no puede pedirse la disolución de un matrimonio que ya no existe.

SECCION III.—*Del divorcio por consentimiento mutuo.*

§ I. PRINCIPIOS GENERALES.

273. Ateniéndose á las declaraciones que se hicieron en el consejo de Estado, el nombre de divorcio por consentimiento mutuo respondería muy mal al pensamiento que tuvo el legislador al organizar este divorcio. Portalis dice y repite que el matrimonio no es un contrato ordinario que se disuelve por el concurso de voluntades. Dice y repite que el matrimonio se contrae con un espíritu de perpetuidad. De ahí infiere Portalis que no puede quebrantarse por la sola voluntad de las partes, y que no puede serlo sino por causas legítimas y verificadas (1). Por esto la comisión encargada de la redacción de un proyecto no admitía el divorcio por consentimiento mutuo (2). ¿Qué es pues el divorcio que el código Napoleón llama por consentimiento mutuo?

Portalis contesta que el consentimiento mutuo, tal como la ley lo organiza, es la prueba de otra *causa legítima* (3). ¿Cuáles son estas causas? ¿Y por qué el legislador no exige que se prueben directamente? ¿por qué se contenta con el

1 Sesión de 24 vendimiario año X, núm. 53, Loaré, t. II p. 489.

2 Portalis, Discurso preliminar, núm. 53, Loaré, t. I, p. 169 y siguientes.

3 Sesión del consejo de Estado, del 6 nivoso, año X, núm. 13, Loaré, t. II, p. 5, 31.

consentimiento mutuo? No existen más causas legítimas que las que el código Napoleón llama causas determinadas, el adulterio, los excesos, las sevicias y las injurias graves. Si alguna de estas causas existe, puede probarse directamente, y ¿por qué la ley se contenta con la prueba indirecta, ó por mejor decir con la presunción que resulta del consentimiento mutuo? Treilhard se explica en la Exposición de motivos. Hay dos de estas causas que el cónyuge ofendido no puede sacar á luz: los excesos y el adulterio. La palabra vaga de excesos oculta un atentado á la vida. ¿Cómo se quiere que un cónyuge alegue una causa de divorcio que, si quedare probada, llevaría al cadalso al otro? La publicidad sería tan fatal para el inocente, y para toda la familia, tanto como para el culpable. Lo mismo sucede con el adulterio; no porque la pena sea tan grave, sino que según nuestras costumbres, el marido que acusa á su mujer de adulterio se cubre de ridículo y de ignominia. ¿No sería un bien si, en semejante caso, se pudiera verificar el divorcio sin ruido ni escándalo? Para obtener este resultado es por lo que los autores del código han admitido el divorcio por consentimiento mutuo. Han trazado tal manera de consentimiento, dice Treilhard, prescrito tales condiciones y requerido tales privaciones; en una palabra, han vendido tan caro el divorcio, si puede decirse, que sólo aquellos á quienes es absolutamente necesario pueden intentar comprarlo.

274. El divorcio por consentimiento mutuo encontró muchos contradictores en el seno del consejo de Estado. Napoleón lo defendió con instancia. Confesó que las únicas causas que legitiman el divorcio son las que el código admite como causas determinadas. ¡Pero qué desgracia el verse forzado á exponerlas y á revelar hasta los detalles más íntimos y secretos del interior doméstico! En el sistema del código, agregaba el primer cónsul, el consentimiento mu-

tuo no es la *causa* del divorcio, sino un *signo* de que el divorcio se ha hecho necesario. Así es que el tribunal pronunciará el divorcio, no porque haya un consentimiento mutuo, sino *cuando* haya un consentimiento mutuo; se detendrá ante este signo y no profundizará las causas reales que pueden haber acarreado la ruptura entre los esposos.

Los partidarios del consentimiento mutuo suponían que muy rara vez habría una demanda de divorcio fundada en el adulterio. Para esto, dice Réal, sería preciso que el hombre hubiese perdido todo género de vergüenza. ¿Qué sucedería, pues, si se rehusase el divorcio por consentimiento mutuo? Sería rehusar el uso del divorcio á casi la totalidad de los ciudadanos; y, sin embargo, el divorcio es un derecho desde el momento en que existe una causa tan legítima como el adulterio. En este sentido, el divorcio por consentimiento mutuo es el complemento necesario del divorcio por causa determinada. Si éste es legítimo, el otro es una necesidad (1).

275. Si la realidad correspondiese á la teoría, podríamos detenernos aquí: el divorcio por consentimiento mutuo quedaría justificado. Pero los hechos casi no han correspondido á las previsiones del legislador. Las acusaciones las más escandalosas de adulterio, querellas todavía más vergonzosas han resonado en los tribunales á la clara luz de la publicidad. Así, pues, no se teme el escándalo, y hasta puede decirse que se busca. ¿Qué son, pues, los divorcios por consentimiento mutuo? Se verifican sin que haya una causa determinada de divorcio, en el sentido legal; la única y verdadera causa que induce á los esposos á divorciarse, es una recíproca incompatibilidad de índoles. Ni

1 Sesión del consejo de Estado del 24 vendimiario, año X, número 25 (Loché, II, p. 497).

se puede decir que al romper su unión, por el único motivo de que les pesa la vida común, violan el espíritu de la ley, sino el texto; la causa de incompatibilidad está realmente escrita en la ley, y condena todo el sistema.

El art. 233 establece: «El consentimiento mutuo y perseverante de los cónyuges, expresado de la manera prescrita por la ley, probará suficientemente que la *vida común les es insoportable*. ¿Por qué les es insoportable la vida común? ¿Acaso porque hay una causa determinada que los esposos deben ocultar, excesos, un adulterio, una de esas vergonzosas injurias con que no queremos manchar nuestra pluma? Así se pretende, y tal es la doctrina del primer cónsul y de los hombres más eminentes del consejo de Estado. Pero, examinemos las condiciones que, según se dice, deben revelar que hay una causa perentoria de divorcio. El marido debe tener veinticinco años y la mujer veintiuno. ¿Antes de estas edades no puede haber una causa legítima de divorcio? ¿el adulterio? ¿las sevicias? ¿los mismos excesos? ¿Por qué, pues, no permitirles que rompan su unión? Es preciso, responde Treilhard, dejar á los cónyuges tiempo para *conocerse y experimentarse*; no debe recibirse su consentimiento en tanto que pueda suponerse que es una consecuencia de la *ligereza de la edad*. Lo preguntamos: ¿Qué cosa es la ley, qué tienen de común esos motivos con una causa determinada de divorcio? La verdadera causa indicada por el texto y por el espíritu de la ley, es la incompatibilidad de índole. Treilhard hasta dijo estas palabras: ¿Por qué ya no se admite el divorcio después de veinte años de matrimonio? ¿Acaso no puede haber causa determinada de divorcio después de veinte años? ¿Quién se atrevería á sostenerlo? ¿Por qué, pues, el legislador no lo permite? Porque, dice el orador del gobierno, la prolongada y pacífica cohabitación de los conyu-

ges atestigua la compatibilidad de sus caracteres (1). Así, pues, la incompatibilidad de humor es la que la ley consagra al admitir el divorcio por consentimiento mutuo.

276. En el consejo de Estado, se confesó que la incompatibilidad de humor es una causa de divorcio, en el sistema del código (2), cuando es recíproca. ¿Qué cosa es, pues, esa incompatibilidad del humor ó del carácter? Es, á decir verdad, el consentimiento contrario que viene á romper un contrato hecho por el concurso de las voluntades. Cuando hay una verdadera incompatibilidad de caracteres, dice Emmercy, el matrimonio se convierte en un suplicio para ambos consortes; los dos tratan entonces de desvincularlo, y es cuando tiene lugar el consentimiento mutuo. Emmercy suponía que una causa determinada había producido esa incompatibilidad de humor (3). Vana suposición que desmienten el mismo texto de la ley y las condiciones que ella establece. ¿Quién no conoce la volubilidad de las pasiones humanas, los choques y los disgustos que resultan de la falta de indulgencia? Estas son las verdaderas causas de la incompatibilidad de humor. Lo que equivale á decir, como Tronchet lo ha hecho notar, que el divorcio por consentimiento mutuo arruina la estabilidad del matrimonio (4). En efecto, esto es la consagración de la teoría funesta que asimila el matrimonio á un contrato ordinario y permite disolverlo, así como se ha formado, por el consentimiento solo de las partes contrayentes. Sin duda alguna que hay formalidades y condiciones más difíciles de llenar para disolver el matrimonio que para disolver un contrato ordinario; pero es bastante para conseguir el fin que

1 Treillard, Exposición de motivos, núm. 23 (Loché, t. II, p. 563).

2 Véase las observaciones de Regnier y de Emmercy, sesión del 6 nivoso, año X, núm. 11 (Loché, t. II, p. 528).

3 Sesión del 16 vendimiario, año X, núm. 13 (Loché, t. II, p. 485).

4 Sesión del 24 vendimiario, año X, núm. 11 (Loché, t. II, p. 493).

se proponen, que los cónyuges tengan una voluntad perseverante. En este sentido, y Treilhard lo confiesa, no hay más que una diferencia de nombre entre la incompatibilidad de humor y el consentimiento mutuo (1). En vano se dice que cuando hay incompatibilidad de humor, hay también causas reales de ese recíproco disgusto, la mala conducta, los malos tratamientos, las injurias: Nada puede garantizar que esto sea así; depende de los cónyuges, sin que haya ninguna causa legítima de divorcio, romper su unión; tal es la observación del ministro de justicia y ella condena el sistema del código (2).

Venimos á parar en esta conclusión, que el divorcio por consentimiento mutuo no es como lo deseaba el primer cónsul, como lo deseaba Portalis, una consecuencia y una dependencia del divorcio por causas determinadas; esto puede ser, pero también puede no ser; puede suceder que no haya más causa de divorcio que la incompatibilidad de humor, la ligereza de carácter, la inconstancia de las afecciones humanas. Es, en definitiva, un divorcio sin causa (3), y el divorcio sin causa es un atentado al matrimonio, un atentado al orden social. Esperamos que algún día desaparecerá de nuestro código.

§ II.—De las condiciones.

277. El código Napoleón exige rigurosas condiciones para el divorcio por consentimiento mutuo, y prescribe numerosas formalidades, con el fin que ya hemos indicado. Ya conocemos la primera condición y el motivo que se le ha dado: «El consentimiento de los cónyuges, dice el ar-

1 Exposición de motivos, núm. 22 (Loché, t. II, p. 568).

2 Sesión del 16 vendimiario, año X, núm. 12 (Loché, t. II, p. 483).

3 Tal es la expresión de Boulay, sesión del 24 vendimiario, año X, núm. 25 (Loché, t. II, p. 499).

título 275, no se admitirá si el marido tiene ménos de veinticinco años, ó si la mujer es menor de veintiuno.» Además de la razón alegada por Treilhard, puede agregarse que sólo á esta edad los consortes pudieron casarse sin el consentimiento de sus ascendientes; parece, pues, justo, no permitirles que rompan un contrato, cuando no habrían podido formarlo. Pero este motivo no justifica la condición más que el otro, bajo el punto de vista de la teoría del código. Si se supone que hay una causa oculta que legitime el divorcio, poco importa la edad de los consortes y su incapacidad.

Pasa lo mismo con la segunda condición: «No se admitirá el consentimiento mutuo sino después de dos años de matrimonio (art. 276).» Tres años no tienen ya razón de ser en el sistema de las causas ocultas. «No podrá haber divorcio por consentimiento mutuo después de veinte años de matrimonio, ni cuando la mujer tenga cuarenta y cinco años (art. 277).» El primer cónsul decía muy bien que el divorcio por consentimiento mutuo no debía limitarse ni por la duración del matrimonio, ni por la edad de los cónyuges. ¿Qué contestó Emmery? «La incompatibilidad de carácter sería la causa real de esta clase de divorcios, y no es razonable admitirla después de que los esposos han vivido veinte años en buena inteligencia.» Sea, pero entónces sería preciso inscribir en la ley que el divorcio tenía lugar por incompatibilidad de humor. Y aun así, en esta doctrina, no se comprende por qué la mujer de más de cuarenta y cinco años de edad no podía divorciarse. Esta condición no tiene verdaderamente razón de ser, por lo que se suprimió desde la primera votación (1), y se reprodujeron después, sin que se sepa la razón. Cuando se consultan los discursos pro-

1 Sesión del consejo de Estado de 14 nivoso, año X, Loaré, t. II p. 538, núm. 16.

nunciados ante el cuerpo legislativo, no se hallan más que frases; escuchemos á Gillet, el orador del Tribunado. «La ley dice á los esposos: No desdeñeis en el otoño lo que encanta vuestra primavera. ¿En qué otra parte hallaríais la misma constancia y comunes recuerdos? No rechaceis, pues, el yugo á que estais acostumbrados (1).» Hé aquí lo que muy bien puede llamarse *verba et voces*, un vano sonido de palabras.

278. El art. 278 exige una cuarta condición; dice «que en ningún caso sería suficiente el consentimiento mutuo de los cónyuges, si no está autorizado por sus padres, ó por sus otros ascendientes vivos, según las reglas prescriptas por el artículo 150 en el título del *Matrimonio*.» Tiene razón Treilliar al decir que esta conclusión ofrece una garantía contra el abuso del divorcio: «Cuando dos familias enteras, cuyos intereses y afectos casi siempre son contrarios, se reúnen para atestiguar sobre la necesidad del divorcio, es muy difícil que el divorcio no sea, en efecto, indispensable (2).» Estas palabras de la Exposición de motivos nos dan á conocer el espíritu de la ley, y nosotros ayudaremos á resolver las dificultades á que da lugar su aplicación.

La ley exige también el consentimiento de los padres ó de los ascendientes para la validez del matrimonio. Pero es grande la diferencia entre los principios que rigen la formación del matrimonio y los que norman su disolución. Si se trata de contraer matrimonio, los futuros esposos no tienen necesidad del consentimiento de sus padres ó de sus ascendientes sino cuando son menores, y este consentimiento se exige, sobre todo, para cubrir su incapacidad; el hijo mayor de veinticinco años, la hija mayor de veintiuno pueden

1 Discurso de Gillet, núm. 13, Loaré, t. II, p. 603.

2 Exposición de motivos, núm. 23, Loaré, t. II, p. 569.

casarse sin el consentimiento de sus ascendientes. Otra cosa es cuando se trata de disolver el matrimonio. Ya no es con motivo de la incapacidad de su edad por lo que los esposos deben conseguir el consentimiento de los ascendientes, porque son mayores, no pudiendo tener lugar el divorcio sino cuando el marido tiene veinticinco años y la mujer veintiuno. Si la ley quiere que las dos familias intervengan, es para tener una garantía de que existe una causa seria que legitime la disolución del matrimonio.

El objeto diferente que tiene la ley en las dos hipótesis nos explica los principios diferentes que ella sigue. Exige que los padres y madres de los dos esposos autoricen el divorcio. ¿Qué debe decidirse si hay disenso entre el padre y la madre de uno de los consortes? ¿Debe aplicarse el art. 148, por cuyos términos basta con el consentimiento del padre? La corte de Lieja así lo había decidido, pero el fallo fué casado á requisitoria de Merlin (1). Este es un error evidente. El art. 278 exige la autorización de los padres, y no agrega, como lo hace el art. 148, que en caso de disenso, sea suficiente la autorización del padre. Esto decide la cuestión. No puede decirse que hay lugar á aplicar por analogía la disposición del art. 148 en el caso del divorcio, porque no hay ninguna analogía; hay, por el contrario, profundas diferencias. Acabamos de señalarlas; hay que añadir una más, que es capital: y es que la ley favorece el matrimonio, mientras que no admite el divorcio, sino como una triste necesidad. Hay más: el divorcio por mutuo consentimiento es todavía más desfavorable que el divorcio por causa determinada, porque puede encubrir un divorcio sin causa; y para impedir este grave abuso, la ley exige el concurso de los ascendientes de las dos familias;

1 Sentencia de 3 de Octubre de 1810, Merlin, *Cuestiones de derecho en la palabra Divorcio*, pfo. VII, t. V, p. 341.

si la madre se rehusa á autorizar el divorcio, hay que creer que no hay causa legítima; por lo tanto, debe desecharse el divorcio.

En cuanto á los abuelos, se presenta una cuestión análoga, pero que es más dudosa. Según los términos del artículo 150, si hay desentimiento entre el abuelo y la abuela de la misma línea, es suficiente el consentimiento del abuelo, y si hay disentimiento entre las dos líneas, esta división trae consigo el consentimiento. ¿Debe aplicarse esta disposición en materia de divorcio? Veríase uno tentado á creerlo al leer en el texto del art. 278, que los ascendientes vivos deben autorizar el divorcio, según las reglas prescritas por el art. 150 (1).

Ahora bien, entre estas reglas se hallan las concernientes al disentimiento, sea del abuelo y de la abuela, sea de las dos líneas. Sin embargo, la opinión contraria prevalece y se funda en los trabajos preparatorios del código civil. La disposición primitiva del art. 150 estaba concebida así: «En ningún caso será bastante el consentimiento mutuo de los cónyuges, si no está autorizado por sus padres ó madres ó por sus otros ascendientes vivos, si aquellos han muerto.» Cuando se sometió el proyecto al Tribunado, la sección de legislación observó que esta redacción era demasiado vaga, porque podía hacer creer que si existían abuelos y bisabuelos, todos debían autorizar el divorcio. La intención del legislador era conformarse con el consentimiento de los más próximos. Para expresar mejor el fin de la ley, el Tribunado propuso que se agregase: «Esta autorización se obtendrá conforme á las reglas prescritas por el art. 7 (el 150 actual) en el título del Matrimonio.» El Tribunado cuidó de agregar que esta adición tenía por objeto desvanecer toda incertidumbre acerca del *orden*, se-

1 Esta es la opinión de M. Willequet, del *Divorcio*, p. 196.

gún el cual los padres deben ser llamados á consentir; parece conveniente, dice, que este *orden* sea el mismo para el divorcio que para el matrimonio, es decir, que el abuelo y la abuela reemplacen al padre y á la madre difuntos, y que los bisabuelos sólo vengan á falta de abuelos. Resulta de esto que remitiendo á las *reglas* establecidas por el artículo 150, el Tribunalado no pensaba más que en el *orden* por el cual los ascendientes deben autorizar el divorcio; no se trató de los principios que rigen el disentiimiento. Y no se puede suponer que los autores del código hayan aplicado al divorcio disposiciones que no se han admitido sino en razón del favor de que goza el matrimonio (1). Puede agregarse que el texto de los arts. 278 y 283 confirma esta interpretación. Al hablar de los ascendientes, la ley agrega siempre la palabra *vivos*; ¿no es esto marcar que *todos los que vivan* deben consentir del mismo modo que los padres y madres deben autorizar el divorcio para que pueda verificarse? Desde el momento en que hay un ascendiente de los llamados á consentir que rehuse su autorización, se debe suponer que no hay causa grave que justifique el divorcio.

Si uno de los ascendientes citados para consentir ha muerto, los esposos deben producir el acta de defunción. Sobre este punto, sin embargo, el legislador rebaja su severidad. El art. 283 dice: «Se presumirá que los padres, madres, abuelos y abuelas de los esposos, están vivos hasta la representación de las actas que comprueban su defunción.» Resulta de aquí que no se presumen vivos los bisabuelos; los esposos no deben, pues, producir las actas de fallecimiento de aquellos, lo que á veces habría sido imposible. Pero la ley retorna á su sistema de rigor, cuando se

1 Merlín, "Cuestiones de derecho," en la palabra *divorcio*, pfo. VII (t. V, p. 312).

trata del modo de probar la defunción. Exige actas levantadas por el oficial del estado civil. Si no se ha llevado registro ó si los registros se han perdido, los esposos pueden invocar el beneficio del art. 46: éste es el derecho común y no un favor. Pero no pueden prevalerse de la opinión del consejo de Estado del 4 termidor, año XIII, que dispensa á los futuros esposos de producir las actas de defunción de los padres y las madres cuando los abuelos atestiguan dicha defunción, y que se conforma con un testimonio por juramento cuando todos los ascendientes han fallecido. Estas disposiciones no pueden aplicarse al divorcio, por la sola razón de que no se han introducido sino por el favor que el matrimonio merece.

El art. 283 añade un rigor nuevo al prescribir que los ascendientes den su autorización en una declaración auténtica; y el legislador cuida de precisar lo que esa declaración debe contener: deben decir que, por causas que les son conocidas, autorizan á fulano ó sutano, hijo ó hija, nieto ó nieta, casado ó casada con fulano ó sutano, para pedir el divorcio y consentirlo. Todo es de rigor en esta materia. Así, pues, una autorización verbal recibida por el juez sería insuficiente, lo mismo que una declaración que no contuviese las declaraciones prescritas por la ley.

Por último, la ley no se conforma con el consentimiento dado una vez, como en materia de matrimonio. Quiere que los cónyuges renueven tres ocasiones su propio consentimiento; y tan á menudo como están obligados á declarar que persisten en su declaración, deben también volver á presentar la prueba por acto público de que sus padres, madres ú otros ascendientes vivos persisten en su primera determinación (art. 285). Se preguntó al consejo de Estado cuál era el objeto de estos consentimientos repetidos; Emmery contestó que la formalidad daba á los ascendien-

tes el medio de corregir un consentimiento otorgado por sorpresa ó demasiado fácilmente (1).

§ III.—*De las medidas preliminares.*

279. Los esposos, dice el art. 279, están obligados á hacer previamente inventario y estimación de todos sus bienes muebles é inmuebles. Esta obligación tiene por objeto asegurar la ejecución fiel del art. 305, que atribuye á los hijos la propiedad de la mitad de los bienes de cada uno de los dos esposos, desde el día de su primera declaración. Como el inventario se hace por el interés de los hijos, se ha deducido que podían ellos intervenir, sea personalmente si son mayores, sea por medio de un tutor especial que se discerniese á los hijos menores (2). Esto nos parece muy dudoso. La ley no da este derecho á los hijos, y por consecuencia no impone á los esposos la obligación de convocarlos para el inventario. Y en esta materia todo es de rigor; si las prescripciones de la ley deben observarse al pie de la letra, en cambio no es permitido al intérprete agregarles nada. El legislador tenía, por otra parte, una excelente razón para no exigir la presencia de los hijos. ¿No sería odioso que los hijos viniesen á investigar los actos ya tan severos que sus padres están obligados á llevar á cabo? La ley no quiere que los hijos sean testigos contra los padres, ni aun en caso de divorcio. Tampoco puede ser que asuman el papel de vigilantes. El respeto que deben á sus padres los aleja del triste procedimiento en que los autores de sus días se hallan envueltos.

1 Sesión del consejo de Estado del 22 fructidor, año X, núm. 14 (Loché, t. II, p. 548.

2 Willequet, del *Divorcio*, pfo. 201, núm. 5. Arntz, "Curso de derecho civil francés," t. I, p. 254, núm. 451.

280. El art. 279 quiere, además, que los cónyuges arreglen sus respectivos derechos, sobre los cuales, agrega la ley, les es no obstante permitido que transijan. Este arreglo debe hacerse sin intervención del tribunal. Siguese de aquí que la mujer no necesita estar autorizada judicialmente para transar. Por otra parte, como el marido interviene en el acto como parte, con eso sólo la autoriza. Esta es la aplicación de los principios generales sobre la autorización marital (1). Si los cónyuges no estuviesen acordes, el divorcio no podría llevarse á cabo. Todo debe hacerse por el concurso de sus voluntades.

281 Por último, el art. 280 quiere que los esposos confirmen por escrito sus convenciones sobre los tres puntos siguientes: 1º, á quien se han de confiar los hijos nacidos de su unión, sea durante el período de prueba, sea después que el divorcio se pronuncie; 2º, á qué casa deberá retirarse la mujer y residir durante las pruebas; 3º, qué suma deberá pagar el marido á su mujer durante el mismo tiempo, si ella no tiene rentas suficientes para subvenir á sus necesidades.

La mayor parte de estas medidas son provisionales. En el procedimiento de divorcio por causa determinada, el tribunal las ordena. Cuando los cónyuges se divorcian por consentimiento mutuo, todo debe hacerse conforme á su libre acuerdo. Sólo hay una medida que sea definitiva, la que se refiere á la guarda de los hijos; insistiremos en ello al tratar de los efectos del divorcio.

La ley exige que las convenciones de los cónyuges se confirmen por escrito, pero no dice que los escritos deben ser auténticos; los cónyuges pueden, pues, levantar actas bajo firma privada; estas actas adquieren el carácter de autenticidad por el depósito que de ellas deben hacer los es-

1 Véanse los pfs. 121 y 131 de este tomo.

posos, compareciendo personalmente, en manos del presidente del tribunal y de los notarios, de todo lo cual vamos á hablar (art. 283).

§ IV.—*Del procedimiento.*

282. El procedimiento comienza por una tentativa de conciliación, tentativa casi inútil, supuesto que el magistrado ignora la verdadera causa del divorcio que los cónyuges intentan. Estos deben presentarse juntos y personalmente ante el presidente del tribunal civil de su circunscripción; le declaran su voluntad en presencia de dos notarios traídos por ellos (art. 281). El juez hace á los dos esposos reunidos, y á cada uno en particular, en presencia de los notarios, aquellas representaciones y exhortaciones que estime convenientes. Da lectura al capítulo IV del título del Divorcio, que norma los efectos del divorcio, y les desarrolla todas las consecuencias del paso que van á dar. Si los cónyuges persisten en su resolución, el presidente les da acta de que piden y consienten el divorcio. Los cónyuges deben depositar inmediatamente en manos de los notarios las actas prescritas por los arts. 279 y 280 (núms. 279 y 281); además: 1º, las actas de su nacimiento y de su matrimonio; 2º, las actas de nacimiento y de defunción de todos los hijos nacidos de su matrimonio; 3º, la autorización de los ascendientes de que hemos hablado (art. 283 y número 278 de este tomo). Se requiere la producción de estas actas, á fin de que el tribunal que ha de admitir el divorcio pueda estar seguro de que se han cumplido las condiciones prescritas por la ley.

Los notarios levantan acta detallada de todo lo que se ha dicho y hecho en esta primera comparecencia ante el presidente. Debe hacerse mención de la advertencia que el

magistrado hace á la mujer para que se retire, dentro de veinticuatro horas, á la casa convenida entre ella y su marido, y de residir allí hasta que se pronuncie el divorcio (art. 284).

Esta tentativa de reconciliación, debe renovarse tres veces en la primera quincena de cada uno de los meses cuarto, séptimo y décimo que siguen. Las mismas formalidades deben observarse. Sin embargo, la ley dispensa á los esposos que reproduzcan las actas que, cuando la primera comparecencia, fueron depositadas (en manos de los notarios, exceptuando las actas que comprueban el consentimiento de los ascendientes, y ya hemos dado la razón de ésto (art. 285).

283. La ley prescribe una última tentativa de reconciliación. En la quincena del día en que fenezca el año, contado desde la primera declaración, los cónyuges, asistidos cada uno de los amigos, personas notables en la circunscripción, de cincuenta años de edad por lo ménos, se presentan juntos y personalmente al presidente del tribunal. Ponen en sus manos los expedientes de las cuatro actas que comprueban su consentimiento mutuo, y de todos los documentos anexos. Después requieren del magistrado, cada uno separadamente, en presencia, no obstante uno de otro y de los cuatro notables, la admisión del divorcio (art. 286).

En este momento interviene la tentativa de reconciliación. El juez y los asistentes, dice el art. 287, hacen sus observaciones á los esposos. Por asistentes deben entenderse los cuatro notables, que en cierto modo representan á la sociedad, y que, en nombre de ella, tratan de prevenir la disolución del matrimonio. Si los cónyuges perseveran, se les da acta de su requisición y de la entrega, hecha por ellos, de las piezas que la apoyan. El escribano levanta una acta, que deben firmar las partes, así como los cua-

tro asistentes, el juez y el escribano. El juez pone en seguida, al calce de esta acta, su auto, diciendo que en el plazo de tres días informará de todo ello al tribunal en la sala del consejo. El escribano traslada las piezas al procurador del rey, el cual hace por escrito sus conclusiones. Si encuentra que se han cumplido todos los requisitos legales, que se han observado todas las formalidades, concluirá en estos términos: *la ley permite*; en caso contrario, dirá: *la ley impide*. El art. 289 repite sumariamente las condiciones y las formas que la ley prescribe, y el mismo artículo agrega que la prueba de su cumplimiento debe resultar de las piezas. No se vé que las partes sean llamadas para hacer sus observaciones sobre las conclusiones del ministerio público, ni por sí mismas, ni por medio de consejos. En efecto, no habiendo proceso, no hay debate judicial. El consentimiento de las partes, dice el art. 233, expresado de la manera requerida por la ley, bajo las condiciones y después de las pruebas que aquella determina, es lo que disuelve el matrimonio. El procurador del rey no hace más que verificar las piezas y da sus conclusiones sin motivarlas. Así es que no hay debate posible (art. 289). El tribunal también se limita á verificar si las condiciones y las formas legales se han llenado; debe admitir el divorcio desde el momento en que el procedimiento sea regular, no tiene la misión de examinar si hay ó nó una causa de divorcio: se presume que la causa existe, desde el momento en que las condiciones y las formas han sido observadas con regularidad. Si admite el divorcio, ni siquiera debe motivar su decisión; la ley no exige motivos sino cuando el tribunal declara que no hay lugar á admitir el divorcio (art. 290).

284. Aquí se presenta la cuestión capital en esta materia. ¿Cuándo debe el tribunal desechar el divorcio? El art. 290 responde: Si las partes no han satisfecho las condicio-

nes y si no han llenado las formalidades determinadas por la ley. Todas las condiciones, todas las formalidades, están, pues, prescritas bajo pena de nulidad. Este principio riguroso está en armonía con el espíritu de la ley; como lo expresa la corte de casación: «la intención evidente del legislador ha sido erizar de dificultades el divorcio por consentimiento mutuo, para hacerlo lo más raro que sea posible; está necesariamente dentro de su deseo que todas las formalidades que ha prescrito, como todas las condiciones que ha impuesto, se ejecuten con todo rigor.» De donde se sigue que la falta de observancia de una sola de esas formalidades ó de esas condiciones, cualquiera que ella sea, es bastante para acarrear la nulidad del divorcio (1).

La corte de casación aplicó este principio con extremo rigor; pero, fuerza es decirlo, tal rigor es la aspiración de la ley. Por los términos del art. 285, la declaración de los cónyuges debe renovarse en épocas fijas, en la primera quincena de cada uno de los meses cuarto, séptimo y décimo. Si se hace más pronto, aun cuando no haya más diferencia que un día, hay nulidad; de modo que, aun cuando se haya renovado la declaración, hay nulidad por el sólo hecho de que la renovación no se haya verificado en los plazos prescritos por la ley. La corte de casación prevé que le reprocharán que sea formalista hasta el absurdo; contesta anticipadamente á tal reproche, diciendo que un solo medio hay para ejecutar la ley según su espíritu, en una materia tan rigurosa, y es apoyarse estricta y severamente á la letra misma de su disposición. Esto es muy jurídico; ¿pero no prueba todo ello en contra del divorcio por consentimiento mutuo? ¡Cómo! ¿porque la declaración se hace mañana en lugar de hacerla hoy, no habrá ya causa legítima de divor-

1 Sentencia de 3 de Octubre de 1810, Merlín, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, pfo. VII, t. V, p. 316.

ciot ¡Y habrá causa legítima sólo porque se hayan observado regularmente todas las formas! Hé ahí, en verdad, presunciones á las que lo más á menudo desmentirán los hechos. ¡Y sin embargo, tal es la única base en que descansa la ley!

La jurisprudencia ha seguido, y con razón, el sistema riguroso inaugurado por la corte de casación en 1810. Cuando la renovación de su declaración, los cónyuges deben, en cada ocasión, volver á producir la prueba por acto público de que sus ascendientes persisten en su primera determinación (art. 285). En vano producirán la autorización ante el tribunal, el procedimiento es nulo por el hecho sólo de que la producción del consentimiento de los ascendientes no tuvo lugar en las épocas prescritas por la ley. Así lo ha fallado la corte de Bruselas (1). En el caso de que tratamos, estaba auténticamente comprobado que los ascendientes habían perseverado siempre en su consentimiento, y sin embargo, el procedimiento fué anulado, porque la prueba de su perseverancia no se produjo cuando debió serlo. ¡Muy jurídico, pero también soberanamente absurdo! Las leyes son malas cuando en su aplicación van á parar en el absurdo.

Los esposos no han hecho inventario como lo exige el art. 279, pero han hecho un acto de división de su comunidad. Aun cuando este acto comprendiese todos los muebles é inmuebles de la comunidad, no haría veces de inventario; en consecuencia, el procedimiento sería nulo (2). En efecto, el acto de división por sí mismo es nulo, no pudiendo los cónyuges dividir la comunidad antes de la disolución del matrimonio.

1 Sentencia de Bruselas de 2 de Agosto de 1853, *Pasicrisia*, 1860, 2, 405.

2 Sentencia precitada, núm. 284, de la corte de casación, de 3 de Octubre de 1810.

Sólo una sentencia conocemos que se haya apartado del rigor de la ley. El art. 283 exige que, en la primera comparecencia ante el presidente, después de haber declarado que persisten en su resolución, produzcan y depositen *al instante* las actas de defunción de sus ascendientes. Se ha fallado que si se verifica esta producción posteriormente, esto basta para satisfacer la aspiración de la ley. En razón sí, en derecho nó. La corte de Lieja dice que esto equivale á crear una nulidad que la ley no pronuncia (1). Del todo absolutamente, la ley pronuncia implícitamente la nulidad por falta de observancia de todas las formas, como lo expresa muy bien la corte de casación de Francia, aun cuando dichas formas no sean más que plazos.

285. La ley admite la apelación del juicio que ha desechado el divorcio. Esto no es más que el derecho común. Pero hay esto de especial, que la apelación no es de admitirse sino cuando es interpuesta por los dos esposos. Esto es muy lógico, supuesto que el divorcio no puede tener lugar sino por concurso de consentimiento. Así, pues, si hay apelación, las dos partes deben estar de acuerdo para pedir el divorcio. Cada uno debe hacerlo por acto separado, sin duda para poner en salvo la libertad de los esposos. El plazo es más corto que el plazo ordinario; dentro de diez días cuando menos, dice el art. 291, y dentro de veinte días cuando más tarde después de la fecha del juicio de primera instancia. Los actos de apelación deben notificarse tanto al otro cónyuge como al procurador del rey (art. 292). Este comunica los expedientes al procurador general. Después de las conclusiones por escrito del minis-

1 Sentencia de 3 de Octubre de 1834, "Jurisprudencia del siglo XIX," 1835, 3, 49. Hay una sentencia en sentido contrario, de Turín, de 20 de Septiembre de 1810, Arntz, "Curso de derecho civil," t. I, p. 238, núm. 459.

terio público, el presidente rinde su informe en la sala del consejo, y en seguida la corte pronuncia su fallo (art. 293).

El código civil no habla del recurso de casación; pero como es de derecho común, debe admitirsele por el solo hecho de que la ley no lo prohíbe. Ciertamente es que el artículo 263 consagra formalmente esta vía de recursos, cuando el divorcio tiene lugar por causa determinada. El Tribunal fué el que pidió que el recurso de casación se consagrara en términos formales, á fin de evitar las dudas que habrían podido surgir del silencio de la ley en una materia enteramente especial. La observación del Tribunal se refería á todo fallo pronunciado en última instancia sobre una demanda de divorcio, sin distinguir entre el divorcio por consentimiento mutuo y el divorcio por causa determinada. En efecto, no hay razón ninguna para distinguir. El consejo de Estado dió derecho á la proposición del Tribunal; pero olvidáronse de reproducir, para el divorcio por consentimiento mutuo, la disposición del art. 263. Este olvido no significa ciertamente que deba desecharse una vía de recurso que el legislador ha dado á entender que admitía. Por analogía hay que decidir que los dos cónyuges deben formular el recurso para que sea aceptado. Como la ley no prescribe un plazo especial, hay que atenerse al derecho común (1).

286. No es el juez quien pronuncia el divorcio. El artículo 290 dice que el tribunal, si admite el divorcio, manda á las partes ante el oficial del estado civil para que éste lo pronuncie. Este artículo no habla del plazo dentro del cual debe ejecutarse el fallo. La ley vuelve á este punto después de haber hablado de la apelación. «En virtud de la sentencia que admite el divorcio, dice el artículo 294, y dentro de los veinte dias desde su fecha, las

1 Willequet, del *Divorcio*, ps. 221 y siguientes.

partes se presentarán juntas y personalmente ante el oficial del estado civil, para hacer que se pronuncie el divorcio. Transcurrido aquel término, el fallo permanecerá como si no hubiese tenido lugar.» La ley habla de la sentencia, pero evidentemente hay que incluir el juicio de primera instancia. El oficial del estado civil levanta acta del divorcio, que se hace pública si uno de los cónyuges es comerciante (código de procedimientos, art. 872).
